

REVISTA JURÍDICA DEL NOTARIADO



REVISTA JURÍDICA DEL NOTARIADO

ABRIL - JUNIO 2006



REVISTA JURÍDICA DEL NOTARIADO

Antigua **Revista de Derecho Notarial**
Fundada en 1953 por D. Rafael Núñez-Lagos

Número 58, abril-junio 2006

La Revista Jurídica del Notariado no se identifica
con las opiniones expresadas por los autores en sus trabajos.

© CONSEJO GENERAL DEL NOTARIADO

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

Depósito legal: GU-72/92

Impreso en España - *Printed in Spain*

Gráficas Minaya, S.A., C/ Méjico, 45 - 19004 GUADALAJARA

Consejo de Redacción:

Presidente: D. Antonio Rodríguez Adrados

Director: D. Rafael Gómez-Ferrer Sapiña

Secretario: D. Juan-Francisco Delgado de Miguel

Consejeros:

D. Juan Bolás Alfonso
D. Ricardo Cabanas Trejo
D. Adolfo Calatayud Sierra
D. Francisco Calderón Álvarez
D. Elías Campo Villegas
D. José-Javier Castiella Rodríguez
D.^a Ana Fernández-Tresguerres García
D. José-Manuel García Collantes
D. Francisco-Javier García Más
D. Fernando Gomá Lanzón
D. Carlos Marín Calero
D. Jesús Marina Martínez-Pardo
D. Eduardo Martínez-Piñeiro Caramés
D. Ubaldo Nieto Carol
D. Ignacio Paz-Ares Rodríguez
D. Manuel-Ángel Rueda Pérez
D. Carlos Ruiz-Rivas Hernando
D. José-Carlos Sánchez González

SUSCRIPCIÓN Y DISTRIBUCIÓN:

Consejo General del Notariado
Paseo del General Martínez Campos, 46-6.º
28010 MADRID
Tf. 913 087 232
Fax 913 087 053
revistajuridica@notariado.org

SUMARIO

ESTUDIOS DOCTRINALES	<u>Pág.</u>
ACEBES CORNEJO, Raúl: “Las deudas del causante y la sucesión de los arrendamientos urbanos”	9
BOTÍA VALVERDE, Antonio: “La hipoteca de la edificación en construcción”	63
CERDÁ GIMENO, José: “De los precedentes de la prohibición de la sucesión contractual. I. De los precedentes remotos (Derecho Romano)”	81
FLORES RODRÍGUEZ, Jesús: “El nombramiento de administrador de la propiedad horizontal: procedimiento de investidura ordinaria, pactos estatutarios de designación de administrador provisional y administrador judicial”	129
GARCÍA CANTERO, Gabriel: “El fracaso del divorcio en España y en Europa: anotaciones a la Ley de 2005”	167
MARTÍNEZ DE MORENTIN LLAMAS, M. ^a Lourdes: “Evolución histórica de las presunciones. Dos ejemplos: la presunción de paternidad y la presunción muciana”	205
ROMERO COLOMA, Aurelia María: “La repudiación de la herencia: problemática jurídica”	317
VENTOSO ESCRIBANO, Alfonso: “Nuevas perspectivas del Impuesto de Donaciones de la Comunidad de Madrid”	331

JURISPRUDENCIA

Audiencia Provincial de Palma de Mallorca

JIMÉNEZ GALLEGU, Carlos: "El apoderamiento bastante para la audiencia previa al juicio declarativo ordinario (Comentario a la sentencia de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca de 14 de noviembre de 2005)" 357

PANZANO CILLA, Miguel Ángel: "Comentario a la Ley 26/2005, de 30 de noviembre, por la que se modifica la Ley 49/2003, de 26 de noviembre, de arrendamientos rústicos" 369

ACTUALIDAD JURÍDICA

Notas bibliográficas

GARCÍA CANTERO, Gabriel (coordinador): "Anotaciones españolas al Proyecto de Pavía", El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2005. Por Carlos Vattier Fuenzalida 383

INFORMACIÓN INTERNACIONAL

Resolución del Parlamento Europeo de 23 de marzo de 2006 sobre las profesiones jurídicas y el interés general en el funcionamiento de los sistemas jurídicos 389

LAS DEUDAS DEL CAUSANTE Y LA SUCESIÓN DE LOS ARRENDAMIENTOS URBANOS

RAÚL ACEBES CORNEJO

Abogado.

Doctor en Derecho

SUMARIO:

A) LA SUCESIÓN DE LOS ARRENDAMIENTOS DE VIVIENDA.

1. Planteamiento. **2.** El artículo 16.3 LAU 94. **3.** La imperatividad del orden de sucesión de la legislación especial. **3.1.** *Alusión al Derecho comparado.* **3.2.** *La cuestión en nuestro Derecho.* **4.** Las deudas del causante y la sucesión arrendaticia de viviendas en el Derecho comparado. **4.1.** *Derecho alemán.* **4.2.** *Doctrina italiana.* **5.** Las deudas del causante y la sucesión arrendaticia de viviendas en nuestro Derecho. La tesis de la responsabilidad exclusiva de los sucesores ordinarios. **6.** Análisis de esta tesis. **6.1.** *La sucesión arrendaticia como sucesión especial: Insuficiencia de este planteamiento.* **6.2.** *El derecho arrendaticio como garantía patrimonial de los acreedores.* **7.** La tesis del deber exclusivo de los sucesores especiales. **8.** Análisis de esta tesis. **9.** Conclusión.

B) LA SUCESIÓN DE LOS ARRENDAMIENTOS DISTINTOS DEL DE VIVIENDA.

10. Naturaleza de la sucesión del arrendamiento distinto del de vivienda. **10.1.** *Alusión al Derecho comparado.* **10.2.** *La cuestión en nuestro Derecho.* **11.** La posición de la jurisprudencia. **11.1.** *SSTS que no admiten la disponibilidad mortis causa del arrendamiento.* **11.2.** *Crítica.* **12.** El pasivo hereditario y la sucesión en el arrendamiento distinto del de vivienda. **12.1.** *Solidaridad entre coherederos. La STS de 24 de mayo de 1985.* **12.2.** *Alcance del deber de continuar la actividad del causante.*

A) La sucesión de los arrendamientos de vivienda

1. Planteamiento.

En la sucesión de los arrendamientos de vivienda, la relación arrendaticia se transmite a determinadas personas de acuerdo con un orden de sucesión predeterminado por la Ley. Tales personas se convierten así en nuevos arrendatarios y como tales asumen las obligaciones arrendaticias que surjan con *posterioridad* a la sucesión. Los sucesores ordinarios quedan al margen del arrendamiento y se desvinculan de cuantas obligaciones puedan surgir después de dicha sucesión. Todas esas obligaciones posteriores las asumen ya los sucesores arrendaticios designados por la Ley, que diseña, pues, un régimen especial en esta materia. Ahora bien, lo que no hacen las Leyes especiales es diseñar un régimen específico para las obligaciones surgidas con *anterioridad* a la sucesión, es decir, para el conjunto de las obligaciones del causante, provengan o no de la relación arrendaticia. No, al menos, de manera expresa.

No hay duda que los sucesores arrendaticios han de afrontar las obligaciones arrendaticias surgidas con posterioridad a la sucesión. La sucesión especial arrendaticia les transmite la posición de parte arrendataria y, en tal sentido, se convierten en nuevos arrendatarios obligados a cuantas deudas *arrendaticias* surjan con *posterioridad* a la sucesión. En cambio, lo que ya no es tan evidente es qué va a ocurrir con respecto a aquellas otras obligaciones que se hayan generado con *anterioridad* a la sucesión, en vida del causante. Un caso típico puede ser el de las rentas impagadas por el arrendatario fallecido. Sin embargo, la cuestión debe plantearse en un sentido más general. Es decir, lo que, en rigor, debe plantearse es si el

sucesor arrendaticio ha de asumir o no una posición deudora, no sólo respecto del pasivo arrendaticio pendiente en la fecha de la sucesión, sino respecto del *pasivo sucesorio en su conjunto*. Se trata, en suma, de saber si el sucesor arrendaticio asume o no el pasivo sucesorio y, en caso afirmativo, en qué condiciones lo hace.

2. El artículo 16.3 LAU 94.

Como es sabido, en la actualidad, después de la entrada en vigor de la LAU 94, la regulación de la sucesión en los arrendamientos de vivienda se ha diversificado, existiendo tres regímenes normativos distintos (1). La nota común de estos tres regímenes es el establecimiento de un orden sucesorio en favor de determinados parientes del arrendatario. Pero la LAU 94, en su artículo 16.3, ha introducido un régimen especial de responsabilidad por obligaciones arrendaticias en el período inmediatamente subsiguiente al fallecimiento del arrendatario, régimen que constituye una novedad en la evolución de la legislación especial de arrendamientos de vivienda.

Dicho precepto establece, por una parte, una responsabilidad solidaria de “todos los que pudieran suceder al arrendatario” por las rentas devengadas en los tres meses siguientes a la muerte del arrendatario; esta prevención se articula para el caso de que no se produzca finalmente sucesión y el arrendamiento se extinga. Y, por otra parte, se vuelve a establecer una responsabilidad solidaria entre todos aquellos “que sostengan su condición de beneficiarios de la subrogación” mientras se resuelve sobre cuál de ellos va a atribuirse el contrato en última instancia; el precepto indica que esta responsabilidad se extiende a “las obligaciones propias del arrendatario”.

Estos especiales regímenes transitorios de responsabilidad por deudas arrendaticias parecen estar circunscritos a las que se originan con posterioridad al fallecimiento del arrendatario. Esta interpretación está explicitada para el caso de la responsabilidad en caso de extinción, donde la misma queda referida a la renta de los tres meses siguientes al indicado fallecimiento. No lo está, en cambio, en el caso de la responsabilidad solidaria provisionalmente instituida para el período en que se resuelven las posibles controversias entre potenciales sucesores en el arrendamiento. Sin

(1) 1.º) El establecido por el artículo 16 de la expresada LAU 94 para los contratos posteriores a ella; 2.º) el de los artículos 58 y 59 del texto refundido de 1964 para los contratos concertados en el período comprendido entre el decreto *Boyer* de 1985 y la LAU 94 (disp. trans. 1.ª LAU 94); y 3.º) el de la disposición transitoria 2.ª para los contratos concertados con anterioridad al citado decreto *Boyer*.

embargo, no parece que dicha responsabilidad abarque también a las deudas arrendaticias que han quedado pendientes a la muerte del arrendatario. En tal sentido, los autores, de manera absolutamente uniforme, no plantean nunca esta posibilidad y el artículo 16.3 se interpreta sólo con referencia a *deudas arrendaticias surgidas con posterioridad al fallecimiento del arrendatario* (2). Siendo así, el citado precepto no tiene interés en nuestro estudio, ya que tales deudas no tienen la condición de deudas hereditarias, sino que surgen directamente en cabeza de los sucesores arrendaticios (3).

(2) CARRASCO PERERA: *Comentarios a la LAU*, dir. R. Bercovitz, 2.ª ed., Pamplona, 1997, pp. 377 y ss.; VERDERA SERVER: *La subrogación mortis causa en el arrendamiento de vivienda*, Valencia, 1997, pp. 121 y ss.; GUILARTE GUTIÉRREZ: *Arrendamientos urbanos*, tomo I, Valladolid, 1997, pp. 192-193; FINEZ: *Comentarios a la LAU*, dir. por Pantaleón, Madrid, 1995, pp. 221-222; LEÓN CASTRO/COSSIO: *Arrendamientos Urbanos*, Granada, 1995, pp. 102-103; LOZANO ROMERAL/FUENTES BARDAJÍ: *Todo sobre la nueva LAU*, Barcelona, 1994, pp. 175-177; SERRANO ALONSO: *Comentarios a la LAU*, dir. por O'Callaghan, Madrid, 1995, pp. 176-177; GONZÁLEZ PORRAS, en *Comentarios a la LAU*, dir. por Lasarte, Madrid, 1996, pp. 469-470; CASALS GENOVER y otros: *Comentarios a la LAU*, Barcelona, 1995, p. 139; RODRÍGUEZ CEPEDA, en *El nuevo arrendamiento urbano. Régimen civil y registral*, dir. por Pau Pedrón, Madrid, 1996, pp. 158-159; HIDALGO GARCÍA, en *La nueva LAU*, dir. por Guilarte, Valladolid, 1995, pp. 205-206; DÍAZ MÉNDEZ y otros: *Visión judicial sobre los aciertos y desaciertos de la nueva LAU: aspectos sustantivos y procesales*, Granada, 1995, pp. 63-64; RAMOS NIETO: *Análisis de los arrendamientos urbanos desde la nueva Ley 29/94*, Madrid, 1996; FUENTES LOJO y otros: *Novísima suma de arrendamientos urbanos*, I, Barcelona, 1996, pp. 102-103; ALBACAR: *Legislación de Arrendamientos Urbanos*, I, 2.ª ed., Madrid, 1996, pp. 317, 318; LUCAS FERNÁNDEZ: *Comentarios al CC y a las Comps. forales*, XX-1.º-B, 3.ª ed., Madrid, 1997, p. 1176; SÁNCHEZ GOYANES: *Ley de Arrendamientos Urbanos*, coord. por el propio autor, Madrid, s. f., p. 116.

(3) Los antecedentes legislativos tampoco tienen interés, ya que omiten todo pronunciamiento sobre el problema.

1.º) El artículo 1, párrafo 3.º, del decreto *Bugallal* de 1920 establecía que, "caso de fallecimiento del arrendatario, el beneficio de prórroga de los contratos alcanzará a los individuos de su familia que con él habitaren si se tratase de un local destinado a vivienda y al socio o herederos que continuasen el negocio si fuese un establecimiento mercantil o industrial".

2.º) Este precepto fue sistemáticamente prorrogado por diversos decretos durante los años veinte (de 19 de octubre de 1921, 2 de diciembre de 1922, 13 de diciembre de 1923, 20 de junio de 1924, 17 de diciembre de 1924, 21 de diciembre de 1925, 24 de mayo de 1926, 7 de diciembre de 1926, 14 de diciembre de 1927, 24 de diciembre de 1928 y 26 de diciembre de 1930). El texto completo de estas normas puede verse en HUERTA, Félix: *El contrato de arrendamiento de fincas urbanas*, Madrid, 1925, y CASALS TORRES: *Desahucios e inquilinatos*, Barcelona, 1929).

3.º) Este período de prórrogas sucesivas concluye con el decreto de 29 de diciembre de 1931, que, con leves retoques meramente gramaticales, normativiza el citado precepto con carácter permanente (art. 3).

4.º) El Decreto-Ley de 10 de diciembre de 1944 introduce por primera vez un orden de sucesión explícito, pero nada resuelve acerca del pasivo sucesorio: "En las prórrogas forzosas a favor del inquilino por causa de fallecimiento de éste, se establece un turno de preferencia a favor de la viuda, hijos, padres o parientes dentro del segundo grado que convivieran con el arrendatario" (art. 3).

5.º) El artículo 71 LAU 46 establecía: "Si durante la vigencia de un contrato de inquilinato falleciere el inquilino, su cónyuge, si convivía con él, y sus parientes hasta el tercer grado

3. La imperatividad del orden de sucesión de la legislación especial.

La legislación especial de arrendamientos no parece establecer, pues, ninguna disposición relativa al régimen jurídico del pasivo sucesorio. Ahora bien, lo que sí establece es un orden especial de sucesión. Y ocurre que, dependiendo de la naturaleza de ese orden especial de sucesión, el criterio que haya de tomarse respecto del pasivo sucesorio puede oscilar entre dos alternativas. En concreto, estas dos alternativas se plantean dependiendo de si el orden de sucesión es o no es imperativo:

A) En caso de no ser imperativo, de manera que pudiese ser libremente dispuesto por el arrendatario, parece que no existirían motivos, *a priori*, para alterar el régimen ordinario de transmisión de las obligaciones del causante por sucesión *mortis causa*. En ausencia de orden imperativo de llamamientos, no habría sustancial diferencia entre la sucesión arrendaticia y la sucesión *mortis causa* ordinaria. El orden de llamamientos para suceder en el arrendamiento sólo actuaría subsidiariamente respecto de la voluntad del testador y vendría a sustituir al orden de llamamientos de la sucesión intestada ordinaria del CC y de los Derechos civiles autonómicos. Pero, fuera de esta especialidad, el arrendamiento, como relación jurídica global integrada por una suma de derechos y obligaciones, se transmitiría por sucesión *mortis causa* ordinaria, bien a los sucesores ordinarios o bien, subsidiariamente, a los llamados por la Ley especial. En cualquiera de ambos casos, quien sucediese en el arrendamiento sería una de las personas que asumiría las deudas del causante y con sujeción a las reglas generales.

por consanguinidad o afinidad que habitaren en la vivienda con un año de anterioridad al óbito, podrán continuar ocupándola sin necesidad de celebrar nuevo contrato quedando subsistente el otorgado a favor del titular fallecido". Y el artículo 72: "Si los beneficiarios del derecho que establece el artículo anterior no desearan ocupar conjuntamente la vivienda, se guardará el siguiente orden de prelación: cónyuge, hijos, padres, abuelos, hermanos, tíos y sobrinos. Prevalecerá el derecho de los de doble vínculo y consanguinidad, resolviéndose los casos de igualdad en favor del que tuviere mayor número de cargas familiares, con preferencia para el sexo femenino. Cuando los padres fueren septuagenarios, serán preferidos a los hijos".

6.º) El Decreto de 6 de marzo de 1953 restringe el orden de sucesión y excluye a los parientes de tercer grado (art. 5).

7.º) El artículo 58 LAU 56 coincide, básicamente, con el artículo 58 del texto refundido de 1964, salvo en lo referente a la sucesión de local destinado a profesión colegiada.

8.º) El Decreto-Ley de 14 de septiembre de 1956 se limita a regular la prórroga del deber de notificación al arrendador del hecho del fallecimiento y de la sucesión, norma que es desarrollada por el decreto de 28 de septiembre de 1956.

Las exposiciones de motivos tampoco aluden a nuestro problema.

B) Por el contrario, si el orden de sucesión fuese imperativo, tales conclusiones ya no podrían aceptarse de manera automática. Cabría pensar entonces que esa imperatividad diseña una sucesión *mortis causa* de carácter excepcional que podría tener repercusiones en orden a la determinación del régimen jurídico del pasivo sucesorio. En efecto, como consecuencia de la imperatividad del orden de sucesión, cuando, al margen de la sucesión ordinaria, aconteciese la sucesión de un arrendamiento de vivienda concurrirían dos tipos de sucesores: los ordinarios, determinados según el CC y los Derechos civiles autonómicos y los arrendaticios, determinados según lo dispuesto en ese orden de sucesión. A partir de entonces habría que preguntarse qué efectos puede tener esta diversificación sucesoria respecto del sistema ordinario de transmisión *mortis causa* de deudas del causante.

En conclusión, para decidir cuál es la vía a seguir hay que resolver previamente si el orden de sucesión previsto por la legislación especial es imperativo o no. Esta cuestión se constituye como un *prius* para determinar si el sucesor arrendaticio va a asumir o no las deudas del arrendatario fallecido.

3.1. *Alusión al Derecho comparado.*

El Derecho comparado no ofrece respuestas homogéneas en torno a la imperatividad o no del orden de sucesión de los arrendamientos especiales de vivienda. Así, mientras en algunos casos se decanta por la imperatividad de dicho orden, en otros casos ni siquiera existe un orden o se reserva un margen a la libertad testamentaria del arrendamiento.

1.º Derecho alemán. En el *BGB*, la sucesión *mortis causa* de los arrendamientos de vivienda (*Mietverhältnisse über Wohnraum*) se regula en los §§ 563 y ss. A tenor del § 563, párrafos [1] y [2], el cónyuge viudo tiene preferencia expresa sobre cualquier otra persona para suceder en el arrendamiento. Este llamamiento excluye a cualquier otra persona y sólo en defecto suyo son llamados los hijos y la pareja de hecho, que pueden suceder conjuntamente. Y si no hay pareja de hecho, pero sí hijos y otros parientes convivientes, suceden todos ellos también conjuntamente (4). Por último, en defecto de todas estas personas, el arrendamiento no se

(4) § 563, párrafos [1] y [2]: “[1] Der Ehegatte, der mit dem Mieter einen gemeinsamen Haushalt führt, tritt mit dem Tod des Mieters in das Mietverhältnis ein. Dasselbe gilt für den Lebenspartner.

[2] Leben in dem gemeinsamen Haushalt Kinder des Mieters, treten diese mit dem Tod des Mieters in das Mietverhältnis ein, wenn nicht der Ehegatte eintritt. Der Eintritt des

extingue, sino que se transmite a los herederos por sucesión *mortis causa* ordinaria (§ 564) (5). Ahora bien, mientras este último llamamiento subsidiario a favor de los herederos puede ser excluido por pacto en contrario, el llamamiento especial a favor del cónyuge, así como el llamamiento conjunto a favor de los familiares convivientes, no admite, en cambio, dicho pacto en contra (§ 563 párr. [5]) (6). De esta prohibición hay que concluir que arrendatario y arrendador no pueden estipular nada que perjudique el orden de sucesión del citado § 563 en sus párrafos [1] y [2]. Y, también, que el arrendatario no puede disponer testamentariamente del contrato en modo distinto a lo previsto en tal precepto (7).

2.º *Derecho italiano.* En Italia, el Derecho especial de arrendamientos urbanos se contiene en la actualidad en las Leyes de 27 de julio de 1978 y de 9 de diciembre de 1998. El régimen de la sucesión se contiene en la primera, cuyo artículo 6, párrafo 1.º, de esta Ley está dedicado a la sucesión en los arrendamientos de vivienda y dice así: “*In caso de morte del conduttore, gli succedono nel contratto il coniuge, gli eredi ed i parenti ed affini con lui abitualmente conviventi*”. A partir de este precepto, los autores plantean si el mismo contiene un orden de sucesión o si, por el contrario, suceden conjuntamente todas esas personas de manera simultánea. Hay que notar que, en efecto, el precepto transcrito no dispone expresamente si tal orden existe o no. Ante este vacío legal, la doctrina se ha pronunciado en sentido negativo y ha estimado que se produce una sucesión conjunta entre todos aquellos convivientes citados por el artículo 6 (8).

Lebenspartners bleibt vom Eintritt der Kinder des Mieters unberührt. Andere Familienangehörige, die mit dem Mieter einen gemeinsamen Haushalt führen, treten mit dem Tod des Mieters in das Mietverhältnis ein, wenn nicht der Ehegatte oder der Lebenspartner eintritt. Dasselbe gilt für Personen, die mit dem Mieter einen auf Dauer angelegten gemeinsamen Haushalt führen.”

(5) § 564: “Treten beim Tod des Mieters keine Personen im Sinne des § 563 in das Mietverhältnis ein oder wird es nicht mit ihnen nach § 563a fortgesetzt, so wird es mit dem Erben fortgesetzt. In diesem Fall ist sowohl der Erbe als auch der Vermieter berechtigt, Sicherheitsleistung abwenden. Er kann jede einzelne Sache dadurch von dem Pfandrecht befreien, dass er in Höhe ihres Wertes Sicherheit leistet.”

(6) § 563, párrafo [5]: “Eine abweichende Vereinbarung zum Nachteil des Mieters oder solcher Personen, die nach Absatz 1 oder 2 eintrittsberechtigt sind, ist unwirksam.”

(7) Vid. PUTZO, en *Palandt Bürgerliches Gesetzbuch*, 48 ed., 1989, p. 599; SONNENSCHNEIN, en *Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Berlín, 1981, p. 736; VOELSKOW, en *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, I, p. 891; SCHOPP, en *Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, I, Munich, 1980, p. 1365.

(8) BOZZI: *Equo Canone*, a cura di Bianca y otros, Padua, 1980, p. 57; BUCCI/MALPICA/REDIVO: *Manuale delle Locazioni*, Padua, 1989, pp. 334-335; LAZZARO/PREDEN/VARRONE: *L'Equo Canone*, Milán, 1978, p. 25; TRIFONE, en *Trattato di Diritto civile*, dir. por Vasalli, 11-3.º, Turín, 1984, pp. 516-517; DI PATRIZIO: *Locazione ed Equo Canone*, Milán, 1990, p. 16.

En contra, SEVERINI (“Il diritto di successione nell’edilizia residenziale pubblica”, en *Rivista Giuridica dell’Edilizia*, 1982, parte II, p. 41), según el cual hay que entender que existe un orden

Ahora bien, puesto que este precepto llama a los “herederos” en general, hay que deducir que el arrendatario tiene un margen de disponibilidad sucesoria sobre el contrato.

Además, algunos autores piensan que, en defecto de las personas incluidas en dicho artículo, la sucesión en el arrendamiento se defiende a los sucesores ordinarios, aunque no sean convivientes, conforme a las reglas generales de la sucesión *mortis causa*, y, en concreto, por lo dispuesto en el artículo 1.614 CC (9). Esta doctrina es contestada por otro sector doctrinal (10).

3.º *Derecho francés.* El derecho arrendaticio urbano de viviendas francés está regido en la actualidad por cinco grupos normativos (11). De ellos destacan la Ley de 6 de julio de 1989, que constituye, en general, la norma básica sobre arrendamientos de viviendas. Su artículo 14 regula el régimen jurídico de la sucesión arrendaticia, que, por remisión del propio precepto, está interrelacionado con el instituto de la *attribution préférentielle* del artículo 832 del *Code* (12). En este régimen jurídico cabe deducir un margen para la disponibilidad testamentaria por parte del titular del arrendamiento de vivienda sujeto a la Ley de 1989.

de sucesión que comienza por el cónyuge y termina con los afines. A favor de la preferencia del cónyuge juega el artículo 540, párrafo 2.º del *Codice*, según el cual: “Al coniuge, anche quando concorra con altri chiamati, sono riservati il diritto di abitazione sulla casa adibita a residenza familiare e di uso sui mobili che que la corredano, se di proprietà del defunto o comuni”.

En cuanto a cuáles son los parientes llamados por el artículo 6, algunos afirman que ha de entenderse aplicable el límite del sexto grado impuesto de manera general por el artículo 77 del CC, según el cual “La legge non riconosce il vincolo di parentela oltre il sesto grado, salvo che per alcuni effetti specialmente determinati” (BUCCI/MALPICA/REDIVO: *op. cit.*, p. 333; MILITERNI: *L'Equo Canone*, Nápoles, 1978, p. 13). En cambio, en la sentencia de la Corte Costituzionale número 404 de 7 de abril de 1988 (*Giurisprudenza Costituzionale* 1988, II, p. 1794) se puede leer que son llamados “i parenti senza limiti di grado”; aunque se trata de un puro *obiter*, puesto que la sentencia estudia, entre otros extremos, la situación del conviviente *more uxorio* a efectos de sucesión arrendaticia.

(9) BOZZI: *op. cit.*, p. 58; BUCCI/MALPICA/REDIVO: *op. cit.*, p. 336.

Artículo 1.614: “Nel caso di morte dell'inquilino, se la locazione deve ancora durare per più di un anno ed è stata vietata la sublocazione, gli eredi possono recedere dal contratto entro tre mesi dalla morte. Il recesso si deve esercitare mediante disdetta comunicata con preavviso non inferiore a tre mesi.”

(10) TRIFFONE: *op. cit.*, pp. 515-516; DI PATRIZIO: *op. cit.*, p. 17. La jurisprudencia también parece sumarse a este segundo criterio; en tal sentido pueden citarse *Cass.* 21 abril 1992 y la sentencia del Tribunal de Roma de 8 de junio de 1992 (ambas transcritas por DE TILLA: *Il Diritto Immobiliare, Trattato sistematico di giurisprudenza ragionata per casi, Le Locazioni*, I, 5.ª ed., Milán, 1997, pp. 919 y ss.).

(11) *Code civil*, Ley de 1 de septiembre de 1948, Ley de 22 junio de 1982, Ley de 23 de diciembre de 1986 y Ley de 6 de julio de 1989.

(12) “Lors du décès du locataire, le contrat est transféré: –sans préjudice des sixième et septième alinéas de l'article 832 du Code Civil, au conjoint survivant; –aux descendants qui

Existe, por una parte, un doble ámbito donde no parece haber la libertad de testar. En primer lugar, el representado por la sucesión del viudo, a quien el arrendamiento se transmite preferencial e imperativamente por virtud de los artículos 832, párrafos 6.º y 7.º, y 1.751 CC (13). Y, por otra, el representado por la sucesión de los demás herederos *no copropietarios* con el causante en dicho arrendamiento, que suceden según el “*intérêt en présence*” expresado por el citado artículo 14 de la Ley de 1989 (14). Pero, en cambio, en caso de que existan herederos *copropietarios* con el causante del arrendamiento entra en juego la llamada “*atribución preferencial*” del artículo 832. Y, según se interpreta, ocurre que dicha atribución constituye un estatuto subsidiario a la autonomía de la voluntad del causante (15). Por lo que en el caso en que sí existan herederos copropietarios del arrendamiento se deduciría que el copropietario que fallece podría disponer testamentariamente de su cuota en el arrendamiento (16).

3.2. *La cuestión en nuestro Derecho.*

En nuestro Derecho falta una declaración expresa acerca de la imperatividad del orden de sucesión. Pero esta ausencia de declaración expresa no ha impedido a nuestra doctrina sostener con casi absoluta unanimidad que el orden de sucesión impuesto por la legislación especial es indisponible por el arrendatario (17). El orden de sucesión legal es, en

vivaient avec lui depuis au moins un an à la date du décès; – aux ascendants, au concubin notoire ou aux personnes à charge, qui vivaient avec lui depuis au moins un an à la date du décès.

En cas de demandes multiples, le juge se prononce en fonction des intérêts en présence.

A défaut de personnes remplissant les conditions prévues au présent article, le contrat est résilié de plein droit para le décès du locataire ou par l'abandon du domicile par ce dernier.

(13) Vid. AUBERT/BIHR: *L'location d'habitation (loi du 6 juillet 1989)*, París, 1990, pp. 162-163.

(14) En el caso de que tales personas no existan, el contrato “est résilié de plein droit”, lo que es tenido como una norma de orden público (BELOT y otros: *Le Statut du droit à l'habitat*, París, 1985, p. 112), por lo que no cabe la sucesión subsidiaria de los herederos.

(15) RAYMOND: “*L'attribution préférentielle des biens non ruraux en vertu de l'article 832 du Code Civil*”, RTDC, 1966, p. 444, aceptando el criterio jurisprudencial al respecto.

(16) En el Derecho inglés, los arrendamientos especiales no sujetos al *common law* están regulados por Derecho estatutario emanado del Parlamento: *Rent Act* (1977), *Housing Act* (1985) y *Housing Act* (1988). Entre otras circunstancias, estas leyes se caracterizan por establecer un orden imperativo de sucesión. Esto resulta especialmente constatable en la *Housing Act* de 1988, cuya sección 17 afirma expresamente que el arrendamiento no se transmite por sucesión testada ni intestada (“... and, accordingly, does not devolve under the tenant's will or intestacy”).

(17) Por orden cronológico: GARCÍA ROYO: *Tratado de Arrendamientos Urbanos*, II-1.º, Madrid, 1948, p. 30; CASAS MARTÍNEZ: “*La comunidad arrendaticia*”, RGD, 1956, p. 528; CASTÁN/CALVILLO: *Tratado práctico de arrendamientos urbanos*, II, Madrid, 1956, p. 492; PERE RALUY/RODRÍGUEZ AGUILERA: *Derecho de Arrendamientos urbanos*, I, Barcelona, 1965, p. 772; MADRUGA MÉNDEZ: *Transmisión del derecho arrendaticio de vivienda*, Madrid, 1966, pp. 135-136;

suma, *imperativo para el arrendatario*. Es decir, dicho orden se sobrepone no sólo al establecido por el CC y los Derechos civiles autonómicos para la sucesión intestada, sino también a la voluntad de dicho arrendatario manifestada en la sucesión testada o, en su caso, contractual.

Una de las facultades que tiene todo causante que es parte de un contrato transmisible por sucesión *mortis causa* es la de designar un sucesor determinado en dicho contrato (18). Sin embargo, parece incuestionable que el orden a la sucesión de arrendamientos de vivienda no puede ser alterado por la sola voluntad del arrendatario. Dicha legislación instaura un determinado orden de sucesión que actúa con carácter general, sin especificar que el mismo actúe sólo en la sucesión intestada con exclusión de la testamentaria o contractual. En la legislación especial de arrendamientos anterior al Decreto-Ley de 10 de diciembre de 1944 era posible, quizá, deducir un importante espacio para la disponibilidad testamentaria del arrendamiento (19). Ahora bien, después de este Decreto, la Ley parece mostrar una clara inclinación a favor de la imperatividad del orden de sucesión en relación al arrendatario. En la legislación actualmente vigente, tal inclinación es manifiesta en la disposición transitoria 2.^a de la LAU 94, cuyo número 4 expresa que la sucesión que aquélla regula “*sólo podrá tener lugar a favor*” de las personas que la misma indica (20). Y no menos

LACRUZ: *Elementos...*, II-3.º, 2.^a ed., Barcelona, 1986; ALBACAR: *Ley de Arrendamientos Urbanos*, I, Granada, 1989, p. 712; BLANQUER UBEROS: *El Proyecto LAU, La Ley 94-2*, pp. 997 y 999; PRATS ALBENTOSA, en *Comentarios a la nueva LAU*, coord. por Valpuesta, Valencia, 1994, p. 150; FINEZ: *Comentarios a la LAU*, dir. por Pantaleón, Madrid, 1995, p. 219; LEÓN-CASTRO/DE COSÍO: *op. cit.*, p. 95; PÉREZ DE VARGAS: *Subrogación arrendaticia y parejas de hecho*, Madrid, 1995, p. 39; SERRANO ALONSO: *Comentarios...*, dir. por O'Callaghan, *op. cit.*, p. 168; FUENTES LOJO y otros: *op. cit.*, p. 1403; RUEDA ESTEBAN: *Nueva LAU, Seminario del Consj. Gral. Not. en la UIMP*, dir. por Arroyo del Corral, Madrid, 1996, p. 321; CARRASCO PERERA: *op. cit.*, pp. 368-369; GUILARTE GUTIÉRREZ: *op. cit.*, tomo I, p. 186; LUCAS FERNÁNDEZ: *op. cit.*, p. 1170; VERDE-RA SERVER: *op. cit.*, p. 29; SÁNCHEZ GOYANES: *op. cit.*, p. 114.

La unanimidad es impedida por R. VALCARCE, el cual, a propósito de la LAU 46, interpretaba que “si la subrogación se hace por disposición testamentaria y, por ende, para surtir efecto después de la muerte del inquilino, debe reputarse válida y merece protección jurídica, a condición de que se cumplan los requisitos del artículo 34 (parentesco dentro del segundo grado -convivencia del año- y notificación)” (“Sucesión arrendaticia urbana”, *Revista de Derecho Procesal*, 1947, pp. 634-635). El artículo 34 LAU 46 se corresponde con el artículo 24 del texto refundido de 1964.

(18) Sin perjuicio de la responsabilidad de todos los herederos por las obligaciones pendientes, solidaria (art. 1.084 CC) o mancomunada (art. 61 del Código de Sucesiones catalán).

(19) Esa legalidad anterior estaba constituida por las sucesivas prórrogas del decreto *Bugallal* de 1920, cuyo artículo 1, párrafo 3.º, se expresaba así: “Caso de fallecimiento del arrendatario, el beneficio de prórroga de los contratos alcanzará a los individuos de su familia que con él habitaren si se tratase de un local destinado a vivienda y al socio o herederos que continuasen en el negocio si fuese un establecimiento mercantil o industrial”.

(20) Disposición transitoria 2.^a, número 4: “A partir de la entrada en vigor de esta ley, la subrogación a que se refiere el artículo 58 del texto refundido de la LAU 1964, *sólo podrá tener*

manifiesta lo es en la sucesión del artículo 16 LAU 94. En este precepto, la imperatividad de la sucesión parece la única interpretación a seguir dados los términos de su número 4, a cuyo tenor resulta bastante evidente que las personas mencionadas en el número 1 tienen un derecho incondicionado a la sucesión en aquellos contratos con una duración igual o inferior a cinco años. Esta imperatividad no sólo actúa con respecto al arrendatario, sino también con respecto al arrendador, por lo que el eventual pacto entre ambos alterando el orden de sucesión no será eficaz.

Esta interpretación es, en principio, coherente también con el fundamento básico de toda la legislación especial arrendaticia. Con el establecimiento de un orden de sucesión imperativo, la Ley pretende, en sede de sucesión arrendaticia de viviendas, dar amparo a determinadas personas, en concreto, parientes cercanos que convivían con el arrendatario. Tales personas son tenidas en cuenta por su condición de familiares próximos al arrendatario, pero también por su condición de convivientes. Interviene, y decisivamente, el interés puramente material de seguir habitando en la vivienda. Se considera, pues, que sólo los familiares cercanos convivientes deben tener un derecho subjetivo a seguir habitando en el mismo lugar en que lo venían haciendo hasta la muerte del arrendatario. Y esta decisión la toma el legislador en una coyuntura socioeconómica en la que existe un especial interés por aliviar en la medida de lo posible el problema del acceso a vivienda (21).

La Ley, en suma, desea atribuir en todo caso y circunstancia el arrendamiento a ese círculo de familiares convivientes. Esta aspiración, que se inscribe simultáneamente en los principios constitucionales de protección a la familia y acceso a vivienda (arts. 39 y 47 CE), es considerada de orden público y para salvaguardarla se prescinde de la autonomía de la voluntad del arrendatario, que no va a poder disponer del contrato por actos *mortis causa*. De esta manera, el dominio de éste sobre el arrendamiento de vivienda de la legislación especial no va a tener las mismas características que el dominio sobre cualquier otro contrato transmisible por la sucesión *mortis causa* ordinaria del CC y los Derechos civiles auto-

lugar a favor del cónyuge del arrendatario no separado legalmente o de hecho, o en su defecto, de los hijos que conviviesen con él durante los dos años anteriores a su fallecimiento; en defecto de los anteriores, se podrán subrogar los ascendientes del arrendatario...". Acerca de esta expresión, *vid.* LASARTE: *Comentarios a la LAU*, dir. por él mismo, *op. cit.*, pp. 1253-1254.

(21) Nótese que no es sólo dicha escasez de la vivienda lo que ha dado lugar a la normativa especial; han intervenido también factores políticos, representados por el advenimiento del *Estado Social* o *Estado del Bienestar* a mitad del siglo xx. Es más, puede decirse que este segundo factor ha sido el decisivo en la generación de las leyes de arrendamientos; la carestía de vivienda no es un fenómeno exclusivo de este siglo; de hecho, es una constante histórica. Pero ha sido en el período presente cuando el Estado ha decidido afrontar directamente el problema.

nómicos. La circunstancia de que el arrendatario esté privado de la facultad de disposición por causa de muerte constituye así una limitación del dominio como consecuencia del reforzamiento de la posición jurídica ocupada por los parientes convivientes llamados a sucesión (22).

4. Las deudas del causante y la sucesión arrendaticia de viviendas en el Derecho comparado.

Puesto que, como se acaba de concluir, el orden de sucesión de la legislación especial es imperativo, ya no puede aceptarse de manera automática que el sucesor arrendaticio asume las deudas del causante. La Ley dispone un orden de sucesión imperativo para el arrendamiento y, por tanto, se constituye una dualidad de sucesores. Por una parte, los sucesores ordinarios, designados conforme a las reglas generales de la sucesión *mortis causa* ordinaria; por otra, los sucesores arrendaticios, designados conforme a las reglas especiales e imperativas de la legislación arrendaticia. La Ley instituye, por tanto, una sucesión especial al margen de la sucesión *mortis causa* ordinaria sobre la base de un orden imperativo de sucesión. Así pues, no cabe recurrir a una simple analogía y extender al sucesor arrendaticio la posición deudora que tiene atribuida el sucesor ordinario del CC y de los Derechos autonómicos. La analogía no es posible y es preciso replantear el problema desde el principio. Para ello, hay que hacer una referencia previa a las soluciones que sobre esta cuestión ofrece el Derecho comparado.

4.1. Derecho alemán.

De entre los Ordenamientos de nuestro entorno, sólo el alemán contiene una previsión expresa en relación al régimen jurídico del pasivo sucesorio que incluye deudas arrendaticias pendientes. Según el párrafo [1] del § 563b BGB, los sucesores arrendaticios “... *haften neben dem Erben für die bis zum Tod des Mieters entstandenen Verbindlichkeiten als*

(22) Hay que advertir, sin embargo, que la imperatividad del orden de sucesión de la legislación no está exenta de puntos oscuros. Al margen de la mayor o menor oportunidad de establecer una lista cerrada de sucesores con exclusión automática de otras personas, puede señalarse la contradicción que representa el hecho de que mientras el arrendatario y el arrendador no pueden alterar el orden de sucesión, sí pueden, por el contrario, ceder *inter vivos* el arrendamiento a cualquier persona, sea o no uno de los sucesores incluidos en dicho orden de sucesión legal. Por otra parte, también es contradictorio que el arrendatario no pueda disponer testamentariamente del arrendamiento cuando los sucesores sí pueden disponer del mismo una vez acontecida la sucesión (arts. 58.2 del texto de 1964 y 16.2 LAU 94). Vid. ACEBES CORNEJO: “Crítica de la sucesión de los arrendamientos de vivienda”, en *porticolegal.com*, sección arrendamientos (2003).

Gesamtschuldner. Im Verhältnis zu diesen Personen haftet der Erbe allein, soweit nichts anderes bestimmt ist” (... responden como deudores solidarios con el heredero de las deudas originadas hasta la muerte del arrendatario; en relación con el cónyuge y los familiares, el heredero responde solo, salvo pacto en contra).

El arrendador puede, por tanto, dirigirse indistintamente contra los sucesores ordinarios o los especiales. Sucesores ordinarios y sucesores arrendaticios están todos situados en el mismo plano de cara al acreedor. Respecto de las deudas arrendaticias, los sucesores arrendaticios son, pues, tan deudores como los sucesores ordinarios (“... *als Gesamtschuldner...*”). Pero esto, por lo que se refiere a las relaciones externas de los sucesores con el acreedor. En las relaciones internas entre los sucesores ya hay que distinguir. Aquí los sucesores arrendaticios deben quedar indemnes, ya que, según el § 569a, las deudas arrendaticias pendientes deben ser asumidas finalmente por los herederos. Así pues, el *BGB*, en aras de proporcionar mayor seguridad al arrendador, establece al mismo tiempo una responsabilidad solidaria entre los herederos y los sucesores arrendaticios. Pero esta responsabilidad solidaria sólo tiene carácter instrumental, ya que no afecta a las relaciones internas entre los sucesores ordinarios y especiales. Resulta, por tanto, que los herederos, por regla general, asumen finalmente las deudas pendientes, en tanto que los sucesores especiales sólo las asumen en última instancia, de manera subsidiaria; es decir, en los casos de insolvencia de los herederos. Este régimen puede ser excepcionado mediante pacto en contra.

Por último, hay que observar que el § 569a no precisa si este régimen de responsabilidad es aplicable también a las deudas no arrendaticias. Teniendo en cuenta la literalidad del precepto cabría admitir que sí es aplicable, ya que el mismo se expresa en sentido genérico refiriéndose a las deudas del arrendatario sin especificar que sólo sean las arrendaticias (“... *die bis zum Tod des Mieters entstandenen Verbindlichkeiten...*” —... las deudas originadas hasta la muerte del arrendatario...—). Sin embargo, existen autores que niegan esta posibilidad, al precisar que al sucesor especial no le afectan ni siquiera aquellas deudas que, aun relacionadas con la vivienda, hayan surgido de contratos del arrendatario con terceros, tales como las de suministro de agua y calefacción, de renovación, etc. (23).

4.2. *Doctrina italiana.*

A falta de pronunciamiento expreso en la antes citada Ley italiana de 1978, algunos autores defienden que los sucesores ordinarios y especiales

(23) SONNENSCHNEIN: *op. cit.*, p. 729.

responden conjuntamente de las deudas arrendaticias pendientes al fallecimiento del arrendatario, aunque no precisan de qué manera opera esta responsabilidad concurrente, ni el plano de las relaciones externas de todos los sucesores con el arrendador (si solidaria o mancomunada), ni en el plano de las relaciones internas entre los sucesores ordinarios y arrendaticios (24). Otros, por el contrario, concluyen que dichas deudas incumben sólo a los herederos y no a los sucesores especiales, sin añadir tampoco ulteriores precisiones (25).

Por lo que a la jurisprudencia se refiere, puede citarse la sentencia del Tribunal de Roma de 8 de junio de 1992, que contiene un pronunciamiento sobre este tema, si bien a título de *obiter*. En el pleito se sustanciaba la posible responsabilidad de una persona que pretendía suceder en el arrendamiento, pero que, sin embargo, no era una de las incluidas en el artículo 6 de la Ley de 1978. Y la sentencia se detiene a considerar si el artículo 1.614 del *Codice* es aplicable de manera subsidiaria, contestando negativamente. Pero al hilo de este problema expone incidentalmente la hipótesis de que las rentas pendientes se transmiten por vía hereditaria y son carga de los herederos ordinarios, aunque no llega a afirmar que sean *exclusivamente* carga suya y no también de los sucesores especiales: "... La mancanza di soggetti legittimati a esercitare i diritti successori nascenti dall'art. 6 l. n. 392/78 non comporta reviviscenza dell'abrogato art. 1.614 CC, sicchè l'erede non convivente, *mentre non può esimersi dall'obbligo di*

(24) "In particolare non par dubbio che l'obbligo del pagamento dei canoni scaduti si trasferisca -salva naturalmente la responsabilità concorrente dell'erede- su chi subentra nella titolarità del contratto e che il suo inadempimento leggitimi il locatore, in presenza degli altri presupposti di legge, a richiedere la risoluzione del contratto" (en particular, no hay duda que la obligación de pago de las rentas vencidas se transmite -salvo, naturalmente, la responsabilidad concurrente del heredero- sobre quien sucede en la titularidad del contrato y que su incumplimiento legitima al arrendador, en presencia de los otros presupuestos legales, a pedir la resolución del contrato) (BOZZI: *op. cit.*, pp. 59-60).

(25) "Il rapporto di locazione viene così separato dal complesso dei rapporti che facevano capo al defunto e che sono trasmessi agli eredi, per essere trasferito automaticamente a determinati soggetti che la legge vuole tutelare. Il fatto potrebbe avere una conseguenza pratica rilevante, nel senso che chi succede non nella qualità di erede non subentrerebbe nei debiti del «de cuius» per canoni ed oneri accessori arretrati. Per questi, infatti, risponderebbe sempre l'erede, il quale subentrerebbe appunto «iure successionis» in tutti rapporti attivi e passivi del suo dante causa e sarebbe quindi tenuto anche per gli eventuali debiti dello stesso per canoni arretrati" (la relación arrendaticia queda así separada del complejo de relaciones de que era titular el difunto y que son transmitidas a los herederos, para ser transmitida automáticamente a determinados sujetos que la Ley quiere tutelar. Este hecho podría tener una consecuencia práctica relevante, en el sentido de que quien no sucede con la cualidad de heredero no sucedería en las deudas del *de cuius* por rentas y cargas accesorias atrasadas. Para éstas, en efecto, respondería siempre el heredero, el cual sucedería precisamente *iure successionis* en todas las relaciones activas y pasivas de su causante y, por tanto, estaría obligado también por las eventuales deudas del mismo por rentas atrasadas) (BUCCI/MALPICA/REDIVO: *op. cit.*, p. 334).

soddisfare le passività gravanti sull'asse ereditario alla data dell'avenuta successione secondo i principi generali, in quanto relative a obbligazioni già scadute e insolute quali il pagamento dei canoni locativi non pagati al locatore dal proprio dante causa, per il resto viene a trovarsi in una relazione de mero fatto con la cosa locata, che non può detenere in maniera qualificata ma que detiene eventualmente senza titulo, pero fatto propio originario, non essendo legittimato dalla legge a succedere nel rapporto locativo" (cursiva nuestra) (26). (La ausencia de sujetos legitimados para ejercitar los derechos sucesores derivados del artículo 6.1, número 392/78, no comporta reviviscencia del abrogado artículo 1.614 CC, por lo que el heredero no conviviente, *mientras no puede eximirse de la obligación de satisfacer el pasivo que grava la herencia en la apertura de la sucesión según los principios generales, en lo relativo a obligaciones ya vencidas e impagadas, como el abono de rentas arrendaticias no pagadas al arrendador por el propio causante*, por el resto se encuentra en una relación de mero hecho con la cosa arrendada, que no puede poseer de manera cualificada, pero que posee eventualmente sin título, no estando legitimado a suceder en la relación arrendaticia).

5. Las deudas del causante y la sucesión arrendaticia de viviendas en nuestro Derecho. La tesis de la responsabilidad exclusiva de los sucesores ordinarios.

La cuestión sobre la relación del sucesor arrendaticio con las deudas del causante no ha recibido en nuestro país un tratamiento demasiado riguroso (27). Sea como fuere, existen dos tesis de orientación contrapuestas. Se examina a continuación una de ellas, dejándose la segunda para un análisis ulterior (*infra* § 7).

La tesis en cuestión atribuye a los sucesores ordinarios la responsabilidad por las obligaciones arrendaticias, con exclusión de los sucesores especiales. Se interpreta que la relación arrendaticia se transmite por una vía sucesoria especial. En cambio, las deudas pendientes lo hacen por la vía hereditaria ordinaria, razón por la que la responsabilidad por tales deudas se atribuye en exclusiva a los sucesores ordinarios, en tanto que

(26) Fragmento extraído de la transcripción hecha por DE TILLA: *op. cit.*, p. 920.

(27) Las últimas aportaciones doctrinales relativas a la sucesión arrendaticia ni siquiera abordan ya el problema. DÍAZ VALES se lo plantea en sede de transmisión *inter vivos* del arrendamiento, preguntándose si el nuevo arrendatario debe o no responder cumulativamente con el antiguo (*La subrogación legal en la legislación de arrendamientos urbanos*, Madrid, 2001, p. 289). Por su parte, PEREZ UREÑA tan sólo hace algunas referencias genéricas en torno a la naturaleza de la sucesión arrendaticia, sin llegar a mencionar el problema (*El arrendamiento de vivienda: subrogación "mortis causa"*, Granada, 1999, p. 48).

los sucesores arrendaticios quedan exentos de responsabilidad. Este es el planteamiento común de todas estas tesis (28). Pero, partiendo del mismo, los autores se expresan con diferentes niveles de precisión:

A) Algunos parecen referirse al conjunto de las obligaciones arrendaticias pendientes, pero, al ejemplificarlas, sólo enumeran obligaciones pecuniarias (29).

B) Otros se refieren ya abiertamente a todas las obligaciones arrendaticias pendientes (30).

C) Por último, otro sector se centra sólo en las rentas adeudadas y afirma que el arrendador sólo puede exigir las a los herederos en el correspondiente juicio declarativo, con exclusión de los sucesores arrendaticios. Pero se añade que el arrendador puede instar directamente el desahucio por falta de pago contra el sucesor especial y que, en caso de que éste lo enerve pagando o consignando las rentas atrasadas, podrá repetir contra los sucesores ordinarios (31).

(28) Dicha tesis se inicia con GARCÍA ROYO, quien, comentando el artículo 71 LAU 46 decía: "... la sucesión sólo actúa en los derechos, deberes y expectativas propios de la evolución normal del inquilinato a partir de la fecha en que falleció el titular, mas no opera respecto a las relaciones jurídicas derivadas de hechos pretéritos (tales como impago de rentas atrasadas, indemnizaciones por daños causados en la vivienda, resarcimiento por obras que aquél efectuó, etcétera), pues cabe decir que, al fallecer el acreedor o deudor, quedaron despojados de su carácter arrendaticio y, por tanto, respecto a ellos sólo actúa la sucesión genérica de derecho común, debiendo dirigir la acción contra el heredero, sea o no el sucesor del inquilinato" (*op. cit.*, p. 46).

(29) GARCÍA ROYO: *loc. cit. Vid.*, también, LEÓN CASTRO/COSSIO: *op. cit.*, p. 103.

(30) CARRASCO: *op. cit.*, p. 381; LACRUZ: *Elementos...*, II-3.º, *op. cit.*, p. 230; FINEZ: *op. cit.*, p. 222; HERNÁNDEZ CANUT/DE LUNA GARCÍA: "Sucesión en el arrendamiento. Prelación y su ejercicio (dictamen)", ADC, 1953, p. 912.

(31) Esta solución se construye en el ámbito de la legislación procesal anterior a la LEC 2000 y tiene su precedente inmediato en RODRÍGUEZ AGUILERA/PERE RALUY, quienes, admitiendo que la responsabilidad por las deudas arrendaticias correspondía a los herederos y no a los sucesores especiales, advirtieron no obstante que "si el arrendador ejercita una acción de desahucio por falta de pago el sucesor arrendaticio difícilmente podrá enervar la acción o rehabilitar el contrato si no paga todas las rentas adeudadas, ya sean correspondientes a época anterior o posterior a la sucesión" (*op. cit.*, pp. 782-783). Partiendo de esta observación, MADRUGA precisó posteriormente que, si el sucesor especial lograba enervar el desahucio, podría repetir contra los herederos en base al artículo 1.158 CC: "En nuestra opinión, el arrendador puede ejercitar dos acciones para la reclamación de rentas adeudadas por el inquilino fallecido, una la de desahucio por falta de pago de la renta al amparo de la causa primera del artículo 114 LAU, y otra, la acción de reclamación de dichas rentas en el juicio declarativo correspondiente. En el primer caso, la acción habrá de ejercitarse contra el sucesor ocupante de la vivienda, que podrá enervar la acción mediante la consignación que autoriza el artículo 147, sin perjuicio de que posteriormente el pariente subrogado pueda ejercitar, al amparo del párrafo 2.º del artículo 1.158 CC, la acción de reembolso contra todos los herederos del arrendatario fallecido, por ser una deuda del causante y, por consiguiente, de la herencia. En el segundo caso, la acción de reclamación habrá de dirigirse directamente contra todos los herederos del inquilino fallecido" (*op. cit.*, p. 177). Siguen esta dirección: ALBACAR: *Ley de Arrendamientos Urbanos, op. cit.*,

Del planteamiento de esta tesis se deriva que el sucesor especial, sin perjuicio de esta responsabilidad instrumental en beneficio del arrendador, no sólo no asume las deudas arrendaticias, sino que no asume ninguna de las deudas pendientes que integran el pasivo sucesorio, sean o no arrendaticias. La sucesión especial sólo abarca a la relación arrendaticia en su lado activo, pero no en su lado pasivo, porque las deudas arrendaticias pendientes al fallecer el causante se transmiten por vía hereditaria ordinaria. Y si esto es así, parece evidente que el resto de las deudas pendientes del causante, las no arrendaticias, tampoco afectan a los sucesores especiales. En este sentido, algunos autores expresan ya en sentido general la exclusión de responsabilidad de dichos sucesores especiales, sin circunscribirla a las deudas arrendaticias (32).

6. Análisis de esta tesis.

Según esta tesis, la sucesión arrendaticia no produciría una transmisión *integral* de la relación. No, al menos, si se entiende que la integridad de una relación jurídica se constituye no sólo por la totalidad de sus derechos, sino también de la totalidad de sus obligaciones. No ocurriría, por

p. 718, y también en *Legislación de Arrendamientos Urbanos*, I, 2.ª ed., Madrid, 1996, pp. 316 y 318; VERDERA SERVER: *op. cit.*, p. 27; GUILARTE GUTIÉRREZ: *op. cit.*, tomo I, p. 193. Véase también FUENTES LOJO y otros: *op. cit.*, pp. 1403-1404.

(32) Así, CARRASCO: "La subrogación tiene aquí alguna particularidad en la medida en que se produce contemporáneamente al fenómeno sucesorio, y puede (y lo hará) concurrir con él. En el viudo y en los descendientes (que en la mayoría de los casos serán los beneficiarios de la subrogación) normalmente concurrirá la cualidad de herederos. Pero es por esta razón, y no por la de subrogados, por la que serán deudores solidarios de las obligaciones pendientes del arrendatario. Puede no tener lugar esta duplicidad; pensemos que el arrendatario fallece intestado y le subroga su concubino, que no es legitimario, y le heredan su hijos. En estos casos, y a falta de una norma expresa, responderán exclusivamente los herederos de las deudas del causante arrendatario. Es claro, por lo demás, que el arrendatario no puede imponer al subrogado la carga de pagar las deudas vencidas, porque, como la legítima sucesoria, también aquí puede hablarse de una *intangibilidad cualitativa* del derecho de subrogación *mortis causa*" (*op. cit.*, p. 381, cursiva del autor). Según LACRUZ: "el derecho a la subrogación, del cual, al no autorizarlo la ley, no puede disponer *mortis causa* el inquilino, representa un beneficio de tipo legal más familiar que sucesorio, pues el subrogado puede haber repudiado la herencia del causante, y el derecho no pasa como parte del patrimonio de éste, ni responde de sus deudas" (*Elementos...*, II-3.º, *op. cit.*, pp. 229-230). Y según HERNÁNDEZ CANUT/DE LUNA GARCÍA (refiriéndose a la LAU 46): "la analogía con la sucesión hereditaria no puede extenderse mucho más. El heredero, como tal, precisamente está excluido, no mencionándosele, a diferencia de lo que sucede en el supuesto del artículo 73 (sucesión del heredero en el arrendamiento de local). Resalta el carácter familiar y pasa a un plano secundario el patrimonial. Mas tampoco cabe asimilarlo con la sucesión hereditaria legal, dada la especialidad del orden de preferencia y sobre todo por la nota de convivencia. De aquí que no pueda ligarse con la aceptación o repudiación de la herencia y que no afecte a la sucesión en las responsabilidades del causante" (*op. cit.*, p. 912; el paréntesis intercalado es nuestro).

tanto, como en las relaciones que se transmiten conforme a la sucesión *mortis causa* ordinaria, donde los sucesores asumen, en su condición de tales, la relación jurídica como un todo. Por el contrario, según esta tesis, en la sucesión de los arrendamientos especiales de vivienda, los sucesores sólo recibirían el programa obligacional que resta por cumplir en el momento de fallecimiento del causante, pero no, sin embargo, las deudas pendientes en el momento de dicho fallecimiento. Los sucesores arrendaticios (como no podía ser de otra forma) asumirían el papel de deudores respecto de las obligaciones que van surgiendo con posterioridad a la sucesión. Respecto de estas obligaciones, ellos y sólo ellos son considerados deudores. Ahora bien, las obligaciones anteriores, las surgidas en vida del anterior arrendatario, no se transmitirían ya por la sucesión especial. Todas las obligaciones nacidas en vida del anterior arrendatario quedarían fuera de la sucesión especial. La sucesión especial no abarcaría estas obligaciones anteriores. Según esta tesis, estas obligaciones, en suma, se transmitirían conforme a las reglas generales de la sucesión *mortis causa*. Serían, pues, los sucesores ordinarios los que se hagan cargo de esas obligaciones anteriores. Los sucesores arrendaticios, por el contrario, quedarían al margen de tales obligaciones.

6.1. La sucesión arrendaticia como sucesión especial: Insuficiencia de este planteamiento.

Los autores que sostienen esta tesis omiten dar explicaciones más allá del carácter especial de la sucesión arrendaticia. Se dice que la sucesión arrendaticia es una sucesión impuesta por la Ley para regular un supuesto especial, la transmisión del derecho arrendaticio, transmisión que se produce por una vía distinta de la sucesión *mortis causa* ordinaria del CC. De ahí, los autores pasan a postular, como inmediato corolario, que la sucesión arrendaticia sólo produce la transmisión de la relación arrendaticia, con exclusión de las obligaciones pendientes del anterior arrendatario.

Este planteamiento es insuficiente. Es completamente evidente que la sucesión arrendaticia es, en efecto, una sucesión especial porque, distintamente a la sucesión *mortis causa* ordinaria del CC y de los Derechos civiles autonómicos, tiene por objeto una sola relación jurídica, constituida por el arrendamiento de vivienda y, además, ordena una transmisión a través de un orden imperativo de sucesión. Ambos caracteres separan la sucesión arrendaticia de la ordinaria y le confieren el atributo de la especialidad. Ahora bien, que la sucesión arrendaticia tenga el atributo de la especialidad no propugna de manera inequívoca que el sucesor arrendaticio no deba tener ninguna relación con el pasivo hereditario. Esto es una cuestión que queda por demostrar.

1.º Para enfocar el tema, no hay que olvidar que la legislación especial arrendaticia no contiene un pronunciamiento legal explícito acerca de la relación de la sucesión arrendaticia con las deudas del causante. Por supuesto que, respecto de las obligaciones arrendaticias surgidas *con posterioridad* a la sucesión, serán sólo los sucesores arrendaticios, y sólo ellos, quienes las asuman, con exclusión absoluta de los sucesores ordinarios. Pero ahora la cuestión es determinar qué ocurre con el conjunto de las obligaciones *pendientes* del causante. Ante ello, la tesis comentada presenta un corolario derivado del carácter de *lex specialis* que tiene la legislación arrendaticia: si la Ley omite toda referencia a cuál deba ser la relación de la sucesión arrendaticia con el pasivo sucesorio, debería aplicarse el régimen común de la sucesión *mortis causa*. Es decir, precisamente por el margen específico que tiene atribuido toda Ley especial, la especialidad de la sucesión arrendaticia se agotaría con la imposición de un orden de sucesión determinado, pero no iría más allá para imponer, además, un régimen determinado en lo relativo a las deudas del causante. La especialidad de la ley empezaría y terminaría en el orden imperativo de sucesión y nada más. De modo que sería la sucesión *mortis causa* ordinaria la única que produciría la transmisión del pasivo sucesorio, no la arrendaticia. Lo que significa que serían, pues, los sucesores ordinarios los únicos que deberían asumir dicho pasivo.

Pero un planteamiento como éste es excesivamente formalista, porque no entra en el fondo de la cuestión y se limita a aplicar la norma general (el deber de los sucesores ordinarios respecto del conjunto de las deudas del causante) en defecto de un pronunciamiento explícito de la norma especial (la legislación arrendaticia).

2.º Más allá de consideraciones espiritualistas en torno al estatuto del *sucesor ordinario* como deudor personal del causante (que, por lo demás, han de considerarse superadas), dicho sucesor asume las deudas del causante por la razón básica de que recibe al mismo tiempo sus bienes y derechos. Se trata de una cuestión de puro respeto al crédito del acreedor del causante, que se vería defraudado si las deudas de dicho causante no se transmitiesen por sucesión *mortis causa*. Para ello, la Ley atribuye al sucesor ordinario el deber de pagar esas deudas, pero sin cargarle con la misma posición deudora que tenía el causante, es decir, sin considerarle como un deudor personal en una situación jurídica análoga al causante. Sin perjuicio del deber *ultra vires*, que es una simple opción, el sucesor ordinario asume sólo un papel fundamentalmente liquidatorio. Pero lo asume en la medida suficiente como para no perjudicar los derechos de los acreedores del causante, es decir, hasta donde alcancen los bienes y derechos de la herencia. Puede optar por el deber *ultra vires*, pero la Ley no le obliga a ello. Su deber básico, irrenunciable, es el afrontar

las deudas del causante con los bienes y derechos hereditarios, incluidas las deudas consistentes en un hacer o en un no hacer, que se transforman en deudas de dar cosas o bienes de la herencia con valor económico equivalente (33) (34).

Hasta aquí, cuando sólo hay sucesores ordinarios. Pero cuando, además de sucesores ordinarios, hay también *sucesores especiales*, como son los arrendaticios, el derecho de los acreedores del causante a ver respetados sus créditos ha de tener en cuenta no sólo el correlativo deber de los sucesores ordinarios, sino también el deber de los sucesores arrendaticios. Si *sólo* hay sucesores ordinarios, no cabe otra cosa que sólo ellos asuman las deudas del causante. O éstos se hacen cargo de este pasivo, o ese pasivo desaparece con la muerte del causante. No hay más alternativas. En el caso actual, sin embargo, al lado de los sucesores ordinarios, hay otra clase especial de sucesores. Son los sucesores arrendaticios, encargados de recibir, única y exclusivamente, la relación arrendaticia constituida por el anterior arrendatario. Se trata de una transmisión impuesta excepcionalmente por la Ley a favor de determinadas personas, siguiendo un orden preestablecido y al margen de la sucesión ordinaria. Pero se trata, en definitiva, de una sucesión cuyo objeto es la transmisión de una relación de la que es titular el causante y que, juntamente con los demás bienes y derechos, integra la garantía patrimonial frente a los acreedores. Por tanto, es preciso que los sucesores especiales se constituyan en una alternativa respecto de la asunción de las obligaciones del causante.

6.2. *El derecho arrendaticio como garantía patrimonial de los acreedores.*

1.º Llegados a este punto, hay que recordar, para evitar confusiones, que la sucesión arrendaticia tiene por objeto la transmisión de un dere-

(33) La exposición de esta doctrina acerca del deber del sucesor ordinario respecto de las deudas del causante en ACEBES CORNEJO: "Las obligaciones de hacer y de no hacer en la sucesión *mortis causa*", RJN, número 53, 2005.

(34) Usualmente se habla de "responsabilidad" *ultra vires* o *intra vires*. Hasta ahora, también aquí se ha venido empleando esta expresión. Pero, en realidad, reproduce una imprecisión de los Códigos. El sucesor, ante todo, "debe" frente al acreedor del causante y "debe" limitada o ilimitadamente, según acepte o no con beneficio de inventario. Sólo cuando el sucesor incumpla ese deber, se abrirá el capítulo de "responsabilidad" que incluirá también los daños y perjuicios y, además, será siempre universal, independientemente de que haya o no aceptación beneficiaria (cfr. art. 1.911 CC). El artículo 1.003 reproduce la imprecisión ("... quedará el heredero *responsable*..."; también lo hacen Códigos más modernos, como el portugués en su art. 2.071); mientras que el 1.023-1 se expresa más correctamente ("el heredero no queda *obligado*..."; también el art. 490.2 del Código italiano, según el cual el sucesor beneficiario *non è tenuto* al pago de las deudas hereditarias más allá de la herencia). Por todo ello, a partir de ahora expresamos la idea más correcta de un "deber" del sucesor.

cho que tiene un contenido patrimonial. El arrendamiento de vivienda no es un derecho etéreo, desprovisto de un valor objetivo. Al contrario, el arrendamiento de vivienda tiene un peso económico tangible y es susceptible de convertirse en el objeto de un negocio patrimonial. Así, puede transmitirse o bien sólo gratuitamente (art. 23 del texto de 1964) o bien gratuita y onerosamente (art. 8 LAU 94) y, consecuentemente, puede ser objeto de embargo por parte de los acreedores (35) (36).

Pues bien, este dato establece ya una relación entre la sucesión arrendaticia y el pasivo hereditario. La sucesión arrendaticia no crea un derecho que surge *ex novo* en cabeza del arrendatario (37). Al contrario, es un instituto de características netamente transmisivas y su objeto es atribuir un derecho del cual era titular causante mediante un determinado orden de sucesión. Desde este punto de vista, la conclusión es evidente: la sucesión arrendaticia no debe impedir que los acreedores del causante conserven la garantía patrimonial que para ellos constituye el derecho arrendaticio ya en vida de dicho causante.

(35) La sucesión del arrendamiento de vivienda es un hecho imponible a efectos del Impuesto de Sucesiones y Donaciones. El artículo 3.1 a) de la Ley reguladora da un concepto extensivo del hecho imponible que incluye “la adquisición de bienes y derechos por herencia, legado o *cualquier otro título sucesorio*”. Y en la base del impuesto entran “los bienes de todas clases que hubieran pertenecido al causante de la sucesión...” [art. 11.1 a)]. Por otra parte, tampoco hay duda que el arrendamiento forma parte de la base imponible del Impuesto sobre el Patrimonio (cfr. art. 24 de la Ley reguladora). En cuanto a su valoración, hay que emplear el sistema de estimación directa aplicado a los usufructos temporales [arts. 10 y 26 a) y e) de la Ley del Impuesto de Sucesiones y Donaciones].

Por lo demás, ya algunos dieron cuenta del valor económico que obviamente tiene este contrato (vid. FERNÁNDEZ VIVANCOS: “La sucesión *mortis causa* en materia de arrendamientos”, RGD, 1951, p. 580; GÓMEZ REINO: “Un supuesto de sucesión *mortis causa* en el contrato de arrendamiento que la LAU no resuelve”, RJC, 1959, p. 686).

(36) El acreedor puede tener motivaciones reales para adjudicarse directamente el arrendamiento de vivienda, sin necesidad de recurrir a la cesión a un tercero. Siempre pueden mediar razones de economía, de distancia al lugar de trabajo, de salud, etc. Obsérvese, además, que las indicadas razones pueden ser incluso más poderosas que las que pudiera tener un acreedor para adjudicarse el arrendamiento de local de negocio. De acuerdo con el artículo 33.2 del texto del 64, la adjudicación del local le obliga a convertirse en empresario de un determinado negocio al menos durante un año, lo cual puede estar absolutamente fuera de sus pretensiones.

(37) Las personas llamadas por la Ley se convierten en arrendatarias de la *misma* relación que existía en vida del anterior arrendatario. No se trata de una nueva relación que nazca *ex novo* en cabeza de los nuevos arrendatarios. La relación arrendaticia no se extingue con la muerte del anterior arrendatario para dar vida, *ipso iure*, a una relación nueva. Al contrario, la relación antigua sigue vigente y es la que se transmite por la sucesión especial establecida por la Ley. Los sucesores se “subrogan” en la relación arrendaticia y ésta sigue teniendo los mismos derechos y obligaciones que el arrendatario fallecido. Esta conclusión parece inevitable. La renta que tienen que pagar los nuevos arrendatarios sigue siendo la misma; el término de duración establecido en vida del anterior arrendatario sigue estando vigente; el derecho de próroga puede ejercitarse por el tiempo legal que reste en el momento del fallecimiento, pero

2.º Esta conclusión es una consecuencia del fundamento último que justifica la transmisión *mortis causa* de obligaciones en todos los sistemas jurídicos, que no es otro que la protección del crédito ante el fallecimiento del deudor, como ya ha quedado referido más arriba.

Superados ya los primitivos estadios donde, acaso, podría haber prevalecido una hipotética intransmisibilidad *mortis causa* de deudas, ningún Ordenamiento deja hoy desprotegido al acreedor ante el fallecimiento del deudor. El crédito del acreedor, obviamente, no se extingue; al contrario, el crédito subsiste, como no podría ser de otro modo. Y para ello, el Derecho impone al sucesor el deber infranqueable de asumir las deudas del causante con los bienes y derechos que se reciben por sucesión, y sin perjuicio, además, del deber *ultra vires*. Como contrapartida al hecho del fallecimiento del deudor originario, se impone al sucesor, al menos, la obligación de asumir las deudas del causante con los bienes y derechos que éste transmite. Todo sucesor ha de ofrecer a los acreedores hereditarios, al menos, la misma garantía patrimonial que ofrece el causante en vida, garantía que está constituida por todos los bienes y derechos recibidos por sucesión. Este principio tiene, además, vigencia más allá de la sucesión *mortis causa*, porque rige también en los actos *inter vivos* donde una transmisión de bienes y derechos a título gratuito por parte del deudor puede poner en peligro el crédito de los acreedores del *tradens* (cfr. arts. 643, párr. 2.º, y 1.297, párr. 1.º, CC y 37.4.º LH). En resumen, existe un principio, con reflejo en Derecho positivo, según el cual los bienes y derechos transmitidos por un título gratuito, bien por actos *inter vivos* o *mortis causa*, están afectos al cumplimiento de las obligaciones del transmitente en la medida de que la transmisión pueda perjudicar a los acreedores. No se trata de una afección real, lógicamente, pero establecen la medida legal mínima de la obligación a la que queda vinculado el adquirente, sea el sucesor *mortis causa* o adquirente por actos *inter vivos*.

La sucesión arrendaticia no escapa a este principio. Es evidente que, cualquiera que sea el rango que se quiera atribuir a la especialidad de esta sucesión, sigue teniendo como efecto atribuir a los sucesores arrendaticios un derecho que, en vida del causante, actúa como garantía patrimonial del cumplimiento de sus obligaciones. Un derecho, en suma, susceptible de valoración económica. Así pues, hay que concluir que la sucesión arrendaticia, aunque sea especial, no impide que el sucesor arrendaticio deba

no surge uno nuevo (en la LAU 94); no es necesaria la prestación de una nueva fianza a cargo de los nuevos arrendatarios, puesto que el arrendador continúa en posesión de la constituida por el anterior arrendatario. Y, en fin, la relación arrendaticia, una vez transmitida a los sucesores, va a poder resolverse o anularse por hechos acontecidos en vida del causante, puesto que la sucesión arrendaticia no purga estos hechos.

afrontar las obligaciones del causante, al menos, hasta el límite que representa el propio derecho arrendaticio, que es, justamente, lo recibido por sucesión. Del mismo modo que los sucesores ordinarios asumen las deudas del causante porque reciben también sus bienes y derechos, sin perjuicio de la opción por el deber *ultra vires* (que es una facultad, no una imposición), los sucesores arrendaticios deben asumirlas también porque reciben del causante un derecho económicamente evaluable. Y, claro está, no sólo deben asumir las deudas pendientes procedentes de la relación arrendaticia, sino que, llanamente, deben asumir el conjunto de las obligaciones del causante.

3.º Sentado lo anterior, la única objeción que, en teoría, podría impedir ese deber mínimo del sucesor arrendaticio consistiría en dotar al derecho arrendaticio de un estatuto especialísimo de derecho inalienable; en tal caso, ningún deber tendría el sucesor arrendaticio, puesto que nada podría ofrecer a los acreedores. Sin embargo, tal objeción no es tal, porque el arrendamiento de vivienda ni es un derecho inalienable ni tampoco un bien inembargable. No lo es en vida del causante y tampoco lo es después de la sucesión. Ya hemos dicho que el arrendamiento de vivienda es un derecho transmisible (arts. 8 LAU 94 y 23 del texto de 1964). Pero es que, además, es un bien embargable (38).

El embargo del arrendamiento tiene unos efectos análogos a los de una cesión del mismo. No se asimila a una cesión voluntaria del arrendamiento, sino de una cesión de naturaleza solutoria instada por el acreedor, pero el efecto es el mismo que aquélla: producir un cambio en la titularidad del arrendamiento. A partir de esta analogía entre embargo y cesión, parece que el arrendador debería consentir el embargo (de nuevo, arts. 8 LAU 94 y 23 del texto de 1964). Pero, en cualquier caso, sea o no necesario ese consentimiento del arrendador, lo cierto es que el embargo es posible (39). En la LEC el arrendamiento de vivienda no se encuentra entre la lista de bienes inembargables del ejecutado (art. 606). Y la posibilidad de considerar al arrendamiento de vivienda como uno de los bienes “absolutamente inembargables” que cifra el artículo 605 es inviable. Dicho precepto no contiene una lista tasada, sino cuatro supuestos genéricos en los que no encaja el arrendamiento. En efecto, el arrenda-

(38) Cuando el acreedor es el arrendador, no cabe hablar, lógicamente, de inembargabilidad del arrendamiento, puesto que la falta de pago de deudas arrendaticias da lugar al desahucio y éste podrá entablarse con independencia de si el titular del arrendamiento es el arrendatario original o los sucesores arrendaticios.

(39) Con excepción, hipotética, de los arrendamientos sometidos al texto de 1964, si se entendiese que el embargo, en cuanto cambio de titularidad con efectos solutorios, se asimila a una cesión onerosa, prohibida en estos arrendamientos.

miento de vivienda ni es uno de los bienes “declarados inalienables” por la Ley; ni es, obviamente, una clase entre los “derechos accesorios”; ni carece de “contenido patrimonial”; ni, por supuesto, es uno de los “bienes expresamente declarados inembargables por alguna disposición legal”.

4.º Establecido, pues, que, por simple aplicación de los principios sobre transmisión de deudas, ya por actos *inter vivos* o *mortis causa*, el sucesor arrendaticio tiene un deber frente a las obligaciones del causante y que este deber alcanza, cuando menos, hasta donde llegue el derecho arrendaticio, sólo resta por examinar los caracteres de este deber. En concreto, hay que examinar:

A) Si se trata de un deber equivalente al de los sucesores ordinarios, deber que, como se ha dicho es, en nuestro Derecho, de corte *liquidatorio* y no obliga a dichos sucesores más que a afrontar las deudas del causante con los bienes y derechos recibidos por sucesión, incluidas las obligaciones de hacer y de no hacer (que se convierten en deudas de dar el valor equivalente), sin perjuicio de la opción facultativa por el deber *ultra vires*.

B) O, si, distintamente, puede elevarse a un deber equivalente a que tenía el causante, es decir, a un deber *personal* que atribuya al sucesor arrendaticio una posición jurídica análoga a la de dicho causante (en cuyo caso estarían personalmente obligados, como lo estaba el causante, a ejecutar *in natura* incluso las obligaciones de hacer y de no hacer).

Hay una teoría que intenta responder a esta cuestión.

7. La tesis del deber exclusivo de los sucesores especiales.

Esta teoría va más allá de atribuir al sucesor arrendaticio una posición liquidatoria. Así, no se conforma con que la sucesión arrendaticia preserve la garantía patrimonial mínima que constituye el derecho arrendaticio de cara a los acreedores del causante, sino que parece atribuir al sucesor la condición de un deudor *personal*, al menos respecto de las obligaciones arrendaticias pendientes en la época de la sucesión. Al igual que la tesis examinada en los anteriores epígrafes, se vuelve a sostener aquí que la relación arrendaticia se transmite por una vía sucesoria especial, distinta de la ordinaria. Pero se concluye que esa vía sucesoria especial incluye también a las deudas pendientes, no tan sólo a la relación arrendaticia estrictamente considerada (40).

(40) La tesis, pues, guarda un evidente parentesco con la del *BGB*, en cuanto que ambas atribuyen al sucesor la condición de verdadero deudor. Ahora bien, hay que aclarar que los autores que sostienen esta tesis en ningún momento citan o refieren la germana.

La argumentación básica de esta tesis se debe a VALCARCE, a propósito de la LAU 46. Dicho autor, a propósito de la legislación especial de arrendamientos anterior a la LAU 46, consideraba a la sucesión arrendaticia como una expresión de la doctrina de los patrimonios separados, en virtud de la cual el arrendamiento se transmitía por un cauce sucesorio distinto del ordinario. De acuerdo con ello, concluía que el deber por deudas arrendaticias correspondía a los sucesores especiales, quienes, además, no tenían posibilidad de limitarlo mediante aceptación a beneficio de inventario (41). Posteriormente, ya con la LAU 46 en vigor, el mismo autor volvía de nuevo sobre el tema y añadía nuevos argumentos: “El pago de la merced arrendaticia vencida al fallecimiento del inquilino, ¿obliga, como deuda hereditaria, a todos sus herederos a título universal, o debe ser carga del beneficiario? Con un criterio simplista, la primera hipótesis parece que tiene apoyo legal: los acreedores, hecha o no la partición, podrán exigir el pago de sus créditos por entero de cualquiera de los herederos que no hubieren aceptado la herencia a beneficio de inventario (art. 1.084 CC). Pero si se observa que se contempla un caso de sucesión singular (en una concreta relación jurídica); que esta relación dada sólo aprove-

(41) “Aquí no tiene aplicación el principio de la sucesión de derechos (traslativa) del ordenamiento civil *común* (arts. 657, 659 y 661 CC), porque una norma *especial* lo deroga y determina otro derrotero, acorde asimismo con el de transmisibilidad de los derechos y las obligaciones (art. 1.112 CC). Resplandece la teoría de los patrimonios separados: el *general*, sin fin específico, y el *particular*, con finalidad determinada, que lo caracteriza *objetivamente*, con diverso tracto sucesorio resultante de su carácter. No debe de sorprender la división de la herencia en masas diferenciadas al efecto de atribución patrimonial a los herederos, en razón de hallarse predeterminadas en vida del causante a su propio y exclusivo destino económico. Se rompe el sistema *romano* de la sucesión *mortis causa* en el *universum ius* con el fraccionamiento en cuotas ideales, y se hacen concesiones al sistema *germano* al prescindir de la contemplación unitaria de la herencia, atento a las cualidades de las cosas, que recaerán en manos necesitadas de ellas”.

Líneas más abajo aplica esta interpretación a la sucesión en las deudas arrendaticias: “Entendemos que el sucesor *especial mortis causa* a que nos referimos, por el simple hecho de su configuración jurídica, asume también las deudas de su causante en conexión con el arrendamiento (pago de alquileres atrasados, p. ej.); sin que pueda eximirlo el beneficio de inventario, porque gozó asimismo de la cosa arrendada en tiempo anterior, y resultaría inicua otra tesis en cuanto los herederos *comunes* se viesen obligados al pago de dichas deudas para mantener una situación posesoria que nada les interesa. Debe imperar igualmente el *sistema germano*: no se satisfacen créditos si no hay activo, que notoriamente no se da en estos últimos al prescindirse del bien en las operaciones particionales” (“El beneficio de prórroga no se transmite al heredero del inquilino cuando no habitara con el causante el local destinado a vivienda”, en *Revista de Derecho Procesal*, 1945, p. 630; cursiva del autor).

Esta consideración de la sucesión arrendaticia como una representación práctica de la doctrina de los patrimonios separados, con su aplicación a la sucesión de las deudas arrendaticias pendientes, es aceptada por SERRANO GARCÍA. Este autor estudia la reserva del artículo 811 CC, pero examina previamente algunos aspectos de ciertas sucesiones especiales que estima vinculados con la citada reserva (*La reserva troncal del artículo 811 CC*, Barcelona, 1991, pp. 111 y ss.).

cha al sucesor, sea o no heredero del inquilino por derecho común, parece también más justo que éste soporte con su patrimonio la prestación en descubierto: *eius commoda, eius damna*. En la misma fórmula legal del artículo 71 podemos hallar otro argumento a favor, porque al declarar subsistente el contrato con el titular fallecido, sin necesidad de concluirlo de nuevo con el beneficiario de la prórroga, debe entenderse que perdura el vínculo principal con el accesorio de la fianza, que pasa, por tanto, a ser propiedad del que advino arrendatario (art. 135). Resultaría, pues, un contrasentido el que apropiándose la cantidad invertida en fianza, afecta especialmente al cumplimiento de las obligaciones del arrendamiento por el lado del inquilino, se esquivase su exacta exacción al amparo del derecho común cuando a la vez el especial transfiere medios económicos para solventarlas” (cursiva del autor) (42).

Algunos de los autores que posteriormente se han sumado a esta tesis han efectuado algunas precisiones adicionales:

A) Se ha indicado que el deber exclusivo de los sucesores especiales no obsta a que el arrendador pueda dirigirse, en su caso, contra los sucesores ordinarios para exigirles el pago de rentas debidas por el arrendatario fallecido. Pero en tal caso tales sucesores ordinarios tendrían una acción de reembolso frente a los sucesores arrendaticios, dado que son éstos quienes finalmente han de soportar las deudas ligadas al arrendamiento. Esta ampliación de la legitimación pasiva a determinados sucesores se articula como respuesta para no perjudicar la posición del arrendador (43).

(42) “Sucesión arrendaticia urbana”, en *Revista de Derecho Procesal*, 1947, pp. 636-637.

(43) Según RODRÍGUEZ CEPEDA, “nada dice la Ley acerca de la responsabilidad de las rentas anteriores, no pagadas en vida por el arrendatario fallecido. En principio sería posible sostener que, siempre que no estén purgadas por la prescripción quinquenal del artículo 1.966-2.^a CC se trata de deudas ordinarias de la herencia, que afectan por tanto a todos los herederos del arrendatario conforme a las reglas generales de la aceptación de la herencia, pura y simplemente o a beneficio de inventario. Sin embargo, me inclino a entender que, tratándose de deudas devengadas por el mantenimiento de una relación jurídica, aun con otro sujeto de imputación (el subrogado) deben recaer sobre éste tales rentas impagadas por su causante particular en dicha relación arrendaticia. Ésta debe ser la consecuencia natural de la continuidad del arrendamiento. Sería absurdo que el subrogado pretendiera asumir lo bueno –continuar en el arrendamiento en las condiciones favorables (si no fueran favorables, con renunciar a la subrogación le basta) pactadas por el arrendatario– y rechazar lo malo, que es el pago de las rentas pendientes. Mas en cualquier caso debe quedar claro que esta interpretación no debe mermar los derechos del arrendador a cobrar las rentas también de los herederos del arrendatario conforme a las reglas generales. En caso de pago de los herederos no subrogados, nacerá a su favor un derecho de reclamación contra el subrogado como obligado preferente” (*El nuevo arrendamiento urbano. Régimen civil y registral*, dir. por Pau Pedrón, Madrid, 1996, pp. 160-161).

También se inscribe en esta línea GARCÍA RUBIO. La autora estudia la posibilidad de con-figurar a la sucesión del artículo 58 del texto de 1964 como un supuesto de legado legal, lo cual

B) También se ha señalado que, en caso de inexistencia de sucesores especiales, las deudas arrendaticias pendientes adquieren la condición de hereditarias, correspondiendo el deber de pagarlas a los sucesores ordinarios (44) (45).

8. Análisis de esta tesis.

La tesis va más allá que la solución del *BGB*. Ya se vio que, en el Código alemán, el sucesor arrendaticio es, como los sucesores ordinarios, un verdadero deudor (o un deudor personal en la misma posición del causante); pero, en las relaciones internas entre ambas clases de sucesores, el deber del sucesor arrendaticio es sólo instrumental, ya que son los sucesores ordinarios quienes, en última instancia, se hacen cargo de todas las obligaciones del causante. Diversamente, en la tesis comentada hay una transmisión integral de la relación arrendaticia que comprende todo el pasivo, anterior y posterior a la sucesión y parece atribuir al sucesor la condición de un deudor personal. Frente al arrendador, el derecho arrendaticio no se pone como referencia mínima del deber del sucesor arrendaticio. Y todo ello se justifica en base a un argumento de utilidad (*eius commoda, eius damna*) revestido de algún tecnicismo (la sucesión arrendaticia como patrimonio separado).

Las conclusiones que ofrece esta tesis no resultan convincentes, ya que adjudica al sucesor arrendaticio una posición deudora más gravosa de la que corresponde al sucesor ordinario. Y eso necesitaría un pronunciamiento más bien explícito de Ley, ya que con ello se agudiza el deber de los sucesores arrendaticios frente a las deudas del causante en relación al que

rechaza por creer, entre otras razones, que los sucesores arrendaticios deben las deudas pendientes derivadas del arrendamiento. Y que este deber no es el deber subsidiario y limitado típico de los legatarios. Ello no le impide admitir, al igual que RODRÍGUEZ CEPEDA, que los herederos ordinarios responden frente al arrendador, sin perjuicio de que puedan repetir lo pagado contra los sucesores arrendaticios (*La distribución de toda la herencia en legados*, Madrid, 1989, pp. 123-124).

(44) SERRANO GARCÍA: *op. cit.*, p. 112.

(45) Aunque los autores que defienden esta tesis no lo dicen expresamente, se deduce, sin embargo, que el deber que atribuyen al sucesor especial sólo alcanza a las deudas arrendaticias, pero no al conjunto de las deudas del causante, sean o no arrendaticias. A ello conduce, en primer lugar, la consideración de la sucesión arrendaticia como una expresión de la doctrina de los patrimonios separados, en virtud de la cual dicha sucesión sólo abarca la relación arrendaticia con sus deudas pendientes, pero no las demás relaciones de que sea titular el causante, ni, por tanto, las demás deudas pendientes. Y, en segundo, el argumento consistente en atribuir el pago de las rentas pendientes a quien disfruta del arrendamiento, el sucesor especial, y no a los sucesores ordinarios, cuyo uso y disfrute les es ajeno. De acuerdo con este argumento, todas las deudas no arrendaticias resultarían ajenas al sucesor especial, quien no debería responder por ellas.

ya tienen establecido los sucesores ordinarios. Se ha dicho ya que los sucesores ordinarios asumen las obligaciones del causante en base a un estatuto básicamente liquidatorio, no como deudores personales situados en una posición jurídica análoga a la del causante. De modo que no cabe tener a los sucesores arrendaticios por algo que ni siquiera son los sucesores ordinarios. Sólo un pronunciamiento legal expreso, quizá de un tenor parecido al del *BGB*, podría alterar este estado de cosas. Pero falta ese pronunciamiento y no cabe analogía *in malam partem* (46).

Por lo demás, tampoco convence el argumento de fondo en que se apoya la tesis comentada, según el cual los sucesores ordinarios no deben asumir el pasivo arrendaticio anterior al fallecimiento del causante porque ellos no van a disfrutar del arrendamiento (*eius commoda, eius damna*). Este argumento desconoce la naturaleza y los efectos de la transmisión de las obligaciones del causante por sucesión *mortis causa* ordinaria.

Ya se ha dicho que los sucesores ordinarios no tienen el estatuto deudor del causante, puesto que, básicamente, son liquidadores. Ahora bien, aunque su deber frente a las deudas del causante corresponda a un estatuto liquidador, siguen estando obligados a cumplir las obligaciones de su causante (y sin perjuicio, de nuevo, de la opción por el deber *ultra vires*). La transmisión de deudas por sucesión *mortis causa* ordinaria se caracteriza por su universalidad (arts. 659 y 661 CC, 1, párr. 1.º, Código de Sucesiones catalán y 7.1 Ley de Sucesiones aragonesa), que abarca hasta las deudas de hacer o no hacer (aunque el estatuto liquidatorio del sucesor las transforme en obligaciones de dar su valor equivalente). En virtud de esta universalidad, los sucesores no solamente están obligados a cumplir aquellas obligaciones que deriven de relaciones jurídicas bilaterales donde las contraprestaciones del acreedor aprovechen beneficiosamente a los

(46) Atribuir a los sucesores arrendaticios el estatuto de deudores personales, en posición análoga a la del causante, sería inconveniente incluso aunque se aceptase que el deber de los sucesores ordinarios es precisamente de esa clase. Frente a la sucesión ordinaria, la sucesión arrendaticia se ordena por imperio de la Ley, con omisión absoluta de los deseos del causante. De manera general, sólo se tienen en cuenta los intereses de los sucesores, intereses que la Ley objetiva mediante el establecimiento de un orden de sucesión determinado. Por otro lado, la sucesión especial sólo tiene por objetivo transmitir un derecho concreto del fallecido, el arrendamiento. No se trata en absoluto de una sucesión universal, sino de una sucesión legal a título singular, sobre un derecho determinado. En resumen, la finalidad de la Ley, al establecer una sucesión arrendaticia es, simplemente, convertir en nuevos arrendatarios a las personas en quienes se presume un especial interés en ocupar la vivienda. No hay una transmisión en bloque de bienes, derechos y obligaciones que esté ordenada por la voluntad del causante y en donde primen los intereses privados de dicho causante. La sucesión arrendaticia, distintamente a la del CC, sólo es una transmisión de un derecho determinado en donde los únicos intereses que priman son los sucesores, excepcionalmente objetivados por la Ley hasta convertirse en un interés público (el acceso a la vivienda). No existen, pues, analogías sustanciales entre la sucesión ordinaria y la sucesión arrendaticia.

sucesores. Con excepción de las obligaciones *intuitu personae*, los sucesores están obligados a cumplir todas las obligaciones del causante, y ello con independencia de si les aprovechan o no. Si, por ejemplo, el causante pidió un préstamo y se lo gastó antes de fallecer, sus sucesores están obligados a su devolución. Y si el causante se obligó a donar algo, los sucesores están obligados a entregar la cosa donada. Ello aunque haya aceptación con beneficio de inventario, puesto que el deber *intra vires* propio de tal aceptación sólo les pone a salvo de las hipótesis de *hereditas damnosa*. Y, aun en tal caso, las obligaciones del causante siguen vigentes hasta donde alcance la herencia, aunque no proporcionen beneficio alguno a los sucesores.

Siendo así, carece entonces de sentido la pretensión de librar a los sucesores *ordinarios* de las obligaciones arrendaticias anteriores a la sucesión. Es cierto que estas obligaciones pueden resultarles ajenas, pero no más que otras que, con toda seguridad, sí deban pagar por su sola condición de sucesores, no obstante no aprovecharles en absoluto, como ocurre en los ejemplos citados.

9. Conclusión.

Queda establecido, por tanto, que los sucesores ordinarios y los sucesores arrendaticios asumen las deudas del causante. Y también que los sucesores arrendaticios sólo pueden asumirlas, como máximo, en base a un estatuto básicamente liquidatorio, que es el que tienen los sucesores ordinarios. Porque, a falta de pronunciamiento legal expreso, no es posible atribuir a los sucesores arrendaticios una posición deudora más gravosa de la que tienen establecida los sucesores ordinarios. En suma, la sucesión arrendaticia no trae un sucesor obligado como un deudor verdadero (o personal) respecto de las obligaciones del causante, porque tampoco son verdaderos deudores los sucesores ordinarios. Ahora bien, por imperio del principio de transmisión *mortis causa* de deudas, es preciso preservar la garantía patrimonial que para los acreedores del causante significa el derecho arrendaticio, que es un bien económicamente tangible; lo que significa que el sucesor arrendaticio deberá afrontar las obligaciones del causante hasta el límite del propio derecho arrendaticio.

Para que esto no fuese así, se precisaría, a nuestro juicio, una declaración más o menos explícita en contra, que, por lo demás, no existe en la legislación arrendaticia. Pero es que además, si, por hipótesis, tal declaración existiese, la misma estaría rodeada de todos los parámetros de la excepcionalidad, puesto que vendría a reducir la garantía patrimonial ordinaria del crédito en beneficio del derecho del arrendatario, lo que no tendría fácil justificación.

En ausencia de esa declaración, se impone, en definitiva, la razón que justifica, como última *ratio*, todo sistema de transmisión *mortis causa* de deudas (y, por extensión, toda transmisión de bienes y derechos a título gratuito). Con el fallecimiento del deudor, sus obligaciones no se extinguen, sino que se transmiten a los sucesores en razón de un argumento primario, que es, justamente, la propia transmisión de bienes y derechos del causante a los sucesores. Este es el último bastión de todo sistema sobre transmisión *mortis causa* de deudas. A partir de aquí, el Derecho puede añadir el *plus* diferencial que significa la opción por el deber *ultra vires*, en virtud de la cual el sucesor se autoimpone un deber que va más allá del que le marca la Ley. Este es el caso del CC y del Código de Sucesiones catalán. Pero, se autoimponga o no el deber *ultra vires*, lo que ya no puede evitar es asumir las deudas del causante, como mínimo, bajo un estatuto de corte liquidatorio y por el solo hecho de convertirse en sucesor. Ese estatuto liquidatorio es un deber infranqueable. Lo que significa que todos los bienes y derechos del causante deben seguir actuando como garantía patrimonial de los acreedores, entre los que está incluido el derecho arrendaticio. Se trata de un principio que no se restringe a los supuestos de la sucesión *mortis causa* ordinaria del CC; al contrario, rige con carácter universal para toda transmisión a título gratuito, ya por actos *inter vivos* o *mortis causa* (cfr. arts. 643, párr. 2.º, y 1.297, párr. 1.º, CC y 37.4.º LH).

Así pues, el estatuto liquidatorio del sucesor arrendaticio puede sintetizarse como sigue:

1.º El sucesor arrendaticio debe asumir las deudas del causante, y lo debe hacer limitándose a ofrecer en pago de las deudas del causante única y exclusivamente lo que ha recibido por sucesión, que es el propio arrendamiento. Este es el tipo de deber mínimo que le corresponde al sucesor arrendaticio frente a los acreedores del causante, por imperativo del principio que inspira toda transmisión *mortis causa* de deudas. El sucesor arrendaticio ha de afrontar las deudas del arrendatario fallecido con lo único que ha recibido en la sucesión, el arrendamiento, sin que los acreedores le puedan pedir más. El deber del sucesor arrendaticio se resume, por tanto, a un cumplimiento por equivalencia restringido a la *cesión* del derecho arrendaticio, cualquiera que sea la especie de la obligación del causante, si de dar, hacer o de no hacer. Quede claro, por lo demás, que éste es el estricto deber que le corresponde por razón de ser sólo y exclusivamente sucesor arrendaticio. Porque si ostentase, además, la condición de sucesor ordinario, su deber sería el que corresponde a éste, que es más intenso y absorbe al *estrictamente* liquidador del sucesor arrendaticio.

Cuando se trata de deudas de dar, el sucesor arrendaticio, si sólo detenta esta condición y no es, al mismo tiempo, sucesor ordinario, no está obligado ni a dar la cosa debida ni tampoco a dar su valor equivalente hasta donde alcance el valor del arrendamiento, si para todo ello ha de poner bienes de su propio patrimonio. Su deber está estrictamente restringido a ofrecer el arrendamiento, que es lo mismo que ofrecer su cesión contractual o, en otros términos, lo mismo que abandonar el arrendamiento a los acreedores para que satisfagan con él sus créditos. Es, pues, un deber inferior al que tiene el sucesor ordinario, que, a diferencia de lo ocurrido en el Código francés (art. 802.1) y el italiano (art. 507), carece de la facultad de abandonar los bienes de la herencia a los acreedores y, por tanto, está obligado a emplear los bienes de la herencia para obtener lo que haya de darse al acreedor del causante (sin perjuicio, una vez más, del deber *ultra vires*) (47).

Cuando se trata de obligaciones de hacer o de no hacer, el sucesor arrendaticio *no* queda obligado a cumplir *in natura* con las deudas transmisibles de hacer y de no hacer. Como ya se ha dicho, no lo están ni los propios sucesores ordinarios, quienes ven transformadas las obligaciones de hacer y de no hacer en simples obligaciones de dar bienes o derechos por el *id quod interest*. Aquí, el matiz diferencial entre el deber de unos sucesores y otros, está, de nuevo, en que los sucesores ordinarios no tienen la facultad de abandonar los bienes de la herencia a los acreedores, aunque sean portadores de créditos consistentes en un *facere* o un *non facere*, sino que están obligados a dar su valor equivalente en dinero, realizando los bienes hereditarios si es preciso (o los suyos propios, en su caso, si existe el deber *ultra vires*) (48).

La efectividad del deber del sucesor arrendaticio está, además, condicionada a que el arrendador preste su consentimiento a la cesión del arrendamiento (o al embargo, en su caso). Si el arrendador no consiente la cesión del arrendamiento en favor del acreedor (o, al menos, no lo hace abusivamente), dicho acreedor no puede pedir nada más al sucesor arrendaticio. Por lo demás, se trata de un deber subsidiario en relación al de los sucesores ordinarios. No existe en nuestro Derecho una norma como la ya citada del § 563a párrafo 3 del *BGB*, que sitúa al sucesor en primera línea frente a los acreedores del causante (sin perjuicio de poder repetir posteriormente contra los sucesores ordinarios). De modo que, por tratarse

(47) Nótese que la facultad de abandonar los bienes a los acreedores ni siquiera forma parte del estatuto deudor de liquidadores natos, como son los administradores del concurso, una de cuyas misiones principales es realizar los bienes del deudor concursado, no abandonarlos a los acreedores.

(48) *Vid.* ACEBES: *op. cit.*, p. 87.

de una sucesión a título singular sobre un derecho determinado como es el arrendamiento, parece conveniente establecer aquí una analogía con el deber de los legatarios respecto de las obligaciones del causante que, además de estar limitado al legado (*cum viribus*), es subsidiario respecto al de los herederos (art. 1.029 CC) (49).

2.º Cuando el acreedor del causante es el arrendador, el estatuto liquidatorio del sucesor respecto de las deudas del causante va a resultar, a la postre, insustancial para el arrendador. Si el causante deja deudas arrendaticias, el arrendador sólo va a poder dirigirse contra los sucesores ordinarios, con independencia de cuáles sean tales deudas arrendaticias, ya de dar, hacer o de no de hacer (50). Evidentemente, todo esto no significa que la sucesión arrendaticia provoque una disminución en las garantías patrimoniales del arrendador, en contra del principio de transmisión *mortis causa* de las obligaciones. Sus garantías patrimoniales se mantienen inalteradas, porque, ya en vida del causante, el derecho arrendaticio tampoco forma parte de tales garantías de cara al arrendador. Lo que integra estas garantías es el patrimonio del arrendatario, cuya consistencia es, precisamente, la que sostiene el derecho arrendaticio.

Así pues, si los sucesores ordinarios no satisfacen las deudas arrendaticias del causante, la vía que le queda al arrendador es instar directamente el desahucio, porque no puede obligar a nada más a los sucesores arrendaticios. Éstos, por su condición de liquidadores estrictos, sólo están obligados a ofrecer el arrendamiento a los acreedores, lo que carece totalmente de sentido para el arrendador. Evidentemente, los sucesores arrendaticios pueden cumplir lo que se deba por causa del arrendatario fallecido, pero si lo hacen será de manera espontánea, para evitar el desahucio (51).

(49) Acerca del deber del legatario, *vid.* VALLET: *Panorama de Derecho de Sucesiones*, II, Madrid, 1984, p. 551; DE LA CÁMARA: *Compendio de Derecho Sucesorio*, Madrid, 1990, p. 21, y también en *Comentario del Código Civil*, Ministerio de Justicia, I, pp. 2551-2552; LÓPEZ CONTRERAS: "La responsabilidad *ultra vires* e *intra vires* en la herencia y en los legados", en *Estudios de Derecho Privado*, dir. por De la Esperanza Martínez-Radio, Madrid, 1965, pp. 440-443; LÓPEZ JACOISTE: "El beneficio de separación de patrimonios en nuestro sistema sucesorio", RGL, 1958, pp. 527-528; GARCÍA BAÑÓN: *El beneficio de separación*, Navarra, 1962, pp. 153-154; CRISTÓBAL MONTES: *Estudios de Derecho de sucesiones*, Zaragoza, 1987, pp. 196 y 263; GARCÍA RUBIO: *op. cit.*, pp. 380-383; RUIZ SERRAMALERA: *Derecho de Sucesiones*, I, Madrid, 1987, p. 15; OSSORIO MORALES: *Manual de Sucesión testada*, Madrid, 1957, pp. 357-358; RIVAS MARTÍNEZ: *Derecho de Sucesiones, común y foral*, I, Madrid, 1989, p. 21.

(50) La posición del arrendatario de vivienda también puede tener atribuidas obligaciones arrendaticias de hacer. Así, por ejemplo, el supuesto en que el antiguo arrendatario, mientras todavía vive, realiza obras de adaptación en la vivienda por su condición de minusválido y, posteriormente, se rehabilita. Si a su muerte, no obstante haberse rehabilitado, no ha retirado las adaptaciones que realizó en su día, la obligación de retirarlas pasará a los sucesores, de manera que, cuando el contrato finalice, la vivienda deberá ser entregada al arrendador libre de ellas.

(51) Fuera de estos casos, lo máximo que el arrendador va a poder obtener de los sucesos-

B) La sucesión de los arrendamientos distintos del de vivienda

10. Naturaleza de la sucesión del arrendamiento distinto del de vivienda.

En la actualidad, la sucesión de los arrendamientos para uso distinto del de vivienda está regulada en el artículo 33 LAU 94 (para los contratos posteriores a su entrada en vigor), en la disposición transitoria 3.^a de esta misma Ley (para los contratos anteriores al decreto *Boyer* de 1985) y en el artículo 60 del texto refundido de 1964 (para los contratos pactados entre el decreto *Boyer* y la LAU 94). En ninguna de estas normas se establece disposición alguna relativa al pasivo sucesorio del arrendatario fallecido (52). Por ello, la investigación acerca del régimen de dicho pasivo ha de plantearse en los mismos términos en que lo hemos hecho para la sucesión de los arrendamientos de vivienda. Es decir, lo primero que hay que determinar es si la legislación especial arrendaticia establece o no una clase especial de sucesores *mortis causa*, distintos de los sucesores ordinarios. Porque en el caso de que sí estableciese esa clase especial de sucesores, habría que rechazar su sometimiento automático al deber por deudas del causante correspondiente a la sucesión *mortis causa* ordinaria. En esta hipótesis, el deber de los sucesores arrendaticios por deudas hereditarias sería de distinta naturaleza respecto del deber de los sucesores ordinarios y sería preciso replantearse la cuestión desde su base.

Salvo en la sucesión de la disposición transitoria 3.^a LAU 94, este replanteamiento no va a ser, sin embargo, necesario, ya que, según se explica seguidamente, la legislación especial conforma básicamente una sucesión *mortis causa* ordinaria para los arrendamientos distintos de los de

res arrendaticios, por excepción, es intentar negociar una hipotética cesión onerosa del arrendamiento a un tercero, al objeto de destinar el importe de la cesión al pago de sus créditos (y ello sólo en los arrendamientos posteriores a la LAU 94, puesto que en los anteriores está prohibida la cesión onerosa, *ex art. 23* del texto refundido).

(52) Los antecedentes legislativos tampoco realizan ningún pronunciamiento al respecto:

1.º) Respecto a la legislación anterior a la LAU 46, *vid., supra*, nota 3.

2.º) En la LAU 46, dicha sucesión regulada en el artículo 73: "Por el mero hecho de la muerte del arrendatario del local de negocio ocurrido bajo la vigencia del contrato, podrá advenir arrendatario el heredero; y a falta de éste o de su deseo de continuar el arrendamiento, el socio, aun en el supuesto de una sociedad civil. De igual beneficio disfrutarán las entidades españolas que absorban los negocios de sociedades extranjeras domiciliadas en España".

3.º) El artículo 60 de la LAU 56 sólo difiere del artículo 60 del texto de 1964 en que éste último introduce de manera expresa la limitación de sucesiones.

4.º) Por su parte, los Decretos-Leyes de 30 de diciembre de 1944 y de 14 de septiembre de 1956, así como los Decretos de 6 de marzo de 1953 y de 28 de septiembre de 1956, ni siquiera contenían disposiciones relativas a la sucesión de los arrendamientos de local.

Tampoco las exposiciones de motivos contienen ninguna alusión a nuestro problema.

vivienda regulados por los artículos 33 LAU 94 y 60 del texto refundido de 1964. Esto es así porque, a diferencia de la sucesión de los arrendamientos de vivienda, la sucesión establecida en esos preceptos no establece ningún orden de sucesión especial en favor de determinadas personas, por lo que la transmisión del arrendamiento distinto del de vivienda puede ser dispuesta por el propio arrendatario mediante el cauce ordinario de la sucesión testada y, en su defecto, mediante el propio CC o el Derecho foral mediante la sucesión intestada.

10.1. Alusión al Derecho comparado.

1.º *Derecho alemán.* Al contrario que en la sucesión de arrendamiento de vivienda, la de los arrendamientos de local no está sometida a un régimen especial, regulándose por el § 580 *BGB*, el cual se limita a establecer la facultad de denuncia de los sucesores y del arrendador que es propia de los arrendamientos ordinarios (*Mietverhältnisse über andere Sachen*) (53). No existe, pues, especialidad en la sucesión de arrendamientos de local en el Derecho alemán, rigiéndose por las normas comunes del Derecho sucesorio.

2.º *Derecho francés.* En Francia, los arrendamientos de local están regulados en los artículos 145-1 y siguientes del *Code de Commerce*, complementado con un Decreto de 30 de septiembre de 1953 en los escasos preceptos en que aún está vigente. A pesar de la prolijidad de esta normativa, el legislador francés no dedica precepto alguno relativo a la sucesión *mortis causa* de los mismos. La situación es, por tanto, la misma que en el Derecho alemán, rigiéndose la sucesión de estos arrendamientos por las normas del *Code civil*, y, en particular, por el artículo 1.742, que establece la transmisibilidad *mortis causa* de los arrendamientos como regla general (54).

(53) § 580: "Stirbt der Mieter, so ist sowohl der Erbe als auch der Vermieter berechtigt, das Mietverhältnis innerhalb eines Monats, nachdem sie vom Tod des Mieters Kenntnis erlangt haben, außerordentlich mit der gesetzlichen Frist zu kündigen."

(54) Como únicas especialidades sucesorias se señalan: 1.º) El instituto de la *attribution préférentielle* del artículo 832. Según el párrafo 6.º, el cónyuge, por una parte, y todo heredero *copropietario* con el causante, por otra, pueden exigir la atribución del arrendamiento de local *à usage professionnel*.

2.º) El párrafo 4.º del citado artículo 832 autoriza que el viudo o heredero *copropietario* con el causante pueda demandar, en caso de sucesión intestada, la adjudicación de la explotación comercial, industrial o artesanal, de carácter familiar. En estos casos, quien obtenga dicha atribución preferencial se adjudicará también el arrendamiento de local donde se desarrolle la explotación (vid. HUET: *Traité de Droit Civil, Le principaux contrats spéciaux*, París, 1996, p. 772).

3.º) Cierta jurisprudencia condiciona la sucesión en los arrendamientos comerciales por

3.º *Derecho italiano.* Al igual que en los arrendamientos de vivienda, la sucesión de los arrendamientos de local se regula en la Ley de 27 de julio de 1978, cuyo artículo 37, párrafo 1.º, establece: “*In caso di morte del conduttore, gli succedono nel contratto coloro che, per successione o per precedente rapporto risultante da atto di data certa anteriore alla apertura della successione, hanno diritto a continuarne la attività*”. Interpretando este precepto, los autores deducen que el mismo establece una sucesión especial para el arrendamiento paralela a la sucesión *mortis causa* ordinaria. En efecto, la sucesión *mortis causa* ordinaria opera sólo respecto del derecho de continuar la actividad profesional, comercial o industrial, desarrollada en el local, esto es, sobre la empresa en sentido estricto. Sobre esta actividad, el causante es libre de disponer en favor de quien quiera. Pero no opera sobre la sucesión del arrendamiento de dicho local. Esta sucesión está preordenada legalmente en favor de la persona que, por sucesión ordinaria, va a suceder a su causante en la continuación de la actividad profesional, comercial o industrial (55).

Con esta interpretación, el derecho de arrendamiento se configura como indisponible por sucesión *mortis causa*. La Ley reserva en el causante el poder de atribuir la actividad al sucesor que estime conveniente. Pero, al mismo tiempo, la Ley impone que quien suceda en esa actividad sucederá también en el arrendamiento. De este modo, se asegura que el sucesor en la actividad será también sucesor en el arrendamiento, evitándose posibles omisiones por parte del causante.

10.2. *La cuestión en nuestro Derecho.*

1.º *La sucesión del artículo 33 LAU 94.* La sucesión de los arrendamientos distintos de los de vivienda del artículo 33 LAU 94 se constituye, básicamente, como una sucesión *mortis causa* ordinaria (56). Este precepto se limita a reiterar el principio de transmisibilidad *mortis causa* en sede de arrendamientos distintos de los vivienda, remitiendo el régimen jurídico de la sucesión de estos arrendamientos a las normas comunes del Derecho de sucesiones. Hay que advertir, no obstante, que la

los *légataires particuliers* al hecho de que no existan cláusulas contractuales que establezcan la prohibición de ceder el contrato, las cuales no afectan ni a los *héritiers* ni a los demás *légataires* (DERRUPE y otros: *Baux Commerciaux*, París, 1979, pp. 86, 173-174).

(55) CATRICALA, en *Equo Canone*, *op. cit.*, pp. 429-430; TRIFONE: *op. cit.*, p. 517; BUCCI/MALPICA/REDIVO: *op. cit.*, pp. 467 y 468; LAZZARO/PREDEN: *Le Locazioni per uso non abitativo*, I, 2.ª ed., Milán, 1988, p. 512. Vid. también CATELANI: *op. cit.*, p. 301.

(56) Vid. BERCOVITZ, R., en *Comentarios a la LAU*, dir. por él mismo, *op. cit.*, pp. 696 y ss.; GONZÁLEZ PORRAS: *op. cit.*, pp. 448-449; LOZANO ROMERAL/FUENTES BARDAJÍ: *op. cit.*, p. 213.

mayor parte de la doctrina interpreta que este artículo 33 articula una sucesión excepcional del arrendamiento al margen de la herencia (57). Ahora bien, también hay que advertir que esta doctrina no afirma que esa norma sustraiga al causante su poder de disponer del arrendamiento en favor del sucesor o sucesores que considere convenientes. Al contrario, en general se acepta que el causante puede ordenar libremente *la sucesión del local arrendado* y no sólo la sucesión de la empresa que tiene su sede física en dicho local (58). La única consecuencia práctica extraída de la consideración de dicha sucesión como sucesión excepcional es que el heredero o legatario pueden repudiar la sucesión arrendaticia a pesar de haber aceptado previamente la herencia o el legado (59). Pero, aun en la hipótesis de que esta apreciación sea correcta, no se discute que, una vez aceptada la sucesión arrendaticia, el heredero o legatario sigan teniendo la condición de tales, que es, en definitiva, la cuestión que aquí interesa en orden a la determinación del régimen jurídico del pasivo sucesorio del causante.

El sector doctrinal minoritario estima que el artículo 33 configura una sucesión excepcional que, por el contrario, sí sustrae al causante su poder de ordenar libremente la sucesión arrendaticia, proponiéndose una interpretación que, a la postre, es igual a la que hace la doctrina italiana sobre el artículo 37 de la citada Ley de 1978 (aunque no se le hace referencia). Así, se afirma que el causante sólo puede limitarse a designar sucesores en la empresa que tiene su sede física en el local arrendado, pero no en dicho local. La sucesión de este local está preordenada por la Ley, de manera que sólo los sucesores testamentarios (o intestados) podrán suce-

(57) Vid. PARA MARTÍN: "Arriendos de locales sometidos al RDL 2/85. Los arrendamientos para uso distinto del de vivienda", en *Cuadernos de Derecho Judicial, Arrendamientos Urbanos*, II, Madrid, 1996, pp. 94 y ss.; LINARES NOCI: *Comentarios a la LAU*, dir. por Lasarte, *op. cit.*, pp. 850 y ss.; CRESPO ALLUE: *op. cit.*, I, pp. 311 y ss.; FINEZ: *op. cit.*, p. 350; RODRÍGUEZ CEPEDA: *op. cit.*, p. 329; ALBACAR: *Legislación...*, *op. cit.*, pp. 809-810; SILLERO CROVETTO, en *Ley de Arrendamientos Urbanos*, dir. por Sánchez Goyanes, *op. cit.*, p. 221; GARCÍA GIL, F./GARCÍA GIL, J. L.: *El arrendamiento de local de negocio*, Zaragoza, 1995, p. 116; SANTOS BRIZ/MADRIGAL GARCÍA, en *Comentarios a la LAU*, con González Poveda y otros, *op. cit.*, p. 332; CUATRECASAS ABOGADOS: *LAU 1994. Análisis y comentarios*, Valencia, 1995, p. 262.

(58) Vid. BERCOVITZ, R.: *loc. cit.*; PARA MARTÍN: *loc. cit.*; LOZANO ROMERAL/FUENTES BARDAJÍ: *loc. cit.*; CRESPO: *op. cit.*, p. 315; CUATRECASAS ABOGADOS: *op. cit.*, p. 263; RODRÍGUEZ CEPEDA: *op. cit.*, p. 334; FERNÁNDEZ HIERRO: *Ley de Arrendamientos Urbanos*, Granada, 1997, p. 187.

La libre disponibilidad de la empresa por sucesión *mortis causa* está fuera de toda duda y no es objeto de discusión (BROSETA PONT: *Manual de Derecho Mercantil*, 8.ª ed., Madrid, 1990, p. 104; GARRIGUES: *Curso de Derecho Mercantil*, I, 7.ª ed., Madrid, 1982, pp. 198-199; SÁNCHEZ CALERO: *Instituciones de Derecho Mercantil*, 12 ed., Madrid, 1987, p. 117).

(59) FINEZ: *op. cit.*, p. 350; PÉREZ DE VARGAS: *El nuevo...*, *op. cit.*, p. 193. En contra, BERCOVITZ: *op. cit.*, p. 699.

der simultáneamente en el arrendamiento por virtud de sucesión legal (60).

Esta tesis no es fácil de admitir. Es cierto que el artículo 33 LAU 94 condiciona la sucesión del heredero o legatario a la continuación de la actividad empresarial, de manera que podría, en principio, pensarse que la norma preordena la sucesión del arrendamiento en favor sólo de los herederos o legatarios a quienes se transmita la empresa por sucesión *mortis causa* ordinaria. Sin embargo, los términos del artículo 33 son más laxos que los del artículo 37 de la Ley italiana, los cuales, a su vez, tampoco son excesivamente concluyentes. En la norma italiana se habla expresamente de la sucesión en la continuación de la actividad empresarial y dicha sucesión parece confrontarse, a su vez, con la sucesión del arrendamiento. En el artículo 33, por el contrario, esta confrontación no parece existir. La alusión a que el heredero o legatario continúen la actividad no actúa como soporte de una sucesión especial en el arrendamiento, sino simplemente como un deber que ha de cumplir el sucesor en el arrendamiento conforme al principio general de transmisión *mortis causa* de las obligaciones. El artículo 33 se limita a reiterar que el sucesor en el arrendamiento debe seguir destinándolo al mismo uso al que estaba obligado el causante (una determinada actividad empresarial o profesional), circunstancia que es característica de los arrendamientos comunes (art. 1.555-2.º CC). De este modo, si esta obligación es incumplida, el arrendador podrá resolver el contrato (61).

2.º *La sucesión del artículo 60 del texto refundido.* Al igual que la sucesión del artículo 33 LAU 94, la del artículo 60 texto refundido constituye una sucesión *mortis causa* ordinaria en el arrendamiento (62). La doctrina, no obstante, se divide, y así, un sector piensa que dicha sucesión es “especial”, sin inscribirse en el marco de la sucesión ordinaria (63).

(60) LINARES NOCI, en *Comentarios a la LAU*, dir. por Lasarte, *op. cit.*, pp. 850 y ss.; SANTOS BRIZ/MADRIGAL GARCÍA, en *Comentarios a la nueva LAU*, con González Poveda y otros, *op. cit.*, p. 332; ALBACAR: *Legislación de Arrendamientos Urbanos*, *op. cit.*, p. 811.

(61) *Id.*, *infra*, número 3.2. En la legislación anterior a la LAU 46 sí podría haber alguna base para sustentar la posibilidad de que la sucesión del arrendamiento estuviese preordenada legalmente al estilo del artículo 37 de la Ley italiana, ya que se afirmaba algo más concluyentemente que dicho arrendamiento se transmitía al “heredero o socio que continuasen el negocio” (*vid.* dicha legislación *supra* nota 3 del capítulo anterior). En esa dirección parecía pronunciarse HERNÁNDEZ GIL (“Comentario a la STS de 15 de enero de 1949”, RDP, 1949, p. 535).

(62) PERE RALUY/RODRÍGUEZ AGUILERA: “Transmisión *mortis causa* del derecho arrendaticio de local”, RJC, 1960, p. 208, y también en *Derecho...*, *op. cit.*, pp. 795-797; SERRANO GARCÍA: *op. cit.*, p. 115. Con respecto al artículo 73 LAU 46, GARCÍA TRELLES: “Sobre la interpretación del artículo 73 de la nueva LAU”, RDP, 1947, p. 966.

(63) FERRANDIS VILLELA: “Sucesión en arrendamientos (transmisión *mortis causa* de los derechos y obligaciones del arrendatario)”, ADC, 1954, pp. 419 y ss.; CASTÁN/CALVILLO: *op. cit.*, p. 937; SANTOS PASTOR: *Propietarios, Colonos, Inquilinos, II (arrendamientos urbanos)*, 4.ª ed., Pamplona, 1966, p. 108; FUENTES LOJO: *op. cit.*, p. 1423.

Ahora bien, incluso los autores que defienden esta tesis de la sucesión “especial” reconocen que el causante puede ordenar libremente la sucesión del arrendamiento y no tan sólo la de la empresa (64). Como ocurre con la interpretación del artículo 33 LAU 94, la especialidad de la sucesión queda circunscrita a la facultad de repudiar la sucesión arrendaticia no obstante haberse aceptado previamente la herencia o el legado (65). Pero, nuevamente, esta circunstancia no impide que, una vez aceptada la sucesión arrendaticia, los herederos o legatarios mantengan su condición de tales (66).

3.º *La sucesión de la disposición transitoria 3.ª LAU 94.* Los arrendamientos concertados antes del decreto *Boyer* de 1985 quedan sometidos, por primera vez en nuestro Derecho, a un orden especial de sucesión *mortis causa* (disp. trans. 3.ª, párr. 3.º). Ante la cuestión de si el mismo es o no imperativo, una respuesta afirmativa plantearía evidentes desventajas para la supervivencia exitosa de la empresa. Dicha imperatividad no impediría, lógicamente, que el causante pudiese designar libremente sucesor en dicha empresa. Pero, en cambio, habría de someterse al orden sucesorio establecido por la Ley para el arrendamiento de local. Como consecuencia, sería posible que el sucesor en el contrato de arrendamiento del local (que sólo puede ser el cónyuge o un descendiente) fuese una persona distinta del sucesor en el negocio. Para evitar este problema, el causante podría atribuir el negocio a la persona llamada por Ley a la sucesión en el arrendamiento. Pero, en ocasiones, podría tratarse de una decisión forzada, ya que la persona señalada por el orden de sucesión en el local puede no ser la apropiada para suceder en la empresa, a pesar de tratarse del propio cónyuge o de un descendiente.

A pesar de estas inconveniencias, no parece haber duda que la LAU 94

(64) RODRÍGUEZ AGUILERA/PERE RALUY: *Transmisión...*, loc. cit., y también en *Derecho...*, loc. cit.; FERRANDIS: *op. cit.*, p. 424; CASTÁN/CALVILLO: *op. cit.*, pp. 944-945; NART: “Ex-arrendamientos”, ADC, 1951, p. 939; FERNÁNDEZ MELERO: *Comentarios prácticos sobre arrendamientos urbanos*, Cádiz, 1958, p. 159. Respecto del artículo 73 de la LAU 46, GARCÍA ROYO: *op. cit.*, pp. 63 y 66-67.

(65) FERRANDIS: *op. cit.*, pp. 419 y ss.; RODRÍGUEZ AGUILERA/PERE RALUY: loc. cit.; CASTÁN/CALVILLO: *op. cit.*, p. 943; SERRANO GARCÍA: pp. 115-116; CASAS MARTÍNEZ: *op. cit.*, p. 528. En contra: GARCÍA ROYO: *op. cit.*, p. 68, a propósito del artículo 73 LAU 46.

(66) Mediante la disponibilidad sucesoria del arrendamiento, el legislador intenta armonizar la sucesión de la empresa y la sucesión del arrendamiento. Respecto de la empresa, el causante tiene libertad de designación de sucesor, lo cual es vital para la suerte futura de aquélla. Teniendo en cuenta esta circunstancia, la legislación especial de arrendamientos establece correlativamente la libertad de designación de sucesor en tales arrendamientos. De este modo, el titular de la empresa no ve perturbada su facultad de atribuir simultáneamente la empresa y el local arrendado a la persona que considere más indicada, lo que, por regla general, resulta más beneficioso para la supervivencia de la empresa.

pretende instaurar un régimen sucesorio bastante restrictivo para los arrendamientos de local. Los términos de la disposición transitoria 3.^a son bastante tajantes en este sentido: “Los arrendamientos cuyo arrendatario fuere una persona física *se extinguirán* por su jubilación o fallecimiento, *salvo* que se subrogue su cónyuge y continúe la misma actividad desarrollada en el local” (núm. 3) (67). La regla general es, pues, la extinción, regla que sólo quedará excepcionada en aquellos supuestos en que suceda el cónyuge o el descendiente, según el orden establecido en esta disposición transitoria 3.^a El causante no podrá, por tanto, alterar dicho orden (68).

11. La posición de la jurisprudencia.

En la jurisprudencia relativa a la sucesión del artículo 60 del texto refundido impera el criterio que considera “excepcional” o “especial” la sucesión del arrendamiento de local. En general, las sentencias derivan dicho criterio de la consideración de que el arrendamiento del CC es una relación *intuitu personae* y, por tanto, intransmisible por sucesión *mortis causa*. Con esta premisa se afirma que, por excepción, la legislación especial excluye el *intuitus* arrendaticio y otorga a los herederos un beneficio legal que autoriza la sucesión especial, distinta de la sucesión *mortis causa* ordinaria.

Ante este razonamiento, lo primero que hay que advertir es que en la gran mayoría de las ocasiones sólo opera como *obiter dicta* (69). Pero

(67) A la sucesión del cónyuge ha de añadirse la del descendiente, establecida con carácter subsidiario en el párrafo siguiente.

(68) Cfr. GUILARTE GUTIÉRREZ: *op. cit.*, tomo II, p. 197. La razón de este estricto orden de sucesión radica en la intención del legislador de reequilibrar la posición jurídica del arrendador en un régimen de prórroga obligatoria indefinida, si bien la solución no parece demasiado convincente.

(69) — *STS de 25 de noviembre de 1950 (RA 1770)*. Se discutía si, bajo el imperio de la LAU 46 y, en concreto, de su artículo 73, cabía o no una segunda sucesión en el arrendamiento de un local. Dada la indefinición al respecto del citado artículo 73, el TS se plantea la cuestión en términos de si tal precepto permite o no una sucesión indefinida, resolviendo en sentido negativo y negando la segunda sucesión de acuerdo con una doctrina muy reiterada. La resolución del supuesto no guarda relación con la cuestión de si el arrendamiento es o no *intuitu personae* porque el problema de fondo es otro. Una vez que la antigua LAU 46 admite tanto la prórroga obligatoria indefinida, así como la sucesión en el arrendamiento de local, la cuestión estriba en estudiar los límites de dicha sucesión en orden a evitar la perpetuación del contrato. Pero el TS hace una innecesaria alusión al personalismo del arrendamiento, superflua para la resolución del caso. Este hecho se vuelve a repetir en las sentencias que citamos a continuación.

— *STS de 20 de octubre 1952 (RA 1862)*. La viuda sucede en el arrendamiento de un local y constituye una sociedad mercantil con otras personas no sucesoras cuya sede física se establece en el local. El arrendador se opone a ello alegando traspaso inconstituido y el TS le da la razón.

— *STS de 13 de diciembre de 1952 (RA 2831)*. La viuda usufructuaria sucede en el arrendamiento de un local y, con posterioridad a su muerte, los nudopropietarios consolidan su

algunas veces ese criterio sí tiene una influencia directa en el fallo. Así ocurre con dos sentencias que, en contra de lo aquí sostenido, niegan la disponibilidad *mortis causa* del arrendamiento.

dominio sobre el contrato. El arrendador se niega a esta consolidación, pero el TS la da por válida. El problema que se plantea en esta sentencia consiste en determinar si la consolidación del dominio de los sucesores nudopropietarios tras el fallecimiento del sucesor usufructuario constituye o no un supuesto de segunda sucesión.

— *STS de 29 de abril de 1960 (RA 1698)*. En el supuesto de autos, tras el fallecimiento del arrendatario de un local, el contrato se había transmitido a la comunidad hereditaria y ésta, a su vez, lo había adjudicado a uno de los herederos, que era un hijo del arrendatario que venía colaborando con él en el ejercicio de la actividad desarrollada en el local. El arrendador solicitaba la resolución del arrendamiento argumentando para ello que el contrato debía transmitirse necesariamente a la comunidad hereditaria, sin que ésta pudiese adjudicarlo a uno solo de sus miembros sin el consentimiento de dicho arrendador. El TS se opone a esta pretensión y aprueba la adjudicación hecha por la comunidad hereditaria.

— *STS de 18 de marzo de 1961 (RA 964)*. En el supuesto de hecho de esta sentencia, el arrendador de una vivienda se oponía a que los sobrinos del arrendatario sucediesen en el contrato; el TS le dio la razón aplicando el artículo 3 del Decreto-Ley de 30 de diciembre de 1944, que restringía la sucesión a los parientes en segundo grado.

— *STS de 26 de junio de 1963 (RA 3495)*. El fondo de la cuestión debatida consistía en decidir quién había sucedido realmente en el arrendamiento de local, si la viuda del arrendatario o la comunidad hereditaria. El TS entendió que había sucedido la viuda porque fue ella quien continuó realmente el negocio en los trece años subsiguientes a la muerte del causante y por tal cuestión estimó que la cesión del contrato en favor de una tercera persona debía reputarse traspaso. En base a ello declaró resuelto el contrato por no darse los requisitos de dicho traspaso.

— *STS de 5 de junio de 1963 (RA 3593)*. Se discute nuevamente acerca de la limitación en el número de sucesiones de los arrendamientos de local en el ámbito de la legislación especial anterior al texto refundido de 1964, lo cual es resuelto por el TS de acuerdo con la ya referida doctrina, que niega la posibilidad de una segunda sucesión.

— *STS de 26 de noviembre de 1963 (RA 4693)*. Tras el fallecimiento del arrendatario, el contrato se había transmitido a la comunidad hereditaria y el arrendador pretendía la resolución del contrato alegando el estado ruinoso del inmueble; dicha resolución se instaba frente a determinados integrantes de dicha comunidad, no contra todos. El Juzgado y la Audiencia estimaron la demanda del arrendador, pero el TS se opuso a este criterio y la desestimó, admitiendo la excepción de litisconsorcio pasivo necesario alegada por los miembros de la comunidad hereditaria. Según el Tribunal, para que la resolución del contrato por causa de ruina prosperase, era preciso demandar a todos los integrantes de la comunidad hereditaria a la cual se había transmitido el contrato, no tan sólo a alguno de ellos.

— *STS de 2 de junio de 1965 (RA 3433)*. En el arrendamiento de un local había sucedido la comunidad hereditaria (formada por cinco hijos), pero con la carga de traspasarlo a una tercera persona (un hermano del arrendatario). El arrendador se opuso a dicho traspaso por no haber sido hecho de acuerdo con las normas de la LAU 1956 y el TS aceptó su pretensión haciendo suya la argumentación de la Audiencia, según la cual la citada obligación de la comunidad hereditaria de traspasar el local a una tercera persona constituía una carga modal del artículo 797 CC que debía ser cumplida de acuerdo con las mencionadas normas sobre traspaso.

— *STS de 16 de febrero de 1967 (RA 731)*. Se juzgaba si el heredero en el arrendamiento de local podía cambiar la actividad que el arrendatario venía desarrollando en el mismo. El TS resolvió que sí podía, por ser “cosa no prohibida a su antecesor”, por lo que “al subrogado como heredero no se le puede negar el derecho que tenía el causante de cambiar su negocio por otro, pues le sustituye en todos sus derechos y obligaciones”.

— *STS de 6 de mayo de 1968 (RA 3478)*. El fondo del asunto consistía en determinar si el

11.1. *SSTS que no admiten la disponibilidad mortis causa del arrendamiento.*

De entre las sentencias que niegan la disponibilidad de la sucesión del arrendamiento de local cabe destacar las de 5 de marzo de 1971 y de 16 de febrero de 1998, que hacen una aplicación efectiva de la doctrina de la sucesión especial. Otras sentencias niegan igualmente la disponibilidad, pero no hacen mención a esta doctrina (70).

arrendador había ejercitado correctamente o no el derecho de tanteo ante el traspaso de local que pretendía la viuda del arrendatario. Ésta oponía que era la comunidad hereditaria la que había sucedido en el arrendamiento y no ella tan sólo con exclusión de otras personas, por lo que el ofrecimiento de tanteo hecho por el arrendador debería haberse hecho a toda la comunidad hereditaria; no fue así, y por ello pedía la denegación de dicho tanteo. El TS, sin embargo, estimó que la viuda había sucedido por sí sola en el contrato, con exclusión de otros sucesores y, consecuentemente, admitió el tanteo hecho por el arrendador.

La STS de 13 de diciembre de 1971 (RA 5453) no deja traslucir el objeto real del pleito, razón por la que no podemos afirmar a ciencia cierta si la tesis del personalismo del arrendamiento es usada a título de *obiter* o no; ahora bien, lo cierto es que su empleo no ayuda a la comprensión del supuesto de hecho, que queda en penumbra. La sentencia dice que “la subrogación establecida en el repetido artículo 60 constituye una prerrogativa otorgada por la Ley especial al heredero o socio del arrendatario como reconocimiento y defensa del patrimonio comercial por él establecido..., sin que la herencia sea título suficiente para transmitir los derechos derivados de tales convenciones que, por su carácter estrictamente personal y su extinción al fallecimiento de su titular, no se hallan integradas en el caudal relicto del causante —..., por lo que en el evento aquí contemplado no son de aplicar los artículos 659 y 1.058 del CC...” (cdo. 1.º).

Por otra parte, los escasos fallos que se pronuncian a favor del impersonalismo de la posición del arrendatario obran igualmente a título de *obiter*. Es el caso de la STS de 23 de octubre de 1961 (RA 4064). Se debatía si el pretendido heredero del arrendatario de un local era en realidad tal heredero. El TS estimó que no y declaró la resolución del contrato, dado que el supuesto heredero sólo había podido aportar la certificación de nacimiento. No obstante ello, la sentencia desliza la afirmación prescindible del arrendamiento como contrato transmisible *inter vivos* y *mortis causa*: “... si bien el derecho del arrendatario es transmisible y puede un tercero quedar subrogado en su lugar y obtener la posesión de la cosa arrendada, por alguno de los modos *inter vivos* o *mortis causa* reconocidos por la Ley, ...” (cdo. único).

(70) En este apartado se encuentra la STS de 7 de diciembre de 1967 (RA 159), en donde se declara que no cabe designar al legatario como sucesor en el arrendamiento. Y también la STS de 18 de octubre de 1969 (RA 4799); el arrendador solicitaba la resolución del contrato por haber sucedido un legatario en dicho contrato en lugar de un heredero; sin embargo, en lugar de demandar a toda la comunidad hereditaria, que es lo que debería haber hecho para ser congruente con ese argumento, sólo demandó al legatario; ante ello este legatario alegó excepción de litisconsorcio pasivo necesario y el TS le dio la razón. Con ello ya admitía implícitamente que el contrato se había transmitido a la comunidad hereditaria y no sólo al legatario.

Fuera ya del tema de la disponibilidad del derecho arrendaticio, hay otras sentencias cuyos fallos no parecen acordes con las normas de la sucesión *mortis causa* ordinaria. Es el caso de las STS de 15 de enero de 1949 (RA 88) y de 28 de octubre de 1966 (RA 4769) (la primera sentencia estima que la circunstancia de que el local esté subarrendado excluye que el contrato se transmita a los sucesores del arrendatario, mientras que la segunda niega que dichos sucesores tengan derecho de traspaso).

1.º *STS de 5 de marzo de 1971 (RA 1203)*. En el supuesto de hecho debatido en esta sentencia, el arrendatario de un local de negocio renunció a los derechos que le concedía el texto refundido del 64, con excepción del de prórroga (irrenunciable según el art. 6.3) y del de traspaso. Posteriormente, dicho arrendatario realizó el traspaso del local en favor de una hija suya, pero el arrendador se opuso al mismo por considerarlo hecho sin las formalidades propias de todo traspaso. El arrendador alegaba que en la renuncia hecha por el arrendatario se incluía también la exclusión de la sucesión en el local; por ello, el único modo de que disponía el arrendatario para transmitir el contrato a su hija era hacerlo por acto *inter vivos* con sujeción a las previsiones establecidas para el traspaso. Pero como este traspaso se había hecho sin cumplir con los requisitos establecidos, el arrendador solicitaba finalmente la resolución del contrato.

El TS rechazó las pretensiones del arrendador y estimó que la transmisión había sido por causa de muerte, de acuerdo con el artículo 60, ya que la renuncia del arrendatario era ineficaz en lo referente a la exclusión de la sucesión (71).

2.º *STS de 16 de febrero de 1998 (Ac. Civ. 535)*. El arrendatario de un local dispone testamentariamente del negocio, arrendamiento incluido, en favor de uno de sus dos hijos; pero el hijo no favorecido por esta disposición testamentaria demanda al que sí lo ha sido, solicitando la nulidad de esa disposición y pidiendo que se le reconozca como cotitular en el arrendamiento. Para concretar ese reconocimiento como cotitular en el arrendamiento, el hijo demandante solicita el traspaso forzoso del mismo para un ulterior repartimiento del precio entre los dos hijos. Todo ello es admitido por la sentencia, que, transcribiendo, entre otras, a la anterior sentencia de 1971, declara que el arrendamiento de local se transmite de manera imperativa a la comunidad hereditaria formada por los dos hijos del causante, sin perjuicio de que ésta, una vez que ha recibido ya el contrato por sucesión, pueda adjudicar el contrato a uno o varios de sus miem-

(71) "... según tiene declarado repetidamente esta Sala, ..., la situación jurídica de arrendatario no puede ser objeto de sucesión *mortis causa* en sentido propio y que lo que hace el artículo 60 de la LAU es conferir un derecho de subrogación a las personas que señala, heredero o socio, a quienes por razones de interés público o colectivo ha creído prudente o preciso conceder ese privilegio, que regula según normas de derecho necesario, viniendo a constituir, por lo tanto, una facultad legal de carácter originario de la que es titular el heredero o socio del arrendatario, sustraída a la autonomía de la voluntad de este último, caracteres que de admitirse la tesis del recurrente podrían resultar desconocidos, atribuyendo a dicho arrendatario el poder de disposición sobre una facultad de la que no es titular y que no forma parte integrante de su acervo patrimonial..." (cdo. 1.º).

bros. El causante, titular original del arrendamiento, queda al margen de todo ello, por entender el TS que su voluntad es ineficaz para designar sucesores en el arrendamiento (72).

11.2 Crítica.

La doctrina sentada por estas sentencias no debe admitirse. Varias consideraciones inducen a ello:

a) En virtud de esta doctrina, cualquier heredero, por el hecho de serlo, tiene derecho a suceder en el arrendamiento. El causante no tiene ningún poder de disposición *mortis causa* en relación al mismo. Sólo lo tiene respecto de la empresa, que puede atribuir al sucesor que desee. El criterio es, pues, distinto del sustentado por la doctrina italiana con respecto al artículo 37 de la Ley de 1978, criterio que, como se ha dicho, también es sustentado por el sector minoritario de nuestra doctrina en relación al artículo 33 LAU 94. Según dicho criterio, no todo heredero, por el hecho de serlo, puede suceder en el arrendamiento, sino sólo aquel que continúe la actividad empresarial. El causante no tiene poder para atribuir el arrendamiento por su sola voluntad al sucesor que desee. Sí lo tiene con respecto a la empresa. Pero se interpreta que la Ley atribuye el arrendamiento a aquella persona que suceda en tal empresa.

El criterio jurisprudencial, por el contrario, consiste en reconocer a todo heredero el derecho a suceder en el arrendamiento, con independencia de si sucede o no en la empresa. De acuerdo con ello, se condena a la empresa a un porvenir incierto. Esta incertidumbre es justamente la que propicia la STS de 1998.

b) Según esta sentencia de 1998, la sucesión arrendaticia de locales del texto refundido de 1964 supone para los herederos “una prerrogativa especial otorgada por la Ley especial de arrendamientos, en favor

(72) En base a toda esta doctrina, el TS llega a decir, con escasa fortuna, que el derecho arrendaticio ni siquiera estaba en el patrimonio del causante: “Tercero. Al ser nula e ineficaz la disposición del derecho arrendaticio, por no estar en el patrimonio del difunto y pertenecer a la comunidad hereditaria por disposición del artículo 60.1 de la LAU y no por derecho sucesorio, sin que haya acuerdo para subrogación de uno como representante de dicha comunidad con renuncia del resto, siendo el derecho arrendaticio indivisible y, por esa falta de acuerdo, surge la comunidad sobre el derecho que constituye un bien indivisible...” (fdo. 3.º). *Vid. ACEBES CORNEJO: Disponibilidad testamentaria del arrendamiento del local de negocio. Comentario a la STS de 16 de febrero de 1998*, en www.porticolegal.com, sección arrendamientos.

En la doctrina sustentada por estas dos sentencias se inscribe la *SAP de Pontevedra de 22 de enero de 1992* (RGD 92, p. 6036).

de aquellos, *en defensa y reconocimiento de un patrimonio comercial...*" (fdo. 2.º). Pero lo cierto es que el fallo está presidido por una vocación *contra-negotium*. Como hemos indicado, tal sentencia de 1998 declara la nulidad de la disposición testamentaria y el traspaso forzoso del local con repartimiento del precio entre los dos herederos. Y ello conlleva destruir muchas de las posibilidades de supervivencia exitosa del negocio.

En primer lugar, para procurar esta supervivencia, el traspaso ha de realizarse pronta y efectivamente. La sentencia decreta el traspaso para el posterior repartimiento del precio entre los dos herederos, pero nada garantiza que dicho traspaso se vaya a realizar prontamente o, incluso, que el mismo se llegue a efectuar. Por ello, mientras el traspaso no se consuma, la realidad va a plantear una difícil y confusa situación en la que van a convivir la cotitularidad forzosa de los dos herederos en el arrendamiento del local con la titularidad única del heredero demandado sobre el negocio instalado en el mismo. Así, el heredero que demandó la nulidad de la disposición testamentaria será únicamente coarrendatario transitorio en tanto no se lleve a efecto el traspaso (decretado por el TS), lo cual representará para él un puro gravamen, ya que estará obligado a soportar que el heredero demandado siga desarrollando la actividad comercial en el local, puesto que dicha actividad le corresponde a él exclusivamente. Por ello, el heredero demandante no podrá pedir participación alguna en dicha actividad y, como máximo, en el supuesto de que llegue a un acuerdo con el co-sucesor, sólo podrá aspirar a introducirse él mismo en el negocio, ya sea en el existente o en otro nuevo, hipótesis que parece poco factible.

Y, en segundo lugar, si el traspaso se realiza finalmente, nada garantiza que el cesionario ulterior que va a ocupar el local vaya a reunir las características necesarias para la explotación adecuada del negocio. Los herederos declarados co-sucesores en el arrendamiento obtendrán un precio por el traspaso y se lo repartirán; pero lo cierto será que un negocio que estaba en marcha ha tenido que pasar por una cesión forzosa y, a partir de entonces, su mejor o peor funcionamiento sólo va a depender del puro azar.

c) Ante todo ello, parece bastante evidente que no todo heredero, por el hecho de serlo, tiene derecho a suceder en el arrendamiento. La interpretación que realiza la doctrina italiana acerca del artículo 37 de la Ley de 1978, así como la del sector minoritario de nuestra doctrina sobre el 33 LAU 94, solventa los problemas indicados, ya que atribuye el arrendamiento al sucesor en la empresa, evitando así incómodas cotitularidades entre sucesores y el eventual traspaso del arrendamiento. Pero ya dijimos que el artículo 33 LAU 94 no parece apoyar la tesis de la indis-

ponibilidad de la sucesión arrendaticia. No parece, en suma, confrontar dos tipos de sucesiones, la ordinaria en la empresa y la especial en el arrendamiento. Por ello, es preferible concluir que el artículo 33 no instaura una sucesión especial, sino, básicamente, una sucesión ordinaria en el arrendamiento. De este modo, quien suceda en dicho arrendamiento podrá ser un heredero o legatario ordinario designado por la voluntad del causante. Con esta solución, el causante ya es libre de ordenar la sucesión del modo que estime más conveniente para la subsistencia de la empresa que tiene su sede en el local arrendado. El causante ya va a poder ordenar una sucesión conjunta de la empresa y del arrendamiento, que es justamente lo que pretendía el causante de la sentencia en cuestión. La Ley no va a mediatizar ya la voluntad del causante en esta materia, que es, probablemente, la voluntad mejor dispuesta para procurar la subsistencia de la empresa tras su fallecimiento. La misma solución opera para el artículo 60 del texto refundido de 1964, donde está ausente todo vestigio de contraposición entre sucesión arrendaticia y sucesión en la empresa (73).

(73) Al lado de las sentencias vistas, hay otras que, por el contrario, sí están orientadas hacia la disponibilidad del arrendamiento por el causante.

1.^a *STS de 15 de febrero de 1957 (RA 1145)*. Después de producirse hasta dos sucesiones en un arrendamiento de local, el arrendador se opone a la consumación de una tercera. El TS le da la razón y declara la resolución del contrato. Pero absuelve a uno de los demandados por falta de legitimación pasiva; el causante había adjudicado el contrato a otro sucesor por disposición testamentaria y la sentencia estima que, en orden a la resolución del arrendamiento, no puede demandarse a otro sucesor que no sea el designado en esa disposición testamentaria.

2.^a *STS de 20 de febrero de 1957 (RA 722)*. El arrendador solicita, en base a una resolución municipal de ruina, la resolución del contrato y la parte demandada se opone alegando que el expediente administrativo de ruina que ha precedido a la citada resolución municipal se ha realizado sin citar a uno de los herederos del arrendatario (una hija). Ante ello, el TS falla que no es necesario citar a este heredero, ya que, a pesar de ser tal heredero, no ha sucedido en el arrendamiento; ha sido otra persona (la viuda) quien ha sucedido realmente, con el cual se ha realizado el mencionado expediente de ruina. En el supuesto de hecho relatado por la sentencia no consta la existencia de una determinada disposición testamentaria que adjudique el arrendamiento a la viuda; sin embargo, se expresa que para que la hija hubiese podido ser considerada sucesora en el arrendamiento sería preciso que por "*una declaración expresa de voluntad del causante o de una judicial, se le haya adjudicado la propiedad del negocio instalado en el local arrendado, ...*" (cdo. 3.º; cursiva nuestra).

3.^a *STS de 5 de julio de 1961 (RA 2883)*. El arrendatario dispone en su testamento un usufructo sucesivo sobre el negocio, de tal modo que, a la muerte del segundo usufructuario, los herederos nudopropietarios consoliden la propiedad. La disposición testamentaria indica cuáles son las personas en las que ha de recaer el usufructo sucesivo del negocio (la viuda y uno de los hijos). El arrendador se opone a esta disposición testamentaria por estimar que, tras la muerte de la viuda usufructuaria, quedaba cerrado el paso para una segunda sucesión a favor del segundo usufructuario; pero el TS rechaza esta argumentación y acepta la eficacia de la citada disposición.

4.^a *STS de 29 de octubre de 1970 (RA 4474)*. Un arrendatario de local hace testamento en el cual instituye a dos herederos, a uno de los cuales adjudica el negocio. El arrendador en-

12. El pasivo hereditario y la sucesión en el arrendamiento distinto del de vivienda.

1.º A la vista de las conclusiones de los epígrafes precedentes, puede afirmarse que, en los supuestos en que se haya producido *la sucesión de un arrendamiento distinto de los de vivienda de los artículos 33 LAU 94 y 60 del texto refundido de 1964*, el deber del sucesor arrendatario respecto del pasivo hereditario es el mismo que el correspondiente a los supuestos en que se produzca la sucesión de un arrendamiento común sometido al CC. Ello, porque la sucesión del arrendamiento distinto del de vivienda no es una sucesión especial, sino que se integra en la sucesión *mortis causa* ordinaria (74). En suma, rigen para el sucesor arrendatario las normas generales sobre transmisión de deudas por sucesión *mortis causa*.

tiende que esta especial adjudicación constituye un legado y se opone a la misma. Pero el TS estima que no hay tal legado, sino simple institución con adjudicación de un bien concreto en favor de un determinado heredero.

Otras SSTs afirman asimismo la eficacia de la disposición testamentaria que adjudica el negocio a un determinado sucesor, si bien sólo a título de *obiter*. Así, según la de 5 de marzo de 1966 (RA 1087), “hasta tanto no exista una declaración de voluntad del causante, o una judicial en defecto de la anterior, con la consiguiente adjudicación de la propiedad del negocio instalado en el local arrendado, los que sean herederos, sucederán en comunidad proindiviso en el disfrute del derecho de arrendamiento, ...” (cdo. 2.º). Según la sentencia de 21 de abril de 1962 (RA 2061), “por el hecho de la muerte del arrendatario de local le sustituirá en todos sus derechos y obligaciones, bien al individual a quien se adjudique o la comunidad, ...” (cdo. 2.º).

En el ámbito de la jurisprudencia menor, pueden citarse a la SAP de Granada de 29 de septiembre de 1992 (RGD 93, p. 9254) y a la SAP de Barcelona de 25 de enero de 1996 (RGD 96, p. 7238), que declaran la validez de la sucesión del legatario en el arrendamiento (si bien con cita incorrecta de SSTs).

(74) Vid. también ALBACAR: *Legislación...*, op. cit., p. 813. En contra, RODRÍGUEZ CEPE-DA, quien, contemplando el caso concreto de rentas debidas por el causante, afirma que “el arrendador –además de los derechos que tiene como acreedor de la herencia– puede reclamarlas por entero del subrogado y sin necesidad de demandar conjuntamente al resto de coherederos si en tal reclamación la acción ejercitada no es la de acreedor de la herencia sino la derivada del arrendamiento” (op. cit., p. 335). El autor parece aplicar en sede de sucesión de arrendamientos de local la misma tesis que mantiene respecto de la sucesión de los arrendamientos de vivienda (vid., *supra*, nota 44; dicha tesis hacía responder en última instancia sólo al sucesor arrendatario, con exclusión de los ordinarios, sin perjuicio de que el arrendador pudiese dirigirse contra todos). Pero esta tesis no parece poder aplicarse aquí, puesto que no estamos ante ninguna sucesión especial, como en el caso de los arrendamientos de vivienda, sino, simplemente, ante un supuesto de sucesión *mortis causa* ordinaria. Una variante restrictiva de esta doctrina es aplicada por la SAP de Segovia de 11 de junio de 1993, AC 94, mg 900. El arrendador solicitaba el pago de rentas debidas por el causante y se dirigía contra el sucesor en el arrendamiento y los demás herederos, a todos los cuales demandaba solidariamente. Pero la sentencia rechazaba la solidaridad entre coherederos y condenaba sólo al sucesor en el arrendamiento.

En Italia, CATRICALA también se adscribe a este tipo de doctrinas (op. cit., p. 440).

2.º *La sucesión de la disposición transitoria 3.ª*, por el contrario, tiene un tratamiento diferente. No parece ser ya un supuesto de sucesión *mortis causa* ordinaria. La voluntad del arrendatario está suprimida, de manera que es la voluntad de la Ley, en sentido estricto, la que actúa como verdadero causante de la sucesión mediante el establecimiento de un orden de sucesión que, como vimos, es imperativo. Ocurre, pues, lo mismo que en la sucesión de los arrendamientos de vivienda, donde es la Ley quien de nuevo impone qué personas han de suceder en el contrato. A partir de aquí, el camino a seguir para descifrar el régimen del pasivo del arrendatario fallecido es, en esencia, el mismo que en los arrendamientos de vivienda. Hay que tener en cuenta, no obstante, que el estrecho orden de sucesión de la disposición transitoria 3.ª reduce al máximo las posibilidades de que se produzca una dualidad de sucesores, arrendaticios por un lado y ordinarios por otro. Las personas llamadas por la Ley a la sucesión del arrendamiento sólo pueden ser el cónyuge o, en su defecto, los descendientes del arrendatario, todos los cuales son o bien sucesores intestados o bien legitimarios, en el caso de sucesión testada. Por ello, la dualidad de sucesores sólo va a poder darse en los casos en que los sucesores arrendaticios repudien la herencia del arrendatario. Fuera de estos casos, los sucesores arrendaticios ostentarán simultáneamente la condición de sucesores ordinarios, por lo que asumirán las deudas del causante con arreglo a las normas comunes de la transmisión *mortis causa* de deudas.

En los supuestos, más bien excepcionales, en que sí exista dualidad de sucesores, la construcción del régimen jurídico del pasivo anterior a la muerte del arrendatario parece tomar el mismo camino que en la sucesión de los arrendamientos de vivienda. De este modo, el sucesor arrendaticio de local asumirá las obligaciones del causante con unos parámetros análogos a los del sucesor del arrendamiento de vivienda. Así, el sucesor arrendaticio tendrá una posición estrictamente liquidadora, de manera que su deber estará limitado a lo que reciba por la sucesión arrendaticia, esto es, el propio arrendamiento. La extensión de tal deber sólo obligará al sucesor arrendaticio a ofrecer el propio arrendamiento en pago de las deudas del arrendatario fallecido, sin que los acreedores le puedan obligar a más y cualesquiera que sean las deudas que se deban, ya de dar, hacer o de no hacer.

Notemos, sin embargo, que la circunstancia de la no necesidad de consentimiento del arrendador para producir el traspaso del arrendamiento va a facilitar el pago o, en su caso, la ejecución de deudas no arrendaticias (arts. 32 LAU 94 y 29 y ss. del texto refundido de 1964). Dada esa no necesidad, que representa una excepción al artículo 1.205 CC, los acree-

dores hereditarios van a poder adjudicarse directamente el arrendamiento como una modalidad de embargo; por hipótesis, podrían, incluso, solicitar un traspaso a un tercero al objeto de destinar el precio obtenido a la satisfacción de la deuda, aunque tal posibilidad, en el fondo, les corresponde a ellos mismos, una vez que ya se han adjudicado el local. En cualquier caso, la viabilidad de la adjudicación del local por parte de los acreedores es indiscutible. Recordemos que el artículo 33 del texto refundido de 1964, al igual que los precedentes artículos 48, párrafo 2.º, 53, párrafo 2.º, y 54 LAU 46, ya prevé la posibilidad de embargar el arrendamiento de local al regular expresamente diversos aspectos de la misma (derecho de tanteo del arrendador y obligación del rematante de permanecer en el local durante un año dedicándolo a la misma actividad) (75).

Todo ello no significa que el deber del sucesor se amplíe aquí por la circunstancia de que el traspaso del arrendamiento no exija ya el consentimiento del arrendador, al contrario de lo que ocurre con los arrendamientos de vivienda (arts. 8 LAU 94 y 23 del texto refundido). El deber del sucesor sigue siendo exactamente el mismo, puesto que limita con el propio derecho de arrendamiento. Lo que ocurre, simplemente, es que ese deber va a poder resultar más fructífero de cara a los acreedores, como consecuencia de una circunstancia ajena al vínculo obligacional entre el sucesor y el acreedor, como es la no necesidad del consentimiento del arrendador para la eficacia del traspaso.

Al margen de estas consideraciones generales, hemos de hacer alguna referencia a otros aspectos importantes, algunos de ellos suscitados por resoluciones jurisprudenciales.

12.1. Solidaridad entre coherederos. La STS de 24 de mayo de 1985.

En ocasiones, la regla de la solidaridad entre coherederos establecida por el artículo 1.084 CC no tiene aplicación cuando la obligación heredi-

(75) *Vid.* completa referencia doctrinal en Díez-PICAZO: *Estudios de Jurisprudencia Civil*, II, 3.ª ed., Madrid, 1981, p. 92, nota 2. Posteriormente a la publicación de la LAU 46, ciertos autores intentaron alzarse contra la posibilidad del embargo del derecho arrendaticio de local, partiendo de la consideración de que el traspaso que conlleva dicho embargo era una facultad voluntaria del arrendatario a la que no podía ser forzado, ni siquiera por la Ley [PRIETO CASTRO: "Embargo del derecho de traspaso", *Revista de Derecho Procesal* (RDProc), 1949, pp. 203 y ss., cuyas ideas fueron desarrolladas por RODRÍGUEZ SOLANO: "El embargo del derecho de traspaso", *RDProc*, 1949, pp. 447 y ss.]. Esta tesis no tuvo, sin embargo, mucho éxito ni en la doctrina ni en la jurisprudencia (v., p. ej., ESPUNY GÓMEZ: "Más sobre el embargo de derecho de traspaso", *RDProc*, 1950, pp. 457 y ss., oponiéndose a los dos autores anteriores citados). Después de la LAU 56 su defensa es prácticamente imposible, una vez que su artículo 33 (que, como se ha dicho en el texto, pasó a ser el actual art. 33 del texto de 1964) reguló algunos extremos del embargo.

taria no se adecua a los parámetros de la solidaridad (76). Una excepción a esa regla puede plantearse en sede arrendaticia. Así ocurre con la obligación de desalojo de inmueble a causa de un incumplimiento del causante, por una parte, o de un suceso objetivo acaecido mientras éste vivía, por otra (ruina, expropiación). En tales casos, es evidente que la regla de la solidaridad no puede tener aplicación, ya que la obligación de desalojar ha de ser cumplida física e individualmente por *cada uno* de los sucesores en el contrato. Para que el desalojo sea total, el arrendador ha de demandar a todos y cada uno de ellos, ya que de lo contrario los no demandados no podrán ser ni condenados ni, por consiguiente, forzados al desalojo. Ello es así porque la regla del artículo 1.084 CC no parece permitir que la obtención de una sentencia condenatoria contra uno de los herederos pueda ser ejecutada contra aquellos que no han sido parte del juicio, puesto que ello constituiría una vulneración del derecho de defensa (art. 24 CE) (77). Así pues, la sentencia que condene al desalojo de de-

(76) El CC, al establecer la responsabilidad solidaria de los coherederos, pretende evitar el perjuicio que supondría para el acreedor la necesidad de demandar a todos los sucesores para cobrar su crédito. Sin embargo, existen casos en que esa responsabilidad solidaria no le reporta una ventaja especial. Así ocurre cuando la prestación consiste en dar una cosa determinada que ha sido adjudicada previamente a uno de los coherederos o cuando consiste en un hacer o un hacer que sólo puede ser realizado por alguno de ellos. En estos casos, el acreedor podría, en virtud de la solidaridad pasiva, demandar al heredero que no tiene la cosa debida o al que no es idóneo para llevar a cabo la prestación de hacer o no hacer. Se trataría, simplemente, de una elección inoportuna del sucesor demandado, quien, además de no ser la persona indicada para el cumplimiento de la obligación, tampoco parece estar obligada a traer a juicio a la que sí lo es. En efecto, la posibilidad de citar y emplazar a sus coherederos (art. 1.084, párr. 2.º) es, probablemente, una facultad personal suya, por lo que el acreedor tendría que ejercitar nuevamente su acción con el sucesor oportuno.

En otras ocasiones, cuando la actividad de cualquier heredero por sí sola es ineficaz para el recto cumplimiento de la obligación, el acreedor debe dirigirse contra todos los coherederos. Son casos en que la responsabilidad solidaria desaparece excepcionalmente con respecto a una *obligación hereditaria en concreto y donde los sucesores involucrados en el cumplimiento de dicha obligación pueden aducir con éxito la excepción de litisconsorcio pasivo necesario* si el acreedor no les demanda a todos conjuntamente. Un caso de esta especie es resuelto por la STS de 22 de marzo de 1990 (RA 1719). El supuesto de hecho consistía en una serie de ventas de unas fincas donde la vendedora se había obligado a realizar ciertos trabajos para urbanizarlas; tras la muerte de tal vendedora, los compradores demandan a dos de los tres herederos solicitando el cumplimiento de la obligación de realizar los expresados trabajos de urbanización, así como la elevación del contrato a escritura pública. El TS condena a lo primero en base al artículo 1.084, pero no a lo segundo, apreciando la excepción de litisconsorcio pasivo necesario alegada por los herederos demandados, por lo que exime de la obligación de elevar el contrato a escritura pública a tales herederos.

(77) El acreedor puede demandar a uno o a todos los deudores (art. 1.144 CC). Pero, en cambio, no puede demandar a uno sólo pretendiendo una condena contra todos. A pesar de la literalidad del artículo 1.141, párrafo 2.º, CC, no parece posible que pueda condenarse a alguien si no ha sido parte en el juicio, aunque se trate de un deudor solidario; ello iría contra el derecho constitucional de defensa (art. 24.2 CE), en tanto que alguien sería condenado sin haber

terminados sucesores en el contrato, no podrá ser invocada por el arrendador como título ejecutivo para el desalojo de los restantes sucesores. Todo ello sin perjuicio de las acciones derivadas de las relaciones internas entre los coherederos, sean o no ocupantes del inmueble.

En todos los demás supuestos, donde el tipo de obligación hereditaria a cumplir sí se ajuste a los cánones de la solidaridad, será aplicable la regla del artículo 1.084 CC. El ejemplo más claro que puede darse al respecto es el de las obligaciones consistentes en pagar una suma de dinero; en virtud de esa regla, el acreedor podrá dirigirse contra cualquiera de los herederos para reclamar el pago íntegro de lo debido por el causante. Un caso de esta especie podría debatirse en la *STS de 24 de mayo de 1985 (RA 2618)*. En el supuesto de hecho de esta sentencia, el arrendador no pedía la resolución del arrendamiento de local, sino simplemente el importe de rentas adeudadas. El arrendador había demandado a la viuda, pero el TS estimó la excepción de litisconsorcio pasivo necesario por el hecho de que, además de la viuda, en el contrato había sucedido otro heredero (un hijo de un anterior matrimonio del causante): "... generando en consecuencia la precisión de demandar en reclamación de las rentas adeudadas afectantes al repetido arrendamiento no exclusivamente a la viuda, en su consideración de mera heredera usufructuaria, sí que también a los demás herederos, y por tanto al que lo es por su consideración de hijo de anterior matrimonio del tan aludido causante arrendatario del vínculo arrendaticio en cuestión, como directamente interesado en él, cuya omisión produce situación de litisconsorcio pasivo necesario..." (cdo. 2.º).

Como es sabido, la doctrina del litisconsorcio pasivo necesario tiene por objeto la preservación del principio constitucional de defensa (78). Ahora bien, dicha doctrina no puede contradecir una norma positiva como es la de solidaridad entre coherederos instaurada por el artículo 1.084 CC. Por otra parte, hemos de reiterar nuevamente que la solidaridad entre coherederos no implica un menoscabo del derecho de defensa. Por ello, nin-

sido oído. No cabe, por tanto, la ejecución forzosa contra aquel que no ha sido demandado, quien podrá excepcionar por esta causa. Así pues, los coherederos sólo tendrán la condición de parte procesal si son demandados por el acreedor hereditario o, aunque no hayan sido demandados, si son citados por el coheredero que sí lo ha sido (art. 1.084, párr. 2.º, CC). *Vid.* PEÑA: *op. cit.*, p. 341 nota. Refiriéndose a la solidaridad de deudores en general: FERNÁNDEZ: *Lecciones de Derecho Procesal*, I, 3.ª ed., Barcelona, 1986, pp. 403, 405 y 407; ALAMILLO SANZ: "La solidaridad de deudores y el litisconsorcio pasivo necesario", *La Ley*, 1984-2, p. 1090; CAFFARENA: *Comentario del CC*, II, Madrid, 1991, pp. 137-138. No obstante, hay autores que admiten la eficacia de la sentencia frente a los que no han sido demandados (GUILARTE: *Comentarios Albaladejo*, XV-2.º, *op. cit.*, pp. 333 y 337; LACRUZ: *Elementos...*, II-1.º, *op. cit.*, p. 56).

(78) *Vid.* DE LA OLIVA/FERNÁNDEZ: *Lecciones de Derecho procesal*, I, 3.ª ed., Barcelona, 1986, p. 399; BROCA/MAJADA: *Práctica procesal civil*, 21 ed., Barcelona, 1990, p. 882.

guna aplicación puede tener esa doctrina en un supuesto como el presente, consistente en el pago de una obligación susceptible de ser cumplida íntegramente por uno solo de los coherederos. Este supuesto constituye el caso típico por excelencia contemplado por el artículo 1.084 CC, siendo inaplicable la doctrina del listisconsorcio pasivo necesario. En resumen, en este tipo de obligaciones, la regla de la solidaridad actuará plenamente y los coherederos demandados habrán de ser condenados al pago íntegro de lo debido por el causante, con independencia de si los demandados son o no todos los herederos (79).

12.2. Alcance del deber de continuar la actividad del causante.

El deber de continuar la actividad desarrollada por el causante en el local arrendado es una simple aplicación del principio de transmisibilidad *mortis causa* de las obligaciones. En efecto, una de las obligaciones de todo arrendatario es la de destinar la cosa al uso pactado (art. 1.555-2.º CC). En sede de arrendamientos de local, lo usual es que las partes estipulen de manera expresa el destino del local. Por ello, los sucesores están obligados a desarrollar la misma actividad pactada por su causante, obligación que está expresada en el artículo 33 y disposición transitoria 3.ª LAU 94 (80).

Los sucesores, por tanto, sólo podrán cambiar la actividad desarrollada en el local en los supuestos en que el contrato estipulado por su causante no especifique dicha actividad. Y aun en estos casos, será necesario

(79) Nótese que, en el supuesto de hecho de la sentencia, la viuda sí tenía posibilidad de excepcionar la pretensión de pago del arrendador. Pero no por cuestión del recurso a la doctrina del litisconsorcio pasivo necesario, sino por aplicación del artículo 510 CC. Efectivamente, la viuda, en su condición de usufructuaria, podría haber alegado este precepto obligando al arrendador a que dirigiese su demanda contra el heredero en la nuda propiedad del arrendamiento. Pero la sentencia no hace mención alguna a este argumento e incluso califica reiteradamente como heredera a la viuda.

(80) La doctrina acepta unánimemente esta conclusión: PARA: *op. cit.*, p. 103; LASARTE, en *Comentarios a la LAU*, dir. por él mismo, *op. cit.*, p. 1380; LINARES NOCI: *op. cit.*, pp. 849-850; PÉREZ DE VARGAS: *op. cit.*, p. 196; LOZANO ROMERAL/FUENTES BARDAJÍ: *op. cit.*, p. 213; CALVO VIDAL, en *La nueva LAU*, dir. por Guilarte Gutiérrez, Valladolid, 1995, p. 437; SANTOS BRIZ/MADRIGAL GARCÍA: *Comentarios a la LAU*, con González Poveda y otros, Madrid, s. f., p. 331; ALBACAR: *Legislación...*, *op. cit.*, p. 812; SILLERO CROVETTO: *op. cit.*, p. 221; CUATRECASAS ABOGADOS: *op. cit.*, p. 264; GARCÍA GIL/GARCÍA GIL: *op. cit.*, p. 115. Con respecto al artículo 73 LAU 46, CONDOMINES: *Arrendamientos de inmuebles urbanos*, s. f., p. 132. También la acepta BERCOVITZ, a pesar de las críticas que le dirige (*op. cit.*, p. 698).

En Italia, por el contrario, existe discrepancia. Así, CATRICALA sostiene la obligación del sucesor de desarrollar la misma actividad del causante (*op. cit.*, p. 435), en tanto que para BUCCI/MALPICA/REDIVO: "basta la legittimazione a continuare la attività, anche se poi questa non venga esercitata, per realizzarsi la successione nel contratto" (*op. cit.*, p. 468). En este último sentido se pronuncia también CATELANI (*op. cit.*, p. 301).

tener en cuenta si la costumbre no impone un uso determinado del local, de acuerdo con el citado artículo 1.555-2.º (81). Frente a esta posición, un sector de la doctrina interpreta el deber de continuación en sentido estricto, estimando que el sucesor no puede eludir dicho deber ejercitando el derecho de traspaso del local a un tercero, ya que ello frustraría la finalidad de la sucesión (82). Tal interpretación resulta discutible. El sucesor tiene, al igual que su causante, derecho de traspaso, el cual recibe por sucesión *mortis causa* y, por tanto, es libre de ejercitarlo de acuerdo con las disposiciones legales y contractuales. Si se decide a ejercitarlo, el local seguirá sirviendo de sede física para el desarrollo de la misma actividad u otra distinta y no perderá sus atributos funcionales. Por otra parte, hay que observar que la situación del arrendador sigue siendo la misma que cuando vivía el causante; éste era titular del derecho de traspaso, y, después de su fallecimiento, es transmitido al sucesor.

Por último, es conveniente aclarar que la ausencia de un pacto entre el causante y el arrendador en el que se contemple la dedicación del local a una determinada actividad no autoriza a los sucesores a no desarrollar ninguna. El contrato de arrendamiento presupone que la cosa reciba algún uso, pues en caso contrario dicho contrato carecería de causa. Las

(81) *Vid.* GUILARTE GUTIÉRREZ: *op. cit.*, II, p. 208, y CUATRECASAS ABOGADOS: *op. cit.*, p. 264. Para Navarra, téngase en cuenta lo dispuesto por la Ley 596.1.

En la *STS de 16 de febrero de 1967 (RA 731)* el arrendador solicitaba la resolución del contrato por interpretar el cambio de negocio realizado por el sucesor (de farmacia a droguería). Dicho arrendador no alegaba ningún pacto que impidiese el cambio, ni tampoco se remitía a la costumbre y se argumentaba de manera inconsistente en base al artículo 114.6.ª del texto refundido de 1964 (resolución por transformación en vivienda). Pero la sentencia rechazó acertadamente este argumento y aceptaba el cambio de negocio.

Menos acertada es la *STS de 1 de febrero de 1961 (RA 307)*. La comunidad hereditaria adjudicó el contrato a uno de los sucesores, el cual instaló un negocio propio; ante ello, el TS estimó que dicho cambio implicaba una cesión inconstituida, por lo que declaró la resolución del contrato. Este razonamiento se opone a una doctrina jurisprudencial consolidada que estima que la adjudicación del arrendamiento a uno de los herederos por parte de la comunidad hereditaria no constituye un supuesto de traspaso, doctrina que es compartida por los autores (SSTS de 19 de junio de 1959 –RA 2510–, 29 de abril de 1960 –RA 1698–, 12 de mayo de 1960 –RA 2039– y 19 de junio de 1969 –RA 3499–; CAPILLA: *Comentarios a la nueva LAU*, coord. por Valpuesta, Valencia, 1994, p. 488; FUENTES LOJO: *op. cit.*, *Novísima suma de Arrendamientos Urbanos*, Barcelona, 1996, p. 1443; CRESPO: *op. cit.*, I, p. 314). Pero, en lo que aquí concierne, obvia el dato fundamental de si en el supuesto de hecho en cuestión existía o no un pacto expreso, tácito o inferido de la costumbre que impusiese un determinado uso del local en cuestión. De hecho, este dato está ausente en todo el relato de la sentencia y todo hace sospechar que no existía en realidad, ya que de haberlo habido es meridianamente claro que el propio arrendador lo habría invocado en primer lugar como argumento a su favor. De ser así, el cambio de negocio por el sucesor adjudicatario estaría autorizado.

(82) CRESPO ALLUE: *op. cit.*, pp. 315-316; FINEZ: *op. cit.*, pp. 352-353. En contra, SERRANO GARCÍA: *op. cit.*, p. 116, nota 343; FUENTES LOJO: *op. cit.*, p. 1430, y la *STS de 12 de diciembre de 1973 (RA 4697)*.

partes no precisan incluir esta cláusula en el contrato, ya que forma parte del tipo legal y, por ello, su incumplimiento daría lugar a la resolución (arts. 1.556 y 1.568). Este deber de usar la cosa se pone especialmente de manifiesto en los locales comerciales, cuya falta de uso como tales perjudica su cotización económica (83).

(83) Acorde con lo expuesto se encuentra la *STS de 4 de junio de 1974 (RA 2618)*, que declaraba la resolución de un arrendamiento de local por la circunstancia de que los sucesores del arrendatario habían dejado de usar el local, sin ejercer en él ninguna actividad comercial. La continuidad de la actividad también es resaltada en la *STS de 28 de septiembre de 1974 (RA 3647)*, donde la ausencia de dicho requisito fue uno de los elementos de prueba que sirvieron de base al Tribunal para declarar finalmente la resolución del contrato por razón de que el supuesto heredero del arrendatario no llegó a ser realmente tal: "... la parte recurrente prescinde de las afirmaciones de la sentencia recurrida de que no solicitó hasta el 2 de marzo de 1972 la declaración de heredero del arrendatario fallecido; que en 15 de febrero de 1973 en que el Juzgado dictó sentencia declarando resuelto el contrato de local de negocio no había recaído resolución en el expediente de declaración de herederos; no acreditó continuarse en el negocio expresado por el arrendatario, ..." (cdo. 2.º).

LA HIPOTECA DE LA EDIFICACIÓN EN CONSTRUCCIÓN

ANTONIO BOTÍA VALVERDE

Notario

SUMARIO: **I.** INTRODUCCIÓN. **II.** PARTES AFECTADAS. **III.** NORMATIVA APLICABLE. **IV.** JERARQUÍA DE LOS INTERESES EN JUEGO. **V.** DESARROLLO NORMAL DE UNA SITUACIÓN DE CRISIS. **VI.** SOLUCIÓN PROPUESTA. **VII.** LA CUESTIÓN FISCAL. **VIII.** LA DISTRIBUCIÓN DE RESPONSABILIDAD EN DOCUMENTO PRIVADO. **IX.** SOLUCIÓN PROPUESTA. EL PACTO SOBRE EXTENSIÓN OBJETIVA DE LA HIPOTECA. **X.** CONCLUSIONES.

I. Introducción

El presente trabajo, de naturaleza eminentemente práctica, tiene por objeto poner de manifiesto la poco acertada práctica actual al configurar la hipoteca en garantía de préstamos destinados a financiar la realización de edificaciones en construcción, juzgándolo desde el punto de vista de la protección de los intereses de las partes afectadas directa e indirectamen-

te por la misma y sobre todo su coste fiscal, proponiendo soluciones que, a la par de baratas, tutelen de manera efectiva y racional a todos los interesados.

II. Partes afectadas

Hemos hablado anteriormente de partes directa e indirectamente interesadas en el caso de hipoteca de edificaciones en construcción y creemos que lo primero que tenemos que hacer es determinar quiénes son éstas para poder apreciar sus intereses y dar una solución más acertada a la cuestión objeto de las presentes líneas. Así podríamos calificar como interesados a los siguientes:

1. En primer lugar, LA ENTIDAD PROMOTORA PRESTATARIA: su interés primario es obtener la financiación necesaria y a la medida que lo precise y posteriormente subrogar en el préstamo al adquirente, salvo que éste opte por financiar su compra por otra vía.

2. En segundo lugar, LA ENTIDAD PRESTAMISTA: su interés básico es obtener la restitución del capital prestado y los cobros de los intereses y ello sólo es posible si la promoción financiada es viable económicamente y además se consigue la venta de los departamentos una vez concluida la construcción. No obstante, el examen más acertado de la situación de la acreedora necesita distinguir **dos momentos diferentes**:

a) Una vez **vendido el piso**, dos son los puntos fundamentales sobre los que se centra su interés: desde el punto de vista subjetivo, la solvencia económica del comprador subrogado y, desde el punto de vista objetivo, la existencia propia e independiente del departamento transmitido, por lo que, dándose por indubitado este último al estar concluida la construcción, el interés de la acreedora se centrará sólo en el primero.

b) Durante la **fase de construcción**, el interés principal desde el punto de vista objetivo será, además del de la venta del producto financiado, sin la cual la promoción inmobiliaria está abocada al fracaso, la terminación de la construcción, en tanto que la garantía real sólo existe en la medida que exista el bien hipotecado.

Ahora bien, llegado este punto, yo me pregunto, ¿cuál es realmente el interés de dicha prestamista en el caso de que durante la fase de construcción, por la razón que sea, ésta no concluyera felizmente, la edificación no se terminara y la entidad deudora no fuera capaz de hacer frente a sus obligaciones de pago?

Creo que a nadie se le escapa que, aun cuando no se haya entregado la totalidad del capital del préstamo, en tanto que éste se entrega en proporción a la parte de obra ejecutada, en tal caso de crisis la única posibilidad de recobrar lo debido consiste en la transmisión de la edificación a quien asuma la tarea de terminar la construcción y a ser posible sin tener que recurrir a la lotería de la subasta judicial, que en el mejor de los casos supone una demora en la posibilidad de cobrar, cuando no una rebaja en el montante a recibir, y todo ello sin perjuicio de que la normativa concursal actual en casos de insolvencia de entidades promotoras, de ser aplicada, suponga una demora adicional en la solución a tal situación de crisis, en tanto que pospone la ejecución de la garantía hipotecaria a la consecución del convenio o al transcurso del plazo de un año desde la declaración de concurso (art. 56 de la Ley Concursal de 9 de julio de 2003).

Es por ello que el interés de la acreedora consistirá en **encontrar cuanto antes** otra entidad promotora que pueda hacer frente a los compromisos pendientes de la fracasada, asumiendo la tarea de culminar la edificación y cuanto antes se consiga mejor para la acreedora y para los compradores actuales o potenciales, ya que la demora en encontrar una solución a la situación de crisis se traduce necesariamente, desde el punto de vista económico, en el incremento del precio final del producto inmobiliario, todo ello, repito, sin perjuicio de que la normativa concursal antes citada, de ser aplicada, pueda suponer un retraso adicional a la consecución de la ansiada salida.

3. EL ADQUIRENTE de los departamentos: recordemos que en nuestro Ordenamiento Jurídico rige la adquisición del dominio mediante la concurrencia de título y modo de adquirir (art. 609 CC), por lo que el adquirente de piso en construcción no deviene propietario hasta que, terminada la construcción, se otorga la escritura pública. Mientras tanto, su única garantía radica en la prestación a su favor del aval que establece la disposición adicional primera de la Ley de Ordenación de la Edificación, si es que, como debería ser, se ha prestado efectivamente.

4. En cuarto lugar tenemos a los *ACREEDORES de la entidad promotora*, cuyo número puede ser elevado y que en caso de crisis de la promoción inmobiliaria intentarán resarcir su interés insatisfecho mediante el embargo de los departamentos no hipotecados si los hubiera (plantas sótanos y baja) o embargando pisos o departamentos ya hipotecados. En este último caso tendrían rango posterior a la prestamista hipotecaria, pero, y ello queremos recalcarlo aquí, de hacer efectiva la parte de deuda de que responde el respectivo elemento no sólo liberarían dicho elemento de la deuda hipotecaria, sino que además quedarían subrogados en la condición de acreedores hipotecarios respecto de dicho elemento (arts. 1.210 y 1.213 CC).

III. Normativa aplicable

Como todo jurista sabe, la norma jurídica no es sino la respuesta del poder político a una problemática social concreta, por lo que es el nacimiento de *“realidades sociales novedosas”*, que conllevan problemas antes desconocidos, lo que mueve al legislador a buscar a través de la normativa jurídica soluciones a esa nueva situación social.

Es por todo ello que nuestra legislación civil básica, compuesta por el Código Civil y la Ley Hipotecaria, basada en parámetros decimonónicos, no trata como tal el fenómeno jurídico que podríamos calificar sin duda como el más importante del momento actual, aunque desconocido como tal hace una centuria, como es el de la PROMOCIÓN INMOBILIARIA, encontrando sólo en nuestro sistema jurídico normas no conexas entre sí, algunas en la legislación hipotecaria (que en esta materia debería tener carácter meramente adjetivo y no sustantivo) y la mayoría de ellas en materia de consumidores y usuarios, aunque en esta última con carácter puntual cuando no meramente programático, pero nunca regulando en una norma jurídica con carácter general toda la problemática del que podríamos llamar sin duda el *“fenómeno jurídico-económico-social”* más importante de la segunda mitad del siglo XX y del actual.

Así pues, no es de extrañar que la aplicación de la normativa hipotecaria existente a la financiación del edificio en construcción, basada en un desconocimiento del *“tempo”* y circunstancias propias de la misma, produzca o sea susceptible de producir claras distorsiones y resultados perjudiciales para todos los interesados y de manera más acusada para los intereses más necesitados de protección, que suelen ser los de los compradores de pisos en construcción. Del tema de la protección específica de los intereses de éstos ya he tratado en otros trabajos, *“La protección del comprador de pisos en construcción”*, *La Notaría*, Colegio de Notarios de Cataluña, septiembre de 1998, o *“El Estatuto del adquirente de viviendas”*, en ponencia presentada al VIII Congreso Notarial Español en Madrid en mayo del 2003. Aquí sólo quiero centrar mi exposición en el problema de la financiación y su garantía hipotecaria.

Pues bien, la normativa básica hoy vigente a tener en cuenta en esta materia serían:

— El artículo 22 de la Ley estatal del Suelo de 13 de abril de 1998 (de aplicación plena por ser competencia exclusiva del Estado según la disposición final única de dicha Ley), que exige para poder autorizar e inscribir escrituras de declaración de obra nueva la existencia de licencia municipal de obras. Sin declaración de obra nueva no cabe autorizar la escritura de constitución en régimen de propiedad horizontal.

— El artículo 8, párrafos 4.º y 5.º, que permiten la apertura de folio independiente a cada departamento de la propiedad horizontal, aunque la construcción esté comenzada (siendo opinión común desde que lo afirmara CÁMARA ÁLVAREZ que debe entenderse iniciada cuando existe un proyecto de obras claramente delimitado).

— El artículo 119 de la Ley Hipotecaria, que señala que “*cuando se hipotequen varias fincas a la vez por un solo crédito, se determinará la cantidad o parte de gravamen de que cada una deba responder*”.

— Por excepción al precepto anterior, el artículo 218 del Reglamento Hipotecario, que permite construir una sola hipoteca sobre todo el edificio cuando así lo acuerden todos los propietarios, sin necesidad de distribución.

Como se puede observar, las normas transcritas sólo contemplan la situación de financiación hipotecaria de fincas existentes, y ni tan siquiera se ha preocupado por definir situaciones (tuvo que ser CÁMARA ÁLVAREZ, al que ha seguido toda la doctrina, quien fijara el valor de la expresión obra “comenzada” del art. 8,4.º de la Ley Hipotecaria), cuando curiosamente un gran número de préstamos hipotecarios existentes son concertados por el promotor durante la fase de construcción y luego asumidos por los compradores.

Es por ello que creo que, mientras que la edificación está en construcción, el derecho real de hipoteca constituido, distribuido entre los diversos elementos en construcción, no se ajusta ni a la realidad de las cosas ni a la satisfacción real de los intereses en juego. Quiero decir con ello que si todo derecho real requiere un objeto sobre el que recaer (no cabe derecho real sin cosa o “res”), la cosa u objeto en el caso de los derechos reales de garantía debe presentar dos características básicas: tener un valor patrimonial y sobre todo y ante todo tener existencia y virtualidad propia, o lo que es lo mismo, ser posible como tal de satisfacer algún tipo de necesidad del ser humano. Ambas notas están conectadas entre sí fuertemente, de manera que la falta de aptitud del objeto del derecho, si no elimina el valor del objeto, lo merma enormemente.

En el caso de **piso o local de edificio en construcción**, aquél se considera un objeto jurídico independiente, a pesar de no existir como tal en la realidad, por la *simple voluntad del propietario* del terreno que, a través de una declaración expresa de voluntad, procede a dividir horizontalmente el edificio (división horizontal que en el caso de edificio terminado no tiene dicha virtualidad creadora, en tanto que, como reconoce EXPRESAMENTE el art. 2 de la Ley de Propiedad Horizontal, tras la reforma de 1999 el piso o local es objeto jurídico independiente por el hecho de ser un espacio susceptible de aprovechamiento independiente por tener salida propia a vía pública o a un elemento común).

Así se puede comprender que **la ejecución hipotecaria de un piso o local en construcción** y por tanto con vida jurídica propia, siendo posible por ser objeto jurídico independiente, **tenga poco interés para los posibles postores** en tanto que por sí sólo no satisface ninguna necesidad y por ello el valor obtenido, necesariamente, será escaso; su única utilidad se encuentra en formar parte de un objeto jurídico mayor (el edificio en construcción) para ser terminado y poder tener en tal momento (insisto, una vez concluida su construcción) valor propio, valor derivado no sólo de la terminación del piso o local propiamente dicho, sino también del edificio de que forma parte. Es en ese momento cuando el elemento como tal sí puede satisfacer necesidades del ser humano y su ejecución hipotecaria independiente cobra sentido.

IV. Jerarquía de los intereses en juego

Si como dijimos antes las normas jurídicas tienen como finalidad última regular las situaciones sociales, resolviendo los conflictos entre diversos intereses contradictorios, las soluciones adoptadas por el legislador para *obtener dichos fines lo han sido en cada momento basadas no sólo en consideraciones de justicia abstracta, sino sobre todo y ante todo en la ponderación y discriminación de los intereses en juego, en atención a la realidad social temporal concreta a la que ha de ser aplicada; o sea, que es la valoración que el legislador hace en cada momento histórico concreto sobre qué intereses necesitan de mayor protección y condicionan en gran medida las soluciones legislativas.*

Es por ello que resulta sorprendente que en pleno siglo XXI y consagrando nuestra Constitución la necesidad de garantizar una vivienda digna y de proteger el interés de los consumidores (arts. 47 y 51 de nuestra Carta Magna), ***la regulación positiva aplicable a la hipoteca de edificio en construcción al ser aplicable anteponga la protección de los diversos “empresarios” que concurren a dicho proceso (promotor, entidad financiera y acreedores varios del primero) al del consumidor o destinatario final*** (el adquirente), lo cual, por otra parte, no es sino el resultado no querido de una regulación aplicable al fenómeno de la promoción inmobiliaria no pensada para dicho fenómeno, sino para supuestos de hechos y con exigencias diferentes a las requeridas, ya que, como antes creo que dejamos claro, el objeto jurídico “edificio en construcción” se parece al objeto jurídico “edificio terminado con pisos y locales con plena vida útil” lo mismo que una tableta de chocolate a un balón de fútbol y por ello resulta inevitable que los resultados producidos no sean satisfactorios.

V. Desarrollo normal de una situación de crisis

Lo mejor para comprender las críticas antes vertidas es observar y analizar una situación de crisis, que podría ser la siguiente:

Entidad promotora que asume la aventura de, previo desembolso cuantioso para la compra del solar, iniciar la construcción de una edificación, consigue la financiación de entidad crediticia mediante el correspondiente préstamo hipotecario, otorgándose la escritura de obra nueva de edificación en construcción y la división horizontal del edificio, hipotecándose los pisos, disponiendo del dinero del mismo en función de la obra ejecutada, no hipotecándose ni el sótano para garajes ni la planta baja para locales comerciales.

Concluida la estructura, realizado el cerramiento exterior e iniciada la labor de tabiquería interior, vendidos los diversos pisos en documento privado y dispuesta la parte del préstamo correspondiente, por razones que pueden tener diversa causa, la promotora no puede hacer frente al pago de sus acreedores, que pueden ser de esa obra o de cualquier otra obra o actividad comercial de la misma, sufriendo el embargo del sótano, locales y pisos ante el impago de sus obligaciones.

En tal situación, y como antes dijimos, por obra y gracia del artículo 8,5.º de la Ley Hipotecaria nos encontramos con unos objetos jurídicos (los pisos y locales aún no terminados) que son objetos jurídicos independientes, pero sin “vida útil propia”, y por ello la ejecución individualizada de cada uno de los departamentos aún inconclusos, sea por el acreedor hipotecario o por el acreedor embargante, está abocada al fracaso en tanto que nadie concurrirá a una subasta judicial para pujar por algo que aunque pueda tener vida registral no la tiene social.

Por todo ello creo que queda claro que los acreedores embargantes no van a satisfacer su derecho mediante el mecanismo de la incoación de la subasta judicial, mas si existe un acreedor hipotecario preferente, y es por ello que además de poder pagar la parte de crédito hipotecario preferente de que responde su departamento para en el futuro tener una mejor posición negociadora, su única salida es “hacer valer su presencia” para que los adquirentes de los diversos pisos o locales se avengan a pagar todo o parte de su crédito bajo la amenaza de hacer fracasar el buen fin de la construcción del edificio, pero nunca, insisto, instar el derecho primario de todo acreedor embargante, como es el de la ejecución judicial para el cobro de su interés insatisfecho.

Por lo que respecta al acreedor hipotecario, aun siendo el acreedor preferente, es claro que su interés prioritario no será la ejecución de los diversos objetos hipotecados, ya que de nada le vale ejecutar tal o cual

departamento si la obra no se concluye, por lo que si no quiere engrosar su morosidad deberá procurar, bien ayudar al promotor en situación de impago, bien buscar otro promotor que sea capaz de concluir con éxito la construcción del edificio, y todo ello a la mayor celeridad posible en tanto que la situación de paralización de la construcción no hace sino engrosar la cuantía de los intereses de demora del promotor incumplidor, perjudicando enormemente los resultados de la entidad financiera, a lo cual, como antes vimos, no ayuda la Ley Concursal, que priva de ejecutoriedad a la hipoteca en tanto no se alcance un convenio o pase un año desde la declaración de concurso (art. 56).

Como se puede observar, curiosamente, *el interés de la entidad financiera en este sentido es exactamente el mismo que el del adquirente*, que asiste perplejo al fracaso de su inversión y tiene como único punto de salvación, además del aval que se le hubiera prestado, si es que lo hubo, la asunción por un nuevo promotor de la tarea de terminar la construcción.

Evidentemente, de lo antes expuesto se deduce que la asunción de la construcción fracasada por una nueva compañía promotora requiere que ésta sea viable económicamente, y que el importe de la deuda a satisfacer a los acreedores sea asumible por el nuevo promotor en tanto que le permita no sólo su pago, sino obtener beneficios. De no ser así, por ser demasiado elevadas las deudas de la promotora, no ya la hipotecaria, sino sobre todo y fundamentalmente la de los acreedores embargantes que, recordemos, pueden serlo por deudas derivadas de otras promociones o de otras actividades diferentes, no habrá promotora que quiera asumir la tarea.

Así pues, en el estado actual de la Ley, la negociación que permita poner fin a la situación de crisis requerirá no sólo el consentimiento de la compañía promotora que ha incumplido y del Banco o Caja acreedora hipotecaria, sino además de los terceros embargantes, que tienen realmente un **derecho de veto** de no verse satisfechas sus reclamaciones, con la agravante además de, entre sí, poder tener intereses contrapuestos y por tanto de no actuar bajo una sola representación, voz e interés, sino a través de múltiples, muchas veces contrapuestas entre sí. Como se deduce de lo hasta ahora expuesto, quien no está llamado a esta “mesa negociadora” con capacidad de decisión es realmente el que ha de pagar todos los platos rotos: el adquirente de piso o local en construcción.

VI. Solución propuesta

Creemos que las soluciones a adoptar deben basarse en una consideración básica: **el interés más necesitado de protección es el del consumidor adquirente de piso o local** y, como antes vimos en el caso de edificio

en construcción, el interés del mismo *corre paralelo al del Banco o Caja financiador* y muchas veces *en contraposición al de otros acreedores del promotor*.

Es por ello que la mejor manera de proteger al consumidor sea buscar soluciones que permitan que la entidad financiera, **DE LA MANERA MÁS RÁPIDA POSIBLE** (recordemos los perniciosos efectos de la aplicación del art. 56 de la Ley Concursal a las entidades promotoras), pueda, bien conseguir la constitución de una Cooperativa entre los adquirentes, bien la subrogación de otra sociedad en la posición de la primitiva promotora, todo ello para conseguir la más rápida terminación del edificio.

Efectivamente, **la llave de la puerta que conduce a la salvación la tiene la Caja o Banco** que puede ejecutar la hipoteca, adjudicándose el edificio y posteriormente transmitiendo su derecho a otra promotora o a los adquirentes convertidos en Cooperativa, salvando el interés económico propio inmediato y además el mediato, al permitir la subsistencia exitosa de su inversión, satisfaciendo, si hubiera sobrante, a los acreedores posteriores y evitando que éstos conviertan sus legítimos derechos en un derecho de veto individualizado que aboque al fracaso la aventura de la promoción o que al menos obligue a una larga ronda de conversaciones con todos y cada uno de los acreedores, que por lo demás pueden preferir dilatar la solución hasta la obtención de un Convenio Concursal.

Para todo ello es preciso que **la ejecución sea TOTAL Y ÚNICA**, o sea, que se saque a subasta LA TOTALIDAD DEL EDIFICIO (incluidos los sótanos y locales comerciales) y que lo sea como un único objeto jurídico (toda la construcción), existiendo por tanto un solo adjudicatario, ya que, de existir tantas subastas como pisos o locales hipotecados, se corre el riesgo de que haya diversos adjudicatarios y por tanto necesitándose otro acuerdo posterior entre todos ellos. Además, ¿qué postor va razonablemente a concurrir a una subasta de un piso o local sin valor útil individualizado cuando sabe que posteriormente otros postores de otros elementos pueden acabar siendo propietarios de los mismos?

Pues bien, para conseguir dicho resultado no es preciso modificar Ley alguna, ya que el **Reglamento Hipotecario, en su artículo 218**, permite la constitución de una hipoteca única sobre TODO EL EDIFICIO, aunque esté constituido en régimen de propiedad horizontal. Es por ello que no entiendo cómo las Cajas y Bancos, al financiar la construcción de edificios, proceden directamente, cuando el edificio está escasamente iniciado, a dividir el préstamo total entre los diversos pisos o locales, dejando libres normalmente los garajes y locales comerciales. La única razón atendible es la del coste fiscal, que luego trataremos, pero que creemos perfectamente solucionable, como comprobaremos.

Para concluir este epígrafe y antes de adentrarnos en la espinosa cuestión fiscal quisiera resaltar aquí que, aun en esos casos, el derecho de los acreedores de la entidad promotora (que normalmente serán “no consumidores”) se antepone al de los diversos compradores, por lo que aún se podría acrecentar la protección de éstos y facilitar la salida de la solución de crisis permitiendo la inscripción de la escritura de compra del piso sin efectivo traslativo, de eficacia real temporalmente limitada y necesitada de la entrega posterior tal y como defendí en mi trabajo antes citado sobre “La protección del comprador de pisos en construcción” (revista *La Notaría*, Colegio de Notarios de Cataluña, septiembre de 1998). De hacerlo así, los dos intereses primeramente protegidos por el Ordenamiento serían los de la entidad prestamista y los del comprador, que, como dijimos anteriormente, van en la misma dirección, lo que no sucede normalmente con los de los acreedores de la promotora.

VII. La cuestión fiscal

Si en las Facultades de Derecho se enseña que el Derecho Fiscal es un mero Derecho adjetivo que establece la trascendencia tributaria de actos civiles o mercantiles sustantivos, la dura realidad nos enseña que en muchos casos el coste fiscal condiciona las soluciones sustantivas.

Si parece claro que, conforme a la naturaleza de las cosas, lo normal será que, mientras el edificio esté en construcción, la hipoteca recaiga sobre todo él como un único objeto por las razones antes expuestas (sólo tiene sentido como objeto jurídico durante dicha fase todo el edificio y no sus diversos compartimentos y además ello permite una mejor solución a las situaciones de crisis), una vez concluido el mismo la misma naturaleza de las cosas exige la distribución entre los diversos pisos y locales que sí tienen ya vida útil propia, pero sin embargo ello supone, por mor y gracia del Derecho Fiscal vigente, y por aplicación del artículo 31 de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, que grava por cuota variable los documentos notariales que contengan actos valiables inscribibles, un incremento medio del coste de cada vivienda de aproximadamente un 1,5 por 100 (tomando como supuesto normal el de financiación de un 90 por 100 del valor del piso y el tipo impositivo del Impuesto sobre Actos Jurídicos Documentados del 1 por 100). O sea, que en el supuesto de piso cuyo precio se eleve a TRESCIENTOS MIL EUROS, gravado con un préstamo hipotecario de DOSCIENTOS SETENTA MIL EUROS, la distribución del préstamo una vez concluido el edificio supone un incremento de unos CUATRO MIL EUROS, a añadir a los cuatro mil euros previos de la constitución inicial del préstamo (en total, OCHO MIL EUROS).

Ante esa situación se ha discutido si la distribución del préstamo hipotecario con posterioridad a su constitución debería tributar nuevamente. Recordemos en este punto que, si la distribución es simultánea al nacimiento del préstamo, no ocurre por aplicación del artículo 119 de la Ley Hipotecaria, que entiende que ya nace no un préstamo hipotecario, sino tantos como fincas, lo cual, **desde el punto de vista estrictamente sustantivo**, no es del todo exacto, ya que, como acertadamente señaló CHICO ORTIZ, habiendo diversas fincas, la distribución sólo actúa si hay TERCEROS, tal y como se deduce del artículo 121 de la Ley Hipotecaria.

Pues bien, **la Dirección General de Tributos** en sendas **Consultas totalmente coincidentes de fecha 4 de noviembre de 1999 y 14 de enero de 2003**, utilizando sólidos criterios civiles e hipotecarios, de manera clara y rotunda afirma que sí tributa, y así señala literalmente : “... *Debe rechazarse la afirmación de que la distribución de una hipoteca entre varias fincas no suponga modificación alguna de la responsabilidad hipotecaria, sino que por el contrario, la finalidad propia de dicho acto es, precisamente, la modificación de la hipoteca inicialmente constituida sobre la finca matriz, de tal forma que cada una de las nuevas fincas resultantes viene a tener una responsabilidad hipotecaria independiente, lo que explica que no pueda ya el acreedor repetir por la totalidad de la suma asegurada contra cualquiera de las nuevas fincas en que se haya dividido la primera. Asimismo, confirma la consideración independiente de la responsabilidad hipotecada de cada una de las nuevas fincas, el hecho de que sea posible la cancelación parcial de la hipoteca que las grava, una vez pagada la parte del crédito con que estuviesen gravadas las mismas...*”

Por otra parte, **la Dirección General de los Registros y del Notariado** en la sorprendente (por ser benévolo) **Resolución de 7 de enero de 2004** admite expresamente la posibilidad de inscripción de la distribución de la responsabilidad hipotecaria en documento privado con firmas legitimadas notarialmente en base a la aplicación de la **literalidad del artículo 216 del Reglamento Hipotecario**, que admite esa posibilidad, solución de evidente justicia material, en tanto evita que se incurra en la tipicidad del hecho imponible del artículo 31 del Reglamento del ITPAJD al tratarse de documento privado y no notarial, pero de muy dudosa validez técnica, en tanto que, entre otras cosas, dicho precepto supone **una clara infracción del artículo 3 de la Ley Hipotecaria y del artículo 1.280 del Código Civil**, y la doctrina mayoritaria (RODRÍGUEZ LÓPEZ, DE LA PUENTE ALFARO, GARCÍA GARCÍA o Eloy JIMÉNEZ PÉREZ, entre otros) siempre habían entendido, y justificado con profusión de argumentos, que dicho artículo no era sino una aplicación concreta del 110 del mismo Reglamento Hipotecario, que permite la subsanación de defectos de títulos inscribibles hechas en documento privado con firmas legitimadas notarialmente, y por

tanto sólo aplicables al supuesto de hipoteca constituida en escritura pública sobre diversas fincas con omisión de la preceptiva distribución que ordena el artículo 119 de la Ley Hipotecaria.

VIII. La distribución de responsabilidad en documento privado

Como ya hemos señalado, la Dirección General de los Registros y del Notariado la ha admitido en la Resolución de 7 de enero de 2004, y recordemos al respecto que las Resoluciones del Centro Directivo son de obligado cumplimiento para los registradores de la propiedad, lo que ha motivado que a pesar de la opinión contraria de la mayoría de ellos la estén admitiendo, aunque dicha doctrina no haya sido reiterada posteriormente en ninguna otra resolución, lo que suscita a su vez la duda de si hacen falta al menos dos resoluciones (como sucede con la Jurisprudencia del Tribunal Supremo) para sentar doctrina de obligado cumplimiento o basta una.

No obstante, debemos señalar que ya incluso antes de la citada Resolución el registrador de la propiedad Fernando CANALS BRAGE había defendido dicha posibilidad en base al argumento de que la responsabilidad hipotecaria de una finca no es algo esencial del derecho real de hipoteca, ya que lo fundamental es la voluntad de constituir la misma, que debe constar en escritura pública conforme al artículo 3 de la Ley Hipotecaria, ya que dicha responsabilidad hipotecaria no forma parte esencial del negocio de constitución del préstamo hipotecario al ser, según señala, “... **una pura cifra económica, sin sustantividad... un puro límite económico...**”, y por ello consideraba que si en la escritura de constitución de hipoteca se ha contemplado por ambas partes la posibilidad de distribución posterior entre los diversos elementos del edificio, la determinación posterior en documento privado no es sino la fijación de una pura cifra económica, pero en ningún caso una modificación del contrato de préstamo hipotecario y por ello no requiere escritura pública. Por el contrario, si no se previno así expresamente por las partes, la distribución posterior sí es una modificación del contrato y sí requiere que la misma se realice en documento público.

He de reconocer que la argumentación de CANALS es brillante pero inexacta, y ello porque desconoce la que en mi opinión es la nota más descolante de la regulación que nuestro Derecho Positivo realiza del derecho real de hipoteca: el **carácter imperativo** de la misma. Quiero con ello decir que a pesar del criterio liberal de nuestro Derecho Civil en materia patrimonial, que en materia de derechos reales se plasma en la aceptación de un sistema de *numerus apertus* en su creación, sin embargo, el esquema legal que nuestro Ordenamiento contempla para la hipo-

teca es, si cabe, más que imperativo, **rigurosamente imperativo**, por lo que realmente lo único que permite a la autonomía de la voluntad es determinar los datos económicos y temporales del mismo (la cuantía, el tiempo y las retribuciones del prestamista).

Así podemos comprobar que dicha imperatividad se manifiesta en el carácter *ad solemnitatem* de su forma de constitución, en la proscripción de la hipoteca solidaria, en la regulación minuciosa de las vías de ejecución o en la exclusión por Ley del objeto hipotecado de ciertas mejoras, como nuevas construcciones que puedan haber sido realizadas en el mismo por terceros y que a pesar de formar parte del inmueble por accesión (art. 358 CC) no se consideran afectas a la hipoteca, atribuyendo además a dicho tercero un derecho preferente para su cobro sobre el titular del derecho de hipoteca (arts. 112 y 113 de la Ley Hipotecaria, que consagran dicha doctrina, que por cierto, además de poco racional, es totalmente opuesta a la que consagran al respecto otros Ordenamientos hipotecarios europeos).

Así pues, creemos que justamente lo más importante del derecho real de hipoteca no es la regulación del esquema legal que puedan hacer las partes, que le viene impuesto con carácter imperativo en gran medida por el Ordenamiento, **sino la determinación por las mismas del importe del préstamo, su retribución y duración**, por lo que es justo sobre estos extremos vitales sobre los que debe recaer el consentimiento de las partes en la escritura pública, por lo que dejar su determinación al documento privado supone una excepción injustificada al principio general de nuestro Ordenamiento, que exige que los pronunciamientos registrales, que atribuyen una tutela al titular registral *erga omnes* de gran valor estén basados en un título que exprese la voluntad auténtica de los contratantes y ese documento sólo puede ser la escritura pública y nunca el documento privado.

Además, ¿qué posición tiene el acreedor hipotecario cuyo derecho real de hipoteca provenga de un documento privado de distribución “ex artículo 216 del Reglamento Hipotecario”?

En mi opinión, los peligros que acechan a dicho acreedor pueden proceder de dos fuentes:

— En primer lugar, de la **posible declaración de nulidad del artículo 216 del RH**, por carecer de apoyo legal y ser claramente contrario al artículo 3 de la Ley Hipotecaria. No sería la primera vez que el Tribunal Supremo considera que algunos preceptos del Reglamento Hipotecario son nulos por carecer de cobertura en normas con rango de Ley (recordemos por ejemplo la sentencia de la Sala 6.^a del Tribunal Supremo de 31 de enero de 2001), en cuyo caso nos encontraríamos ante un derecho real constituido en base a un precepto nulo con todo lo que ello puede acarrear.

— En segundo lugar, de la **imposibilidad de acudir a la vía ejecutiva**, que regula el artículo 681 de la Ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil, que establece una rigurosa regulación de dicho proceso, exigiendo entre otros requisitos que el título en que se base la ejecución (hipotecaria o no) esté basado en uno de los títulos a los que la Ley atribuye dicho carácter, y entre los cuales en la antigua Ley de Enjuiciamiento Civil se encontraba el documento privado reconocido y que ha sido desterrado en la nueva del catálogo de “títulos ejecutivos”, lo cual, como señala MONTERO AROCA, no obedece a un olvido del legislador, sino a la decisión del mismo de privar de dicho carácter a documentos que no tienen las necesarias garantías de autenticidad que sí tiene la escritura pública.

El citado autor señala claramente que el título ejecutivo se caracteriza por su “**carácter típico y su naturaleza procesal**”, significando esto último que el carácter ejecutivo sólo lo es a efectos del proceso, pero sin afectar a otra esfera que no sea la procesal, y el carácter típico que sólo son títulos ejecutivos los que el legislador quiere que sean, siendo siempre un *numerus clausus*. Afirma tajantemente MONTERO AROCA cómo “... *la experiencia demuestra que cuando una persona reconoce la existencia de una deuda a favor de un acreedor concreto y lo hace ante NOTARIO es porque la deuda existe realmente y además que el documento notarial que es la escritura pública tiene garantías de autenticidad, es decir de que el supuesto de hecho existió realmente. La experiencia y la decisión política crean los títulos ejecutivos. Por ello es por lo que si en la LEC de 1881 eran títulos ejecutivos el documento privado reconocido, la letra de cambio, el cheque y el pagaré, en la LEC de 2000 han dejado de serlo...*”.

Además, como garantías del proceso ejecutivo, el **artículo 682 LEC** exige necesariamente que para que el derecho real de hipoteca se pueda hacer efectivo por la vía ejecutiva, necesariamente conste EN LA ESCRITURA DE CONSTITUCIÓN tanto el domicilio del deudor para notificaciones como el **precio en que los interesados tasen la finca** para que sirva de tipo en la subasta, por lo que, aun cuando se admitiera la distribución de la responsabilidad hipotecaria en documento privado conforme al artículo 216 del RH, lo que EN TODO CASO DEBE CONSTAR EN ESCRITURA PÚBLICA Y NO EN DOCUMENTO PRIVADO ES EL TIPO DE CADA FINCA PARA LA SUBASTA DEL PROCEDIMIENTO EJECUTIVO DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL. Recordemos a estos efectos que, como ha señalado la Dirección General de los Registros y del Notariado en Resolución de 24 de octubre de 2000, no cabe en ningún caso que se subasten conjuntamente fincas que fueron hipotecadas como objetos diferentes, por lo que el precio de subasta que debe constar en escritura no es el del solar originario, sino el de cada una de las fincas a ejecutar.

IX. Solución propuesta. El pacto sobre extensión objetiva de la hipoteca

Si ciertamente la distribución de la hipoteca en documento privado, aunque sea inscribible, puede acarrear serias dudas sobre la posición jurídica del acreedor hipotecario y sobre su derecho a acudir a la vía ejecutiva, ello no significa que no existan otras vías para llegar a la misma solución de ahorro fiscal y además con pleno cumplimiento del artículo 3 de la Ley Hipotecaria.

Como sabemos, la tributación de la distribución de responsabilidad hipotecaria se produce por la aplicación directa del artículo 31,2.º de la Ley reguladora del ITPAJD, que considera sujeta al impuesto sobre actos jurídicos documentados las primeras copias de escrituras que tengan contenido valuable y sean inscribibles en el Registro de la Propiedad.

Tres son los requisitos expresos para la sujeción: escritura pública, contenido valuable y carácter inscribible. Pero además de esos tres requisitos hay uno más, imprescindible, que resulta de la misma nomenclatura del impuesto y que ha resaltado claramente la Dirección General de Tributos en las consultas arriba citadas: que sean **un acto independiente del de constitución de la hipoteca**, o sea, posterior, y que implique una modificación o novación contractual.

Es por ello que, de no existir esa novación, ese acto independiente, no se produciría esa nueva tributación.

Es por ello que creemos que de saber el prestatario qué es lo que quiere construir sobre el solar, pero no poder declarar la obra nueva y dividir horizontalmente el edificio por carecer de licencia de obras, se evita la nueva tributación haciendo **constar en la misma escritura de constitución de hipoteca sobre el solar cuál será la distribución de responsabilidad hipotecaria entre los diversos pisos, hoy meramente proyectados**, que tendrá lugar cuando se proceda a la división horizontal. Dicha distribución queda fijada en la escritura de constitución de hipoteca sobre el solar, pero será efectiva sólo desde el momento que se inscriba la oportuna división horizontal y no motivará en el momento de hacerse realidad ninguna tributación adicional.

De esta manera, en los frecuentísimos casos de imposibilidad de declarar la obra nueva por no disponer aún de la preceptiva licencia de obras que muchas veces se retrasa más allá de los plazos fijados en las respectivas legislaciones autonómicas, pero sí tener claro el edificio que se pretende construir, el número de elementos, su situación y extensión, es perfectamente posible que la escritura de hipoteca sobre el solar contenga un apartado que regule la **extensión objetiva** de la misma cuando la finca hoy existente, el solar, se transforme en otra, un edificio en régimen de propiedad horizontal. Se trata, por tanto, de evitar la aplicación mate-

mática del artículo 123 de la Ley Hipotecaria, que lleva a una hipoteca solidaria sobre los diversos elementos que surgen y que además podemos calificar de “efecto perverso” derivado de la aplicación de dicho precepto, que está pensado para el caso de división material de finca hipotecada, pero no para el de división horizontal, evitando de esta manera un efecto contrario a lo que ha sido la voluntad del legislador hipotecario moderno de destierro de las hipotecas solidarias.

Así pues, consideramos que dicho pacto contendría la descripción, sin lugar a confusión, de los diversos pisos o elementos que contendrá el edificio, la determinación de los que quedarán libres de hipoteca y de la cuantía de que responderá cada uno de los demás. Dicho pacto tiene su fundamento en el **artículo 110 de la Ley Hipotecaria**, que extiende la hipoteca a las nuevas construcciones, siempre y cuando pertenezcan al propietario, por lo que las partes pueden perfectamente fijar en la escritura de constitución de préstamo sobre el solar de qué cuantía del mismo responderá cada nuevo elemento cuando surja a la vida jurídica. Dicho pacto, perfectamente inscribible en tanto determina la extensión objetiva de la hipoteca respecto del bien hipotecado, implica atribuir una eficacia jurídica concreta a la ***situación de prehorizontalidad***, eficacia derivada de tratarse de una ***situación jurídica interina***, de naturaleza condicional en tanto requiere para hacerse efectiva la declaración de obra nueva con la preceptiva licencia de obras municipal y la constitución del edificio en régimen de propiedad horizontal, trasladando lo meramente proyectado a la realidad jurídica, situación interina aquélla que es perfectamente inscribible conforme al artículo 23 de la Ley Hipotecaria.

Pero, es más, no sólo cabe la descripción exacta de los elementos proyectados en la escritura de constitución de hipoteca sobre solar, con la determinación de su responsabilidad concreta futura, sino que también estimamos que sería válido, **en el caso de no tener todavía totalmente decidido qué es lo que se va a construir sobre el edificio, fijar parámetros objetivos, no necesitados de nuevo acuerdo entre prestamista y prestatario**, que permitan en el caso de construcción futura la distribución de la hipoteca previa sobre el solar a los elementos resultantes sin necesidad de convenio entre las partes. Se trataría pues de establecer una suerte de ***fórmula matemática*** no necesitada de nuevo convenio y sólo de su concreción numérica y que evitaría igualmente esa doble imposición.

Un ejemplo de dicha fórmula podría ser el siguiente: *“De conformidad con el artículo 110 de la Ley Hipotecaria ambas partes pactan que construida en el futuro una edificación sobre el solar hipotecado y dividida la misma horizontalmente, la hipoteca no se extienda de manera solidaria a los elementos resultantes sino que sólo lo sea a los elementos independientes destinados a viviendas en la forma que a continuación se especifica,*

*quedando libres del gravamen los destinados a garajes o trasteros no vinculados registralmente a viviendas o locales, así como los locales comerciales. La hipoteca aquí constituida sobre el solar se extenderá a los elementos destinados a viviendas y se distribuirá entre los mismos en **proporción exacta a su superficie útil**, sin tomar en ningún caso en consideración a estos efectos las de trasteros, garajes, terrazas, patios u otros espacios vinculados registralmente a los mismos o que se tenga derecho a usar de manera exclusiva.”*

Respecto de la forma de concretar el cociente de dicha fórmula, sería suficiente pactar en la escritura de constitución de hipoteca sobre el solar que cualquiera de las partes, prestataria o prestamista, pueda expresar unilateralmente en ACTA NOTARIAL DE OBTENCIÓN DE COCIENTE DE FÓRMULA DE DISTRIBUCIÓN DE RESPONSABILIDAD HIPOTECARIA la concreta que afecta a cada elemento afecto, sin necesidad de nuevo consentimiento de la otra parte, en tanto no se recoge en dicha acta ningún nuevo convenio al tratarse sólo de una plasmación documental de un cociente ya formulado previamente, acta que por otra parte podría, y debería normalmente, formar parte como una cláusula más de la escritura de declaración de obra nueva y división horizontal.

X. Conclusiones

Por último, no quisiera concluir las presentes notas sin sentar lo que creo que son las CUATRO conclusiones que claramente se deducen de lo aquí escrito y que a mi juicio son las siguientes:

PRIMERA: el fenómeno social de la “promoción inmobiliaria” carece de una regulación unitaria, rigiéndose por normas decimonónicas, a salvo la legislación de consumidores, que produce distorsiones claras y efectos nocivos, especialmente para la parte más débil, que es el adquirente.

SEGUNDA: la hipoteca para financiar la construcción de un edificio debe ajustarse a la naturaleza del objeto que constituye la garantía y, por tanto, mientras la construcción no esté concluida, aunque esté inscrita la división horizontal, debe considerarse que el objeto hipotecado es todo el edificio, lo que hoy por hoy es posible conforme al artículo 218 del Reglamento Hipotecario, sin perjuicio que **en la misma escritura de constitución** ya esté previsto de qué cuantía responderá cada piso o local cuando la obra se concluya.

TERCERA: la distribución del préstamo sobre el solar, una vez otorgada la división horizontal, hecha en documento privado, debe considerarse una “**anomalía jurídica**” aunque haya sido admitida por la Dirección Ge-

neral de los Registros y del Notariado en Resolución de 7 de enero de 2004. En todo caso, en sede de ejecución de la garantía hipotecaria, puede plantear serios problemas en el futuro a los acreedores hipotecarios que la hayan aceptado, en tanto que pueden verse **privados del procedimiento ejecutivo** de la Ley de Enjuiciamiento Civil, debiendo en tal caso recurrir al proceso declarativo ordinario.

CUARTA: en el momento de la constitución del préstamo hipotecario sobre el solar, si la entidad prestataria sabe qué va a construir, pero aún no tiene licencia municipal, puede determinar en la misma en qué medida cada uno de los futuros elementos responderá siempre y cuando éstos estén perfectamente identificados; de no saber cuántos elementos resultarán sería igualmente válido establecer parámetros objetivos que permitan en el futuro de manera matemática la concreción de responsabilidad hipotecaria sin necesidad de nuevo convenio entre las partes. En ambos casos se trataría de un supuesto de **prehorizontalidad** que tendría acceso a los asientos registrales inmediatamente conforme a los **artículos 110 y 23 de la Ley Hipotecaria**, y que obligaría luego al registrador de la propiedad al inscribir cada piso o local a atribuirle la responsabilidad concreta previamente determinada, evitando arrastrar a cada uno de ellos la total responsabilidad hipotecaria del solar, que sería lo preceptivo conforme al artículo 123 de la Ley Hipotecaria. Con ello **se evitaría la necesidad del otorgamiento de una nueva escritura de división del préstamo hipotecario y la nueva tributación que ello conllevaría.**

DE LOS PRECEDENTES DE LA PROHIBICIÓN DE LA SUCESIÓN CONTRACTUAL.

I. DE LOS PRECEDENTES REMOTOS (DERECHO ROMANO) (*)

JOSÉ CERDÁ GIMENO

Notario

SUMARIO: **I.** UNAS CONSIDERACIONES INTRODUCTORIAS. **II.** ARGUMENTACIONES DOCTRINALES. **1.** Proposición doctrinal tópica. **2.** Posición de la doctrina especializada romanista. **III.** ENUMERACIÓN DE LOS PACTOS USUALMENTE CITADOS POR LA DOCTRINA ESPECIALIZADA. – Instituciones de Gaio. – Pauli Sententiae. – Código de Justiniano. – Digesto de Justiniano. – Instituciones de Justiniano. – Lex Romana Burgundionum. **IV.** REPLANTEAMIENTO DE LA INVESTIGACIÓN. **1.** Ideas previas. **2.** Tipología postulada de “pactos sucesorios”. **3.** Relevancia de algunos supuestos de los textos clásicos: – *Pactos “de succedendo”*. – *Pactos “de non succedendo”*. **4.** Referencia a la eficacia e ineficacia (genéricamente consideradas) en el Derecho Romano. **5.** El denomi-

(*) Este artículo forma parte de una amplia investigación dirigida a hallar el porqué y la finalidad de “la prohibición de la sucesión contractual en el Código Civil”, investigación que se concretó en la TESIS DOCTORAL correspondiente bajo el título indicado.

nado “derecho romano-vulgar” en relación con el tema de los “pactos sucesorios”. • UNAS REFLEXIONES FINALES EN TORNO AL DERECHO ROMANO Y LOS PACTOS SUCESORIOS.

I. Unas consideraciones introductorias

Una de las técnicas habituales de la argumentación en el discurso jurídico consiste en la utilización de *la visión o perspectiva en diacronía* de la investigación. De otro modo dicho, este recurso remite a la argumentación de tipo *historicista* mediante el uso del canon hermenéutico histórico *stricto sensu*.

Este recurso al *canon histórico [en sentido amplio]* aplicado al tema de “la prohibición de sucesión contractual” permite observar a un lector atento cómo *esa perspectiva diacrónica* parece requerir –a mi juicio– una subdivisión convencional del posible ciclo temporal contemplado (que abarca más de dos mil años) en varios períodos o fases.

Reflexiono seguidamente en torno al período que cabe denominar como “precedentes *remotos*”, período que aquí circunscribo al **Derecho Romano**.

En orden a *este período* del Derecho Romano suelen presentar los autores un conjunto de presuntos “precedentes” de la prohibición de sucesión contractual, conjunto que bien puede calificarse de confuso y profuso y que demanda una clarificación.

Se toman en consideración a continuación los diversos *textos históricos* y las referencias de los autores a uno u otro de los diversos puntos concretos presentados y se procede a una conveniente –a mi parecer– depuración fonticia para evitar innecesarias repeticiones de argumentos y de antecedentes.

He procedido a una selección de los argumentos y citas de la doctrina especializada, doblemente especializada: de una parte, en orden a la disciplina (Derecho Romano); y de otra parte, en orden a la materia referida (la prohibición de sucesión contractual).

Intencionadamente se ha procedido por mi parte, en aras de aquella depuración fonticia aludida, a una forzosa exclusión –más bien *omisión*– de tantos y tantos textos o argumentos devenidos en *lugares comunes (topoi)* y utilizados por unos y otros indiscriminadamente.

Todas estas consideraciones precedentes hacen que sea inevitable –a mi parecer– la remisión al tratamiento riguroso, puntual y exhaustivo que

de la materia relativa a **los pactos sucesorios** (1) había sido efectuado por mi parte **ya en 1981** (2).

Buena sorpresa podría llevarse un atento lector al descubrir que en la actualidad comienzan a aparecer *citas de obras italianas* [G. VISMARA, N. TAMASSIA, M. VITA DE GIORGI...] de conocimiento indispensable en la materia bajo este perfil o *canon histórico "stricto sensu"*, obras y autores de los que quien esto suscribe se había ocupado con profundidad y extensión ¡hace ya veinticinco años! (3).

A la enorme dificultad en el tratamiento de esa perspectiva histórica referida al Derecho Romano ya se refería **en 1940** el máximo especialista en la materia cuando *en el mismo comienzo de la obra* dejó escrito que:

"A quien quiera emprender una investigación histórica sobre los pactos sucesorios, para tratar de la delación contractual de la herencia en los *varios períodos* de la historia del derecho italiano, se le presenta *una grave dificultad* inmediatamente: *la de determinar el objeto mismo* de su propia investigación.

Sobre todo *se trata de definir qué debe entenderse por «pacto sucesorio»*; y éste no es un preliminar de escaso peso, ya que el éxito mismo de la investigación podría ser fácilmente *desviado* o directamente *dirigido* hacia una falsa o inexacta noción del pacto sucesorio" (4).

(1) A mi juicio, las expresiones "sucesión contractual" y "pactos sucesorios" pueden ser empleadas como *sinónimas*. Lo verdaderamente importante parece que consiste en la concreción de la *justificación última de la prohibición de sucesión contractual*, esto es, la valoración o argumento del **porqué** de la misma.

A esa ambigüedad terminológica aludía SÁNCHEZ ARISTI, R.: *Dos alternativas a la sucesión testamentaria: pactos sucesorios y contratos "post mortem"*, Ed. Comares, Granada, 2003, p. 4, nota 4. El autor se manifiesta también explícitamente, en el sentido del empleo indistinto de una u otra denominación.

(2) V. CERDÁ GIMENO, J.: "Comentarios a la Compilación de Baleares", tomo XXXI. Volumen 2.º [arts. 66 a 86], en la colección de *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigida por Manuel ALBALADEJO, Impr. de Selecciones Gráficas (Madrid), Ed. Edersa (Editorial Revista de Derecho Privado-Editoriales de Derecho Reunidas), Madrid, 1981, pp. 222 y ss., 262 y ss., 299 y ss. y 500 y ss.

De una manera *específica*, en orden al **tema histórico (precedente)** de cada pacto o institución concreta, me ocupé de ello en la obra citada: pp. 232-234 y 273-282 [pactos *afirmativos* o *positivos*] y pp. 517-529 [pactos *negativos* o *renunciativos*].

(3) Mis "comentarios" precitados **en la nota 2 anterior**, obra "sepultada" bajo el alud de comentarios a la entonces "reciente" reforma del CC por las Leyes de 1981, habían sido objeto de atenta lectura y seguimiento fuera de España *por autores alemanes*, en especial del "Max-Planck-Institut für Europäische Rechtsgeschichte" en sus Secciones de Frankfurt am Main y Hamburgo.

(4) V. VISMARA, G.: *Storia dei patti successori*, Impr. de Tipografía Mori & C (VARESE), Ed. Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1986 (*ristampa anastática* de la misma obra, publicada en Milán en 1941): los ahora aquí subrayados enfáticamente son obra mía (J. C. G.).

Obra fundamental, a cuyo conocimiento accedí **en 1979**, gracias a los buenos oficios de amigos tan ilustres y excelentes como L. PUIG FERRIOL y J. VERGER GARAU.

II. Argumentaciones doctrinales

Recojo en este lugar a continuación una relación de los autores que se han ocupado de esta materia central en mi investigación. De una parte, la referencia a la conocida –tópica– proposición doctrinal mayoritariamente expuesta. Y, de otra parte, la necesaria alusión a la doctrina romanista y, además, especializada en la materia.

A esa referencia y a esa alusión se destinan los apartados que siguen.

1. Proposición doctrinal tópica.

Una de las *afirmaciones* más rotundas y repetidas una y otra vez hasta la saciedad por toda clase de autores, tanto romanistas puros como civilistas de cualquier tendencia, es la consistente en *una proposición* formulada, más o menos genéricamente, en un sentido parecido a éste:

“La regla general en el Derecho Romano era la de la prohibición de los pactos sucesorios en sus diversas formas, aunque admitió varias excepciones a este principio general.”

Tan generalizada está la referida “proposición” en la mayoría de los autores que ha devenido en “lugar común” (*topos*) entre los numerosos recursos argumentativos de unos y de otros. Parece, a mi juicio, evidente que este “lugar común” está implícito o solapado en la base o presupuesto de partida de nuestra investigación en torno a la repetida “proposición jurídica **prohibitiva**” que estamos analizando.

Habría que proceder, por consiguiente, a la enumeración discursiva de los argumentos reiterados –típicos– de tantos y tantos autores, unos civilistas, otros romanistas, lo cual conduciría, a mi juicio, a un desbordamiento textual innecesario de la investigación.

Así las cosas, y siendo notorio mi testimonio directo de la consulta de tantas *fuentes*, entiendo puedo eximirme de tantas repetidas citas con la indicación pertinente de *dónde* hallar ese “topos” comúnmente argüido en las manifestaciones de los autores: romanistas (5) y civilis-

(5) V. VISMARA G.: *Storia...*, *op. cit.*, p. 63 y nota 1.

• De esa inmensa obra es reveladora la *cita introductoria en orden al Derecho Romano* [“Es opinión común que el pacto sucesorio adquisitivo ha permanecido siempre extraño al Derecho Romano”] y la *relación consiguiente de autores*, que *literalmente* es como sigue:

Cfr. ad es.:

— ARNDTS: *Lebrbuch der Pandekten*, Stuttgart, 1889¹⁴, pp. 882 y 883, n. 3.

— SCIALOJA: *Diritto ereditario romano. Concetti fondamentali*, Roma, 1915, pp. 165 y ss.

tas (6). A las obras y lugares indicados *en las notas respectivas* remito, en consecuencia, en este lugar.

— WINDSCHEID: *Diritto delle Pandette* (trad. Fadda-Bensa), Torino, 1925, 3, § 529, p. 105, n. 2.
— RE: “Del patto successorio. Studio di legislazione comparata”, cap. I, § 5, estr. da: *Studi e documenti di storia e di diritto*, 7 (1886), pp. 6 y ss.

— VAN WETTER: *Pandectes contenant l'histoire du droit romain et la legislation de Justinien*, tomo III, París, 1910, § 373, II, 6 p. 378.

— BONFANTE: “Corso di diritto romano. 6. Le successioni. Parte generale”, Roma 1930, in: *Biblioteca del Foro Italiano*, p. 170: “Siffatte disposizioni invece, sono totalmente straniere e repugnanti al diritto romano. Nel periodo veramente romano la giurisprudenza romana ignora pienamente la possibilità di pensare e attuare simili disposizioni”. Cfr. BONFANTE: *Scritti giuridici varî: Famiglia e successioni*, Torino, 1916, p. 376: “Il patto successorio in qualunque forma è assolutamente proscritto, anzi non è quasi compreso dai Romani. **“Hereditas testamento datur”**”. Nello stesso censo cfr. FADDA: *Concetti fondamentali del diritto ereditario romano, Parte prima*, Napoli, 1900, pp. 297, § 237, 301, § 241.

— BRINI: *Corso di diritto romano, Le successioni*, Bologna, 1927 (lito), pp. 238 y ss.

— PEROZZI: *Istituzioni di diritto romano*, Roma, 1928, volumen 2, pp. 490 y ss., § 197.

— ARANGIO RUIZ: *Istituzioni di diritto romano*, Napoli, 1934, p. 512;

— SOLAZZI: *Diritto ereditario romano*, Napoli, 1932, volumen I, p. 238, cap. 5, § 15.

— BESTA: *Le successioni nella storia del diritto italiano*, Padova, 1935, pp. 132, número 383.

— FERRARA: *Teoría degli atti illeciti*, pp. 103 y ss.

— BIONDI: *Successione testamentaria*, p. 9.

— BIONDI: *Successione, Parte generale*, p. 75.

• De las citas de los *romanistas españoles* selecciono aquí las que siguen:

— VALINO, E.: “Los precedentes clásicos de la prohibición de negocios sobre la herencia de un vivo, en Derecho Romano”, artículo-colaboración para el LIBRO-HOMENAJE titulado *Estudios jurídicos en homenaje al PROFESOR SANTA CRUZ TEJEIRO*, Ed. Universidad de Valencia, Facultad de Derecho, Valencia, 1974, tomo II, pp. 475 a 486.

— IGLESIAS, J.: *Derecho Romano, Instituciones de Derecho Privado*, Séptima edición revisada y aumentada, Impr. y edición de Editorial Ariel, SA, 2.ª reimpresión (de la séptima edición de noviembre de 1982), Barcelona, septiembre, 1984, pp. 625 y ss.: *en especial*, p. 626 y *notas 34 a 37* [muy recientemente, poco antes de su fallecimiento, hay que señalar su *Comunicación*, presentada y discutida en sesión del Pleno de Académicos de Número de la “Real Academia de Jurisprudencia y Legislación” el día 17 de marzo de 2003, titulada “Roma y el Derecho Romano (apariencia y realidad)”, publicada en la revista *Anales de la propia RAJL*, número 33, Madrid, 2003, pp. 217-236: *en especial*, epígrafe III, pp. 224-227].

(6) **Estado actual de la Doctrina Española en este punto concreto [acerca de la “Delación Sucesoria Contractual” en Derecho Romano].**

• SÁNCHEZ ROMÁN, Felipe: *Estudios de Derecho Civil*, tomo cuarto (“Derechos de obligaciones. Derecho de la contratación”), *op. cit.*, pp. 208-209 y ss.; tomo sexto, volumen número 1 (“Derecho de sucesión *mortis causa*”), segunda edición, *op. cit.*, pp. 96-97 [y allí, *referencias* al mismo volumen, cap. 3.º, núm. 12, y al t. III, cap. 3.º, núm. 10 y ss., y al t. V, 2.ª ed., cap. 5.º y núms. 21 y ss.].

• GARCÍA HERREROS, Enrique: *La sucesión contractual* [con un prólogo de Rafael DE UREÑA], Impr. MG Hernández, Madrid, 1902, *op. cit.*, *Parágrafo V*, pp. 103 y ss.: *en especial* pp. 104-107.

• CASTILLEJO Y DUARTE, José: *La forma contractual en el Derecho de Sucesiones* [Memoria premiada por el Claustro de Profesores de la Facultad de Derecho de la Universidad Central en el Concurso abierto para honrar la memoria de don AUGUSTO COMAS], Impr. de los Hijos de M. G. Hernández, Madrid, 1902, *op. cit.*, capítulo II, pp. 19 y ss.

• MOUTÓN y OCAMPO, Luis: voz “Pacto de sucesión futura. Derecho Civil Común”, en

2. Posición de la doctrina especializada romanista.

A la proposición tópica doctrinal precitada se opone por la moderna doctrina romanista una buena serie de argumentos. De alguno de ellos di

Enciclopedia Jurídica Española, tomo vigésimo cuarto, Francisco Seix Editor, Barcelona s. f., *op. cit.*, pp. 188 y ss.: *en especial*, p. 188 [Precedentes legislativos, a)].

- VALVERDE Y VALVERDE, Calixto: *Tratado de Derecho Civil Español*, tomo V. “Parte Especial. Derecho de sucesión *mortis causa*”, *op. cit.*, pp. 366 y 368 y ss.

- MARTÍN RETORTILLO, Cirilo: “Breves consideraciones sobre la sucesión contractual”, *artículo en la RGL y Y.*, año LXXI, tomo 143, Madrid, 1923, *op. cit.*: v. pp. 211 y ss., 218 y ss., 225, 228, 229 y ss. y 351.

- ALAS ARGÜELLES, Leopoldo: *Derecho Civil*, *op. cit.*, tema 65, pp. 525 y ss.: *en especial*, p. 526.

- ALGUER, J.: “Ensayos varios sobre temas fundamentales del Derecho Civil”, en *RJ de Catalunya*, 1931, *op. cit.*, capítulo VII, pp. 144 y ss.: v. *en especial* pp. 145-146.

- ROCA SASTRE, Ramón M.^a: *Estudios de Derecho Privado*, *op. cit.*, Madrid, 1948, *capítulo X*, pp. 341 y ss.: v. *en especial* pp. 342-344, **donde por primera vez en nuestro Derecho** respecto del Derecho Romano –que yo recuerde– se hace referencia expresa al mismo *en este punto concreto* diciendo:

“No hay una prohibición expresa, sino tan sólo textos dispersos, que, en casos particulares, prohíben los pactos sucesorios...=...=”

“Por tanto, cabe afirmar que *en Derecho Romano no puede señalarse una regla general prohibitiva de los pactos sucesorios, ni existe una doctrina general sobre el particular, sino únicamente casos concretos prohibitivos y casos concretos permitidos.*” [subrayados a cargo mío: J. C. G.]

- GAS, Francisco J.: “Pactos sucesorios”, en *R. JH. en Cataluña*, 1953, *op. cit.*, *en especial* pp. 318-319.

- MUCIUS SCAEVOLA, Quintus: [en revisión por Pascual MARÍN PÉREZ], *Código Civil...*, *op. cit.*, tomo XX (arts. 1.214 a 1.314), 1958, *cit.*, pp. 774 y ss.: *en especial*, pp. 777-780.

- CASTÁN VÁZQUEZ, José M.^a: “Notas sobre la sucesión contractual en el Derecho español”, en *ADC*, 1964, *op. cit.*, pp. 367 y ss.: *en especial* p. 369.

- PUIG BRUTAU, José: *Fundamentos de Derecho Civil*, tomo V, volumen III (Legítimas. Reservas. Sucesión intestada. Sucesión contractual. Partición de herencia), *op. cit.*, Barcelona, 1964, pp. 435 y ss.: *en especial* pp. 437-438.

- MANRESA y NAVARRO, José M.^a [en revisión por Miguel MORENO MOCHOLI]: “Comentarios al Código Civil Español”, *op. cit.*, 1967, tomo VIII, volumen 2.º, *cit.*, pp. 604 y ss.: solamente *alusiones*.

- PELAYO HORE, Santiago: “Los pactos sucesorios en la Compilación de Aragón”, en *ADC*, tomo XX, 1967, *op. cit.*, pp. 819 y ss.: v. *en especial* pp. 822-825.

- DíEZ-PICAZO, Luis: *Lecciones de Derecho Civil. IV. Derecho de Sucesiones*, Impr. de Coppel (Madrid), Ed. de la Universidad de Valencia. Facultad de Derecho, Madrid, 1967, *op. cit.*, capítulo XXVI, pp. 595 y ss.: *en especial* pp. 604-606.

- CASTÁN TOBEÑAS, José: *Derecho Civil Español, Común y Foral*, tomo sexto. Derecho de sucesiones. Volumen tercero (Los particulares regímenes sucesorios. La sucesión intestada. La sucesión contractual. La sucesión excepcional), [revisión de José Luis DE LOS MOZOS], *op. cit.*, Madrid, 1971, *Parágrafo CLXXIX*, pp. 246 y s.: *en especial* pp. 252-255.

- LACRUZ BERDEJO, José Luis, y SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asís: “Derecho de Sucesiones. I. Parte General. Sucesión voluntaria”, *op. cit.*, Barcelona, 1971, *Parágrafo 62*, pp. 719 y ss.: *en especial* p. 721.

- VALLET DE GOYTISOLO, J. Berchmans: “Panorama del Derecho de Sucesiones. I. Funda-

cuenta en mis investigaciones precedentes sobre algunos *aspectos particulares* del tema.

Relacionados los diferentes *casos* que presentan las fuentes clásicas, y las posteriores, con las modalidades de *pactos* posibles bien en función de los intervinientes, del objeto sobre que recaen, de la obligación contraída, bien en orden a su admisión o rechazo, se pueden distinguir tantos apartados y grupos que, en mi opinión, pueden inducir a la confusión. Además, la repercusión de los diferentes períodos de tiempo respecto de *las fuentes* –Derecho prejustiniano (Codex Gregorianus, Codex Hermogenianus, Codex Theodosianus, etc.), Derecho justiniano (Authenticum, Codex Iustinianus, Digesta, Epitome iuliani, Instituta, Novellae), Derecho bizantino– no puede ni debe dejarse de tomar en consideración.

En la obra clásica –fundamental– de Giulio VISMARA, la distinción por períodos de tiempo es perfecta y su planteamiento general es la distinción entre pactos sucesorios **adquisitivos** y pactos sucesorios **renunciativos**. Lo que ocurre es que, además, *dentro del primer grupo*, efectúa nuevas distinciones (7).

Teniendo en cuenta en este momento la relevancia de **la no-admisión** como criterio general prohibitivo de la proposición “tópica” tradicional aludida, es importante destacar la aportación de nuestros romanistas en

mentos”, *op. cit.*, Madrid, 1982, *capítulo III* (Los contratos sucesorios), pp. 1023 y ss.: *en especial número 464*, pp. 1023-1024. V. también, *en número 303*, p. 657.

- CASTÁN TOBEÑAS, José: *Derecho Civil Español, Común y Foral*, tomo tercero. Derecho de obligaciones (La obligación y el contrato en general), *op. cit.* [revisión de Gabriel GARCÍA CANTERO], Madrid, 1992, *parágrafo LXXVIII, epígrafe IV.2*, pp. 634 y ss.: referencias implícitas.

- MARÍN PADILLA, María Luisa: “Historia de la sucesión contractual”, *op. cit.*, Zaragoza, 1992: v., *en especial, todo el capítulo I*, pp. 11 a 87, *obra fundamental* en esta materia concreta y en este punto.

- DELGADO ECHEVARRÍA, Jesús: “El contrato sucesorio”, en el volumen *colectivo Derecho de Sucesiones* a cargo de los catedráticos de Derecho Civil José Luis LACRUZ BERDEJO, Francisco de Asís SANCHO REBULLIDA, Agustín LUNA SERRANO, Jesús DELGADO ECHEVARRÍA, Francisco RIVERO HERNÁNDEZ y Joaquín RAMS ALBESA, quinta edición, Barcelona, 1993, *op. cit.*, *parágrafo 60*, pp. 328 y ss.: v., *en especial*, p. 329.

- LASARTE ÁLVAREZ, Carlos: “Principios de Derecho Civil, tomo séptimo. Derecho de Sucesiones”, *op. et loc. cit.*

- O’CALLAGHAN, Xavier: “Compendio de Derecho Civil”, tomo V. Derecho de Sucesiones, *op. cit.*, Madrid, 1999, *lección 15*, pp. 369 y ss.: v., *en especial*, p. 375.

- ESPEJO LERDO DE TEJADA, Manuel: “La sucesión contractual en el Código Civil”, *op. cit.*, Sevilla, 1999, *capítulo II*, pp. 37 y ss.: v. *en especial pp. 37 a 42*.

- SÁNCHEZ ARISTI, Rafael: “Dos alternativas a la sucesión testamentaria: pactos sucesorios y contratos *post-mortem*”, *op. cit.*, Granada, 2003, *capítulo VI*, pp. 33 y ss.: v. *en especial pp. 33 a 39*.

- GARCÍA MEDINA, José: “Panorama de la sucesión contractual *mortis causa*”, en la *Revista de Actualización Aranzadi*, *op. cit.*, Pamplona, 2003, *epígrafe 2*, pp. 13 y ss.: v. *en especial p. 13*.

(7) V. VISMARA, G.: *op. cit.*, *parte tercera* (El Derecho Romano y bizantino), *capítulo primero* (“El Derecho Romano”), epígrafes I (pp. 63 y ss.) y II (pp. 146 y ss.).

este tema. Así, la interesante reflexión de E. VALIÑO conduce a la diferenciación entre los pactos que considera fueron *admitidos* y los que fueron *rechazados*, en su atento examen de las fuentes y de los textos clásicos (8).

Sabedor del condicionamiento personal, ante esa especialización del magisterio romanista aludida, voy a efectuar *una presentación* de los textos clásicos más habitualmente citados por unos y otros autores, extranjeros y españoles, *en un orden puramente numérico correlativo* en atención a la fuente de donde procede. Una vez a la vista unos y otros textos, conjuntamente tomados, con las indispensables referencias y notas respectivas en cada uno de ellos, se procederá por mi parte al *planteamiento general* de mi investigación, a la tipología por mí postulada y al posible *engarce* o *conexión* de alguno o algunos de los supuestos clásicos citados con la normativa concreta aquí analizada del CC.

III. Enumeración de los pactos usualmente citados por la doctrina especializada

He de proceder, a mi juicio, en un puro orden *cronológico* de las fuentes y después de una muy cuidada y rigurosa *selección personal*. Todo ello como sigue:

— Instituciones de Gaio:

Libro III, Apartados 148 a 154 (Sociedad).

148. Solemos constituir sociedad, o de todos los bienes o para un negocio determinado, como, por ejemplo, para la compra o venta de esclavos.

154 a. Sin embargo, hay otra clase de sociedad propia de los ciudadanos romanos. Pues antiguamente, cuanto el *pater familias* moría, había entre sus herederos una cierta sociedad legítima y natural a la vez, que se llamaba *ercto non cito*, esto es, de dominio no dividido, pues *erctum* es el dominio, y de ahí que se llame *erus* el propietario; y *ciere* es dividir, de donde decimos *caedere* por cortar (y dividir).

154 b. También otras personas que querían tener esta clase de sociedad podían conseguirlo ante el pretor mediante cierta actuación determinada por la ley. Era peculiar en esta sociedad de hermanos, o de otras personas que a semejanza de los hermanos constituían la sociedad, que al

(8) V. VALIÑO, E.: "Los precedentes clásicos de la prohibición...", *op. cit.*: en especial pp. 476 y ss. (supuestos de *validez*) y pp. 479 y ss. (supuestos de *prohibición*).

manumitir uno de los socios al esclavo común le hacía libre y procuraba a todos un liberto. También cuando uno realizaba la *mancipatio* de una cosa común...

— Pauli Sententiae:

3,5,1: “Litterae, quibus hereditas promittitur vel animi adfectus exprimitur, vim codicillorum non obtinent”.

4,5,8: “Pactio talis, ne de inofficioso testamento difitur, querellam super iudicio futuram non excludet; meritis enim liberos magis quam pactionibus adstringit placuit”.

— Código de Justiniano:

[1] C. 1,2,1: *El emperador CONSTANTINO, Augusto, al pueblo.* Tenga facultad cada cual para dejar, al morir, los bienes que haya querido al santísimo, católico y venerable concilio, y no sean nulas las últimas voluntades. Porque nada hay que más se debe á los hombres, sino que sea libre la disposición de la última voluntad, después que ya no pueden querer otra cosa, y lícito el arbitrio, que no vuelve otra vez (9).

Promulgada en Roma á 5 de las Nonas de Julio, bajo el segundo consultado de los Césares CRISPO y CONSTANTINO [a. 321].

[2] C. 2,3,15: *Los Emperadores VALERIANO y GALIENO, Augusto y VALERIANO, nobilísimo César, á PACTUMEIO.* El pacto que se comprendió en el instrumento dotal, para que si el padre falleciese fuese heredera de su padre, en unión de su hermano, por partes iguales, la que entonces se casaba, ni produce obligación alguna, ni pudo quitar al padre de la mujer la libertad de hacer testamento.

Publicada á 10 de las Calendas de Marzo, bajo el consulado de EMILIANO y de BASSO [a. 259] (10).

[3] C. 2,3,19: *Los mismos Augusto á VICTORIANO, militar.* Aun cuando un escrito hecho entre particulares, en el que se expresa que aquel que sobreviviere se haga dueño de los bienes de otro, no presente ciertamente los caracteres de donación hecha eficazmente por causa de muerte, sin embargo, como la voluntad de los militares, que se manifiesta por escrito en los últimos momentos de su vida y sobre disposiciones de sus bienes

(9) Citado en COING, H.: “Derecho Privado Europeo. tomo I. Derecho Común más antiguo (1500-1800)”, traducción y apostillas de Antonio PÉREZ MARTÍN, edición de la Fundación Cultural del Notariado, Madrid, 1996, tomo II, en cap. 2.º, pp. 738 y ss.

(10) Cita en IGLESIAS, J.: *op. cit.*, p. 626, nota 35; comentado en VISMARA, G.: *op. cit.*, pp. 80-81.

familiares en cierto modo hecha en contemplación de la muerte, tiene fuerza de última disposición, y como dices que tú y tu hermano, al marchar á la guerra, pactasteis recíprocamente por causa del común riesgo de muerte, que al que sobreviviese le pertenecieran los bienes de aquel á quien el azar hubiese puesto término á su vida, se entiende que, cumpliéndose la condición, se te transfirió á ti por el testamento de tu hermano, que se confirma por patente favor de constituciones de los príncipes, también la totalidad de sus bienes.

Publicada en Sirmio á 13 de las Calendas de Diciembre, bajo el cuarto y el tercer consulado de los mismos Augustos [a. 290] (11).

[4] C. 2,3,30: *El mismo Augusto á JUAN, Prefecto del Pretorio.* Por el colegio de abogados de Cesarea hemos sido consultados sobre esta cuestión: Dos ó más personas abrigaban la esperanza de que, atendido su parentesco, quizá habría de ir á ellas una herencia ajena, y se celebraron pactos entre las mismas sobre esta futura herencia, en los cuales se declaraba especialmente, que, si muriere aquél y fuere á ellas la herencia, se observarían ciertas formalidades respecto de la misma herencia, ó que, si acaso el provecho de la herencia fuere á algunas de ellas, se celebrarían determinados pactos. Y se dudaba, si pactos de esta naturaleza deberían cumplirse. Mas hacíaseles cuestión de esto, porque este pacto se celebró cuando aún vivía aquel cuya herencia se esperaba, y porque no fue concluido como si la herencia hubiese muerto, y si fuesen llamados á la herencia los que hicieron el pacto. Pero á nosotros, todos los pactos de esta naturaleza nos parecen odiosos y preñados de tristísimas y muy peligrosas eventualidades. ¿Qué razón hay para que, viviendo una persona y sin su conocimiento, celebren otras convenios pactando sobre sus bienes? Mandamos, pues, de conformidad con las antiguas reglas, que los pactos como estos, que contra las buenas costumbres se hayan celebrado, sean rechazados por completo, y que no se observe nada de tales pactos, salvo si aquel, sobre cuya herencia se pactó, acomodare á ellos su voluntad, y perseverare en está hasta el último momento de su vida. Pues en este caso, habiendo desaparecido la odiosísima esperanza, les será lícito, sabiéndolo y mandándolo aquel, cumplir tales pactos; lo que tampoco es desconocido en las anteriores leyes y constituciones, aún cuando por nosotros ha sido presentado con mayor claridad. En su consecuencia mandamos, que en manera ninguna sean admitidas como válidas ni las donaciones ni las hipotecas de tales bienes, ni ningún otro contrato, pues la opinión de nuestro tiempo no consiente que se haga ni se pacte nada sobre los bienes ajenos contra la voluntad de su dueño.

(11) Comentario en VISMARA, G.: *op. cit.*, pp. 88-93 y 123.

Dada en Constantinopla las Calendas de Noviembre, después del consulado de LAMPADIO y de ORESTE, varones esclarecidos [531] (12).

[5] C. 2,4,11: *Los Emperadores VALERIANO y GALIENO, Augusto, y VALERIANO, Nobilísimo César, á GAYANO, militar.* Es válida la transacción hecha sobre el fideicomiso dado alternativamente por tu padre á ti y á tu hermano, para si uno de vosotros acabare sus días sin dejar hijos, puesto que, no habiendo el vituperable deseo de procurar la muerte del otro, se mantiene la concordia entre los hermanos. Y no puede rescindirse en este caso, como si hubieras sido engañado, al prestar tu consentimiento á dicho pacto, toda vez que no dices que tiene aquella edad á la que se le suele auxiliar, y que, si la tuvieras, tampoco deberías impetrar por aquellas mismas causas el beneficio de la restitución por entero.

Publicada á 15 de las Calendas de Diciembre, bajo el segundo consulado de VALERIANO y de GALIENO, ambos Augustos [a. 255] (13).

[6] C. 2,4,34 (33): *Impp. Diocletianus et Maximianus AA. et CC. Ptolemaidi. Cum donationis seu transactionis causa administratae tutelae debiti scientes vos obligationem fratri vestro remisisse proponatis nec umquam volenti dolus inferatur, frustra de dolo querimini, nec ad implendum promissum hereditatis propriae pollicitatione quisquam adstringitur* [a. 294] (14).

[7] C. 2,24,2: *El mismo Augusto a TRIFÓN, militar.* No se le prohibirá al hijo de familia, si siendo menor de veinticinco años salió fiador por un extraño, pedir la restitución por entero. Mas si fue fiador por su padre, y a su muerte no le sucedió, puede también pedir la restitución por el todo.

Dada las Calendas de Julio, bajo el segundo consulado de GORDIANO, Augusto, y el de POMPEYANO [a. 241] (15).

[8] C. 3,28,35 §2: *El Emperador JUSTINIANO Augusto a JULIANO, prefecto del Pretorio.* Cuando el emperador concede a alguno la libre facultad de testar, se entiende que no otorga otra cosa que esto; pues no debe creerse que el príncipe romano, que es el defensor de las leyes, quiera con

(12) Texto citado en un considerando en la STS de 3 de junio de 1902 (*de pactis*).

Citado en IGLESIAS, J.: *op. cit.*, p. 626, y nota 36: "... El derecho justinianeo admite la validez del pacto acerca de la herencia de un tercero, siempre que éste otorgue su consentimiento y muera sin revocarlo."

Citado en BIONDI, B.: *Istituzioni di diritto romano*, 4.^a ed. ampliada y puesta al día, Ed. A. Guiffré, Milano, 1965, p. 632 y nota 18: "Justiniano admite la eficacia cuando lo consienta el *de cuius*, el cual tiene siempre la facultad de revocar la disposición". Tales pactos eran calificados por Justiniano como "odiosae et plenae tristissimi et periculosi eventus".

Comentario en VISMARA, G.: *op. cit.*, pp. 99-103 y 154.

Comentario en VALIÑO, E.: *op. cit.*, pp. 485-486.

(13) Citado en IGLESIAS, J.: *op. cit.*, p. 626, nota 35; BIONDI, B.: *op. cit.*, p. 632, nota 18.

Comentario en VALIÑO, E.: *op. cit.*, pp. 476-477.

(14) Comentario en VISMARA, G.: *op. cit.*, pp. 82-83.

(15) Comentario en VALIÑO, E.: *op. cit.*, p. 484.

Comentario en VISMARA, G.: *op. cit.*, pp. 103 y 122.

tal concesión dispensar de la observancia de las formalidades establecidas en los testamentos, objeto de tanto estudio. § 1.—... § 2. Por regla general establecemos, que cuando el padre dejase al hijo menos que la porción legítima, o le donase algo por causa de muerte o entre vivos, bajo condición de que esta donación entre vivos se le computase en la cuarta; si el hijo después de la muerte del padre aceptare simplemente lo que se le ha dejado o donado y prometiese a los herederos que recibirá lo que se le ha dejado o donado sin reservarse el derecho al suplemento; no se le seguirá ningún perjuicio, sino que se completará la legítima, a no ser que la renuncia al suplemento la hubiere hecho especialmente y por escrito en época o transacción; pues entonces, privado de todo recurso, se le obligará a observar la voluntad del padre. § 3.—...=

Dado en las Calendas de Septiembre, en el consulado de Lampadio y Oreste [a. 530] (16).

[9] C. 4,11,1: *El emperador JUSTINIANO, Augusto, a JUAN, Prefecto del Pretorio.* Aún cuando la antigüedad rechazaba abiertamente las estipulaciones, los legados y otros contratos referidos a después de la muerte, nosotros, sin embargo, hallamos, atendiendo a la común utilidad de los hombres, que era conveniente enmendar con humanidad también aquella regla de que se servía la antigüedad. Por que los antiguos no concedían que las acciones comenzaran en los herederos o contra los herederos, por razón de estipulaciones y de otras causas referidas a después de la muerte. Pero para que no dejemos la materia del antiguo vicio, nos es necesario quitar de en medio aún la misma regla, a fin de que sea lícito que las acciones y las obligaciones comiencen en los herederos y contra los herederos, al objeto de que no se impida la latitud de la voluntad de los contratantes por demasiada sutileza de las palabras.

Dada en Constantinopla a 15 de la Calendas de noviembre, después del consulado de LAMPADIO y de ORESTA, varones esclarecidos [a. 531] (17).

[10] C. 4,37,4: *Los mismos Augusto y Césares a CÉLER.* Si por ley de sociedad o por subsiguiente estipulación de transacción se convino que entre ti y Fabia se hiciera válidamente por partes iguales la división de todos los bienes, nada importa, para que esto no se mantenga firme, que haya fallecido testado o intestado el que se hubiere obligado (18).

(16) Citado en CAPITANT, H.: "La prohibition des pactes sur les successions non ouvertes", artículo en la *Revue Critique de Législation et de Jurisprudence*, 1933, pp. 86 y ss.

Comentario en VISMARA, G.: *op. cit.*, p. 151: cita la INST. 2.18.6 (nulidad: renuncia a la "quaerella inofficiosi testamenti").

(17) Comentario en VISMARA, G.: *op. cit.*, pp. 124 y ss.

(18) Aportación sugerida por el romanista de ilustre estirpe profesor D. Santiago CASTÁN PÉREZ-GÓMEZ, con mi agradecimiento profundo por su amabilidad: cita *concordancias* con D. 17,2,73, e INST. 3, ap. 148-154.

[11] **C. 5,14,5:** *Los emperadores* DIOCLECiano, y MAXIMIANO, *Augustos, a* CLAUDIO. La herencia se les da a los extraños por testamento. Así, pues, como afirmas que en vez de testamento se interpuso en el instrumento dotal pacto, para que después de la muerte de la mujer te pertenecieran sus bienes, que no se te obligaron a título de dote, ten entendido que con ninguna acción puedes demandar a sus herederos o sucesores, para que se te restituya lo que de ningún modo se te debe.

Publicada las Nonas de Febrero, bajo el cuarto y el tercer consulado de los mismos Augustos [a. 290] (19).

[12] **C. 6,20,3:** *El mismo Augusto a* ALEJANDRO. Es desaprobado por la autoridad del derecho el pacto comprendido en la escritura dotal, de que, contentándose con la dote la que se colocaba en matrimonio, no tenga reclamación alguna sobre los bienes paternos, y no se prohíbe que por esta razón la hija suceda a su padre intestado. Pero debe ciertamente llevar a colación con los hermanos que permanecieron bajo potestad la dote que recibió.

Dada a 14 de las Calendas de Julio, bajo el consulado de AGRÍCOLA y de CLEMENTINO [a. 230] (20).

[13] **C. 6,24,7:** *Diocletianus et Maximianus AA.* Zizoni. *Nec apud peregrinos fratrem sibi quisquam per adoptionem facere poterat. cum igitur, quod patrem tuum voluisse facere dicis, irritum it, portionem hereditatis, quam is adversus quem supplicas velut adoptatus frater heres institutus tenet, restitui tibi curae habebit praeses provinciae* [a. 285] (21).

[14] **C. 8,37(38),4:** *Imp. Alexander A. Sabinae. Secundum responsum Domitii Ulpiani praefecti annonae iuris consulti amici mei ea, quae stipulata est, cum moreretur, partem dimidiam dotis cui velit relinquere, reddi sibi, cum moreretur, eam partem dotis stipulata videtur* [a. 222] (22).

[15] **C. 8,37(38),11:** *El Emperador* JUSTINIANO *Augusto a* MENNA, *Prefecto del Pretorio.* Decidiendo las sutilezas de los antiguos relativas a las estipulaciones o disposiciones testamentarias a título de legado ó fideico-

(19) Comentario en VISMARA, G.: *op. cit.*, pp. 86-87.

(20) Citado en IGLESIAS, J.: *op. cit.*, p. 626, nota 35.

Comentario en VISMARA, G.: *op. cit.*, p. 150.

(21) Comentario en VISMARA, G.: *op. cit.*, p. 104.

(22) VISMARA, p. 79, nota 2. Lo niega:

“Se ha producido una *stipulatio* entre marido y mujer, por la cual se atribuye a la mujer la facultad de dejar a su muerte parte de la dote a quien ella quiera. ULPIANO y el Emperador deciden que con ello se entiende que la mujer se ha hecho prometer la restitución de parte de la dote.

El texto nada tiene que ver con el Pacto Sucesorio, ya que la mujer, ni instituye heredero alguno, ni se obliga a hacerlo, sino simplemente pacta en su favor la disponibilidad de parte de la dote a su muerte: es lo que significa restitución (*reddi sibi*).”

miso, con las que se deja alguna cosa con las palabras *después de mi muerte*, a mi fallecimiento, o *un día después de mi fallecimiento*; mandamos que sea válida la estipulación, el pacto o la disposición testamentaria, aun cuando se refiera a la muerte ó a un día antes de ella, debiendo cumplirse el contrato ó el testamento según su literal tenor.

Dado en Constantinopla, el 3 de los idus de Diciembre, en el segundo consulado del Emperador Justiniano [a. 528] (23).

[16] C. 8,38(39),4: *Los Emperadores* DIOCLECIANO y MAXIMIANO *Augusto y Césares a DOMINA*. Es manifiesto, que no tienes ninguna acción en fuerza de aquel documento que contra las buenas costumbres estipulastes sobre la herencia futura, pues que es nulo y de ningún efecto todo lo que contra las buenas costumbres se incluye en la estipulación ó en el pacto.

Dado el 3 de Calendas de Mayo, en el consulado de los mismos Emperadores [a. 290] (24).

[17] C. 8,53(54),28: *Impp. Honorius et Theodosius AA. Monaxio pp. Quisquis rem aliquam donando vel in dotem dando [C. 8,53,28: vel vendendu] usumfructum eius retinuerit, etiamsi stipulatus non fuerit, eam continuo tradidisse credatur, ne quid amplius requiratur, quo magis videatur facta traditio, sed omni modo idem sit in bis causis usumfructum retinere quod tradere* [a. 417] (25).

— Digesto de Justiniano:

[1] D. 2,14,34(35): *Mod, 5 regul. Ius adgnationis non posse pacto repudiari (non magis quam ut quis dicat nolle suum esse), Iuliani sententia est* (26).

[2] D. 17,2,3,2: *Paulo, D. 17,2,3,2: De illo quaeritur, si ita sit coita societas, ut, si qua iusta hereditas alterutri obvenierit, communis sit, quae sit iusta hereditas, utrum quae iure legitimo obvenit an etiam ea quae testamento? Et probabilius est ad legitimam hereditatem tantum hoc pertinere* [Admite que pueda formar parte del acuerdo social la aportación de una herencia futura e indeterminada] (27).

(23) Citado en CAPITANT, H.: *op. et loc. cit.*

Comentario en VISMARA, G.: *op. cit.*, pp. 124 y ss.

(24) Cita en IGLESIAS, J.: p. 626, nota 35 [errata al indicar "libro 6"]; BIONDI: *op. cit.*, p. 632 y nota 18; CAPITANT: *op. et loc. cit.*

Comentario en VISMARA, G.: p. 79 y nota 2 y pp. 81-82.

Comentario en VALIÑO, E.: *op. cit.*, p. 481.

(25) Comentario en VISMARA, G.: *op. cit.*, p. 126.

(26) Comentario en VISMARA, G.: *op. cit.*, p. 149.

(27) Comentario en VALIÑO, E.: *op. cit.*, p. 477.

[3] **D. 17,2,52,9:** EL MISMO ULPIANO; *Comentarios al Edicto, libro XXXI*. Como estuviese en venta un fundo colindante con dos vecinos, uno de estos pidió al otro que comprase aquel fundo para que le cediese la parte que estuviese junto a su fundo; después compró él mismo aquel fundo ignorándolo el vecino; se pregunta, si tendrá contra él el vecino alguna acción. Juliano escribió, que estaba confusa la cuestión de hecho, porque si solamente se trató esto, que el vecino comprase el fundo de Lucio Ticio, y lo compartiese conmigo, no competía al vecino acción alguna contra mí, que lo compré; pero si se trató que el negocio se hiciera como común, quedará obligado por la acción de sociedad a cederte las demás partes, deducida la parte que yo te había encargado.

§9. Respondió el mismo, que no puede prolongarse una sociedad después de la muerte; y que por esto no podrá nadie limitar la libertad de las últimas voluntades, ó preferir el cognado más remoto a los más próximos (28).

[4] **D. 17,2,59:** POMPONIO; *Comentarios a Sabino, libro XII*. De tal modo se disuelve la sociedad por la muerte de un socio, que ni aun al principio podemos pactar que su heredero le suceda también en unos pactar que su heredero le suceda también en la sociedad. Dice que esto es así en las sociedades privadas; pero que en la sociedad de rentas públicas subsiste la sociedad aun después de la muerte de alguno, pero solamente, si la parte del difunto hubiera sido adscrita a la persona de su heredero, para que deba contribuírsele también al heredero; lo mismo que se ha de estimar en virtud de causa. Porque ¿qué, si hubiera muerto aquel por cuyo trabajo se hubiera constituido principalmente la sociedad, o sin quien no pudiera administrarse la sociedad?

§1. Lo que un socio hubiere perdido en el juego, o por adulterio, no lo ha de sacar del capital común; pero si el socio hubiere recibido algún daño por nuestro dolo, lo repetirá de nosotros (29).

[5] **D. 17,2,73:** Ulpiano, 1 *resp.*, D. 17,2,73: Maximino respondit, si societatem universarum fortunarum coierint, id est earum quoque rerum, quae postea cuique adquirentur, hereditatem cuius eorum delatam in comune redigendam. Idem Maximae respondit, si societatem universarum fortunarum ita coierint, ut quidquid erogetur vel quareretur communis lucri atque impendii esset, ea quoque, quae in honorem alterius liberorum erogata sunt, utrisque imputanda [No se hace mención de esta restricción

(28) Citado en IGLESIAS, J.: *op. cit.*, p. 626, nota 35; BIONDI: *op. cit.*, p. 631.

Comentario en VISMARA, G.: *op. cit.*, p. 79 y notas 1-2.

(29) Sugerencia del profesor D. Santiago CASTÁN PÉREZ-GÓMEZ: Sociedad con pacto de continuación con el heredero del socio premuerto.

a las herencias legítimas, y expresamente se dice que en las *societas omnium bonorum* ha de imputarse al capital social, entre otras cosas, la herencia deferida a cada uno de los socios] (30).

[6] **D. 18,4,1:** Si hereditas venierit eius, qui vivit aut nullus sit, nihil esse acti, quia in rerum natura non sit quod venierit [una análoga interpretación (distinción entre compraventa de herencia en la que no existe *alea* y otra en la que sí existe) que de Pomp., 9 *ad Sab.*, D. 18,4,1, donde se dice, si se vende una herencia de un vivo o de alguien que no existe, se considera nula la venta por falta de objeto] (31).

[7] **D. 18,4,7:** Cum hereditatem aliquis vendidit, esse debet hereditas, ut sit emptio: nec enim alea emitur, ut in venatione et similibus, sed res: quae si non est, non contrahitur emptio et ideo pretium condicetur [en un texto de Paulo, 14 *ad Plautium*, D. 18,4,7, donde, en su forma actual, se dice que, si uno vendió una herencia, debe existir ésta para que pueda hablarse de venta, porque en este caso no se compra el *alea*, como ocurrir en la caza y en otros casos análogos, sino una *res*, requisito imprescindible para la validez de una *emptio*] (32).

[8] **D. 18,4,11:** Nam hoc modo admittitur esse venditionem “si qua sit hereditas, est tibi empti”, et quasi spes hereditatis: ipsum enim incertum rei vencat, ut in retibus [Ulp., 32 *ad ed.*, D. 18,4,11, donde se dice que se admite la *emptio* de una *spes hereditatis*, quizá en contra del criterio de que para que sea válida la venta de herencia debe de tratarse de una herencia efectivamente causada] (33).

[9] **D. 23,4,29,2:** “Si un marido que había recibido en dote unos predios estimados, pacta durante el matrimonio, en detrimento de su mujer, que los predios no se considerasen estimados, para poderlos dañar sin riesgo, se preguntó si quedarían estimados conforme a la primera escritura de dote y el menoscabo correspondería al marido. Respondí que el pacto en cuestión no está prohibido por hacerse durante el matrimonio, si no resultare perjudicada la dote; “pero que”, no obstante la validez del mismo, si perjudicare a los predios, responde por ello el marido con la acción de dote. (1)...= (2) Una mujer pactó, respecto a la dote entregada, que, si llegare a fallecer durante el matrimonio, se restituyere a su hermano la

(30) Comentario en VALIÑO, E.: *op. cit.*, p. 477.

(31) Texto citado en Considerando de la STS 3 junio 1902 [lex de hereditate vel accione vendita].

Citado en BIONDI: *op. cit.*, p. 632 y nota 18; CAPITANT: *op. et loc. cit.*

Comentario en VALIÑO, E.: *op. cit.*, p. 480.

(32) Texto citado en Considerando de la STS 3 junio 1902.

Comentario en VALIÑO, E.: *op. cit.*, p. 479.

(33) Comentario en VALIÑO, E.: *op. cit.*, p. 478.

dote que dio, y así lo estipuló para tal caso; murió la mujer dejando en legado a su marido y a otras personas algunas cosas de la dote, y dando libertad a algunos esclavos también dotales. Se preguntó si está obligado el marido respecto al hermano por las cosas que la mujer legó y los esclavos que manumitió. Respondí que nada había en el caso propuesto por lo que no quedara obligado, toda vez que también los herederos de la muerta son responsables tanto de los legados como de las manumisiones [SCAEV. 2 resp.] (34).

[10] **D. 28,5,32:** EL MISMO [GAYO]; *Comentarios al Edicto del Pretor urbano; De los testamentos, libro I.* Esta institución. “los que Ticio quisiere”, es viciosa por esto, porque fue dejada a ajeno arbitrio; porque con bastante constancia decidieron los antiguos, que convenía que los derechos de los testamentos fuesen firmes por sí mismos, y que no pendiesen de ajeno arbitrio.

§1. Es válidamente instituido heredero el que está en poder de los enemigos, porque por el derecho de postliminio se retienen en suspenso en su persona, y no se separan de ella, todos los derechos de ciudadanía; y así, si hubiere vuelto de los enemigos, podrá adir la herencia. También es instituido válidamente su esclavo, y, si hubiera vuelto de los enemigos, puede mandarle que ada la herencia; pero si allí hubiere fallecido, el que sea su heredero puede hacerse heredero por medio del esclavo.

[11] **D. 28,5,47(46):** Quidam cum filium familias heredem instituere vellet, ne ad patrem eius ex ea hereditate quiequam perveniret, voluntatem suam exposuit filio: filius cum patris offensam vereretur, petit a testatore, ne sub condicione “si a patre emancipatus esset” heredem eum institueret, et impetravit ad eo, ut amicum suum heredem institueret: atque ita testamento amicus filii ignotus testatori heres institutus est nec quiequam ad eo patitum est. Quaerebatur, si ille amicus aut adire nollet aut aditam nollet restituere hereditatem, an fideicommissum ab eo peti possit aut aliqua actio adversus cum esset et utrum patri an filio competeret. Respondit, etiamsi manifestum sit scriptum heredem fidem suam interposuisse, non tamen aliter ab eo fideicommissum peti posse, quam si et ipsum testatorem fidem eius secutum esse probaretur. Si tamen, cum a filio familias rogaretur, amicus et aditurum se hereditatem recepisset et restitutum patri familias facto, non absurde dici possit mandati actionem futuram: et eam actionem patri inutilem fore, quia non sit ex bona fide id ei restitui, quod testator ad cum pervenire noluerit: sed nec filio vulgarem competituram, verum utilem, sicuti dare placeret ei, qui, cum filius familias esset, pro aliquo fideiussisset ac pater familias factus solvisset [Africa-

(34) Comentario en VISMARA, G.: *op. cit.*, pp. 87-88 y 119-120.

no, 2 *quaest.*, D. 28,5,47(46), presenta un texto relacionado con la temática de la prohibición de pactos sobre la herencia de un vivo: se subraya cómo es posible que Africano hable de un mandato sobre una herencia futura] (35).

[12] D. 28,6,2,§2: ULPIANO, *lib. 6 a Sabino*. LEY II. Se ha introducido por costumbre que cualquiera puede hacer testamento por sus hijos impúberos hasta que los varones lleguen a los catorce años, y las hembras a los doce, lo cual se ha de entender si estuviesen en la patria potestad. También podemos a los póstumos, pero no a los emancipados, y a los nietos y demás descendientes, si no han de recaer en la potestad del padre. Pero si éste los precediese, se podrán sustituir si fuesen instituidos herederos ó desheredados, y así después de la ley Veleja no rompen el testamento; porque si se rompiera la institución principal, se anularía también la pupilar; y si algún extraño instituyese por heredero al impúbero, lo podrá sustituir, con tal que lo adopte en lugar de nieto, o adrogue al hijo que le antecedía. §1.—...= §2. Tal vez por causa del testamento del pupilo se le ha de precisar al heredero instituido a que ada la herencia, para que sea válido el fideicomiso del segundo testamento; v.g.: si ya había muerto el pupilo; pero si aún viviese, juzga Juliano que no es justo que se trate de la herencia del que está vivo (36).

[13] D. 29,2,13: Ulp. 7 ad Sabinum. *Is qui heres institutus est vel is cui legitima hereditas delata est repudiatione hereditatem amittit. hoc ita verum est, si in ea causa erat hereditas ut et adiri posset: ceterum heres institutus sub condicione si ante condicionem existentem repudiavit, nihil egit* (37).

[14] D. 29,2,18: PABLO, *lib. 2 a Sabino*. LEY XVIII. Puede repudiar aquel que puede adquirir (38).

[15] D. 29,2,25,§6: EL MISMO [ULPIANO], *lib. 8 a Sabino*. LEY XXV. Si algún siervo ajeno me sirviese con buena fe, adiando la herencia por mi mandato, nada hace ni adquiere para mí: lo mismo se dice del siervo en el cual se tiene el usufructo. §6. Se pregunta, si se pude mandar especialmente adir la herencia del que está vivo; pero y juzgo que no se ha de admitir este mandato. Pero si hubiese rumor de la muerte de Lucio Ticio, se le podrá mandar, que si fue instituido heredero, o no se hubiese abierto el testamento, y se dudase si el hijo había sido instituido heredero, que ada la herencia (39).

(35) Comentario en VALIÑO, E.: *op. cit.*, p. 477.

(36) Citado en CAPITANT: *op. et loc. cit.*

(37) Cita en VISMARA, G.: *op. cit.*, p. 150.

(38) Cita en VISMARA, G.: *op. cit.*, p. 150.

(39) Comentario en VALIÑO, E.: *op. cit.*, p. 481.

[16] **D. 29,2,27:** POMPONIO; *Comentarios a Sabino, libro III*. Dice La-beón, que nadie puede obrar como heredero viviendo aquél en cuyos bienes se haya de hacer gestión (40).

[17] **D. 29,2,94:** HERMOGENIANO, *lib. 3 Compendio del Derecho Civil*. LEY XCIV. Al que repudia la herencia del que vive, después de su muerte se le permite adirla, y pedir la posesión de los bienes.

[18] **D. 29,7,17:** Paul. Sent. 3,5.^a, I. *Litterae, quibus hereditas promittitur vel animi adfectus exprimitur, vim codicillorum non obtinent* (41).

[19] **D. 34,4,4:** EL MISMO [ULPIANO], *lib. 33 a Sabino*. LEY IV. Pero si se renovase la amistad, y se arrepintió el testador de la ofensa antecedente, se reintegrará el legado o fideicomiso; porque es variable la voluntad del testador hasta el último instante de la vida (42).

[20] **D. 34,9,23:** Idem erit, si quis vivi ignorantis bona vel partem bonorum alicuius cognati donaverit: nam quasi indigno aufertur [Un texto de Marciano, 6 *inst.*, D. 34,9,23, dice que tendrá lugar la confiscación cuando uno hubiese hecho donación de los bienes de un vivo, sin conocimiento de éste, o parte de los bienes de un pariente, y se le priva de la herencia que eventualmente pudiese recibir de aquél, como si se tratase de una persona indigna] (43).

[21] **D. 35,2,§1:** (1) La Ley Falcidia parece extenderse también a los que mueren cautivos de los enemigos, en virtud “de la ficción” de la ley Cornelia, porque esta ley confirma el testamento de aquéllos como si hubieran muerto antes de perder la ciudadanía, gracias a cuya ficción se “las” extiende la ley Falcidia y todas las leyes testamentarias que puedan serles aplicables.

[22] **D. 35,2,15,1:** EL MISMO, *lib. 13 de las Respuestas*. LEY XV. Lo que ha de contribuir el deudor a los bienes por el derecho de Falcidia, a quien por pacto o por causa de la muerte se le remitió la deuda, se retendrá por la replicación *in factum*. §1. El hermano, habiendo nombrado por heredera a la hermana, cuidó que otro a quien le quería donar estipulase de ella que no usaría de la Falcidia, y que si hiciese lo contrario, le diese cierta cantidad: es cierto que no se puede derogar lo dispuesto por las leyes por pacto de los particulares; y por esto por derecho público competerá a la hermana la retención, y se ha de denegar la acción de estipulación (44).

(40) Breve nota en IGLESIAS J. [p. 626, n. 37]: La muerte de una persona es presupuesto necesario de todo llamamiento: **hereditas viventis non datur**.

[Resulta muy extraña la cita, a la vista del texto concreto aquí aportado: ¿errata?, ¿interpretación extensiva del autor citado?]

(41) Comentario en VISMARA, G.: *op. cit.*, p. 80.

(42) Citado en CAPITANT: *op. et loc. cit.*

(43) Comentario en VALIÑO, E.: *op. cit.*, p. 483.

(44) Cita en VISMARA, G.: *op. cit.*, p. 154.

[23] **D. 36,1,28,4:** A patre heres scriptus et exheredato filio substitutus si rogatus fuerit hereditatem, quae ad eum ex substitutione pervenerit, Titio restituere, cogendus non est vivo pupillo patris hereditatem adire, primum quia sub condicione fideicommissum dastum est, deinde quia non probe de hereditate viventis pueri aget: mortuo autem pupillo compelli debet hereditatem patris adire [La negativa de intervención respecto de la herencia de un vivo está presente en pasajes referidos a reclamaciones judiciales, pero que no se refieren a convenios o pactos. Este es el caso de jul., 40 *dig.*, D. 36,1,28,4, donde se dice que al que fue instituido heredero y nombrado sustituto de un hijo, desheredado por el testador, si se le encargó restituir a un tercero la herencia adquirida por la sustitución pupilar, no puede obligársele a aceptar la herencia paterna en tanto va el impúber, porque el fideicomiso era condicional y porque no se puede clamar procesalmente la herencia de un vivo].

[24] **D. 37,6,1,21:** Si impuberi adrogato secundum divi Pii rescriptum quarta debetur, videndum est, an, si patris naturalis bonorum possessionem petat, conferre quartam debeat. Quaestio in eo est, an heredi suo relinquat quartae actionem an non. Et magis est, ut ad heredem transferat, quia personalis actio est: igitur etiam de quarta conferenda cavere eum oportebit, sed hoc ita demum, si iam nata est quarta conferenda cavere eum oportebit, sed hoc ita demum, si iam nata est quartae petitio. Ceterum si adhuc pater adoptivus vivat, qui eum emancipavit, decendum est cautionem quoque cessare: praematura este enim spes collationis, cum adhuc vivat is, cuius de bonis quarta debetur [Ulp., 40 *ad ed.*, D. 37,6,1,21, presenta un caso en el cual, si se debe a un impúber arrogado la *quarta divi Pii* cabe preguntar si, en el caso de que pida la *bonorum possessio* de su padre natural, debe hacer colación de dicha cuarta. El problema estriba en saber si la colación de la *quarta* se transmite al heredero y Ulpiano dice que sí, porque se trata de una acción personal, de manera que deberá dar caución de colacionar dicha la cuarta, pero ello sólo en el caso de que ya haya adquirido el derecho a pedirla, porque si todavía vive el padre adrogante que el emancipó, no hay razón alguna para que dé la *cautio de conferendis bonis*, puesto que todavía vive la persona de cuyos bienes puede reclamarse la *quarta divi Pii*].

[25] **D. 37,12,1,3:** 1. El hijo emancipado por su ascendiente está “frente a éste” en la misma situación, a efectos de la posesión contra testamento, que un liberto “frente a su paterno”. Esto pareció muy justo al pretor, porque recibió de su ascendiente el beneficio de poder adquirir para sí, siendo así que, si fuese hijo de familia, adquiriría para lucro de su padre todo lo que pudiera adquirir. Por lo tanto, se llegó a admitir al ascendiente, en la posesión contra testamento, lo mismo que un patrono. (1)...= (2)...= (3) Si el ascendiente recibió una cantidad por emancipar a su hijo

o luego éste le dio en vida lo necesario para evitar que impugnara su decisión, se le rechazaría con la excepción de dolo “Si intenta reclamar su derecho” (45).

[26] **D. 38,16,16:** EL MISMO [PAPINIANO]; *Respuestas, libro XII*. Un padre consignó en el instrumento dotal, que la hija había recibido la dote para que no esperase ninguna otra cosa de la herencia del padre; es lo cierto, que esta escritura no alteró el derecho de la sucesión, porque la convención de los particulares no es considerada con la autoridad de las leyes (46).

[27] **D. 39,5,29,§2:** EL MISMO [PAP.], *lib. 12 de las Respuestas*. Parece que se dona lo que se dá sin estar obligado a ello por ningún derecho. §2. La donación de la parte de bienes que ese esperaba heredar de la parienta inmediata que aun vivía, constaba que fue nula; y también que al que donó, y por derecho pretorio le sucedía en sus bienes, se respondió, que se le debían denegar absolutamente las acciones hereditarias.

[28] **D. 39,5,30:** MARCIANO, *libro único de los Delatores*. LEY XXX. Porque á éste se le priva de la herencia como á indigno [El contenido de este texto parece responder a la extensión posclásica del concepto de “indignidad para suceder” en un momento en el que el Fisco trataba de apropiarse de herencias vacantes, que en nuestro caso se derivarían del hecho de haberse anticipado a donar algo que todavía no pertenecía al donante].

[29] **D. 41,10,4,1:** 4. Si has comprado de buena fe una esclava ajena y has poseído lo que ella ha concebido estando en tu poder, de suerte que te has enterado dentro del plazo legalmente señalado para la usucapión de que la madre había sido hurtada, “dice” Trebacio que se ha usucapido en todo caso lo que así se ha poseído. Yo creo que hay que distinguir: si dentro del tiempo legalmente señalado “para la usucapión” no te has enterado “de que la esclava fue hurtada”, o te has enterado pero no has podido averiguar quién es el dueño, o has podido y lo has averiguado, podrás usucapir, pero si lo sabías o, pudiendo, no lo has averiguado, no podrás, pues entonces se considerará que has poseído clandestinamente, y no puede una persona poseer a la vez “como propio” y clandestinamente.—= (1) Si un padre ha repartido con sus hijos los bienes que él tenía y, después de morir el padre, ellos los retienen en razón de que habían convenido entre sí mantener aquella división, procede a su favor la usucapión “como propio” en aquellos bienes que, siendo ajenos, se hallaban entre los del patrimonio paterno (47).

(45) Cita en VISMARA, G.: *op. cit.*, p. 150.

(46) Cita en IGLESIAS: *op. cit.*, p. 626, nota 35; CAPITANT: *op. et loc. cit.*
Comentario en VISMARA, G.: *op. cit.*, pp. 87-88, 149-150 y 154.

(47) Cita en VISMARA, G.: *op. cit.*, p. 151.

[30] **D. 45,1,61:** JULIANO; *Comentarios a Urseyo Feroz, libro II*. La estipulación concebida de este modo: “¿prometes dar tanto, si no me hicieses heredero” es inútil, porque está estipulación es contra las buenas costumbres (48).

[31] **D. 50,16,20:** Ulp. 12 ad adictum. *Verba “contraxerunt, gesserunt” non pertinent ad testandi ius* (49).

[32] **D. 50,17,174,§1:** EL MISMO [PAUL], *lib. 8 a Plaucio*. El que puede hacer que se cumpla la condición, parece que puede. §1. Lo que uno no puede tener, aunque quiera no lo puede repudiar [a. 337].

— Instituciones de Justiniano:

• **2,18,6:** “Pactio talis, ne de inofficioso testamento dicitur, querellam super iudicio futuram non excludet; meritis enim liberos magis quam pactionibus adstringi placuit”. [= PAULI SENT. 4.5.8]

Para que uno no pueda impugnar un testamento como inoficioso, debe recibir la cuarta parte que le corresponde, por herencia, legado o fideicomiso, e incluso a título de donación, bien sea ésta por causa de muerte o *inter vivos*, siempre que se trate de los casos a que se alude en nuestra constitución, o por otros medios que figuran en las constituciones imperiales.

• **3,19,13:** “Ut, sive post mortem sive pridie quam morietur stipulator sive promissor, stipulatio concepta est, valeat stipulatio”. [= LEX ROM. CAN.COMPTA, C.207.14]

Ninguno podía estipular que se le diese después de su muerte ni de la del promitente. El que estaba bajo la potestad de alguno tampoco podía estipular para después de la muerte de éste, porque las palabras del estipulante se consideraban pronunciadas por su padre o dueño. Si la estipulación se hacía así: “¿se me dará el día antes de que yo muera?”, o “¿el día antes de que tú mueras?”, la estipulación era inútil. Pero, como según ya dijimos, la voluntad de los contratantes es la que da valor a las estipulaciones, estimamos conveniente introducir en esta materia una enmienda, a fin de que valga la estipulación hecha para después de la muerte del estipulante o del promitente o para la víspera de su fallecimiento.

(48) Cita en IGLESIAS: *op. cit.*, p. 626 y nota 35; BIONDI: *op. cit.*, p. 631 [La cualidad de heredero sólo se puede constituir por medio de testamento; una obligación (asumida mediante *stipulatio*) de instituir heredero a una persona repugna a la absoluta libertad de disponer *mortis causa* y de revocación (testamento), que es un principio absoluto].

Comentario en VISMARA, G.: *op. cit.*, pp. 77-78 y notas 1-3.

(49) Comentario en VISMARA, G.: *op. cit.*, p. 105.

—Lex Romana Burgundionum:

- **CAP. 38,3 (PAPIANUS):** De successione viventum, nec de sua nec de aliena, quemquam Pacisci posse, nec huiusmodi scripturam nomen pacti legibus vindicare, secundum legem gregoriani et hermogeniani.

IV. Replanteamiento de la investigación

Planteamiento general.

1. Ideas previas.

Anticipado en páginas precedentes mi planteamiento tendente a evitar inútiles repeticiones de argumentos y mi recordatorio de que **—en una pequeña parte—** algunos perfiles de la presente investigación ya habían sido objeto de **mis reflexiones** hace más de veinte años, parece, a mi juicio, oportuno hacer aquí mención de lo allí escrito, *como una revisión en diacronía*, en el sentido que sigue:

- *Como introducción:*

“... Suele ser tópica la cita de que «VISMARA ha publicado la más importante monografía que se ha escrito sobre los pactos sucesorios hasta el presente, especialmente desde su punto de vista histórico» [v. VISMARA, *Storia dei patti successori*, cit. Así en CASTÁN-DE LOS MOZOS, *op. cit.*, p. 274, n. 1]. A pesar de ello, y con todo ser aportación importante, no deja de ser curioso que la propia doctrina italiana más reciente considere que la aportación fundamental en la materia es la germánica [La vieja monografía de BESELER, *Die Lehre...*, cit.], que todavía hoy es «de rabiosa modernidad, aun situado el autor en una posición de método y pensamiento basado en la escuela historicista» [P. RESCIGNO, «Presentazione», en el prólogo a la obra de M. VITA DE GIORGI, *I patti sulle successioni future*, cit., pp. XXII-XXIII]. Dejo aquí, en consecuencia, señalado, el gran valor del método historicista como punto de reflexión *primero*.

Desde el punto de vista de la doctrina *romanista* más reciente, el *segundo* punto de reflexión debiera ser el del análisis del período de transición del Derecho romano desde el fin de la dinastía de los Severos (235) hasta el advenimiento de Constantino, época en que no hay jurisconsultos y en la que prevalece un *derecho vulgar*. Derecho vulgar que empalma sin solución de continuidad con el derecho medieval (hitos: el Código de Eurico, el Brevario de Alarico y las leyes romano-bárbaras) en el OCCIDENTE y que en ORIENTE revive un cierto clima jurídico de corte clasicista culminando con el *Corpus Iuris Civilis* de Justiniano [v., por todos, SAMPER POLO, «La disposición *mortis causa* en el Derecho romano vulgar», en AHDE, 1968, pp. 87 y ss., en

especial pp. 187 y ss.; v. también MURGA-GENER, *Donaciones y testamentos in bonum animae en el Derecho romano tardío*, Pamplona, 1968; ARVIZU y GALARRAGA, *La disposición mortis causa en el Derecho español de la Alta Edad Media*, Pamplona, 1977].”

• *Como reflexiones específicas en orden a los “pactos renunciativos”:*

“2. PRECEDENTES.

Al tratar de los precedentes del pacto de «finiquito» de legítima de las Pitiusas, la doctrina insular suele referirse al *Privilegio de Jaime I expedido en Lérida el 12 de los Idus de marzo de 1274 para las Baleares*. De ello pasará a ocuparme a continuación.

Lo que en este lugar quiero precisar es la distinción entre el origen *próximo* de la figura y el origen *remoto* de la misma. Una incursión en los *precedentes remotos*, o, de otro modo, acerca de los *antecedentes* de los pactos sucesorios «renunciativos» puede ayudar para acabar de delimitar la naturaleza y características de la institución [v. por todos BESELER, *op. cit.*, y VIS-MARA, *Storia dei patti successori*, Milano, 1941, t. I, pp. 7 y ss. y 58 y ss.].

a) *Precedentes remotos*

1.—...=

2.—...=

3. De los pactos sucesorios en *Derecho romano* me he ocupado incidentalmente al tratar de *los heredamientos en general* [v. mi comentario al capítulo II (Heredamientos) del título II, en páginas precedentes]. La categoría general y abstracta del pacto sucesorio es desconocida en Derecho Romano, apareciendo en la segunda mitad del siglo III un movimiento favorable a un reconocimiento de los pactos sucesorios, cuando precisamente los romanos conocieron las instituciones jurídicas de otros pueblos, en particular los del vecino Oriente.

En lo que respecta al *período más antiguo del Derecho Romano*, no cabe pensar en la posibilidad de un pacto sucesorio «renunciativo»: la persona designada heredero en el testamento no podía renunciar a los derechos y deberes que el testamento le atribuía; por otra parte, la renuncia del hijo a favor de los hermanos habría podido tener importancia tratándose de «heres necessarius», pero a ella se oponía el principio que excluía la renuncia y la aceptación *antes* de la apertura de la sucesión; en cuanto a *las mujeres*, no era necesario excluirlas de la sucesión a través de un pacto «renunciativo», ya que las mujeres casadas devenían *extrañas* a la familia de origen y ni siquiera tenían derecho de sucesión abintestato respecto de los miembros de su familia originaria.

Al final de la época clásica, desaparecido el carácter político y sacral de la «hereditas», reducida la sucesión hereditaria a un acto de naturaleza patrimonial y afirmado el principio de la sucesión legítima contra el testamento, aparecen las primeras tentativas de introducir los pactos «renunciativos». El elemento propulsor proviene del conflicto entre las costumbres de los derechos provinciales y el derecho romano. *Según el derecho de las provincias*, las hijas e hijos *dotados* eran *excluidos* de la sucesión paterna, mientras que *según el derecho romano* tales hijas e hijos *dotados* son *llamados* a la suce-

sión paterna *obligándoles a la colación* de la dote o de la donación recibida; al extenderse a las provincias la autoridad del Derecho romano surge el conflicto, y para eliminarlo bastaba que el hijo o hija dotada renunciase irrevocablemente a la sucesión futura, es decir, un pacto sucesorio renunciativo [v. MICHAÉLIDES-NOVAROS, *Contribution a l'étude des pactes successoraux en droit byzantin (Justinien et post Justinien)*, París, 1937, pp. 68 y ss. (citado en VISMARA, I, p. 149)]. Lo que, a su vez, originaba un nuevo conflicto, ya que el Derecho Romano sanciona la nulidad del pacto renunciativo como contrario a las Leyes de orden público que disciplinaban la sucesión de las hijas, la «cuarta falcidia» y la sucesión legítima contra el testamento.

Así, un texto de *Modestino* (D. 2,14,34-35-Mod. 5 regul.) afirma la imposibilidad de modificar el orden legal de la sucesión mediante un pacto renunciativo, en cuanto que dicho orden va íntimamente unido al «ius agnationis», o sea, con la posición de llamado en la familia. El llamado no puede renunciar al derecho de sucesión legítima, que es efecto de su «status» familiar.

Un texto de *Papiniano* (D. 38,16,16, Pap. 12 resp.) confirma la opinión de Juliano expuesta por Modestino, en el sentido de que la renuncia de la hija dotada por el padre a la herencia paterna, inserta bajo forma de cláusula en el instrumento dotal, no tiene eficacia alguna.

Principio confirmado, en un caso análogo, por el *emperador Alejandro Severo* (C. 6,20, 3 Imp. Alexander A. Alexandro) [v. también D. 37,12,1,3, ULP. ad edictum.], resolviendo en sentido *negativo* la duda planteada acerca de si un pacto renunciativo, en cuanto creado por la voluntad del padre además de la hija renunciante, no podía valer como «exheredatio». La respuesta es negativa, ya que la desheredación no podía hacerse más que por testamento y, en consecuencia, si el padre hubiese muerto abintestato, la hija le habría sucedido no obstante la renuncia precedentemente hecha en el instrumento dotal, a salvo la obligación de colacionar la dote.

De la misma manera que, según se ha expuesto, el *heredero legítimo* no podía renunciar contractualmente a la sucesión futura, así tampoco habría podido el *heredero testamentario* contraer válidamente un pacto renunciativo con el testador mismo. Hay una razón particular de la nulidad: no puede haber herencia antes de la muerte del de «cuius», y por tanto un pacto renunciativo estipulado por el heredero testamentario con el testador sería nulo por falta de objeto (D. 29,2,13 Ulp. 7 ad Sabinum) [v. también D. 29,2,18 PAUL. ad Sabinum (ficción jurídica por la que se permite la renuncia al agnado *antes* de la adición mediante la «in iure cessio hereditatis»)].

4. Siendo imposible, por lo expuesto, cualquier pacto renunciativo, se trató de alcanzar su mismo efecto mediante *renuncias a accionar por la inoficiosidad del testamento*, renunciaciones que en sí mismas constituían una renuncia a la cuota legítima. Tales renunciaciones son declaradas inválidas por *Papiniano* [v. la misma decisión, en PAUL. SENT. 4, 5-8.], cuya opinión es recogida en una *Constitución del emperador Justiniano* (C. 3,28,35. *Justinianus A. Johanni pp.*) del año 531. Considera *Justiniano* la hipótesis de que un hijo, a continuación del pago de una suma o de la cesión de determinadas cosas, haya pactado con su padre el renunciar a hacer valer la inoficiosidad del testamento paterno: el emperador declara *nulo* cualquier pacto de renuncia a la facultad de hacer valer la «querella inofficiosi testamenti». Con dicho pacto

resultaban violadas las reglas de la sucesión «contra tabulas», que eran de orden público; pero Justiniano omite la motivación de orden jurídico y aduce una razón de orden moral («tristisimae...»).

Sin embargo, el propio Justiniano en el inciso 1.º de dicha Constitución admite la validez de un pacto por el que el hijo renuncia a hacer valer la «querella inofficiosi testamenti», cuando el hijo haya reconocido «post obitum patris» el «iudicium patris» aceptando el testamento, renuncia efectuada mediante transacciones concluidas con los herederos del padre [v. también D. 41.10.4.1 POMP. ad sabinum; C. 3.28.8 Imp. Antoninus A. Florentino].

Y en el párrafo 2 de la citada Constitución se enuncia un principio general: cuando el padre haya dejado al hijo menos de la porción legítima o le haya dado cualquier cosa mediante «donatio mortis causa» o mediante una donación común a condición de que esta donación venga computada en la «quarta» del hijo, si el hijo que ha recibido tal donación renuncia mediante un pacto a la «actio ad supplendam legitimam», este pacto es válido.

Otro pacto renunciativo si bien *impropio* admitido por el Derecho Justiniano es el previsto en la C. 2,3,30: es un pacto «dispositivo» que tiene un contenido negativo (renuncia) concluido con el consentimiento del «de cuius». La renuncia no debía nunca lesionar la «quarta falcidia», pues entonces sería nula al violar una disposición de orden público (D. 35,2,15,1).

Se entendía que una renuncia a la sucesión futura se realiza usualmente en circunstancias excepcionales (matrimonio de la hija a la que se constituye una dote, emancipación del hijo al que se hace una donación común o una «mortis causa donatio») tales que por sí mismas pueden influir fuertemente sobre la voluntad del renunciante e inducirlo a un acto que, con mayor ponderación, no habría hecho; como quiera que, además, el otro contratante en el pacto renunciativo es el padre mismo, es presumible que sobre el hijo, y mayormente sobre la hija, haya influido en daño suyo el «metus reverentialis» hacia la autoridad paterna. En previsión de ello, Justiniano exige para la validez del pacto renunciativo que el mismo fuese *confirmado por transacciones* con los herederos después de la apertura de la sucesión [así, en VISMARA, *op. cit.*, t. I, pp. 151 y ss.].

En cuanto al pacto renunciativo admitido en C. 2,3,30, con la intervención del padre, la eficacia de la renuncia ya no depende del arbitrio del renunciante (como en la C. 3,28,35,1), sino de la limitación de que no se debía lesionar nunca la «quarta falcidia». En tal forma Justiniano obtiene aquí que el heredero renunciante consiga siempre cuanto la Ley quería que a él le correspondiese en la herencia paterna.

5. En el *Derecho Bizantino* la disciplina de los pactos sucesorios no sufrió innovaciones sustanciales. La *Egloga Isaurica* se inspira en la regla consuetudinaria de la exclusión de las hijas dotadas de la sucesión. Este principio de derecho consuetudinario encuentra la sanción legislativa en la *Novella 50 del Emperador Juan el Grande Comneno de Trebisonda*, el cual, por interés del Estado, que exigían que la potencia económica de las principales familias permaneciese íntegra, establece que las hijas dotadas no tuviesen derecho alguno a la herencia paterna.

Se llega así en el Derecho Bizantino al final de un ciclo: si en el *Derecho Romano clásico* los pactos renunciativos eran nulos en cuanto determi-

naban una violación del derecho de legítima que estaba íntegramente ligado con el «ius adgnationis», en el *Derecho bizantino* devinieron inútiles cuando se excluyó todo derecho de la hija dotada a la sucesión paterna [así, en VISMARA, *op. cit.*, t. I, pp. 160 y ss.].

6.-...=

7. Especial interés para la investigación tiene el citado período (siglos v-viii) en las islas Pitiusas, sujetas nominalmente al *Imperio bizantino*. Parece defendible apuntar la tesis de que ante la *ausencia de fuentes documentales* lo lógico es dar por supuesto que subsistiría la doctrina bizantina acerca de los pactos sucesorios, antes expuesta, y, además, los *usos preexistentes* del Derecho romano vulgar.

El dominio bizantino de las islas (siglos v al viii) plantea el interesante problema de si llegó a ser conocida, no ya a ser vigente, la denominada «*Summa Perusina*» (también llamada «*Summaria Codicis*» o «*Annotationes codicum domini Iustiniani*») formada por un grupo de «*Constituciones Imperiales*», que venía a ser una deformación consuetudinaria del derecho oficial romano. En orden a los pactos renunciativos, se observa en esta «*Summa*» una completa deformación y la más absoluta alteración de las *Constituciones imperiales*, que son interpretadas no en su efectivo alcance, sino en función de la praxis vigente en el momento en el que vivía el compilador. Así, la C. 6,20,3 (que había categóricamente afirmado la nulidad de cualquier pacto de renuncia a la herencia futura) viene sometida al reconocimiento de la validez de los pactos renunciativos apuestos a un contrato matrimonial (Su. Per. 6,20,3); en el texto de *Sum. Per.* 6,57-58,2, el alcance es mucho más amplio, ya que de esta disposición resulta la validez de cualquier renuncia a la sucesión futura del ascendiente, y por lo tanto, de un pacto renunciativo autónomo independiente de cualquier otra relación contractual. Más claramente todavía en *Sum. Per.* 6,31,3, que parece confirmar la validez del pacto sucesorio renunciativo.

Parece, por tanto, que la «*Summa Perusina*», extraída del «*Codex Iustinianus*», procede a una arbitraria, consciente y constante *interpretación extensiva* y quizá a una *falsificación* arbitraria de las *Constituciones imperiales* hasta hacerles decir lo contrario de lo que efectivamente decían originariamente. Se llega así a afirmar la plena validez y licitud de todo pacto sucesorio, sea a título universal o particular, adquisitivo o renunciativo [v. VISMARA, *op. cit.*, t. I, pp. 373 y ss.].

.-...=

8. Como *recapitulación parcial* en orden a los precedentes «remotos» de la figura examinada, cabría aquí decir:

1.º Que la exposición efectuada en tales precedentes se ha hecho siguiendo la magistral presentación de la doctrina italiana.

2.º Que en todo tiempo y lugar las necesidades prácticas a satisfacer venían a ser las mismas: exclusión de las mujeres dotadas y/o conservación del patrimonio familiar.

3.º Que las dificultades a la admisión de un pacto tal en el derecho romano primitivo y clásico derivan de la configuración dogmática de la herencia y testamento romanos y revelan la inutilidad del pacto renunciativo

(ya que las mujeres casadas eran consideradas extrañas a la familia de origen y no tienen derecho de sucesión abintestato).

4.º Que la ruptura con el Derecho clásico proviene de su choque con los derechos provinciales y, presumiblemente, de la praxis y de los usos introducidos por el llamado Derecho romano vulgar [v. SAMPER POLO, *La disposición mortis causa en el Derecho romano vulgar*, cit., pp. 92 y ss. y 168 y ss., especialmente p. 170]. Este Derecho romano vulgar aprovecha la «querella inofficiosi testamenti» (como instrumento procesal destinado a proteger la legítima) y posibilita la aparición práctica de los pactos «renunciativos» a través de la renuncia a ejercer la «querella», siempre que quede salva la «cuarta falcidia».

5.º Que se carecen de datos exactos respecto de la repercusión de otros pueblos y otros textos (v. gr., «Summa Perusina») en las islas Pitiusas.

6.º Que el Derecho Romano Justiniano es de dudosa vigencia histórica en las islas Pitiusas, en su perfil compilado, como he precisado en otro lugar.

—...=...=

— A modo de *recapitulación* de la investigación en orden a los precedentes históricos del «finiquito» de legítima, cabe señalar:

1.º Que en el Derecho romano primitivo y clásico, son razones de tipo *estructural*, dogmático, las que se oponen a los pactos sucesorios.

2.º Que la praxis del Derecho romano vulgar, aprovechando la «querella inofficiosi testamenti», *abre* la posibilidad práctica de los pactos «renunciativos» precisamente mediante la renuncia a ejercer la querella.

3.º Que el Derecho romano justiniano, que tímidamente admite alguna excepción, opuesto a los pactos en principio, parece que en su perfil *compilado* tuvo escasa vigencia en las Pitiusas y que sólo a través de su «reviviscencia» por las Escuelas jurídicas del medievo tuvo implantación definitiva en las Baleares.”

• *Como reflexiones genéricas en orden a los “pactos de institución” (Heredamientos):*

“Una conjetura tal y unas reflexiones como las aludidas podrían llevar el ánimo dubitativo a unos *indicios de probabilidad* también *razonable* en orden al origen y desarrollo histórico de los Heredamientos pitiusos. Tales *indicios* podrían consistir, en mi opinión, en los siguientes *puntos de orientación* meramente delimitativos de la figura y del tema, como sigue:

1.º *El Derecho Romano* no tiene una noción omnicompreensiva de los pactos sucesorios. Por ello los autores suelen recurrir generalmente a esquemas doctrinarios «a priori» o a aplicaciones de criterios vigentes en épocas posteriores para esclarecer el problema. Ello equivale a renunciar a la búsqueda de la solución conforme a los presupuestos históricos y jurídicos de la propia institución [v. SAMPER POLO, *La disposición “mortis causa”*..., cit., pp. 164 y ss.].

No cabe, en consecuencia, hablar genéricamente de que «los pactos sucesorios eran prohibidos por el Derecho romano». Hay que proceder a la fijación de la institución y ponerla en relación con las nociones vigentes en

cada época histórica a examinar. Así, en el *Derecho clásico*, inclinado a la casuística, cada concreto pacto se prohíbe por razones técnico-jurídicas y siempre por una determinada razón: «supremis iudiciis constringere non possit» (D. 17.2.52.9); «hereditas extraneis testamento datur» (CI. 5.14.5).

Resulta difícil la figura del pacto sucesorio en el *Derecho vulgar*. Debido, tal vez, a la prohibición tradicional («hereditas viventi non datur», D. 18.4.1), el pacto sucesorio se oculta a menudo, como un proteo, tras otras expresiones jurídicas, sobre todo la donación una vez caída en desuso la «heredis institutio».

El *Derecho justiniano* prohíbe los pactos sucesorios por razones éticas, morales, como contrarios a las buenas costumbres.

Resumiendo: no cabe hablar de una noción de los pactos sucesorios en el Derecho Romano, sino de supuestos de pactos permitidos y supuestos prohibidos [v. ROCA SASTRE, *La sucesión contractual...*, cit., p. 342].

2.º La integración de las islas al Imperio Romano de Oriente, con Justiniano, plantea la cuestión de la aplicación en las islas del *Derecho justiniano* y vulgar o si fue influida por la Compilación bizantina («Corpus Iuris Civilis»). No cabe olvidar que el «Corpus Iuris» no fue el Derecho vivo de la época de Justiniano, ni tuvo efectiva vigencia [v. ÁLVAREZ SUÁREZ, *Instituciones de Derecho Romano*, t. I, Madrid, 1973, p. 81, y la cita allí de LEVY, «Occidente y Oriente en la evolución postclásica del Derecho romano», en *Rev. Fundación Savigny*, ZSS, 48, 1929, p. 240]. Tampoco cabe olvidar que la Compilación justiniana se movió entre tensiones prácticamente insalvables, con la penetración del Derecho vulgar, el desarrollo de la «praxis», el influjo de los derechos locales y la tremenda influencia del Cristianismo y de la Iglesia. Quizá una de las ventajas reconocidas a la Compilación justiniana, la del desplazamiento del antiguo formalismo y ritualismo de los negocios que es sustituido por el documento escrito, pudiera tener cierta aplicación en las islas con el paso del tiempo y, en especial, en el tema de los pactos sucesorios.

3.º-...=

4.º Hecho diferencial importante de las Baleares respecto de la Península Ibérica es que las islas no fueron nunca visigóticas [v. ALOMAR ESTEVE, *Historia de las Islas Baleares*, Palma de Mallorca, ed. castellana, 1979, pp. 52 y ss.]. Aparte de la «razzia» estéril de los vándalos bajo Genserico en el 426, a las islas no llegaron los pueblos bárbaros, germánicos. Parece, por tanto, probable que los usos jurídicos subsistentes serían los del Derecho romano vulgar.

En la fase de evolución de este Derecho (siglos III al V) se produce una asimilación total, integral y funcional, entre el testamento y las donaciones. Aparecen las más variadas formas de donaciones («ex reservato usufructu», «post obitum», «sponsalitiaie largitates», donaciones universales), verdaderos supuestos de pactos sucesorios. La asimilación es total ya en el Código de Eurico (¿475?) que establece la misma forma para donaciones y testamento [v. SAMPER, *op. cit.*, pp. 171 y ss.]. El Código de Eurico, monumento de Derecho romano vulgar [v. D'ORS, «El código de Eurico», en *Estudios Visigóticos*, t. II, Roma-Madrid, 1960, pp. 1 y ss.] y verdadero puente entre el Derecho romano vulgar y el mundo germánico, parece haber tenido un ámbito de apli-

cación territorial [v. GIBERT, «El reino visigótico y el particularismo español», en *Estudios Visigóticos*, t. I, Roma-Madrid, 1956, p. 47; D'ORS, «La territorialidad del Derecho de los visigodos», en el mismo volumen, pp. 91 y ss.] y estimo muy problemática su aplicación en las islas Baleares.

Para estos siglos oscuros («dark ages») parece prudente estimar la subsistencia de los usos jurídicos existentes, o, de otro modo, la persistencia del Derecho romano vulgar [v., en sentido similar, en orden a la *coexistencia* de dos ordenamientos jurídicos en el reinado de Teodorico, VISMARA, «El 'Edictum Theodorici'», en *Estudios Visigóticos*, t. I, Roma-Madrid, 1956, pp. 68 y ss.].

5.º El *dominio bizantino* de las islas desde mediados del siglo VI (¿540?) hasta principios del siglo VIII supone un período muy importante para la cultura —en especial, el Derecho— de las islas, sobre todo por el hecho de su persistencia hasta tiempos recientes. Unidas las islas a la metrópoli a través del exarcado de África (la antigua Cartago), puede pensarse en la aplicación del «Corpus Iuris Civilis» como hipótesis de trabajo. Al citado «Corpus» y a la Compilación justiniana me he referido antes, al tratar del Derecho romano-justiniano *en general*. Aquí baste la referencia histórica *especial*, en el ámbito de las islas.

Desde la muerte de Justiniano (610) hasta las primeras incursiones árabes (709), las islas pasaron a gobernarse con cierta independencia. No parece que los usos jurídicos cambiasen en este período de tiempo.”

Recapitulación parcial. Parece oportuno hacer un alto en estas consideraciones acerca de los *puntos de orientación* posibles, recogiendo así algunas ideas claras:

Primera. No hay una noción de los pactos sucesorios en Derecho romano, sino actitudes casuísticas del legislador en cada época histórica del mismo.

Segunda. La Compilación justiniana no constituyó el Derecho vivo de la época de Justiniano, ni tuvo vigencia efectiva. Está pendiente de prueba su implantación real en las islas Baleares.

Tercera. Parece posible la hipótesis de que las islas se siguieron rigiendo en su Derecho privado por los usos y la «praxis» del Derecho romano vulgar, con su total equiparación de donaciones y testamento y la floración de toda clase de donaciones (verdaderos pactos sucesorios).”

- *Como resumen general en orden al “Derecho Sucesorio”:*

“3. Como resumen general de estas *reflexiones* introductorias al Derecho sucesorio de las Pitiusas, creo procedente sentar algunos *puntos delimitadores* o, si se prefiere, «principios generales», de la exposición subsiguiente en estos Comentarios:

1.º Parece que el Derecho romano aplicado en las provincias sufrió un proceso de transformación y vulgarización, provocado por la poca preparación jurídica de los destinatarios, por la gran crisis cultural, económica y social y por la falta de juristas continuadores de los grandes juristas clásicos [v. ALEJANDRE GARCÍA, *Derecho Primitivo y romanización jurídica*, Sevilla,

1977, pp. 71-97; y SAMPER POLO, «La disposición *mortis causa* en el Derecho romano vulgar», en AHDE, 1968, pp. 87 y ss. Últimamente, v. F. TOMÁS VALIENTE, *Manual de Historia del Derecho Español*, Madrid, 1980, pp. 89 y ss.].

2.º Parece que no cabe hablar de un *único* «Derecho romano vulgar», sino que su número debió ser múltiple, en función de las *prácticas* diversas en el tiempo y en el espacio. De decisiva importancia el conocimiento de tales prácticas entre los siglos III-VIII, claves para el estudio del Derecho de las Pitiusas. Prácticas inalteradas tras la esporádica «razzia» de los vándalos de Genserico, según la presumible deducción de los Historiadores.

3.º Parece que el Derecho romano-justiniano no tuvo vigencia en vida del propio Justiniano, recuperando su prestigio cuando lo «re-descubren» las Escuelas del siglo XIII y lo difunden a toda Europa.

4.º Puede afirmarse existe un proceso de descomposición del testamento y de sus principios inspiradores en el Bajo Imperio, con enorme floración de variadas disposiciones «*mortis causa*» en la praxis vulgar, y la consiguiente ósmosis o interpenetración entre las mismas. Con la secuela de la floración de diversas formas de pactos sucesorios.

5.º Parece que la tolerancia árabe, coincidente con una fase de «expansión» económica [v. UBIETO, *Ciclos económicos en la Edad Media Española*, Valencia, 1969, pp. 25 y ss.], permite la supervivencia de las añejas prácticas consuetudinarias sucesorias.

6.º Parece que la Reconquista de Jaime I, llamada «conquista catalana», no es por sí determinante de una implantación del Derecho catalán, sino que lo presumible es la permanencia de las viejas prácticas sucesorias.

7.º La recepción romano-canónica (siglo XIII y ss.) llega a Cataluña y, casi con toda seguridad, a las islas. Desde entonces cabe hablar con propiedad de un «Derecho romano-justiniano» vigente en las islas, pero transmutado en «Derecho común» [v. LALINDE ABADÍA, *Iniciación histórica al Derecho español*, Barcelona, 1970, pp. 113 y ss.] (50).

Con la precedente *reproducción parcial* de mis investigaciones de hace años, que, a mi juicio, continúan teniendo toda vigencia y actualidad, parece podría darse punto final a estos «precedentes romanos». Ello no obstante, reconsideradas algunas particularidades, parecen convenientes algunas indicaciones en orden a la tipología de pactos postulada, a la posible relevancia de algunos de ellos respecto de la normativa vigente aquí analizada y una mínima referencia final a la configuración de la «ineficacia» en el Derecho Romano.

(50) V. CERDÁ GIMENO, J.: *Comentarios a la Compilación de Baleares*, tomo XXXI, volumen 2.º (arts. 66 a 86), Ed. Edersa, Impr. Selecciones Gráficas, Madrid, 1981: pp. 232 y ss., 517 y ss., 275 y ss. y 214 y ss.

La selección cuidada de cada sector analizado incluye *las respectivas notas* citadas en su día, **entre corchetes** en el texto ahora replanteado.

2. Tipología postulada de “pactos sucesorios”.

Habida cuenta de que *la tipología final resultante* de los diferentes grupos de *supuestos litigiosos* precedentemente analizados viene a ser prácticamente *coincidente* con la *diferenciación fundamental* entre los pactos positivos o adquisitivos (“*de succedendo*”) y los pactos negativos o abdicativos (“*de non succedendo*”), en mis consideraciones subsiguientes voy a intentar ajustar a **este esquema mental (convencional) previo** los supuestos fácticos de los textos clásicos romanos que presenten algún posible interés.

Atendida esta distinción básica, cabrá, a mi modo de ver, **el encaje o no** –como posible “precedente”– de alguno de los referidos textos clásicos **con la normativa vigente del CC, esto es, artículos 1.271-2.º y 816 CC.**

3. Relevancia de algunos supuestos de los textos clásicos.

Manteniendo ahora aquella *diferenciación* aludida, la configuración de *algunos de entre los supuestos descritos* en los textos clásicos como posibles “precedentes” de alguna de las normas del CC aquí analizadas pasa por la adscripción de *algunos de los más relevantes supuestos en uno u otro* de los dos grupos dichos.

Así las cosas, procedo a esa *inclusión* en orden a los pactos “positivos” (“*de succedendo*”) y a los pactos “negativos” (“*de non succedendo*”): con indicación, en cada uno, *del número aquí asignado por mi parte*, así como *del tema de fondo o materia de que trata*.

• Pactos “*de succedendo*”.

CÓDIGO DE JUSTINIANO	N.º	MATERIA
· C. 1,2,1	[1]	Libertad voluntad testador.
· C. 2,3,15	[2]	Dote.
· C. 2,3,19	[3]	P. entre militares (de recíproca sucesión).
· C. 2,3,30	[4]	P. dispositivo (con consentimiento causante).
· C. 2,4,11	[5]	Transacción.
· C. 2,4,34(33)	[6]	Crédito tutelar entre hermanos.
· C. 2,24,2	[7]	Partición causante <i>inter vivos</i> .
· C. 4,11,1	[9]	“Stipulatio post mortem”.
· C. 4,37,4	[10]	Sociedad.
· C. 5,14,5	[11]	P. institutivo favor extraños.
· C. 6,24,7	[13]	“Affratellatio”.
· C. 8,37(38),4	[14]	Dote.
· C. 8,38,11	[15]	“Stipulatio post mortem”.
· C. 8,39,4	[16]	Dote.
· C. 8,53(54),28	[17]	“Donatio usufructuaria”.

<i>DIGESTO DE JUSTINIANO</i>	<i>N.º</i>	<i>MATERIA</i>
• D 17,2,3,2	[2]	Acuerdo socios.
• D 17,2,52,9	[3]	Sociedad post-mortem socio.
• D 17,2,59	[4]	Sociedad.
• D 17,2,73	[5]	Sociedad.
• D 18,4,1	[6]	Venta herencia de viviente.
• D 18,4,7	[7]	Venta de herencia.
• D 18,4,11	[8]	Venta “Spes hereditatis”.
• D 28,5,32	[10]	P. institución al arbitrio de un tercero.
• D 28,5,47(46)	[11]	P. institución de heredero fiduciario.
• D 28,6,2,§2	[12]	Fideicomiso.
• D 29,2,25,6	[15]	Mandato (“iussum”) a un sometido sobre aceptación herencia de viviente.
• D 29,2,27	[16]	“Gestio pro herede” en vida causante.
• D 29,7,17	[18]	Dote.
• D 34,4,4	[19]	Revocación o no fideicomiso por enemistad testador y restablecimiento del fideicomiso.
• D 34,9,23	[20]	Donación bienes viviente presunto causante.
• D 36,1,28,4	[23]	P. institución heredero fideicomisario condicional.
• D 37,6,1,21	[24]	“Cautio” sobre concreción bienes cuarta falcidia y colación.
• D 39,5,29,2	[27]	Donación bienes viviente presunto causante.
• D 39,5,30	[28]	Id. Id. (al anterior).
• D 45,1,61	[30]	“Stipulatio” sobre institución de heredero condicional.

• *Pactos “de non succedendo”.*

<i>CÓDIGO DE JUSTINIANO</i>	<i>N.º</i>	<i>MATERIA</i>
• C 3,28,35,§2	[8]	“Querella inofficiosi testamenti”.
• C 6,20,3	[12]	Dote.

<i>DIGESTO DE JUSTINIANO</i>	<i>N.º</i>	<i>MATERIA</i>
• D 2,14,34(35)	[1]	“Ius agnationis” y heredero legitimario.
• D 23,4,29,2	[9]	Dote.
• D 29,2,13	[13]	Dote.
• D 29,2,18	[14]	Dote.
• D 29,2,94	[17]	Repudiación <i>bienes</i> de persona viva y adición posterior de la herencia.
• D 35,2,§1	[21]	Cuarta falcidia.
• D 35,2,15,1	[22]	Dote [renuncia y pacto entre hermanos].
• D 37,12,1,3	[25]	Dote.
• D 38,16,16	[26]	Dote.
• D 41,10,4,1	[29]	“Querella de Inofficiosi testamenti”.
• D 50,16,20	[31]	“Ius testandi” (verba).
• D 50,17,174,§1	[32]	Condición.

Innecesario resulta, a mi parecer, añadir en este momento algún *comentario mío* a los supuestos contenidos en los textos clásicos precitados cuando se trata de una laboriosa tarea que la mejor doctrina especializada (romanística) extranjera y española ya ha efectuado con brillantez y solvencia. Ello no obstante, quisiera aludir a dos puntos que, en mi opinión, no quedaron suficientemente delimitados por la doctrina romanista y en los que, por supuesto, no me voy a detener: uno, en orden al del D. 29,2,27 [N.º 16 de los pactos “de sucedendo”]; y otro, en orden al del C. 41,10,4,1 [N.º 29 de los pactos “de non sucedendo”] (51).

Muestro en este lugar lo que denomino “**relevancia**” de algunos de esos supuestos de los textos clásicos precitados, en su configuración como posibles “**precedentes**” de las normas concretas vigentes aquí analizadas. En esta nueva y curiosa relación procedo a la personal *selección* de los supuestos que considero más interesantes o de mayor relieve —una vez *delimitada* previamente la materia respectiva— y a la *exclusión* de algunos de ellos. Todo ello, acompañado de otra relación final en orden a *la eficacia o la ineficacia* del pacto debatido en el texto, en la forma que sigue.

RELEVANCIA DE ALGUNOS SUPUESTOS

[P. “DE SUCCEDENDO”]

CÓDIGO

EXCLUSIÓN (MATERIA)	RELEVANCIA
[1] LIBERTAD DE TESTAR	[4] P. DISPOSITIVO (CON CONSENTIMIENTO CAUSANTE)
[2] DOTE	[5] TRANSACCIÓN
[3] MILITARES	[7] PARTICIÓN <i>INTER VIVOS</i>
[6] CRÉDITO TUTELAR	[10] SOCIEDAD
[9] “STIPULATIO POST MORTEM”	[11] P. INSTITUTIVO (A EXTRAÑO)
[13] “AFFRATELLATIO”	
[14] DOTE	
[15] “STIPULATIO POST MORTEM”	
[16] DOTE	
[17] DONATIO USUFRUCTUARIA	

(51) Ambos números corresponden a los de **mi Relación** precedente de los respectivos pactos aquí seleccionados.

- En cuanto al supuesto del **número 16** [D. 29,2,27], no parece tener ninguna relación con el tema de los “pactos sucesorios” ni con la famosa “prohibición” tradicional. Es citado por algún autor, y, sin embargo, no aparece para nada en la extensísima y cuidada aportación de G. VISMARA, ni tampoco en el penetrante análisis de E. VALIÑO.

- En cuanto al supuesto del **número 29** [D. 41,10,4,1], tomado de una cita de G. VISMARA —y recogido ya por mi parte en mi obra de 1981—, compruebo ahora una posible errata en la magistral presentación del autor italiano, dado que lo presenta como un dato comparativo con el tema de la “querella inofficiosi testamenti” y, a mi parecer, se trata —**en este texto concreto**— de un supuesto de usucapión “como propios” de bienes retenidos derivados de un convenio previo [¿“divissio inter liberos”?]. De ello no quiero ni puedo hacer tesis, sino dejarlo como supuesto dudoso.

DIGESTO

EXCLUSIÓN (MATERIA)	RELEVANCIA
[10] INSTITUCIÓN HEREDERO AL ARBITRIO TERCERO	[2] SOCIEDAD
[15] “IUSSUM”	[3] SOCIEDAD
[18] DOTE	[4] SOCIEDAD
[19] REVOCACIÓN DE FIDEICOMISO	[5] SOCIEDAD
[24] “CAUTIO”	[6] VENTA HERENCIA
	[7] VENTA HERENCIA
	[8] VENTA “SPES HEREDITATIS”
	[11] I. H. FIDUCIARIO
	[12] I. H. FIDEICOMISARIO (CONDICIÓN)
	[16] “GESTIO PRO HEREDE”
	[20] DONACIÓN BIENES VIVIENTE
	[23] I. H. FIDEICOMISARIO CONDICIÓN
	[27] DONACIÓN BIENES VIVIENTE
	[28] DONACIÓN BIENES VIVIENTE
	[30] “STIPULATIO” SOBRE I. H. CONDICIONAL

[P. “DE NON SUCCEDENDO”]

CÓDIGO

EXCLUSIÓN (MATERIA)	RELEVANCIA
[8] “QUERELLA INOFFICIOSI TESTAMENTI”	
[12] DOTE	

DIGESTO

EXCLUSIÓN (MATERIA)	RELEVANCIA
[1] “IUS AGNATIONIS”	[17] REPUDIACIÓN DE BIENES DE UN VIVIENTE
[9] DOTE	
[13] DOTE	
[14] DOTE	
[21] CUARTA FALCIDIA	
[22] DOTE	
[25] DOTE	
[26] DOTE	
[29] ¿“QUERELLA”/“DIVISSIO”? (52)	
[31] “IUS TESTANDI”	
[32] CONDICIÓN	

(52) V. nota 51 precedente, en cuanto a la duda.

Una vez he puesto de manifiesto aquellos supuestos de los textos clásicos precitados que, en mi personal apreciación, parecen dotados de un cierto relieve, considero oportuno aludir a las posibles conexiones últimas como lejanísimos “antecedentes” de algunas de las normas vigentes del CC aquí analizados.

El punto de partida de dicha “relevancia”, ya anticipada, nos muestra estas *similitudes* posibles:

- Con la norma del artículo 1.271-2.º CC:

— Pactos “de sucedendo”:

- CÓDIGO JUSTINIANO

[4] C. 2,3,30.

[5] C. 2,4,11.

[11] C. 5,14,5.

- DIGESTO JUSTINIANO

[6] D. 18,4,1.

[7] D. 18,4,7.

[8] D. 18,4,11.

[11] D. 28,5,47 (46).

[12] D. 28,6,2 §2.

[16] D. 29,2,27.

[20] D. 34,9,23.

[23] D. 36,1,28,4.

[27] D. 39,5,29,2.

[28] D. 39,5,30.

[30] D. 45,1,61.

- Con la norma del artículo 1.056 CC:

— Pactos “de sucedendo”:

- CÓDIGO JUSTINIANO:

[7] C. 2,24,2.

- Con la norma del artículo 1.674 CC:

— Pactos “de sucedendo”:

- CÓDIGO DE JUSTINIANO:

[10] C. 4,37,4.

- DIGESTO DE JUSTINIANO:

[2] D. 17,2,3,2.

[3] D. 17,2,52,9.

[4] D. 17,2,59.

[5] D. 17,2,73.

- Con las normas de los artículos 991/816 CC:

— Pactos “de non sucedendo”:

- DIGESTO:

[17] D. 29,2,94.

Respecto de esas presuntas similitudes apuntadas, parece, a mi juicio, que unos posibles *precedentes* “*indirectos*” podrían ser los que presentan los textos siguientes:

- *CÓDIGO DE JUSTINIANO*:
 - [4] C. 2,3,30.
 - [7] C. 2,24,2.
- *DIGESTO DE JUSTINIANO*:
 - [3] D. 17,2,52,9.
 - [4] D. 17,2,59.
 - [6] D. 18,4,1.
 - [7] D. 18,4,7.
 - [17] D. 29,2,94.
 - [27] D. 39,5,29,2.

En cuanto a *los efectos* atribuidos a los supuestos descritos en **algunos de esos más relevantes** textos clásicos aquí seleccionados, tema ampliamente desenvuelto por la romanística precitada, cabe reconducirlos al siguiente esquema:

TEXTOS [RELEVANCIA]	EFICACIA	INEFICACIA
— [P. “DE SUCCEDENDO”]		
— <i>CÓDIGO DE JUSTINIANO</i>		
[4] C. 2,3,30.		NULO
[5] C. 2,4,11.	VÁLIDO	
[7] C. 2,24,2.		NULO
[10] C. 4,37,4.	VÁLIDO	
[11] C. 5,14,5.		NULO
— <i>DIGESTO DE JUSTINIANO</i>		
[2] D. 17,2,3,2.	VÁLIDO	
[3] D. 17,25,52,9.		NULO
[4] D. 17,2,59.	DUDOSO	DUDOSO
[5] D. 17,2,73.	VÁLIDO	
[6] D. 18,4,1.		NULO
[7] D. 18,4,7.		NULO
[8] D. 18,4,11.	VÁLIDO	
[11] D. 28,5,47 (46)	VÁLIDO	
[16] D. 29,2,27.		NULO
[23] D. 36,1,28,4.		NULO
[27] D. 39,5,29,2.		NULO
[30] D. 45,1,61.		NULO
— [P. “DE NON SUCCEDENDO”]		
— <i>DIGESTO DE JUSTINIANO</i>		
[17] D. 29,2,94.		NULO

— Se procede seguidamente a unas mínimas referencias al tema de la *eficacia y la ineficacia* —**genéricamente** consideradas— en relación con el Derecho Romano, al debatido punto del denominado “derecho romano-vulgar” y a unas reflexiones concluyentes.

4. Referencia a la eficacia e ineficacia (genéricamente consideradas) en el Derecho Romano.

Habría aquí que remontarse a los “años setenta” y recuperar parte de la memoria personal perdida, cuando quien esto suscribe recibió el encargo de comentar y hacer una breve recensión de la aportación de la entonces joven doctrina romanista. Me refiero al volumen de Santi DI PAOLA, de inexcusable conocimiento y referencia en este lugar, y a cuyas reflexiones —y a mi contrapunto crítico— aquí remito, sin perjuicio de alguna breve alusión (53).

Interesa en este momento tomar como punto de partida en este lugar **el dato fáctico propuesto por S. DI PAOLA** en orden a que los conceptos y las distinciones acto jurídico-negocio jurídico e invalidez-ineficacia son extraños por completo a la elaboración doctrinal romana. El autor analizaba en su investigación tres grandes temas: uno, el de la invalidez e ineficacia [el término “inutilis”]; otro, el de las “leges perfectae” y la nulidad; otro, el de la inexistencia y la nulidad. A todas sus consideraciones había dedicado mi atención en su día y *de mis comentarios* de entonces cabría seleccionar ahora los que siguen:

“Evidentemente, una teoría de la invalidez e ineficacia del negocio jurídico romano no es ni puede ser una reconstrucción de *las doctrinas* de los juristas romanos, pues como es sabido no elaboraron una teoría del negocio jurídico, y mucho menos de su invalidez o ineficacia. Por esta razón, el autor trata en la obra de obtener un *orden sistemático* de la casuística de las fuentes, partiendo para ello del dualismo entre *ius civile* e *ius honorarium*. Las dificultades aludidas vienen acrecentadas por la confusa terminología de las fuentes romanas, dado que el alcance de cada término o expresión son distintos en el *ius civile* y en el *ius honorarium*, y por haber en las fuentes una enorme variedad y multiplicidad de términos de significado no unívoco.

...=...

En el capítulo primero se trata genéricamente de *invalidez e ineficacia*. El autor interpreta y estudia el supuesto del Digesto de la novación median-

(53) V. DI PAOLA, Santi: *Contributi ad una teoria della invalidità e della inefficacia in diritto romano*, volumen número 75 de las Publicaciones de la Universidad de Messina, Ed. A. Giuffré, Milano, 1966.

“Mi comentario y recensión crítica”: José CERDÁ GIMENO, en la RCDI, año XLVI, marzo-abril 1970, número 477, pp. 596-602.

te *stipulatio post mortem* (Gai. 3. 176), planteándose las cuestiones de si GAYO quiso expresar con el adjetivo *inutilis* el concepto que hoy llamamos *nulo*, o si es que quiso expresar un concepto diverso, si en este segundo caso tales *stipulaciones* eran o no nulas, si los juristas romanos tuvieron un concepto de *nulidad*, si de tenerlo correspondía o no al que hoy tenemos de nulidad, y si será preferible crear una *apuesta* categoría dogmática para definir la nulidad del negocio jurídico romano. Es por tanto *alrededor* de toda esta problemática donde se mueve DI PAOLA.

.-...=...

Estudia luego los llamados por las fuentes negocios *inútiles*, con los que los romanos definen al negocio ineficaz, aunque también a veces se referían a negocios inválidos. El que un negocio tenga uno u otro significado debe verse caso por caso y siempre teniendo presente que los juristas romanos no mostraron excesiva preocupación por la terminología y por el uso de ésta (así, algún autor recoge hasta *cuarenta* expresiones para referirse a negocios que no producen sus efectos de ineficacia). Pero, además, las dificultades no provienen tan sólo de la terminología, pues el mismo concepto romano de *ineficacia* no siempre se corresponde al nuestro: podía ser *originaria* y *perpetua* al mismo tiempo, derivada de la misma concepción del *ius civile*, se aplicaba con enorme frecuencia y en torno a él se luchaba por explicar puntos oscuros y superar obstáculos.-...=

El *capítulo segundo* está dedicado al estudio de *la nulidad y las leges perfectae*. Entiende DI PAOLA que el replantear la problemática de la *leges perfectae* puede ayudar a interpretar algunos de los fenómenos antes aludidos. Apunta la posibilidad de poner en relación el tema aludido de la paralización de la eficacia de ciertos negocios con la llamada *originaria imposibilidad* de modificar el *ius civile* a través de la *lex publica*, llegando a considerar ambos temas como *efectos* de una misma causa, la inmutabilidad del *ius civile*.

En opinión de DI PAOLA, la *leges perfectae* no llegaron nunca a sancionar la *nulidad* de un negocio formal del *ius civile*, ni siquiera en los últimos tiempos de la época republicana con el reforzamiento del aparato estatal.

.-...=...=

Por todo lo cual, la *tesis* de que las *leges perfectae* comportaban la nulidad absoluta de los negocios por ellas prohibidos parece que *no* puede aceptarse, dados los motivos de duda, de perplejidad, de incertidumbre o bien directamente contrarios a ella, que *legitiman* la sospecha del autor de que la *Ley comicial* *no* podía sancionar la nulidad de negocios *anteriormente* reputados válidos, especialmente los formales.

Se plantea el autor cuál era la suerte de estos negocios y se pregunta si cabría llamarles negocios *anulables*: aunque sea conclusión lógica, no es la más adecuada a la mentalidad romana, dado que el concepto de *anulabilidad* no existe dentro del ámbito del *ius civile*. Entonces, estos negocios válidos en un tiempo y después prohibidos por la Ley o por la costumbre, que no son nulos, deben considerarse válidos, aunque *ineficaces* ¿Cuáles serían, pues, los negocios nulos en el ámbito del *ius civile*? A este interesante interrogante sólo puede responderse teniendo presente el *principio fundamental* que domina la mentalidad del jurista romano: el de que «no se puede hablar

de una nulidad cual figura diversa de la inexistencia». En efecto, para el *ius civile* el negocio o existe o no existe: los romanos no llegaron a concebir la nulidad como expresión de un supuesto de hecho que *existe*, pero que existe *como supuesto* de hecho para calificarlo de nulo, pero distinto del negocio inexistente.

— El *capítulo tercero* se refiere a *inexistencia y nulidad*. Dadas las anteriores consideraciones expuestas, si no pueden encuadrarse tales negocios dentro del esquema del concepto actual de nulidad, si no cabe hablar de anulabilidad, no nos queda más que hablar de *ineficacia*: dando a este concepto una *extensión* y un *contenido* un poco diverso del que la dogmática actual generalmente le atribuye.

Ciertamente, respecto de los negocios prohibidos por las Leyes antes citadas, la única incertidumbre atañe a los efectos de dichos negocios, y aun hay casos en que ni tal duda existe. En todo caso, estamos siempre en el campo de la producción de los efectos, en el campo de la *ineficacia* y no el de la invalidez. En el ámbito del *ius civile*, el negocio, en cuanto existe y es jurídicamente válido, es siempre *potencialmente* apto para producir sus efectos. Más allá de la *ineficacia* *no hay* una forma más grave del vicio del negocio: hay el *nada jurídico*, hay la *inexistencia* del negocio mismo, hay el negocio nulo *entendido en el sentido de non ullum esse*.

—...≈...

... el autor cree posible afirmar como *conclusión parcial* que los juristas romanos no llegaron a la elaboración (ni aún implícita) de un concepto de nulidad como algo *diverso* de la inexistencia. Solamente veían los negocios o como *existentes* o como nulos en el sentido de que no *existían*. Cita, en tal sentido, otra serie de textos del *Digesto*. Ahora bien, la *inexistencia* para los romanos no significa que el negocio no exista *como supuesto de hecho*, ya que como apariencia de negocio puede tener una existencia de hecho” (54).

Toda la investigación de DI PAOLA le lleva a una *conclusión de carácter general en el sentido siguiente*:

“Todos los negocios examinados no son negocios nulos: no es nula la *imaginaria venditio*, no es nulo el divorcio de la libertad, no son nulas las donaciones entre cónyuges. Todos estos negocios son *pro infectis*, o sea, indicando con ello que el negocio es *ineficaz*.”

Está desprovista de fundamento la afirmación multisecular de que “en el ámbito civilístico hay *ineficacia* cuando el negocio es nulo”: ya por no conocer los romanos el concepto de nulidad tal como hoy se la entiende, ya porque sus negocios —aún viciados— no se prestan a ser encuadrados en tal categoría dogmática.

Para el *ius civile*, el negocio o existe o no existe, de modo que se *oscila* entre la inexistencia y la *ineficacia* del negocio: más allá de estos términos está, por una parte, el *nada jurídico*, y por otra, el negocio plenamente válido.

(54) V. CERDÁ GIMENO, J.: *op. cit.*, en nota precedente, pp. 597 y 598 a 600.

Solamente partiendo de este presupuesto cabrá encuadrar los distintos fenómenos descritos en las fuentes y penetrar su mecanismo. Los esquemas, conceptos, categorías, etc., elaborados por la dogmática moderna *sólo valen como términos de comparación*: para indicar cuáles de sus características están presentes en determinados supuestos de hecho y cuáles no lo están, y para mejor individualizar las características de cada supuesto de hecho –y sobre la base de éstas– crear nuevas categorías o individualizar las que el jurista romano presupone al dar sus respuestas” (55).

5. El denominado “derecho romano-vulgar” en relación con el tema de los “pactos sucesorios”.

Un tema clásico de debate ha sido el de la pretendida continuidad del Derecho Romano [en especial el Derecho Sucesorio] en los siglos siguientes a la caída del Imperio Romano: o bien se toma partido por una continuidad de base con inevitables modificaciones, o bien se considera hubo una fractura irreductible entre los diversos períodos históricos (56).

A ese oscuro período comprendido entre el Derecho romano clásico y Justiniano, gran cuestión de la romanística moderna, conocido con el nombre de “**derecho romano-vulgar**”, ha dedicado su atención uno de nuestros más relevantes romanistas [F. SAMPER POLO]: lo delimita desde tres puntos de vista –el estilo, la época, el ámbito territorial–, lo define como “aquél [derecho] que prevalece en una época y en un territorio en los que no hay jurisconsultos”, y lo proyecta hacia la historia jurídica medieval *pre-irneriana* (57). Desde el punto de vista del *resultado final* del proceso histórico, cabe decir –con el autor– que “el derecho vulgar es el derecho romano-tardío de Occidente” [o, de otro modo dicho: “la verdad es que, al llegar al siglo V, se observa que es en Occidente donde faltan los jurisconsultos, pues en Oriente siguen existiendo las escuelas...”].

Resumidamente dicho, el autor citado analiza en su espléndida investigación tres grandes puntos: uno, el de las donaciones revocables; otro, el de los pactos sucesorios; y otro, el de las condiciones de validez de las disposiciones *mortis causa*.

Al gran tema de los **pactos sucesorios** le dedica estas observaciones –que, en mi opinión, continúan teniendo vigencia y actualidad–, como sigue:

(55) V. DI PAOLA, S.: *op. cit.*, en nota precedente, pp. 116 a 118.

(56) Sobre este tema, v. VITA DE GIORGI, María: *I patti sulle successione future*, Impr. de Tipografía V. y C. Pipola, Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, Napoli, 1976, pp. 21 y ss., y allí las referencias indispensables a BESTA, VISMARA: [*Famiglia e successioni nella storia del diritto*, Roma, 1970, pp. 75 y ss.] y CALASSO [*Il negozio giuridico*, Milano, 1967, pp. 48 y ss.].

(57) V. SAMPER POLO, F.: “La disposición *mortis causa* en el derecho romano vulgar”, artículo en el AHDE, Madrid, 1968, pp. 87-227: v., en especial, **para esta nota inicial**, las pp. 88 a 92.

“Este tema [PACTOS SUCESORIOS]... no ha sido un argumento predilecto de la investigación romanística, y desde el excelente estudio de VISMARA, que no contamos con un trabajo que lo aborde en su amplitud.

Resulta difícil delinear, sobre todo para los fines del derecho vulgar, la figura del pacto sucesorio. Tal vez debido a la prohibición tradicional que pesa sobre él, se oculta a menudo, como un proteo, tras otra expresión jurídica. No siempre se presenta a través de una formal *heredis institutio* contractual, y mucho menos en el derecho del siglo v, en que la *heredis institutio* ha caído en desuso. Es necesario tener en cuenta que, así como en un régimen sucesorio dominado por la figura del testamento, el pacto tenderá a adoptar —en cuanto ello sea jurídicamente posible— la forma de un testamento “contratado”, en el derecho vulgar, cuyo instrumento sucesorio fundamental es la donación, el pacto tomará también la forma de donación. Interesa, pues, determinar, con la mayor exactitud posible, hasta qué punto y en qué casos una donación romano vulgar puede contener un pacto sucesorio, y si es posible la sucesión contractual a través de otros medios que no sean donaciones.

Para VISMARA, es pacto sucesorio todo acto bilateral por causa de muerte que tenga por objeto la sucesión futura del *de cuius*. Elementos esenciales del pacto son, para este autor, la bilateralidad del acto y el fin de regular la suerte del patrimonio del disponente para después de su muerte. La irrevocabilidad, en cambio, no constituye para VISMARA sino un elemento natural de los pactos.

Conforme con este concepto, incluye el ilustre historiador del Derecho entre los pactos sucesorios a las donaciones *mortis causa*, puesto que, aunque sean revocables, reúnen los dos requisitos esenciales de bilateralidad y finalidad *post mortem donatoris*, si bien es cierto que, en este caso, la regulación del patrimonio del donante no constituye *successio* en el sentido clásico, sino sólo el subentrar en una o más relaciones particulares. En cambio, las donaciones con reserva de usufructo, por cuanto no son actos a causa de muerte en el sentido propio, sino que jurídicamente debe ser consideradas *directae donationes*, no constituyen para VISMARA propiamente pactos sucesorios.

—...=

La dificultad del asunto está en que los romanos mismos no tenían una noción unicomprendiva de los pactos sucesorios; de ahí que los autores hayan recurrido generalmente a esquemas doctrinarios *a priori* o a aplicaciones de criterios vigentes en épocas posteriores para esclarecer el problema. Ello equivale, según nuestro juicio, a renunciar a la búsqueda de la solución conforme a los presupuestos históricos y jurídicos de la propia institución. AMELOTTI, por lo demás, parte de una premisa que no podemos aceptar sin más: que los pactos sucesorios son aquellas regulaciones convencionales de la sucesión prohibidas por el derecho. Porque lo que se trata de averiguar, entre otras cosas, es precisamente cuáles de estas relaciones son jurídicamente posibles en la época que estudiamos.

Trataremos de fijar, como primera medida, algunos conceptos previos que van implícitos en la misma enunciación del término «pacto sucesorio». Evidentemente, la fijación tiene que guardar relación con las nociones vigentes en la época que pretendemos historiar: desde una concepción de derecho clásico, sólo puede ser pacto sucesorio el llamado «pacto renunciativo», pues

el «pacto» supone siempre un «*pacisci*»; aplacar, hacer la paz; importa la posibilidad de oponer una excepción, pero no de ejercer una acción. Únicamente se pueden dar estas características del «*pactum*» clásico en los pactos renunciativos, que tendrían, hipotéticamente, la finalidad de otorgar una *exceptio* al legitimado pasivamente en la *hereditatis petitio* o en la *querella inofficiosi testamenti*. Pero en el derecho vulgar, la categoría de «*pactum*» ha perdido ya su riguroso sentido clásico, de tal manera que se puede entender por él cualquier acto convencional. Así también, «*successio*» significa en época clásica el subentrar el heredero *in locum* o *in ius defuncti*; pero, como hace notar SCHULZ, ya en Gayo se halla el germen de la confusión posclásica, cuando en las *Instituciones*, 3,82, considera que el *adrogans* adquiere por *successio* los bienes del hijo adoptado. En el sentido clásico, no puede haber sucesión en tal caso, puesto que el *pater* no asume las deudas del adrogado.

El derecho vulgar, que, en general, tiende a prescindir de la *heredis institutio*, conserva, no obstante, la idea de que el asignatario testamentario (o codicilar) «sucede» al testador, y no existe clara noción de lo que significa transmisión universal.—...

.-...=

Así, al igual que «*pactum*» no puede ser tomado en sentido clásico, tampoco el significado genuino y estricto del término «*successio*» nos sirve para definir el pacto sucesorio en el derecho vulgar: es necesario englobar, en el término «sucesión», a la llamada sucesión singular, pues de hecho, así, por este sistema, obraba la sucesión en la época que estudiamos no sólo a través de disposiciones testamentarias o codicilares a título singular, sino también a través de donaciones o adelantos testamentarios.

Con estas bases, pensamos que la delimitación de la categoría ha de tener un sentido eminentemente práctico para el derecho vulgar y, por tanto, ajustado a los presupuestos jurídicos que obran en la época que estudiamos: una reconstrucción basada en la lógica del sistema clásico resultará necesariamente falseada, por antihistórica.

Por el estudio hasta ahora hecho hemos visto que fundamentalmente el tipo de las disposiciones *mortis causa* en el derecho romano vulgar está determinado en relación con la posibilidad o no de revocar: donaciones revocables por un lado —de padres a hijos, de marido a mujer, imperfectas, *mortis causa*, testamentos, codicilos— y donaciones irrevocables por otro. Obsérvese que en todas las donaciones revocables, la bilateralidad —pese al carácter de contrato que atribuye Constantino a toda donación— está reducida a la mínima expresión o grandemente deprimida, ya sea porque se trate de donación ofrecida, pero no técnicamente aceptada —como ocurre en el caso de las donaciones «imperfectas», y, en cierta manera, con los testamentos— ya sea porque la nulidad o ineficacia inicial permite que en cualquier momento el donante pueda retractarse en virtud de esta propia ineficacia de manera que su voluntad permanece «ambulatoria» mientras viva. En las propias donaciones *mortis causa*, desde el momento que se acepta su revocabilidad *mutata voluntate*, su eficacia queda condicionada, en forma meramente potestativa, a la voluntad del donante. Así, pues, en todos estos casos, falta algún elemento objetivo que configure o garantice respecto de ambas partes la seriedad o firmeza en su voluntad. Lo que acontece en el fondo de este problema es

que irrevocabilidad y bilateralidad están unidas de manera mucho más íntima de lo que VISMARA supone [como siempre que nos referimos a la revocabilidad o irrevocabilidad, pensamos en la que se relaciona con la voluntad de quién o quiénes han intervenido en el acto: es la que podríamos llamar «interna». Por cierto que, incluso los actos que hemos llamado irrevocables, admiten algunas formas de revocabilidad; como ser, la ingratitud, en ciertas donaciones; el acuerdo mutuo de los pactantes, en los pactos sucesorios, y la enajenación del objeto cierto donado, en toda donación que no transfiera la propiedad *ab initio*], hasta el punto de que decir que un acto es revocable equivale a decir que la voluntad de una de las partes —cuando el acto es bilateral externamente— permanece «ambulatoria», no es seria o firme; no es propiamente “*voluntas*” en el sentido de elemento constituyente de un «pacto» (siempre hablando en términos posclásicos).

Cuando la bilateralidad es perfecta, también el acto es irrevocable, y es en este caso que nos es dable hablar de pacto sucesorio. Para nosotros, cualquier acto perfectamente bilateral —y por tanto irrevocable— que tenga por fin de alguna manera regular el destino del patrimonio de una persona viva después de la muerte de ésta, sea a título universal, sea a título singular, constituye un pacto sucesorio. Hemos dicho «que tenga por fin» regular el destino del patrimonio de alguien, con lo que queremos subrayar la importancia del resultado propuesto mucho más que de la estructura del medio empleado. Parece ocioso, desde el punto de vista del derecho vulgar, por ejemplo, negar la calidad de pacto sucesorio a una *donatio* usufructuaria por el hecho que la transferencia de la propiedad sea inmediata: VISMARA pretende separar en este caso el efecto económico del efecto jurídico, pero si ello es efecto para el derecho clásico, ¿podemos decir que se pueda aplicar el mismo criterio en derecho vulgar, donde se han confundido posesión y propiedad, usufructo y posesión? Lo que realmente pretenden las partes con una *donatio* usufructuaria es que el donante siga gozando en vida de la cosa, y que el donatario tenga la seguridad de que le será dejada a la muerte del donante: destino del patrimonio de una persona viva para después de su muerte, hecho mediante un acuerdo irrevocable. Resulta difícil encontrar un ejemplo más claro de pacto sucesorio” (58).

Entre los *pactos sucesorios* incluye SAMPER POLO: las donaciones con reserva de usufructo, las donaciones *post obitum*, las *sponsalitia largitas* y las donaciones universales (59).

(58) V. SAMPER POLO, F.: *op. cit.*, en nota precedente, pp. 163 a 168.

(59) V. SAMPER POLO, F.: *op. cit.*, pp. 171 y ss.

• Sobre algunos de estos supuestos, es fundamental la aportación de RUBIO SACRISTÁN, J. A.: “*Donatio post obitum* y *donatio reservato usufructus* en la Alta Edad Media de León y Castilla”, artículo en AHDE, tomo IX, 1932, pp. 1 a 32.

• Me ocupé de ello en su día en mi conferencia titulada “En torno a un tema clásico: Donaciones entre cónyuges”, pronunciada en el Ilustre Colegio de Abogados de Valencia el día 16 de febrero de 1995, publicada en la *Revista Jurídica del Notariado*, número 19, julio-septiembre 1996, pp. 9-119: **ahora, formando parte de mi libro *Estudios de Derecho Civil***, Ed. del Consejo General del Notariado, Madrid, 2003, pp. 419-489, en especial pp. 426 y ss.

Las consideraciones *conclusivas* del autor, respecto de nuestro tema [*pactos sucesorios*], son éstas que siguen:

“El derecho romano clásico rechazó determinados tipos de pactos sucesorios, siempre por concretas razones técnico-jurídicas. Justamente advierte VISMARA que una prohibición por motivos morales no se advierte entre los clásicos, y es Justiniano quien introduce esta clase de consideraciones para prohibirlos. Tratamiento general tampoco se advierte en derecho clásico, siempre inclinado a la casuística, y cada concreto pacto se prohíbe por determinada razón. El contrato sucesorio es rechazado por dos consideraciones: porque “*supremis indiciis constringere non possit*” (D. 17,2,52,9), es decir, porque limita la facultad de revocar, estimada como la esencia misma del derecho testamentario, y porque “*hereditas extraneis testamento datur*” (CI 5,14,5), principio que, aunque expresado en una constitución de Diocleciano, a propósito de un *pactum interpositum vice testamenti*, es en sustancia clásico. Este último principio significa que en derecho clásico, la institución contractual del heredero es incompatible con el ordenamiento sucesorio del pueblo romano, para quien la sucesión (universal) se concibe como un subentrar en la situación misma del *de cuius, in loco et in iure*. En este ordenamiento eminentemente formal, el testamento es el único medio adecuado para lograr tal efecto respecto de extraños.

Para los pactos renunciativos, cabe hacer una observación general: que mientras la facultad de desheredamiento del *pater* es amplia, tales pactos son innecesarios. La *querella inofficiosi testamenti* abre la posibilidad práctica de los pactos, que se realizan, precisamente, mediante renuncia a ejercer la querella. El criterio clásico, sin embargo, es opuesto a tal renuncia, porque equivale a renunciar a la calidad de *suus*, lo que resulta incompatible con la estructura familiar romana. En cuanto a la sucesión testamentaria, el pacto renunciativo se considera nulo por una razón aún más fundamental, cual es la falta de objeto: sólo puede renunciar quien puede adquirir la herencia, lo que no ocurre para el heredero testamentario sino después de la delación. Agregaremos que respecto de los pactos dispositivos, también se consideraba que no había objeto, como lo encontramos establecido en un pasaje de Pomponio.

.-...=

Quedaba abierta así, aun en época clásica, la posibilidad de celebrar pactos sucesorios positivos a título singular, y no es de extrañar que las donaciones comenzaran en algún momento a jugar ese papel. Precisamente, la *donatio mortis causa* bajo condición «*si mors secuta fuerit*», en una época en que no está aceptada aún la revocabilidad *mutata voluntate*, ejerce claramente la función de pacto sucesorio.

Pero también las donaciones *mortis causa* –irrevocables *mutata voluntate*– bajo condición resolutoria «*si donator convalescerit*», pueden, bien miradas, considerarse pactos sucesorios, porque, si bien su efecto es inmediato, están hechas en consideración a la muerte del donante y su efecto sólo se hace definitivo cuando éste muere. Tales donaciones constituyen el caso más típico de un anticipo testamentario, convencional e internamente irrevocable –salvo por el evento de la condición.

Las donaciones «directas» igualmente pueden ser pactos sucesorios en la medida que constituyen anticipos testamentarios. Cuando en época posclásica se advierte la tendencia a extender el campo de la eficacia de las donaciones mediante el reconocimiento de todos aquellos tipos en principio inválidos, pero que terminan por equipararse a las donaciones *mortis causa* (ya revocables), se conserva siempre un núcleo en el que parece concentrarse el interés por la irrevocabilidad.—...= Hasta el final del período que estudiamos, las donaciones «directas», en el sentido más propio, siguen siendo irrevocables, y no sólo en las leyes, sino en los documentos, hay un interés constante por asegurar la irrevocabilidad. Esto parece indicar que, en ciertas circunstancias, existía alguna exigencia de seguridad en la institución *mortis causa* que no se alcanzaba a través de ningún tipo de donación revocable, incluida en ésta la institución testamentaria. En tales casos, lo más adecuado viene a ser recurrir a una *donatio* directa, contractual, y sin posibilidad de revocación unilateral, a la que se le adiciona alguna cláusula que garantice económicamente al donante por el resto de sus días» (60).

• Unas reflexiones finales en torno al Derecho Romano y los pactos sucesorios

Observaciones similares a las aquí presentadas por unos y otros, anticipadas por mi parte **en su día [1981]** como un resultado de mis investigaciones de entonces, vienen a confluír en una prospectiva común en la doctrina moderna [romanista-historicista-civilista] en el sentido que sigue:

1.º La figura del “pacto sucesorio” es *una categoría general* de creación moderna. El Derecho Romano *no conoce* tales pactos porque el sistema sucesorio estaba basado en la “*institutio heredis*” por testamento (61).

2.º El examen de las fuentes [textos clásicos] ha deparado la constatación de que no hay una prohibición *de carácter genérico y abstracto*, sino que la casuística se refiere a hipótesis específicas, a casos concretos que se prohíben por una determinada motivación.

3.º El tema de *los modos de delación sucesoria* [o, de otro modo, el tema de *la delación contractual de la herencia*] es ajeno totalmente al pensamiento práctico de los jurisconsultos romanos (62).

(60) V. SAMPER POLO, F.: *op. cit.*, pp. 169 a 171.

(61) V., en sentido similar, VITA DE GEORGI, M.: *op. cit.*, pp. 20 y ss.

Muy interesantes las reflexiones de P. RESCIGNO en la “Presentazione” de dicha obra, pp. XIII y ss., *en especial* —en lo que aquí nos concierne— cuando se refiere a que:

“En la materia de los pactos no sólo se encuentran *dogmática y técnica* de dos sectores del ordenamiento, autonomía negocial y sucesiones, *nacidos radicalmente y dominados* por exigencias que no siempre coinciden...” [traducción y subrayados a mi cargo: J. C. G.].

(62) Sobre el particular, aludiendo al testamento y al pacto sucesorio como dos formas fenoménicas de *una misma causa de delación* (la delación *voluntaria*), v. VISMARA, G.: “Storia

4.º La continuidad del Derecho Romano clásico en el período oscuro conocido como “derecho romano-vulgar” ofrece una floración de pactos por el deslizamiento hacia la figura de la donación.

5.º La relevancia de algunos de los supuestos contenidos en los textos clásicos ha propiciado un intento de aproximación hacia una línea de posibles “precedentes indirectos” de alguna de las normas vigentes del CC aquí analizadas.

6.º La disparidad de soluciones dadas a cada supuesto en orden a la eficacia o no eficacia del pacto evidencia una desigual terminología y una fundamentación no uniforme en la respectiva prohibición.

7.º La constatación por la mejor doctrina romanista de que no hay una construcción dogmática por parte de los juristas romanos acerca de la ineficacia de los actos jurídicos, como se ha evidenciado, muestra, en definitiva, cómo aquel “tópico” (lugar común) propuesto por la generalidad de la doctrina y más arriba presentado, parece hallarse falto de toda fundamentación.

dei patti successori”, *op. cit.*, p. 1, y allí la referencia a la monumental obra de WINSCHIED (trad. de FADDA-BENSA), *Diritto delle Pandecte*, Torino, 1925, volumen 3, pp. 105, nota 2.

• En orden a los modos de delación sucesoria, me he referido en **mi libro** *Comentarios a la Compilación del Derecho Civil de Baleares*, tomo XXXI, volumen 2.º-A, 2.ª edición, Ed. Edersa, Madrid, 2002: v. “Comentario al artículo 69”, pp. 1125 y ss., y allí una recopilación de las posiciones de nuestros más relevantes civilistas de hoy [LACRUZ BERDEJO, VALLET DE GY-TISOLO, DÍEZ-PICAZO, LÓPEZ Y LÓPEZ, O’CALLAGHAN MUÑOZ y PUIG SALELLAS].

**EL NOMBRAMIENTO DE ADMINISTRADOR
DE LA PROPIEDAD HORIZONTAL:
PROCEDIMIENTO DE INVESTIDURA
ORDINARIA, PACTOS ESTATUTARIOS
DE DESIGNACIÓN DE ADMINISTRADOR
PROVISIONAL Y ADMINISTRADOR
JUDICIAL**

JESÚS FLORES RODRÍGUEZ

*Ltrado de la Secretaría Técnica
del Colegio Profesional de Administradores
de Fincas de Madrid*

SUMARIO: **I.** EL ADMINISTRADOR DE FINCAS COMO ÓRGANO DE GOBIERNO DE LA COMUNIDAD DE PROPIETARIOS. **II.** EL ÓRGANO COMPETENTE PARA LA DESIGNACIÓN DE ADMINISTRADOR: INVESTIDURA ORDINARIA Y SITUACIONES ESPECIALES. **1.** Regla general: nombramiento por la Junta general de propietarios. **A)** *Convocatoria y desarrollo de la Junta general.* **a)** *Junta de constitución.* **b)** *Nombramiento en Junta general extraordinaria.* **c)** *Nombramiento en Junta universal.* **B)** *La inclusión en el orden del día del nombramiento como presupuesto básico.* **C)** *Mayoría necesaria para el nombramiento.* **D)** *Diferentes sistemas de designación ordinaria de administrador.* **III.** EL ADMINISTRADOR PROVISIONAL. EL PROBLEMA DE LA ADMISIBILIDAD DE LOS PACTOS ESTATUTARIOS

DE RESERVA DE NOMBRAMIENTO DE ADMINISTRADOR POR EL PROMOTOR O PROPIETARIO ÚNICO DEL INMUEBLE. 1. La justificación del pacto estatutario de reserva por el promotor o propietario único del inmueble. 2. El problema de la posible indisponibilidad para las partes de las normas sobre nombramiento del administrador en el Derecho español y en algunos ejemplos del Derecho comparado. A) *El administrador provisional en el BACI de 1991*. B) *Funciones del administrador provisional*. C) *Conclusiones*. IV. EL ADMINISTRADOR JUDICIAL. 1. El recurso ante el juez para la designación de administrador en el Derecho español: supuestos. 2. El recurso ante el juez para la designación de administrador judicial cuando no es posible proveer el cargo de presidente. 3. El recurso ante el juez para la designación de administrador en algunos ejemplos del Derecho comparado. 4. Administración *de facto*. 5. El administrador judicial como sustituto del presidente en situaciones especiales. V. BIBLIOGRAFÍA.

I. El administrador de fincas como órgano de gobierno de la comunidad de propietarios

La transformación urbanística de las poblaciones ha hecho —como dice GÓMEZ-FERRER SAPIÑA— que lo que en el pasado constituía la regla general, vivir en una casa y sin vecinos, se haya convertido hoy precisamente en la excepción (1). La dificultad de la administración o gestión de la propiedad horizontal ha crecido en los últimos años exponencialmente, y si bien en pequeñas comunidades de vecinos puede constituir un encargo relativamente sencillo, ha llegado a convertirse en un oficio difícil de desempeñar sin una especial cualificación profesional en muchas ocasiones, ya sea en grandes comunidades de propietarios o en los conjuntos inmobiliarios a los que se refiere el artículo 24 de la Ley 49/1960, de 21 de julio, de Propiedad Horizontal (en lo sucesivo, LPH), o, incluso, en otras formas de propiedad horizontal inusuales, desconocidas hace tan sólo unos años, como los centros comerciales, de negocios o de ocio, edificios de oficinas, áreas o parques industriales o empresariales, aparcamientos públicos de residentes, *resorts* vacacionales, etc.

(1) GÓMEZ-FERRER SAPIÑA, R.: *La responsabilidad del presidente de la comunidad de propietarios*, Consejo General del Notariado, Madrid, 2003, p. 9.

Según la ya clásica definición de Henri FAYOL sobre el concepto general de administración, común a todas las disciplinas, “administrar es prever, organizar, mandar, coordinar y controlar” (2). En las comunidades de propietarios esta ocupación se encuentra dotada, sin embargo, de perfiles propios que justifican un tratamiento individualizado. El administrador de inmuebles en régimen de copropiedad –afirma TERZAGO– no sólo constituye un personaje clave del ente colectivo que es la comunidad de propietarios, sino que, aunque a primera vista pudiera parecer un sujeto meramente ejecutivo de la voluntad de la asamblea, resulta constantemente llamado a resolver las más variadas disputas, a aplicar las medidas –y la medida– más idóneas, a impartir las directrices oportunas para una correcta gestión de los bienes, instalaciones y servicios comunes, así como buscar una solución equilibrada a todo problema común en razón del interés de todos los propietarios en una armónica y serena convivencia en el edificio urbano (3). Y es que –como también ya puntualizara BATLLE– la administración de una comunidad es siempre un problema delicado y, sin embargo, de ella depende el éxito de la institución (4).

El instituto jurídico del administrador de inmuebles no tiene una tradición orgánica en nuestro Derecho. Las leyes decimonónicas prefirieron conferir a cada propietario un derecho a participar en la administración de la cosa común, del inmueble, excluyendo el nombramiento de un administrador. Es el ejemplo del ya derogado Código Civil italiano de 1865. Incluso el artículo 398 de nuestro Código Civil (en adelante, CC) sólo lo admitió muy parcialmente, es decir, cuando no pudiera formarse la mayoría exigida en la ley o cuando el acuerdo fuera gravemente perjudicial a los interesados en la cosa común.

Sin embargo, el administrador fue concebido en la LPH como el cargo más modesto de todos los órganos de gobierno de la comunidad de propietarios. Pero he aquí que frente a la figura del administrador de mediados del siglo pasado, jurídica y económicamente insignificante, aunque de su gestión haya dependido muchas veces que los servicios comunes funcionen bien o funcionen mal, ha hecho aparición un tipo de administrador “prepotente”, que asume unas facultades de administración, además de representación, que desbordan la gestión de los elementos comunes para invadir incluso la de las partes privativas (5).

(2) FAYOL, H.: *Administration Générale: prévoyance organisation-commandement coordination-contrôle*, Dunod, París, 1950, p. 24.

(3) TERZAGO (G.) y CELESTE (A.): *L'Amministratore*, Giuffrè, Milán, 2004, p. 6.

(4) BATLLE VÁZQUEZ, M.: *La propiedad de casas por pisos*, Marfil, Alcoy, 1973, p. 147.

(5) DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M.: *Estudios de Derecho Civil*, Montecorvo, Madrid, 1985, p. 426.

Podemos afirmar que, en tan sólo cincuenta años, hemos asistido a una completa transformación y agigantamiento de la figura del administrador –también en palabras del ilustre notario DE LA CÁMARA, a quien seguimos en este punto–, que no tiene ni paralelo ni equivalente en el resto de órganos de gobierno de la comunidad de propietarios, y que ha actuado incluso en detrimento de las funciones encomendadas al presidente y el secretario, que progresivamente se van desdibujando en favor del administrador.

La figura del administrador ha desbordado ampliamente los límites con los que fue concebido este órgano en 1960. El *operative fact*, el supuesto de hecho, la realidad social en la que bebe la norma no se asemeja hoy a la de aquellas fechas, se ha desarrollado considerablemente. De la presunción de modestia y sencillez en su concepción hemos evolucionado hacia una realidad inmobiliaria compleja, exigente de profesionalidad y especialización, en detrimento de la Junta de propietarios, que cada vez interviene menos, y del propio presidente, que se ve desbordado en su capacidad y en sus responsabilidades.

Se ha dicho que la propiedad horizontal constituye un derecho real inmobiliario autónomo, en el que el objeto sobre el que recae es un inmueble edificado, resultado de la suma de todos los derechos reales de propiedad singulares subsistentes sobre el mismo. Esto lo convierte en una *unidad funcional* que se articula a través de partes privativas independientes y de un porcentaje sobre los elementos, instalaciones, servicios, así como de derechos y obligaciones igualmente comunes. Y es que –como señala BRANCA– la existencia de diferentes cosas comunes en un mismo edificio es lo que confiere al instituto su particular fisonomía (6).

En definitiva, el administrador de inmuebles constituye un oficio de derecho privado objetivamente orientado a la tutela del complejo grupo de intereses individuales de los copropietarios de inmuebles en régimen de propiedad horizontal, que se realiza en régimen de autonomía, aunque, necesariamente, con una estrecha relación de cooperación entre unos y otros (7).

Pues bien, sentadas estas bases, podemos ya afirmar que la designación del administrador del inmueble no es una cuestión precisamente pacífica cualquiera que sea la perspectiva desde la que se contemple. Ya sea

(6) BRANCA, G.: “Comunione. Condominio negli edifici (libro terzo: proprietà, arts. 1.100-1.139)”, Scialoja y Branca (dir.), en *Commentario del Codice Civile*, 4.^a ed., Zanichelli – Foro Italiano, Bologna-Roma, 1965, p. 318.

(7) En la jurisprudencia italiana: Cass. 12-2-1997, número 1286. Esta misma idea es recogida por MONTÉS PENADÉS, V.: “La propiedad horizontal como colectividad organizada”, ADC, 1972, p. 887, al afirmar que la Ley de 21 de julio de 1960 establece una organización básica dirigida a conseguir el equilibrio de la tensión entre la soberanía individual y la del grupo.

porque, tratándose de una comunidad con un reducido número de componentes, deba ser el presidente u otro vecino quien asuma también las funciones derivadas de este cargo, lo que se percibe siempre como un encargo enojoso; ya porque, como viene siendo práctica cotidiana en cualquier ciudad española de tamaño medio o grande, el interés de la comunidad aconseja que la investidura recaiga en un tercero profesional al servicio de la comunidad –y ajeno a la misma– por las propias características del inmueble y el volumen de las instalaciones y servicios de los que se encuentra dotado, lo que trae consigo el tener que valorar, sopesar y elegir la mejor entre todas las solicitudes presentadas, momento en el que cada vecino hará valer sus preferencias a favor de uno u otro administrador.

Antes de iniciar el examen de las particularidades del nombramiento de este órgano de gobierno de la comunidad, debemos advertir que la norma general en nuestro Derecho civil común, frente a lo que ocurre en el Derecho comparado, es que las funciones del administrador sean ejercidas por el presidente de la comunidad, salvo que los estatutos o la Junta de propietarios, por acuerdo mayoritario, disponga la provisión del cargo separadamente de la presidencia (8). Ello es una consecuencia –como apunta ECHEVERRÍA SUMMERS– de que la estructura corporativa prevista en la LPH no es sino una consagración de lo que era práctica habitual en las comunidades de propietarios con anterioridad a la aprobación de la LPH, a lo que se añadía –según nos recuerda también PERE RALUY– la propia *praxis* notarial, que se encargó de la creación de la figura del presidente dotándola de los caracteres representativos, de todos conocidos, mediante su inserción en las diferentes normativas estatutarias (9).

Explica, asimismo, ZANÓN MASDEU que aunque la mayoría de las legislaciones desconocían –y siguen hoy desconociendo– la figura del presidente, atribuyendo las facultades representativas al administrador, el legislador español tomó como base la Ley de Sociedades Anónimas, que estatutaba el cargo de presidente del Consejo de administración junto con el secretario. A ello se añadía, además, el hecho de que el reglamento del Colegio Notarial de Barcelona de 1955 regulaba ya la figura del presidente, a quien confiaba la representación jurídica de la comunidad (10).

Es, además, evidente que nuestro legislador de 1960 tomó como referente el modelo de una pequeña comunidad de propietarios –como en

(8) VENTURA-TRAVERSE, A.: *Derecho de propiedad horizontal*, 6.ª ed., Bosch, Barcelona, 2000, p. 472.

(9) ECHEVERRÍA SUMMERS, F. M.: *El estatuto de la propiedad horizontal*, Comares, Granada, 2000, p. 573. De esta última obra hemos tomado la cita de PERE RALUY, J.: “El régimen orgánico de la propiedad horizontal”, *Pretor*, número 14, marzo-abril, 1963, p. 187.

(10) ZANÓN MASDEU, L.: *La propiedad de casas por pisos*, Ariel, Barcelona, 1965, p. 478.

cierta manera parece reconocer el citado autor (11)—, en la que los cargos de presidente y administrador solían coincidir en una misma persona, convirtiéndolo precisamente en regla general, y dejando la opción, excepcional, de provisión separada del cargo de administrador, independientemente del presidente, para aquellas comunidades de vecinos con una cierta envergadura, menos numerosas, en las que se aconsejaba la designación de un administrador profesional ajeno a la comunidad.

Hoy por hoy, en nuestra opinión, se hace, sin embargo, imprescindible una nueva formulación del supuesto de hecho de la norma, acomodándolo a la actual realidad jurídica inmobiliaria, que tenga en cuenta —entre otras muchas circunstancias que iremos dejando apuntadas a lo largo de este estudio—, no tanto el número de componentes o de propietarios, como la especialización y complejidad que exige actualmente la gestión y administración de un inmueble en régimen de propiedad horizontal, con total independencia de su tamaño.

Más adelante tendremos oportunidad de examinar aquellos supuestos en los que se hace imprescindible la intervención del juez para designar un administrador con “amplios poderes”, en interés de la propia comunidad, precisamente por haberse producido la ausencia del presidente en distintas circunstancias especiales.

Precisamente al hilo de la figura de este administrador “ampliamente facultado”, debemos llamar la atención sobre el hecho de que, en la doctrina, va abriéndose paso la opinión de que no sólo en situaciones excepcionales, sino facultativamente, pueda también ser designado un administrador que asuma las funciones que corresponden al presidente de la comunidad, o lo que es lo mismo, que el cargo de presidente pueda acumularse al de administrador, y no al revés, especialmente en aquellos casos en que este último sea un tercero, profesional, ajeno a la comunidad, que ofrezca garantía suficiente. Como hemos visto anteriormente, el principio de que el administrador —como único órgano ejecutivo, de representación y administración— asuma las funciones básicas que corresponden al presidente, recayendo este cargo en un profesional, es una norma corriente y pacífica en buena parte del Derecho comparado (12), y ofrece una solución

(11) *Ibidem*, p. 479.

(12) En Italia o en Francia se ha venido reconociendo esta posibilidad desde muy antiguo, por la propia configuración de su Derecho. Así, por poner un ejemplo, para la doctrina italiana, aunque el único órgano que asume todas las funciones de representación y administración (*l'Amministratore*) pueda normalmente recaer en uno de los copropietarios, que asumiría el mandato gratuitamente, “ello no excluye que, para tal cargo, pueda también ser nombrado en la asamblea una persona completamente extraña a la comunidad, existiendo sobre este último punto absoluta concordancia entre la doctrina y la jurisprudencia” (NOBILE, G. A.: *L'Amministratore del condominio*, Dittrice Dott. Eugenio Jovene, Nápoles, 1962). En el mismo sentido, BRANCA, G.: *ob. cit.*, p. 406; VISCO, A.: *La disciplina giuridica delle casse in condominio*, 3.ª ed., Giuffrè, Milán, 1938, p. 250.

al principal problema al que se enfrentan en la actualidad los propietarios residentes en edificios en régimen de propiedad horizontal: la especialización y la necesidad de cualificación profesional suficiente del gestor del inmueble, como garantía de protección de los derechos del propio usuario, ya sea el propietario o la comunidad de vecinos (13).

Así pues, se hace necesario examinar los requisitos relativos al procedimiento y formalidades de la investidura, con especial atención a todas aquellas circunstancias que directa o indirectamente, en relación con el mismo, pueden ocasionar algún género de duda interpretativa (14).

A tal fin, desde un principio, hay que dejar claro que el nombramiento del administrador es un acto jurídico por el cual la Junta general de propietarios da cumplimiento a un mandato legal. Aunque este acto jurídico constituye una manifestación de la libre voluntad de los propietarios se ejecuta en cumplimiento de una obligación prevista en la ley, de modo que toda su eficacia deriva de ésta (15).

II. El órgano competente para la designación de administrador: investidura ordinaria y situaciones especiales

No contiene la LPH un precepto coherente dedicado al nombramiento y remoción de todos los órganos de gestión de la comunidad de propietarios, de la misma forma que lo intentara el artículo 26 del Borrador de anteproyecto de Ley de Conjuntos Inmobiliarios del Ministerio de Justicia (BACI) de diciembre de 1991 (16).

(13) A este respecto, podría proponerse una reforma del artículo 13.6 LPH en los siguientes términos: "Los cargos de presidente, secretario y administrador podrán acumularse en una misma persona o bien nombrarse independientemente. El cargo de administrador, de secretario-administrador y, en su caso, de presidente-secretario-administrador podrá ser ejercido por cualquier propietario, así como por personas físicas con cualificación profesional suficiente y legalmente reconocida para ejercer dichas funciones. También podrá recaer en corporaciones y otras personas jurídicas en los términos establecidos en el ordenamiento jurídico".

(14) Recuérdese que en todos aquellos casos en que el inmueble en régimen de propiedad horizontal se compone de menos de cinco comuneros pueden haber optado por el régimen de administración previsto en el artículo 398 CC, en lugar del previsto en la LPH, de acuerdo con lo señalado en sus propios estatutos.

(15) Sobre la cuestión de la calificación del nombramiento de los órganos de gobierno de la Junta, especialmente del presidente, como acto jurídico o como negocio jurídico, *vid.* CALVO MELIJE, A.: "La figura del presidente. Personalidad, caracteres y funciones", *Boletín de propiedad horizontal de El Derecho*, número 45, octubre 2004, p. 3.

(16) El texto completo del BACI de 1991 puede consultarse en la obra colectiva AAVV, *Conjuntos inmobiliarios y multipropiedad, ponencias y proyectos de ley sobre conjuntos inmobiliarios*, Asociación de Profesores de Derecho Civil, José M.^a Bosch edit., Barcelona, 1993, pp. 179 y ss.

A pesar de ello, tres son las formas posibles en que, en nuestra opinión, puede producirse el nombramiento de administrador en un inmueble en régimen de propiedad horizontal. La primera de ellas, mediante la designación por la Junta de propietarios a través de un acuerdo adoptado en su seno, que será la regla genérica en la mayoría de las ocasiones (*administrador ordinario*). En segundo lugar, es posible que el nombramiento ya esté previsto en los propios Estatutos de la comunidad, o en los contratos de compraventa suscritos por los propietarios, facultando normalmente al promotor para su designación interina, dando lugar a la figura del *administrador provisional*, con todos los problemas que esta forma de designación ocasiona y que analizaremos con detenimiento. Y por último, aunque la cuestión esté sujeta a una cierta discusión, en nuestro Derecho sería también admisible el nombramiento judicial del administrador, es decir, existen casos excepcionales, rodeados de unas especiales condiciones, en los que es posible acudir al juez para que sea éste el que lo nombre (*administrador judicial*).

1. Regla general: nombramiento por la Junta general de propietarios.

La designación por la Junta general de propietarios es la norma general en el régimen jurídico de la propiedad horizontal. Este órgano rector colectivo es el que de forma exclusiva expresa o articula la voluntad de los comuneros y adopta el acuerdo de nombramiento de administrador, de tal forma que esta decisión se imputa o atribuye a la propia Junta —a la comunidad— y no a los propietarios a título individual (17).

De entre los órganos de gobierno a los que se refiere el artículo 13.1 LPH, ni la Junta general, ni el presidente, ni, en nuestra opinión, el administrador o el secretario tienen carácter meramente facultativo, al menos mientras que el número de propietarios supere el de cuatro (art. 398 CC).

Se ha dicho también que la Junta general surge o nace *per forza propria*, sin que sea necesaria una toma de conciencia de tal situación (18). Es decir, la asamblea existe en la medida en que existen sus miembros de derecho y, por ende, desde que existe comunidad. No obstante, no ocurre

(17) La Junta de propietarios es el órgano rector colectivo de la propiedad horizontal, compuesto por todos los propietarios que, con arreglo a determinadas formalidades de citación y adopción de acuerdos, decidirá sobre todos los asuntos que afecten a la señalada propiedad, y al que corresponde no sólo el control de los otros órganos, sino también el nombramiento y remoción de las personas que los deben ocupar [ESTRUCH ESTRUCH (J.) y VERDERA SERVER (R.): *La Junta de propietarios: constitución, acuerdos e impugnación*, Aranzadi, Pamplona, 2000, p. 25].

(18) LAZZARO (F.) y STINCARDINI (W.): *L'Amministratore del Condominio*, Giuffrè, Milán, 1985, p. 47.

lo mismo con el resto de cargos, que requieren de un acto expreso de nombramiento.

En efecto, misión preferente de la Junta general es la designación del resto de órganos de gobierno, gestión y administración. Es más, la primera de las atribuciones que la LPH confiere a ésta es precisamente el nombramiento de estos órganos, entre los que se encuentra el administrador, frente al resto de las competencias que también le son conferidas. En efecto, a este respecto señala el artículo 14.a) LPH que corresponde a la Junta general –como *competencia originaria*– el nombramiento y remoción de las personas que ejerzan los cargos mencionados en el artículo anterior, así como resolver las reclamaciones que los titulares de los pisos o locales formulen contra la actuación de aquéllos.

Ahora bien, no sería válido el pacto contenido en los estatutos o en un acuerdo de Junta previo por el que se prescindiera de este órgano, en cuanto no constituye un servicio, sino un órgano necesario o básico de la propiedad horizontal (19).

A) *Convocatoria y desarrollo de la Junta general.*

Como dice SAPENA TOMÁS, el modo de formarse la voluntad es el propio de todo acto de decisión orgánica: convocatoria, reunión, deliberación y votación, que se convierte en voluntad del órgano –y aquí de la comunidad– cuando reúne el quórum necesario: mayoría (como es el caso) o unanimidad, esto es, según la materia objeto del acuerdo y conforme a las normas legales (20).

Generalmente, se distinguen dos momentos diferentes para el nombramiento tanto en el tiempo como en su contenido. El primero de ellos tiene lugar la primera vez que la comunidad de vecinos se reúne y designa administrador, además de presidente o secretario. Un segundo momento, más habitual, ya constituida la comunidad, acaece cuando se ha producido el cese o finalización del encargo del anterior administrador, o sencillamente cuando ese cargo se desea configurar de manera independiente del presidente, mediante una Junta extraordinaria al efecto. Incluso, es posible este nombramiento en la propia Junta general ordinaria de la comunidad que tiene por objeto la aprobación de las cuentas y el presupuesto para el año siguiente.

(19) FUENTES-LOJO, J. V.: *Novísima Suma de la propiedad horizontal*, José M.^a Bosch edit., Barcelona, 1998, p. 1888.

(20) SAPENA TOMÁS, J.: “Los órganos de la propiedad horizontal: forma y eficacia de sus resoluciones”, RCDI, número 525, marzo-abril, 1978, p. 346.

a) Junta de constitución.

El nombramiento del primer administrador suele realizarse en lo que se conoce comúnmente como “Junta de constitución” o “primera Junta”. En el orden del día deben constar los puntos o asuntos relativos a la constitución de la comunidad y la designación de los cargos de la Junta, nominalmente. A éstos se aconseja unir los de aprobación de la constitución de un fondo de reserva o de maniobra, la autorización de la apertura de cuentas corrientes a nombre de la comunidad, además de la determinación de las firmas autorizadas para disponer de los fondos necesarios, todo ello sin perjuicio de aquellas cuestiones que puedan considerarse relevantes para la comunidad y que finalmente decidan incluirse.

Un tratamiento y estudio independiente merece el supuesto de que la comunidad, por disposición estatutaria, pueda ya tener designado un administrador provisional nombrado por el promotor para efectuar las gestiones mínimas o básicas para la puesta en funcionamiento de la comunidad –supuesto cuya problemática abordaremos con detenimiento más adelante–, en cuyo caso se hace imprescindible abordar en la Junta el tema de su cese o ratificación que encajaría en el punto relativo al “nombramiento de cargos”.

Debe advertirse que a la comunidad de propietarios que convoca su Junta de constitución le es de plena aplicación el régimen jurídico de la propiedad horizontal, aun cuando no haya celebrado aún su primera Junta, siempre que concurren los requisitos legales exigidos en el artículo 2 LPH, esto es, que hubieran otorgado título constitutivo (división horizontal) con arreglo a lo señalado en el artículo 5 LPH, o que, no habiéndolo otorgado, reúnan los requisitos establecidos en el artículo 396 CC. Ello es así porque la Junta de constitución no es ni el principio ni el origen de la comunidad –este momento es anterior y reside en el otorgamiento del título constitutivo–, sino el de la gestión y funcionamiento administrativo de la misma. Es decir, explicado con palabras más llanas, diríamos que “desde el momento en que hay copropiedad existe comunidad”.

Efectivamente, existe la comunidad desde que se otorgó escritura de división horizontal. Por otro lado, es reiterada la jurisprudencia que declara que no puede confundirse entre nacimiento de la comunidad con la constitución formal en régimen de propiedad horizontal. Habrá comunidad desde que coinciden en un edificio por un lado varias propiedades privadas y de otro elementos comunes, a partir de cuyo momento nacen los derechos y obligaciones de todos los comuneros. Como ha señalado la SAP Asturias de 11 de septiembre de 1998, EDJ 1998/25970, “la comunidad de propietarios surge por el mero hecho de la venta de un piso o local dentro de una edificación o inmueble, y ello incluso aun cuando la

finca no estuviese totalmente terminada [...]. A tal efecto, y ante la necesidad de proceder a constituir tal Junta inicial a fin de adoptar los acuerdos elementales referentes al gobierno y administración de dicha comunidad precisos para su funcionamiento, y con especial atención al nombramiento de Presidente y Administrador, parece obvio que toda vez que no existe todavía Presidente que pueda convocarla, cualquier propietario podría promover aquélla, obviamente con el cumplimiento de los presupuestos señalados en el artículo 15 Ley de Propiedad Horizontal, esto es, y en el caso que nos ocupa, cuando la solicitud parta de al menos quienes representen un veinticinco por ciento de las cuotas de participación, o la cuarta parte en número”.

Por todo ello, aunque como tal no se encuentre prevista legalmente, nada obsta para que puedan aplicarse a esta Junta –y así debería ser– las normas que regulan la convocatoria en los artículos 15 y 16 LPH, en el entendimiento de que la naturaleza de esta asamblea es la de una Junta general *extraordinaria*, por tratarse de una Junta distinta de la que se celebra una vez al año con el objeto de aprobar los presupuestos y cuentas, según el artículo 16.1 LPH. De esta forma, además de contener las menciones a las que se refiere el artículo 16.2 LPH –lugar, día y hora en que se celebrará la misma–, la citación habrá de realizarse con la antelación necesaria para que pueda llegar a conocimiento de todos los interesados, plazo que, a nuestro juicio, a diferencia de los seis días previstos para las ordinarias, resulta a todas luces insuficiente en atención a la importancia del tema a tratar en la Junta, por tratarse de personas desconocidas entre ellas hasta este momento, pero que van a asumir unos cargos de una grave responsabilidad. Tal vez por ello sea conveniente revisar este precepto y tomar como referencia el plazo de cinco días previsto en el Derecho italiano para el nombramiento del primer administrador (21).

En cualquier caso, el administrador designado comienza a ejercer sus funciones en ese mismo momento, es decir, *inmediatamente*. Como señala BATLLE, en esa Junta se elegirá al presidente y éste pasará inmediatamente a desempeñar su cometido, juntamente con el secretario y el administrador si también fueran elegidos (22). En efecto, resulta conveniente que sea éste el primer punto a tratar, especialmente porque corresponderá al presidente cerciorarse de la regularidad y corrección de la convocatoria, la legitimidad de la reunión y de los participantes, del orden del día y la dirección de la reunión y sus deliberaciones, así como al administrador asistirle y asesorarle en todo este proceso.

(21) Artículos 66 y 1.136 *Codice Civile* italiano.

(22) BATLLE VÁZQUEZ, M.: ob. cit., p. 153.

La convocatoria de la Junta de constitución o primera Junta podrá realizarla, a nuestro juicio, cualquier propietario (23), criterio que, como se ha expuesto, ha sido admitido por nuestra jurisprudencia. Éste, además podría dirigir los momentos preliminares de la Junta hasta la designación de presidente; e incluso puede corresponder al promotor –como un comunero más–, es decir, siempre y cuando aún no haya transmitido todas sus propiedades en el edificio.

En efecto, esta citación a Junta general podrá efectuarla cualquier copropietario, pero razones de índole eminentemente práctico hacen altamente aconsejable que esta responsabilidad recaiga sobre el promotor que aún posee alguna propiedad en el inmueble sin vender, y goza, por ello, de legitimación suficiente, dado que posee el conjunto de datos personales, incluidas las direcciones, de los diferentes propietarios que han adquirido alguna propiedad en el inmueble, hecho que no hace sino abundar en la tesis, anteriormente defendida, de que en los primeros momentos de vida de la comunidad –no ajenos, a veces, a grandes dificultades, incluso a tensas relaciones entre propietarios y constructor– debe producirse la intervención de un administrador profesional.

Problema puntual es el que puede plantear la asistencia del *usufructuario*, en lugar del nudo propietario, a la Junta de nombramiento del administrador, ya sea en la Junta de constitución o en otra cualquiera donde se debata el asunto. Esta hipótesis, que tiene fácil solución, debe partir de la base de la naturaleza administrativa o de gestión ordinaria de la que goza el acto de nombramiento de administrador, como del resto de cargos, lo que tiene como consecuencia que en la Junta puede votar y participar plenamente el usufructuario, salvo manifestación en contrario del nudo propietario. Por lo demás, la Ley no ha resuelto aún el problema que puede suponer la asistencia del *habitacionista* a la Junta general, pero que, en nuestra opinión, gozaría de igual derecho que el usufructuario a estos efectos (24).

(23) Este criterio es de aplicación en el Derecho italiano por imperativo del artículo 66.2 *Codice Civile*. En el mismo sentido, LAZZARO (F.) y STINCARDINI (W.): ob. cit, p. 48; TERZAGO (G.) y CELESTE, (A.): ob. cit, p. 50.

(24) *Si la vivienda o local se hallare en usufructo, la asistencia y el voto corresponderá al nudo propietario, quien, salvo manifestación en contrario, se entenderá representado por el usufructuario, debiendo ser expresa la delegación cuando se trate de los acuerdos a que se refiere la regla primera del artículo 17 o de obras extraordinarias o de mejora* (art. 15.2 LPH). El tema ha sido planteado en la jurisprudencia italiana con idéntica conclusión (Cass. 12-1-1978, núm. 124). Por lo demás, es necesario abundar una vez más en lo injustificado del tratamiento diferenciado del *habitacionista* frente al usufructuario en inmuebles en régimen de propiedad horizontal, a los que se les niega idéntico derecho para asistir y votar en Junta en representación del propietario, a pesar de su similar estatuto (sobre este particular, *vid.* FLORES RODRÍGUEZ, J.: “El nuevo artículo 822 CC: el derecho de habitación sobre la vivienda habitual como fórmula de tutela sucesoria preventiva en beneficio del discapacitado”, RJN, número 54, abril-junio 2005, p. 77).

El acta de la reunión en la que se documenta el nombramiento, a la que son aplicables los requisitos exigidos en el artículo 19 LPH, será extendida y firmada por el que en ese mismo momento sea designado secretario o secretario-administrador, con el visto bueno del que finalmente sea declarado presidente, si bien todos los cargos, como ya se ha indicado, pueden concurrir en dicha persona, en cuyo caso bastará su sola firma.

b) *Nombramiento en Junta general extraordinaria.*

Aunque nada obsta para que la propuesta de administrador se realice en la misma Junta de constitución, la experiencia profesional nos dice que, si bien no suele haber problemas a la hora de designar presidente, el cargo de administrador, especialmente cuando se trata de un tercero ajeno a la comunidad, suele “coger por sorpresa” a los comuneros que incluso acaban de conocerse en ese mismo acto. Mientras que en el Derecho italiano la doctrina aconseja que en el orden del día de la Junta de constitución se incluya “la eventual propuesta de nombramiento de personas idóneas y dispuestas a aceptar el encargo (el de administrador)”, esta propuesta tiene necesariamente una justificación de mayor alcance que en nuestro Derecho, en la medida en que las normas de condominio italianas desconocen la figura del presidente y del secretario, bajo pena de nulidad (25), recayendo sus funciones, especialmente las relativas a la representación de la comunidad, en el administrador, que se convierte así en figura clave absolutamente imprescindible.

En este mismo orden de cosas, al margen ya de la Junta de constitución, no cabe duda de que lo más habitual es que la comunidad, a través de su presidente o de la cuarta parte de propietarios, o de propietarios que representen la cuarta parte de las cuotas de participación, se vea forzada a convocar una Junta general de naturaleza *extraordinaria*, a la vista del cese, remoción o finalización del mandato del administrador, y de la necesidad de su sustitución por uno nuevo. Llegado este punto, debemos dar por reproducido todo lo señalado anteriormente para la Junta de constitución.

No obstante, es más que probable que el nombramiento del administrador se incluya entre los asuntos que deba tratar la Junta general *ordinaria*, en la medida en que ésta tiene que tener lugar al menos una vez al año y de que la duración de los cargos tienen precisamente este plazo, de acuerdo con lo establecido en el artículo 13.7 LPH.

(25) Efectivamente, el nombramiento de presidente y/o secretario no se encuentra previsto en ninguna norma del condominio bajo pena de nulidad de la decisión de nombramiento de estos cargos [LAZZARO (F.) y STINCARDINI (W.): ob. cit., p. 49].

c) *Nombramiento en Junta universal.*

Prevé el último inciso del artículo 16.3 LPH que la Junta podrá reunirse válidamente aun sin la convocatoria del presidente, siempre que concurra la totalidad de los propietarios y así lo decidan. No exige la LPH que esta asistencia sea personal, por lo que es admisible, en nuestra opinión, que lo sea también por representación, siempre y cuando se cumplan los requisitos establecidos en el artículo 15.1 LPH (26).

Ahora bien, debe recordarse que el artículo 15.2 LPH permite a los propietarios que no estén al corriente en el pago de todas las deudas vencidas con la comunidad y no hubiesen impugnado judicialmente las mismas, o procedido a la consignación judicial o notarial de la suma adeudada, deliberar en la asamblea, pero, sin embargo, les priva del derecho de voto.

Esta última observación tiene especial trascendencia, porque en la Junta universal, a diferencia de la general, también pueden votar los propietarios morosos, dado que en el momento de la celebración de la Junta universal se desconoce quiénes son los propietarios deudores, ni se les ha advertido de que no podrán votar si no se ponen al corriente en el cumplimiento de sus obligaciones con la comunidad. Por tanto, si previamente no se les ha intimado con esa advertencia de pago, en realidad, no tendrán la consideración de deudores morosos (art. 1.100 CC). Con razón, por tanto, en caso de realizarse una de estas Juntas universales, los propietarios deudores también podrán votar y, desde luego, podrán estar presentes o válidamente representados para que dicha Junta universal pueda celebrarse (27).

Por tanto, no hay inconveniente legal alguno para que el nombramiento o el cese del administrador tenga lugar en una Junta de naturaleza universal.

B) *La inclusión en el orden del día del nombramiento como presupuesto básico.*

Tanto la doctrina como la jurisprudencia han sido en extremo rigurosas, de forma constante, a la hora de exigir para la validez de los acuerdos adoptados, entre ellos el del nombramiento de cualquier cargo, como el administrador, que el asunto venga expresamente recogido en el orden del día de la convocatoria.

(26) *La asistencia a la Junta de propietarios será personal o por representación legal o voluntaria, bastando para acreditar ésta un escrito firmado por el propietario* (art. 15.1 LPH).

(27) ESTRUCH ESTRUCH (J.) y VERDERA SERVER (R.): ob. cit., p. 90.

La jurisprudencia se ha pronunciado en numerosas ocasiones determinando que el mandato contenido en el artículo 16.2 LPH, que exige que en la convocatoria se indiquen los asuntos a tratar, hora y lugar de la Junta, sólo viene a referirse a la descripción de la materia con sus notas individualizadas de referencia a los asuntos a estudiar, sobre la cual habrá de versar la Junta y, naturalmente, sin que ello exija en rigor la exposición previa de todos los datos o instrumentos de conocimiento precisos para poder participar o deliberar de forma decidida en dicha Junta (STS de 16 de abril de 1993, EDJ 1993/3595; SSAP Lleida de 25 de octubre de 2001, EDJ 2001/68603; de Valencia de 27 de noviembre de 2000, EDJ 2000/56352; o de Segovia, de 26 de noviembre de 1997, EDJ 1997/17245).

No es por tanto necesario, para considerar cumplido el presupuesto legal contenido en el artículo 16.2 LPH, que se facilite a los comuneros una información cabal y precisa que les permita tomar conciencia sobre todos los aspectos de las cuestiones a tratar. Tal y como expone la STS de 16 de abril de 1993, EDJ 1993/3595, entre otras, no se puede entender que con la sanción del citado artículo 16 LPH se haya integrado *ope legis* un auténtico derecho de información análogo al que, por ejemplo, impone la normativa que regula las sociedades anónimas.

Sintetizando y aplicando esta doctrina al caso que nos ocupa, podría concluirse que bastará para nombrar o cesar a un administrador que este asunto venga así expresado, de forma llana, en el orden del día de la convocatoria, teniendo presente que se trata de uno más de los órganos de gobierno de la comunidad, no siendo exigible, por tanto, la expresión del concreto nombre y apellidos, o el montante del presupuesto de honorarios si se aborda la designación de un administrador profesional.

Claro está que lo que no puede hacerse es prescindir de toda mención al asunto, ya que esa misma jurisprudencia exige que en el orden del día se consignen los asuntos a tratar en la Junta, para que puedan llegar a conocimiento de los interesados, porque de otra forma, siendo la asistencia meramente voluntaria, sería fácil prescindir de la voluntad de determinados propietarios. Por ello no considera admisible con carácter general la adopción de acuerdos que no estén en el orden del día, ni tan siquiera bajo el epígrafe de ruegos y preguntas, por considerarse sorpresivo para la buena fe de los propietarios (STS de 10 de noviembre de 2004, EDJ 2004/174116).

Para acabar, el asunto del nombramiento o cese puede incluirse en puridad en el orden del día de cualquier Junta, es decir, la cuestión puede tratarse tantas veces como lo estime oportuno el presidente, por iniciativa propia o a solicitud de cualquier propietario interesado en uso de la facultad que le confiere el párrafo segundo del artículo 16.2 LPH

(28), o a requerimiento del veinticinco por ciento de los votos o cuotas de la comunidad.

C) *Mayoría necesaria para el nombramiento.*

Este nombramiento constituye una cuestión de administración ordinaria, por lo que debe adoptarse, en primera convocatoria, por la mayoría del total de propietarios que a su vez represente la mayoría de las cuotas de participación —no debe olvidarse que la ley exige en todo momento la concurrencia de la doble mayoría, de propietarios y cuotas, como regla de ponderación y equilibrio de intereses—, y, en segunda convocatoria, por la mayoría de los asistentes, siempre que éstos representen, a su vez, más de la mitad del valor de las cuotas de los presentes (art. 17.3.º LPH).

A este propósito —opina MESA MARRERO— resulta más sencillo el nombramiento en segunda convocatoria, ya que los criterios son sensiblemente más favorables (29), opinión que no hace sino confirmar lo que en la práctica diaria no es sino la regla general en la mayoría de las organizaciones regidas por este doble criterio ponderado y que, como recuerda esta misma autora, constituye un paliativo contra la ausencia de los propietarios debidamente notificados y no una segunda oportunidad para adoptar acuerdos que no fueron adoptados en una primera Junta válidamente constituida (30).

Pero cosa diferente es que la segunda convocatoria puede convertirse en una segunda oportunidad para hacer triunfar la propuesta rechazada en la primera convocatoria. Es decir, constituida la Junta en primera convocatoria al haber asistido la mayoría de los propietarios y de sus correspondientes coeficientes o cuotas de participación, es factible que la Junta rechace al candidato a administrador propuesto, lo que excluye que la cuestión del nombramiento pueda, con abuso de derecho, tratarse nuevamente en segunda convocatoria aprovechando la mayoría inferior exigida para este caso, en la medida en que esta segunda Junta sólo está prevista para aquellos casos en que no ha podido constituirse formalmente la primera convocatoria.

(28) *Cualquier propietario podrá pedir que la Junta de propietarios estudie y se pronuncie sobre cualquier tema de interés para la comunidad; a tal efecto dirigirá escrito, en el que especifique claramente los asuntos que pide sean tratados, al presidente, el cual los incluirá en el orden del día de la siguiente Junta que se celebre* (art. 16.2 LPH).

(29) MESA MARRERO, C.: *El presidente de la comunidad de propietarios*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, p. 41.

(30) Asimismo, GONZÁLEZ CARRASCO, M.ª C.: “Comentario al artículo 16 LPH”, en *Comentarios a la Ley de Propiedad Horizontal*, coordinado por BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Aranzadi, Pamplona, 1990, p. 480.

No cabe tampoco exigir una mayoría cualificada para la provisión del cargo y, menos aún, la unanimidad prevista exclusivamente para las modificaciones del título o de los Estatutos, o para autorizar cualquier alteración sustancial de los elementos comunes (arts. 12 y 17.1 LPH). El administrador, a diferencia del portero o conserje, o de otros servicios contratados como el de vigilancia –previstos todos ellos expresamente en el art. 17.1 LPH–, no es un “servicio de interés general” a implantar *ex novo* en el edificio, sino un órgano de gobierno de la comunidad. Por ello, no cabe exigir para su designación la mayoría de las tres quintas partes del total de propietarios que a su vez represente las tres quintas partes de las cuotas de participación que sí se exige para la implantación de esos servicios, o para la contratación de aquellos empleados, incluso en aquellos casos en que, muy habitualmente, el cargo de administrador es desempeñado por terceros ajenos a la comunidad de forma profesional y remunerada.

Debe, por lo demás, rechazarse la admisión y validez de pactos o cláusulas estatutarias por las que se deroga este régimen de mayoría establecido por la ley para el nombramiento del cargo, exigiendo una mayoría superior o inferior a aquélla, por tratarse de acuerdos contrarios a la ley (artículo 18.1 LPH).

D) Diferentes sistemas de designación ordinaria de administrador.

A diferencia de lo que ocurre con el presidente de la comunidad, nada estipula la LPH sobre los sistemas por los que se pueda optar para la designación del administrador. En efecto, tras la reforma de 1999, el artículo 13.2 LPH indica que el presidente será nombrado, entre los propietarios, mediante elección o, subsidiariamente, mediante turno rotatorio o sorteo.

No obstante, la LPH ha omitido la posibilidad de nombramiento de *suplentes* que sustituyan al cargo en defecto o por imposibilidad de éste, posiblemente por la eficacia del sistema de turno rotatorio. La figura del suplente sí se recoge expresamente, sin embargo, en el BACI de 1991 (31), y no creemos que exista inconveniente para su nombramiento e intervención, en el caso del administrador, hasta la finalización del plazo,

(31) Indica el artículo 26.1 del BACI de 1991 que corresponde a la Junta decidir si, además, han de ser nombrados suplentes y si los tres cargos o dos de ellos han de recaer en una sola persona. Por su parte, el artículo 26.3 del mismo texto señala que, en caso de no haber suplente nombrado, en defecto o por imposibilidad o incompatibilidad del presidente, asumirá sus funciones el propietario de mayor cuota, y entre los de cuota igual, el de más edad. En defecto o por imposibilidad o incompatibilidad del administrador, asumirá sus funciones el secretario y, en su defecto, el presidente. En defecto o por imposibilidad o incompatibilidad del secretario, asumirá sus funciones el presidente.

incluso para solventar problemas de indisponibilidad temporal del mismo, siempre que se comunique al presidente de la comunidad y se delimite el problema de la responsabilidad.

Resulta llamativo que la LPH, a pesar de reconocer un largo elenco de órganos de gobierno, nada haya establecido sobre el procedimiento de elección de aquéllos, a diferencia de lo que ocurre con el presidente, lo que hubiera resultado *más coherente*, tal vez por entender que el régimen de elección es más que suficiente para la designación de estos cargos comunitarios, lo que no es lógico cuando éstos se desempeñan también por propietarios.

En este orden de cosas, deben distinguirse dos situaciones posibles: que el administrador sea uno de los propietarios, o que la designación recaiga en un tercero ajeno a la comunidad, tal y como posibilita la LPH. Sólo en el primer caso podremos aplicar sistemas diferentes del de elección para nombrar el cargo, pero no así cuando el administrador sea un no propietario ajeno a la comunidad –salvo si al nombramiento concurren varias ofertas de profesionales, en cuyo caso cabría como opción posible la insaculación.

Efectivamente, si pensamos que el cargo de administrador puede recaer también en el propietario que ejercerá el cargo de presidente, hecho habitual previsto expresamente en el artículo 13.5 LPH, y si tenemos en cuenta que este último puede ser designado por elección o, subsidiariamente, mediante turno rotatorio o sorteo, no vemos obstáculo para que tal opción pueda servir también para la designación del vicepresidente, del administrador o del secretario, lo que es norma general en muchos inmuebles en régimen de propiedad horizontal, en los que estos cargos, detentados por propietarios, siguen una estricta rotación mediante un turno establecido.

Además, debe partirse de la base de que el régimen de turno rotatorio o sorteo es siempre subsidiario del de elección, y que estaría previsto para aquellas situaciones en las que la Junta de propietarios, por las razones que sean, no pueda obtener la mayoría necesaria para la investidura. Si la designación del administrador no pudiera realizarse mediante elección, la Junta podría decidir el nombramiento en esa misma reunión, utilizando cualquiera de los sistemas previstos con carácter subsidiario, lo que habitualmente exige una votación previa, por mayoría de los presentes y representados (art. 17.3 LPH) para concretar el procedimiento a través del cual se va a llevar a cabo definitivamente el nombramiento: el sorteo o el turno rotatorio (32).

(32) En este sentido, MESA MARRERO, C.: ob. cit., p. 45.

Asimismo se plantea, como no podría ser de otra manera, la posible renuncia al cargo o el planteamiento de excepciones o causas justificadas que harían imposible su ejercicio, que deben seguir el mismo procedimiento que prevé el artículo 13.2 LPH para el relevo del presidente, es decir, el procedimiento de equidad ante el juez.

III. El administrador provisional. El problema de la admisibilidad de los pactos estatutarios de reserva de nombramiento de administrador por el promotor o propietario único del inmueble

1. La justificación del pacto estatutario de reserva por el promotor o propietario único del inmueble.

El Estatuto de la comunidad de propietarios es casi siempre anterior a la existencia de la copropiedad por apartamentos, ya sea porque se trata de la construcción de un inmueble destinado a ser vendido por apartamentos, ya porque se trata de la división en pisos y locales de un edificio perteneciente a un solo propietario, por voluntad del mismo, como en el caso, nada extraño, de una partición derivada de un pacto o acuerdo amigable o judicial (33).

Debemos partir, por tanto, de la regla general de que el título constitutivo de la comunidad, y sus estatutos anejos, son redactados por el propietario único del inmueble en un momento anterior, como es lógico, a la transmisión de los pisos y locales.

En la adquisición de viviendas sobre plano es una práctica cada vez más extendida que el promotor haya previsto eventuales derechos específicos de algunos propietarios, a título singular, que les permiten quedar eximidos de contribuir a ciertos servicios o instalaciones en atención a su no utilización u otras razones justificadas, como también, en lo que ahora nos interesa, normas o estipulaciones sobre la administración del condominio y la gestión de servicios comunes. Este último sería el caso de la autorización que se confiere al promotor o constructor para que nombre por su sola autoridad un administrador a fin de atender el desenvolvimiento inicial de la comunidad de propietarios, durante un tiempo razonable, normalmente un año.

La experiencia indica —comenta CONSTANTINO— que aun en los supuestos iniciales, es decir, cuando teóricamente los adquirentes podrían intervenir activamente en el discernimiento de la persona que ejercerá la administración, por tener ya conferida la cualidad de propietarios, las in-

(33) GIVORD (F.) y GIVERDON (C.): *La copropriété*, 3.^a édit., Dalloz, París, 1987, p. 265.

quietudes de participación “son casi siempre nulas”. Es decir, los adquirentes no toman conciencia de los problemas futuros que se pueden generar con la administración, y consideran la citada función como algo muy accesorio a lo principal, que es tener una unidad terminada y entregada, sin advertir que es en esa etapa cuando comenzarán a generarse las principales dificultades que pueden prolongarse durante mucho tiempo (34).

Por poner un ejemplo práctico de estas gestiones iniciales, derivado de la cotidiana experiencia profesional, las comunidades de propietarios, como entidades que necesariamente deben desenvolverse y comenzar a actuar de forma inmediata, necesitan estar dotadas desde un primer momento de un Número o Código de Identificación Fiscal (NIF o CIF), absolutamente imprescindible para formalizar contratos de servicios, suministros a nombre de la comunidad (luz, agua, mantenimiento obligatorio del ascensor, etc.), o bien para gestionar impuestos o tasas, o para solicitar el número de afiliación patronal en la Tesorería General de la Seguridad Social, para el reconocimiento de la comunidad como empresario o empleador y tener trabajadores a su servicio en régimen de dependencia laboral.

Para llevar a cabo este trámite básico e imprescindible en cualquier comunidad, nuestro sistema legal hace preciso que, en un momento anterior, el libro de actas de la comunidad haya sido diligenciado por el registrador de la propiedad (art. 19 LPH y 415 del Reglamento Hipotecario, RH). La presentación de este libro, refrendado registralmente, es fundamental en todo el proceso, pues se parte de la base de que este acto –la diligencia del libro– acredita formalmente, a efectos fiscales, laborales y administrativos, la existencia de un inmueble en régimen de propiedad horizontal apto para intervenir en el tráfico jurídico.

Esta facultad tiene una larga y estudiada tradición en otros países como Italia, y puede tener su reflejo en el contrato de enajenación que firma el comprador de una futura vivienda en un inmueble en construcción –en el que se confieren amplias facultades al promotor para redactar los estatutos–, como en el ulterior momento de la firma de la escritura pública ante notario, en la que se documenta la compraventa y su inscripción registral.

Estas cláusulas contractuales o estatutarias, desde el momento en que su constancia queda reflejada en el correspondiente asiento del Registro de la Propiedad, serían oponibles frente a terceros, especialmente frente a los sucesivos adquirentes de viviendas en el mismo inmueble, que no podrán invocar su desconocimiento, concediendo así certeza o seguridad a su contenido, así como a la facultad que el promotor se ha reservado temporalmente.

(34) CONSTANTINO, J. A.: *El administrador en el consorcio de copropietarios de la propiedad horizontal*, LexisNexis, Depalma, 4.ª ed., Buenos Aires, 2005, p. 73.

Algún autor, como LAZZARO, ha llegado a afirmar, no sin una clara justificación de fondo, que tal práctica debe reputarse lícita en cuanto consiste el medio para regular *situaciones y relaciones jurídicas en formación*, consecuentes a la verificación de las sucesivas transmisiones inmobiliarias y a la constitución del fenómeno de la copropiedad en lugar de la propiedad singular y unitaria del edificio (35).

2. El problema de la posible indisponibilidad para las partes de las normas sobre nombramiento del administrador en el Derecho español y en algunos ejemplos del Derecho comparado.

Ahora bien, este tipo de disposiciones, de reservas temporales a favor del promotor o único propietario, tienen un complejo encaje en nuestro Derecho vigente. Desde un punto de vista estrictamente objetivo, la cláusula de reserva debe ponerse en relación con el principio de *inderogabilidad* de la disciplina sobre el administrador, tal y como se encuentra reconocida en algunos Derechos, y de su indisponibilidad para las partes. Así, por ejemplo, el Derecho italiano excluye cualquier reglamentación, pacto o convención contraria a la norma que regula el nombramiento del administrador (art. 1.129 *Codice Civile*). De admitirse este principio también en nuestro Derecho civil común, la cláusula de reserva de nombramiento de administrador *ex parte venditoris* sería nula, en la medida en que contravendría una norma de derecho imperativo y, por tanto, inderogable (36).

Como se ha apuntado hace un momento, no resulta fácil trasladar todo este planteamiento a nuestro Derecho nacional, en la medida en que, por un lado, éste carece de una norma equivalente y, por otro, porque la figura del administrador italiano o francés, como tendremos más ocasiones de recordar, no es conceptualmente análoga.

No obstante, proporciona, en nuestra opinión, elementos útiles para poder formular una respuesta a este problema. Una interpretación estricta nos llevaría a la conclusión de que, en nuestro Derecho, al igual que en el italiano, la convención que pueda existir en relación con la reserva de nombramiento por parte del promotor quedaría reducida a aquellos casos, mínimos, en los que la comunidad se compone de un número inferior a cinco propietarios —el *piccolo condominio* o comunidades acogidas al régimen de administración del art. 398 CC—, pues en estos casos la ley

(35) LAZZARO (F.) y STINCARDINI (W.): ob. cit., p. 41.

(36) En la jurisprudencia italiana, cfr. Cass. 3-8-1966, número 2155; Cass. 12-1-1978, número 124.

habría preferido reservar la cuestión a la autonomía de las partes (37).

Asimismo, este pacto no puede considerarse en ningún caso ilimitado, pues ello sería contrario a lo dispuesto en el artículo 1.256 CC (38), y a la finalidad y justificación de la cláusula: permitir que exista al menos una mínima gestión o administración de la comunidad en el periodo anterior a su constitución formal, o en los primeros momentos de su andadura, eso sí, no con carácter autónomo, sino bajo la disciplina de la Junta general de propietarios. En efecto, entiende TERZAGO que, mediante estos pactos, la Junta general de propietarios podría verse así privada de sus funciones y de sus poderes, bastando la voluntad del promotor o constructor de no vender la última vivienda o local, incluso una sencilla plaza de garaje o trastero, para hacer desaparecer este límite temporal y perpetuar su entera voluntad (39).

Nuestra jurisprudencia no ha tenido ocasión de referirse a este caso concreto, si bien se ha pronunciado, con carácter general, en relación a otros derechos o facultades que puede reservarse el promotor para un momento ulterior al de la cesión de los pisos y locales (por poner varios ejemplos, puede hablarse de la reserva del derecho a efectuar instalaciones privativas en los elementos comunes, sobreelevación, alteración de elementos comunes, agregación y segregación, etc., sin necesidad de contar para ello con el previo acuerdo o autorización de la Junta general de propietarios).

Dejando a un lado las consideraciones de carácter conceptual, cabe decir que no existe inconveniente para que el promotor pudiera reservarse algunas facultades en cuanto dueño único (facultad prevista legalmente en el art. 16 RH para supuestos muy concretos), pero existe todo un repertorio de reservas que, aun siendo dueño único en el momento de constituir la propiedad horizontal, no pueden permanecer en el título por radical incompatibilidad con el régimen previsto en la LPH.

Por su parte, “una consolidada doctrina jurisprudencial —entre otras, las SSTs de 19 de julio de 1993, EDJ 1993/7313, y las que en ellas se citan

(37) En la doctrina italiana, los distintos planteamientos seguidos han conseguido perfilar minuciosamente los límites de la validez y eficacia de este tipo de cláusulas, sobre la base de lo dispuesto en el último párrafo del artículo 1.138 *Codice Civile*, que excluye, por indisponible, cualquier “reglamentación”, pacto o convención contraria a la norma que regula el nombramiento del administrador (art. 1.129 *Codice Civile*). Si el número de propietarios es inferior a cinco, la cláusula es válida y quedaría amparada por el principio de disponibilidad, dado que en este tipo de comunidad regiría una completa libertad de pacto, mientras que, desde el mismo momento en que se supera el número de propietarios previsto, la cláusula originariamente válida y eficaz, por no superar el número, se convertiría en nula e ineficaz [LAZZARO (F.) y STINCARDINI (W.): ob. cit., p. 45].

(38) *La validez y el cumplimiento de los contratos no pueden dejarse al arbitrio de uno de los contratantes* (art. 1.256 CC).

(39) TERZAGO (G.) y CELESTE (A.): ob. cit., p. 41.

de 7 de febrero de 1976, 28 de diciembre de 1984, 31 de enero de 1987 y 2 de marzo de 1989– tiene sentado, en síntesis, que no obstante la permisividad de los pactos estatutarios no contrarios a la LPH, ha de entenderse que ésta tiene un carácter imperativo que impide la validez de aquellos otros que contravienen las disposiciones de la misma y especialmente las normas [...] que en beneficio de la comunidad de dueños, imponen el consentimiento [...] de los propietarios [...], sin que, por tanto, pueda eficazmente alegarse frente a la nulidad de la norma estatutaria de la legalidad contraventora que los compradores de los pisos o locales tuvieran que aceptarla al figurar ya en los estatutos, aceptación que evidentemente encierra un pacto de adhesión, porque, en todo caso, el principio de la autonomía de la voluntad no entra en juego cuando es contrario a una norma imperativa, de conformidad con los artículos 6.3 y 1.255 ambos del CC” (en este sentido, la SAP Madrid 27 de mayo de 2002, EDJ 2002/47880).

Las cláusulas exorbitantes introducidas por el promotor en el título constitutivo son contrarias, por tanto, a las normas imperativas de la LPH y ello sería bastante para invalidar su contenido.

Además, en esta misma dirección, ha señalado la SAP Castellón de 17 de julio de 2002, EDJ 2002/112134, que “la aceptación de los compradores se produce en el seno de contratos de adhesión (art. 8 de la Ley 7/1998, de 13 de abril), en cuanto consideramos que concurren los elementos propios de esta figura, pues el contenido ha sido prefigurado por una sola de las partes y reproducido en todos los contratos [...]. Y en todo caso, nos encontramos ante cláusulas abusivas introducidas por la promotora en el título constitutivo, por ser contrarias a la buena fe y al equilibrio de prestaciones que el artículo 10.1.c) de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General de Consumidores y Usuarios, impone como límites y requisitos de las cláusulas, condiciones y estipulaciones que, con carácter general, se aplican a la oferta, promoción o venta de productos o servicios, en este caso, de viviendas. Y son cláusulas abusivas por cuanto perjudican de manera desproporcionada y no equitativa a los adquirentes, a los que se les ocultó la existencia de las citadas reservas en favor de los locales comerciales cuando suscribieran sus contratos privados y ello tras haberse otorgado ya la escritura de constitución de propiedad horizontal con anterioridad, al tiempo que se aboca a los compradores a una situación de desequilibrio en relación a los derechos que como copropietarios les debían corresponder con arreglo a ley. No de otro modo puede calificarse la voluntad del promotor que [...] en la escritura de constitución de propiedad horizontal [...], se coloca al margen y por encima de la Junta de propietarios, reservándose una serie de facultades [...] haciendo valer su única voluntad y anulando la que los copropietarios pudieran expresar en el seno del órgano de gobierno de la comunidad. Por ello, hay que entender que las cláus-

sulas que venimos comentando son nulas de pleno derecho por conculcar no sólo las normas imperativas de la LPH, sino también las exigencias del artículo 10 de la General de Consumidores y Usuarios, lo que motivará su cancelación registral (art. 38.2 de la Ley Hipotecaria, LH)”.

De todos modos, este planteamiento parte de la afirmación de un derecho, reserva o facultad estrictamente particular, en beneficio del promotor o de los sucesivos propietarios cesionarios, al margen del interés general de la comunidad. Es más, hay que destacar que cuando la jurisprudencia rechaza estas cláusulas estatutarias en favor del promotor lo hace precisamente porque no se encuentran suficientemente motivadas, “pues esto constituye un privilegio sin justificación alguna”, concluye la SAP Málaga de 11 de marzo de 1999, EDJ 1999/4405.

Por tanto, debiera ser diferente la interpretación de esas mismas facultades cuando, debiendo ser ejercitadas por el promotor, propietario o un tercero en un plazo perentorio, no están dirigidas a la satisfacción de un interés privativo, aunque tenga una cierta justificación, sino encaminadas a la consecución de un fin o beneficio exclusivamente general o común –la formación o puesta en marcha de la comunidad– como podría argüirse en el caso que nos ocupa, sin que se acredite un quebranto o perjuicio realmente evaluable a ninguno de los comuneros. En este último supuesto, el contenido de esa misma facultad participaría tanto de los derechos subjetivos como de los deberes u obligaciones impuestos por la ley y debiera reputarse lícita.

En el Derecho francés –explica VIGNERON– es también una práctica corriente de los promotores inmobiliarios o de los propietarios de inmuebles que proceden a su división horizontal (en “lots”), con el objeto de venderlo por pisos o locales, formar el estatuto (“règlement”) con anterioridad a la fecha de las respectivas transmisiones particulares, para que así consten estas cláusulas de nombramiento de síndico o administrador provisional en los correspondientes títulos notariales de transmisión (40). La Ley 66-557, de 10 de julio de 1965, sobre el estatuto de la copropiedad, no desaprueba esta técnica, que goza de una cierta y evidente utilidad (41). Pero el artículo 17 de la misma Ley –que es de orden público y por tanto inderogable– dispone que en el caso de que en la primera reunión –que nosotros llamamos reunión de constitución de la comunidad– haya sido designado un síndico o administrador por el reglamento de copropiedad o mediante cualquier otro acuerdo entre las partes, esta designación debe ser sometida a la ratificación de esa primera asamblea

(40) VIGNERON, G.: *Le Syndic de Copropriété*, 4.^a édit., LexisNexis, Litec, París, 2005, p. 11.

(41) Así lo ha reconocido la jurisprudencia francesa: Cass., 3.^a, civ., 24-10-1972, *Bull.* número 359, p. 393, JCP. 1972.IV.227, *Rev. Loyers*, 1973.107.

general. Esta necesaria confirmación de la designación del síndico provisional por la asamblea general suprime indirectamente la noción misma del síndico estatutario y las dificultades que conllevaría su revocación (42). Es decir, el asunto de la confirmación o revocación del administrador debe ir reflejado siempre en el orden del día de la primera Junta.

La ausencia de ratificación por la primera asamblea o Junta de propietarios no puede tener más efecto que hacer cesar de pleno derecho las funciones del síndico o administrador provisional (43), pero no entraña la nulidad de las deliberaciones o acuerdos de la Junta o asamblea. Ahora bien, tal y como ha señalado la jurisprudencia francesa, el síndico provisional cuya designación no ha sido ratificada carece de capacidad o legitimación para reclamar a los propietarios el pago de las cuotas de comunidad –no olvidemos que nuestro art. 21.1.º LPH autoriza asimismo al administrador para reclamar cuotas–, incluso si esta situación irregular se ha mantenido durante largos años (44). No obstante, aunque en buena técnica jurídica esta conclusión sería impecable, en nuestra opinión, se hace difícil imaginar una situación en la que al menos no se pueda defender que, al producirse la “renovación anual de la Junta de gobierno” en la que aquél se incluye, se haya ratificado asimismo el cargo y confirmado el nombramiento y su legitimación, como todos sus actos.

La organización y puesta en marcha de la comunidad de propietarios es un problema real, que existe y se repite de forma constante en la práctica profesional. Si trasladamos todos los argumentos anteriormente señalados a la realidad de nuestro régimen jurídico de propiedad horizontal, observamos que se hace ineludible proponer una solución, y que es aconsejable que ésta venga no ya de un ajuste o interpretación de la ley, sino de una reforma en el seno de la propia LPH.

Cierto es que debe aceptarse que la actuación del administrador designado por el promotor-propietario queda limitada temporalmente hasta que se produzca la constitución formal de la comunidad (por aplicación del principio *rebus sic stantibus*), es decir, la celebración de la primera Junta general de propietarios en la que se decida lo que se crea conveniente sobre el particular, ratificando o bien designando un nuevo administrador. En este último caso se produciría una *ineficacia sobrevenida, ex lege* o *tout court*, si bien, en el supuesto de que la Junta, en el seno de su competencia recobrada, no haya designado un nuevo administrador tras este cese automático, no confirmaría la continuidad o prórroga del administrador designado por el promotor (es decir, la comunidad quedaría de hecho sin

(42) GIVORD (F.) y GIVERDON (C.): ob. cit., p. 367.

(43) Cass., 3.ª, civ., 27-4-1994, *RD imm.* sept. 1994, p. 497.

(44) Cass., 3.ª, civ., 29-1-1980, *Act. Jur.* PI, 1980.397.

administrador), pudiendo ser la autoridad judicial la que designe uno nuevo, siempre y cuando admitamos en nuestro Derecho una facultad análoga a la que el artículo 1.129 *Codice Civile* italiano confiere a todo condueño, esto es, la posibilidad de interponer un recurso al juez de instancia a estos particulares efectos, como también lo reconoce, en el Derecho francés, el artículo 17 de la *Loi* de 1965 (45).

No obstante, a pesar de la claridad y lógica de este planteamiento, se trata de una facultad que al día de hoy algún sector de la doctrina española ha rechazado de plano, pues, como señala ROSAT ACED, “no puede el promotor designar un administrador previamente, por entender que es una facultad exclusiva de la Junta general (art. 14 LPH)” (46). Sin embargo, a nuestro juicio, esta conclusión resulta demasiado rigurosa.

ZANÓN MASDEU no admite que los estatutos puedan contener cláusulas en el sentido de que el cargo de administrador no pueda removerse por la Junta hasta tanto no se hayan vendido los pisos o locales del edificio, pues admitir lo contrario supondría una merma de las facultades de la Junta general, facultades que tienen un carácter necesario al estar establecidas por la Ley de forma imperativa y, por otra parte, se atribuiría una capacidad o facultad al originario propietario que compete, en todo momento, a la Junta. Pero, no obstante, admite este autor que el nombramiento tenga carácter transitorio en tanto en cuanto los condueños, al mostrar su adhesión a los estatutos o en la Junta general, no lo confirmen, pues tal nombramiento corresponde única y exclusivamente a la Junta y no al originario propietario (47).

Efectivamente, parece más razonable entender que, convenido en el contrato de enajenación del piso o local, o en los Estatutos de la comunidad, que el administrador designado con anterioridad por el constructor continúe hasta la enajenación de todos los pisos de la casa o hasta la “primera Junta”, esta situación puede perfectamente desenvolver sus efectos de forma interina y lícita, aunque ello no obste para que de forma natural se pueda decidir su remoción en cualquier momento si los propietarios así lo acuerdan, ya sea en la Junta de constitución o en otra posterior (48).

(45) “En defecto de nombramiento, el síndico será designado por el presidente del tribunal de primera instancia a requerimiento de uno o varios propietarios” (art. 17 de la Ley 65-557, de 10 de julio de 1965).

(46) ROSAT ACED, J. I.: *Comentarios a la nueva Ley de Propiedad Horizontal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, p. 139; asimismo, DIEGO CALVO, C.: *Manual práctico de propiedad horizontal*, Edit. Universidad, Buenos Aires, 1997, p. 96; VITO NAPOLI, E.: *Il Condominio negli Edifici*, Cedam, Milán, 2000, p. 451.

(47) ZANÓN MASDEU, L.: ob. cit., p. 459.

(48) En esta misma dirección, BATLLE VÁZQUEZ, M.: ob. cit., p. 165; FUENTES-LOJO, J. V.: ob. cit., p. 1889.

A) *El administrador provisional en el BACI de 1991.*

El artículo 26 del BACI de 1991 intentó una regulación de la figura del administrador provisional o interino por designación del presidente de la comunidad, aunque limitado a los casos de urgencia. En efecto, “en caso de urgencia –señalaba esta disposición– el presidente puede nombrar, con carácter provisional administrador, consignándolo en el libro de actas e incidencias. Seguidamente convocará a la Junta para que provea el nombramiento definitivo”.

Ahora bien, si esta facultad puede tener una cierta justificación en casos aislados, no resuelve el problema de fondo antes señalado en relación con la puesta en marcha de la comunidad y, en nuestra opinión, choca frontalmente con las competencias que de forma exclusiva tiene asignadas la Junta de propietarios, máxime cuando ya en casos de urgencia el presidente está dotado, a nuestro juicio, de las más amplias facultades y de que, a lo sumo, para convocar una Junta general extraordinaria al efecto, el plazo es ya de por sí bastante reducido (49).

B) *Funciones del administrador provisional.*

Correspondería a este administrador provisional la función de llevar a cabo las gestiones mínimas, pero básicas e imprescindibles en los primeros pasos de la comunidad, habida cuenta que nos encontramos ante relaciones jurídicas en formación que justificarían su intervención. Éstas serían fundamentalmente, si se opta por esta solución, convocar la primera Junta de propietarios, ya sea por iniciativa propia, si así lo autorizara la ley, o siguiendo instrucciones del promotor o de cualquiera de los propietarios, así como realizar las gestiones básicas e imprescindibles, en nombre de la comunidad, para iniciar su funcionamiento, tal y como se ha explicado anteriormente.

De hecho, en la práctica, el administrador podría proveer a la gestión de convocatoria de Junta de constitución “siguiendo instrucciones” de cualquiera de los propietarios, o del promotor si aún detenta alguna propiedad en el inmueble. Tal vez en este punto sea donde la ley tenga su mayor laguna o “zona gris” y ofrezca mayores problemas –el de la iniciativa–, pues implica en definitiva otorgar ciertas funciones de representación a una persona que no es propiamente el presidente que surge de la decisión de la Junta general o tan siquiera de un propietario.

(49) La citación para la Junta general extraordinaria se hará, cuando menos, con la antelación que sea posible para que pueda llegar a conocimiento de todos los interesados (art. 16.3 LPH).

C) Conclusiones.

Debe partirse de la premisa de que un propietario con conocimientos medios, que ocupa por primera vez un inmueble en régimen de propiedad horizontal recién construido, desconoce cuáles son los procesos necesarios para poner en funcionamiento una comunidad, es decir, para llevar a buen puerto un gran número de relaciones *en formación*, problema que se acrecienta especialmente cuando la comunidad es de grandes proporciones, convirtiendo al nuevo propietario en una persona poco apta para llevar a cabo este empeño.

Este significativo problema puede corregirse mediante diversas variables. En nuestra opinión, *de lege ferenda* son posibles al menos dos soluciones que pasan necesariamente por valorar una posible modificación de la LPH:

1.^a Obligando al promotor del inmueble o a cualquiera de los propietarios, cuando el número de propietarios sea ya superior a cuatro, a convocar forzosamente la Junta de constitución. A tal fin, sería conveniente reformar, a título informativo, el artículo 16.1 LPH, indicando que también se reunirá la Junta general, en *Junta de constitución* o *primera Junta*, cuando el número de propietarios sea superior a cuatro, para el nombramiento de los cargos a los que se refiere el artículo 13.1 LPH, a iniciativa del promotor o de cualquier propietario.

Este es, precisamente, el régimen por el que se ha optado en Argentina para el nombramiento de *administrador provisorio*. En efecto, *terminada la construcción y aunque no medie tradición, el propietario convocará a los adquirentes con contratos debidamente registrados a una asamblea dentro de los 30 días de concluida aquélla, a fin de designar administrador provisorio, el que será elegido por simple mayoría. La mayoría se determinará según los porcentajes asignados a las respectivas unidades en el proyecto de subdivisión* (art. 25 de la Ley argentina 19.724, de 6 de julio de 1972, de Prehorizontalidad).

2.^a Otorgando reconocimiento legal a la figura del *administrador provisional*, como hace el artículo 17 de la Ley francesa de copropiedad, de tal forma que el promotor quede obligado por ministerio de la ley a designar un administrador interino a quien corresponda realizar todas esas funciones mínimas e imprescindibles, haciendo constar esta designación en los Estatutos de la comunidad por las necesidades de la propia seguridad del tráfico. Efectivamente, esta designación provisional de administrador, al constar documentalmente en los Estatutos elaborados por el promotor en el momento en que es propietario único del inmueble, evi-

ta cualquier problema formal o de prueba a la hora de acreditar la legitimación del mismo para realizar cuantas gestiones sean necesarias.

El administrador interino gozará de funciones de representación de la comunidad de propietarios, estará legitimado para instar la diligencia del libro de actas en el Registro de la Propiedad y verificará especialmente si el número de propietarios es superior a cuatro, en cuyo momento vendrá obligado a convocar *per se* la Junta de constitución o primera Junta, uno de cuyos primeros puntos será necesariamente la remoción o continuidad del propio administrador interino. Por lo demás, es aconsejable limitar su duración en el tiempo, estableciendo un plazo al efecto.

IV. El administrador judicial

1. El recurso ante el juez para la designación de administrador en el Derecho español: supuestos.

El procedimiento de designación judicial del administrador de la comunidad de propietarios tiene siempre carácter subsidiario, y sólo podría ser utilizado cuando la asamblea general, a pesar de haberse reunido, no haya podido designar a nadie para ese cargo (50), o haya sido también imposible que el mismo sea asumido por el presidente, como cuando la comunidad, por las razones que sean, no sea convocada, con notoria obstrucción o abuso, abandono o negligencia, para elegir un administrador.

Mientras que en otros ejemplos del Derecho comparado —como luego veremos—, la Ley prevé que cualquier propietario pueda interponer un recurso al juez de instancia cuando no se nombra o no resulta posible nombrar administrador, configurando un auténtico “derecho subjetivo al administrador”, e institucionalizando definitivamente este cargo en el régimen de copropiedad, no ocurre lo mismo en nuestro Derecho común. La justificación habría que buscarla en el hecho de que estos Derechos desconocen, como ya se ha señalado anteriormente, la figura del presidente —como el italiano—, o porque cuando éste existe carece de poder de representación por haber sido atribuida esta potestad *ex lege* al administrador —como el alemán—. Y es que la ausencia de administrador en estos regímenes jurídicos implica la paralización de la comunidad, carente del imprescindible órgano ejecutivo, al aglutinar en un único órgano —y, por tanto, en una misma persona— tanto las funciones representativa como de gestión y administración.

(50) VIGNERON, G.: ob. cit., p. 14.

Nuestro régimen de propiedad horizontal contempla varios supuestos de acción o recurso con el objeto de solicitar el auxilio judicial para la investidura del administrador.

- El primero de ellos se plantea, por la remisión que el artículo 15.8 LPH hace al artículo 398 CC, cuando en el régimen de administración de la copropiedad ordinaria no se puedan adoptar las mayorías precisas para la gestión y mejor disfrute de la cosa común, o el acuerdo de ésta fuere gravemente perjudicial a los interesados, en cuyo caso el juez proveerá, a instancia de parte, lo que corresponda, incluso nombrando un administrador.
- El segundo de ellos, que tendría una idéntica fundamentación, pero que tampoco resulta mucho más probable, se encuentra previsto en el último párrafo del artículo 17.3 LPH, y es general para todos los casos en que no puede alcanzarse la doble mayoría prevista en dicho precepto –pensemos que se obtiene la mayoría de votos, pero no la de cuotas, o viceversa, por lo que no existiría acuerdo–, lo que incluye la hipótesis de que se esté debatiendo el nombramiento de un administrador, en cuyo caso *el juez, a instancia de parte deducida en el mes siguiente a la fecha de la segunda Junta, y oyendo en comparecencia los contradictores previamente citados, resolverá en equidad lo que proceda dentro de veinte días, contados desde la petición, haciendo pronunciamiento sobre el pago de costas* (51).
- Por último, sin embargo, sí prevé la LPH el recurso al juez de instancia en otro supuesto diferente, *cuando fuese imposible para la Junta designar presidente de la comunidad* (art. 13.2 LPH *in fine*). Debe observarse que nada obsta a que, por este medio, se realice una designación acumulada de los cargos de presidente y administrador.

Aun cuando no pueda compararse la figura del administrador extranjero con el que se encuentra regulado en nuestra LPH, por sus propios perfiles notablemente diferentes al español, entendemos que hoy en día no existe justificación para admitir la restricción del citado recurso al juez de instancia sólo para aquellos casos en que fuese imposible designar presidente, o cuando no haya podido formarse la doble mayoría. Debemos partir de la base de que el administrador se encuentra regulado en la LPH

(51) En aquellos casos en que la Junta no reúne la mayoría prevista en primera y segunda instancia habrá de hacerlo el juez, en virtud de lo dispuesto en la actual norma 3.ª del artículo 17 LPH, siempre con libertad de criterio, y en persona de su confianza (FUENTES-LOJO, J. V.: ob. cit., p. 1889).

como un órgano necesario, y de que el fenómeno de la falta de acuerdo sobre la persona del administrador –que en la mayoría de los casos asume también las funciones de secretario–, ocasionada por las discrepancias sobre su designación, incluso sobre el procedimiento para llevarla a efecto, constituyen un hecho social frecuente y contrastado que requiere una respuesta jurídica adecuada.

La jurisprudencia también se ha inclinado por esta posibilidad, al declarar que cuando, por la causa que fuere, no se hayan constituido los órganos previstos en la Ley, puede, el que estime vulnerado el régimen de la propiedad horizontal, o se estime perjudicado por los actos de otro propietario, instar la formación de dichos órganos gestores o acudir directamente a la autoridad judicial ejercitando la correspondiente acción judicial (en este sentido, cabe citar la SAP Asturias de 11 de septiembre de 1998, EDJ 1998/25970).

En la práctica no es infrecuente la hipótesis de que el presidente no acepte ser a su vez administrador cuando la comunidad no ha proveído de este órgano, o que los estatutos de la comunidad hayan previsto este cargo separadamente de la presidencia. En efecto, pensemos que la decisión mayoritaria de la comunidad haya sido la de no designar un administrador, sobre todo cuando las circunstancias aconsejan la intervención de un profesional, y cualquier comunero estime que esta decisión es perjudicial para los intereses de la comunidad, lo que es posible si la misma tiene un tamaño medio o grande. Por ello, no resulta razonable que sólo quepa recurso por esta causa cuando la comunidad se compone de menos de cinco propietarios y haya optado en sus estatutos por el régimen de administración previsto en el artículo 398 CC –que admite esta acción cuando cualquiera de los cuatro propietarios considere que el acuerdo adoptado por los demás *fuere gravemente perjudicial a los interesados en la cosa común*–, mientras que el recurso es rechazado, en idéntico caso, cuando la comunidad se compone de cientos de comuneros, como es habitual en las grandes urbanizaciones.

Si el resultado de la votación es contrario a la designación de administrador, y el presidente no quiera asumirlo, o bien no pueda, tampoco resulta justificada la solución de acudir a la impugnación judicial del acuerdo contrario al nombramiento por cualquiera de las causas previstas, artículo 18.1 LPH –ilicitud del acuerdo por no proveer de un órgano necesario, acuerdo gravemente lesivo para los intereses de la comunidad en beneficio de uno o varios propietarios, o grave perjuicio para algún propietario que no tenga obligación jurídica de soportarlo–, pues ello implica la necesidad de que el perjudicado acuda a los cauces del juicio ordinario (art. 249.1.8.º LEC), lo que resulta absolutamente desproporcionado económica y procesalmente si lo comparamos con el juicio de equidad al

que la Ley remite en igual caso cuando el que no puede resultar designado es el presidente de la comunidad (art. 13.2 *in fine* LPH).

En este sentido, entiende GONZÁLEZ CARRASCO que la solución será que el juez, a instancia de parte, deba resolver en equidad lo que proceda (art. 17.3 LPH). La petición podrá dirigirse entonces al nombramiento por el juez de un administrador profesional de entre la lista que le proporcione el Colegio Profesional de Administradores de Fincas, o el nombramiento de otro propietario que esté dispuesto a aceptar el cargo, pero no a la atribución de las funciones de administrador al presidente, en aquel caso en que esta solución sea contraria a lo dispuesto en los Estatutos, lo que vulneraría el principio de libertad de organización interna de la comunidad (52).

El matiz es extraordinariamente importante, sobre todo si lo analizamos desde el principio de justicia de proximidad, pues —debemos insistir nuevamente en esta cuestión— mientras que el recurso aquí previsto se sustancia mediante un sencillo juicio de equidad, en el segundo caso el propietario afectado se vería obligado a plantear un juicio ordinario, con todos los graves inconvenientes que ello comporta, en una cuestión que, a nuestro juicio, debería estar atribuida a la *jurisdicción voluntaria*.

Por todo ello, es nuestra obligación reclamar un criterio unificado en este ámbito, tanto para el presidente de la comunidad de propietarios como para la designación de administrador y/o secretario.

2. El recurso ante el juez para la designación de administrador judicial cuando no es posible proveer el cargo de presidente.

Es posible, en puridad, que las circunstancias determinen la imposibilidad de designar presidente, en cuyo caso nada obsta para que judicialmente pueda reclamarse el nombramiento de un administrador judicial que asuma las funciones correspondientes a este órgano. No hay que olvidar que la opción se encuentra expresamente prevista en el artículo 398 CC y que esta norma tiene carácter supletorio respecto de otras leyes, incluso de la LPH (art. 4.3 CC).

La doctrina, con notable acierto, se ha referido a la cuestión al hilo del planteamiento de sucesivas causas de relevo en el cargo de presidente que hagan imposible su nombramiento, lo que origina el problema de cómo conjugar el contenido de la solución judicial en equidad con la necesidad de que el presidente sea propietario. En este caso —sugiere GONZÁLEZ CARRASCO—, la solución más equitativa será la de eliminar los inconvenientes que justificaron los relevos, obligando a la comunidad a

(52) GONZÁLEZ CARRASCO, M.^a C.: “Comentario al artículo 13”, ob. cit., p. 391.

designar un administrador profesional, al que la Junta ampliaría seguidamente sus competencias al máximo de lo permitido en la Ley, a través de las competencias indeterminadas que contempla el artículo 20 f) LPH. La descarga operada en el ámbito funcional del presidente, junto con la ampliación de facultades conferidas al administrador profesional impuesto, acercarán de hecho la administración comunitaria al régimen previsto en el artículo 398 CC (53).

Esta idea se recoge en el Derecho francés, que distingue dos situaciones de posible ausencia de representación de la comunidad (síndico) en las que se hace necesario nombrar un administrador provisional. Así, en caso de concurrir impedimento en el síndico, o de imposibilidad para ejercer los derechos y funciones del sindicato, y en ausencia de reglamento, puede nombrarse un administrador provisional por resolución judicial (art. 18 de la Ley de 1965). Asimismo, el artículo 47 del Decreto de 1967 indica que en todos aquellos casos en los que el sindicato esté desprovisto de síndico, el presidente del tribunal de primera instancia podrá designar un administrador provisional a requerimiento de cualquier interesado, que se encargará, especialmente, de los fondos de la comunidad, del conjunto de documentos y archivos y de convocar la asamblea para la designación del síndico.

También en el Derecho argentino la doctrina se ha planteado una posible solución a los casos en que, por múltiples razones, no se ha podido formalizar un nombramiento reglamentario de la persona que ejercerá el cargo de presidente, ya sea por falta de las mayorías necesarias en la asamblea o por falta de quórum, por muerte, incapacidad, remoción previa, etc., solución que pasa, a juicio de PALMIERO, por el nombramiento de un “administrador provisorio” (54). En estos casos, los copropietarios reunidos *ad referendum* —como dice CONSTANTINO— podrían nombrar a una persona para que cubra temporalmente el cargo mientras se sustancia la convocatoria de una asamblea general ordinaria, extraordinaria o judicial. Existiría la posibilidad de poder solicitar una medida cautelar genérica, consistente en un nombramiento provisorio avalado judicialmente mientras se resolviera definitivamente la situación. Asimismo, puede que este “administrador provisorio” necesite realizar gestiones administrativas, incluso judiciales, o contratar con terceros en casos de urgencia, seguros vencidos, etc. (55).

(53) *Ibíd.*, p. 369.

(54) PALMIERO, A. R.: *Tratado de la propiedad horizontal*, Depalma, Buenos Aires, 1974, pp. 239 y ss.

(55) CONSTANTINO, J. A.: *ob. cit.*, p. 77; GABAS, A. A.: *Manual teórico-práctico de propiedad horizontal*, Hammurabi, Buenos Aires, 1987, p. 256.

3. El recurso ante el juez para la designación de administrador en algunos ejemplos del Derecho comparado.

En el Derecho comparado, como hemos visto, se parte del presupuesto de que el administrador ostenta la representación de la comunidad y, a grandes rasgos –a riesgo de simplificar demasiado–, asume las funciones que en nuestra LPH se confieren al presidente, entre las que se encontrarían, evidentemente, la de convocar una Junta extraordinaria para la designación del resto de cargos, siempre y cuando éstos estén contemplados legalmente o sean admisibles. De ahí la justificación de un recurso ante el juez para que proceda a su designación, como ya se ha visto, desbloqueando la marcha de la comunidad.

Por poner algunos ejemplos, aparte de los ya mencionados, puede citarse el § 21.3 *Wohnungseigentumsgesetz* (WEG) cuando dispone que cada propietario podrá pedir una administración acorde con el reglamento y los acuerdos de la Junta, y que en el caso de que éstos no existan podrá exigir una administración que según un juicio equitativo corresponda al interés de la totalidad de los comuneros; mientras que, en el mismo sentido, el § 26.3 WEG establece que cuando no exista administrador se nombrará por el juez uno en casos de urgencia, hasta que se solucione la falta del mismo, por encargo de uno de los titulares o de un tercero que tenga un interés justificado en el nombramiento.

El Derecho francés parte del mismo presupuesto y así reconoce que cuando el sindicato no haya podido proveer al nombramiento, el síndico (administrador) será designado por el presidente del tribunal a solicitud de uno o varios propietarios (arts. 46 y 47 del *Décret* de 1967). Las funciones del síndico judicial cesan de pleno derecho desde el momento en que el nuevo síndico designado por la asamblea acepta el mandato.

El artículo 10 de la Ley 13.512 de Propiedad Horizontal argentina admite la posibilidad de acudir al juez, cuando no fuera posible lograr la reunión de la mayoría necesaria de propietarios, solicitando que sea éste el que convoque la reunión, que se llevará a cabo en presencia suya y quedará autorizado a tomar medidas urgentes (entre las cuales cabría el nombramiento de administrador, al menos, como hemos expuesto anteriormente, de forma “provisoria”). El juez deberá resolver en forma sumarísima, sin más procedimientos que una audiencia y deberá citar a los propietarios en la forma que procesalmente corresponda a fin de escucharlos.

Por último, en el caso específico del recurso judicial para el nombramiento de administrador por parte del juez, a la vista de lo dispuesto en el artículo 1.129 de *Codice Civile* italiano, el objeto del juicio no es tanto la institución del órgano como la designación concreta de la persona que

debe elegirse como administrador, pues nada obsta a que el recurrente pueda indicar el sujeto que considere más idóneo para ser nombrado, incluso que se proponga a sí mismo a estos concretos efectos. Sin embargo, como reconoce tanto la doctrina (56) como la jurisprudencia italiana (57), cumple exclusivamente una función eventual, interina o provisional hasta la solución definitiva.

4. Administración *de facto*.

Se han justificado en la doctrina –en la italiana fundamentalmente– otras fórmulas paralelas que permitirían una administración *de facto*, o al menos de forma interina cuando no existe administrador y el presidente no quiera aceptar el cargo, propuestas de soluciones que permitirían el desbloqueo de la comunidad al margen del recurso ante el juez. Según nuestro criterio, no existiría inconveniente para que, al menos, puedan ser explicadas en su posible relación y aplicación en nuestro Derecho nacional.

Y es que, si avanzamos en esta cuestión, puede ocurrir que ningún propietario se haga cargo de la convocatoria de la Junta –si partimos de la base de una Junta de constitución–, para la designación de los órganos de administración, lo que tendría una cierta justificación cuando el número de propietarios es muy reducido y pueden valerse por sí mismos para atender a las necesidades de la comunidad. De otra parte, porque, en ausencia de cargos, la asamblea podría ser convocada a instancia de cualquier propietario (en el Derecho italiano, aunque no en el español, esta posibilidad está contemplada en el art. 66.2 *Codice Civile*), pudiendo ser utilizada esta reunión para resolver las cuestiones de administración, confiando, cuando ello fuera necesario, un mandato singular a uno de los comuneros en función del negocio encomendado, máxime cuando la ausencia de administrador –entiéndase presidente– no se encuentra sancionada por la Ley.

En nuestra opinión, esta forma de administración no puede sostenerse ni reproducirse en el régimen jurídico de propiedad horizontal español, ni de derecho –lo que tal vez resultaría lo más fácil–, ni de hecho, por cuanto en la práctica diaria, fundamentalmente a la hora de documentar dichas relaciones y su acreditación ante terceros (bancos, hacienda, registros, etc.), no resulta recomendable una gestión de estas características.

(56) TERZAGO (G.) y CELESTE (A.): ob. cit., p. 60.

(57) Cass. 13-11-1996, número 9942.

5. El administrador judicial como sustituto del presidente en situaciones especiales.

Una opinión cada vez más extendida en la doctrina es la conveniencia de que en determinadas situaciones pueda ser designado un administrador que asuma las funciones que corresponden al presidente de la comunidad. Como ya hemos visto anteriormente, el principio de que el administrador –como único órgano ejecutivo de representación y administración– asuma las funciones básicas que corresponderían al presidente es norma general en buena parte del Derecho comparado.

Un ejemplo razonable lo encontraríamos en aquellos casos en que, habiéndose producido litigiosidad sobre el nombramiento, capacidad o legitimidad del presidente y vicepresidente –de existir este último–, haya declarado el juez su cese, y hasta el momento en que la comunidad o el juez no provea de nuevo el cargo; o cuando el inmueble, como parte del caudal hereditario objeto de procedimiento judicial, esté constituido en régimen de propiedad horizontal, incluso en situaciones de prehorizontalidad, y la coyuntura aconseje el nombramiento de administrador a todos los efectos, máxime cuando deban rendirse cuentas periódicamente al juez de instancia de la administración judicial que se haya constituido (arts. 797 y ss. LEC).

El nuevo artículo 22.1 LPH, añadido por la Ley 8/1999, de 6 de abril, dispone que *la comunidad de propietarios responderá de sus deudas frente a terceros con todos los fondos y créditos a su favor*, lo que, en caso de realización del crédito existente frente a la comunidad, podría plantear la hipótesis de la aplicación de las disposiciones contenidas en los artículos 630 y ss. LEC. Siendo el presidente propietario y, por tanto, también interesado, no resulta difícil concluir que sus funciones deban ser asumidas por un administrador judicial.

V. Bibliografía

- AAVV: *Conjuntos inmobiliarios y multipropiedad, ponencias y proyectos de Ley sobre conjuntos inmobiliarios*, Asociación de Profesores de Derecho Civil, José M.^a Bosch edit., Barcelona, 1993.
- BATLLE VÁZQUEZ, M.: *La propiedad de casas por pisos*, Marfil, Alcoy, 1973.
- BRANCA, G.: “Comunione. Condominio negli edifici (libro terzo: proprietà, arts. 1.100-1.139)”, Scialoja y Branca (dir.), *Commentario del Codice Civile*, 4.^a ed., Zanichelli – Foro Italiano, Bologna-Roma, 1965.
- CALVO MEJIDE, A.: “La figura del presidente. Personalidad, caracteres y funciones”, *Boletín de Propiedad Horizontal de El Derecho*, número 45, octubre 2004, pp. 2 y ss.
- DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M.: *Estudios de Derecho Civil*, Montecorvo, Madrid, 1985.
- CONSTANTINO, J. A.: *El administrador en el consorcio de copropietarios de la propiedad horizontal*, LexisNexis, Depalma, 4.^a ed., Buenos Aires, 2005.
- DIEGO CALVO, C.: *Manual práctico de propiedad horizontal*, Edit. Universidad, Buenos Aires, 1997.
- ECHEVERRÍA SUMMERS, F. M.: *El estatuto de la propiedad horizontal*, Comares, Granada, 2000.
- ESTRUCH ESTRUCH (J.) y VERDERA SERVER (R.): *La Junta de Propietarios: constitución, acuerdos e impugnación*, Aranzadi, Pamplona, 2000.
- FAYOL, H.: *Administration Générale: prévoyance organisation-commandement coordination-contrôle*, Dunod, París, 1950.
- FLORES RODRÍGUEZ, J.: “El nuevo artículo 822 CC: el derecho de habitación sobre la vivienda habitual como fórmula de tutela sucesoria preventiva en beneficio del discapacitado”, RJN, número 54, abril-junio 2005, pp. 37 y ss.
- FUENTES-LOJO, J. V.: *Novísima Suma de la propiedad horizontal*, José M.^a Bosch edit., Barcelona, 1998.
- GABAS, A. A.: *Manual teórico-práctico de propiedad horizontal*, Hammurabi, Buenos Aires, 1987.
- GIVORD (F.) y GIVERDON (C.): *La copropriété*, 3.^a édit., Dalloz, París, 1987.
- GÓMEZ-FERRER SAPIÑA, R.: *La responsabilidad del presidente de la comunidad de propietarios*, Consejo General del Notariado, Madrid, 2003.
- GONZÁLEZ CARRASCO, M.^a C.: *Comentarios a la Ley de Propiedad Horizontal*, coordinado por BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Aranzadi, Pamplona, 1990.
- LAZZARO (F.) y STINCARDINI (W.): *L'Amministratore del Condominio*, Giuffrè, Milán, 1985.
- MESA MARRERO, C.: *El presidente de la comunidad de propietarios*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.
- MONTÉS PENADÉS, V.: “La propiedad horizontal como colectividad organizada”, ADC, 1972.
- NOBILE, G. A.: *L'Amministratore del Condominio*, Dittrice Dott. Eugenio Jovene, Nápoles, 1962.
- PALMIERO, A. R.: *Tratado de la propiedad horizontal*, Depalma, Buenos Aires, 1974.

- PERE RALUY, J.: "El régimen orgánico de la propiedad horizontal", *Pretor*, número 14, marzo-abril, 1963, pp. 177 y ss.
- ROSAT ACED, J. I.: *Comentarios a la nueva Ley de Propiedad Horizontal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.
- SAPENA TOMÁS, J.: "Los órganos de la propiedad horizontal: forma y eficacia de sus resoluciones", *RCDI*, número 525, marzo-abril, 1978, pp. 311 y ss.
- TERZAGO (G.) y CELESTE (A.): *L' Amministratore*, Giuffrè, Milán, 2004.
- VENTURA-TRAVERSESET, A.: *Derecho de propiedad horizontal*, 6.^a ed., Bosch, Barcelona, 2000.
- VIGNERON, G.: *Le Syndic de Copropriété*, 4.^a édit., LexisNexis, Litec, París, 2005.
- VISCO, A.: *La disciplina giuridica delle casse in condominio*, 3.^a ed., Giuffrè, Milán, 1938.
- VITO NAPOLI, E.: *Il Condominio negli Edifici*, CEDAM, Milán, 2000.
- ZANÓN MASDEU, L.: *La propiedad de casas por pisos*, Ariel, Barcelona, 1965.

EL FRACASO DEL DIVORCIO EN ESPAÑA Y EN EUROPA: ANOTACIONES A LA LEY DE 2005

GABRIEL GARCÍA CANTERO
Catedrático Emérito de Derecho Civil

“... consideramos el divorcio un producto de la corrupción de los hombres y de la sociedad. El Estado que no hace nada para evitar semejante corrupción, pues en la escuela no se enseña el verdadero sentido de la vida ni los principios objetivos de la moral, termina por aceptar el divorcio, el cual, además de concretarse en la práctica, es una idea dinámica, que por su fuerza disolvente, por contagio y por imitación, y por adecuarse sin ningún esfuerzo a los impulsos de las bajas pasiones, a todos los impulsos de la sensualidad y volubilidad del corazón, se convierte en un eficaz agente de descomposición social, que con su sanción legal introduce la inestabilidad en todas las relaciones sociales, para debilitar al Estado, desorganizar la sociedad y destruir la familia, en contubernio de esterilidad de vida, castración de ideales y liquidación de toda espiritualidad” (1).

(1) BETTINI: *Indisolubilidad del matrimonio* (Buenos Aires, 1993), p. 435. La obra, sorprendentemente, está prologada, entre otros, por Felipe González y Peces Barba. El autor, militante cristiano, fue perseguido y torturado por el régimen militar argentino, y en homenaje a su memoria se ha editado esta obra suya inédita en la que defiende la característica esencial y más conocida del matrimonio cristiano, que es la indisolubilidad, y por lo cual también la prologan miembros de la jerarquía católica argentina.

Probablemente es la última obra jurídica civil publicada en lengua castellana que tiene por tema principal la indisolubilidad matrimonial.

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO Y DE OTROS CAUSANTES EN LA PROPAGACIÓN DEL DIVORCIO LEGAL. 3. PRIMERAS CONCLUSIONES. 4. EVOLUCIÓN DE LAS CAUSAS LEGALES DE DIVORCIO EN EL SIGLO XX. 5. FUNCIONAMIENTO DEL LLAMADO SISTEMA DE DIVORCIO-SANCIÓN. 6. EL DIVORCIO-QUIEBRA. 7. EL DIVORCIO POR MUTUO CONSENTIMIENTO. 8. EL DIVORCIO SIN ALEGACIÓN DE CAUSA Y A PETICIÓN DE CUALQUIERA DE LOS CÓNYUGES. 9. EL DIVORCIO TRAMITADO ANTE LAS AUTORIDADES ADMINISTRATIVAS. 10. ALGUNAS LÍNEAS PROVISIONALES DE CONVERGENCIA. 11. LA NUEVA LEY ESPAÑOLA 15/2005, DE 8 DE JULIO, EN MATERIA DE SEPARACIÓN Y DIVORCIO. 12. EL FRACASO DEL DIVORCIO Y SUS POSIBLES REMEDIOS.

1. Introducción

Analizada en la multiplicidad de sus efectos (2), se llega a la conclusión de que la disolución del matrimonio por divorcio se ha convertido en un auténtico cáncer de la institución matrimonial, la cual ha sido, y sigue estando, de este modo minada desde dentro, de modo lento aunque inexorable, en las sociedades occidentales, especialmente a lo largo del pasado siglo XX y en los inicios del XXI. El hecho de su generalización en la gran mayoría de legislaciones civiles matrimoniales, y de su práctica universalización a todos los países del mundo (3), ya no permite que sea considerado aquel régimen jurídico como una cuestión simplemente opinable, ni como meramente accidental o secundaria en la regulación matrimonial, ni tampoco como una circunstancia regulativa menor cuya existencia no afectaría a la institución misma; por el contrario, el divorcio puede con-

(2) Me he ocupado extensamente del tema en GARCÍA CANTERO: "El divorcio en los Estados modernos", en la obra colectiva *¿Divorcio o indisolubilidad?* (Madrid, 1978), pp. 502-513.

(3) Entre los Estados integrantes de la UE únicamente lo desconoce Malta (país al que, por cierto, ninguna instancia comunitaria le ha obligado, para ingresar en aquélla, a renunciar a la indisolubilidad matrimonial conforme a sus tradiciones jurídicas). Por su parte, Chile ha dejado de ser el único país iberoamericano que conservaba aquélla dentro de su sistema de matrimonio civil obligatorio, aunque, curiosamente, su CC sigue proclamando la indisolubilidad como nota esencial del matrimonio. Cfr. GARCÍA CANTERO: "Chile estrena divorcio", AC, número 5, marzo 2005, pp. 517 y ss., especialmente p. 522. También publicado bajo el título *Marriage and divorce in Chile, The international survey of family law. Edition 2005*, pp. 155 y ss.

siderarse en realidad –permítaseme el símil bélico– como una carga de profundidad que apunta de lleno a la línea de flotación de la familia, por lo que, sin caer en catastrofismos, cabe augurar, a muy corto plazo, un naufragio total de la institución matrimonial y de la familia en la sociedad occidental. Y si, paralelamente, se mantiene la política *pro divortio*, o, al menos, la del *laissez faire*, o de la neutralidad del Estado ante los cambios familiares, cabe preguntarse: *¿Cui prodest?*

Ciertamente, otros hechos y movimientos sociológicos e ideológicos han coadyuvado y siguen coadyuvando también eficazmente en el aludido ataque al matrimonio y a la familia, y hay que reconocer que en el último cuarto de siglo han logrado notables éxitos, tales como el reconocimiento legal de algunos –o de todos– los efectos del matrimonio a las llamadas uniones de hecho, culminando últimamente en el reconocimiento del *soi-dissant* matrimonio homosexual. Aquellos eslóganes –que hoy nos parecen algo ingenuos en su formulación– del primer tercio del siglo pasado que llegaron incluso a reflejarse en el enunciado de artículos publicados en sesudas revistas jurídicas francesas (*Le crepuscule du mariage* o *L'avvenement de l'union libre*) están sorprendentemente a punto de convertirse en realidad, si bien durante el período intermedio han variado radicalmente los métodos empleados para obtener dichos fines; aquellos antifamiliaristas declarados y románticos que podría simbolizar ZOLA con su conocido *ex abrupto*: *Famille, je vous haïs!*, iban del brazo, quizá sin darse cuenta del todo, con los partidarios de ENGELS (quien sostuvo que cuando el ciudadano ya no está legitimado para poder afirmar legalmente que *esta cosa es de mi propiedad*, dejará igualmente de poder afirmar *esta mujer es mía*; es decir, desaparecida la propiedad privada desaparecerá el matrimonio); más tarde, similares propósitos se mantendrán por los propulsores de las *comunidades* de los años sesenta del pasado siglo (todavía subsistentes minoritariamente en Dinamarca, EEUU y Canadá, y hasta en alguna de nuestras Islas Afortunadas), quienes al defender la total promiscuidad en el interior de las mismas, creyeron, erróneamente, haber dado nacimiento a la primera sociedad que había logrado prescindir de cualquier vínculo jurídico familiar. Quizá lo más llamativo del último cuarto de siglo es que el movimiento antifamiliar ha decidido actuar, no ya sólo *ad extra*, sino que ha penetrado dentro de las instituciones, brindando a los cónyuges, por ejemplo, procedimientos jurídicos cada vez más rápidos y eficaces de autodestrucción, logrando que se instaure en algunos países el divorcio *ad libitum*, por decisión unilateral y sin alegación de causa.

2. La responsabilidad del Estado y de otros causantes en la propagación del divorcio legal

En abstracto no cabe negar la responsabilidad final del Estado que, en último término, propone, promulga y aplica la normativa divorcista. La historia muestra, a estos efectos, que, modernamente y a través de una doble vía, suele instaurarse el divorcio en una legislación que lo desconocía hasta ese momento; bien sea mediante un régimen revolucionario (así ocurre en Francia después de 1789, y en Portugal después de 1917, y probablemente sucedió en la España de 1932), o también en virtud de violentos acontecimientos externos que se traducen en irresistibles presiones (así el *Anschluss* en Austria, en 1938, significó la eliminación del régimen concordatario existente y la extensión a este país del régimen matrimonial nazi cuyas características todos conocemos); bien sea –supuesto hoy normal– mediante la aprobación democrática de leyes ordinarias (modificando, a veces, la Constitución opuesta a aquél, como tras varios intentos fallidos ha ocurrido en Irlanda), todo ello en virtud de mayorías parlamentarias sostenidas por partidos en cuyos programas se había inscrito previamente el tema divorcista; dándose el caso de que no siempre aquéllos respetan la eventual objeción de conciencia de sus diputados en materia tan sensible y delicada, y así se han podido contemplar, tanto actitudes heroicas de parlamentarios fieles a sus convicciones que se atreven a desafiar a sus partidos, como el caso contrario, quizá más frecuente. Si de modo muy general cabría decir que los partidos calificados *lato sensu* de izquierda suelen ser favorables al divorcio, la historia muestra casos en que aquéllos han votado a favor de la indisolubilidad [así en la primera Ley española de Matrimonio civil de 1870, o las subsiguientes mayorías de partidos laicos italianos que fueron rechazando sucesivamente en el país la introducción del divorcio desde 1865 a 1970, hasta la formación en la última fecha de un novedoso *frente laico divorcista* que se benefició de las debilidades del frente contrario (4)]; el ejemplo opuesto se produjo en Es-

(4) He escrito en otro lugar (GARCÍA CANTERO: “El divorcio en los Estados modernos”, en *loc. cit.*, p. 445):

Se ha observado, en general, que el triunfo de la Ley Fortuna fue debido a un hecho nuevo en la historia parlamentaria italiana, a saber, la formación de un frente divorcista nutrido de fuerzas políticas muy diversas, pese a lo cual ha sabido mostrarse muy unido y compacto hasta el final; su común denominador era el laicismo, y frente a él sólo quedaba la democracia cristiana, el partido monárquico y el movimiento social italiano; por primera vez en la historia política italiana, el frente antidivorcista aparecía, en contraste, desunido, inseguro y poco dispuesto a anteponer la defensa de la indisolubilidad a otras metas políticas. Singularmente extraña fue la intervención del senador LEONE, después de una reñida votación en el Senado (se aprobó la continuación de la discusión del proyecto de Ley por 155 votos contra 153), ofreciéndose a mediar en la redacción de un texto técnicamente mejorado que obtuviera una mayoría más calificada; así se consi-

pañía al redactarse la Constitución de 1978, con la actitud poco clara y, hasta cierto punto, vergonzante, en esta concreta cuestión, de la UCD (4 bis).

La experiencia demuestra que, introducido por primera vez el divorcio en un sistema jurídico determinado, resulta harto difícil volver democráticamente al primigenio régimen indisolubilista, de aquí que, a la inicial responsabilidad estatal se añade la de *mantenella y no enmendalla*, y, lo que es peor, la *huida hacia adelante* que suponen las sucesivas modificaciones legislativas encaminadas, casi exclusivamente, a facilitar más y más el divorcio, como abrumadoramente enseña la historia europea y americana del siglo xx.

Creo, no obstante, que hace falta una mayor perspectiva histórica que permita diferenciar causas y modular responsabilidades. Si bien los efectos del divorcio se han agravado considerablemente en Europa, y en el mundo occidental, a lo largo del siglo xx, es preciso remontarse como hecho decisivo a lo ocurrido algunos siglos atrás, y señalar como clave el momento histórico en que el Estado moderno empieza a disputar abiertamente a la Iglesia Católica [las demás confesiones cristianas apenas influirán en el resultado, como luego se verá, o apoyarán claramente las tesis estatales (5)] las competencias exclusivas en materia matrimonial. Contien-

guió una mayoría de 164 votos frente a 150, que permitió pasar adelante un proyecto que, de otra forma, hubiera corrido la suerte de los fracasados anteriormente.

(4 bis) La expone sucintamente GALLEGO GARCÍA: *Los cambios del Derecho de familia en España (1931-1981)*, Valencia, 2005, pp. 114 y ss.

(5) Un caso singular es el representado por las Iglesias ortodoxas orientales, que, al cabo del tiempo, terminan aceptando, en mayor o menor medida, el régimen divorcista del Estado. Así describe la inicial situación anterior al Cisma PUJOL ("El divorcio en las Iglesias ortodoxas orientales", en el vol. colectivo *El vínculo matrimonial* etc., cit., pp. 371 y ss., especialmente p. 433): 1. *La Iglesia de los primeros siglos, representada por los Padres y escritores, proclamó la indisolubilidad del matrimonio y, por consiguiente, fue contraria al divorcio.* 2. *El divorcio admitido por los Padres debe ser entendido, no en el sentido de ruptura del vínculo matrimonial, como en el derecho romano, sino en el de ruptura de la vida familiar y conyugal.* 3. *Las circunstancias del tiempo no permitían una clara imposición de la indisolubilidad matrimonial, ya que no era admitida por el derecho romano; no es, pues, de extrañar una cierta tolerancia ante uniones ilegítimas, que, sin embargo, siempre fueron condenadas por los Padres.* 4. *Las segundas nupcias, si bien nunca fueron recomendadas, por ser un indicio de incontinencia, sin embargo eran permitidas, aunque sujetas a una penitencia eclesiástica y que impedían entrar en las filas del clero.* 5. *El adulterio del hombre y de la mujer fue equiparado por algunos Padres, fundados en la ley divina; sin embargo, el adulterio del marido no siempre fue considerado motivo para el repudio.* 6. *Los argumentos en defensa de la indisolubilidad fueron: a) la autoridad de la Sagrada Escritura; b) desde su origen el matrimonio fue indisoluble, y Jesucristo devolvió al matrimonio su primera estabilidad, no como ideal sino como un precepto; c) el matrimonio tiene tal virtud unitiva que de dos personas hace una sola carne, lo cual hace imposible el divorcio verdadero; d) por el matrimonio ni el marido es dueño de su cuerpo, ni la esposa del suyo, sino que la propiedad pasa al otro; e) unirse con una tercera persona, en vida del otro cónyuge, siempre y en todos los casos es un adulterio, lo mismo en el esposo que en la esposa, aunque en el orden penitencial haya tal vez una diferencia; f) el matrimonio debe regirse por la ley evangélica y no por*

da mantenida con desiguales medios, y desarrollada con alternativas diversas a lo largo de los últimos siglos, aunque su resultado final ha sido, globalmente, negativo para los objetivos de la Iglesia católica.

Habría que diferenciar, de entrada, a partir de la Reforma, entre los Estados de mayoría católica que conservaron por mucho más tiempo la unidad religiosa, tanto jurídica como sociológicamente, y los demás Estados afectados decisivamente por aquélla (en aplicación del principio *cujus regio eius religio*). En efecto, hasta la Reforma del siglo XVI, en el ámbito de la Cristiandad medieval occidental se aceptaba que el matrimonio pertenecía a las denominadas *quaestiones mixtae*, distribuyéndose cuidadosamente la competencia jurisdiccional, de modo que lo relativo a la existencia del vínculo matrimonial y a las causas de separación correspondía a la Iglesia, mientras que el Estado entendía exclusivamente de los llamados *efectos civiles* (régimen económico del matrimonio, filiación, sucesiones, etcétera). Todo ello a salvo de algunas concretas cuestiones disputadas, especialmente en Francia (por ejemplo, la doctrina galicana sobre los consentimientos requeridos para el matrimonio de los hijos sujetos a patria potestad).

Las consecuencias de la Reforma van a influir decisivamente en tan difícil equilibrio competencial, inclinando decisivamente la balanza, en último término, a favor del Estado (6). A partir de LUTERO, la teología reformada admite el divorcio vincular (7), y ya no considera que el matrimonio

las leyes humanas, aunque éstas admitan el divorcio pleno. Después de producirse el Cisma de Oriente, la situación puede decirse que, en este punto, se agravó, y así el propio autor, después de analizar la doctrina de las Iglesias más importantes, concluye (*loc. cit.*, pp. 423 y s.): *Para enjuiciar las Iglesias orientales ortodoxas en lo que se refiere al divorcio, es preciso tener presente varios elementos. Ellas se han encontrado con una costumbre muy radicada en la vida de los pueblos, confirmada por la ley civil, que ha determinado y legalizado varias causas para el divorcio y que la Iglesia, por la preponderancia del Estado, se ha visto obligada a admitirlas. Al correr de los tiempos fueron añadidas otras causas, con el fundamento de una interpretación incorrecta del Evangelio. Y el pueblo ha ido acostumbrándose a considerar el divorcio como cosa no sólo lícita, sino también como una salida natural para los inconvenientes propios de todo matrimonio. Todo esto ha formado una tradición que las Iglesias ortodoxas no pueden romper y que les impide reaccionar convenientemente, aunque muchos no dejen de ver los malos efectos que del divorcio se siguen en la familia, en la sociedad y en la misma Iglesia.*

(6) Ampliamente puede consultarse BRESSAN: "La indisolubilidad del matrimonio en el Concilio de Trento", en el volumen colectivo *El vínculo matrimonial etc.*, cit., pp. 220 y ss.

(7) Así WOLFF en la trad. esp. del *Tratado de Derecho civil* de ENNECERUS *ed altri* IV-1.º, 2.ª ed. (Barcelona, 1953), pp. 218 y ss., y para lo que sigue. LUTERO empezó a tratar de la indisolubilidad del matrimonio en su libro *De captivitate Babylonica* (1520) con la finalidad de negar la autoridad del Papa sobre los fieles; para él las disposiciones eclesiásticas sobre el matrimonio eran uno de los ejemplos de despotismo injustificado por parte de la Iglesia y constituían una usurpación del poder temporal. En sus escritos posteriores admite claramente el divorcio por causa de adulterio, en calidad de derecho de cónyuge inocente y como una concesión divina, añadiendo otras causas (impotencia, ausencia prolongada, incitación al mal, incompatibilidad de caracteres y diversidad de religión que impidiese la vida cristiana).

sea uno de los sacramentos, sino una materia estatal cuya regulación exclusiva se encomienda al poder temporal; los novios seguirán acudiendo a la iglesia para recibir una bendición, pero las Iglesias surgidas de la Reforma se limitarán a prescribir normas morales y rituales sobre el matrimonio –a las que, desde luego, no renuncian y siguen practicando en buena medida sus fieles–, pero sin querer interferir para nada en la regulación estatal; de aquí que no haya escrúpulo alguno en bendecir matrimonios en que intervienen divorciados, ni en pronunciarse recientemente, por ejemplo, a favor de la nueva legislación escandinava, como han hecho varias Iglesias luteranas de aquellos países, que autorizan a sus pastores a bendecir, incluso, a las parejas homosexuales que lo pidan.

La doctrina de las Iglesias surgidas de la Reforma sostiene, con ciertas restricciones, el divorcio vincular (8); el derecho canónico protestante acepta como causas de divorcio el adulterio, la *malitiosa desertio* y la *quasidesertio*, la obstinada negativa a cumplir el débito conyugal, las insidias y las sevicias que, finalmente, van a convertirse en causas autónomas; además algunos soberanos territoriales pertenecientes a aquella confesión admitieron además el divorcio por mutuo consentimiento y por enajenación mental.

La Escuela Protestante de Derecho Natural ofrece apoyatura jurídica a tales concepciones religiosas, pues concibe el matrimonio como un contrato civil, ampliando incluso las causas de divorcio señaladas por la doctrina canonista protestante (9); así el *Allgemeines Landrechts* prusiano lo admite por mutuo acuerdo en caso de matrimonio sin hijos, y, asimismo, por decisión unilateral si la voluntad de ruptura está tan arraigada que no hay esperanza alguna de reconciliación y de consecución de los fines del estado matrimonial. La Ley del Reich de 1875 derogó todo el derecho eclesiástico todavía residualmente vigente en algunos Estados territoriales y generalizó el divorcio vincular. Se preparó el terreno para que, al promulgarse el BGB alemán, no hubiera variación sustancial en cuanto a la admisión del divorcio en todo el Imperio, aunque sí una cierta aparente moderación, pues el legislador adoptó, en esta materia, una vía media entre algunos Derechos particulares muy favorables al divorcio y el derecho canónico protestante oficial, más restrictivo.

(8) MELANCHTON fue más moderado en este punto que LUTERO, pues reconocía que la indisolubilidad fue querida por Dios; pero interpreta los textos evangélicos en el sentido de que Cristo admite un verdadero divorcio a favor del cónyuge inocente en caso de adulterio y de abandono del hogar. CALVINO redujo el divorcio al caso de adulterio. Pero BUCERO, un discípulo de LUTERO, sostuvo que el legislador civil tenía amplias facultades para reconocer el divorcio (cfr. BRESSAN: *loc. cit.*, pp. 220 y ss).

(9) En general, ERLE: *Die Ehe im Naturrecht des 17. Jhs* (jur. diss. Göttingen, 1952); SCHWAB: *Grundlagen und Gestalt der staatlichen Ehegesetzgebung in der Neuzeit*, pp. 125 y ss. Dice gráficamente WOLFF, *op. cit.*, p. 219, que la doctrina jusnaturalista del matrimonio como contrato civil ha dado grandes facilidades al divorcio en las leyes civiles desde el siglo XVIII.

En la regulación del matrimonio civil alemán codificado se señala así una cierta confluencia entre las ideas galicanas y protestantes secularizadas que ponen el acento como momento perfectivo del matrimonio en la intervención del funcionario del Registro; la declaración de éste viene a constituirse en heredero de la actuación celebrativa del párroco protestante. Por otra parte, nada supondrá para el significado exclusivamente civil del matrimonio el llamado *parágrafo del Kaiser* (§ 1588), respetado en las sucesivas reformas matrimoniales alemanas, introducido por deseo de Guillermo I y tomado de la Ley sobre el estado civil de las personas, que representa, más bien, un gesto de magnánima deferencia antes que una auténtica aceptación de las doctrinas de la Iglesia católica sobre el matrimonio (10).

Lenta fue, por otro lado, la admisión y desarrollo de la práctica del divorcio en Inglaterra, pues después de la separación de Roma, los tribunales eclesiásticos ingleses continuaron pronunciando únicamente sentencias de nulidad y de separación *a mensa et thoro*; la sola posibilidad de pasar a nuevas nupcias era obtener una resolución del Parlamento que decretase el divorcio *a vinculo*, procedimiento que se desarrolló a partir del siglo XVIII (11); por ello, a lo largo de este último siglo se tramitaron sólo 134 peticiones de divorcio, debido probablemente al elevado costo del procedimiento, y no llegaron al centenar las introducidas antes de entrar en vigor la *Matrimonial Causes Act* de 1857, que legalizó, por primera vez en este país, el divorcio por sentencia judicial.

Con todo, las ideas inspiradoras de la Revolución Francesa fueron decisivas en la generalización del divorcio en Europa, habiendo previamente abonado el terreno las ideas de la Reforma sobre el matrimonio y los principios sustentados por la Escuela Protestante del Derecho Natural. Los filósofos liberales del siglo XVIII, especialmente MONTESQUIEU y VOLTAIRE, atacaron el principio de indisolubilidad matrimonial en nombre de la libertad, la cual, sostenían, no podía enajenarse en un compromiso perpetuo (12). La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano proclama que *la loi ne considère le mariage que comme un contrat civil*; de donde derivaba que si el matrimonio sólo puede ser considerado como un

(10) WESENBERG-WESENER: *Historia del Derecho privado moderno en Alemania y en Europa* (trad. esp. de la 4.^a ed. alemana por J. J. de los Mozos Touya) (Valladolid, 1995) pp. 308 y s.

El § 1588 dice: *Las obligaciones eclesiásticas en relación con el matrimonio no son alteradas por las disposiciones de esta sección*. Sobre el significado que, de modo unánime, la doctrina alemana actual atribuye a dicho parágrafo, puede verse WACKE en el *Münchener Komm. 5 Familienrecht* 1978, p. 1109.

(11) CRETNEY: *Family Law*, 3.^a ed. (London, 1997), p. 39.

(12) Sobre la repercusión de estas ideas, es clásica la obra de OLIVIER MARTÍN: *La crise du mariage pendant la Révolution* (París, 1901).

contrato civil, era ineludible deducir la admisión del divorcio por mutuo consentimiento. La Asamblea Legislativa aprobó la Ley de 20 de septiembre de 1792 (13) que admite el divorcio por causas determinadas en virtud de sentencia, y además por mutuo consentimiento y por incompatibilidad de caracteres alegada por uno cualquiera de los cónyuges; sucesivos Decretos van ampliando las causas de divorcio y simplifican el procedimiento hasta el punto de que el Oficial del Estado Civil podía pronunciarlo por el mero hecho de haber vivido separados los cónyuges durante seis meses, hecho que cabía probar por acta de notoriedad y seis testigos. Los efectos de esta legislación no se hicieron esperar, y si bien el divorcio fue poco practicado en las zonas rurales, alcanzó proporciones inquietantes en las ciudades, hasta el punto de que en 1798 el número de divorcios superó al de matrimonios celebrados. La propia Convención se alarmó y un nuevo decreto revolucionario derogó las amplias facilidades que se habían concedido, volviéndose al régimen estricto de la Ley de 1792 (14).

Los autores del CC francés de 1804 estaban divididos sobre la oportunidad del divorcio y, al parecer, eran poco favorables a su conservación. Lo mantuvieron, sin embargo, ya sea para no dar la impresión de que habían sacrificado demasiado el derecho revolucionario (opinión de MARTY y RAYNAUD), ya sea en razón al fondo individualista de la filosofía que inspiraba aquél, a su intención secularizadora y al influjo personal de Bonaparte, que no dejó de entrever la posibilidad de servirse del mismo en provecho propio (15). Se aceptó, en definitiva, una postura en apariencia transaccional, eliminándose el divorcio por voluntad unilateral; se conservó el divorcio por mutuo consenso, si bien sujetándolo a requisitos muy estrictos (asentimiento de los padres y de los cónyuges, acuerdo sobre la educación de los hijos, cesión inmediata a éstos de la mitad de los bienes de cada cónyuge), y se reducen a tres las causas de divorcio por sentencia judicial, haciéndose más costoso y complicado el procedimiento. Por último, se restablece la separación de personas, suprimida por la Revolución, que vino a considerarse *el divorcio de los católicos*.

Pero la primera fase de la vigencia del divorcio en Francia no fue muy duradera, pues su suerte se vinculó a las vicisitudes del Imperio, de modo que, al caer éste, se derogó aquél. Con la Restauración se proclamó nue-

(13) La analiza ampliamente OLIVIER MARTÍN: *La crise du mariage dans la législation intermédiaire* (París, 1909).

(14) El tema ha sido objeto de investigación durante los primeros años del siglo XX: OLIVER MARTÍN: *La crise du mariage dans la législation intermédiaire* (Th. París, 1901); CRUPPI: *Le divorce sous la Révolution* (Th. París, 1910); THIBAUT-LAURENTE: *La première introduction du divorce en France sous la Révolution et l'Empire* (Th. Montpellier, 1939).

(15) Observación de CARBONNIER: *Droit civil 2 La famille* (14 ed., París, 1991), p. 162.

vamente el catolicismo como religión del Estado, y una Ley de 1816 (16) suprimió el divorcio contra el cual se había pronunciado la opinión pública católica y su jerarquía. Pero en 1830 deja de ser el catolicismo la religión oficial y, a partir de entonces, el tema del divorcio evoluciona en función de las opiniones mayoritarias secularizadoras o confesionales; se señalan hasta cuatro intentos parlamentarios para introducirlo, que fracasaron, y hubo que esperar a la III República para la reintroducción, esta vez definitiva, del divorcio en Francia, impulsada por el escritor NAQUET, elegido diputado en 1870, quien tras varios intentos logró se aprobara en 1884 la ley que lleva su nombre (17). En la intención de su autor, el restablecimiento del divorcio debía ser un remedio muy excepcional aplicable a los casos, más bien raros, en que el mantenimiento de la unión conyugal parecía prácticamente imposible; se prescindía del divorcio por mutuo consentimiento y se tomaban precauciones para impedir que por medios indirectos o fraudulentos se logre la ruptura matrimonial; se instaura un divorcio basado en la culpa y en virtud de sentencia por causas determinadas. Este bienintencionado discurso del legislador va a reiterarse en otros países, pero, en último término, siempre fracasará en sus objetivos últimos, siendo desbordado por la realidad.

Este modelo francés, que puede calificarse de napoleónico, o revolucionario redivivo, va a ejercitar un indudable atractivo en Europa y en otros continentes, especialmente en los países iberoamericanos, creando el estereotipo de legislación avanzada y progresista que, obviamente, debía ser imitada. Pueden traerse a colación los argumentos exhibidos para introducir el divorcio en la Constitución española de 1932, que la doctrina más solvente (18) consideró que no respondía ni a las necesidades ni al sentir del pueblo. Se trató de una imposición partidista, como reconoce uno de los comentaristas de la Ley de divorcio de 1932 (19). Así, en cuanto a

(16) Inspirada en la obra de DE BONALD: *Du divorce considéré au XIX^e siècle, relativement à l'état domestique et à l'état publique de la société*. Afirma CARBONNIER: *op. et loc. cit.*, p. 164, que *l'abolition du divorce en 1816 n'avait laissé aucun regret dans la doctrine civiliste du XIX^e siècle*.

(17) Su pensamiento aparece recogido en las siguientes obras: *Religion, propriété, famille* (París, 1869); *Le divorce* (París, 1876); *La loi de divorce* (París, 1903). Sobre los trabajos preparatorios de la Ley Naquet: LE GOASGUEN: *Le divorce devant l'opinion, les Chambres et les Tribunaux* (Th. Rennes, 1913).

(18) Así se expresaba el notario Sr. DÍEZ PASTOR: "La familia y los hijos habidos fuera de matrimonio según la Constitución", RDP, 1933, p. 194.

(19) DELGADO IRIBARREN: "El Derecho de familia en la Constitución de la República española de 1931", RDP, 1932, pp. 69 y s., escribe: *Era convicción general y unánime que se admitiría el divorcio en la nueva Constitución como postulado de los partidos políticos que contribuyeron al cambio de régimen, y, por ello, la Comisión parlamentaria, separándose del Anteproyecto presentado por la Asesoría Jurídica, que no hacía indicación alguna sobre este punto, presentó su Dictamen a la Cámara con el principio del divorcio, dejando su reglamentación para*

la conveniencia de su implantación en nuestro Derecho, se alegó que esta institución *es un postulado del progreso jurídico de los pueblos* y una consecuencia necesaria del *principio de libertad de conciencia* y de la constante y cada día más intensa relación entre los naturales de las diversas naciones; es *remedio imprescindible* de la vida moderna para solucionar conflictos y situaciones sentimentales y familiares que conviene encauzar por normas legales antes de que rebasen la línea del deshonor y de la inmoralidad (*sic*); se invocaba el número de legislaciones que lo admiten y el reducidísimo de los que mantienen la indisolubilidad. Argumentos que *pari passu* volveremos a encontrar, sustancialmente, al discutirse en Italia la Ley Fortuna-Baslini (20) y en España la Ley Fernández Ordóñez-Cavero.

3. Primeras conclusiones

A partir del siglo XVI, algunos Estados europeos empiezan a reivindicar insistentemente, frente a la Iglesia católica, la competencia legislativa exclusiva para regular el matrimonio de todos sus súbditos, con independencia de la religión que profesasen. Por su parte, la doctrina teológica de las Iglesias surgidas de la Reforma contribuye a reforzar la pretensión estatista. En este sentido, el matrimonio civil (*Zivil-Ehe*), recogido y regulado más tarde en el BGB alemán, va a ser ampliamente tributario y exponente representativo de tales exigencias. Anteriormente la ideología de la Revolución Francesa había supuesto un golpe decisivo de timón en el conflicto Iglesia-Estado al postular eficazmente la secularización total y absoluta de la legislación matrimonial, con lo que se daba plena satisfacción a aquella reivindicación estatal. Estas ideas vendrán a recogerse en el *Code Napoleon*, que se difundirá prácticamente en toda Europa, realizando una pródiga siembra que fructificará más tarde en numerosos textos legislativos. La mayor resistencia se encontrará, precisamente, en los países latinos, en los que la imagen y la vivencia social del matrimonio indisoluble había profundamente arraigado, razón por la cual sólo mediante movimientos revolucionarios o situaciones similares se conseguirá eliminar aquélla.

El triunfo de la Revolución de octubre de 1917 apenas si va a alterar el cuadro descrito, pues en este punto tanto la Unión Soviética —después de un primer momento de anarquía legislativa—, como sucesivamente des-

una ley especial; en esta situación el resultado favorable a este criterio estaba prejuzgado, y solamente el señor Ossorio y Gallardo quiso hacer honor a sus conocidas opiniones antídivorcistas y opuso en la Cámara argumentos limpios de todo carácter dogmático o jurídico.

(20) Cfr. GARCÍA CANTERO: *op. et loc. cit.*, pp. 445 y s.

pués de la II GM las llamadas Democracias Populares, van a implantar un sistema de matrimonio civil obligatorio y disoluble mediante divorcio vincular (21).

La resistencia a la introducción del divorcio, en los países de mayoría católica se instrumentará diversamente; unas veces a través de las defensas generadas en la propia sociedad debido a la percepción de los beneficios seculares de la indisolubilidad matrimonial, apreciados incluso por sectores laicos de la población; otras mediante el apoyo institucional que supone la celebración de Concordatos o Acuerdos Jurídicos de los Estados con la Santa Sede, pues al tratarse de tratados internacionales su derogación ofrecía mayores dificultades a las mayorías parlamentarias simples que traten de derogar pura y simplemente la indisolubilidad matrimonial regulada por leyes internas. Así se constata que el Tratado de León de 1927 contribuyó en Italia a mantener el régimen indisolubilista, incluso después de promulgado el CC de 1942; en Portugal el Concordato de 1940 introduce un difícil equilibrio –que se mantendrá hasta la firma del Protocolo Adicional de 1975–, ya que el matrimonio civil seguía siendo disoluble por divorcio, mientras que el canónico, por aplicación de aquél, dejaba de serlo (22); el Concordato español de 1953 reforzó el principio indisolubilista tradicional recogido en las Leyes Fundamentales del

(21) Con mayor amplitud de detalles puede verse GARCÍA CANTERO: *op. et vol. cit.*, pp. 467-470. Una vez caído el Muro de Berlín, varios de estos países han firmado Acuerdos jurídicos con la Santa Sede (Polonia, Croacia, Eslovenia, Lituania) precisamente al objeto de reconocer efectos civiles al matrimonio celebrado canónicamente, y se disponen a reformar en consecuencia su Derecho de familia, siendo la primera medida la de reincorporarlo al Código Civil, rescatándolo de los Códigos familiares de la era socialista. Un ejemplo de lo dicho lo tenemos en el CC lituano promulgado el año 2000, como expone KESERAUSKANS: "Moving in the same direction? Presentation of family law reforms in Lithuania", en *Annual Survey of Family Law*. Edition 2004, pp. 322 y ss. El autor expone las dificultades encontradas para incorporar al CC figuras como el matrimonio homosexual, postulado por algunos grupos de presión, pero rechazado por la opinión pública.

(22) Como se ha dicho en el texto, la introducción del divorcio en Portugal fue consecuencia de una Revolución. El CC de 1867 había establecido con claridad la indisolubilidad de la unión conyugal en su artículo 1.056 al disponer que *el matrimonio es un contrato perpetuo hecho entre dos personas de sexo diferente, con el fin de constituir legítimamente la familia*. Se reconocían efectos civiles al matrimonio canónico y se reservaba el matrimonio civil a los que no profesaban la religión católica. La Revolución de 1910 modificará sustancialmente este sistema, al implantar, por Ley de 25 de diciembre del mismo año, el matrimonio civil obligatorio; anteriormente otra Ley, de 3 de noviembre del mismo año, introduce por primera vez el divorcio en el país, tanto por consentimiento mutuo como por diversas causas subjetivas y objetivas. El Concordato de 1940 introduce, a su vez, en el artículo 24, una innovación importante al establecerse que, *en armonía con las propiedades esenciales del matrimonio canónico, se entiende que, por el hecho de la celebración de éste, los cónyuges renuncian implícitamente a la facultad civil de solicitar el divorcio*. En todo caso, el porcentaje de divorcios respecto del número total de matrimonios celebrados en el período 1961-1974 apenas si llega al 1 por 100 (GARCÍA CANTERO: *loc. cit.*, p. 482).

régimen de Franco; pero el Concordato austríaco no resistió la forzada anexión del país al III Reich en 1938. Últimamente se ha debilitado la influencia de los Concordatos o Acuerdos Jurídicos en orden a apoyar la indisolubilidad matrimonial, ya que los Estados, pese a suscribirlos, se reservan la facultad de disolver por divorcio incluso los matrimonios celebrados según las normas del Derecho canónico, hasta con efectos retroactivos (así ha ocurrido en España con los Acuerdos Jurídicos de 1979, en Italia con los de Villa Madama de 1984 y los más recientes firmados con Polonia, Lituania, Croacia, Eslovenia y Malta). En Irlanda, la constitucionalización de la indisolubilidad matrimonial ha retrasado durante algunos años la introducción del divorcio en Irlanda; institución esta última que el Tribunal de Derechos Humanos de Estrasburgo no ha considerado exigible a dicho país, al ingresar en la UE, por el Convenio europeo de 1950.

4. Evolución de las causas legales de divorcio en el siglo xx

Pero si nos posicionamos como observadores neutrales podríamos decir que el decidido empeño estatal por regular en su integridad la institución matrimonial no ha ido a la par con la disposición, por parte de los Estados –tan celosos, por lo demás, de sus atribuciones soberanas–, de instrumentos jurídicos eficaces ni de procedimientos adecuados para resolver razonablemente el problema secular de las crisis conyugales, que la historia demuestra suelen plantearse en cualquier sociedad y en cualquier época histórica. Un análisis de lo ocurrido a lo largo del siglo xx con la evolución de las causas legales para instar ante los Tribunales la ruptura legal del vínculo nos lo confirmará.

Las legislaciones estatales muestran una gran variedad de las denominadas *causales del divorcio*, cuya formulación obedece a razones circunstanciales, históricas y sociales propias de cada uno de los respectivos países. Pero aunque la normativa del divorcio haya evolucionado de modo no uniforme en los países occidentales a lo largo del siglo xx, incluso a veces con alternativas de signo diverso, hay, sin embargo, una coincidencia en el sentido de la evolución misma, la cual (salvo situaciones muy puntuales, como la originada en la Francia del Gobierno de Vichy durante la II GM) ha tendido hacia su progresiva facilitación y, simultáneamente, a la sucesiva simplificación del procedimiento legal (23). La doctrina

(23) MEULDERS-KLEIN, Marie-Thérèse: "La problématique du divorce dans la législation d'Europe occidentale", RIDC, 1989, p. 8, afirma que resulta bastante claro que se dibujan ciertas tendencias generales; entre ellas, la más visible incontestablemente es la *creciente liberalización del acceso al divorcio*.

se muestra de acuerdo en señalar, en general, las siguientes bien definidas etapas:

1.ª) El sistema denominado de divorcio-sanción, basado en causas subjetivas consistentes en hechos imputables al actuar culposos, o dolosos, de alguno de los cónyuges.

2.ª) El sistema denominado de divorcio-remedio o divorcio-quiebra, basado en causas objetivas que suponen la ruptura irremediable de la convivencia matrimonial, precisamente al margen de cualquier conducta culposa o dolosa de cualquiera de los cónyuges.

3.ª) El divorcio por mutuo consentimiento de los cónyuges; este sistema a veces coexiste con cualquiera de los dos anteriores y representa un salto cualitativo, y prescinde en todo caso, y por definición, de la culpabilidad en la ruptura.

4.ª) El divorcio sin alegación de causa y a petición unilateral de cualquiera de los cónyuges. Sistema emparentado con el repudio musulmán y de otras civilizaciones antiguas y modernamente iniciado en los países escandinavos y todavía escasamente secundado.

5.ª) Otras formas atípicas de divorcio no judicial (por ejemplo, ante el alcalde o ante cualquier otra autoridad administrativa, o funcionario). Hasta ahora estas modalidades de divorcio, pese a intentos recientes, tampoco se han generalizado.

Parece conveniente profundizar en el significado y efectos de todo tipo que va a suponer la adopción de cada uno de ellos en la regulación de la institución matrimonial y familiar.

5. El sistema del divorcio-sanción

Responde sociológicamente a una sociedad en la que todavía está viva y actuante la idea de la indisolubilidad (*matrimonio para toda la vida*, que es, curiosamente, la fórmula que aún siguen utilizando en sus sentencias los jueces ingleses, y también los alemanes, para describir a la unión conyugal: *marry for life*). En tal contexto social el divorcio constituye algo excepcional o insólito en la vida de las familias y, por ello, resultará poco frecuente. Ha sucedido, caso por caso, que uno de los cónyuges ha podido incurrir en una violación grave o muy grave de los deberes conyugales, o, acaso, ha llegado a atentar contra la vida del otro; en tales supuestos la ley otorga a la víctima de tan incalificable conducta un *plus* a modo de compensación, a saber la facultad de solicitar al juez la disolución del vínculo conyugal; bien entendido que tal facultad se le deniega al culpa-

ble, sufriendo éste además todas las consecuencias desfavorables de la ruptura legal del vínculo (por ejemplo, revocación de las donaciones que ha recibido por razón del matrimonio, pérdida de la cuota de gananciales, etcétera), quedando, además, obligado a abonar al inocente una pensión alimenticia, además de la que señale el juez por razón de los hijos, que siempre se encomiendan a la guarda de este último. La idea de culpabilidad será el criterio legal básico que fije y determine los efectos del divorcio.

Hay que reconocer cierta *aureola de moralidad* con que pudo presentarse ante aquella sociedad este sistema de divorcio. Existiendo un inocente y un culpable, el divorcio representaba una sanción que parecía adecuada al grave incumplimiento de los deberes conyugales por parte del otro. Diríamos que el legislador no necesita renunciar expresamente a la indisolubilidad o perpetuidad del vínculo conyugal, sino que establece una excepción a la misma al ordenar que ciertos comportamientos, bien descritos por otra parte, de uno de los cónyuges *agotan la capacidad de sufrimiento* del inocente; la ley le brinda, en tal caso, la posibilidad —aunque no la obligación— de liberarse de un vínculo que se supone oneroso.

¿Cómo funcionó en la práctica este sistema de divorcio-sanción? Si durante los primeros años de su implantación se produce un porcentaje reducido de casos, con tendencia incluso decreciente, al cabo de algún tiempo la tasa global de divorcios se incrementa, al principio levemente, y luego multiplicándose por varios dígitos, confirmándose así la regla de que, roto el valladar jurídico del carácter legal indisoluble de la unión matrimonial, de modo inexorable el divorcio crea, engendra o suscita más divorcio. Jurídicamente cabe extraer la conclusión de que resulta ilusorio creer que basta con fijar en las leyes unas conductas concretas y bien determinadas, enmarcadas bajo requisitos estrictos, para llegar a configurar excepcionalmente las causas legales de la ruptura, de modo que siga manteniéndose sociológicamente la regla de la indisolubilidad. Sucede que, poco a poco, abogados y tribunales harán uso, aislada o conjuntamente, de la *analogía legis*, y no es infrecuente que una causa determinada de ruptura se convierta, no en virtud de la norma, sino por la doctrina jurisprudencial en *causa generalis* (por ejemplo, la injuria). Probablemente la reiteración de aquellos casos que llegaron a calificarse como *drama* y *comedia del divorcio* (24) hubieran debido hacer sonar todas las alertas, para un legislador prudente, sobre la gravedad de los hechos que estaban ocurriendo a diario ante los Tribunales estatales.

En efecto, por un lado, las exigencias procesales requerían la prueba

(24) Amplia descripción de estos fenómenos en Francia puede encontrarse en GROSLIÈRE: *La réforme du divorce* (París, 1976).

plena del supuesto descrito en la norma como causa de divorcio, lo que movía al actor a hacer desfilar en las audiencias judiciales los *trapos sucios* de todas las interioridades, reales o ficticias, de la propia unión, provocando, a veces, que la contraparte hiciera lo propio para lograr, al menos, la declaración de culpas compartidas. De este modo, los debates judiciales se convertían en auténticas y encarnizadas batallas que venían a agravar las consecuencias del divorcio mismo. Por otra parte, la picaresca leguleya dio origen a letrados especializados en plantear procesos con base en cualquiera de las causas legales, pues disponían en cada caso del número de testigos acomodaticios preparados para deponer puntualmente sobre lo que convenía al cliente. Lo primero se hubiera podido paliar utilizando los recursos procesales, que han permitido siempre restringir la publicidad de las audiencias en determinados casos (orden público, moralidad, intimidad de las personas); lo segundo se hubiera suprimido persiguiendo criminalmente a los testigos falsos y desenmascarando el fraude y la simulación procesales. Pero el legislador estatal no hizo lo procedente para atajar las descritas corruptelas, sino que prefirió la *huida hacia adelante*, animado por los partidos supuestamente progresistas que propugnaban, una y otra vez, mayores facilidades para la ruptura legal del vínculo matrimonial. Así surge la segunda etapa de la carrera divorcista.

6. El divorcio-quiebra

Se propone eliminar la *noción de culpabilidad* (al parecer, *única responsable* de los males que se habían producido bajo el anterior sistema) en el régimen de la ruptura legal del vínculo; en efecto, la realidad muestra que, algunas veces, o no hay verdadero culpable en un divorcio determinado, o bien que las culpas aparecen compartidas. Se piensa que la dureza y la violencia incluso del debate judicial pueden reducirse o suprimirse si la ley se limita a exigir la prueba de hechos objetivos que, por sí mismos, demuestren la fractura irremediable de la unión conyugal; si, por ejemplo, después de la separación han fracasado varios intentos de reconciliación, o si la separación de hecho se ha prolongado durante muchos años y cada cónyuge ha rehecho su vida, ¿qué esperanzas de restablecimiento o reanudación de la vida conyugal puede suscitar el matrimonio celebrado? La sentencia que se dicte certificará la defunción de una unión que ya no existía hacía tiempo. Los más optimistas pueden pensar ingenuamente, como añadidura, que ya no se producirán más casos de drama o de comedia en los procesos legales de divorcio, y que, en todo caso, al clarificarse la normativa aplicable, disminuirá el número de pleitos matrimoniales.

Obsérvese que se da un giro, al menos de noventa grados, al proceso de divorcio; en efecto, la ley en adelante puede seguir un doble camino en la regulación de este sistema de divorcio; o bien limitarse a proclamar el principio general de la quiebra del matrimonio como causa legal de ruptura conyugal, encomendando a los Tribunales que lo apliquen al caso concreto, con cierta libertad de apreciación; o bien se enumeran una serie de hechos (con base, generalmente, en la separación no interrumpida durante cierto tiempo, unida a determinadas circunstancias), cuya prueba obliga, sin más, al juez a pronunciar el divorcio. La nueva normativa aligera, en principio, la actuación de los Tribunales, reduciendo lo que puede calificarse de presión emocional. Pero, por otro lado, no dejará de originar, por su parte, una nueva problemática.

Por de pronto se hace necesario encontrar otro criterio, distinto de la culpabilidad, que guíe al juez a la hora de aplicar los efectos legales derivados de la ruptura. La ley ya no se preocupa de imputar a uno de los cónyuges la responsabilidad por el fracaso conyugal, sino que atiende preferentemente a sus efectos entre los cónyuges y respecto de sus hijos; sustitutivamente suele adoptar el criterio de la *necesidad*, que puede presentarse, al tiempo de la ruptura, en cualquiera de los afectados. Pero acaso sucede que el cónyuge necesitado de protección ha sido, en realidad, el causante responsable de la ruptura conyugal (el *culpable* en la terminología del anterior sistema). Entonces, ¿cómo se justifica moralmente que dicho cónyuge pueda resultar, además, beneficiado con una pensión o con la adjudicación del uso de la vivienda conyugal, o con la atribución de la guarda de los hijos? La objetivación de las causas de divorcio hace perder a éste, casi totalmente, su apariencia de justificación moral intrínseca, dando origen a resultados que, al menos, pueden calificarse de poco equitativos, cuando no de claramente injustos. Por otra parte, ya no puede hablarse, en modo alguno, de que el legislador presupone o da por supuesto que el matrimonio es, de suyo, indisoluble. Esta característica se sustituye por otra: La duración de la unión conyugal, *per se* ya no es, jurídicamente, de por vida; el matrimonio puede acabarse antes de la muerte de cualquiera de los cónyuges, pues se disuelve legalmente cuando, en vida de ambos cónyuges, la convivencia conyugal se ha roto irremediablemente sin esperanza de reconciliación. En la historia del divorcio retrocedemos muchos siglos atrás, aproximándonos, de algún modo, a la vieja idea romana: *matrimonium non consensus sed concubitus facit*, de suerte que el consentimiento matrimonial no viene a prestarse de una vez para siempre, sino que, en cierto modo, cada cónyuge lo reitera a cada instante y la unión cesa de existir cuando alguno deja de prestarlo efectivamente. Por otro lado, cabe plantear una cuestión general, ¿cómo proteger objetiva y eficazmente, de existir, el interés de los hijos, y de la sociedad en general,

en un sistema de divorcio-quebra?, ¿cómo garantizar la declaración del artículo 92.1 CC de que *el divorcio no exime(n) a los padres de sus obligaciones para con los hijos?*, o, si se quiere, ¿cómo hacer efectivas las facultades que la patria potestad otorga a los hijos, una vez pronunciado el divorcio, cuando tales facultades, en fase de actuación, van a experimentar una profunda transformación que puede hacerlas inefectivas?

7. El divorcio por mutuo consenso

Además del mundo romano, en el que ya estuvo presente (25), la idea de la ruptura conyugal por mutuo acuerdo aparece modernamente en las doctrinas de la Escuela Protestante del Derecho Natural, y suele adoptarse inicialmente en los períodos revolucionarios, aunque luego pasa a segundo término y hasta desaparece de la legislación. Seduce por su simplicidad; si el matrimonio sólo es un contrato, el *contrarius consensus* ha de ponerle fin. El juez únicamente ha de velar para que el consentimiento de cada cónyuge se otorgue con plena consciencia y libertad. La sumaria y rapidez en los procesos está garantizada; por otra parte, el acuerdo en la ruptura hace presumir *prima facie* la concordancia de las partes a la hora de determinar las consecuencias patrimoniales de aquélla y, eventualmente, las que puedan producirse en relación con los hijos.

Aparte de que la realidad muestra que pocas veces los cónyuges se encuentran en paridad de circunstancias ante el divorcio a la hora de expresar su consentimiento, siendo frecuentes los casos en que la voluntad de alguno está, directa o indirectamente, condicionada de alguna manera, no apareciendo casi nunca en la superficie con total transparencia los sacrificios que alguno de los cónyuges se ve obligado a hacer, por ejemplo, para conservar la custodia de los hijos, o para no ser desahuciado de la vivienda familiar, el problema fundamental estriba, no obstante, en la filosofía que sirve de inspiración a esta modalidad de ruptura; en efecto, la ley viene a autorizar a los cónyuges a disponer discrecionalmente sobre la subsistencia del vínculo y sobre las consecuencias de la ruptura, es decir, sobre materias que, de suyo, deben considerarse de orden público, fuera, por tanto, de la autonomía de los contrayentes. Por otro lado, la protección efectiva de los derechos de los hijos menores no sólo está amenazada, sino que, incluso, puede resultar perjudicada respecto al ante-

(25) En Roma, el divorcio *communi consensu* es siempre libre y el emperador Anastasio, en el 497, autorizó a la mujer a volver a casarse transcurrido un año. Justiniano siguió aceptando el divorcio por el simple acuerdo común de los cónyuges (IGLESIAS: *Derecho romano*, 6.ª ed., 1972, p. 560).

rior sistema. Además, ¿a qué concepción del matrimonio responde, en una legislación, la generalización del divorcio por mutuo consentimiento? Si con frecuencia se utiliza el término *institución* para definir a la familia y al matrimonio, en adelante será difícil calificarlos así. Tal interrogante fundamental explica que esta causa de divorcio haya estado mal vista en largos períodos históricos, y que, no raras veces, haya sido eliminada incluso de la legislación, aunque reaparezca y trate de imponerse como la regla general, impulsada ahora por un pseudoprogresismo (26).

8. El divorcio sin alegación de causa y a petición de cualquiera de los cónyuges

Hoy por hoy este sistema divorcista se presenta en forma aislada en el panorama europeo, y, hasta cierto punto, como ejemplo de cierta osadía legislativa, pudiendo considerarse, en último término, como lógico desenlace del movimiento *liberalizador del divorcio* que vengo describiendo. En efecto, si, en la práctica, triunfan la gran mayoría de demandas judiciales de divorcio, alcanzando porcentajes que superan el 90 por 100 de las presentadas, de modo que, prácticamente, cabe concluir que *se divorcia el que quiere*, ¿no resulta, en cierto modo, farisaico mantener una ficción de proceso judicial con la única finalidad de respetar las formas? Suprimamos la ficción y demos a cada cónyuge lo que pide, sin la carga –siempre onerosa– de demostrar nada. Esta solución se ha legalizado en algún país escandinavo como alternativa al divorcio por causas objetivas; la diferencia procesal de trato con estas últimas consiste en que aquella modalidad precisa esperar un semestre, desde la presentación de la demanda, para que se dicte sentencia, lo que viene a representar un plazo de reflexión legal.

Para analizar esta hipótesis de ruptura legal del matrimonio, lo primero que viene a la mente es el *repudio* musulmán, del que se diferenciaría en que éste sólo se otorga al marido, mientras que en la ley escandinava tal modalidad de divorcio está abierta a cualquiera de los cónyuges. Resulta, por otra parte, extraordinariamente difícil encontrar cualquier asomo de justificación para este sistema de ruptura del vínculo, no ya moral, mas ni siquiera legal; acaso podría únicamente encontrarse explicación en una hipotética competición frente a las facilidades que la unión libre lega-

(26) Marie Thérèse MEULDERS-KLEIN (*loc. cit.*, p. 9), con cita de DUMUSC: *Le divorce par consentement mutuel dans les législations européennes* [Génève, 1980], afirma que el divorcio por mutuo consentimiento era considerado con disfavor en la mayoría de los países europeos precisamente debido a su carácter contractual.

lizada suele proporcionar a los que así cohabitan (consagración legal del clásico *portazo*). Pero, cabalmente, ocurre que en los países escandinavos, desde hace décadas, se postula la indiferencia o neutralidad estatal frente al matrimonio; luego aquel bienintencionado propósito no puede tomarse en consideración. De generalizarse este sistema de divorcio habría que concluir que el propio legislador vendría a certificar la desaparición del matrimonio como institución legal. Obsérvese que, bajo este sistema, el divorcio puede concederse contra la voluntad del otro cónyuge, a quien no se le da siquiera oportunidad procesal de demostrar al juez que no hay causa ni motivo de divorcio. Sobre todo suscita nuevamente el gran interrogante: ¿qué concepción de matrimonio y, en consecuencia, de familia responde a un sistema de divorcio en el que la ruptura se basa en la libérrima e incondicionada voluntad de cualquiera de los cónyuges?, ¿qué valor atribuye la ley, en realidad, al compromiso matrimonial? (27).

(27) La llamada *Comisión de Derecho de Familia Europeo*, fundada en Utrecht a principios del 2003, bajo la forma de una fundación sometida al Derecho neerlandés, basada en una iniciativa científica de carácter privado y cuyos miembros son independientes de cualquier organización o instituto es plenamente consciente de que no hay consenso para lograr un derecho de familia armonizado entre los países de la UE, por lo cual sólo aspira a formular principios generales no vinculantes. En 2004 se han publicado unos denominados principios de derecho europeo de familia relativos al divorcio y a los alimentos entre esposos divorciados (cfr. BOELE-WOELKI, Katharina, *et alii: Principles of european family law concerning divorce and maintenance between former spouses*) de mero valor doctrinal, pues ningún país se ha adherido a los mismos. Por lo demás, cabe decir que entre ellos no se contempla la ruptura por simple decisión unilateral, como explica la autora últimamente citada: “Los principios de divorcio empiezan con tres principios generales con respecto a la admisibilidad del divorcio: el procedimiento legal y autoridad competente y las formas de divorcio. Luego se tomó la decisión por [sic] dos formas de divorcio: el divorcio por consentimiento mutuo y el divorcio sin el consentimiento de uno de los esposos. En la primera forma de divorcio se presta atención en cuatro principios a la noción de consentimiento mutuo, el período de reflexión, el contenido y forma del acuerdo y, por último, la determinación de las consecuencias. También con respecto a la segunda forma de divorcio se formularon tres principios, que tratan (de) la separación de hecho, la cláusula de dureza y, por último, la determinación de las consecuencias”. Del esquemático resumen que hace la autora se desprende, en primer lugar, que la Comisión Europea de Derecho de Familia (CEFL) centra la atención en la idea de la responsabilidad propia de los cónyuges. Por eso el consentimiento entre los esposos desempeña, en tales principios, un papel importante. El divorcio consensual, por consiguiente, debe presentarse lo más atractivo posible. Una pregunta político-jurídica importante es, sin embargo, ¿qué formas de mecanismos de control son necesarias para evitar el abuso de la autonomía de las partes? En segundo lugar, se desprende que, en el caso de que uno de los esposos se resista al divorcio, no se utilizará la ruptura definitiva como causa del divorcio. Después de discusiones largas, la CEFL se ha decidido finalmente por un criterio que puede ser constatado objetivamente: la separación de hecho (BOELE-WOELKI, Katharina: “La Comisión de Derecho de Familia Europeo: La redacción de los principios en el ámbito del divorcio y los alimentos entre cónyuges”, en el volumen *Nous reptes del Dret de família. Materials de les tretzenes jornades de Dret català a Tossa* [Girona, 2005] pp. 50 y s.).

9. El divorcio tramitado ante autoridades administrativas u otras

Algunas veces este sistema no judicial obedece a razones históricas; así, hasta mediados del siglo XIX, el divorcio se tramitó en Inglaterra ante el Parlamento. Otras se ha visto, en esta modalidad, como una de las posibles salidas al actual atasco que sufren, en varios países, los tribunales competentes en la tramitación de los procesos en materia de divorcio. Se ha aplicado también por algunas de las extintas Democracias populares, sistema que, sin embargo, suelen abandonar tales Estados al recuperar la libertad política. Tiene algún interés analizar el sistema que sigue aplicándose actualmente en Dinamarca y en Noruega, así como hacer ver el fraude procesal que durante algunos años ha hecho que la mayoría de procesos de divorcio en Inglaterra se haya tramitado, con escasas garantías, ante las jurisdicciones inferiores.

Por razones históricas (28), desde hace más de tres siglos, los países nórdicos conocen una alternativa al procedimiento judicial de divorcio que tiene su origen en la facultad que se habían arrogado los reyes escandinavos de otorgar por decreto la ruptura legal del vínculo a sus súbditos en casos especiales, y de modo singular cuando la ley no prevé el caso solicitado; así se introducen simultáneamente el divorcio por mutuo acuerdo, el divorcio a petición unilateral y el divorcio sin culpa; todo ello sin que se alteren las respectivas normas sustantivas. Tales facultades se atribuyen inicialmente al canciller y luego al gobernador del condado. Cuando a principios del siglo XX los países nórdicos aproximan su derecho matrimonial sobre la base de reglas heredadas del pasado, lo hacen sobre el derecho sustantivo del divorcio, pero no en cuanto a las normas procesales de cada uno de ellos; así resulta que Noruega y Dinamarca conservan sobre el divorcio un régimen híbrido, regulando un procedimiento judicial y otro administrativo, mientras que Suecia y Finlandia se deciden por el procedimiento exclusivamente judicial. Se afirma (29) que en Dinamarca y Noruega la casi totalidad de los divorcios se tramitan en vía administrativa por razones de simplicidad y economía, y, además, porque el cónyuge opuesto al divorcio tiene la convicción de que su resistencia resultaría inútil ante el Juzgado. La autoridad competente en ambos países sigue siendo el gobernador del condado, asistido por agentes administrativos con formación jurídica, con la misión de ayudar a los cónyuges en la tramitación del procedimiento y con la finalidad de lograr acuerdos amistosos. Pero difieren en la ulterior fase, pues en Dinamarca los cónyuges deben ponerse de acuerdo, no sólo sobre el divorcio como tal, sino so-

(28) Sigo las explicaciones de MEULDERS-KLEIN, Marie Thérèse: *loc. cit.*, pp. 29 y ss.

(29) MEULDERS-KLEIN, Marie Thérèse: *loc. cit.*, p. 30.

bre sus cuestiones anexas; por falta de tal acuerdo el divorcio no puede pronunciarse administrativamente y se reenvía a los Tribunales. En Noruega, el procedimiento administrativo es obligado cuando el divorcio se basa en la separación, pero —a diferencia del otro país nórdico— la falta de acuerdo en las cuestiones anexas no impide el pronunciamiento administrativo del divorcio. En ambos países es obligatorio el intento de conciliación, debiendo comparecer los cónyuges personalmente; los oficiales administrativos tienen el deber de comprobar la existencia de la causa de divorcio y de asesorar a los cónyuges sobre las cuestiones anexas, si bien dejándoles un amplio margen de autonomía; también deben comprobar si los acuerdos relativos a la guarda de los hijos son conformes al interés de éstos, y, en caso contrario, el gobernador puede denegar su aprobación.

Significativo es lo ocurrido recientemente en Inglaterra, que muestra la importancia práctica del procedimiento en orden al buen o mal funcionamiento del divorcio. Hasta 1967 se mantuvo el punto de vista oficial según el cual el divorcio constituía un asunto de tal importancia que no podía resolverse por las jurisdicciones inferiores, sino en virtud de un proceso tramitado ante la *High Court*. Sin embargo, a partir de la indicada fecha, los *County Courts* recibieron competencias para resolver los *divorcios no contradictorios*, y en 1973 se introdujo un procedimiento especial en el que el actor presentaba una declaración jurada, en cuyo caso, si el demandado no se oponía, los documentos serían examinados por un auxiliar del Juzgado, de suerte que si este funcionario no encontraba ninguna anomalía, el juez podría dictar sentencia en audiencia pública sin necesidad de que las partes estuvieran presentes. Inicialmente este expeditivo procedimiento sólo se aplicaba a las demandas basadas en la separación de dos años, y siempre que no hubiera hijos menores de edad, pero en 1975 se amplió a las causas basadas en el adulterio y en el abandono del hogar. Escribiendo en 1989 Marie Thérèse MEULDERS-KLEIN (30), afirma que, en aquel momento, más del 98,5 por 100 de divorcios se tramitaban por el procedimiento especial y una cifra que no llega al 2,5 por 100 lo hacían siguiendo el trámite contencioso. Su valoración crítica era muy dura sobre esta situación: *Hay una contradicción flagrante entre el derecho procedimental y el material, que no ha sufrido alteración, pero sobre todo entre la realidad y las intenciones proclamadas del legislador. Los divorcios se dictan según un procedimiento sumario, sin la comparecencia de las partes, sin examinar a fondo la causa de la ruptura invocada, sin tentativa de conciliación, sin plazo de reflexión, sin regulación de sus efectos que serán tratados ulteriormente por el juez por simple lectura de una serie inter-*

(30) MEULDERS-KLEIN, Marie Thérèse: *loc. cit.*, p. 28. Sustancialmente de acuerdo también CRETNEY: *Family Law*, 3.^a ed. (London, 1997), p. 42.

minable de casos designados por un número de orden ante una sala de audiencia vacía. La situación legal parece haber cambiado con la Family Law Act 1996, tanto en los aspectos sustantivos como procedimentales (31).

10. Algunas líneas provisionales de convergencia

Doctrinalmente, en el momento actual, el tema del divorcio en sí mismo considerado, en su naturaleza y efectos, es algo que apenas si interesa prácticamente a la mayoría de la doctrina europea, la cual suele pasar sobre tales cuestiones sin demasiado detenimiento (32). Se ha convertido, diríamos, en tema de *ordinaria administración*, debatiéndose más bien el *punctum ardens* de la guarda compartida o del modo de hacer eficaces las pensiones a favor de los hijos o del otro cónyuge, o las quejas generalizadas de los padres varones divorciados, que se ven postergados, frente a la madre, en las decisiones judiciales respecto a sus relaciones con los hijos comunes. Pero semejante actitud, de aparente neutralidad o, incluso, de inhibición, entiendo que ahora debiera ser revisada en atención a nuevos datos fácticos y jurídicos que vienen reiteradamente produciéndose.

En las diversas legislaciones occidentales se observa que, por lo general, no suele regir un único sistema de divorcio (el denominado *monismo divorcista*: así, por ejemplo, de tal naturaleza es el implantado en Inglaterra y Gales por la Ley de 1996), sino habitualmente un *pluralismo* cuyo ejemplo paradigmático ha sido Francia después de la reforma de 1975 (divorcio por causas objetivas, por culpa, por mutuo consentimiento, por adhesión a la propuesta del otro cónyuge, también denominado *par double aveu*) y se mantiene después de la reforma del 2004 (33); no infrecuente-

(31) En general, CRETNEY: *Family Law*, 3.ª ed. (London, 1997), pp. 43 y ss. En particular, sobre los aspectos procedimentales, pp. 46 y ss., así como sobre la *cláusula de dureza* para denegar el divorcio, que el autor considera sustancial más que grave.

(32) Una excepción en Francia lo constituye CARBONNIER: *op. et vol. cit.*, pp. 59 y ss., que dedica una decena larga de páginas a la introducción del tema del divorcio, tratándolo metodológicamente desde un punto de vista pluridisciplinar, incluyéndolo en un título más amplio que denomina *le démariage*, ocupándose de su historia, de las opiniones de las distintas confesiones a propósito de la ruptura legal del vínculo, así como de los aspectos sociológicos. A modo de conclusión dice: *Tout balance faite, le jugement moyen des Français à l'égard du divorce s'est probablement stabilisé autour de la formule célèbre: un mal nécessaire. Elle a traduit la position de la Réforme avant celle de la morale laïque* (p. 169).

(33) Sobre la última reforma del divorcio galo, además del tratamiento manualístico contenido en la nueva edición de MALAURIE-FULCHIRON: *La famille* (París, 2004); cfr. LEMOULAND: *La Loi du 26 mai 2004 relative au divorce*, D. 2004, pp. 1825 y ss.; RUBELLIN-DEVICHI, Jacqueline: "Le nouveau droit de divorce", JCP, 2004, pp. 1037 y ss.; FULCHIRON: *Les métamorphoses des cas de divorce (propos de la réforme du 26 mai 2004)*, Defrénois 2004, pp. 1103 y ss.; "The new french divorce law", *The international survey of family law*. Edition 2005, pp. 241 y ss.

mente, y frente a los sistemas puros, se aplica un *sistema mixto* como el italiano de 1975, o el nuestro aprobado en 1981 (34). En realidad, al margen del sistema o sistemas legalmente seguidos, en la práctica *se divorcia el que quiere (o los que quieren)*, siendo muy reducido el porcentaje de demandas rechazadas por los Tribunales (dato que habitualmente silencian las estadísticas). La mayor litigiosidad deriva actualmente sobre las consecuencias de la ruptura legal del vínculo, sea en relación con los bienes de los cónyuges y singularmente la atribución del uso de la vivienda familiar, sea en relación con la guarda de los hijos y, eventualmente, sobre el derecho de visita y comunicación con los hijos del progenitor que no detenta la guarda.

A mi juicio, lo más importante a la vista de esta *variedad* –incluso, *mixtura*– de *sistemas de divorcio* es llegar a la convicción clara de que, a cada sistema de divorcio corresponde una diversa concepción del matrimonio en la legislación respectiva, de modo que, insensiblemente, se va produciendo sucesiva y gradualmente una *degradación* de la concepción legal del matrimonio y de la familia en el país de que se trate. Pérdida de valor de la que, acaso, no son plenamente conscientes los parlamentarios, que, distraídamente, votan favorablemente las nuevas leyes de reforma; pero pérdida real y efectiva que puede conducir a un *vaciamiento de significado* de lo que, en último término, supone aquella institución.

Remontándonos a la historia europea reciente cabría conjeturar que, tras alguna reflexión, no pocos parlamentarios votaron, y bastantes ciudadanos aplaudieron la aprobación de las primeras leyes divorcistas basadas en la culpa. En primer lugar, se trataba de una facultad que la ley atribuía exclusivamente a la víctima; en segundo lugar, la culpabilidad era el módulo que debía aplicar el juez a todos los efectos de la ruptura legal del vínculo, lo que venía a justificar moralmente de alguna manera esta última, o servía para tranquilizar escrúpulos de conciencia. El cónyuge inocente que había sido víctima de una inalicable conducta por parte del culpable pasaría, probablemente, a ser compadecido por sus conciudadanos (de aquí la reacción por parte de alguno de los afectados de no dar siquiera el paso de solicitar judicialmente el divorcio), aunque, de acudir a los tribunales, iba a encontrar amplia comprensión en el foro y en la sociedad. Para el culpable, toda la reprobación social y, en su caso, pasar a la situación civil de *divorciado*, la cual probablemente estaría al inicio

(34) Al tiempo de publicarse la Ley de 1981 atribuí a nuestro sistema divorcista el carecer de una filosofía coherente, homogénea y sistemática, de suerte que el legislador daba la impresión de haber ido tomando piezas sueltas de sistemas extraños (GARCÍA CANTERO: *Comentarios Albaladejo* II, 2.ª ed. [Madrid, 1982], p. 331; una crítica general de la ley en este punto puede verse en *op. cit.*, pp. 299-302).

muy mal vista, de modo que, cabe sospechar que las posibilidades para ellos de reiterar nupcias serían probablemente mínimas; por todo ello el divorcio tendría carácter excepcional en bastantes países europeos, cuyas legislaciones admitían la ruptura legal del vínculo, a fines del siglo XIX y principios del siglo XX. Cabe concluir que la concepción social del matrimonio, como unión indisoluble, apenas si sufrió grave quebranto bajo la vigencia de este inicial sistema divorcista. No obstante, como se ha advertido, la reiteración de procesos de divorcio, sobre todo en los núcleos urbanos de mayor población, inicia, más pronto o más tarde, un movimiento de aceptación social de la figura y, en contrapartida y paralelamente, de lenta erosión de aquella noción indisoluble del matrimonio.

La generalización del divorcio por causas objetivas, promovida al unísono por la doctrina y por los prácticos, va a alterar decisivamente los términos de la cuestión. Es verdad que mayoritariamente el matrimonio indisoluble todavía se vive sociológicamente en no pocas sociedades occidentales, sobre todo en extensas zonas rurales y en los territorios de mayor práctica religiosa; pero la clase media incorporará, poco a poco, a sus hábitos la normalidad de la ruptura legal del vínculo, la cual, aun siendo todavía minoritaria en la sociedad, empieza a adquirir ya carta de naturaleza. Se difunde la concepción de que el matrimonio ya no se contrae *for life*, sino que el juez puede disolverlo cuando, a instancia de alguno de los cónyuges, o de los dos, se ha roto de modo irreversible la vida en común de los cónyuges; además se ha reducido el costo procesal de los procesos de divorcio y los cónyuges *civilizadamente* pueden salir de la audiencia del Juzgado despidiéndose, incluso amistosamente, como ciudadanos que van a ser en el futuro, jurídicamente hablando, extraños entre sí. Obsérvese que las leyes, en cuanto al fondo del proceso de divorcio, sólo toman exclusivamente en consideración las alegaciones de los cónyuges, sin tener en cuenta el parecer de los hijos menores, salvo, en las últimas leyes, en cuanto a determinar los efectos en su respecto de la sentencia estimatoria que se dicte. A lo que conozco, sólo la derogada legislación matrimonial de la desaparecida República Democrática alemana autorizaba al juez a desestimar la demanda de divorcio cuando los hijos comunes, por ser contrario a sus intereses, se oponían al divorcio de sus progenitores. También cabe traer a colación las excepcionales *cláusulas de dureza* (*clause de durété*, *Härtelklausel*) que, en circunstancias muy concretas y determinadas, autorizan a los jueces a denegar el divorcio cuando su pronunciamiento va a agravar considerablemente la situación material, económica, psicológica o espiritual del otro cónyuge; una circunstancia similar figuraba en el proyecto español de 1981, pero fue eliminada en la votación final de la ley. Por lo general, los jueces, allí donde aquéllas están en vigor, hacen de estas cláusulas una aplicación muy circunspecta y ex-

cepcional, que parece, más bien, querer *maquillar* con un superficial baño de moralidad una institución que, en realidad, se opone frontalmente a cualquier norma ética. En este sistema de divorcio cambia radicalmente el criterio para regular los efectos de la ruptura legal del vínculo; ya no será, como en el anterior, la culpabilidad de uno de los cónyuges, sino la *necesidad* de éstos o la de los hijos comunes. Antes puse de relieve los posibles resultados inequitativos a que puede conducir la aplicación de los nuevos criterios. Por otra parte, tendencialmente, el número de divorcios crece de modo generalizado e imparable en casi todos los países, aunque no en todos con el mismo ritmo.

Poco que añadir a lo ya dicho hasta ahora sobre el divorcio por mutuo consentimiento. Sus defensores ven en este sistema la consagración máxima de la autonomía de la voluntad. Los cónyuges decidieron en su momento casarse, y ellos más tarde, autónomamente, deciden *descasarse*. ¿Pura lógica? Sí, habría que responder, en el caso de tratarse exclusivamente de un contrato de compraventa, de préstamo o de comodato. Pero en ninguno de los ejemplos aducidos suele haber hijos directamente afectados por la disolución de un vínculo contractual, como ocurre en la ruptura legal del matrimonio de sus padres. La supuesta lógica –que ya aplicaron los autores pertenecientes a la Escuela Protestante de Derecho Natural, y, más tarde, los revolucionarios franceses– cae por su base. Si en oposición a la concepción institucional, se acepta la naturaleza meramente negocial del matrimonio, se trataría de un contrato distinto de los demás, con importantes repercusiones en terceros y en la propia sociedad (el crecimiento exponencial de las rupturas legales alarma en muchos países a los sociólogos).

El divorcio sin alegación de causa *prima facie* parece constituir un eficaz primer paso hacia la directa desjuridificación del matrimonio legal. Bajo este sistema divorcista, el matrimonio quedaría reducido jurídicamente a una mera relación de cortesía o de conveniencia social (como puede serlo el deber de llevar un ramo de flores a la dueña de la casa que nos ha invitado a comer). Aquello del *matrimonium fundamentum regnorum* resulta que fue una ilusión de los sabios antiguos. Ahora bien, y bajo una perspectiva de la evolución histórica del divorcio en los países occidentales, ¿no estaríamos reconociendo así paladinamente que el Estado ha terminado fracasando en su propósito de regular omnicompreensiva y discrecionalmente la unión conyugal? Si el siglo XX representa el apogeo y exaltación del Estado soberano como regulador exclusivo del matrimonio y de la familia, los maléficos resultados del ejercicio de tales facultades, o, al menos, sus claros y evidentes desaciertos, sobre todo en cuanto al divorcio, están mostrando la falta de un fundamento serio para aquella pretensión (en efecto, el Estado moderno que, por lo general, ha acerta-

do en la regulación de las instituciones privadas ha demostrado fracasar clamorosamente en cuanto a las crisis conyugales), sin olvidar la evidente responsabilidad civil en que ha podido incidir, caso por caso, por los daños causados directamente a los interesados, y a la sociedad, por la mala gestión de tales facultades competenciales (*culpa in legislando*).

Por otra parte, en bastantes países occidentales se ha aceptado mayoritariamente que el divorcio sólo puede ser pronunciado por el juez. En nuestro ordenamiento lo garantiza así el artículo 24 CE, que asegura a todos los ciudadanos la tutela efectiva de sus derechos e intereses por los jueces y tribunales. Por tanto, no sería constitucionalmente posible entre nosotros un divorcio exclusivamente administrativo o notarial, ni eventualmente acordado por los interesados en documento privado. Se trataría, por tanto, de un verdadero fraude que por ley se regularan los trámites de tal hipotético divorcio no judicial, de modo que viniera a obstaculizar, de hecho, la oposición al divorcio por el otro cónyuge y se premiara de alguna forma la renuncia a ejercer la acción ante los tribunales.

11. La nueva Ley española 15/2005, de 8 de julio, en materia de separación y divorcio

La segunda Ley de divorcio posconstitucional se ha promulgado en España al cumplirse veinticuatro años y un día de la que, en su momento, se calificó castizamente de *Ley San Fermín* o, más exactamente por designar a sus monitores gubernamentales, Ley Fernández Ordóñez-Cavero. En el ámbito comparativo puede afirmarse que se inspira genéricamente en esa corriente ampliamente liberalizadora de la ruptura legal del vínculo que he venido analizando, si bien agudizando sus caracteres más extremos hasta el punto de que la legislación matrimonial española cabría decirse que ha tocado fondo –¿cómo imaginar la siguiente reforma?, ¿que a cada contrayente en el momento de la celebración se le entregue, con el Libro de Familia, una sentencia de divorcio que contenga la fecha en blanco...?–, permitiéndose hacer balance de las últimas consecuencias de aquella corriente. Sin embargo, nuestra ley no deja de ser *singular* por no pocas razones. No sigue, ni alude siquiera, a las ya avanzadas propuestas facultativas de la Comisión Europea de Derecho de Familia, y renuncia, sin motivarlo, a introducir *controles* de los posibles *abusos* de la autonomía de la voluntad de los cónyuges al solicitar el divorcio que regula aquella (35). Prescinde de toda referencia al Derecho comparado (por ejem-

(35) Cfr. BOELE-WOELKI, Katharina: "La Comisión de Derecho de Familia Europeo, etc.", cit., p. 51.

plo, la legislación sueca, que podría invocar parcialmente en su apoyo, o la francesa de la Ley de 26 de mayo de 2004, que, más bien, sería ejemplo de lo contrario). En cuanto a los antecedentes españoles, el preámbulo de la Ley se limita a realizar una presentación, más bien sesgada, de la Ley de 1981, omitiendo, curiosamente, toda referencia a la primera Ley de Divorcio de 1932 (¿quizá por no tener que criticarla ahora?). Se deja igualmente de lado cualquier dato sociológico [cuando el Gobierno tenía a su disposición las estadísticas de Eurostat (36) que aquél alimenta oficialmente].

Parece que la última *ratio* de nuestra Ley es la exaltación del valor constitucional de la libertad de los cónyuges que, cabe afirmar, se lleva al paroxismo, hasta el punto de dinamitar el fundamento de cualquier compromiso jurídico (37). Se afirma en el preámbulo, como postulado básico, que *la reforma que se acomete pretende que la libertad, como valor superior de nuestro ordenamiento jurídico, tenga su más adecuado reflejo en el matrimonio*. Del que se deduce que *el respeto al libre desarrollo de la personalidad, garantizado por el artículo 10.1 de la Constitución, justifica reconocer mayor trascendencia a la voluntad de la persona cuando ya no desea seguir vinculado con su cónyuge*. Así, *el ejercicio de su derecho a no continuar casado no puede hacerse depender de la demostración de la concurrencia de causa alguna*. En el último de los argumentos transcritos no deja de detectarse cierta tautología, pues, aparte de la problemática existencia de ese dudoso *derecho a no continuar casado* (¿mera facultad, reverso del *jus connubii*?), se da por supuesto que en este caso se alteran los principios procesales de prueba (art. 217 LEC 2000), dispensando al cónyuge de probar la concurrencia de causa alguna de ruptura, infringiendo abiertamente con ello el artículo 32.2 CE (38) (*la ley regulará las causas de disolución*, fórmula imperativa que ha desconocido paladinamente

(36) Según tales estadísticas, España, Italia e Irlanda son los países comunitarios con menor índice de divorcialidad, que en los últimos años gira en torno a uno por mil habitantes, mientras que la media gira en torno a dos divorcios por millar de habitantes, superándola Suecia, Dinamarca y alguno de los países últimamente llegados a la UE, que se aproximan a los tres divorcios.

(37) Por ese camino cabría concluir que el artículo 1.256 es inconstitucional por oponerse al libre desarrollo de la personalidad del contratante.

(38) En la Sesión plenaria del Congreso de los Diputados celebrada el 21 de abril de 2005, la diputada de CIU, señora Pigem y Palmés, lo advirtió con claridad: *Creemos que en sede contenciosa sería más respetuoso con nuestro marco jurídico y especialmente con el artículo 32.2 de la Constitución mantener la necesidad de explicitar cuál es la causa por la que se solicita la separación, una causa que además ilustrará al juzgador acerca de la realidad de cada familia concreta, una ilustración que parece necesaria, ya que es sobre esa realidad sobre la que el juzgador deberá adoptar los efectos de la separación* (Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, VIII Legislatura, año 2005, núm. 84, p. 4103). A la enmienda propuesta por CIU se adhirió la diputada del PP, señora Matador de Matos (*loc. cit.*, p. 4107), siendo ambas enmiendas rechazadas.

el legislador de 2005). Cuando, en realidad, había que demostrar que los actos y negocios de Derecho de familia son abstractos y carentes de causa y motivación; prueba que en modo alguno aporta la E. de M. Más adelante el legislador apostilla su novedosa e inconstitucional concepción del matrimonio al afirmar categóricamente que *tanto la continuación de su convivencia como su vigencia depende de la voluntad constante de ambos [cónyuges]*. No habrá, al parecer, en el futuro un estado matrimonial de casados, sino, por el contrario, una situación inestable y claudicante en la que la subsistencia del vínculo matrimonial dependerá exclusivamente del consentimiento constantemente reiterado por cada uno de los cónyuges; basta, en efecto, que no coopere alguno de ellos en la prestación de ese tácito consentimiento cotidianamente otorgado para que el juez, ineludiblemente, tenga que pronunciar el divorcio.

Por lo que antecede nada extraña que la nueva regulación del divorcio en España sea una de las más lacónicas y escuetas del mundo occidental. Viene conservada en el CC con el pie forzado de la regulación anterior, pero bastaría, por ejemplo, con un único precepto que contuviera, ordenada y sucesivamente, los actuales artículos 86, 88 y 89. La regla general básica aparece formulada en el artículo 86:

Se decretará judicialmente el divorcio, cualquiera que sea la forma de celebración del matrimonio (39), a petición de uno sólo de los cónyuges, de ambos o de uno con el consentimiento del otro, cuando concurren los requisitos y circunstancias exigidos en el artículo 81.

Se enuncia el principio del divorcio judicial, vigente anteriormente y que ratifica el artículo 89 (*La disolución del matrimonio por divorcio sólo podrá tener lugar por sentencia que así lo declare*). Se reitera la aplicabilidad del divorcio también para el matrimonio canónico y las demás modalidades de matrimonio religioso admitidas en el ordenamiento. La nueva Ley ha alterado las relaciones entre separación y divorcio; se mantiene la primera para respetar la decisión de aquellos ciudadanos que no desean que su matrimonio se disuelva judicialmente; pero se elimina la regla de que la separación, de hecho o de derecho, constituya el primer paso para el divorcio que anteriormente regía con alguna excepción (cfr. causa 5.^a, art. 86, Ley 1981). Ello no obsta para que la Ley 2005 haya unificado los requisitos legales de la separación y divorcio, de suerte que el artículo 86 se remite, sin más, al artículo 81 en cuanto al plazo de duración del matrimonio para solicitar aquéllos (tres meses, con una excepción para las llamadas *demandas instantáneas* del art. 81-2.º).

(39) En el artículo 85 se añade y *el tiempo de su celebración*, de aquí que resulta repetitivo en este punto el artículo 86, a menos que se haya querido decir que la reforma carece de efecto retroactivo.

La Ley contempla dos únicas modalidades de divorcio, por acuerdo o por voluntad unilateral. En realidad, el artículo 86 CC se refiere a esta última en primer término, lo que parece significar que el legislador la privilegia. Por cierto que, en cuanto a la segunda modalidad, hay cierta contradicción en el preámbulo con relación al derecho derogado; de una parte se dice que en la Ley de 1981, en ningún caso el matrimonio podía disolverse como consecuencia de un acuerdo en tal sentido de los consortes; lo cual probablemente coincidía con la voluntad del Gobierno de la UCD en su proyecto de ley. Pero las enmiendas aprobadas durante la tramitación del mismo en las Cortes permitieron que, por vía procedimental, se admitiera el divorcio mediante acuerdo de ambos cónyuges. Ello explica que en el preámbulo de la nueva Ley se diga que los requisitos que deban concurrir, así como los trámites procesales que deberán seguirse, son prácticamente coincidentes con los vigentes hasta ahora, pues sólo se ha procedido a reducir a tres meses el tiempo que prudentemente (*sic!*) debe mediar entre la celebración del matrimonio y la solicitud de divorcio (¿también viene a fijar la Ley –indirectamente– la máxima duración legal del viaje de bodas?). En cuanto al divorcio por acuerdo tampoco se respetan los requisitos prudenciales mínimos de la CEDF, fijados en un período legal de reflexión que puede ser de tres o de seis meses, a partir de la presentación de la demanda, según que haya, o no haya, acuerdo en el convenio regulador.

En resumen: cabría decir gráficamente que nuestro legislador se ha sentido obligado a *quemar etapas*; máxima simplificación sustantiva y procesal que originará una aceleración en la tramitación de estas causas, justificando así el calificativo popular de *divorcio exprés*. Cabe preguntarse, no obstante, si tal rapidez se logrará acaso en detrimento de alguno de los interesados, y si se respetarán los principios de la *protección jurídica de la familia* y de la *protección integral de los hijos* enunciados por los apartados 1 y 2 del artículo 39 CE.

Por de pronto, se ha incumplido abiertamente el *derecho de los hijos menores a ser oídos* en el proceso de divorcio instado por cualquiera de sus progenitores, o por ambos; derecho proclamado por el Convenio de 1989, de inmediata aplicación en España por lo dispuesto en el artículo 39.4 CE, y que la Ley de 1996 se apresuró a recibir. No parece imposible que en un proceso de divorcio, a instancia de uno de los cónyuges, comparezcan hijos con suficiente juicio para decir al juez que se oponen al divorcio solicitado por su progenitor, dado que perjudica su propia formación, y porque, a su parecer, la demanda carece de toda motivación por tales o cuales razones. ¿Utopía o ciencia-ficción? En todo caso, una facultad legal que por mandato de la ONU ha recogido el artículo 8.º de la Ley de 1996. Sin olvidar que, según corroboran estudios extranjeros, algunos

hijos de padres divorciados siguen pensando, al cabo de los años, que no pueden perdonar al progenitor que solicitó y obtuvo la ruptura legal del vínculo. Por lo demás, el artículo 8 de aquélla no ofrece duda alguna en su exégesis: *El menor tiene derecho a ser oído, tanto en el ámbito familiar como en cualquier procedimiento administrativo o judicial en que esté directamente implicado y que conduzca a una decisión que afecte a su esfera personal, familiar o social.* Es cierto que la regla 4.^a del artículo 770 LEC 2000, completado por la nueva Ley de 2005 con un nuevo párrafo, dispone genéricamente que, *cuando hubiere hijos menores o incapacitados, se les oirá si tuvieren suficiente juicio y, en todo caso, si fueren mayores de doce años* (la regla añadida contiene garantías razonables para tal audiencia). Pero la regla de la intervención de los menores e incapacitados se inserta inmediatamente después de aludir a los pronunciamientos sobre medidas que les afecten, es decir, la guarda o custodia, alimentos, etcétera, lo que ya venía ocurriendo bajo la Ley de 1981. Sin embargo, lo que yo propugno ahora es que, con base en el artículo 8.º Ley 1996, se conceda a tales menores e incapacitados el derecho a hacerse oír en el proceso de divorcio, materia indudablemente familiar y cuya sentencia estimatoria *afectará ineludiblemente a su esfera personal, familiar o social.*

¿Puede alguno dudar de que la sentencia de divorcio vaya a afectar, por lo general, a los hijos menores? El propio legislador de 2005 lo reconoce paladinamente en el preámbulo: *Con el fin de reducir las consecuencias derivadas de una separación y divorcio para todos los miembros de una familia, mantener la comunicación y el diálogo, y en especial garantizar la protección del interés superior del menor, se establece la mediación como un recurso voluntario alternativo de solución de los litigios familiares por vía de mutuo acuerdo con la intervención de un mediador, imparcial y neutral.* Este párrafo retrata exactamente la actitud del Estado moderno –e implícitamente la de nuestro *Estado de bienestar*– ante la ruptura legal del vínculo matrimonial. Implícitamente reconoce que tanto la aplicación de la Ley de 1981 como la vigente producen *consecuencias* (eufemismo para ocultar los *graves perjuicios* derivados de la sentencia estimatoria en relación con los cónyuges y sus hijos) para todos los miembros de la familia; daños que, tácitamente, confiesa no poder remediar en su origen precisamente la ley que el mismo Estado ha propuesto y promulgado. El Estado hace dejación de sus deberes de proteger a la familia resignándolos en la nueva *panacea* de la práctica de la mediación matrimonial. Pero, ¿qué ocurrirá si las partes no desean acudir al mediador, o éste fracasa? Los daños y consecuencias del divorcio se perpetuarán con inmediato reflejo en la sociedad. Otra indudable manifestación de una peligrosa privatización en el ámbito del Derecho de Familia.

La Ley del 2005 ha pretendido perfeccionar la regulación del divorcio, no sólo en aspectos prácticos o funcionales, sino en depurar su razón última para existir, que lo ha cifrado, o sublimado, en el ejercicio de la máxima libertad para cada uno de los cónyuges (proclamación del supuesto derecho a no estar casado); paralelamente, consciente o inconscientemente, ha subvertido la noción de matrimonio en sentido legal, pues, después de la reforma, ni siquiera llega esta institución a la categoría de mero contrato o negocio jurídico; así, aunque sigue atribuyendo a los Tribunales la competencia para sentenciar aquél, acaso daría igual en teoría que este divorcio lo pronunciara un funcionario público que ha cursado la carrera de derecho, el secretario del Registro civil, el alcalde o el concejal encargado de la asistencia social (no teniendo que analizar jurídicamente los hechos alegados como causa de su pretensión, cualquiera de los mencionados puede valorar si la petición de separación o divorcio reúne los requisitos legales).

12. El fracaso estatal del divorcio y sus posibles remedios

Hablo, en general, de fracaso o no consecución de los fines perseguidos, en la regulación estatal del divorcio, porque las sucesivas normativas producidas en los dos últimos siglos se muestran incapaces de resolver razonable y equitativamente los conflictos familiares; porque el número de éstos no queda circunscrito a cierto porcentaje estabilizado, ni menos aún logra su disminución; porque tampoco ha conseguido, al resolverlos, que se asegure la protección de las personas más vulnerables de la familia; porque la *one-parent-family*, secuela ineludible del divorcio, representa un núcleo familiar incompleto cuyo *standard of life* se ha reducido notablemente después de la ruptura, y muchas veces precisa ayuda de la asistencia pública (40).

La perspectiva histórica de más de un siglo para examinar la evolución de cualquier institución jurídica parece suficiente para obtener conclusiones significativas. Al cabo de algunos años de funcionamiento de los

(40) ¿Qué calificativo merecería un Estado que al regular, por ej., el contrato de compraventa, lo hiciera bajo el principio de que el interés social exige otorgar a cada contratante las mayores facilidades para apartarse, romper o rescindir unilateralmente el contrato que voluntariamente ha asumido, pues así se deduce como corolario de la libertad de la persona como valor constitucional y del libre desarrollo de la personalidad (art. 10 CE)? ¿Qué consecuencias económico-sociales se producirían si el número de incumplimientos de este contrato creciera constantemente, año tras año, frustrando las razonables expectativas de miles de vendedores de productos?, ¿no sería sensato revisar el sistema legal de rupturas para estabilizar y fomentar el comercio?

sistemas divorcistas que he descrito, ninguno de los patrocinados por el legislador occidental, hasta aquí examinados, ha servido para frenar con claridad, o hacer disminuir, el número de divorcios legales; antes al contrario, las reformas legales del divorcio han terminado inexorablemente por incitar a los cónyuges a solicitar, en un número mayor que bajo el sistema anterior, la ruptura legal de su unión. Por todo ello resulta difícil encontrar hoy juristas que se muestren ni plena ni medianamente satisfechos con la legislación divorcista vigente en su respectivo país. Como el incremento de rupturas legales es acumulativo, al final del siglo xx el número de sentencias de divorcio se ha multiplicado por varios dígitos, sin que el estreno de un nuevo sistema implique un factor de retroceso o, al menos, de estabilización en el número de aquéllas. Paralelamente se están produciendo en muchos países fenómenos inquietantes: ha disminuido la frecuencia de matrimonios (fenómeno no directamente achacable al incremento de divorcios, pero sí aparece con él indirectamente relacionado); crece con velocidad variable, según los países, el número de uniones de hecho y el de hijos nacidos fuera de matrimonio. Por otro lado, también resulta incuestionable que nadie pondera o ensalza, eventualmente, los sistemas divorcistas en vigor por su justicia o bondad intrínsecas, sino, todo lo más, por razones formales, es decir, por el aligeramiento de trámites procesales y por la rapidez de actuación, que permiten dictar sentencia a los Tribunales con relativa mayor agilidad. En todo caso, los posibles perjuicios causados a los cónyuges y a los hijos, o a la institución familiar misma, por las rupturas matrimoniales, no suelen tomarse en consideración para ser atajados *in radice*, sino, todo lo más, paliados o remitidos a la iniciativa privada o a una futura legislación estatal sin plazo de cumplimiento (41).

Tampoco es frecuente plantearse el tema fundamental de la actitud y de la responsabilidad general del Estado ante el divorcio y su fracaso. Diríamos que se trata de cuestiones insólitas o políticamente incorrectas. Pero cabe, no obstante, observar que, tratándose exclusivamente de la protección de los menores, se asume generalmente que el Estado debe empeñarse a fondo en tutelar el *best interest of Child*. Paradójicamente se sostiene que, sin embargo, en materia matrimonial, aquél debe ser neutral, no debien-

(41) Está por ver la puesta en aplicación del fondo de garantía de pensiones, contemplado en la disposición adicional única de la Ley 2005, según la cual: "El Estado garantizará el pago de alimentos reconocidos e impagados a favor de los hijos e hijas menores de edad en convenio judicialmente aprobado o en resolución judicial, a través de una legislación específica que concretará el sistema de cobertura de dichos supuestos". Obsérvese que es un compromiso que no tiene plazo de cumplimiento; que no afecta a la pensión compensatoria del cónyuge separado o divorciado, ni tampoco a la pensión alimenticia del cónyuge separado; por último, se ha olvidado en la lista de beneficiarios a los hijos mayores incapacitados.

do tomar partido cuando los ciudadanos se inclinan por aceptar y reconocer cualquier regulación de organización de sus relaciones sexuales, por atípicas que sean y cualesquiera sean sus efectos. Concretamente, respecto de estas últimas se sostiene que el Estado no tiene que expresar ninguna preferencia por el matrimonio, sino proteger por igual todas las opciones que, libérrimamente, se manifiesten en la sociedad; lo que conlleva igualmente neutralidad en caso de divorcio (42). Obsérvese, sin embargo, que declarar la máxima protección a los hijos (que se califica de *integral* en el art. 39.2 CE), comprometiendo en ella al Estado y a los demás poderes públicos, y ser neutral a propósito del matrimonio y de su ruptura (cuando todavía en muchos países occidentales el mayor número de ciudadanos nacen precisamente en el seno de un matrimonio legal), resulta una ingenuidad, o una *contradictio in terminis*, cuando no representa una postura farisaica.

Por otra parte, aún existe en la sociedad occidental un elevado número de ciudadanos que planean vitalmente su matrimonio como proyecto a largo término, es decir, para durar *de por vida*. De otro modo, sería comprensible interrogarse, ¿para qué casarse si resulta tan fácil divorciarse? Puede afirmarse, por ello, que un divorcio sencillo y rápido puede estimular, más bien, a los ciudadanos a constituir meramente una unión de hecho, que a casarse. En nuestro ordenamiento, relacionando los artículos 32 y 39.1 CE, se concluye por deducción la existencia del derecho individual de hombres y mujeres a contraer un matrimonio indisoluble, que para bastantes sectores de población sigue siendo la modalidad que colma sus más íntimas aspiraciones, y, por ello, se adapta mejor a su proyecto vital. Pero ocurre que nuestra legislación ordinaria no contempla, ni permite, la tutela jurídica de una familia basada en el matrimonio indisoluble (43). Desde 1981, y con mayor razón a partir de 2005, ya no puede

(42) Se lo plantea interrogativamente FULCHIRON: *The new french divorce law*, op. cit., p. 250, al concluir su crónica de Derecho francés: *Is marriage to be merely one among many forms of living as a couple, to be taken up, arranged and dissolved on the basis of individual choice alone?* Todo ello a pesar de que el país vecino no ha dado el paso decisivo de nuestra Ley de reforma del 2005, y mantiene, como escribe aquel autor, el divorcio por culpa reducido a las violaciones más graves de los deberes y obligaciones conyugales (*loc. cit.*, p. 247).

(43) El término *matrimonio indisoluble* ha desaparecido de nuestro vocabulario jurídico. Probablemente la última vez que se pronunció en el hemisferio de San Jerónimo fue con ocasión de la presentación del proyecto de ley de divorcio por el ministro Sr. FERNÁNDEZ ORDÓÑEZ cuando dijo aquella rotunda y peyorativa frase, poco acorde, sin embargo, con la tozuda naturaleza de las cosas, e intrínsecamente falsa por tanto: *El matrimonio no puede ser indisoluble porque nada hay indisoluble en esta vida*. ¿No contemplamos a diario tantos matrimonios disfrutando el sereno amor de la tercera edad? ¿No muestra la realidad diaria que también es indisoluble, por ejemplo, el amor de la madre por sus hijos? Es curioso que actualmente algunos familiaristas norteamericanos están comenzando a descubrir, aun sin nombrarlo, las bondades del matrimonio indisoluble, tomando por punto de partida el artículo 16 de la Declaración

haber en España familias jurídicamente estables, sino *familias frágiles y fragilizadas* legalmente por causa de una política matrimonial que, desde hace un cuarto de siglo, discurre por derroteros opuestos a aquéllos por los que debiera transitar. Porque, ¿qué quiere decir *protección jurídica* de la familia? A mi juicio, que los cónyuges que hayan optado por una familia estable dispongan también de mecanismos legales para asegurar la subsistencia de la familia por ellos formada, cualesquiera sean los conflictos que en su seno surjan; significa también que la ley no estimule la ruptura legal, sino que facilite la reconciliación (y a ello debieran conducir, eventualmente, los mediadores); en consecuencia, si no hay más remedio que acordar la separación de los cónyuges, los miembros más vulnerables deben recibir las ayudas pertinentes y debiera ofrecerse a todos los interesados mecanismos eficaces de mediación que busquen, no sólo la ruptura más o menos *civilizada*, sino también el *restablecimiento* de una armónica convivencia familiar. En definitiva, que en lugar de hacer prevalecer un *favor divortii* como abierta o solapadamente se postula, predomine el *favor matrimonii* y el *favor familiae* que exigen imperiosamente y de consuno el bien común de la sociedad. No hay, propiamente, un *jus ad divortium*, sino un derecho de cada cónyuge –al menos, de cierto número de ciudadanos– a no ver frustradas sus expectativas de concertar un *long-time marriage*, es decir, un matrimonio *for life*, lo que supone que sobre cada uno de ellos –y también sobre abogados y jueces que intervengan en su caso– recaen, como dice la sección 1 de la *Matrimonial Causes Act* inglesa, de 1996, el deber de hacer todo lo posible por *save the marriage*. Obligación que recaen asimismo sobre el Estado en general y, en particular, sobre aquellos juristas que tienen que resolver un conflicto familiar.

Durante el siglo pasado, los Estados occidentales lograron ver culminada su aspiración de ser únicos árbitros de los conflictos conyugales. Coadyuvaban en tal empresa varias Escuelas filosóficas y jurídicas y la nada

de la ONU de 1948, al que denominan *the long-term Marriage*. Así PARKMAN: “To what «marriage» do we have a right?” en el volumen colectivo *Family Law and Human Rights* (edit. by Peter Lodrup and Eva Midvar), Trondheim, Norway 2004, pp. 556 y ss. Expone minuciosamente este autor los numerosos beneficios que derivan de dicha modalidad matrimonial, especialmente bajo una perspectiva económica y social; por ello, los cónyuges están dispuestos a asumir determinados sacrificios para obtenerlos: *Since those benefits will generally occur in the future, the durability of the marriage is in an important factor encouraging the personal sacrifices* (loc. cit., p. 558). La conclusión resulta sumamente clara: *The only way to create a credible long-term commitment to marriage is to make it difficult to dissolve a marriage* (loc. cit., p. 561). [Adviértase que el autor prescinde de cualquier motivación religiosa y que el objeto de su trabajo es impulsar la celebración de matrimonios que vayan precedidos de un *prenuptial agreement*, es decir, que este autor parece asignar también un nuevo objetivo a las capitulaciones matrimoniales que, por influjo hispano-francés, siguen concertándose en el Estado americano de Nueva Orleans].

desdeñable ayuda de las Iglesias surgidas del Cisma y de la Reforma, por lo cual alguna responsabilidad alcanzaría a estas últimas en el antes demostrado fracaso del divorcio legal. Es posible que los funcionarios estatales de diversos países europeos creyeran de buena fe que mejorarían la labor llevada a cabo, en materia matrimonial, por la Iglesia Católica a lo largo de varios siglos anteriores. Hoy no cabe abrigar ilusiones en este punto, pues la realidad está demostrando que el poder estatal lo ha hecho, a lo largo de la historia, y lo está haciendo en el presente, mucho peor que la Iglesia, habiendo sido actualmente desbordado por las demandas sociales y las reivindicaciones de grupos minoritarios muy activos.

El *remedio* a las crisis conyugales ya no puede consistir en dejarse arrastrar por esta corriente, facilitando jurídicamente, cada vez más, la ruptura de los matrimonios legalmente celebrados. Durante más de un siglo han estado inspiradas las legislaciones occidentales en el *favor divortii* y ahora, al cabo de bastantes años de aplicación, se muestra claramente que *el problema es el divorcio*, por su imparable difusión, por sus perversos efectos para los propios cónyuges, sus hijos y la sociedad en su conjunto, porque, en suma, el divorcio engendra divorcio y acaba socavando los fundamentos de la institución familiar.

No parece justo que el Estado imponga totalitariamente a todos los ciudadanos un único modelo de *matrimonio light*, que puede quebrarse a la menor crisis. Por el contrario, los ciudadanos que lo deseen deberían poder acceder a lo que, en terminología anglosajona, se designa como *long-term marriage*, y que aquí tradicionalmente hemos apellidado sin más de *matrimonio indisoluble*. Los demás remedios que ahora aconseja seguir la Comisión Europea de Derecho de Familia –y que consiste fundamentalmente en generalizar el divorcio por mutuo consenso– es más de lo mismo, incidiendo en idénticas causas de fracaso que los anteriores sistemas aplicados.

No parece infundado predecir que si el legislador estatal persiste en el mismo camino –y, peor todavía, si tratara de hacerlo cualquier órgano europeo–, y no cambia de rumbo su política familiar, la privatización del matrimonio resultará inevitable (44). Así permite constatarlo la Ley española del 2005. No es inadecuado reiterar que, quizá, muchos ciudadanos discurren así: ¿para qué casarse si la ley otorga a la unión libre casi idénticos derechos y beneficios sociales que al matrimonio? No resulta indiferente para el Estado y la sociedad que haya muchos matrimonios que funcionen armónicamente, ejerciten responsablemente sus facultades re-

(44) Lo reconoce abiertamente, a la vista de la reforma francesa de 2004, FULCHIRON: *loc. cit.*, pp. 250 y s.: *Divorce reform would become part of the progressive slide of the institution of marriage from the public to the private sphere.*

productivas y sean capaces de superar las inevitables crisis conyugales. Uniones conyugales válidamente celebradas entre jóvenes ilusionados por realizar un proyecto duradero de vida en común. Rebajar las exigencias legales para la celebración del matrimonio y para su ruptura legal no es la mejor manera de disuadir a los ciudadanos de que entren en unas uniones de hecho a las que se las colma de beneficios legales y sociales y, probablemente, hasta se va a permitir su ingreso en el Registro Civil. Entre otros motivos porque el índice de fecundidad entre tales parejas de hecho resulta muy inferior al mínimo de reemplazamiento de la población.

EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LAS PRESUNCIONES. DOS EJEMPLOS: LA PRESUNCIÓN DE PATERNIDAD Y LA PRESUNCIÓN MUCIANA

M.^a LOURDES MARTÍNEZ DE MORENTIN LLAMAS

*Doctora en Derecho.
Universidad de Zaragoza*

SUMARIO: INTRODUCCIÓN. PRIMERA PARTE: EL DERECHO ROMANO. 1. PLANTEAMIENTO DEL TEMA. 2. LAS PRESUNCIONES EN GENERAL. 3. PRESUNCIÓN NO ES FICCIÓN. 4. LA PRESUNCIÓN DE PATERNIDAD LEGÍTIMA. A) El *tollere liberum*. B) La regla *pater is est quem nuptiae demonstrant*. C) Los Senado-consultos *De partu agnoscendo*. 5. LA PRESUNCIÓN MUCIANA. SEGUNDA PARTE: EL DERECHO HISTÓRICO ESPAÑOL. 1. LA PRESUNCIÓN DE PATERNIDAD. 2. LA PRESUNCIÓN MUCIANA. TERCERA PARTE: EL DERECHO ACTUAL. 1. NOTAS DE CARÁCTER GENERAL. EL ANTIGUO ARTÍCULO 1.251 DEL CÓDIGO CIVIL. 2. LOS ARTÍCULOS 385 Y 386 DE LA NUEVA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL. 3. LA PRESUNCIÓN DE PATERNIDAD. A) La teoría de la cohabitación causal como teoría general de la presunción de paternidad. B) Los artículos del Código Civil. C) La presunción de paternidad del marido es una regla de derecho material. D) La decadencia de la presunción de paternidad (Comentario a la STS de 20 octu-

bre de 2004). **E)** ¿Es posible hablar de la presunción de paternidad en los casos de filiación realizada con técnicas de reproducción asistida? **4. LA PRESUNCIÓN MUCIANA.** **A)** Pervivencia en el Derecho catalán de la presunción muciana. **B)** El antiguo artículo 23 de la Compilación. **C)** La reforma de 1984 y la supresión de la presunción. **D)** La reforma de 1993. **E)** El Código de Familia catalán. **CONCLUSIONES GENERALES.**

Introducción

Corría 1995 cuando en Granada, y con ocasión del Primer Congreso de la Asociación Iberoamericana de Derecho Romano, el profesor CALONGE tomaba la palabra que servía de introducción a las diversas ponencias dedicadas al tema de la recepción del Derecho romano (1). En él se refería al término recepción y la utilización de otros similares, como influencia, penetración, aplicación del Derecho romano; las diversas clases de recepción: política, técnica, de *iure*, de *facto*, etc. Y todo lo relativo a la historia externa de la recepción a través de las distintas etapas históricas (2). Pensando en las nuevas generaciones de investigadores, hizo alusión al camino que debe recorrerse en el estudio de una institución jurídica; desde el análisis de los textos romanos hasta los ordenamientos jurídicos actuales (pasando por las fuentes intermedias). “Conviene señalar, continuaba, que no todo el Derecho romano ha sido objeto de recepción, sino solamente las instituciones que hoy son más conocidas, las más características. Queda, pues, mucho Derecho romano que no ha sido plasmado en los códigos civiles. O dicho de otra manera, todavía se encuentran en los textos romanos soluciones válidas a los problemas jurídicos que se plantean en el mundo de hoy, por muy modernos que éstos puedan parecernos. El *Digesto* contiene un filón inagotable de esas soluciones, hasta

(1) El estudio de la recepción del Derecho romano constituye un fin primordial de la Asociación, recogido estatutariamente, tal y como expone el propio CALONGE en *La Recepción del Derecho Romano en materia de obligaciones y contratos* en *Actas del II Congreso Iberoamericano de Derecho Romano*, Universidad de Murcia-Universidad de Oviedo, Servicio de publicaciones de la Universidad de Murcia, Murcia, 1998, p. 9, nota 1. Véanse también directamente “Presentación: La Recepción del Derecho Romano”, en *Actas del I Congreso Iberoamericano de Derecho Romano*, Universidad de Granada, 1997.

(2) CALONGE: *Actas del II Congreso*, cit., p. 10.

el punto que sigue sorprendiendo incluso a los que llevamos más años frecuentando su lectura (3)".

Ciertamente, hoy nadie duda de tal afirmación, nuestros jueces siguen leyendo el *Digesto* y aplicando sus soluciones a los casos concretos. Pero es que además está muy difundida la idea de que, en los países de recepción romanista, la actividad del juez no es sólo aplicación del derecho dado por la ley, sino también creación de derecho nuevo (4). En este sentido cabría afirmar que en lo más profundo los jueces actuales, sin pretenderlo, estarían actuando al modo de la *iurisprudentia* romana. Dice LOMBARDI que "incluso dentro de un ordenamiento legal que tiende o que pretende a la plenitud, como es nuestra legislación codificada, subsiste un amplio espacio vacío que el intérprete está llamado a colmar con medios propios" (5).

Por otra parte, no sorprende encontrar afirmaciones como las del profesor WACKE (6): "Una interpretación puramente histórica de las Pandectas en sí misma es estéril; se vuelve realmente fructífera sólo cuando la analizamos plasmada en los ordenamientos jurídicos modernos".

Gracias a las Actas de dichos Congresos, que se han ido publicando desde su celebración, anualmente (Granada, Murcia, Burgos), se puede uno detener en las aportaciones de los autores en variados e interesantes temas, que no es objeto del presente trabajo exponer aquí. Sí llamaron mi atención las reflexiones llevadas a cabo por CALONGE nuevamente, y esta vez, en el Congreso celebrado en Murcia al año siguiente, en su ponencia que llevaba por título *La recepción del Derecho Romano en materia de obligaciones y contratos*, porque, en mi opinión, pueden ser aplicables a **las presunciones**. Decía el maestro, recientemente fallecido: "... en materia de obligaciones y contratos... el genio jurídico romano rayó incluso a superior altura que en otras, ya que precisamente las aportaciones que en ella han dejado rozan la perfección que puede esperarse de una obra humana".

(3) CALONGE, A.: "La recepción del Derecho Romano en materia de obligaciones y contratos", en *Actas del II Congreso Iberoamericano de Derecho Romano*, Universidad de Murcia-Universidad de Oviedo, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Murcia, Murcia, 1998, p. 22.

(4) GALGANO, F.: "El Derecho de creación judicial", en *El precedente judicial en Civil law, Atlas de Derecho Privado Comparado*, V, Fundación Cultural del Notariado, Madrid, 2000, pp. 76-79, y a pesar de las diferentes opiniones sobre el tema.

(5) LOMBARDI citado por GALGANO, F.: "El Derecho de creación judicial" en *El precedente judicial en Civil law, Atlas de Derecho Privado Comparado*, cit., p. 77.

(6) Andreas WACKE es profesor de Derecho Romano en la Universidad de Colonia. "Los textos de las codificaciones modernas han de hallarse por ello, en cada momento, cerca de la mesa de trabajo de todo romanista". Véase "Los presupuestos de la responsabilidad por evicción en Derecho Romano y en Derecho Comparado", en *Seminarios Complutenses de Derecho Romano IV*, Madrid, 1993, p. 204.

La creación de nuevas *regulae iuris* por parte de la jurisprudencia actual encuentra significativas manifestaciones en la utilización judicial de las presunciones simples (o *praesumptiones hominis*): a partir de elementos de prueba crítica, basados en las circunstancias de hecho del caso concreto, se alcanza el rango de verdaderas normas cuando los jueces usan en sus argumentaciones presunciones basadas en los caracteres tipológicos del caso y susceptibles de repetición en todos los supuestos que presenten dichos caracteres (7).

Pues bien, las presunciones conservan la esencia de su origen romano. Sobre esta institución, hasta donde he podido averiguar, no se encuentra un estudio evolutivo (8), pero puede afirmarse que ha llegado hasta nuestros días con enorme fidelidad. Basta con hacer un recorrido por nuestro ordenamiento para poder constatarlo.

Hasta ahora, las presunciones se encontraban reguladas en el CC, pero el legislador ha logrado traer a la LEC del 2000 lo que pertenece por su propia naturaleza a la Ley procesal (9). Pero, además, lo ha ubicado correctamente al independizarlas de lo que son los medios de prueba y con los cuales tradicionalmente se las había relacionado de forma equivocada (10).

La presunción supone esa operación intelectual que, partiendo de un hecho que se tiene como cierto, fija la existencia de otro hecho, teniendo en cuenta el nexo que une ambos. La presunción puede definirse como aquella actividad de inferencia del juzgador, en virtud del cual da por probado un hecho a partir de la prueba de otro plenamente acreditado debido a la existencia de un nexo lógico existente entre ambos hechos (11).

(7) GALGANI, F: "El derecho de creación judicial", cit., p. 77.

(8) En mi opinión, acercarnos a examinar una institución siguiendo la evolución desde su nacimiento hasta nuestros días presupone una aceptación de cualquier otro método que nos haya conducido hasta allí (como por ejemplo la dogmática, o el histórico-crítico, etc.).

(9) GUTÉRREZ SANZ, M.^a Rosa, en *Comentarios prácticos a la nueva Ley de Enjuiciamiento civil*, coord. por J. C. CABAÑAS, Colección Estudios procesales, Edit. Trivium, Madrid, 2000, p. 373.

(10) Sobre esta materia se hace imprescindible la consulta a CARRERAS: "Naturaleza jurídica y tratamiento de las presunciones", en *Estudios de Derecho procesal*, Fenech-Carreras, Bosch, Barcelona, 1962, pp. 337-413 (= *RJC*, 1962, pp. 339 y ss.) y SERRA DOMÍNGUEZ: *Normas de presunción. En el Código Civil y Ley de Arrendamientos Urbanos*, Edic. Nauta, Barcelona, 1963; del mismo autor "De las presunciones", en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, dir. por ALBALADEJO, tomo XVI, volumen 2, 2.^a edición, Edersa, Madrid, 1991, pp. 606-795, ya que en diversos aspectos sus doctrinas no han sido superadas.

Los estudios de CARRERAS: "Naturaleza jurídica de la presunción", cit., y SERRA DOMÍNGUEZ: *Normas de presunción*, cit., pese a ser prácticamente coetáneos y provenir de la misma escuela procesal llegan a conclusiones totalmente opuestas sobre la naturaleza jurídica de la presunción, como se verá.

(11) PICÓ I JUNOY, en *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, tomo II, edit. Lex Nova, Valladolid, 2000, p. 2031. La definición acogida por la doctrina está tomada de

Una aproximación al Derecho romano nos hace ver que, una vez que el genio jurídico romano fue capaz de vislumbrar esta figura, a partir de ella no ha habido sino una evolución del ordenamiento, adecuándose a las nuevas situaciones. Si el jurista posclásico fue capaz de plantear que, ante la falta de pruebas, era posible imaginar, en base a un supuesto de hecho, unas consecuencias fácilmente derivadas de aquél, su concepción ha permanecido entre nosotros como toda obra madura, invariable. Su utilidad es permanente, por lo que quizá convendría examinar un poco más de cerca el cómo surge la idea, el cuándo, el para qué, y su viaje a través del tiempo, para después, observar cómo las instituciones jurídicas nuestras son en buena medida deudoras del genio jurídico romano.

No todas las instituciones romanas están presentes en nuestros códigos, ni todas las soluciones que dieron los juristas de entonces a los problemas que se les plantearon han sido recogidos en ellos. Sin embargo, se puede seguir leyendo el *Digesto*, como hacen los magistrados de nuestras Salas, y seguir sorprendiéndonos de las soluciones encontradas para resolver los conflictos actuales (12). Por el contrario, argumentos sabiamente aplicados por la *iurisprudentia* romana, como la regla de la analogía, que tan prudentemente aplicaron los juristas romanos, es insuficientemente aplicada por nuestros tribunales (13).

Pues bien, siempre que se pretende seguir el *iter* de una institución, primero habrá que tratar del Derecho romano, después, del Derecho histórico; por último, del Derecho actual (14). Como señalaba en su momento BURCKHARDT, “en cualquier estudio, salvo en la historia, es necesario comenzar por el principio” (15).

Voy a comenzar a examinar las presunciones presentes en el Derecho romano, para luego continuar con algunas de las que además se encuen-

SERRA: *Normas de presunción*, cit., p. 17. Similar es también la concepción de CARRERAS: “Naturaleza jurídica de la presunción”, cit., p. 357: una operación intelectual o mental que sin esfuerzo puede ser considerada como un juicio, tendente al establecimiento de la probabilidad cualificada de un hecho.

(12) Como dice el profesor Rolf KNÜTEL, de la Universidad de Bonn, citando a un juez de la Alta Cámara de Recursos de la Oficina Europea de Patentes: “La Gran Cámara también consulta el *Digesto*”. Véase *Ius commune y Derecho romano en los Tribunales de justicia de la Unión Europea* en TOPICA, *Principios de Derecho y Máximas Jurídicas Latinas*, Ed. Africana Veri, Santiago de Compostela, 2001. Publicada originalmente en la revista *Juristische Schulung* 36 fasc. 9, 1996, traducida al español por el profesor Dr. G. Pereira Menaut, catedrático de Historia Antigua de la Universidad de Santiago de Compostela.

(13) CALONGE: *La recepción del Derecho romano en materia de obligaciones y contratos*, *Actas del II Congreso*, cit., p. 26.

(14) CALONGE: *La recepción del Derecho romano*, *Actas del I Congreso Iberoamericano*, cit., p. 10.

(15) BURCKHARDT, J.: *Weltgeschichtliche Betrachtungen*, editada por Rudolf Marx, edic. de bolsillo Kröner, p. 7, cit. por SCHULZ, F.: *Principios de Derecho Romano*, traducción de M. Abellán, Civitas, Madrid, 1990, p. 26.

tran presentes en nuestro ordenamiento actual (16). Siempre es posible hablar de presunciones cuando se den los presupuestos básicos para ello, como se verá, con independencia de la materia que se examine. Voy a circunscribirme al examen de la presunción de paternidad y de la presunción muciana, que, ya presentes en el Derecho romano clásico, han pasado a nuestro ordenamiento actual. De la comoriencia (17), del plazo de tiempo en la ausencia que hace presumir la muerte de la persona (18), de la

(16) Al ordenamiento jurídico sólo interesan ciertas presunciones (...), CARRERAS: "Naturaleza jurídica y tratamiento de las presunciones", cit., p. 358. Respecto a la *Dogmengeschichte*, método de investigación y autores que lo han aplicado, LOZANO CORBI: *Roma y su gran aportación al mundo: el Derecho romano*, Mira edit., Zaragoza, 1997, pp. 131-133. Seguí esta metodología en otro trabajo mío titulado "De la cura furosi en las XII tablas a la protección del disminuido psíquico en el Derecho actual (a propósito de la STS de 20 de noviembre de 2002)", *Anuario de Derecho Civil*, abril-junio, 2004, pp. 775-825.

(17) La llamada presunción de premoriencia, cuando fallecen simultáneamente dos personas que son recíprocamente herederas una de la otra, y que fue recogida en algunos ordenamientos a partir de la codificación justiniana, constituiría en su caso un ejemplo típico de imposibilidad física de obtener certeza sobre cuál de las dos falleció primero en la realidad. El legislador que regula este supuesto de hecho debiera limitarse teóricamente a declarar que la persona que fallezca posteriormente a la otra transmitirá su derecho a sus herederos legales o testamentarios, de modo que éstos tendrán derecho a la herencia de los dos fallecidos, mientras que los herederos del fallecido en primer término no podrán suceder a ninguno de los dos; pero este supuesto de hecho, así fijado, engendraría grandes dudas en los destinatarios a causa de la imposibilidad física de saber con certeza el orden de los fallecimientos. De ahí que el legislador, en tal hipótesis, pueda prever con arreglo a máximas de experiencia cuándo podrá juzgarse como probable con probabilidad cualificada que uno de los sujetos ha fallecido antes, e incluso prohibir toda prueba en contrario; el indicio o hecho base del juicio de probabilidad será en esta hipótesis el fallecimiento simultáneo de dos personas de determinada edad y que sean recíprocamente herederas, y de este hecho indicio deduce el legislador como probable que una de ellas falleció antes, por lo que el orden de los fallecimientos vendrá a ser el hecho presunto, y la operación o juicio constituye una verdadera y propia presunción jurídica, aunque no se permita la prueba en contrario.

En los Códigos modernos se ha operado una reacción contra la llamada presunción de premoriencia, que por su propia naturaleza no admita prueba en contrario y ha sido sustituida por la discutida presunción de comoriencia. En los supuestos en que no se admite la presunción de premoriencia, el legislador se limita a una declaración del supuesto de hecho; si el legislador no quiere formular el juicio sobre probabilidad, debe entonces dejar que las partes prueben en su caso el supuesto de hecho, y si tal certeza no se puede adquirir, entonces, lejos de establecer qué fallecimiento ocurrió con mayor probabilidad en primer término, se declara que se tendrán los fallecimientos como producidos en el mismo momento –comoriencia– y ninguno de ellos transmitirá al otro sus derechos. En la disposición de comoriencia no existe por tanto presunción, ya que no es que se estime más probable que ambos fallecieron simultáneamente, o mejor dicho en el mismo y exacto momento, juicio que sería contra las reglas de la experiencia, sino que por estimar que el juicio sobre probabilidad tendría una base demasiado endeble se prefiere entonces dejar sin efecto ambas transmisiones recíprocas (CARRERAS: "Naturaleza jurídica y tratamiento de las presunciones", cit., pp. 371-372).

(18) Una función similar a la moderna "presunción de muerte" en caso de ausencia tiene el plazo de espera de cuatro años establecido por Constantino para que la mujer de un prisionero pudiera casarse.

El texto de D. 24,2,6 (seguramente interpolado) establece un quinquenio de espera cuando

buena fe que se presume en tantos actos de la vida jurídica, etc., y algunos otros ejemplos entresacados de la legislación actual, tan sólo haré alguna alusión. Al final de la exposición haré una reflexión sobre qué no es presunción (19), a pesar de encontrarnos ese término en numerosas ocasiones a lo largo de nuestros Códigos.

PRIMERA PARTE: EL DERECHO ROMANO

1. Planteamiento del tema

El tema que se pretende abordar está dentro de uno más amplio que es el Derecho procesal civil romano. Para acercarme al tema propuesto hay que recordar el desarrollo histórico del procedimiento civil romano, y para ello hay que señalar que Roma utilizó a través de su historia jurídica, en palabras de Ursicino ÁLVAREZ (20), una diversidad de procedimientos civiles que no sólo se mostraron con caracteres específicos y variables en los diferentes períodos de su evolución, sino que coexistieron dentro de cada una de sus épocas con caracteres propios. La doctrina romanística agrupa estos diversos procedimientos en dos categorías distintas, el *ordo iudiciorum privatorum* y la *extraordinaria cognitio*.

El *ordo iudiciorum privatorum*, orden, u ordenación de los juicios privados, es una designación moderna, dentro de la cual se comprenden los dos procedimientos normales en que se estructura el proceso privado hasta la época imperial, esto es, el procedimiento de las acciones de la ley (*legis actiones*) y el procedimiento formulario (*agere per formulam*) (21).

es incierto si vive el cónyuge cautivo: *tempus constitutum*. En caso de desaparecido no cautivo, el plazo es de diez años, según la Novela 14, y uno después de declararse la muerte (Nov. 117, 11).

(19) Véase CARRERAS: "Naturaleza jurídica y tratamiento de las presunciones", en *Estudios de Derecho procesal*, Fenech-Carreras, Bosch, Barcelona, 1962, pp. 340-351.

(20) ÁLVAREZ SUÁREZ, U.: *Curso de Derecho Romano*, tomo I, *Introducción. Cuestiones preliminares. Derecho procesal civil romano*, Editorial Revista de Derecho privado, Madrid, 1955, p. 155.

(21) Sobre estos temas véanse, además de los *Manuales* de Derecho romano y el trabajo de Ursicino ÁLVAREZ SUÁREZ citado, pp. 159-620, las monografías siguientes: BERTOLINI: *Appunti didattici sul processo civile romano*, 3 volumen, Turín, 1913-15; COSTA: *Profilo storico del processo civile romano*, Roma, 1918; WENGER: *Institutionen des römischen Zivilprozessrechts*, Munich, 1925, trad. italiana de ORESTANO, Milán, 1938; SCIALOJA: *Lezioni di Procedura civile*, Roma, 1936; ARANGIO-RUIZ: *Cours de droit romain. Les actions*, Napoles, 1935, trad. española de F. GUTIÉRREZ ALVIZ, Madrid, 1945; SANTA CRUZ TEJEIRO, J.: *Principios de Derecho Pro-*

El procedimiento de las acciones de la ley (*legis actiones*) es la primera forma en que se ordena la justicia privada bajo la dirección y control de la autoridad estatal. Sólo podía utilizarse este procedimiento por los ciudadanos romanos en la misma ciudad de Roma o dentro de una milla alrededor de la ciudad (*domi*) y para reclamar la sanción de un derecho reconocido por el antiguo *ius civile* (*ius civile romanorum* = *ius Quiritium*), sujetando su tramitación necesariamente a una serie de formalidades prevista por la *Lex* (Ley de las XII Tablas); en caso contrario, se podría perder el litigio (22). Se llama procedimiento de las *legis actiones* porque se entiende por *actiones* cada una de las tramitaciones solemnes en que era posible desarrollar el proceso (23). Fue utilizado en Roma desde los primeros tiempos hasta bien entrado el siglo I de nuestra era. Pero la rigidez de formalidades, la necesidad de proteger nuevas situaciones que no estaban amparadas por el *ius Quiritium* y la recepción del Derecho de gentes (24) dentro del *ius civile romanorum* hicieron nacer otro procedimiento civil (25), el procedimiento formulario (26), que coexistió con el de las *legis actiones* durante bastante tiempo, y que, creado para resolver los litigios entre ciudadanos romanos y peregrinos o de éstos entre sí, llegó a ser utilizado para resolver las controversias entre dos ciudadanos

cesal romano, Valencia, 1947; LEVY-BRUHL: *Recherches sur les actions de la loi*, París, 1960; PUGLIESE: *Il processo civile romano*, I. *Le "legis actiones"*, Roma, 1962, II, 1, *Il processo formulare*, Milán, 1963; FUENTESECA: "Las *legis actiones* como etapas del proceso romano", *AHDE*, 34, 1964, pp. 209 y ss.; KASER: *Das römische Zivilprozessrecht*, Munich, 1966; BISCARDI: *Lezioni sul processo romano antico e classico*, Turín, 1968; MURGA: *Derecho romano clásico*, 2. *El proceso*, Zaragoza, 1980; FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A.: *Jurisdicción voluntaria en Derecho romano*, Madrid, 1986, y también las citadas por J. IGLESIAS en *Derecho Romano, Historia e Instituciones*, 10 edición, revisada con la colaboración de J. IGLESIAS-REDONDO, Edit. Ariel, Barcelona, 1990, notas a pie, 1, p. 188, 24, p. 194, 25, p. 195 y 31, p. 197. También directamente las fuentes jurídicas antiguas que se irán señalando en cada apartado.

(22) G. 4.11. *Actiones quas in usu veteres habuerunt, legis actionis appellabantur vel ideo quod legibus proditae erant (quippe tunc edicta praetoris quibus complures actiones introductae sunt nondum in usu habebantur), vel ideo quia ipsarum legum verbis accommodatae erant et ideo immutabiles proinde atque leges observabantur. Unde eum qui de vitibus succisis ita egisset, ut in actione vites nominare, responsum est rem pedidisse, quia debuisset arbores nominare eo quod lex XII tabularum, ex qua de vitibus succisis actio competere, generaliter de arboribus succisis loqueretur.*

(23) Sobre el sentido de la *actio*, véase ÁLVAREZ SUÁREZ, U.: *Curso*, tomo I, cit., pp. 172 y ss.

(24) Sobre el *ius gentium*, véase por todos KASER: *Ius gentium*, Editorial Comares, Granada, 2004.

(25) Respecto a las etapas históricas del proceso véase FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A.: *Derecho público romano*, 7.ª edición, Editorial Thomson, Civitas, Madrid, 2004, pp. 353-357 (hay 8.ª edic., que incluye cuatro capítulos dedicados al proceso, pp. 430-505).

(26) Seguramente debido a la rigidez de las formalidades del procedimiento de las *legis actiones*, la necesidad de proteger nuevas situaciones que no estaban amparadas por el *ius Quiritium* y la recepción del Derecho de gentes.

romanos hasta el punto de ser reconocido oficialmente por la *Lex Aebutia* del año 130 a.C. y *Iulia iudiciorum privatorum*, seguramente de tiempos de Augusto (27).

La característica esencial que distingue el *ordo iudiciorum privatorum* (*legis actiones* y procedimiento formulario), de la *extraordinaria cognitio*, es la división del proceso en dos fases bien diferenciadas (28) que se desarrollan, la primera, ante el magistrado (fase *in iure*) y la segunda ante un juez privado designado por las partes (fase *apud iudicem*) (29). En la primera, las partes hacen su presentación al magistrado, exponiendo los puntos de la controversia y la naturaleza del derecho alegado, cuya protección se invoca, y proveyéndose al nombramiento del *iudex*, sobre la base de un contrato arbitral –*litis contestatio*–, que implica una aceptación del fallo o laudo que él emita (30). En la etapa ante el juez privado, se verifica la prueba de los hechos alegados, y según el resultado, el juez emite su opinión (*parere, sententia*) sobre el asunto litigioso (31). Por su parte, la práctica procesal de resolver los litigios en una sola vía, *extra ordinem*, ante el magistrado, llegó a constituir el sistema normal durante el Impe-

(27) La diferencia entre ambos procedimientos consistía en la sustitución de las solemnidades orales con la que se realizaba la *litis contestatio* por la redacción de un documento escrito (fórmula) en que se recogen los términos de la controversia y se designa al juez, dándole instrucciones esquemáticas sobre cómo ha de emitir su fallo según compruebe la certeza o falsedad de lo alegado por el demandante. La *litis contestatio* (de *contestari*, proceder ante testigos. *Contestari litem dicuntur duo aut plures adversarii, quod ordinato iudicio utraque pars dicere solet: "Testes estote"*, Festus, *Fontes iuris Romani* en BRUNS) era el acto medular del proceso que cerraba la etapa ante el magistrado. Sobre la *litis contestatio* en el procedimiento formulario, por su extensión, además de los Manuales, ÁLVAREZ SUÁREZ, U.: *op. cit.*, pp. 303-316.

(28) Sobre las causas de esta escisión, APARICI DÍAZ: *La bipartición del proceso civil romano*, Sevilla, 1946; PUGLIESE: *Lezioni sul processo civile romano. Il processo formulare*, I, 1946, pp. 59 y ss.; LUZZATTO: *Procedura civile romana*, II, 1948, pp. 204 y ss., también citado por U. ÁLVAREZ SUÁREZ, en su *op. cit.*, p. 189 en nota a pie 121.

(29) Sobre el desarrollo de ambas fases, los Manuales generales y ÁLVAREZ SUÁREZ, U.: *op. cit.*, por su extensión, pp. 187-189, 230-270 para las *legis actiones*, 283-303, 421-439 para el procedimiento formulario; MURGA: *Derecho romano clásico*, 2. *El proceso*, Zaragoza, 1980; FERNÁNDEZ BARREIRO y PARICIO, Javier: *Fundamentos de Derecho privado romano*, 2.^a edición, Edit. Centro de estudios Ramón Areces, Madrid, 1993, pp. 45-140 y bibliografía allí citada.

(30) El arbitraje constituye en época histórica el modo de resolver los litigios entre los individuos. Da lugar a un *iudicium*, función juzgadora ajena a un *imperium* del magistrado, que está basada en el *officium* de particulares o árbitros, reminiscencia seguramente de los tiempos precívicos donde faltaría la fundamental función estatal. El *iudicium* celebrado en la *civitas* o dentro del radio de una milla de Roma con litigantes romanos y juez único, también romano, recibe el nombre de *iudicium legitimum*. Por el contrario, cuando intervienen extranjeros, o se celebra fuera de Roma o ante el *praetor peregrinus*, con intervención de varios jueces –*recuperatores*–, se llama *iudicium imperio continens* o *iudicio quod imperio continetur*, IGLESIAS, J.: *Derecho romano. Historia e Instituciones*, Ariel, 10 edición, Barcelona, 1990, p. 193. Sobre arbitraje, véase por su extensión FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A.: *Derecho público romano*, cit., pp. 398-414.

(31) ÁLVAREZ SUÁREZ, U.: *op. cit.*, p. 187.

rio, hasta el punto de que, con Justiniano, el carácter de extraordinario es común a todos los juicios (32). Aunque no es fácil precisar las causas de esta ampliación de la actividad del magistrado, pues debieron ser variadas, cabe decir que hubo estrecha relación con la transformación de la constitución política (33). Algún autor, como RICCOBONO, ha estimado que “la *cognitio extraordinem*, siguiendo en la administración de justicia los dictados de la *fides* y del *bonum et aequum*, fue el gran instrumento por el que, con las constituciones imperiales, se fue creando un nuevo derecho (*ius novum*), por vía de la práctica judicial, en el que experimentaron radicales transformaciones los antiguos institutos jurídicos en vista de una perfecta adecuación a las nuevas circunstancias históricas” (34).

El Derecho romano ofrece, por lo que respecta a la prueba, una ordenación a la que pueden aplicarse muchos de los conceptos hoy logrados por la moderna ciencia procesal (35). En efecto, se llaman medios de

(32) IGLESIAS, J.: *op. cit.*, pp. 218-221; BIONDI: *Diritto e processo nella legislazione giustiniana, Conferenze per il XIV centenario delle Pandette*, pp. 165 y ss.; COLLINET: *Études historiques sur le droit de Justinien*, IV: *La procédure par libelle*, París, 1932; V: *La nature des actions, des interdicts et des exceptions*, París, 1947; DI PAOLA: “La litis contestatio nella *cognitio extra ordinem*, dell’età classica”, en *Annali Catania*, 2, 1947-1948, pp. 253 y ss.; RICCOBONO: “*Cognitio extra ordinem*, Nozione e caratteri del *ius novum*”, en *RIDA*, 3, 1949; SCHERILLO: *Lezioni sul processo. Introduzione alla “cognitio extra ordinem”*, Milán, 1960; VAN DER WAL: *LABEO*, 10, 1964, pp. 230 y ss.; BONINI: I “*libri de cognitionibus*” di Callistrato. *Ricerche sull’elaborazione giurisprudenziale della “cognitio extra ordinem”* 1, Milán, 1964; KASER: *Das Röm. Zivilprozessrecht*, pp. 410 y ss.; “Gli inizi della «*cognitio extra ordinem*»”, en *Antologia giuridica*, 1, 1968, pp. 171 y ss.; LUZZATTO: “In tema di origine del processo «*extra ordinem*»”, en *Studi Volterra*, 2, 1971, pp. 665 y ss.; ORESTANO: “La «*cognitio extra ordinem*»: una chimera”, en *SDHI*, 46, 1980, pp. 236 y ss.; FERNÁNDEZ BARREIRO: “Un edicto general de Diocleciano sobre procedimiento”, en *Estudios d’Ors*, 1987, pp. 417 y ss.; y ÁLVAREZ SUÁREZ, U.: *op. cit.*, pp. 532-593.

(33) Una evolución que va de la República a la Monarquía absoluta pasando por el Principado. Las transformaciones sociales, económicas religiosas, culturales y jurídicas que trajo consigo la expansión de la *civitas* determinaron en el terreno político un paulatino acrecentamiento del poder central. ÁLVAREZ SUÁREZ, U.: *op. cit.*, p. 533. Sobre el tránsito del procedimiento formulario a la *cognitio extra ordinem*, el mismo autor y obra citada, pp. 534-538, y sobre los caracteres generales del nuevo procedimiento, pp. 539-552.

(34) RICCOBONO: “*Cognitio extraordinem*. Nozione e caratteri del *ius novum*”, *RIDA*, III, 1949, pp. 281 y ss., sobre *fides*, *aequitas*, principios y valores básicos inspiradores del pensamiento jurídico de los juristas clásicos, véase, DE CHURRUCA, J.: *Introducción histórica al derecho romano*, 2.ª edición revisada, Publicaciones de la Universidad de Deusto, Bilbao, 1982, pp. 183 y ss., y ÁLVAREZ SUÁREZ: *op. cit.*, pp. 153 y ss. Sobre el *ius novum* el mismo autor *op. cit.*, p. 107, o directamente GAYO en D. 5,3,3, ... *novo iure fiunt heredes omnes*... Sobre *ius extraordinarium* en contraposición a un llamado *ius ordinarium*, ULPiano en D. 47,1,3, ... *si quis actionem, quae ex maleficiis oritur, velit exsequi, si quidem pecuniariter agere velit, ad ius ordinarium remittendus erit... enim vero si extra ordinem eius rei poenam exerceri velit, tunc subscribere eum in crimen oportebit*. Sobre la *fides* romana, SCHULZ: *Principios del Derecho romano*, Civitas, Madrid, 1990, pp. 243-257.

(35) ÁLVAREZ SUÁREZ, U.: *op. cit.*, p. 428. Por su parte, FERNÁNDEZ DE BUIJÁN, A.: *Testigos y documentos en la práctica negocial y judicial romana*, iustel.com, RGDR, número 4, junio 2005, p. 2, observa que el ordenamiento jurídico romano dedica poca atención a la prueba en

prueba los objetos físicos o materiales que, aprobados por el juez, constituyen la base sobre la que se ha de asentar su convicción respecto de la verdad y existencia, o la falsedad e inexistencia, del hecho que se trata de probar (36). Diversamente, se entiende por elementos de prueba la materia de convicción que el medio probatorio proporciona. Suele hablarse además de motivos de prueba, refiriéndose a las razones o circunstancias que el juez extrae de los elementos de prueba y que sirven para fundamentar su convicción.

La prueba versa normalmente sobre hechos (pues el Derecho aplicable debe ser conocido por el magistrado y por el juez, asistido por expertos si es necesario), pero también puede versar sobre lo que hoy se llaman "normas o máximas de la experiencia", como por ejemplo si ha habido buena o mala fe, si se ha obrado con la diligencia de un buen padre de familia, etc. (37).

Los medios probatorios en Derecho romano: *testimonia, instrumenta* (38), eran agrupados por los oradores (39) en dos clases: los medios probatorios directos (*probationes inartificiales*) y las presunciones (*probationes artificiales, praesumptiones*) (40). Por otra parte, aunque no existen fuentes donde apoyarse, según U. ÁLVAREZ SUÁREZ, parece evidente que los hechos notorios, conocidos por todos, no necesitaban en Derecho romano ser objeto de prueba. No existía limitación en cuanto a los medios probatorios. Entre los más usuales medios de prueba directos estaban los siguientes: confesión de las partes, juramento ante el juez, declaraciones de testigos (41),

su conjunto. Ninguna ley, senadoconsulto o constitución imperial regula la prueba en forma global. Hay un primer intento de sistematización de la prueba en el Código Teodosiano XI, 39, *De fide testium et instrumentorum*, en el que se sigue considerando a los testigos un instrumento de prueba previo a la prueba documental. En el *Digesto*, sólo tres títulos, contenidos en el libro 22, 3, 4 y 5 se refieren a la prueba.

(36) Véase Paulo en D. 22,4,1: *Instrumentorum nomine ea omnia accipienda sunt, quibus causa instrui potest; et ideo tam testimonia, quam personae instrumentorum loco habentur.*

(37) ÁLVAREZ SUÁREZ, U.: *op. cit.*, p. 429.

(38) Paulo en D. 22,4,1: *Instrumentorum nomine ea omnia accipienda sunt, quibus causa instrui potest; et ideo tan testimonia quam personae instrumentorum loco habentur.*

(39) De la importancia que tuvieron los *oratores* en el proceso, encargados de hablar en nombre de las partes y cuya función era distinta de los *iurisconsulti*, dan idea las *Orationes* de Cicerón *pro P. Quinctio, pro Roscio Commoedo, pro Caecina*.

(40) ULPIANO en D. 4,2,23, pr.: *... sed huiusmodi praesumptioni debet apertissimas probationes ultimatiae opponere.*

(41) En la época antigua y por la decisiva importancia atribuida a la *fides*, era éste el medio de prueba más apreciado, por no decir el único. Los testigos, en los litigios civiles, no eran proporcionados por el juez, sino por las partes. En términos generales, nadie estaba obligado a ser testigo a menos que hubiera actuado ya de testigo en un negocio jurídico solemne sobre el que debiera declarar en la litis. En este caso, si se negara a hacerlo, las XII Tablas (8,23) le declaraba *intestabilis*, una especie de infamia que traía consigo una disminución de la incapacidad de obrar, la imposibilidad para solicitar la cooperación de testigos: *Qui se sieriit testa-*

prueba documental (42), inspección judicial y pericial. Respecto a los medios de prueba indirectos, existían las presunciones. En el período clásico, la presunción era una forma de la actividad del juez, en virtud de la cual, de la existencia de un hecho notorio respecto del que no es necesaria prueba alguna, se deduce como muy probable la verdad de otro. De esta manera el juez puede formar su convicción respecto del asunto litigioso, moviéndose con absoluta libertad en cuanto a su apreciación. Al menos en este período, ninguna presunción le viene impuesta por la ley (43). Son las llamadas *praesumptiones hominis*. Es por esta razón por la que U. ÁLVAREZ SUÁREZ considera que la palabra *praesumptio* (44) no tiene en el período clásico el significado que alcanzará en el procedimiento extraordinario y que coincide con el moderno. Por lo tanto, no constituiría medio de prueba, sino tan sólo una *opinio* del juez (45).

rier libripensve fuerit, ni testimonium fatiatur, improbus, intestabilisque esto. El ser declarado *improbus* significaba incapacidad para ser testigo. Ambas incapacidades tenían gran trascendencia en un tiempo en que la mayor parte de los negocios jurídicos eran solemnes y requerían la presencia de testigos. Por su parte, el culpable de falso testimonio era castigado siendo arrojado de lo alto de la roca Tarpeya (T. 8,23). El negarse a prestar testimonio (T. 2,3) llevaba consigo, además de la nota de infamia, la *obvulgatio*, humillación de que el pueblo acudiera durante tres días a la puerta de la casa del culpable, insultándole a grandes voces: *Cui testimonium defuerit, is tertiis diebus ob portum obvulgatum ito*. Para el significado de *portum* y *vulgatio* véase Festo en BRUNS: *quaestio cum convicio*. Sobre el número de testigos véase la *Lex Iulia agraria* o la *Lex Mamilia Roscia Peducaea Alliena Fabia V*, en RICCOBONO, FIRA, *Pars Prima*. *Leges*, p. 139, o BRUNS, p. 95, ... *is qui hac lege iudicium dederit, testibus publice dumtaxat in res singulas X denuntiandi potestatem tacito ita, ut ei e republica fideque sua videbitur* y BAVIERA: Valerio Probo en sus fragmentos *De iuris notarum V*, 8 también en FIRA, cit. *pars altera, Auctores*, p. 457: *quanti ea res erit, tantae pecuniae iudicium recuperatorium dabo testibusque publice dumtaxat decm denuntiandi potestatem faciam*. A la prueba de testigos está dedicado D. 22,5 y C. 4,20, directamente. De manera general, para la prueba de testigos, ARANGIO-RUIZ: *La parola del passato*, 1948, pp. 146 y ss., y LEVY: "La formation de la théorie romaine des preuves", en *Studi Solazzi*, 1948, pp. 148 y ss.

(42) Sobre prueba documental, cfr. C. 4,21: *De fide instrumentorum et amissione eorum, et antapochis faciendis, et de his quae sine scriptura fieri possunt*. Hay que señalar la escasa función que desempeñó el documento escrito, al menos hasta época posclásica. Solamente a partir del siglo III d. C. comenzaron a otorgarse documentos públicos. Con anterioridad, el documento tenía carácter privado. Sobre la forma más corriente de estos documentos, véase ÁLVAREZ SUÁREZ, U.: *op. cit.*, pp. 433-434. Sobre la escasa relevancia de los documentos, véanse los estudios de AMELOTI: "Genesis del documento e prassi negocial", en *Atti convegno Capannello* 1988, Napoli, 1990, pp. 309 y ss., y *Scritti Giuridici*, Torino, 1996, pp. 162 y ss.; "Negocio, documento y notario en la evolución del Derecho romano", en *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, XXIX, 1990, pp. 135-145, citados por FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A.: *Testigos y documentos en la práctica negocial y judicial romana*, cit., p. 1. Del mismo autor, *Derecho público romano*, cit., 8.ª edición, pp. 443-445 y 469-472.

(43) Salvo la presunción de paternidad y la presunción muciana, a las que después me referiré, cuya finalidad era evitar investigaciones poco discretas durante el matrimonio.

(44) Para FERRINI: "Le presunzioni in diritto romano", en *Riv. it. per le sc. giur.*, 1892, p. 258, "*praesumere*, en los juristas clásicos se encuentra en el sentido de creer u opinar; literalmente: opinión seguida con preferencia".

(45) ÁLVAREZ SUÁREZ, U.: *op. cit.*, p. 435.

Las partes tienen la obligación de aportar las pruebas señaladas por ellas mismas, pero además el demandante tiene el deber de probar los hechos en que basa su demanda, pues rige el principio de que la carga de la prueba incumbe al que la alega. Los romanos formularon algunas reglas de carácter general que también hoy siguen siendo aplicables, como es la mencionada, que se atribuye a PAULO: la prueba incumbe a aquel que afirma algo, no al que niega (46). No resulta tan válido el sentado por MARCIANO de que la necesidad de probar incumbe al que demanda (47).

El modo de tramitarse el proceso en la época posclásica sufrió una transformación que conviene señalar. Se trata de la *cognitio extraordinem*. Algunas de las instituciones procesales clásicas experimentaron cambios radicales que se advierten sobre todo en la época justiniana. Hubo variaciones en el curso del proceso, en parte debidas a que se introdujo el principio de la supremacía de la ley. Las razones fueron diversas (48); entre ellas destaca el paso a ser la administración de justicia una función estatal (49). Entre las innovaciones que supuso el nuevo principio destacan las que se refieren a la apreciación y regulación de la prueba y a las presunciones. En materia probatoria se produce, sobre todo en la época justiniana, un nuevo sistema regulatorio. El juez se somete, en orden a la apreciación de la prueba, a normas predeterminadas, si bien se le autoriza para averiguar libremente los hechos, fuera de la petición de actor y convenido (50).

Veamos, pues, que el desarrollo de la prueba (51) en el procedimiento *extraordinem*, a diferencia del anterior, se hallaba regido por las siguientes normas (52):

(46) PAULO en D. 22,3,2: *Ei incumbit probatio qui dicit, non qui negat*. Aunque hay normas especiales para algunos supuestos, y casos en los que se invierte la carga de la prueba, véase ÁLVAREZ SUÁREZ, U.: *op. cit.*, pp. 437-439.

(47) MARCIANO en D. 22,3,21: ... *quia semper necessitas probandi incumbit illi qui agit*. Sobre todo si tenemos en cuenta la posibilidad de insertar excepciones en la fórmula, ya que es al demandado al que le corresponde probar la veracidad de su alegación. Por ello, ULPIANO dice que el demandado, al formular una excepción, desempeña el papel de demandante D. 44,1,1: *Reus in exceptione actor est* (igual regla rige respecto de la réplica y la dúplica).

(48) Que no se han examinado en este lugar, pero sobre los que se ha dado información suficiente en notas a pie.

(49) Véase RICCOBONO: *Cognitio extraordinem, op. et loc. cit.*

(50) IGLESIAS: *Historia e instituciones*, cit., p. 220.

(51) ARCHI: "La prova nel diritto del Basso Impero", IVRA, 12, 1961, pp. 1 y ss.; ZILLETI: "Sul valore probatorio della testimonianza nella «cognitio extra ordinem»", SDHI, 29, 1963, pp. 124 y ss.; "Studi sulle prove nel diritto giustiniano", BIDR, 67, 1964, pp. 167 y ss.; estudios de ARCHI, DÖLGER, FRAGISTASA, en *La Preuve*, 1, *Recueils Société Jean Bodin*, 16, 1965, pp. 389 y ss., 595 y ss., 613 y ss.; FERNÁNDEZ BARREIRO: "Dilatio litis propter instrumenta", en *Estudios Álvarez Suárez*, 1978, pp. 113 y ss.

(52) LEVY: "La formation de la théorie romaine des preuves", en *St. Solazzi*, pp. 418-438, en especial, p. 430.

- 1.^a Paulatino predominio de la ley (lo que no es sino un reflejo más de la evolución política y jurídica), prescribiéndose al magistrado a qué medios probatorios debe dar preferencia sobre otros y regulándose la apreciación de cada uno de los medios de prueba. Es decir, se pasa de un sistema de libre apreciación de la prueba a un sistema de prueba reglada o legal (53). El uso general de redactar documentos en que se reflejen los actos solemnes o no solemnes realizados llevó a Justiniano a dictar diferentes constituciones relativas a las formas de los negocios y los requisitos de la prueba testifical, imponiéndose la prueba documental frente a esta última (debido en gran parte al influjo oriental).
- 2.^a Independientemente de la prueba que aporten las partes, el magistrado tiene iniciativa propia para acudir a otros medios de prueba si lo considera conveniente para formar su opinión (54).
- 3.^a Se continuó invocando las opiniones de los jurisconsultos, pero a partir del emperador Trajano se tuvieron en cuenta si se trataba de aquéllas emitidas por los juristas distinguidos con el *ius publice respondendi* (55). Si eran concordes tenían fuerza vinculante para el juez-magistrado, pero si no coincidían quedaba libre para emitir su fallo como estimara justo (56). La ley de citas de Valentiniano III, del 426 (57), limita el número de juristas que pueden ser citados por las partes ante los tribunales a PAPINIANO, PAULO, ULPIANO, MODESTINO y GAYO y a los por ellos citados. Si no concuerdan las opiniones, el juez debe seguir la de la mayoría, y si hay empate, la opinión sustentada por PAPINIANO. Si tampoco hay

(53) A pesar de ello, el principio de la libre valoración de la prueba, tan arraigado en la época clásica, todavía puede verse en el *Digesto* y en los rescriptos imperiales del Código. Numerosas locuciones han sido respetadas por Justiniano, de tal modo que la pérdida o destrucción de los documentos no prejuzga la validez de los actos mismos a que se referían, por lo que no aparece por tanto una preferencia expresa a la prueba escrita. Véase directamente D. 22,5. En C. 4,20,1 se sienta expresamente el principio de que contra el testimonio escrito no debe preferirse el no escrito.

(54) Véase C. 3,1,9 y D. 11,1,21.

(55) Sobre el mismo, véase GUARINO: "Il ius publice respondendi", RIDA, 2, 1949, pp. 401 y ss.; GAYO, 1,7: *Responsa prudentium sunt sententiae et opiniones eorum quibus permissum est iura condere. Quorum omnium si in unum sententiae concurrunt, id, quod ita sentiunt legis vicem optinet; si vero dissentiunt, iudici licet quam velit sententiam sequi; idque rescripto divi Hadriani significatur*. Un rescripto de Adriano establece que la opinión concorde de los juristas con *ius respondendi* es obligatoria para el juez, pudiendo éste proceder con libre arbitrio en caso de discordancia.

(56) Parece evidente que estas reglas afectaron a los jueces privados del procedimiento formulario, pero no es seguro que, en la época de la *cognitio extraordinem*, los magistrados se vieran afectados por esas limitaciones, tal y como observa ÁLVAREZ, U.: *op. cit.*, p. 571.

(57) Véase Cod. Theodosiano 1,4,3.

opinión de este jurista, queda libre el juez del procedimiento extraordinario (léase magistrado-juez) para emitir su propia opinión (58).

- 4.^a Los medios de prueba que se utilizan son los mismos que en el procedimiento del *ordo* con algunas matizaciones (59), entre las que cabe destacar la disminución de la importancia de la prueba testifical, que se ve subordinada al valor de la prueba por medio de documentos (60). Seguramente ello fue debido a la gradual desconfianza hacia esas declaraciones, tal y como se revela en numerosas disposiciones (61). Ello sin duda por la quiebra de la *fides*, tal y como se entendía por los romanos de épocas anteriores, para los que no había nada de más valor que la palabra dada (62). Entre los documentos susceptibles de ser prueba en juicio, hay que distinguir los públicos (redactados en lugares públicos, como el foro, la plaza, por personas que ejercen una profesión, semejante a los actuales notarios) (63) y los privados (redactados por particulares) (64). Sigue empleándose la prueba pericial, la llamada a técnicos especiales, peritos, para que emitan su parecer sobre determinados aspectos relevantes del juicio (agrimensores, calígrafos,

(58) Sobre estos aspectos y el llamado "Tribunal de los muertos", ARANGIO-RUIZ: *Historia del Derecho romano*, 4.^a edición, traducción de la 2.^a edición italiana, por Francisco de PELSMAEKER e IVÁÑEZ: Reus, SA, Madrid, 1980, pp. 436-438.

(59) Por ejemplo, en torno a la regulación del juramento, Justiniano introdujo numerosas interpolaciones en los textos clásicos. Véase D. 12,2, el *Index Interpolationum* y C. 4,1.

(60) Expresamente se sienta ese principio en la cita anteriormente referida del *Codex repetitiae praelectionis*, C. 4,20,1.

(61) Por ejemplo, en una constitución de Constantino, C. 4,20,9: *ut honestioribus potius fides testibus habentur*, el testimonio de un solo testigo carece de valor probatorio cualquiera que sea la clase de personas que lo preste. Por otra parte, se está haciendo referencia al valor de las declaraciones atendiendo al rango social del que lo emita (*honestiores*, *humilliores*, véase sobre ellos ARANGIO-RUIZ: *Historia del Derecho romano*, cit., pp. 311 y ss., sobre aplicación de penas distintas; 417: "a partir del principado irritante distinción..."; y la dada por Justiniano C. 1,5,21,pr., sobre la irrelevancia de los testimonios dados por herejes y judíos contra los cristianos.

(62) *Fit quod dicitur*, en palabras que constantemente pone Cicerón en boca de sus personajes. También cfr. la voz *fides* en *Thesaurus linguae latinae*; *Encyclopedic Dictionary of roman law* de BERGER: *honesty, uprightness, trustworthiness; engagement solennel, garantie donnée, serment* en *Dictionnaire etymologique de la langue latine* de ERNOUT et MEILLET. Imprescindible la lectura de *Fidelidad* en SCHULZ: *Principios del derecho romano*, cit., pp. 243-257. CICERÓN, en *De Officio procónsulis*, piensa que tiene que cumplirse el juramento aunque se haya conseguido con la violencia.

(63) Sobre los *tabelliones* hay una referencia en D. 48,19,9,4, y en la Novela 44. Sobre ellos, AMELOTTI: *Alle origine del notariato italiano*, Roma, 1975, con bibliografía recomendada, citada por FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A.: *Testigos y documentos*, cit., p. 5. Términos como *notarius*, *tabellarii* no son exactos y varían según las épocas (pp. 9-10).

(64) *Cautiones, chirographa*.

médicos y comadronas), aunque el juez goza de libertad de criterio a la hora de valorar estos dictámenes como elementos de prueba.

- 5.^a Uno de los elementos de que el juez puede valerse para formar su convicción son las presunciones. Ya se ha dicho que eran consideradas como *probationes artificiales* por los retóricos y que durante el período clásico no constituyeron verdaderamente un medio de prueba, sino más bien una suposición o creencia lógica por parte del juez en el transcurso del proceso; por tanto, sin entidad propia, al menos en el mismo sentido que damos a la confesión judicial o la prueba testifical o pericial, pongamos por ejemplo.

2. Las presunciones

Debo comenzar este apartado citando las palabras de R.v. IHERING: "(...) El procedimiento ante el *iudex*, que es el auténtico y verdadero proceso civil, interesa poco a los juristas clásicos. Enseñan cómo el juez debía interpretar la fórmula y cómo debía citar la sentencia; pero éstos no son problemas de derecho procesal. En cambio, la doctrina de la prueba está totalmente aislada y sólo ocasionalmente tratada" (65). Teniendo esto en cuenta, SCHULZ señalaba que "en general, la jurisprudencia romana consideraba los hechos como ya verificados, ocupándose tan sólo de las cuestiones de derecho. En este sentido, obras relativas a *de probationibus* no existen. Tan sólo la del jurista Arcadio CARISIO, en *De testibus*, perteneciente, como se sabe, a la época posclásica (66). De ahí también el escaso interés de los clásicos por las presunciones (67), que fundamentalmente sólo fueron elaboradas en época posclásica (68)".

En el período clásico, la voz *praesumptio* tenía el significado de opinión del juez, *opinio*, modo de juzgar, suposición o creencia, pero sin constituir medio de prueba, sino tan sólo un elemento en el proceso lógico mediante el que se forma la opinión del *iudex*. En este sentido, DIOCLECIANO en C. 2,42,4:

(65) R.v. IHERING: *L'Esprit de droit roman dans les differents phases de son developpement* (trad. de Meulenaire), 3.^a edición, París, 1888, 2, p. 411. También hay un resumen de la misma obra en castellano por F. VELA, Marcial Pons, Madrid, 2005.

(66) SCHULZ: "Aislamiento", en *Principios*, cit., p. 52. LENEL: *Palingenesia*, 1, p. 59; KRUEGER, sobre la obra de Domicio Afro, *De testibus*, 171, nota. 91, citada por SCHULZ: *op. et. loc. cit.*

(67) Véanse los escritos de DONATUTI, G.: "Le praesumptiones iuris in diritto romano", *Annali Perugia*, 43, 1931, pp. 3 y ss., y "Le praesumptiones iuris come mezzi di svolgimento del diritto sostanziale romano", en *Riv. di dir. privato*, 3, 1933, pp. 161 y ss.

(68) SCHULZ: *Principios*, p. 52.

Falsa opinione te presumpsisse, ex probationum luce cognoveris. También tenía el significado de anticipar, adelantarse.

En efecto, según U. ÁLVAREZ SUÁREZ (69), independientemente del significado que le otorguen los textos clásicos, debe pensarse que el juez podría extraer de un hecho dado y probado la convicción de que existiera como muy probable otro hecho que, en la mayoría de los casos, solía acompañar a aquél.

En este proceso lógico, el juez actuaba con plena libertad. A tales presunciones, que entrañan una simple operación mental de razonamiento, se les conoce con el nombre genérico de *praesumptiones hominis*, y como tales pudieron ser utilizadas por el *iudex* en el procedimiento formulario. Pero en la *cognitio extraordinem* aparecen desarrolladas unas presunciones que la ley impone imperativamente al magistrado; son las llamadas *praesumptiones iuris*, y es a ellas a las que voy a dedicar este trabajo.

Las *praesumptiones iuris* pueden ser *iuris et de iure* cuando contra ellas no se admite prueba en contrario, y pueden ser *iuris tantum* cuando se admite prueba contraria para el caso concreto. En época clásica no existió, como se ha visto, el concepto genérico y legal de la presunción (aunque el tema es discutido); sin embargo, sí existieron algunos supuestos de *praesumptiones iuris*, y es posible que poco a poco fuera implantándose su empleo a la vez que el juez iba perdiendo su libertad en la apreciación de la prueba hasta quedar supeditado a la ley. En este sentido se expresaba SCIALOJA al explicar cómo muchas de las antiguas *praesumptiones hominis* debieron de cristalizar en *praesumptionis iuris* (70).

Cabe admitir como presunciones legales en época clásica las siguientes:

- 1.^a La presunción de paternidad por la cual debe entenderse por “padre” el que resulta aparentemente del matrimonio legítimo de la madre. Así:

D. 2,4,5: *pater is est quem nuptiae demonstrant* (una excepción digna de tenerse en cuenta es el hecho de alcanzar algunos cargos sacerdotales) frente a la certeza natural de la madre: *mater semper certa est*, y teniendo en cuenta la regla complementaria de que se nace dentro del matrimonio cuando los padres llevan al menos siete meses casados, o cuando se nace antes de los diez meses después de cesar el matrimonio.

- 2.^a La presunción muciana (71) en relación con los legados (72).

(69) *Op. cit.*, p. 575.

(70) La misma opinión ha sido ampliamente desarrollada por DONATUTI: *op. et loc. cit.*

(71) Véase KASER, en *Studi De Francisci*, I, cit., p. 215.

(72) Sobre estos temas, véase D'ORS, A.: *Derecho Privado Romano*, 9.^a edición, Eunsá, Pamplona, 1997, pp 371-388 (hay 10 ed., Pamplona, 2004, pero no varía). Los legados son dis-

Según una interpretación extensiva de la presunción muciana, salvo prueba en contrario, todo lo que la mujer *sine manu* adquirió durante el matrimonio procedía de su marido (o del padre bajo cuya potestad se hallaba el marido) (73), por lo que entraba dentro del legado y surgía la obligación de su entrega por parte de los herederos (74).

En palabras de A. D'ORS (75), las presunciones consisten en una dispensa de prueba, partiendo de la prueba o evidencia de otro hecho del que el hecho que no se necesita probar depende según la experiencia ordinaria; se distinguen de las ficciones precisamente en partir de una probabilidad. Considera este autor que el Derecho clásico no conoce presunciones legales, como ya se ha dicho (76), pero sí reglas de interpretación que se convertirán, en época posclásica, en presunciones.

En época posclásica se contemplan otros casos aislados, casi siempre debidos a concesiones particulares de los emperadores y para casos concretos.

posiciones testamentarias sobre bienes singulares que el testador impone al heredero a favor de un legatario. IGLESIAS: *Historia e instituciones*, cit., pp. 633-647; FERRINI: *Sull'origine dei legati*, *Opere*, 4, pp. 193 y ss.; pp. 74 y ss.; *Teoria generale dei legati e dei fedecomessi*, Milán, 1899; BONFANTE: "L'origine dell'hereditas e dei legata", en *Scritti*, 1, pp. 101 y ss.; BIONDI: "Appunti intorno alla donatio mortis causa" en *Annali Perugia*, 29, 1914, pp. 188 y ss.; *Successione testamentaria e donazioni*, pp. 269 y ss.; BETTI: "Legato e liberalità", *Riv. Dir. e Proc. Civ.*, 9, 1955; GROSSO: *I legati nel diritto romano, Parte generale*, Turín, 1962; BIONDI: *NNDI*, 9, 1963, pp. 597 y ss.; OCCHIOGROSSO: "D. 32,78,4 e l'interpretazione tipica del legato" en *LABEO*, 12, 1966, pp. 204 y ss.; SEAGER: "D. 34,2,39,2" en *SDHI*, 35, 1969, pp. 373 y ss.; GAUDEMET: "«Uti legassit...» XII Tables 5,3" en *Hommages Schilling*, 1983, pp. 109 y ss.; MAGDELAIN: *Les mots "legare" et "heres" dans la loi des XII Tables*, también en *Hommages Schilling*, cit., pp. 159 y ss.; directamente, G, 2, 191-246. Para cada tipo de legado, véase la bibliografía particular reseñada por IGLESIAS: *Historia e Instituciones*, cit., en notas a pie 3 a 20, pp. 631-632.

(73) Sobre los legados a favor de la mujer puede consultarse GARCÍA-GARRIDO: *Ius uxorium*, 1958, pp. 106 y ss. (= *El patrimonio de la mujer casada en el Derecho civil. I. La tradición romanística*, Ceura, Barcelona, 1982, pp. 81-112).

(74) Pomponio, Comentarios a Quinto Mucio, libro V, D. 24,1,51: *Quintus Mucius ait, quum in ontroversiam venit, unde ad mulierem quid pervenerit, et verius, et honestius est, quod non demonstratur, unde habeat, existimari a viro, aut qui in potestate eius esset, ad eam pervenisse. Evitandi autem turpis quaestus gratia circa uxorem hoc videtur Quintus Mucius probasse* y sobre donaciones entre cónyuges, C. 5,16,6: *Etiam si uxoris tuae nomine res, quae tui iuris fuerant, depositae sunt, causa proprietatis ea ratione mutari non potuit, etsi donasse te uxori res tuas ex hoc quis intelligat, quum donatio in matrimonio facta, prius mortua ea, quae liberalitatem excepit, irrita sit. Nec est ignotum, quod, quum probari non possit, unde uxor matrimonii tempor honeste quaesierit, de mariti bonis eam habuisse, veteres iuris auctores merito credidissent.*

(75) D'ORS, A.: *DPR*, cit., pp. 152 y ss.

(76) Son desconocidas en el proceso clásico unas reglas sobre presunciones, es decir, dispensas de prueba; cfr. D. 22,3 *de probationibus et praesumptionibus*, y C. 4,19: *de probationibus*.

1. Por ejemplo, Adriano, en un caso en el que habían muerto en la guerra un padre y un hijo, y los parientes de ambos disputaban la herencia, discutiendo cuál de ellos había muerto antes. La cuestión fue resuelta por el emperador, estimando que el padre había muerto antes (77). Es el problema llamado de la muerte simultánea o *commoriencia* (*commorientes*) (78). En caso de muerte simultánea, el hijo púber se debe reputar muerto después de su padre, de quien puede así haber heredado, y el impúber, antes. Sólo en la época posclásica se fijó esta solución de Adriano como presunción general, estableciéndose esta regla y admitiéndose prueba en contrario.
2. A pesar de la regla general, basada en la costumbre, de no considerar válidas las donaciones entre cónyuges (79) para preservar la importancia del matrimonio (80), dicha regla fue moderada en virtud de la *Oratio Severi* (81). En algunos supuestos contemplados en D. 24,1,32 son convalidadas (82). La problemática suscitada cuando uno de ellos fallece antes que el otro viene solucionada por la propia *Oratio*, pues en ella se observa que si hubiere sobrevenido la muerte a quien se hizo la donación, ésta no se tuviera en cuenta (83). La cuestión más difícil de resolver es la que se plantea en

(77) En este sentido, Trifonino, D. 34,5,9,1: *Quum bello pater cum filio periisset, materque filii, quasi postea mortui, bona vindicaret, agnati vero patris, quasi filius ante periisset, Divus Hadrianus credidit, patrem prius mortuum.*

(78) Así D. 34,5,9,4: *Si Lucius Titius cum filio pubere, quem solum testamentum scriptum heredam habebat, perierit, intelligitur supervixisse filius patri, et ex testamento heres fuisse, et filii hereditas successoribus eius defertur, nisi contrarium approbetur. Qodsi impubes cum patre filius perierit, creditur pater supervixisse, nisi et hic contrarium approbetur, seguramente interpolado. Véase *Index Interpolationum*, tomo I. Otros supuestos también de Derecho sucesorio en D. 34,5,9, 2 y 3.*

(79) D. 24,1,1: *Moribus apud nos receptum est, ne inter virum et uxorem donationes valerent.*

(80) Las razones aparecen muy claras en diversos textos. Valgan por todos D. 24,1,2, ... *quia saepe futurum esset, ut discuterentur matrimonia, si non donaret is, qui posset, atque ea ratione eventurum, ut venalicia essent matrimonia* y D. 24,1,3pr: ... *Maiores nostri inter virum et uxorem donationes prohibuerunt, amorem honestum solis animis aestimantes, famae etiam coniunctorum consulentes, ne concordia pretio conciliari videretur, neve melior in paupertatem incideret, deterior ditior fieret.*

(81) Este tema excede de nuestro trabajo y entra de lleno en el Derecho sucesorio. Se recomienda la lectura de D. 24,1,32 directamente.

(82) En realidad estamos ante la *Oratio Antonini* del 206 ddC, llamada *Oratio Severi* porque Caracala la presentó como corregente de su padre, Septimio Severo, D. 24,1,32,1: *Oratio autem Imperatoris nostri de confirmandis donationibus non solum ad ea pertinet, quae nomine uxoris a viro comparata sunt, sed ad omnes donationes inter virum et uxorem factas, ut et ipso iure res fiant eius, cui donatae sunt, et obligatio sit civilis, et de Falcidia, ubi possit locum habere, tractandum sit; cui locum ita fore opinor, quasi testamento sit confirmatum, quod donatum est.*

(83) D. 24,1,32,14: ... *Si ante mors contigerit ei, cui donatum est, nullius momenti donationem esse voluit.*

el supuesto previsto por ULPIANO en D. 24,1,32,14 y es ¿qué sucede con las donaciones realizadas entre cónyuges cuando ambos hubieran sido capturados por los enemigos, o cuando ambos hubieran fallecido por naufragio, ruina o incendio... y no pudiera constatarse quién falleció primero? En este caso parece optarse por presumir la muerte simultánea de ambos cónyuges, y considerar que fue válida la donación, que es el parecer de ULPIANO. A tenor de ese texto creo que estaríamos ante una presunción de conmorienza (84).

3. En materia de fideicomisos (85). A favor del fideicomisario; se presume que cualquier hijo, a cuya premoriencia se condiciona el fideicomiso, ha muerto antes que su padre conmoriente, así en D. 36,1,17,7:

Si quis autem suscepit quidem filium, verum vivus amiserit, videbitur sine liberis decessisse. Sed si sufragio, vel ruina, vel aggressu, vel quo alio modo simul cum patre perierit, an conditio defecerit, videamus. Et magis non defecisse arbitror, quia non est verum, filium eius supervixisse. Aut igitur filius supervixit patri et extinxit conditionem fideicommissi, aut non supervixit, et extitit conditio; quum autem quis ante, et quis postea decesserit, non apparet, extitisse conditionem fideicommissi magis dicendum est.

4. A fin de salvar la donación entre cónyuges, si fallecieron simultáneamente ambos, se presume premuerto el cónyuge donante, y así es válida D. 34,5,8:

... quodsi simul tam is, cui donatum est, quam is, qui donaverit, quaestionis decidendae gratia magis placuit, valere donationem, eo maxime, quod donator non supervivat, qui rem condicere possit.

En caso de donación *mortis causa* recíproca, o recíproca entre cónyuges, se presume que ninguno ha sobrevivido al otro; D. 39,6,26: *Si, qui invicem sibi mortis causa donaverunt, pariter decesserunt, neutrius heres repetet, quia neuter alteri supervixit. Idem iuris est, si pariter maritus et uxor sibi donaverunt.*

(84) Todos los matices de la postura mantenida por ULPIANO, *Comentarios a Sabino*, libro 23, pueden verse directamente en D. 24,1,32,14. Por su extensión no lo reproduzco a continuación.

(85) Sobre fideicomisos, entre otros autores y Manuales, el de IGLESIAS: *Historia e Instituciones*, cit., pp. 638-651, y monografías citadas a pie de página 638 en notas 68-73.

3. Presunción no es ficción

Llegados hasta aquí, para algunos puede resultar tentador, por la propia lógica del razonamiento jurídico, establecer un paralelismo entre presunción y ficción, aunque en opinión de A. D'ORS hay que excluir expresamente de la presunción las ficciones (86). Sobre los verdaderos límites de la ficción en Derecho romano ya se expresó GARCÍA-GARRIDO a propósito de la ficción en las Instituciones de Gayo y en las Compilaciones Justinianeas (87). Sin embargo, ¿existe alguna relación entre ambas figuras?

Para CARRERAS, la distinción entre presunciones legales absolutas (esto es, las legales *iuris et de iure*) y las ficciones han sido reiteradamente establecidas por los autores (88). Sin embargo, FERRINI (89) considera que ambas figuras tendrían en común la prohibición de prueba en contrario. LESSONA (90) observa que, en ambas figuras, aunque se da la identidad en el efecto, esto es, la prohibición de prueba en contrario, ello no indica identidad en la génesis, en la estructura y en el contenido. Mientras las presunciones legales absolutas suponen un cambio en el supuesto de hecho, por estimar probable que el supuesto de hecho genuino existe cuando existe el indicio objetivado como supuesto legal, en la ficción se parte de un hecho o una realidad que se consideran existentes a pesar de constar su falsedad; es decir, se declaran en ciertos supuestos unos efectos jurídicos como si un hecho existiera, aunque consta que no se ha producido (91).

La presunción entraña la idea de probabilidad, mientras que la ficción, no. En el caso de la ficción estamos ante una invención (92). Puede llamarse a la ficción una mentira técnica consagrada por la necesidad, en palabras de IHERING (93).

(86) Ni siquiera las presunciones *iuris et de iure* deben confundirse con las ficciones, D'ORS, A.: *Derecho Privado Romano*, cit., p. 174, nota a pie 4. Sin embargo, sobre ello hay algo que decir, como se verá a continuación.

(87) GARCÍA-GARRIDO: "Sobre los verdaderos límites de la ficción en Derecho romano", AHDE, tomo XXVII-XXVIII, Madrid, 1957-1958, pp. 305-342. Existe también una reciente monografía dedicada a las ficciones en los textos romanos de BIANCHI: *Fictio iuris. Ricerche sulle finzione in diritto romano del periodo arcaico all'epoca augustea*, Padova, 1997, donde se subraya que la *fictio* ha tenido su origen en el ámbito de lo sagrado.

(88) Entre ellos, LESSONA y RAMPONI, citado por CARRERAS: "Naturaleza jurídica y tratamiento de las presunciones", cit., p. 380.

(89) FERRINI: "Le presunzioni in diritto romano", en *Riv. it. per le sc. giur.*, 1892.

(90) LESSONA, citado por CARRERAS: "Naturaleza jurídica...", cit., p. 380.

(91) LESSONA pone como ejemplo de ficción la llamada presunción de que todos los ciudadanos conocen las leyes, ya que se da por supuesto algo que es falso (citado por CARRERAS: *op. et loc. cit.*).

(92) No han de confundirse las ficciones con las asimilaciones, aunque a éstas se les dé aquel nombre (resumen de *El espíritu del Derecho romano*, cit., p. 311).

(93) Directamente IHERING: *L'esprit du droit roman dans les diverses phases de son développement* (trad. de Meulenaire), 3.^a edición, IV, París, 1888, p. 297, o *El Espíritu del Derecho*

Recientemente (94), el profesor LUNA SERRANO ha señalado que las ficciones son un instrumento de carácter dogmático, un puro expediente técnico cuyo empleo tiene siempre la finalidad de alcanzar un cierto resultado práctico. Y no debe sorprendernos este proceder del derecho, puesto que es una característica del mismo la duplicidad operativa entre realidad jurídica y realidad sustantiva, de ahí que haya sido considerado como un arte *-ars iuris-*, en cuya idea se inspira la acepción definidora del mismo formulada por CELSO (D. 1,1,1 pr.): *Ius est ars boni et aequi*, el arte

romano en las diferentes fases de su desarrollo (traducción y notas de E. PRÍNCIPE), IV, Madrid, 1891, pp. 331 y ss. "La ficción deja intacta la doctrina tradicional en su nueva forma, sin disminuir la plena eficacia de la forma nueva. Es la solución imperfecta de un problema en una época en que la fuerza jurídica carecía de fuerzas para dar al problema la verdadera solución." Los romanos emplearon esta técnica, dentro de lo que se conoce como economía de medios, para solucionar algunas situaciones para las que no se tenía nada previsto. "(...) lo que la ficción permitió a la jurisprudencia intermedia lo consiguió también la jurisprudencia clásica en la forma más elevada (...): la extensión por analogía."

(94) Se trata de su Discurso de ingreso en la Academia de Jurisprudencia y Legislación de Cataluña, Barcelona, 2004, que lleva por título "Las ficciones del Derecho. En el discurso de los juristas y en el sistema del ordenamiento". El discurso del profesor LUNA SERRANO, que en realidad constituye una amplia monografía sobre las ficciones, está estructurado en dos partes, tal y como se indica en el subtítulo.

Se trata de una exposición en la que analiza la ficción como figura fundamental de la técnica jurídica, que, si bien es ciertamente contradictoria de la verdad, constituye una realidad jurídica de innegable actualidad que ayuda a simplificar complejos problemas jurídicos. Todos los supuestos son examinados en profundidad, con abundante bibliografía y comentarios insertos a pie de página, lo que hace que sea imprescindible la consulta de este trabajo al tratar del tema.

En la primera parte se contempla la posibilidad de ingresar en el ordenamiento jurídico ciertos supuestos no suficientemente pensados, o imprevistos. Gracias a la ficción se amplía el ámbito de la norma sin modificar el texto de la ley. Después estudia las *ficciones iuris* y su clasificación en doctrinales, judiciales y negociales. Entre las primeras destaca: la persona jurídica y la continuidad en el heredero de la personalidad del causante; entre las segundas: la adopción, el delito continuado, la ficción de hembra para justificar la rectificación de la inscripción registral de nacimiento; en las negociales: en la simulación los agentes negociales no desean que valga para ellos lo convenido simuladamente, pero en la ficción que introducen en su convención sí quieren que desenvuelva su eficacia en forma vinculante; la filiación matrimonial ficticia establecida mediante el consentimiento de los esposos separados. Luego las *ficciones legis*, que son muy abundantes en todas las ramas del Derecho. En el ámbito del Derecho civil son bien conocidas, entre otras, las siguientes: las que atañen al nacimiento y a la extinción de la persona física, al domicilio y a la comorienencia; la inmovilización de los bienes muebles prevista en el artículo 334 CC; la consideración de inmueble de los buques, a efectos de la hipoteca naval; la posesión de los bienes hereditarios se entiende transmitida al heredero desde el momento de la muerte del causante, artículo 440 CC; la continuidad posesoria, relevante a efectos de la prescripción adquisitiva del artículo 446 CC; la *traditio ficta* frente a la entrega real (art. 1.462-2 y 1.463 CC); la consideración de que el contrato entre ausentes se entenderá celebrado en el lugar en que se hizo la oferta (art. 1.262 CC); etc. En otros ámbitos: el silencio administrativo, el delito continuado, etc. También relaciona numerosos supuestos de ficción legal recogidos en el Código de Sucesiones por causa de muerte en el Derecho civil de Cataluña.

Por último se refiere a la analogía y a la presunción legal como figuras afines a la ficción.

del logro de lo bueno y de lo justo (95). La ficción es un expediente técnico consistente en suponer un hecho o una situación diferente de la realidad con vistas a producir un efecto jurídico (96). Esta concepción de la ficción es la que acogen la mayoría de los autores, pudiendo así calificarse elementalmente como figuraciones de un hecho contradictorio con la realidad, representándolo como existente si no existe o como no existente si existe. Supone, en palabras de CINO DE PISTOIA, una *in re certa contrariae veritatis pro veritate assumptio* (97). Más precisa es la definición de COLACINO, para el que la ficción supone una modificación ideal y corrección de la realidad concreta, dirigida a hacer posible la aplicación de una norma en otro caso no aplicable (98). Citando a DEKKERS, ficción es un procedimiento técnico consistente en colocar intelectualmente un hecho, una cosa o una persona en una categoría jurídica conscientemente impropia para que, consiguientemente, pueda beneficiarse de la solución práctica de esta categoría (99).

Ante tal diversidad de definiciones [y recordando la máxima atribuida a JAVOLENO, *in iure civile omnia definitio periculosa est* (100)], se han producido diferentes pareceres entre la doctrina, considerando esta figura en ocasiones paralela a la analogía, no sólo porque por lo común las ficciones vienen a suponer casi siempre algún tipo de asimilación entre lo que existe y lo que se finge existir, sino porque, en el supuesto más representativo de la *fictio legis*, la ficción consigue, como el recurso a la analogía, el mismo resultado final de dar una solución normativa a un caso no contemplado por la ley.

El profesor LUNA SERRANO considera que cuando hablamos de presunciones hay cierta aproximación al significado de la ficción en el Derecho. Las presunciones, a las que tan frecuentemente recurre el legislador, se amparan unas veces en valores ideológicos y otras en el valor técnico que se cifra en el criterio de la mayor probabilidad deducible del *id quod*

(95) Sobre realidad jurídica y realidad sustantiva: el derecho como arte, son de interés las aportaciones de LUNA SERRANO, A.: *Las ficciones del Derecho*, cit., pp. 15-18.

(96) Aprovecha el autor (*op. cit.*, p. 26) el significado de "Fiction" del *Vocabulaire juridique* de la Association H. Capitant (bajo la dir. de Cornu), 3.^a edición, París, PUF, 1992.

(97) Formulada en relación a C. 4,19,16. La definición es también acogida modernamente por MACCHIARELLI: "Fictio iuris", en *Enciclopedia Giuridica Italiana*, volumen II, parte II, Milano, 1903, p. 550.

(98) COLACINO, V.: "Fictio iuris", en NNDI, VII, Torino, Utet, 1957, p. 270.

(99) DEKKERS: *La fiction juridique: étude de droit romain et de droit comparé*, París, Sirey, 1935, número 137, citado por LUNA SERRANO: *op. cit.*, p. 27. Esta obra mereció un interesante y profundo comentario de CORNIL: "Réflexions sur le rôle de la fiction dans le droit. À propos d'un livre nouveau", en *Archives de philosophie du droit et de sociologie juridique*, 1935, pp. 28-42.

(100) D. 50,17,202.

plerumque accidit (101). Previamente, al considerar la diferencia entre *fictio iuris* y *fictio legis*, que ha venido siendo clásica (102), alude entre las ficciones *iuris* (103) a las ficciones judiciales. Las ficciones judiciales son aquellas que se verifican en el ámbito del proceso y han sido admitidas desde antiguo por razones de equidad para ajustar las nuevas situaciones a una estructura conceptual preexistente o para remediar un inconveniente procesal, habiendo sido paladines en la renovación del ordenamiento por esta vía los pretores romanos (104). Las ficciones legales, por su parte, son un recurso legislativo que sirve normalmente para alterar, de una manera velada, una norma jurídica que aparentemente se conserva intacta (105).

Las ficciones judiciales en el Derecho romano.

En el proceso romano, las ficciones se presentan, según ha señalado GARCÍA GARRIDO, como un medio técnico-jurídico al que recurre el pretor para obviar un obstáculo o incumplimiento que se oponga a la concesión de una acción. Con independencia de que la ficción ya mostrase su utilidad en la evolución del Derecho romano en la adaptación llevada a cabo por el pretor de las antiguas *legis actiones* al procedimiento formulario, en éste también se recurre por dicho magistrado a numerosas *formulae ficticiae* concedidas por él mismo, en su función de adaptación y tutela de las nuevas realidades jurídicas (106).

(101) LUNA SERRANO: *Las ficciones del Derecho*, cit., p. 25. Distingue el autor entre integraciones de la apariencia, presunciones, presuposiciones y ficciones.

Sobre la distinción entre diversos tipos de presunciones, véase WRÓSBLESKI: "Structure et fonctions de les présomptions juridiques", en *Les présomptions et les fictions en droit* (ed. al cuidado de Perelman y Foriers), Bruxelles, 1974, pp. 433 y ss., y RIVERO: "Fictions et présomptions en droit public français", en *Les présomptions et les fictions en droit*, cit., pp. 101 y ss., citados por el autor *op. et loc cit.* Entre las presunciones que atienden a valores ideológicos destacan la presunción de inocencia (art. 24.2 CE), las que se derivan de la verdad de lo expresado en la inscripción registral (arts. 38 y 35 LH) y las que, en base a un interés económico-social favorecen legalmente a la posesión (arts. 434 y 448). Sobre las presunciones que atienden al valor técnico de la mayor probabilidad, véase en este trabajo la parte correspondiente al Derecho actual.

(102) LUNA SERRANO: *Las ficciones...*, cit., pp. 30-84, con abundante bibliografía en notas a pie.

(103) Ya se ha hablado de la clasificación de las mismas en doctrinales, judiciales y negociales. Sobre las mismas, LUNA SERRANO: *op. cit.*, pp. 32-56.

(104) LUNA SERRANO: *op. cit.*, p. 43. También alude a los magistrados ingleses. Sobre los mismos pueden consultarse las pp. 45 y 46 o directamente las fuentes inglesas citadas a pie de página entre ellas, BLACKSTONE: *Commentaries on the laws of England*, 158-1763, volumen III, p. 43. También ZWIEGERT-KÖTZ: *Introducción al Derecho comparado*, Oxford University Press, traducción de la 3.ª edición en inglés, México, 2002, pp. 194-210.

(105) LUNA SERRANO: *op. cit.*, p. 57.

(106) GARCÍA GARRIDO: *Sobre los verdaderos límites de la ficción en Derecho romano*, cit., pp. 305 y ss.

De entre los numerosos supuestos de ficciones creadas por el pretor en su afán de adaptar el Derecho civil a las nuevas necesidades (107) cabe entresacar la fórmula ficticia que daba lugar a la acción publiciana (108), ya que, como se sabe, la supervivencia de ésta en nuestro ordenamiento vigente ha sido defendida con buenos argumentos por algunos autores (109).

Dicha acción se concedía por el pretor, a quien, privado de la posesión de una cosa que le había sido entregada en virtud de una *iusta causa traditionis*, pero sin las formalidades previstas para ello (110), no la podía reivindicar por no haber transcurrido todavía el tiempo necesario para usucapir. Pues sólo el transcurso del tiempo subsanaba ese defecto de forma. El pretor lo que hacía era conceder al propietario bonitario (111) una acción ficticia, según el modelo de la *actio reivindicatoria* (que sólo la podía ejercitar el propietario quiritarario), en la cual, en la *intentio* de la fórmula (112), se le pedía al juez que fingiera que había pasado el tiempo necesario para usucapir (113). De esa manera se llegaba a una solución de equidad, como era dar protección a una situación que no estaba protegida en el antiguo *ius civile* (114).

(107) No se olvide que *ius praetorius est quod praetores introduxerunt adiuvandi suplendi vel corrigendi iuris gratia* (D. 1,1,7).

(108) Pero hay otros supuestos que sólo voy a nombrar: la *bonorum possessio*, la *emptio bonorum*, la ciudadanía del peregrino a efectos de legitimación para interponer la *actio furti* o la derivada de la *lex Aquilia* reservada sólo a los ciudadanos romanos, o que no ha tenido lugar la *capitis deminutio* en determinados casos, para no lesionar derechos de terceros acreedores, la herencia yacente, las referidas a las cláusulas testamentarias incomprensibles o ilegales o al cumplimiento ficticio de la condición, etc.

(109) Entre ellos, DE LA CUESTA: *La acción publiciana*, Madrid, 1984, citado por LUNA SERRANO: *op. et loc. cit.*

(110) Por ejemplo, si la cosa era considerada como *res Mancipi*, el medio adecuado para transmitirla sería la *mancipatio* o la *in iure cessio*, no bastaba la simple *traditio* (G. 2,22).

(111) Pues el propietario civil seguía siendo el que transmitió sin las formalidades previstas para ello.

(112) G. 4,36: *Item usucapio fingitur in ea actione qua Publiciana vocatur. Datur autem haec actio ei qui ex iusta causa traditam sibi rem nondum usucepit eamque amissa possessione petit. Nam quia non potest eam esse iure Quiritium suam esse intendere, fingitur rem usucepisse et ita quasi ex iure Quiritium dominus factus esset intendit, velut hoc modo: iudex esto. Si quem hominem Aulus Agerius emit et is ei traditus est, anno possedisset, tum si eum hominem de quo agitur eius ex iure Quiritium esse oporteret et reliqua.* También PAULO en D. 44,7,35, pr.: *item Publiciana, quae ad exemplum vindicationis datur.* Sobre las *formulae ficticiae*, en general, BIANCHI: *Fictio iuris*, cit., pp. 259-346, y los *Manuales de Derecho romano*. Fundamental la obra de VALIÑO: *Acciones útiles*, Pamplona, 1976; GUZMÁN BRITO: *Derecho privado romano I*, Santiago de Chile, 1996, pp. 165-167.

(113) Esto es, un año si se trataba de cosas muebles o dos si se trataba de inmuebles (G. 2,42).

(114) Prevista por el pretor Publicio para este supuesto, con posterioridad fue aplicable a otra situación: se trataba del llamado poseedor de buena fe. Es decir, aquel que ha adquirido en virtud de una *iusta causa traditionis*, con las formalidades previstas para ello (ej., una *res*

En nuestra jurisprudencia tampoco faltan resoluciones que, como la STS de 21 de febrero de 1941, de gran calidad y con ponencia de CASTÁN TOBEÑAS, presentan la acción publiciana como una faceta de la reivindicatoria, mientras que otras, como la STS de 7 de octubre de 1982, cuyo ponente fue BELTRÁN DE HEREDIA y CASTAÑO, parten formalmente de esa idea, pero la tratan como acción independiente y autónoma; y otras, como las SSTs de 26 de octubre de 1931, de 20 de febrero de 1962 y de 12 de mayo de 1992, que la admiten como acción específica (115).

Las ficciones legales en Derecho romano.

Las ficciones legales fueron aprovechadas en las normas del Derecho romano, en cuyo ámbito se desenvuelve el ejemplo más conocido de ficción legal: el de la *fictio legis Corneliae* (116), que hay que considerar íntimamente relacionada con la ficción jurisprudencial llamada *fictio postliminii* .

En virtud de la *fictio legis Corneliae* (117), se fingía que el ciudadano romano que había sido hecho cautivo y muerto en cautividad (*servus hostes* o *in hostium potestate*) había muerto justo en el momento de ser hecho cautivo y por lo tanto siendo ciudadano romano; se evitaba así que la pérdida de libertad que conllevaba la pérdida de ciudadanía, con la consiguiente pérdida de la *testamentifactio* activa, provocase la nulidad de su testamento. Por medio de esta *fictio* , el testamento valía, pues se entendía que el fallecido nunca perdió la ciudadanía (118).

Mancipi por *mancipatio*), de un no propietario, y que se ve desposeído por un tercero (que no es el verdadero propietario) cuando no ha transcurrido el tiempo previsto para usucapir. El pretor le concede una acción; en la *intentio* de la Fórmula en la que se plasma la acción se le pide al juez que finja que ha transcurrido el tiempo previsto para usucapir. De esta manera, el derecho honorario está cumpliendo una de las funciones para las que fue creado, en este caso la misión de suplir al antiguo *ius civile* (D. 1,1,7). Véase VOLTERRA: *Instituciones* , cit., pp. 391-396 y 440-441.

(115) Textualmente, LUNA SERRANO: *Las ficciones...* , cit., p. 45.

(116) Pero también hay otros casos. Véase GARCÍA GARRIDO: *Sobre los verdaderos límites de la ficción en Derecho romano* , cit., pp. 323 y ss., donde se refiere a las ficciones contenidas en la *Lex Iunia Norbana* , en la *Lex Salpensana* , en la *Lex de Imperio Vespasiani* o en el *SSCC Juveniano y Neronianus* .

(117) Esta Ley fue hecha aprobar por el dictador Cornelio Sila hacia el 84-81 a. C. Véase PAULO en D. 35,2,1: (...) *quod ea lex perinde eorum testamenta confirmat, atque si in civitate decessissent (...)* y ULPIANO en D. 49,15,18: *In omnibus partibus iuris is, qui reversus non est ab hostibus, quasi tunc decessisse videtur, quum captus est* . Diferente matiz, pero idéntico resultado, JULIANO en D. 28,1,12: *Lege Cornelia testamenta eorum, qui in hostium potestate decesserint, perinde confirmantur, ac si hi, qui ea fecissent, in hostium potestatem non pervenissent* (se confirman del mismo modo que si los que los hubiesen hecho no hubiesen caído en poder de los enemigos), y 49,15,22, pr.

(118) Para ser válido el testamento se exigía que el testador fuera ciudadano romano en el momento de la muerte —cualidad que perdía al hacerse prisionero—, se acudió a la *fictio legis*

Respecto a la *fictio postliminii* , se fingía que nunca había estado prisionero, cuando verdaderamente había sido apresado, quien lograba escapar de la *captivitas hostium* , de modo que los hijos de este *pater familias* vuelto a territorio romano continuaban *in potestate* , mientras que sin la ficción de que nunca había sido hecho prisionero y de que siempre fue ciudadano romano habrían pasado a ser *sui iuris* , con la trascendencia que ello suponía (sobre todo sucesoria) (119).

GARCÍA GARRIDO observa que las aplicaciones jurisprudenciales de la *lex Cornelia* coinciden siempre en considerar que su principal virtualidad fue la de asimilar a efectos testamentarios la condición del que muere *in captivitate* a la del que muere *in civitate* : se trata de equiparar el *captivus* al *cives* , y ello por razones no sólo de equidad, sino de utilidad (120).

Resumiendo, en términos generales se piensa que entre presunción y ficción hay una conexión evidente (121), ya que mediante ambas figuras

Corneliae , que consideraba al ciudadano muerto en cautiverio como muerto en el momento en que fue hecho cautivo, es decir, siendo aún libre y ciudadano romano (pues la pérdida del *status libertatis* conllevaba la pérdida del *status civitatis*).

(119) En Roma, cuando se producen cambios en la situación familiar de una persona, se dice que el que sufre el cambio ha sido rebajado en cuanto a su individualidad, *capite diminutus* . La *capitis diminutio* supone siempre una salida de la familia civil a la que se pertenecía, sea por caer en la esclavitud definitiva o perder la ciudadanía romana, sea por cambiar de familia, sea por la emancipación, que libera de la patria potestad. Sobre todos estos temas, además de los Manuales, puede verse la bibliografía siguiente: DESERTAUX: *Etudes sur la formation historique de la "capitis diminutio"* , I-III, París, 1909-1928; "Capitis diminutio maxima et media", en *Melanges Cornil* , 1, pp. 183 y ss.; COLI: *Saggi critici, I: Capitis diminutio* , Florencia, 1922; BONFANTE: *Corso* , 1, pp. 123 y ss.; AMBROSINO: "Il simbolismo della «capitis diminutio»", *SDHI* , 4, 1940, pp. 396 y ss.; KASER: "Zur Geschichte der «capitis diminutio»", *IVRA* , 3, 1952, pp. 48 y ss.; GIOFREDI: "Caput", *SHDI* , 11, 1945, pp. 301 y ss.; BREONE: *NNDI* , II, 1958, pp. 916 y ss.; FUENTESECA: "Origen y perfiles clásicos del postliminium", en *AHDE* , 1951-52, pp. 21-22; AMIRANTE: "Postliminium" (Dir. rom.), *NNDI* , XIII, 1968, p. 430; PANERO: *Observaciones sobre el sentido originario de la "capitis diminutio"* , Barcelona, 1976; FURIA: "Gai 3.84, 4.38 e la collocazione originaria dell'editto «de capite minutis»", *SDHI* , 53, 1987, pp. 110 y ss. El cautiverio de guerra no suponía una *capitis diminutio* definitiva, por la razón de que el prisionero podía recuperar su derecho por el regreso (*postliminium*). La génesis de la institución *capitis diminutio* es tan heterogénea y mal construida, que resulta muy oscura en palabras de D'ORS, A.: DPR, cit., p. 277. Este autor, a pesar de que según D. 48,1,2 parece entenderla en su origen, como pérdida, para la familia, de uno de sus componentes, considera que el título edictal de *capitis minutis* (referido exclusivamente a la *cap. dem.* familiar) hace pensar en una pérdida, por parte de un individuo (*caput*), de su actual personalidad (*persona*), aunque sea, a veces, para adquirir la capacidad jurídica (se está pensando, seguramente en aquel que pasa de ser *alieni iuris* a ser *sui iuris*). Sobre el Edicto del pretor, puede consultarse directamente *L'edit Perpetuel* de OTTO LENEL, traduit par Frederic Peltier, París 1901, tomo I, p. 133. Sobre la *capitis diminutio* , en general, véase D. 4,5 y G. 3,84 y G. 4,38.

(120) GARCÍA GARRIDO: *Sobre los verdaderos límites de las ficciones* , cit., p. 325.

(121) También la hay entre ficción legal y analogía. Sobre estos aspectos, LUNA SERRANO: *Las ficciones...* , cit., pp. 77-80.

se tiende a afirmar una verdad que no coincide necesariamente con la realidad, pero se razona de otra; que dicha verdad se presenta, en un caso, como simplemente probable, mientras que en el otro se formula de manera completamente artificial. Pero ciertamente esta afirmación, aparentemente tan sencilla, se complica cuando nos encontramos con la llamada *praesumptio iuris et de iure*, que se presenta como una categoría límite entre la presunción y la ficción. Desde los juristas más antiguos hasta los de nuestros días, se puede observar que todos aquellos que han estudiado las presunciones de manera profunda, siguiendo un razonamiento lógico, han llegado a formularse esa misma pregunta que planteaba al principio: ¿es lo mismo presunción que ficción? Más aún, para esclarecer el significado de las presunciones, suelen incluir en su estudio la comparación con la ficción (122). Y es que la confrontación entre presunción y ficción ha suscitado el interés de la doctrina en todos los tiempos (123), pero sobre todo, de aquellos dedicados al estudio de la teoría general del Derecho, pues su interés es tanto teórico como práctico (124).

Sin embargo, hay que señalar que son muy diferentes los ámbitos y las funciones que desempeñan la presunción y la ficción. Mientras la presunción se desenvuelve, aunque no sea propiamente un medio probatorio, en relación a la prueba de los hechos jurídicos y opera en la realización del derecho sobre la base de criterios de probabilidad normal (125), la ficción se refiere a la propia realización del derecho, a la extensión de la norma o a su creación a partir de una deformación de los datos de la realidad conscientemente querida por el legislador, y por razones de uti-

(122) En este sentido, conviene consultar CAMPITELLI: "Presunzione" (dir. interm.) en *Enciclopedia del diritto*, XXXV, Milano, 1986, pp. 263 y ss. Alciato y Menochio ya establecieron una distinción entre *praesumptio* y *fictio*.

(123) Baste citar a PILII: *De ordine iudiciorum*, ed. Bergmann, Aalen, 1965 (reimp. de Gottingen, 1842); TANCREDI: *Ordo iudiciarius*, en la misma ed. cit. tít. 14 de *praesumptionibus*; GUILLELMI DURANTI: *Speculum iudiciale* II, 2 de *praesumptionibus*, fol. 157; GIULIANI, *Il concetto di prova*, Milano, 1961, pp. 60 y ss.; ALCIATO, MENOCHIO: *De praesumptionibus, coniecturis, signis et indicis*, Venetiis, 1587; DOMAT, POTHIER, GENY, DABIN citados por CAMPITELLI, A.: en *E. del dir.*, cit. En nuestros días es clásico RAMPONI: *La teoria generale delle presunzioni nel diritto civile italiano*, Torino, 1890. Entre nosotros, CARRERAS: "Naturaleza jurídica y tratamiento de las presunciones", en FENECH-CARRERAS: *Estudios de Derecho procesal*, Barcelona, 1962, pp. 335 y ss., previamente en *RJC*, 1962; MUÑOZ SABATÉ: *Técnica probatoria*, Barcelona, 1967; SERRA DOMÍNGUEZ: *Normas de presunción en el Código Civil y en la Ley de Arrendamientos Urbanos*, Edic. Nauta, Barcelona, 1963, y "De las presunciones", en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, dir. por ALBALADEJO. También SERRA DOMÍNGUEZ: "Presunciones", en *Nueva Enciclopedia Jurídica*, XX, Seix, Barcelona, 1993, pp. 375-382.

(124) HERNÁNDEZ MARÍN: *Introducción a la teoría de la norma jurídica*, 2.ª edición, Marcial Pons, Barcelona, 2002, pp. 317-324.

(125) Tal y como advertía Cujacio: *fingimus ea quae non esse scimus, praesumimus ea quae vera esse arbitramur ducti probabilis argumentis*, mencionado por RAMPONI: *La teoria generale delle presunzioni*, p. 51, citado por LUNA SERRANO: *Las ficciones...*, p. 82.

lidad (126). Frente a estos argumentos nos encontramos con la presunción *iuris et de iure* (127) o necesaria (128), también denominada absoluta (129). Esta presunción, que no admite prueba en contrario, ciertamente se asemeja a la ficción, ya que la situación a que se refiere podría ser falsa y a pesar de todo prevalecer. Por esto no es de extrañar que la mayoría de los autores convengan en que la distinción entre ese tipo de presunción y la ficción sea difícil de establecer, hasta el punto de que algunos niegan su diferenciación. Incluso un sector de la doctrina francesa mantiene que la fuente de las ficciones se encuentra precisamente en las presunciones irrefragables, que no se puede contrarrestar (DRALE), o presunciones *iuris et de iure*, puesto que no pueden ser destruidas y, en consecuencia, formulan proposiciones cuya falsedad no puede demostrarse mediante una referencia a la realidad. Tanto es así que, entre nosotros, FENECH dice que son pura entelequia (130); para MUÑOZ SABATÉ, irritantes (131); para RAMOS, una herencia del pasado (132).

A pesar de lo anterior, CARRERAS considera que las presunciones *iuris et de iure* interesan al civilista, ya que éste siempre debe estar interesado por conocer la *ratio* de las normas materiales a los efectos de determinar su contenido y alcance (133). Sin embargo, si bien la presunción legal absoluta constituye el reflejo normativo de una previa duda del legislador, desde el momento en que alcanza rango normativo dicha vacilación desaparece y se convierte en disposición legislativa que debe ser aplicada por el juzgador (134).

Es verdad que en el plano conceptual se podrían encontrar rasgos diferenciadores entre la ficción y esta presunción legal, ya que, siguiendo en

(126) LUNA SERRANO: *op. et loc. ult. cit.*

(127) Llamada así por primera vez por AZÓN en su *Summa super Codicem*, citado por CAMPITELLI: "Presunzione" (dir. interm), *E. del dir.*

(128) Llamada así, *necesaria*, por primera vez por DURANTE: *Speculum iudiciale*, Venetijs, 1488, folio 126V, citado por CAMPITELLI: *idem*.

(129) Irrefragable la llaman los franceses (WRÓSBLESKI, WICKER, citados por LUNA SERRANO: *Las ficciones...*, p. 83. La presunción irrefragable determina la aplicación de una solución preordenada realizando una reducción del número de las condiciones determinantes de la misma, "ce qui implique qu'elle donne naissance à une fiction").

(130) FENECH: *Derecho Procesal penal*, Barcelona, 1959, I, p. 601.

(131) MUÑOZ SABATÉ: *Técnica probatoria*, Barcelona, 1967, p. 91.

(132) RAMOS MÉNDEZ: *Derecho Procesal civil*, Barcelona, 1980, p. 375.

(133) CARRERAS: "Naturaleza jurídica...", *cit.*, p. 375.

(134) SERRA DOMÍNGEZ: "Presunciones", *N. E. Jca.*, *cit.*, p. 379. Propugna este autor prescindir por completo de la categoría de presunciones *iuris et de iure*, por considerar que ni son presunciones, ni han existido nunca como categoría jurídica independiente, ni requieren un tratamiento especial. Quizá pueda parecer un poco tajante al decir que sólo sirven para demostrar la erudición del que las utiliza a diestro y siniestro para enmascarar su ignorancia sobre un mismo concepto (*Normas de presunciones*, *cit.*, p. 74).

la línea tradicional las enseñanzas de BALDO (135), se puede todavía insistir en que la presunción tiende a consolidar algo que se considera real (*est verorum*), mientras que la ficción por esencia *est falsorum* (136). Además la presunción *iuris et de iure* supera la duda sobre la base de la verosimilitud, mientras que la virtualidad de la ficción se basa en la falsedad que introduce y que la hace operativa. En fin, otros autores dicen que la presunción *iuris et de iure* se asienta en la experiencia y la ficción en una mera determinación del legislador (137).

Sin embargo, ficción y presunción absoluta son figuras próximas, en las que se aprecia su gran afinidad; su similitud puede apreciarse sin dificultad en muchos casos (138), ya que en el terreno práctico no hay diferenciación en cuanto a sus efectos (139). Por todo ello, entre los juristas modernos se tiende a asimilar ambas figuras, de ahí que se afirme la existencia en la actualidad de crisis de la presunción legal absoluta (140) como figura independiente, pues en palabras de FERRINI, “si el carácter de dicha presunción consiste en no dejar espacio a la verdad, en esto coincide admirablemente con la ficción” (141).

4. La presunción de paternidad legítima

Considera RIVERO HERNÁNDEZ que, si al estudiar cualquier institución jurídica resulta siempre interesante seguir su trayectoria histórica, en la

(135) BALDO: *In secundam Digestis Veteris partem*, comentario *ad. l. Qui in provincia* (D. 23,2,57), citado por CAMPITELLI: “Presunzione” (dir. interm.), *E. del dir.*, y LUNA SERRANO: *Las ficciones...*, p. 83.

(136) En esta línea se expresa DE CUPIS: “Sulla distinzione tra presunzioni legali assolute e finzione giuridiche”, en *Giustizia civile*, 1982, II, pp. 227-232.

(137) CARNELUTTI: *Sistema del diritto processuale civile*, I, Padova, 1936. Este autor proponía una interesante fórmula de diferenciación, sugiriendo incluso que la presunción *iuris et de iure* supone un procedimiento en cierto modo inverso al de la ficción. “Mientras en el caso de dicha presunción el legislador atribuye a un hecho las consecuencias jurídicas de otro porque, según la experiencia, el primer hecho es índice del segundo, en la ficción dicha atribución legislativa de consecuencias tiene lugar a pesar de que, según la experiencia, los dos hechos no tienen nada en común. Por eso, si la presunción es reconocimiento de equivalencia natural de dos órdenes de hechos, la ficción es atribución de equivalencia jurídica, esto es, independiente de toda equivalencia natural o real”. En este sentido también TRABUCCHI: *Istituzioni di diritto civile*, 26 edición, Padova, 1983, p. 225. Estas y otras teorías en LUNA SERRANO: *op. et loc cit.*

(138) Baste citar la llamada presunción de comoriencia, que en realidad es una ficción.

(139) La discusión sigue abierta tal y como revelan los interesantes argumentos de VILLAR PALASÍ, BONILLA y SAN MARTÍN, SERRA y FERRINI, autores y obras citadas por LUNA SERRANO (*op. cit.* en notas a pie p. 84).

(140) Como se verá en el apartado dedicado al Derecho actual y la postura mantenida por SERRA, de la que se hablará más adelante.

(141) FERRINI: *op. cit.*, p. 84.

presunción de paternidad legítima, tan cargada de acentos humanos y sociales, adquiere particular interés, por reflejar la sensibilidad jurídica y social de cada pueblo y en cada momento respecto de algo tan importante y a veces dramático como es la paternidad y la filiación en el matrimonio, la duda del marido acerca de la paternidad de los hijos de la esposa, la forma de resolver estos problemas y otros aspectos (142). Sin embargo, no en todas las épocas se ha planteado el ser humano preguntas sobre estas cuestiones, al menos de la misma forma que nosotros. Hubo épocas en que el matrimonio, la paternidad y la filiación, tal y como los concebimos en la actualidad, fueron completamente ignorados. El parentesco primitivo se basaba en una pertenencia a un grupo con sus valores religiosos y morales. Esta idea se prolongó hasta etapas históricas ya conocidas, como Grecia y Roma, donde durante algún tiempo fue la religión la que determinó el parentesco (143); el culto y no el lazo de sangre era el llamado parentesco agnaticio (144). Sólo más tarde, cuando las ideas religiosas fueron cambiando y el culto de los antepasados dejó de ser el aglutinante del grupo familiar, fue destacándose el parentesco de sangre y con él la familia cognaticia (145). Hoy no cabe duda de que el hombre primitivo, durante largo tiempo, no relacionó el acto sexual con el nacimiento, y que ignoró el papel del varón en la fecundación (146), de la misma ma-

(142) RIVERO HERNÁNDEZ, F.: *La presunción de paternidad legítima. Estudio de Derecho Comparado y Derecho Español*, Tecnos, Madrid, 1971, p. 159. Esa obra nos interesa por su alcance histórico, pero hay que tener presente que toda esta materia fue modificada por la Ley de 13 de mayo de 1981, por lo que habrá que consultar el CC tras su nueva redacción y la doctrina posterior. Por ello, véase del mismo autor "Comentario a los artículos 108, 113, 115, 116, 117 y 118", en *Comentario del Código Civil*, del Ministerio de Justicia, tomo I, Secretaría General Técnica, Centro de publicaciones, Madrid, 1991 pp. 427-460, y SANCHO REBULLIDA, en LACRUZ-SANCHO REBULLIDA: *Elementos de Derecho civil*, IV, 3, Bosch, Barcelona, 1982, pp. 619-630. También RIVERO HERNÁNDEZ, en VVAA: LACRUZ BERDEJO, SANCHO REBULLIDA, LUNA SERRANO, DELGADO ECHEVERRÍA, RIVERO HERNÁNDEZ y RAMS ALBESA: *Elementos de Derecho Civil IV, Derecho de Familia*, 4.ª edición, Bosch, Barcelona, 1997, pp. 419-539. No varía la 2.ª edición de *Elementos*, IV, de los mismos autores, puesta al día por RAMS, Dykinson, Madrid, 2005.

(143) Sobre la necesidad de estudiar las viejas creencias de los antiguos para conocer sus instituciones, sigue siendo un clásico *La ciudad antigua*, de Fustel DE COULANGES, edic. Península, Barcelona, 1984.

(144) En relación con el parentesco y lo que los romanos llamaban *agnatio*, además de los Manuales generales, véase DE COULANGES, F.: *La ciudad antigua*, cit., pp. 78-81. También directamente GAYO, 1, 156: *Sunt agnati per virilis sexus personas cognatione juncti, veluti frater ex eodem patre natus, fratris filius, neposve ex eo, item patruus et patrum filius et nepo ex eo*. Instituciones de Justiniano, 3, 2: *Per adoptionem quoque agnationis ius consistit, veluti inter filios naturales et eos, quos pater eorum adoptavit, nec dubium est, quin improprie consanguinei appellantur: item si quis ex ceteris agnatis, veluti frater aut patruus aut denique is, qui longiore gradu est, adoptaverit aliquem, agnatos inter suos esse non dubitabitur*. También *Digesto*, 50,14,196: *Patris, non matris familiam sequitur*.

(145) RIVERO HERNÁNDEZ: *La presunción...*, cit., p. 160.

(146) Son interesantes, aunque dentro de la literatura no científica, las aportaciones de AUDEL: *El clan del oso cavernario*.

nera que tampoco tenía respuesta para los hechos de la naturaleza como la noche o el día (147). Lo atribuyó al *totem* del grupo, al espíritu de los antepasados, o a la obra de los dioses, incluso lo relacionó con los astros o con fenómenos atmosféricos (148). También el papel de la maternidad ha sido muy discutido, y varió, en relación con la organización familiar y social en los pueblos y sociedades primitivas (149).

A la hora de observar la aparición y la preocupación por el hecho de la paternidad, es determinante la evolución de la sociedad y decisivo el factor económico. El desarrollo de la agricultura favorece la formación de la familia; la mujer y los hijos adquieren un valor económico. Va apareciendo de forma cada vez más definida la autoridad del marido, y con el tiempo el grupo doméstico se va restringiendo, y los lazos que lo unen adquieren más fuerza (150). El marido tiene un poder dominical, y en algunas sociedades un derecho de vida y muerte sobre los miembros de su grupo (151). Las relaciones y lazos se van definiendo y concretando. Elementos religiosos contribuyeron también a ello: el jefe de la familia o grupo rinde culto a los antepasados, y lega a su hijo, al que cree que es su hijo, la misión de continuar el culto (152). Para asegurarse de su paternidad en ocasiones y pueblos sometería a su mujer a vigilancia, en otras sería él mismo quien aceptara o no el hijo al serle presentado poco después del nacimiento (153).

El conocimiento que el hombre moderno ha llegado a adquirir de las civilizaciones antiguas representa, en palabras de TOVAR, una de las más

(147) O el cambio de las estaciones. Partiendo de esa absoluta ignorancia sobre casi todo, no resulta difícil la explicación de una proliferación de dioses: sol, luna, la aurora, la cosecha, etc. Nuevamente remito a DE COULANGES, F.: *La ciudad antigua*, pp. 39-62.

(148) Véase LEVY-BRUHL: *La mentalité primitive*, París, 1925, pp. 513-514.

(149) Pueden verse las distintas opiniones en RIVERO HERNÁNDEZ: *La presunción...*, cit., p. 161. El hecho de que algunos pueblos no reconocieran nada más que la filiación materna, y de que no tuvieran quizá nunca idea de la paternidad, lo explica MAC-LENNAM basándose en la falta de certeza en materia de paternidad, y SUMMER-MAINE, por ser la paternidad cosa de inducción en relación con la maternidad que es de observación, no habría podido ser reconocida sino tras la relación con la madre (citados por COLOMBET: *Essai sur l'évolution de la présomption de la paternité*, tesis mecanografiada, París, 1961, p. 2). De ahí también que en algunas culturas se procediera a la muerte del primogénito recién nacido; en algunas mentes primitivas, verosíblemente, ese hijo no es del marido, sino de otro hombre. Pero hay ciertamente numerosos hechos a favor de otra hipótesis (véase C. E. FOOX: "Social organisation in San Cristoval", JAI XLIX (1919), p. 119, citado por LEVY-BRUHL: *La mentalité primitive*, p. 514).

(150) RIVERO HERNÁNDEZ: *La presunción...*, cit., p. 163.

(151) En este sentido, y en concreto al referirnos al *filiusfamilias* en Roma, BONFANTE: *Corso di Diritto Romano*, volumen I, *Diritto di Famiglia*, Attilio Sampaolesi Edit. Roma, 1925, pp. 71 y ss.

(152) DE COULANGES, F.: *La ciudad antigua*, cit., pp. 74 y ss.

(153) El *tollere liberum*, o costumbre de alzar al recién nacido que se le presentaba reconociéndolo de esa manera como legítimo, no fue exclusivo de los romanos, sino una costumbre extendida entre muchos pueblos antiguos (RIVERO HERNÁNDEZ: *op. cit.*, p. 163).

admirables conquistas de la ciencia (154). En la actualidad, debido a las investigaciones y descubrimientos realizados a lo largo del siglo pasado, es posible formarnos una idea bastante aproximada de la vida y las instituciones privadas de un pasado remoto. En el aspecto jurídico, el descubrimiento de textos muy antiguos han hecho posible el conocimiento. El Código de Lipit-Ishtar, el Código de Hammurabi, Leyes asirias y babilonias (s. xv a.C.), egipcias, hititas, las leyes de Manú (s. II a.C.), el derecho hebreo. En general, el principio que subyace en todas estas leyes es que la noción de paternidad biológica se confunde con lo que es su signo exterior, con el poder sobre el hijo (155). Por otra parte, aunque el legado de la Grecia antigua es tan rico y admirable en manifestaciones culturales, es sumamente pobre en materia de Derecho, más aún de Derecho privado. En las célebres Leyes de Solón no aparece ninguna referencia a la paternidad ni a la presunción de paternidad (156). La entrada del hijo en la familia y la determinación de la paternidad quedaba supeditada a la voluntad del jefe de la familia, quien lo aceptaba o rechazaba a su libre arbitrio (157), según su convencimiento sobre la paternidad (158). También intervenían otros aspectos, como la situación económica de la familia o el deseo de vivir mejor, en cuanto a la exposición y abandono de los hijos. Pero de la misma manera que la aceptación del recién nacido solía significar reconocimiento de la propia paternidad, la exposición y abandono no siempre significaría impugnación o negación de la paternidad (159). Para RIVERO, este criterio voluntarista, subjetivo y privado de determinar la paternidad, fue una práctica extendida entre los pueblos de Oriente medio y después por los germanos y otros pueblos, hasta tiempos recientes (160). Pero no bastaba la voluntad del padre y su aceptación para que el

(154) TOVAR, A.: *Historia del Antiguo Oriente*, Barcelona, 1963, p. 7.

(155) Consultar la extensa bibliografía citada a pie de página (notas 14-40) de RIVERO HERNÁNDEZ: *La presunción...*, cit., pp 163-171.

(156) PLUTARCO: *Vidas paralelas, Solón*, Planeta, Barcelona, 1990, pp. 81-119.

(157) DE COULAGES, F.: *op. cit.*, p. 114.

(158) Nuevamente, DE COULANGES, F.: *La ciudad antigua*, p. 108; PLUTARCO: *Vidas paralelas, Alcibiades* 23, p. 63.

(159) RIVERO HERNÁNDEZ: *op. cit.*, p. 171.

(160) RIVERO HERNÁNDEZ: *op. cit.*, p. 172, y PEROZZI: *Tollere liberum* en *Studi Simoncelli*, tomo I, Nápoles, 1917, p. 215. Por otra parte, la palabra *pater* contiene enseñanzas curiosas. La palabra es idéntica en griego, en latín y en sánscrito, de donde se infiere su origen en un tiempo en que los antepasados de los helenos, de los italianos y de los hindúes vivían juntos en Asia Central (...). En lenguaje jurídico, el título de *pater* o *paterfamilias* podía darse a un hombre que no tenía hijos, que no estaba casado, o que ni siquiera estaba en edad de contraer matrimonio. La idea de paternidad no se asociaba a la palabra; en la lengua se encontraba otra que designaba propiamente al padre (...) (*gânitar, genitor*). *Pater* tenía un sentido diferente; en la religión se aplicaba a todos los dioses; en el lenguaje jurídico a cualquier hombre que no dependía de otro y ejercía autoridad sobre una familia y sobre un dominio, *paterfamilias*; los

hijo ingresara en la familia como legítimo y pasara por suyo. Se exigía para esa aceptación una ceremonia religiosa en la que el padre incorporaba al hijo al culto doméstico, introduciéndolo así a la *fratria* o a la *familia*. Quedaba así unido por lazos espirituales y sociales. El nacimiento y la generación paterna no eran más que algo físico. El poder del padre sobre el hijo alcanzaba a éste a través de la madre y del derecho o poder que el marido tenía sobre ella (161), más quizá que por el autoconvencimiento del marido de ser, hoy diríamos, “su padre biológico” (162).

El Derecho romano representa el más importante hito histórico en la evolución de la institución que nos ocupa. Hay abundancia de fuentes jurídicas y extrajurídicas, lo que permite al historiador y al jurista tener más seguridad que respecto a otras épocas. Aunque en los Derechos más antiguos ya se percibe la semilla de la institución, en Roma aparece con un significado nuevo (163). Hasta la formulación de la regla *pater vero is est quem nuptiae demonstrant* (164), que viene a identificarse con la presunción de paternidad, hay un largo trecho que recorrer, tal y como señala RIVERO (165).

A) El *tollere liberum* (166).

Era la ceremonia por medio de la cual el marido o el jefe del grupo familiar aceptaba o rechazaba al recién nacido que le era presentado, actitud que permitía o impedía su entrada en la familia en calidad de hijo, que en algunos pueblos, como ya se ha visto, era interpretado como reconocimiento de la propia paternidad y origen del poder paterno. Esa cere-

poetas muestran que se adjudicaba a cuantos se deseaba honrar; el esclavo y el cliente la daban a su señor (...). Que tal nombre se aplicara al padre de familia hasta convertirse paulatinamente en su nombre más corriente es indudablemente un hecho muy significativo y que parecerá fundamental al que desee conocer las antiguas instituciones; la historia de esta palabra es suficiente para comunicarnos la idea del poder que el padre ejerció durante mucho tiempo en la familia, y del sentimiento venerante que se le asociaba como pontífice y soberano, DE COULANGES, F.: *op. cit.*, p. 108; ULPiano en *Digesto*, 1, 6, 4: *Patres familiarum sunt qui sunt suae potestatis, sive puberes, sive impuberes*; para nombrar a los dioses: Tito Livio II, 10, VARRÓN: *De lingua latina*, V, 66, CICERÓN: *De nat. Deorum*, II, 26.

(161) Ya en las Leyes de Manú (s. II a.C.), que recoge disposiciones mucho más lejanas en el tiempo. Véase *Lois de Manou*, traducido del sánscrito al francés y anotadas por LOISEUR-DESLONGCHAMPS, París, s/f, a su vez citado por RIVERO HERNÁNDEZ: *op. cit.*, pp. 168, nota a pie 28, y en general, pp. 167-168.

(162) DE COULANGES, F.: *cit.*, pp. 75-76 y 104-106. En todo caso, téngase presente que la familia y el culto sólo se continuaban a través de los varones.

(163) No en vano cabe decir con RICCOBONO: *Roma madre de las leyes*, Depalma, Buenos Aires, 1975.

(164) D. 2, 4, 5.

(165) RIVERO HERNÁNDEZ: *op. cit.*, pp. 173-205.

(166) PEROZZI: “*Tollere liberum*”, en *Studi Simoncelli*, tomo I, Nápoles, 1917, y *NNDI*.

monia, cargada de simbolismo y trascendencia, fue corriente en la antigüedad y entre muchos pueblos (167), aparece también en Derecho romano, de donde nos han llegado numerosas referencias, de significado discutido. En el sentido que aquí nos interesa, sólo pueden tenerse en cuenta unas cuantas frases de PLAUTO, TERCENCIO, QUINTILIANO y TÁCITO, tal y como advierte RIVERO (168). El uso del *tollere liberum* se remonta, al parecer, en Roma a los primeros tiempos, y hasta la época de Augusto, según PEROZZI Y LANFRANCHI (169). Otros autores, como BERGER (170), creen que decae mucho antes del Imperio. Hay testimonios de que se practicaría hasta la época de TÁCITO, pues se refiere a esta ceremonia con claridad (171). Casi todos los autores están de acuerdo en que el *tollere* o recogida del recién nacido equivalía a una especie de concesión del derecho a la vida y que ya no podía ser expuesto (172) o abandonado sin caer en sanción (173). Para algunos significaría también la entrada del recién nacido en la familia. Sin embargo, en mi opinión, siguiendo a Fustel DE COULANGES, una cosa sería conceder el derecho a vivir (*tollere liberum*) y otra la ceremonia de reconocimiento de paternidad e introducción a la familia y a los cultos familiares. Es indiscutible el valor religioso del *tollere liberum*, pero no lo es tanto su valor jurídico (174). Hay distintas teorías sobre su posible valor jurídico, cuya consecuencia sería el reconocimiento de la propia paternidad, lo que llevaría implícita una cierta presunción de paternidad (175). El *non tollere* significaría la negación o desconocimiento de la

(167) Consistía en colocar el recién nacido en tierra, de donde era recogido (*tollere* recoger, elevar, ERNOUT-MEILLET: *Dictionnaire Etimologique de la langue latine. Histoire des mots*, 4ème ed., París, 1967) o no, por el *paterfamilias*.

(168) RIVERO HERNÁNDEZ: *op. cit.* Teniendo en cuenta la selección que a su vez hace LANFRANCHI: *Ricerche sulle azioni di stato nella filiazione in diritto romano*, Bologna, 1964, pp. 8-10.

(169) PEROZZI, en *Studi*, cit., p. 215, LANFRANCHI: *Ricerche*, cit., p. 12.

(170) Citado por LANFRANCHI: *op. cit.*, p. 11.

(171) Véase *Anales* de TÁCITO, que vivió entre los años 55 y 120 d. C.

(172) Sobre el *ius exponendi* todavía se encuentran noticias en la época de Claudio, SUE-
TONIO: *Vida de los doce césares, Claudio*, 27, (...) *Claudiam ex liberto suo Botere conceptam, quamvis ante quintum mensem divortii natam alique coeptam, exponi tamen ad matris ianuam et nudam iussit abici* [a Claudia, hija en realidad de su liberto Boter, aunque había nacido cuatro meses antes de divorciarse y la había reconocido, ordenó que la arrojasen desnuda (de palacio) y la dejasen abandonada ante la puerta de la casa de su madre]; es combatida por los autores cristianos y condenada por los emperadores, GARCÍA GARRIDO: *Diccionario de Jurisprudencia romana*, reimp. 3.ª edición, Madrid, 1990.

(173) Un rescripto de Valentiniano en *Codex*, 8,52, 2: *Unusquisque sobolem suam nutriat. Quodsi exponendam putaverit, animadversioni, quae constituta est, subiacebit*. El título 52 lleva como rúbrica *De infantibus expositis liberis et servis, et de his, qui sanguinolentos nutriendos acceperunt*.

(174) Nuevamente, esta vez interpretando a F. DE COULANGES, en su particular y original visión de las cosas, todo acto religioso tiene una consecuencia jurídica.

(175) RIVERO HERNÁNDEZ: *op. cit.*, p. 175.

paternidad y, con ello, la renuncia a la patria potestad y el abandono o exposición del niño (176). A pesar de que esa interpretación ha tenido muchos adeptos entre los romanistas (177), sin embargo, en la actualidad, prevalece la corriente contraria, representada por BONFANTE (178), PEROZZI (179) y sobre todo LANFRANCHI, quienes sostienen que no parece que ese acto tuviese significado o efectos jurídicos de reconocimiento (180). Entre los distintos argumentos esgrimidos para apoyo de esta tesis cabe señalar el de que el *non tollere* podía obedecer a razones exclusivamente de tipo económico (situación difícil de la familia = imposibilidad de sostener a un miembro más); además, en ocasiones, hay referencias de que no era el marido el autor del *tollere* o del *non tollere*, cuando no era él el *paterfamilias* (181). Aunque la discusión sigue abierta, parece que puede sostenerse la postura que lo interpreta como reconocimiento, al menos en una primera época, en la que no podía separarse lo divino de lo humano (¿el *fas* y el *ius*?). En esa época el *pater* no distinguiría probablemente aspectos y matices que hoy, como más tarde en la misma Roma, parecen normales, pero que son demasiados sutiles para una mente tosca todavía por primitiva (182). Que el hijo naciera *in potestate* y no hiciera falta el *tollere* es algo que no se cuestiona, y que puede afirmarse basándonos en dos textos del *Digesto*, en los que aparece la conexión inmediata entre nacimiento y patria potestad con independencia del *tollere* (183).

(176) Sin embargo, leyendo a Suetonio parece que primero legitimó y después abandonó.

(177) TISSET: *Contribution à la l'histoire de la presumption de paternité*, París, 1921, pp. 132-133; DECLAREUIL: *Paternité et filiation légitime, Melanges Girard*, tomo I, París, 1912, pp. 326-327; PEROZZI: *Instituzioni di diritto Romano*, volumen I, 1906, p. 287; COSTA: *Storia del Diritto Romano privato*, Torino, 1925, p. 74; GIRARD: *Manuel élémentaire de Droit Romain*, 7.^a edición, París, 1924, p. 178; GUARINO: *Diritto Privato Romano*, Nápoles, 1963, p. 236; VOLTERRA: *Un'osservazione in tema di tollere liberos*, *Festschrift Schulz*, tomo I, pp. 388 y ss., y otros citados por LANFRANCHI: *op. cit.*, pp. 216 y ss., y recogidos por RIVERO en *La presunción...*, cit. p. 175.

(178) BONFANTE: *Corso di Diritto Romano*, volumen I, *Diritto di Famiglia*, Aetilio Sampolasi edit., Roma, 1925, p. 13: (...) Questo solo giova notare: che non occorre, oltre il fatto della nascita, alcun atto formale di riconoscimento o ammissione nella famiglia: il *tollere liberum*, prender sulle braccia il figlio, non ha alcuna importanza giuridica, come pure non ne ha il *non tollere*. Y a su vez remite a PEROZZI: "Tollere liberum", en *Studi Simoncelli*, cit.

(179) Que rectificó su postura anterior mantenida en *Instituzioni*.

(180) LANFRANCHI: "Prospettive vecchie e nuove in tema di filiazione", en *Studi Albertario*, volumen I, pp. 741 y ss. Particularmente en *Ricerche sulle azioni*, cit.

(181) RIVERO HERNÁNDEZ: *op. cit.*, p. 177, citando a LANFRANCHI: *Ricerche*, cit., p. 21.

(182) RIVERO HERNÁNDEZ: *op. cit.*, p. 179.

(183) Se trata de D. 1,6,8,pr.: (...) *nam quum ius potestatis moribus sit receptum, nec possit desinere quis habere in potestate, nisi exierint liberi quibus casibus solent, nequaquam dubitandum est, remanere eos in potestate, y*

D. 25,4,1,1: (...) *partus enim, antequam edatur, mulieris portio est vel viscerum; post editum plane partum a muliere iam potest maritus iure suo filium per interdictum desiderare aut exhi-*

B) La regla *pater is est quem nuptiae demonstrant*.

PAULO, Comentarios al Edicto, libro IV: *quia semper certa est (mater); pater veri is est, quem nuptiae demonstrant*.

El pasaje de PAULO, recogido por los compiladores justinianeos en el *Digesto* (D. 2,4,5), es la más importante contribución del Derecho romano a la teoría y a la historia de la presunción de paternidad legítima (184). La interpretación que hace ROYO MARTÍNEZ de la citada regla es que ha de ser tenido por padre el varón casado con la madre y es el significado actual (185).

Son numerosos los problemas que se plantean en torno a la autenticidad y el valor de este texto (186). Una vez superados por la doctrina (187), todo parece evidenciar que es anterior a la época clásica en la que la *iurisprudencia* ya gozaba de madurez, con lo que habría que pensar que sería una regla muy antigua, tenida en cuenta desde siempre. Que el principio así formulado es muy sintético es cierto, y probablemente el pasaje de PAULO fue recortado por los compiladores justinianeos, pero no es suficiente como para considerarlo espurio, como hace SCHULZ (188). Ésta era una regla de conducta, no una definición (189). Esa norma sancionaría el principio de la legitimidad de la filiación.

En Derecho romano se distinguen tres categorías de hijos:

beri sibi, aut ducere permitti, extra ordinem. Sobre *patria potestas*, como particular de los ciudadanos romanos, véase GAYO, 1,55: *Item in potestate nostra sunt liberi nostri quos iustis nuptiis procreavimus. Quod ius proprium civium Romanorum est; fere enim nulli alii sunt homines qui talem in filios suos habent potestatem, qualem nos habemus (...)*, pues no existe ningún otro pueblo que tenga sobre sus hijos una potestad semejante. Sobre este poder absoluto y pleno del *paterfamilias*, véase GARCÍA GARRIDO: *Diccionario de jurisprudencia*, cit., y *Manuales en general*.

(184) RIVERO HERNÁNDEZ: *op. cit.*, p. 179.

(185) ROYO MARTÍNEZ: *Derecho de Familia*, Sevilla, 1949, p. 229, y toda la doctrina posterior. Este autor había señalado las diferencias entre el sentido actual y el originario de la regla; para los modernos significa que ha de ser tenido por padre al varón casado con la madre; para PAULO quiere decir que no cabe paternidad extramatrimonial; para los modernos es una presunción de paternidad legítima; para los antiguos es la exclusión, por definición, de toda paternidad ilegítima.

(186) Para SOLAZZI, el valor se limita a la imposibilidad de citar en juicio. No en vano la rúbrica del título 4 del libro 1 del *Digesto* se titula *De in ius vocando*. Véase *Pater is est quem nuptiae demonstrant*, Iura, 1956, pp. 131 y ss.

(187) Por todos, a favor SOLAZZI, en contra SCHULZ.

(188) SCHULZ: *Derecho Romano Clásico*, traducción de J. Sta. Cruz Teigeiro, Bosch, Barcelona 1960, p. 136.

(189) Sobre *regulae y definitio* y aplicación de la dialéctica al derecho, CHURRUCA: *Introducción histórica al Derecho romano*, Publicaciones de la Universidad de Deusto, 2.ª edición, Bilbao, 1982, pp. 112-113.

1. *Legitimi* o *iusti*; 2. *Vulgo quaesti*, *vulgo concepti* o *spurii* (190), y 3. *Naturales liberi* (191). A la primera categoría es a la que atañe la presunción de legitimidad. Veamos.

Los *legitimi* o *iusti* son los hijos concebidos por personas unidas entre sí en *iustae nuptiae*. Se supone que es tal el hijo procreado ciento ochenta y dos días después del comienzo del matrimonio, y antes de trescientos días de que éste cese. Para la fijación de tales términos, los juristas romanos citan la autoridad de HIPÓCRATES (192) y de PITÁGORAS (193). Las fuentes ponen de manifiesto que en varias ocasiones los emperadores intervinieron para decidir casos prácticos (194). El marido puede siempre, presentando pruebas, no reconocer la propia paternidad respecto al que ha nacido dentro de esos plazos, de la mujer con la que estuviere unido en matrimonio en el momento de la concepción (195).

A pesar de la posibilidad de declarar el nacimiento de un hijo ante las autoridades públicas, estas declaraciones no tienen valor constitutivo, pues se admite contra ellas la prueba en contrario, hoy diríamos que son *iuris tantum*, por lo tanto (196). Las consecuencias que el ordenamiento jurídico romano vincula a la filiación son varias:

(190) D. 5,1,23: *Vulgo concepti dicuntur, qui patrem demonstrare non possunt, vel, qui possunt quidem, sed eum habent, quem habere non licet; qui et spurii appellantur a satione* (en griego).

(191) VOLTERRA: *Instituciones de Derecho privado romano*, Civitas, Madrid, 1986, pp. 667-670.

(192) D. 1,5,12: *Septimo mense nasci perfectum partum, iam receptum est propter auctoritatem doctissimi viri Hippocratis; et ideo credendum est, eum, qui ex iustis nuptiis septimo mense natus est, iustum filium esse*.

(193) PAULO: *Sententiarum* (PS) 4,9,5: *Septimo mense natus matri prodest: ratio enim Pythagoraei numeri hoc videtur admittere, ut aut septimo pleno aut decimo mense partus naturior videatur*, en FIRA: *Auctores*, Florencia, 1940.

(194) Para el término de 300 días, véase D. 28,2,29, pr.: (...) *si filius meus vivo me morietur, tunc, si quis mihi ex eo nepos, sive quae neptis post mortem meam in decem mensibus proximis, quibus filius meus moreretur, natus, nata erit, heredes sunt*, a propósito del derecho de representación de los nietos póstumos.

D. 38,16,3,11: *Post decem menses mortis natus non admittetur ad legitimam hereditatem*, no será admitido a herencia legítima el nacido después de diez meses.

Codex. 6,29,4: (...) *sed sivo testatore, sive post mortem eius intra decem menses a morte testatoris numerandos filius vel filia fuerint progeniti, maneat testatoris voluntas inmutata*.

Están también de acuerdo escritores y literatos: CICERÓN, PLINIO, MACROBIO, GELIO, también citados por VOLTERRA: *Instituciones*, cit., p. 668, nota a pie 96.

(195) Sobre el significado jurídico del matrimonio romano clásico y sus diferencias con el matrimonio moderno, VOLTERRA: *Instituciones*, pp. 639-647.

(196) D. 22,3,29,1: (...) *mulier gravida repudiata, filium enixa absente marito, ut spurium in actis professa est* (...). En este caso, frente a la declaración de la madre que inscribe al hijo como espurio, debe prevalecer la verdad. Se trataba de una mujer embarazada que fue repudiada por el marido, al dar a luz a su hijo, estando ausente el padre, enojada, lo declaró ilegítimo.

— Atribución al hijo del *status civitatis* que tenía el padre en el momento de la concepción y, en consecuencia, el estado de hombre libre (197). VOLTERRA considera que se presume que la unión conyugal de personas entre las que exista el *conubium* es matrimonio (198). Si el padre peregrino adquiría después de la concepción, y antes del nacimiento del hijo, la ciudadanía romana, el hijo nacía ciudadano romano (199). Los hijos nacidos anteriormente a la concesión de la ciudadanía (200) siguen siendo peregrinos, a menos que el emperador les conceda la ciudadanía. En las fuentes no se contempla el caso de aquel que haya conseguido la ciudadanía romana después de que el hijo haya sido concebido, pero que haya vuelto a ser peregrino antes del nacimiento de éste, o el caso de aquel que haya perdido la ciudadanía romana en el intervalo entre la concepción y el nacimiento del hijo (201).

(197) En este sentido, GAYO 1,89: (...) *nam hi qui illegitime concipiuntur, statum sumunt ex eo tempore quo nascuntur; (...) at hi, legitime concipiuntur, ex conceptionis tempore statum sumunt*. Este principio es expresado por los romanos en conexión con su noción de *conubium*, GAYO 1,56: *Pariam potestatem habent cives Romani, si cives Romanas uxores duxerint vel etiam Latinas peregrinasve cum quibus conubium habeant; cum enim conubium id efficiat, ut liberi patris condicionem sequantur, evenit, ut non solum cives Romani fiant, sed etiam in potestate patres sint*, 57: *Unde et veteranis quibusdam concedi solet principalibus constitutionibus conubium cum his Latinis peregrinisve, quas primas post missionem uxores duxerint; et qui ex eo matrimonio nascuntur, et cives Romani et in potestate parentum fiunt*.

(198) VOLTERRA: *Instituciones*, cit., p. 668, nota a pie 98. Véase D. 1,5,19: *Cuum legitimae nuptiae factae sint, patrem liberi sequuntur; vulgo quaesitus matrem sequitur*.

También *Tituli ex corpore Ulpiani* (EU, 5) FIRA: *Auctores*, Florencia, 1940, todo el 5: *De his qui in potestate sunt*.

D. 1,5, 23: *Vulgo concepti dicuntur, qui patrem demonstrare non possunt, vel, qui possunt quidem, sed eum habent, quem habere non licet; qui et spurii appellantur a saitione* (en griego); y 24: *Lex naturae haec est, ut qui nascitur sine legitimo matrimonio, matrem sequatur, nisi lex specialis aliud inducit*.

(199) En relación con los ciudadanos romanos, latinos y peregrinos, véase, entre otros autores, VOLTERRA: *Instituciones*, cit., pp. 88-99.

(200) Sobre la concesión de la ciudadanía a extranjeros libres por una disposición del *populus* romano o del Senado y más tarde del emperador, VOLTERRA: *Instituciones*, pp. 94-97. GAYO, 1,32-34 enumera varios casos en que los Latinos obtienen la ciudadanía romana. Numerosos documentos epigráficos y literarios muestran cuán frecuentes eran las concesiones individuales y colectivas de ciudadanía. Entre ellas, los numerosos diplomas militares, es decir, las actas de licenciamiento de los soldados que habían terminado el servicio y a los cuales los emperadores concedían la ciudadanía romana, y las disposiciones imperiales con las que, en reconocimiento de ayudas prestadas en guerra, se concedía la ciudadanía a los aliados, a sus mujeres y a sus hijos.

(201) VOLTERRA: *op. cit.*, p. 668, nota a pie 99. De D. 1,5,18, que menciona un rescripto de Adriano, el cual, al juzgar de la condición de un nacido de mujer unida en *iustae nuptiae*, condenada a la pena capital durante la gestación del hijo, le declara libre y sometido a la *patria potestas*, puede deducirse que si el hombre perdía la ciudadanía y la libertad durante la concepción, se atribuía al hijo la condición más favorable.

— Atribución al padre ciudadano romano *sui iuris* (202) de la *patria potestas* (203) sobre sus hijos legítimos o, si el padre es *filius familias*, atribución al *paterfamilias* de éste de la *patria potestas* sobre los mismos hijos. A la muerte, o a la extinción jurídica del *paterfamilias* que no sea el progenitor, este último, al pasar a ser *sui iuris*, adquiere automáticamente la *patria potestas* sobre los propios hijos. Por tanto, es el ordenamiento jurídico romano el que, sobre el presupuesto de las *iustae nuptiae*, atribuye la *patria potestas* sobre los hijos al progenitor o a su *paterfamilias*, independientemente de su voluntad.

Como consecuencia de una disposición del emperador Adriano (204), al padre peregrino que se hacía ciudadano romano durante la gestación de la esposa no le era concedida la *patria potestas* sobre el hijo. La *patria potestas* podía ser concedida al ciudadano romano que se hubiera unido conyugalmente con una mujer en relación con la cual afirmaba tener el *conubium*, y que posteriormente hubiera probado su error (205), y también caso por caso, tras una concesión del emperador; correspondía también a aquellos a los que, de forma colectiva o individual, había sido concedido el *ius Latini* (206) por el pueblo romano, el senado o el emperador (207).

— Atribución al hijo del patronímico, indicado con el *praenomen* del padre en genitivo, seguido de *filius* (208).

(202) GAYO, 1, 48-57. Recordar que la *patria potestas* es *ius proprium civium Romanorum* (G. 1, 55).

(203) Además de la cita anterior, GAYO, 1, 97.

(204) GAYO, 1, 93-94.

(205) GAYO enumera una serie de casos, haciendo referencia a distintos *senatusconsulta*.

(206) Véase a propósito sobre la concesión de la latinidad, como paso previo a la concesión de la ciudadanía romana, VOLTERRA: *Instituciones*, cit., pp. 90-91. Para comprender plenamente la noción romana del *status civitatis*, como pertenencia de un hombre libre a una comunidad política autónoma, jurídicamente organizada, presupuesto necesario para que se le conceda la capacidad jurídica, esto es, la posibilidad de ser sujeto de derechos y obligaciones, es necesario señalar la diferencia fundamental con el significado de la palabra moderna ciudadanía. Sobre estos aspectos, *op. et loc. cit.*, notas a pie 37-39. Por su extensión, ÁLVAREZ SUÁREZ, U.: *Instituciones de Derecho Romano, III. Personas físicas y colectivas en el Derecho Romano*, Edit. de Derecho reunidas, Madrid, 1977, pp. 119-139. En general debe tenerse en cuenta toda esta obra, ya que está dedicada al estudio de los derechos subjetivos: la persona. También IGLESIAS: *Derecho Romano. Historia e Instituciones*, 10 edición, Ariel, Barcelona, 1990, pp. 117-159, y la extensa bibliografía citada en pp. 142-149, notas a pie 141-175.

(207) GAYO, 1, 93-96.

(208) El nombre romano estaba compuesto por los *tria nomina*: el *praenomen* (nombre individual), el *nomen gentilicium* (de la familia) y el *cognomen* (indica la rama particular dentro de la *gens*). A ellos se añadían la indicación de la tribu y de la paternidad, en su caso; también el apodo: *agnomen*. Es posible que en principio sólo los patricios tuvieran tres nombres, pero a finales de la República este uso se había extendido también a los plebeyos, VOLTERRA: *Instituciones*, cit., p. 669, notas 105-106; IGLESIAS, J.: *Historia e Instituciones*, cit., p. 144.

— En el Derecho tardío, al hijo del colono o del perteneciente a determinadas corporaciones profesionales, o del decurión, le es impuesta la misma condición del padre, lo que lleva consigo limitaciones y modificaciones en la capacidad jurídica (209).

— Aunque los hijos no estén *in potestate*, tienen deberes hacia ambos progenitores que se concretan en el *obsequium* y *pietas* (210). Padres e hijos no pueden darse recíprocamente testimonios contrarios. Están gravemente castigadas las lesiones o injurias contra los padres (211).

— Obligación recíproca de darse alimentos en caso de pobreza o incapacidad para el trabajo (212). Su antigüedad es confirmada también por la norma que impone al padre que haya expuesto al hijo, y lo reivindique a aquél que lo ha recogido y cuidado, que pague los gastos del mantenimiento hechos por aquel (213). En la época imperial, la competencia en esta materia fue encomendada a los cónsules y posteriormente a los magistrados *iudicantes*. Esta obligación debe ser cumplida en proporción a las condiciones económicas del obligado; no comprende sólo lo que es necesario para la vida, sino también lo que sirve para dar al menor una educación conforme con su rango social. En el Derecho justiniano, cuando el padre se encuentra en extrema pobreza, la obligación de facilitarle los alimentos pesa sobre los herederos del hijo (214).

— Derechos recíprocos de sucesión.

(209) ÁLVAREZ SUÁREZ, U.: *Instituciones III. Personas físicas*, cit., pp. 156-159.

(210) Prohibición de los hijos de intentar acciones infamantes contra los padres, de interponer contra ellos el interdicto *de vi*, o de exigirles el *iusiurandum calumniae*. Sobre estos aspectos, véase ÁLVAREZ SUÁREZ, U.: *Curso de Derecho Romano*, tomo I. *Introducción. Cuestiones preliminares. Derecho procesal civil romano*, Editorial Revista de Derecho privado, Madrid, 1955 pp. 289, 500-522.

(211) Sobre el término *parricidūdas*, FESTO en BRUNS: *si qui hominem liberum doo sciens morti duit parricidas esto*. La pena prevista era la *poena cullei*, ARANGIO-RUIZ: *Historia del Derecho Romano*, 4.^a edición, Reus, SA, Madrid, 1980, pp. 97. Si bien la expresión *parricidas esto*, es enigmática según TORRENT: "Derecho Penal Romano I. Épocas Monárquica y Republicana", en *El Derecho Penal: De Roma al Derecho actual, VII Congreso Internacional y X Iberoamericano de Derecho Romano*, Madrid, 2005, p. 18.

(212) Parece que esta obligación ya existía en tiempos de Labeón, D. 27,3,1,4: (...) *si matrem alui pupilli tutor, putat Labeo, imputare eum posse; sed est verius, non nisi perquam egen-ti dedit, imputare eum oportere de largis facultatibus pupilli; utrumque igitur concurrere oportet, ut et mater egena sit, et filius in facultatibus positus*.

(213) Véase Codex 5,4,16: *Patrem, qui filiam exposuit, hanc nunc adultam sumtibus et labore tuo factam matrimonio coniungi filio desiderantis favere voto convenit. Qui si renitatur, alimentorum solutioni in hoc solummodo casu parere debet*.

(214) VOLTERRA: *Instituciones*, p. 670.

En Derecho romano se ha discutido la verdadera naturaleza jurídica de la frase de PAULO. Para BIONDI (215) es una simple presunción que puede ser desmentida por prueba contraria (ausencia del marido, p. ej.). Considera RIVERO HERNÁNDEZ (216) que, para LANFRANCHI (217), la regla tantas veces mencionada tendría en Derecho romano como base o fundamento: a) la cohabitación entre los esposos; b) la fidelidad de la mujer, y c) el nacimiento en el *tempus legitimum* o plazo legal de gestación. Fundamento que coincide con el que una gran parte de la doctrina moderna asigna a la presunción de paternidad actual. En cuanto a su motivación, cree que sería parecida a la de la presunción muciana (a la que más adelante nos referiremos): evitar que personas ajenas a la familia levantaran contra la mujer sospechas injuriosas y perturbadoras de las relaciones matrimoniales.

No es ajena a la regla "*pater is est*", y a su propio fundamento, la naturaleza del matrimonio romano, tan impregnado del "*liberorum quaerendorum causa* (218)", que forma parte de la esencia íntima del mismo. La cláusula "*uxorem ducere liberorum quaerendorum causa*" distinguía precisamente el matrimonio de otras uniones (reconocidas por el Derecho romano). Recordemos que en el Derecho romano existe un principio jurídico absolutamente inconcebible en el Derecho moderno, que es que la unión entre un hombre y una mujer libres, entre los que existe el *conubium* (219), se presume que es matrimonio (220). Es la voluntad recíproca de los cónyuges, llamada *affectio maritalis*, *consensus*, *mens coentium*, a la que los juristas atribuyen el efecto de hacer surgir el vínculo conyugal (221). La presunción de legitimidad de los hijos, por tanto, estaría basada

(215) BIONDI: *Istituzioni di Diritto Romano*, 4.^a edición, Milán, 1965, p. 601.

(216) RIVERO HERNÁNDEZ: *La presunción...*, cit., p. 183.

(217) LANFRANCHI: *Ricerche*, cit., p. 56.

(218) La fórmula *liberorum quaerendorum causa* se encuentra en Gelio, *Noct. Attic.* 4,3,2, en Ulpiano, 3,3, o en papiros egipcios que contienen documentos matrimoniales redactados entre ciudadanos romanos, y D. 50,16,220,3; C. 5,4,9,2, citados por VOLTERRA: *Instituciones*, cit., pp. 640-641, nota a pie, 12.

(219) El elemento del *conubium* esencial para la existencia del matrimonio romano no tiene lugar en la noción jurídica del matrimonio moderno, y es consecuencia de la concepción jurídica de la personalidad humana en el mundo antiguo, la inexistencia del principio de igualdad entre los hombres y el estar los ciudadanos de cualquier Estado divididos en categorías y clases. El *conubium* es la capacidad que tienen el hombre y la mujer de constituir entre ellos un relación conyugal jurídicamente válida, reconocida por el ordenamiento jurídico. (VOLTERRA: *Instituciones*, cit., p. 642).

(220) D. 23,2,24: *in liberae mulieris consuetudine non concubinitus, sed nuptiae intelligendae sunt, si non corpore quaestum fecerit*.

(221) Esta voluntad recíproca puede manifestarse de cualquier modo y puede verificarse con cualquier medio, sobre todo deduciéndola del modo de vivir y comportarse de los cónyuges entre sí y frente a todos. Bastan los hechos que sirven para demostrar la existencia y la perseverancia de la voluntad recíproca y duradera de los cónyuges de estar unidos en matrimonio.

no en el *tollere* o en cualquier manifestación de voluntad del padre dirigida a ello, sino en la voluntad de contraer matrimonio con una mujer determinada y como consecuencia de ello (222).

C) Los Senado-consultos *De partu agnoscendo*.

Dos Senado-consultos constituyen un importante hito de la presunción de paternidad legítima en Derecho romano. Pertenecientes al siglo II de nuestra era, el primero, el SC Planciano (223) fue dado al parecer bajo Trajano, y se refiere a los hijos nacidos después del divorcio de sus padres. Por su parte, en época de Adriano, aparece un segundo SC semejante al anterior que se refería a los hijos nacidos constante matrimonio (224). Ambos SSCC están en conexión con la obligación de alimentos por parte del padre. La evolución posterior de los mismos desembocó en una disociación de las cuestiones de legitimidad y de obligación alimentaria que originariamente pretendieron resolver.

El SC Planciano señalaba que la mujer que, al divorciarse, se creyera embarazada debía ponerlo en conocimiento del marido en el plazo de treinta días siguientes al divorcio; el marido tenía derecho a mandar los *custodes ventris* designados por él para que vigilaran el embarazo y el parto para evitar una suposición de parto o sustitución del hijo. También podía manifestar que la mujer embarazada no estaba encinta por obra suya. Si no enviaba los *custodes* ni manifestaba que el embarazo no era obra suya, se consideraba que admitía su paternidad (225). Si no lo reconociera, era castigado con pena extraordinaria. En caso contrario, el marido tenía la posibilidad de no reconocer como hijo suyo al hijo de su exesposa; lo mismo pasaba si la mujer no había comunicado su situación de gestante o había rechazado a los *custodes* enviados por el marido. La *denuntiatio* podía hacerla la mujer, o la persona bajo cuya potestad se encontrara, y podía hacerlo al marido, o a la persona de quien éste dependiere.

Hay que tener en cuenta, además de los dos SSCC, una disposición semejante contenida en un rescripto (226) de Marco Aurelio (227). A lo

(222) LANFRANCHI, citado por RIVERO: *op. cit.*, p. 184.

(223) D. 25.3.1 pr.1: *Senatusconsultum, quod factum est de liberis agnoscendis, duas species complectitur, unam eorum, qui agnoscunt, aliam earum, quae falsum partum subiiciunt.*

(224) D. 25.3.3.1: *Quia Plancianum Senatusconsultum ad eos partus pertinet, qui post divortium eduntur, aliud Senatusconsultum temporibus divi Hadriani factum est, ut etiam si constante matrimonio partus sit editus, de agnoscendo eo agatur.*

(225) D. 25.3.1.4: (...) *nisi aut custodes praemisierit, aut contra denunciaverit, non esse ex se praegnantem, cogatur maritus partum agnoscere; et si non agnoverit, extra ordinem coercetur (...).*

(226) Sobre las Constituciones imperiales, CHURRUCÁ: *Introducción*, cit., pp. 190-196.

(227) Recogido en D. 25.4.1 entero. Por su extensión, no lo reproduzco.

largo del título 4 del libro 25 del *Digesto* se recogen distintos supuestos y las soluciones previstas para ello. Sintetizando, se puede decir: en el caso de que el marido sospeche que su mujer, después del divorcio, ha podido quedar embarazada por obra suya, se le autoriza a pedir al pretor que la haga comparecer y la interroge al respecto; y si manifiesta estar encinta, se le aplica lo dispuesto en el SC Planciano (*custodes ventris*); en caso de que lo niegue, el pretor puede ordenar que sea reconocida por tres comadronas (228), y si éstas lo atestiguan, podrá nombrarse *custodes ventris*, siguiendo el tenor del SC Planciano.

Según sean las actitudes de la mujer y su exmarido en las distintas hipótesis, en relación con el SC mencionado, parece deducirse la legitimidad del hijo, y por tanto la paternidad del marido, en caso de silencio, cuando la mujer denunciara su estado de gestación; y en cambio, median-do también la misma denuncia, si el marido negaba ser autor de la gestación, conservaba la posibilidad de desconocer o impugnar la paternidad del hijo. Sin embargo, la posibilidad de impugnar la paternidad no quedaba limitada a esa actitud de negativa previa referida. Juliano concedió también la posibilidad de impugnación al marido, a pesar de lo dispuesto en el SC Planciano, en caso de prolongada ausencia que hiciera inverosímil dicha paternidad (229). También si constare la imposibilidad del marido, por razón de enfermedad o por otra causa, para engendrar (230). Por ello, RIVERO, citando a otros autores, considera que el procedimiento planciano no determinaría ningún estatuto definitivo para el hijo, sino que sólo crearía una presunción de paternidad contra el marido, que éste podría combatir sin gran dificultad (231). Así se haya sometido el marido o no, a las formalidades del SC Planciano, podrá siempre impugnar la paternidad (232). En el ejemplo típico del SC Planciano y al que más se

(228) *Obstetrices* para precisar la existencia o no de un embarazo. Podría decirse que es una prueba pericial. El SC *De liberis agnoscendo* ordenaba ya una *inspectio ventris* que habían de realizar cinco comadronas designadas por el pretor y no por el marido o la mujer (ULPIANO en D. 25,4,1,8; PAULO, 2, 24, 8-10, *FIRA*, *Auctores: Venter inspicietur per quinque obstetrices, et quod maxima pars earum denuntiaverit, pro vero habetur. Obstetricem, quae partum alienum attulit, ut supponi possit, summo supplicio adfici placuit*).

(229) ULPIANO en D. 1,6,6: *Si fingamus abfuisse maritum, verbi gratia per decennium, reversum anniculum invenisse in domo sua, placet nobis Iuliani sententia, hunc non esse mariti filium (...)*.

(230) Continúa D. 1,6,6: (...) *Sed mihi videtur, quod et Scaevola probat, si constet maritum aliquamdiu cum uxore non concubuisse infirmitate interveniente vel alia causa, vel si ea valetudine paterfamilias fuit, ut generare non possint, hunc, qui in domo natus est, licet vicinis scientibus, filium non esse*.

(231) RIVERO: *La presunción...*, cit., p. 186.

(232) Así pues, en el mismo sentido, D. 25,3,1,14: *Idem Iulianus scribit, si uxore denuntiante se praegnatem maritus non negaverit, non utique suum illi partum effici, cogendum tamen alere. Ceterum esse satis iniuriosum ait, si quis longo tempore abfuerit, et reversus uxorem praeg-*

refieren los textos, que es al nacimiento *post divortium*, por regla general parecería no concurrir la presunción de paternidad; la mujer, por medio del procedimiento *ex SC*, consigue, cuando funcione a su favor, invertir la carga de la prueba en cuanto a la legitimidad del nacido, trasladando al marido la carga de probar su no paternidad.

El SC adrianeo, por su parte, plantea algunos problemas de interpretación. Para GLUCK (233) y otros autores, por medio de este SC se habría instaurado la presunción de paternidad constante matrimonio. Presunción que debió existir *ab antiquo*, según LANFRANCHI (234). Por ello, tratándose de un hijo nacido durante el matrimonio de los padres, protegido por la presunción legal de paternidad, el presunto padre habría tenido que rebatirla (prueba en contrario) (235) antes de justificar su negativa a admitirlo.

5. La presunción muciana

Con carácter general, la formación de toda presunción descansa sobre la concurrencia de determinados presupuestos, pero cuando la misma se establece legalmente (se está, por tanto, ante una norma de presunción), tal concurrencia del hecho base establecido por el legislador obliga al juez a la formación de la misma (236). En este sentido hay que considerar que la presunción muciana es una de las presunciones legales recogidas en nuestro ordenamiento.

Lo común a todas las interpretaciones sobre ella es el presumir que determinados bienes en poder de la mujer provenían del marido. Y ésta es la acepción tradicional o romana, basada en un texto que POMPONIO atribuye al jurista QUINTO MUCIO SCAEVOLA (237). Entre los romanistas,

nantem invenerit, et idcirco reiecerit, si quid ex his, quae Senatusconsulto continentur, omiserit, suum heredem ei nasci.

(233) Citado por RIVERO: *La presunción...*, cit., p. 187.

(234) LANFRANCHI: *Ricerche*, cit., p. 46.

(235) *Actori incumbit onus probandi*. PAULO en D. 22,3,2: *Ei incumbit probatio qui dicit, non qui negat*.

(236) Tal y como observa SERRA, en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por ALBALADEJO, tomo XVI, volumen 2, Madrid 1981, pp. 597 y 598.

(237) D. 24,1,51: *Quintus Mucius ait, cum in controversiam venit, unde ad mulierem quid pervenerit, et verius et honestius est quod non demonstratur unde habeat existimari a viro aut qui in potestate eius esset ad eam pervenisse. Evitandi autem turpis quaestus gratia circa uxorem hoc videtur Quintus Mucius probasse*. Confirma esta opinión un rescripto de Alejandro Severo del año 229: *... Nec est ignotum, quod, quum probari non possit, unde uxor matrimonii tempore honeste quaesierit, de mariti bonis eam habuisse, veteres iuris auctores merito credidissent en Codex 5,16,6*. Sobre Quintus Mucius Scaevola Pontifex, véase FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A.: "Sistématica y Ius civile en las obras de Quintus Mucius Scaevola y de Accursio", RJUA, número 6,

y respecto de su significado originario, fue tradicional incidir en que se trataba de una presunción de donación en el matrimonio *sine manu* (238); presunción en la que algunos veían un lógico corolario de la prohibición de donaciones entre cónyuges y otros, una forma de salvaguardar el honor de la mujer ante la posible sospecha de un origen inconveniente o no honorable de la adquisición (239).

Otra interpretación radicalmente distinta ubica originariamente la figura en el matrimonio *cum manu*. En concreto en un ámbito particular, en el de los legados. Cuando el marido hubiere legado a la mujer los bienes que él le hubiese entregado para su uso personal durante el matrimonio, si se suscitase controversia sobre si los bienes en poder de la esposa provenían del marido y, por tanto, integraban el legado, se consideraría así a no ser que se demostrase lo contrario por parte de los herederos del marido (240) (presunción *iuris tantum*, por lo tanto).

A decir de GARCÍA GARRIDO, es mérito de KASER haber precisado los efectos de la *praesumptio*, aplicada sólo en materia de legados en el régimen matrimonial de la *conventio in manum* (241). Y ello sirviéndose de

2002, pp. 57-66, y también el mismo autor en *Juristas universales volumen 1. Juristas antiguos*, dir. por R. DOMINGO, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, SA, Madrid-Barcelona, 2004, pp. 117-121 y ss. (Me gustaría señalar que sobre esta gran obra que consta de cuatro volúmenes: juristas antiguos, juristas modernos, juristas del siglo XIX, juristas del siglo XX, existe una recensión de G. GARCÍA CANTERO, titulada "Derecho, biografía y globalización", Separata de *Revista Jurídica del Notariado*, núm. 54, abril-junio 2005, cuya lectura puede resultar de gran interés.)

(238) Sobre la distinción entre *matrimonium cum manu* y *matrimonium sine manu* hay abundante bibliografía, valgan por todos, VOLTERRA: *Instituciones*, cit., pp. 635 y ss.; IGLESIAS: *Historia e Instituciones*, cit., pp. 515 y 516, con abundante bibliografía a pie de página, notas 1-14, o directamente GAYO 1, 108-115.

(239) Citando textualmente a ASÚA GONZÁLEZ, Clara I.: *La presunción muciana concursal: El artículo 1.442 CC*, Tirant lo Blanch "Colección privado", Valencia 2000, p. 14.

(240) En este sentido, KASER: *Praesumptio muciana en Studi in onore di Pietro Francischi*, Milano, 1956, volumen I, pp. 215 y ss.; GARCÍA GARRIDO: *Ius uxorium. El régimen patrimonial de la mujer casada en el Derecho romano*, Roma-Madrid, 1958, pp. 119 y 120, o también del mismo autor *El patrimonio de la mujer casada en el Derecho civil, I, La tradición romanística*, CEU Ramón Areces, Barcelona 1982, pp. 93 y 94.

(241) Ya DUMONT: *Les donations entre époux en droit roman*, París, 1928, pp. 212-213, número 3, sostuvo que la célebre presunción de Q. Mucio fue formulada expresamente para los legados de parata, deduciéndolo de la *sedes materiae*, si bien añade que luego recibió una aplicación más general, extendiéndose a las donaciones entre cónyuges. Los legados de parata (*quae uxori empti paratave sunt*, diríamos legado de cosas de uso) consistían en las cosas de uso que el marido le había destinado durante el matrimonio (sobre los distintos bienes a que se refería discutieron los jurisconsultos). El fundamento de estos legados es diferente en el régimen de matrimonio libre que en el de la *conventio in manum*; en este último se dispone por medio de legado a favor de la mujer, del peculio que le había sido entregado para su goce y administración. En el otro caso (matrimonio en el que la mujer era *sui*), y como consecuencia del régimen de separación de bienes, se observaba la prohibición de donar, por lo que el marido sólo podía entregar a la mujer bienes para su uso; a partir de la Oratio Antonini, si le

la reconstrucción llevada a cabo por LENEL (242), de la que deduce que QUINTO MUCIO se refería a aquellos casos en que el marido había legado a la mujer *vas vel vestimentum aut quippiam aliud, quod eius causa emptum paratumve esset*. En los frecuentes supuestos de legado a la mujer *in manu* de los bienes que a ella se destinaron durante el matrimonio, y que ella dedicaba a su uso personal, la mujer si debía accionar con la *rei vindicatio* (*actio reivindicatoria*) o con la *actio ex testamento*, por estar los bienes en poder del heredero, debía probar el fundamento de la acción y, por ello, el contenido del legado y los bienes en él comprendidos, o los que habían sido comprados mediante la venta de aquéllos. Siendo necesaria la prueba de la procedencia de esos bienes, y de que habían sido efectivamente entregados por el marido, ocurriría que habrían de llevarse ante el juez las íntimas circunstancias de la vida familiar o también que, no pudiendo probar la mujer que una determinada adquisición se había efectuado con el conocimiento y aprobación del marido, como exigía la austeridad de las antiguas costumbres, recayese la sospecha de que las cosas habían sido adquiridas de manera no digna y honorable, granjeadas por relaciones ilícitas. Para librar a la mujer de esta carga de la prueba, que podía ser particularmente penosa y embarazosa, QUINTO MUCIO acude al medio de invertir la carga de la prueba, y era entonces el heredero del marido el que, en caso de oposición, debía probar que la mujer había recibido estas cosas de procedencia extraña, sin el consentimiento del marido, o que ellas no estaban comprendidas en el legado, según las intenciones del testador (243).

La aplicación de la *praesumptio muciana*, para KASER, se limitó al caso del matrimonio en el originario régimen de la *conventio in manum*, en el que todas las cosas usadas por la mujer, que no podía tener bienes propios (igual que el hijo), debían estimarse procedentes del marido, pero no pudo aplicarse al matrimonio *sine manu*, en donde la mujer, si era *sui iuris*, las cosas podían proceder de una forma particular de adquisición y si *era alieni iuris* (*filia familias*) podían haberle sido entregadas por el padre. Poco tienen en común estos lejanos puntos de partida con la actual llamada presunción muciana; la única conexión es considerar que los bienes provienen del marido. Pero también ahí está una diferencia que conviene resaltar, y es que en un caso se presumía un trasvase patrimonial (donación)

hacía donación de algo, sólo tendría validez *post mortem*. Con anterioridad a la *Oratio Antonini*, lo que se entregaba a la mujer tenía eficacia jurídica mediante el legado. (D. 30, 109 pr.).

(242) LENEL: *Palingenesia* I, p. 739, número 4. Hace seguir el fragmento ya citado de QUINTO MUCIO en el comentario de Pomponio al libro quinto del jurista republicano, D. 34,2,10. Léase entero.

(243) KASER: *Praes. Muciana*, en *Studi De Francisci*, I, Milano, 1956, p. 224; GARCÍA GARRIDO: *El patrimonio de la mujer casada*, cit., pp. 94 y 95.

del marido a la mujer, y en el otro se partía del mantenimiento de la titularidad del marido aunque el uso correspondiera a la esposa. La insistencia a lo largo del tiempo en la finalidad protectora del honor de la esposa —*verius et honestius est*—, no sólo como posible origen de la misma, sino como fundamento permanente, forma una situación paradójica: para salvar su honor se vería perjudicada patrimonialmente en beneficio de su marido. La razón de ser estriba en que el campo en que se situó la presunción fue el de la disputa entre la mujer y el marido o los herederos de éste en torno a la pertenencia de determinados bienes; bienes que eran poseídos, detentados por la mujer, y que ella pretendía como propios. Siendo así, la muciana viene a operar como un mecanismo para atraer bienes a la esfera del marido. Esta atracción se realiza bien presumiendo que el objeto en cuestión procedía de donación (nula, por estar prohibidas las donaciones entre cónyuges) del marido, o bien presumiendo directamente que el objeto es de su propiedad (244). Pero no es posible descartar un posible origen autónomo conectado a la situación de prevalencia jurídica y económica del marido. En este sentido, ya KIPP y WOLFF pusieron de manifiesto cómo los Derechos particulares alemanes, que en su mayoría permitieron las donaciones entre cónyuges, sin embargo, aceptaron la presunción de propiedad del marido respecto de las cosas poseídas por uno de los cónyuges (245).

SEGUNDA PARTE: DERECHO HISTÓRICO ESPAÑOL (246)

1. La presunción de paternidad

En general, el valor de las presunciones de hecho (*hominis*), también llamadas “de indicios”, suscita gran reserva, por lo que nuestro Derecho histórico recogido en Las Partidas no las admite en cuestiones criminales, salvo en cosas señaladas, y en Aragón, aunque se introduce a través de los juristas y se otorga cierto valor en las Observancias, no constituyen prueba plena, y por ello el hurto probado por indicios no puede ser castigado con pena de muerte o mutilación. La Codificación la acepta como una prue-

(244) ASÚA GONZÁLEZ: *La presunción muciana*, cit., p. 15.

(245) KIPP y WOLFF, en ENNECCERUS, KIPP y WOLFF: *Tratado de Derecho Civil*, IV-1.º, *Derecho de Familia*, traducción de GONZÁLEZ y ALGUER: Barcelona, 1953, p. 322.

(246) Una evolución histórica sobre el Derecho procesal en general puede consultarse en LALINDE ABADÍA: *Iniciación histórica al Derecho español*, 2.ª edición actualizada, Ariel, Barcelona, 1978, pp. 881-944. Sobre la prueba, pp. 909-917.

ba supletoria, a la que no cabe acudir cuando se puede recurrir a otras pruebas. Las presunciones de derecho, para LALINDE (247), no constituyen en realidad un medio de prueba, sino una dispensa de la carga de la prueba, coincidiendo en este punto con la doctrina actual sobre las mismas (248).

Respecto a las presunciones en particular, y en concreto sobre la presunción de paternidad, hay que decir que nuestro Derecho histórico tiene muy pobres referencias (249) tanto en los Fueros y Leyes antiguos como en los Proyectos y Códigos modernos.

En la *Lex Romana Wisigothorum* encontramos una referencia indirecta a la presunción de paternidad (250). Esta ley, como se sabe, recoge fragmentos de obras de juristas clásicos a los que suele acompañar una *interpretatio* (251), que es lo único que podría tenerse por original (252). Entre los fragmentos de las Sentencias de PAULO que recoge (253) la quinta y siguientes, se refieren al caso de la mujer que se crea embarazada al divorciarse, que ya se había regulado en el SC Planciano y cuyas soluciones y previsiones nos transmite (254).

Sent. 5: *Si mulier divortio facto, gravidam se sciat, intra trecesimum diem viro denuntiare debet aut patri eius, ut ad ventrem inspiciendum observandumque custodes mitant: quibus missis, partum mulieris omnimodo coguntur agnoscere.*

(247) LALINDE: *op. cit.*, p. 914.

(248) Tal y como se verá en el apartado relativo al Derecho actual.

(249) RIVERO: *La presunción...*, cit., p. 195.

(250) Dada por Alarico II, rey de los Visigodos, hacia el 506. Redactado al parecer por una Comisión de juristas y nobles y aprobado en Aduris (Francia) por una asamblea de Obispos y Provinciales (Galo SÁNCHEZ: *Curso de Historia del Derecho*, Madrid, 1949, p. 43). Si no es una ley española, sí al menos hispano-visigoda.

(251) La *interpretatio* fue una interesante producción literaria de juristas posclásicos afectados por el vulgarismo dominante en Occidente en esa época. Conocido este género literario a través de la LRW, a continuación de cada constitución imperial del C. Th. y de cada fragmento de las Sentencias de Paulo (PS) tal y como fueron reproducidas en la LRW del año 506, aparece con el epígrafe de *interpretatio* una explicación en la que con otras palabras se reproducen las ideas contenidas en la constitución o en el fragmento correspondiente. Se ha discutido si las *interpretationes* tal y como hoy se conocen fueron compuestas por los compiladores de la LRW o si eran anteriores a ella y constituyan un sencillo comentario continuo al Código Teodosiano y a las Sentencias de Paulo, utilizado con retoques y modificaciones por los compiladores visigodos. En todo caso constituyen una de las fuentes de conocimiento fundamentales del Derecho romano vulgar occidental (CHURRUCA: *Introducción histórica*, cit., p. 253).

(252) Sobre el Derecho Romano Visigodo, véase FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A.: *Derecho Público Romano, Recepción, Jurisdicción y Arbitraje*, 8.^a edición, cit., pp. 280-281.

(253) Sólo recordar, como se sabe, que las PS son una breve exposición del Derecho romano, y se discute si fue el mismo Paulo quien lo hizo o un anónimo de principios de la época posclásica (fin del siglo III) utilizando materiales de Paulo. Véase FIRA, *Auctores*, Florencia, 1940.

(254) PS, FIRA, *Auctores*, libro 2, título 24, sent. 5 y ss.

Interpretatio: *Si quaecumque mulier matrimonium per divortium dissoluto, praegnantem se esse senserit, et hoc in notitiam mariti vel patris eius detulerit, ut ad inspiciendum vel observandum ventrem suum custodem mittant: quem dum miserint, partum mulieris, id est, nativitatem sui heredis compelluntur agnoscere.*

Sent. 6: *Si praegnantem se muliere esse non denuntiaverit...*

Sent. 7: *Si mulier se ex viro praegnatem neget, permittitur marito ventrem inspicere et ventri custodes dare* (255).

Hay que pasar al *Fuero Juzgo* (256) y a los *Fueros Municipales* para encontrar alguna referencia a la presunción de paternidad. En estos ordenamientos falta una regla que diga quién es el padre del hijo engendrado o nacido en matrimonio. Existe una cierta preocupación por el problema de la paternidad, pero en relación con el destino de la herencia de quien al morir dejare esposa embarazada y la protección de los intereses del *nasciturus*. En realidad, en un principio, el derecho se inmiscuye en las relaciones familiares sólo cuando hay intereses económicos. Hacen falta muchos años de desarrollo de las instituciones y declaraciones de principios para que los individuos, en este caso los hijos, tengan algún tipo de protección particular. Por el mismo motivo, también regularon con especial previsión y cuidado la situación de la viuda encinta, prohibiéndole el matrimonio en cierto plazo; prohibición que se justifica para evitar los problemas de confusión de sangre o conflicto de paternidades del posible hijo (257). Igualmente sucede en otros cuerpos legales hispanos medievales y posteriores.

(255) *Legis Romanae Visigotorum. Fragmenta ex Codice Palimpsesto*, ed. Real Academia Española de la Historia, Madrid, 1896, p. 399.

(256) El *Fuero Juzgo* de Recesvinto es considerado por la mayor parte de la doctrina como el primer código de la nación española, en el que se intenta armonizar el Derecho romano y el Derecho germano-visigótico, de forma armónica y útil para los ciudadanos, FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A.: *Derecho Público Romano*, cit., p. 281.

(257) Como en Derecho romano: *tempus, annus lugendi*. El plazo, que era de diez meses siguientes a la disolución del matrimonio por muerte del marido, fue ampliado por Justiniano a un año, y se aplicó también a los supuestos de divorcio. Su fundamento no descansaba en razones sentimentales, sino para evitar dudas en torno a la paternidad, por mezcla de sangre (*turbatio sanguinis*), y, por ello debe cumplirse, dice Ulpiano, aunque el marido por su conducta no merezca ser llorado. De ahí las afirmaciones de Paulo: Los maridos no están obligados a guardar luto por sus mujeres –*uxores viri lugere non compelletur*–, y no hay luto de esposo –*sponsi nullus luctus est*–. Por otra parte, cesaba si la mujer, antes de ese tiempo, diera a luz, según Pomponio, al que invoca Ulpiano y cuya opinión comparte: la que hubiera dado a luz dentro del tiempo de luto puede desde ese momento casarse –*quae intra legitimum tempus partum ediderit statim posse nuptiis se collocare*–. Sobre *turbatio sanguinis* y *tempus lugendi*, véase, VIR (*Vocabularium Iurisprudentiae Romanae*) 5, 1114; también, GUTIÉRREZ-ALVIZ Y ARMARIO, F.: *Diccionario de Derecho Romano*, 3.ª edición, Reus, SA, Madrid, 1982; recientemente TORRENT, A.: *Diccionario de Derecho Romano*, Edisofer, SL, Madrid, 2005. Directamente las fuentes: Numa 10 en *FIRA, Leges*, y PLUTARCO: Numa 12; sólo se encuentra *turbatio sanguinis* en D. 3,12,11,1: *Et si talis sit maritus, quem more maiorum lugeri non oportet, no posse eam nup-*

Hay referencias en el Fuero Juzgo a los *hijos legítimos* en el libro III, título IV, Ley 1, hijos que no define, ni señala criterio de distinción, pero que en todo momento aparecen vinculados al matrimonio. Para el caso del hijo póstumo, prevé:

... *E por ende establescemos que si el marido muriese, e dexa la muier preñada, el fijo que nasciere después sea heredado egualmientre en la buena del padre con los otros fijos...*

Y en el libro IV, título II, Ley 20: *El rey Don Flavio Rescindo: de los que nascen después de la muerte del padre* (258).

También se alude a la viuda que se casa con otro antes de que pase el año:

Si la mugier después de muerte de su marido se casa con otro ante que cumpla el anno, o fiziere adulterio, la meetad de todas sus cosas reciban los fijos de ella e del primero marido (lib. III, tit. II, Ley 1) (259).

En los Fueros Municipales no se encuentra otra referencia que la relativa a los hijos nacidos después de la muerte del marido, tiempo en el que la mujer no puede contraer nuevo matrimonio, y también medidas a adoptar a favor del hijo concebido.

En unos casos, la disposición se limita a prohibir a la viuda que case de nuevo en el plazo de un año (260), en otros se ordenan medidas a tomar en defensa de los intereses del hijo que nazca de la viuda que queda encinta; particularmente interesante es que en estos Fueros se cita el plazo de nueve meses, tenido de antiguo como duración media de la gestación (261).

Así pues, la hipótesis general de expectativa dura hasta que transcurran nueve meses desde la muerte del padre o hasta el nacimiento del hijo, si éste tiene lugar antes del transcurso de esos nueve meses [que es el tiempo que se exige en los fueros citados para que entre en juego la presunción de paternidad, que será el fundamento del derecho hereditario del hijo (262)].

um intra legitimum tempus collocari; Praetor enim ad id tempus se retulit, quo vir elugeretur; qui solet elugeri propter turbationem sanguinis (la negrita es mía); C. 5,9,1,2: sobre la infamia a la que está sujeta la mujer que contrae segundas nupcias sin esperar el tiempo de luto.

(258) *Fuero Juzgo*, ed. De la Real Academia Española, Madrid, 1815.

(259) Ed. cit.

(260) *Fueros de Salamanca y Zamora*, Ed. De Américo Castro y F. de Onís, Madrid, 1916, citado por RIVERO: *La presunción...*, p. 198.

(261) Así, los *Fueros de Teruel, Cuenca, Zorita de los Caños, Béjar, Plasencia, Brihuega*, en las Ediciones citadas a pie de página por RIVERO: *op. cit.*, p. 198. Hay algún Fuero, como el de Soria, donde no se hace mención de plazo alguno dentro del que tenga que nacer el hijo para ser considerado como del marido, deduciendo la legitimidad del embarazo de la mujer al fallecimiento del marido; cita, en cambio, el plazo de nueve días a modo de requisito de viabilidad.

(262) MALDONADO: *La condición jurídica del nasciturus en el Derecho español*, Madrid, 1946, p. 127, citado por RIVERO: *La presunción...*, p. 199.

En la misma línea se encuentra el Fuero Real de Alfonso X, hacia 1255 (263), donde se contempla la prohibición de volverse a casar la viuda en el plazo de un año (lib. III, tít. I, Ley 13):

Ninguna muger viuda se case del día que muriese su marido, fasta un año cumplido: e si ante casare sin mandato del Rey, pierda la meytad de cuanto obiere...

Y el caso de la viuda que quedare encinta a la muerte de su marido (lib. III, tít. VI, Ley 3):

Si el que muriese dexare su muger preñada, e no hobiere otros fijos, los parientes más propincuos del muerto en uno con la muger escriban los bienes ante el alcalde: e téngalos la muger e si después nasciere fijo, o fija, e fuere bautizado, haya todos los bienes del padre... (264).

Es sin duda en *Las Partidas* (265) donde puede encontrarse la más completa regulación de esta materia hasta las Leyes, Proyectos y Códigos de nuestro siglo XIX español. La influencia del Derecho romano se manifiesta en la transcripción casi literal de algunas disposiciones, particularmente las que se refieren a plazos máximo y mínimo de gestación. No en vano Díez-Picazo ha llegado a decir que *Las Partidas* constituyen una versión en román paladino de la Compilación justiniana (266).

En este cuerpo legal aparece por primera vez (267) una definición legal de hijo legítimo: *fijo legítimo, tanto quiere decir como el que es fecho segun Ley; e aquellos deuen ser llamados legítimos, que nascen de padre, e de madre, que son casados verdaderamente, según manda Sancta Iglesia* (Part. 4, tít. 13, Ley 1.^a). En esta misma Ley se dispone la legitimidad de los nacidos de matrimonio putativo.

También aparecen las primeras referencias claras y explícitas a la presunción de paternidad legítima: *... los fijos que nascen de las mugeres casadas, viviendo de consuno con sus maridos, son tenidos ciertamente por fijos de ellos* (Part. 4, tít. 2, Ley 7.^a).

Quizá nunca desde la célebre regla pauliana hasta las modernas codificaciones, se había hablado en un cuerpo legal con tanta claridad y precisión de la paternidad del marido. En opinión de RIVERO, la fórmula alfonsina referida es superior a la máxima romana. Y en la Partida 4, tí-

(263) Téngase en cuenta que el Fuero Real estaba inspirado en un fuero municipal castellano, el de Soria, cuyas disposiciones pasan a aquél íntegras muchas veces (SÁNCHEZ, G.: *Curso de Historia del Derecho*, cit., p. 80; LALINDE ABADÍA: *op. cit.*, p. 195).

(264) Como se ve, transcripción, casi literal, del Fuero de Soria.

(265) Sobre la relevancia del conocimiento y aplicación del Derecho Romano en Castilla a través de *Las Partidas*, FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A.: *Derecho público romano*, cit., pp. 282 y ss.

(266) Citado por FERNÁNDEZ DE BUJÁN: *op. et loc.* últimamente cit.

(267) RIVERO: *La presunción...*, p. 200.

tulo 23, Ley 4.^a, tras señalar los plazos máximo y mínimo de gestación, dice refiriéndose al hijo que nazca dentro de esos márgenes (*en el seteno mes después del matrimonio, y dentro del décimo a partir de la muerte del marido*): *e se entiende que es de su marido, maguer en tal tiempo sea nacida; ... E debe ser tenuta tal criatura por legítima, del padre e de la madre, que eran casados, e biven en uno, a la sazón que lo concibió.*

Las Partidas también prohíben el matrimonio de la viuda encinta, en el plazo de un año después de la muerte del marido, aunque lo autoriza, sin embargo, a la desposada que no consumó el matrimonio:

Partida 4, título 13, Ley 3: *Si el esposo muriese antes que el matrimonio fuese cumplido, puede casar sin pena, quando quisiere; también puede desposarse la viuda antes de un año, con tal que non cumpla el matrimonio.*

Por otra parte, si se exceptúan dos aislados pasajes de Las Partidas, no consta ningún otro texto legal español en que se aluda directamente a la presunción de paternidad legítima o a una regla de atribución de paternidad al marido. Veamos:

Partida 4, 2, 7: (...) *los fijos que nascen de las mugeres casadas, viviendo de consuno con sus maridos, son tenidos ciertamente por fijos de ellos.*

Partida 4, 23, 4: (...) *si desde el día de la muerte de su marido fasta diez meses pariesse su muger, legitima seria la criatura que nasciese, e se entiende que es de su marido (...) e debe ser tenuta tal criatura por legítima, del padre, e de la madre, que eran casados, e biven en uno, a la sazón que lo concibió.*

La Ley 9.^a (Part. 4, 14, 9) alude a la imposibilidad física de cohabitación.

Las recopilaciones posteriores apenas tratan de esta materia, ni del Derecho de Familia en general. Las Leyes de Toro, sin embargo, constituyen un hito en materia de filiación por introducir en el Derecho español un nuevo concepto y definición de hijo natural; se refiere al parto natural y legítimo precisamente de modo indirecto, pues regula cuál no lo es.

La doctrina casi ha ignorado la presunción de paternidad. Suele hablarse de presunción de legitimidad, de impugnación de legitimidad... pero apenas se alude a la presunción de paternidad legítima, cuestión en la que se centra casi toda la problemática sobre la filiación legítima. No se encuentran trabajos doctrinales al respecto, a excepción del profesor RIVERO, al que se está constantemente haciendo referencia (268). Se advierte un vacío del Derecho español sobre este tema (269).

(268) RIVERO HERNÁNDEZ: *La presunción de paternidad legítima*, cit. Ciertamente la bibliografía especial señalada por el autor en las pp. 551-562 es, en su mayor parte, extranjera.

(269) Es realmente sorprendente cómo a lo largo de los siglos XVI y XVII autores como Gregorio LÓPEZ o COVARRUBIAS ignoren estas cuestiones. Se dan por sobreentendidos estos

Llegamos así a la época de la Codificación española, donde el Proyecto de Código de 1851 habría de sentar las bases de la actual legislación. El artículo 101 de ese proyecto pasó íntegro y literalmente a la Ley de Matrimonio Civil de 1870 (art. 56), de ésta al Proyecto de 1882-1888 (art. 87), y de ahí, con la misma redacción, al artículo 108 del CC (antes de la reforma actual). Parecida trayectoria ha seguido el 109 (también modificado actualmente), cuyo precedente estaba en Las Partidas (270). Sólo la regulación de los hijos concebidos antes del matrimonio variaba un poco, pero sólo en la redacción, el concepto y la cuestión de fondo permanecían igual (art. 110 CC: hoy modificado). Sobre ellos no se ha encontrado referencia en ninguno de los cuerpos legales históricos aludidos. El artículo 104 del Proyecto de 1851 señalaba, copiando del 314 del *Code* francés, que le sirvió de modelo, que: “el marido no podrá desconocer la legitimidad...: 1.º si supo antes de casarse... 2.º ... 3.º ...”. El artículo 58 de la Ley de Matrimonio Civil de 1870 decía: “se presumirá ilegítimo el hijo nacido en los 180 días siguientes..., a no ser que concurriere alguna de las circunstancias siguientes: ...”. De ahí pasó al artículo 89 del Proyecto de 1882-1888 y adquirió la forma definitiva en el artículo 117 (271).

En el caso de los hijos nacidos después de los trescientos días siguientes a la disolución del matrimonio, se reguló desde el Proyecto de 1851 (art. 103) (272) la posibilidad de justificación de paternidad del marido si la realidad de los hechos (raros) no coincidiera con la presunción legal sobre plazos máximo o mínimo de gestación (273).

En la actualidad esta materia ha sido totalmente reformada por la Ley 11, de 13 de mayo de 1981, sobre todo teniendo en cuenta la Cons-

conceptos (legitimidad, hijos legítimos), sobre los que no profundizan, analizando, sin embargo, otras cuestiones, como la legitimidad de los hijos de infieles que se convierten al cristianismo, o de los nacidos de matrimonio nulo contraído de buena fe, o de la legitimación por subsiguiente matrimonio. Silencio absoluto en cuanto a la paternidad y sus problemas (RIVERO: *La presunción...*, cit., p. 204).

(270) Fue el artículo 102 del Proyecto de 1851, el 57 de la Ley de Matrimonio Civil y el 88 del Proyecto de 1882.

(271) Téngase en cuenta la reforma del CC en esta materia, llevada a cabo por Ley 11/81, de 13 de mayo. También por su importancia, en relación con los derechos de los menores, la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de septiembre de 1989 y también a efectos de determinación de la filiación los artículos 5-10 de la Ley 35/1988, de 11 de noviembre, sobre técnicas de reproducción asistida, a su vez modificada en algunos aspectos por la Ley 45/2003, de 21 de noviembre. Véase sobre la reforma RIVERO HERNÁNDEZ: “Comentarios...”, en *Comentario del Código Civil del Ministerio de Justicia*, cit., pp. 428-460, y RIVERO HERNÁNDEZ, en LACRUZ, SANCHEZ, LUNA, DELGADO, RIVERO y RAMS: *Elementos*, IV, cit., pp. 420-538.

(272) Copiado también del 315 francés.

(273) Exposición de Motivos de la Ley de Matrimonio Civil de 1870.

titución de 1978 (274). La reforma de los antiguos textos, tal y como observa la Exposición de Motivos del Proyecto de ley de reforma del CC en esta materia, se separa de la regulación del *Code*, y se acerca a nuestro Derecho histórico, más consecuente con la búsqueda de la verdad biológica en relación con la determinación de la paternidad y más abierto en cuanto a los deberes naturales de los progenitores (275). Impera ahora una concepción más realista, con eficaz preocupación por la total igualdad de los hijos; por la paternidad/maternidad verdadera y la realidad biológica, y por la coincidencia de ésta con la relación jurídica en cuanto sea posible; en la posibilidad de la investigación de cualquier paternidad (maternidad); en la admisibilidad de toda clase de pruebas, incluidas las biológicas, y los pleitos sobre filiación, con la excepción de hijos nacidos de técnicas de PMA.

2. La presunción muciana

Se observa en el derecho de Partidas que:

“... quando el marido muere, e fallan dineros, e ropa, e otras cosas en poder de su muger, que solía beuir con el, e pedían los herederos aquellas

(274) El artículo 14: los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento...; y el artículo 39: 1. Los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia. 2. Los poderes públicos aseguran, asimismo, la protección integral de los hijos con independencia de su filiación, y de las madres, cualquiera que sea su estado civil. La ley posibilitará la investigación de la paternidad. El artículo 10.2 establece que las normas relativas a los derechos fundamentales... se interpretarán de conformidad a la Declaración Universal de Derechos Humanos y los Tratados y Acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España.

(275) En este sentido, en la línea seguida por el TS y la DGRN, “adaptándose a las exigencias de una realidad social cada vez más profundamente mudada en relación a la del tiempo pasado, tanto por los valores cuya prioridad se ha ido reconociendo e imponiendo, como por los conocimientos biológicos alcanzados, que tan eficazmente pueden cooperar a la determinación de una paternidad cuestionada y a excluirla con certeza en algunos casos”, SANCHEZ, en LACRUZ y SANCHEZ REBULLIDA: *Elementos de Derecho Civil IV, Derecho de familia*, Bosch, Barcelona, 1982, p. 598. “La reforma de los antiguos textos –concluye la Exposición de Motivos–, aconsejada por la que se observa en el Derecho comparado, se ha hecho ineludible en estricto cumplimiento del mandato constitucional (art. 39.2 CE)”.

En cuanto a la reforma, la mejor referencia es a RIVERO HERNÁNDEZ: “La filiación”, en *La reforma del Derecho de familia del Código Civil español*, dir. por LACRUZ, Madrid, 1979, pp. 99-144; del mismo autor, *Comentarios del Ministerio de Justicia*, 1991, cit. También CASTÁN: V-2.º, 1995 (puesta al día por GARCÍA CANTERO). Sobre las reformas en el Derecho comparado, puede verse, en general, GARCÍA CANTERO: *¿Qué familia para el siglo XXI?*, ponencia presentada por el autor en el Congreso Internacional de Derecho Comparado celebrado en Brisbane (Australia) en 2002, sobre todo pp. 40-61 (y Congreso de Derecho Comparado de Upsala, 1966, y de Teherán, 1974), publicada en *Revista de Derecho Comparado*, número 9, 2004, Rubinzal-Culzoni editores, Buenos Aires.

cosas en nome del finado, si la muger negare en juycio que aquellas cosas non eran de su marido, e las razones por suyas, o que ha algund derecho en ellas, tenuta es de lo prouar: si desto non pudiere dar prueua verdadera, deuen ser entregados todos aquellos bienes o a los herederos del finado. Et esto touieron por bien los Sabios antiguos por esta razon: porque sospecharon, que toda cosa que fallasen en poder de la muger, que era de los bienes del marido, fasta que ella mostrasse lo contrario: porque mas guisada razon es de sospechar, que poner dubda en los coraçones de los omes, que ella los ouiesse ganado de mala parte. E esto de deue entender de aquellas mugeres, que non vsan arte, o menester, de que lo puedan ganar honestamente: mas si tal arte vsan, tenemos por bien, que non sea desapoderada de aquellos bienes que ella dize, que assí ganó; e deuen ser oydas las razones della, e de los herederos, en la manera que mandan las otras leyes deste nuestro libro, que fablan en esta razon” (Part. 3, tít. 14, Ley 2.^a):

Al margen de servir la muciana para resolver conflictos relativos a la titularidad de los bienes detentados por la mujer (como ya se ha visto anteriormente al tratar del Derecho romano), su virtualidad se extiende también a aquellos casos en los cuales la mujer pudiera acreditar la adquisición onerosa de tercero, ya que en tal caso se va a presumir que provienen del esposo los bienes utilizados para el pago.

Ciertamente, en el Derecho común, parece que los supuestos se refieren a este caso de adquisición externa por parte de la esposa. Y así, presumiéndose desde siempre que la contraprestación proviene del marido, el objeto de discusión fundamental radicó en decidir sobre qué habría de recaer la restitución, si sobre el bien adquirido, o sobre el dinero presuntamente prestado. Esta última fue la solución adoptada por el Derecho histórico (276).

Vinculada al Derecho romano, los ecos de la presunción muciana fueron progresivamente amortiguados. La presunción difícilmente resultaba compatible con el régimen económico matrimonial de comunidad de bienes gananciales (277). Así, en la Ley 203 de las de Estilo (Novísima Recopilación, 10, 4,4), que es el antecedente del originario artículo 1.407 del Código Civil –hoy art. 1.361 (278)– se establecía:

(276) En este sentido, DELGADO, tal y como se observa en sus citas a textos de MENOCHIO, BALDO, BARTOLO, FONTANELLA, CANCER y XAMMAR, en *El régimen matrimonial de separación de bienes en Cataluña*, Madrid, 1974, pp. 170 y ss., y PARA: *Presunción muciana y nulidad de donaciones entre cónyuges en Cataluña*, Barcelona, 1981, pp. 21 y ss.

(277) Sobre el régimen de comunidad de bienes, y la dificultad de encontrar ese régimen económico puro, véase desde el punto de vista del Derecho histórico, LALINDE: *Iniciación histórica*, pp. 724-429.

(278) Se presumen gananciales los bienes existentes en el matrimonio mientras no se pruebe que pertenecen privativamente a uno de los dos cónyuges (art. 1.361 CC actual). Presunción

“Como quiera que el Derecho diga, que todas las cosas que han marido y muger, que todas se presumen ser del marido, hasta que la muger muestre que son suyas; pero la costumbre guardada es en contrario, que los bienes que han marido y muger, que son de ambos por medio, salvo los que probare cada uno que son suyos apartadamente; y así mandamos que se guarde por ley.”

Su vinculación a regímenes separatistas, y su desuso, hicieron que no fuese mencionada en las Codificaciones (279) incluso en aquellos casos, como el italiano, en los que el régimen establecido fue de separación (280). Algún vestigio puede verse en el § 1362 *BGB*, aunque modificado, ya que se establecía a favor, no del marido, sino de los acreedores del mismo, considerándose que eran de éste los bienes muebles y el dinero que estuviesen en posesión de la esposa.

También, y con la misma finalidad de protección de los intereses crediticios, se observa la presunción establecida en el artículo 547 del *Code du Commerce* de 1807: los medios utilizados por la esposa del comerciante quebrado al realizar una adquisición pertenecían al marido.

Esta presunción, que partía ya de una adquisición onerosa por parte de la esposa, recibió el nombre de muciana concursal, con lo que se ve restringido el campo de la aplicación de la antigua presunción muciana de origen romano. Esta *presunción muciana concursal* se extenderá a otros ordenamientos y es la figura que se puede poner en relación con la del artículo 1.442 del CC. La falta de acogida de la presunción muciana en las codificaciones (salvo ese débil rastro que se perfila en el *BGB* y el *Code du*

de ganancialidad *iuris tantum* es la contenida en este artículo. Esta norma implica una alteración de las reglas ordinarias de la prueba, ya que, en virtud de la doctrina de la carga de la prueba, el que alegara la ganancialidad de un bien sufriría las consecuencias de la falta de prueba si no lograba probarlo; en virtud de esta presunción, no necesita probarlo; siempre se presumirá que es ganancial un bien que existe en el matrimonio –vigente el régimen de gananciales– mientras no se pruebe que es privativo (O'CALLAGHAN: *Código Civil comentado y con jurisprudencia*, 2.ª edic., Madrid, 2001).

(279) De la misma manera y para el derecho francés, PLANIOL, en RIPERT: *Traité de Droit Civil français*, IX, *Les régimes matrimoniaux*, París, 1960, pp. 417, 418 y 516 y ss., se señala que tras la entrada en vigor del *Code*, la presunción muciana que había estado en vigor en las regiones sometidas al régimen dotal continuó alegándose en el sur. Ante ello, la Corte de Casación la aceptó en algunas decisiones como *presunción de hecho*, pero finalmente se terminó por rechazar toda idea de presunción al respecto.

(280) En palabras de ASÚA GONZÁLEZ: *La presunción muciana*, cit., p. 17. La autora previene que un rastro de la misma aún subsiste en el § 1362 del *BGB*. Cfr. WACKE, en *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, V, *Familienrecht*, 1, München, 1993, p. 312, citado por la autora. En virtud de la *Gleichberechtigungsgesetz*, de 18 de mayo de 1957, se modificó el precepto en el sentido de operar la presunción a favor de los acreedores de cualquier cónyuge y en contra de cualquiera de ellos.

commerce), sin embargo, de *facto*, no supuso el abandono de la misma (281).

Resumiendo, la presunción muciana en Castilla fue recogida por Las Partidas, pero la costumbre se pronunció contra ella y a favor de la presunción de gananciales (Ley 203 de Estilo), hasta que, por fin, en 1566 se elevó esta última al rango de Ley (282). Su vigencia en las llamadas regiones de Derecho romano quedó reducida a Cataluña, ya que el artículo 3, párrafo 3, de la Compilación de Baleares la suprime para esta región foral, y lo mismo hace la Ley 103, letra c), de la Compilación navarra, cuando se pacta el régimen de separación (283).

TERCERA PARTE: DERECHO ACTUAL

1. Notas de carácter general. El antiguo artículo 1.251 del Código Civil

De manera formal cabe decir que en el antiguo artículo 1.251 del Código Civil se establecía de manera clara el valor probatorio de las presunciones (284), y ello tal y como se desprendía al estar incluido en una de las secciones del capítulo V que llevaba por título: *De la prueba de las obligaciones* (285).

(281) Sobre el tema, ASÚA GONZÁLEZ: *La presunción muciana*, cit., p. 15.

(282) Con la codificación desaparece del Derecho civil, pero hace su aparición en los códigos de comercio, en el supuesto de quiebra del marido (VIRGILI SORRIBES: "Proyección de la presunción muciana", en AAMN, t. X, Madrid, 1959, pp. 247-353, citado por GARCÍA CANTERO en CASTÁN V, 1, 12 edic., p. 811, en nota a pie).

(283) Ley 103, c): Se presumirá la copropiedad de marido y mujer sobre aquellos bienes muebles cuya pertenencia privativa no conste.

(284) El tema de las presunciones ha sido poco tratado en la doctrina patria (fuera de las obras de civilistas o procesalistas de carácter general sólo se encuentran las monografías de SERRA: *Normas de presunción en el Código civil*, cit., Barcelona, 1961, y VIVES: *Las presunciones*, Pamplona, 1962) y ha dado lugar a múltiples polémicas y controversias, ya que la opinión que se sustenta va unida a la concepción que se tenga sobre cuál sea la función de las normas destinadas a regular la actividad decisoria del juzgador, del proceso y sus fines, y de la función de la prueba en el proceso. Durante muchos años, siguiendo el pie forzado del CC, han sido objeto de estudio conjunto las presunciones legales y las judiciales, estimadas todas ellas como prueba indirecta, un medio de prueba o una dispensa de prueba, cuando no un conjunto de las tres (CARRERAS: "Naturaleza jurídica y tratamiento de las presunciones", en *Estudios de Derecho procesal*, Fenech-Carreras, cit., p. 339). Sobre la diversa naturaleza jurídica de las presunciones, entre los civilistas franceses PLANIOL y RIPERT: *Traité pratique de Droit Civil français*, 1954, pp. 1006 y ss. Entre nosotros, MUCIUS SCAEVOLA: *Código Civil comentado y concordado extensamente*, XX, 1904, pp. 429 y ss.; SANTAMARÍA: *Comentarios al Código Civil*, 1958, II, p. 228, citados por CARRERAS: *op. et loc. cit.*

(285) Las disposiciones generales previstas en el artículo 1.214 (*De la prueba de las obli-*

Este artículo, que establecía las clases de presunciones existentes, ha sido derogado en su totalidad, así como toda la sección segunda, tercera, cuarta, quinta y sexta (286), capítulo V del título I del libro IV de nuestro Código Civil en su redacción de 1889 (arts. 1.231 a 1.253), por la Ley 1/2000, de 7 de enero (BOE de 8 de enero), de Enjuiciamiento Civil. Sin embargo, el haber sido derogado no implica que su contenido no subsista, al menos así se observa si se compara con el correspondiente de la LEC actual, cuyo contenido es casi idéntico, por lo que cabe deducir que sigue teniendo importancia como medio probatorio, o lo que es lo mismo, que se sigue dando valor como medio de prueba a las presunciones, aunque con ciertos matices que se verán a continuación (287).

La razón por la que toda esta materia se ha ubicado en la legislación procesal puede deberse a que la prueba es una actividad que fundamentalmente se desarrolla en el proceso, y que va dirigida al juez; diríamos que su naturaleza es eminentemente procesal (288). Se han visto superados, por tanto, los planteamientos tradicionalistas que consideraban la naturaleza sustantiva o material de estas normas, debido a las influencias de POTHIER, contemplando el CC como el lugar idóneo para su ubicación, además de en las leyes procesales (289).

Pero veamos cuál era el contenido del antiguo artículo 1.251:

Las presunciones establecidas por la ley pueden destruirse por la prueba

gaciones): “Incumbe la prueba de las obligaciones al que reclama su cumplimiento, y la de su extinción al que la opone”, y el artículo 1.215: “Las pruebas pueden hacerse: por instrumentos, por confesión, por inspección personal del Juez, por peritos, por testigos y por presunciones”, recogían la doctrina romanista, y han sido también derogados por la nueva LEC; sin embargo, se mantiene la sección relativa a los documentos públicos y privados. De ello no cabe deducir que ya no pueda mantenerse el principio de que la carga de la prueba incumbe al que la alega ni mucho menos, sino que no parecía al legislador oportuno que estas normas se encontraran en la ley sustantiva (GUTIÉRREZ SANZ, M.^a R.: *Comentarios prácticos a la nueva Ley*, cit., p. 373, y doctrina procesalista general).

(286) Era la sección sexta la que se titulaba *De las presunciones* y englobaba los artículos 1.249 a 1.253.

(287) Más bien, hacen innecesaria la prueba. Para examinar esta materia se hace obligatorio acudir, por su exhaustividad, a CARRERAS, J.: “Naturaleza jurídica y tratamiento de las presunciones”, en *Estudios de Derecho procesal*, Fenech-Carreras, Bosch, Barcelona, 1962, pp. 337-413; también al *Comentario a los artículos 385 y 386* de José M.^a RIFÁ SOLER, en “Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil”, VVAA, coord. por M. A. FERNÁNDEZ-BALLESTEROS: J. M.^a RIFÁ SOLER y J. F. VALLS GOMBAU: t. II, Iurgium edit., Barcelona 2000, p. 1776-1786.

(288) CORTÉS DOMÍNGUEZ, en VVAA, CORTÉS DOMÍNGUEZ, GIMENO SENDRA, MORENO CATENA: *Derecho Procesal civil. Parte general*, 5.^a edición, Colex, Madrid, 2003, p. 228.

(289) Hoy en día, esta discusión carece de sentido; se reconoce unánimemente que estas normas son procesales. En este sentido, CORTÉS DOMÍNGUEZ, siguiendo a CARNELUTTI: *La prueba civil*, trad. esp. de Alcalá-Zamora, 1955, para quien las normas probatorias son procesales por cuanto determinan los requisitos de admisibilidad, la práctica, el valor y la eficacia de las pruebas que se desarrollan en el proceso o para el proceso (*op. cit.*, p. 228).

en contrario, excepto en los casos en que aquélla expresamente lo prohíba.

Contra la presunción de que la cosa juzgada es verdad, sólo será eficaz la sentencia ganada en juicio de revisión.

Como se ve, estábamos ante la distinción clásica de presunciones *iuris tantum* (relativas, que admiten prueba en contrario) e *iuris et de iure* (absolutas, no la admiten) (290). En su lugar hay que acudir a la reformada ley procesal, en concreto al artículo 385 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (versión 2000) (291):

La presunción puede definirse como aquella actividad de inferencia del juzgador en virtud del cual da por probado un hecho a partir de la prueba de otro plenamente acreditado debido a la existencia de un nexo lógico existente entre ambos hechos (292). En este sentido viene a coincidir con la definición de presunción contenida en la sentencia del TS de 29 marzo de 1999 (fundamento jurídico 1.º) (293). De este concepto, como adelantábamos, se desprende que no estamos ante ningún medio probatorio (pese a lo hasta ahora mantenido por la doctrina anterior a 2000, y

(290) A medida que se profundiza en el estudio sobre las presunciones, observa CARREAS (*op. et loc. cit.*) que se llega a una curiosa conclusión; algunos autores, a pesar de contemplarlas la ley, niegan la existencia de presunciones *iuris et de iure*, puesto que cuando la ley establece una presunción legal sin prueba en contrario no regula una verdadera presunción, sino que nos hallamos ante un precepto legal no facticio que se redacta en forma de presunción. Esta tesis fue la mantenida por FENECH: *Derecho procesal penal*, 1960, I, p. 601, para el que dicho tipo es una mera entelequia (siguiendo la afirmación de HEDEMANN: *Las presunciones en el Derecho*, trad. esp. de Sancho Seral, 1931, pp. 216 y ss.). En este sentido también PRIETO CASTRO: *Manual de Derecho procesal civil*, 1959, I, p. 299. Como ya se ha visto anteriormente, MUÑOZ SABATÉ: *Técnica probatoria*, Barcelona, 1967, p. 91, las considera irritantes; RAMOS MÉNDEZ: *Derecho procesal civil*, Barcelona, 1980, p. 371, una herencia del pasado. También SERRA desde un primer momento, en *Normas de presunción*, cit., p. 106, y después en *Comentarios*, ALBALADEJO, cit., pp. 679 y ss.

(291) Dentro del capítulo sexto: *De los medios de prueba y de las presunciones*. Sección novena: *De las presunciones*. Esta diferenciación entre las presunciones y los otros medios de prueba obedece a que, en realidad, su naturaleza comporta más un sistema de valoración de la prueba que un medio o instrumento probatorio. (...) En cualquier caso, la prueba de presunciones tiene un carácter supletorio. Es decir, que debe operar ante la imposibilidad de probar por los medios de prueba ordinarios los hechos que se deducirían de la presunción (RIFÁ SOLER: "Comentario al artículo 385", en *Comentarios a la nueva LEC*, cit., p. 1778).

(292) Sobre este tema es fundamental la obra ya citada de SERRA DOMÍNGUEZ: *Normas de presunción en el Código Civil y en la Ley de Arrendamientos Urbanos*, Barcelona, 1963, pp. 17 y ss. Del mismo autor, *Comentarios al Código Civil (arts. 1.249 a 1.253) y Compilaciones Forales*, dir. por ALBALADEJO: tomo XVI, volumen 2, 2.ª edición, Edersa, Madrid, 1991, pp. 618 y ss., y en *Nueva Enciclopedia Jurídica*, Seix, Barcelona, 1993, pp. 375-382. También CARRERAS LLANSANA: "Naturaleza jurídica y tratamiento de las presunciones", cit., pp. 335 y ss.; DE LA OLIVA: *Derecho Procesal Civil, El proceso de declaración*, Madrid, 2000, pp. 371-383; RIFÁ SOLER, J. M.ª: "Comentarios a los artículos 385 y 386", en *VVAA, Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento civil*, tomo II, Barcelona, 2000, cit., p. 1778.

(293) RJ (Repertorio de jurisprudencia Aranzadi) 2357.

a lo largo de estas páginas) (294), sino ante un elemento más del mecanismo de la prueba, compuesto por tres elementos ya enunciados:

- a) El hecho base (indicio), que constituye el punto de apoyo de toda presunción. Este hecho debe estar completamente probado (295).
- b) El hecho presunto, que constituye la consecuencia que se deduce del hecho base.
- c) El nexo lógico existente entre ambos hechos, que permite el paso del hecho base, derivado directamente del resultado de los distintos medios de prueba, al hecho presunto. Este nexo lógico no es otra cosa que máximas de experiencias comunes, recogidas en una norma (presunciones legales) o cuya aplicación realiza directamente el juez (presunciones judiciales o de hombre) (296).

El artículo 385, al hablar de las presunciones, establece una diferencia entre legales y judiciales (éstas recogidas en el art. 386).

2. Los artículos 385 y 386 de la LEC actual

Las presunciones legales del artículo 385.

La presunciones que la Ley establece dispensan de la prueba del hecho presunto a la parte a la que este hecho favorezca. Sólo serán admisibles cuando la certeza del hecho indicio del que parte la presunción haya quedado establecida mediante admisión o prueba.

Las presunciones legales podrán ser de dos tipos: En primer lugar, las presunciones establecidas por la Ley que admitan la prueba en contrario. La regla general es que las presunciones sean *iuris tantum*, de modo que el hecho presunto se fija en el caso de que se acredite el hecho base y no se ofrezca prueba que sea contraria a la certeza del hecho presunto (art. 385 LEC). Cuando la Ley establezca una presunción, salvo prueba en contrario, ésta podrá dirigirse a probar o bien la inexistencia del hecho presunto, o bien la inexistencia del nexo que ha de haber entre el

(294) Sigue siendo necesario acudir a CARRERAS: "Naturaleza jurídica y tratamiento de las presunciones", cit., pp. 337-413. Los matices sobre si se trata de un medio probatorio, dispensa de la prueba, cambio en el objeto de la misma, exoneración con inversión de la carga probatoria, véanse, pp. 340-341.

(295) La exigencia de que el hecho base de la presunción deba quedar completamente probado en el proceso lo encontramos, por ejemplo, en las SSTs de 28 abril de 1999 (Fdto. Jco. 3.º), RJ 3422, o la de 4 de febrero de 1999 (Fdto. Jco. 3.º), RJ 638.

(296) PICÓ I JUNOY, en *Comentarios a la nueva LEC*, cit., pp. 2031-2032.

hecho que se presume y el hecho probado o admitido que fundamenta la presunción (297). En segundo lugar, las presunciones que no admiten prueba en contrario. A ellas se refiere el legislador cuando el artículo 385.3 LEC contempla que las presunciones establecidas por la Ley admitirán prueba en contrario, salvo en los casos en que aquélla expresamente lo prohíba. De momento, tales supuestos no se encuentran recogidos en la LEC, pero el legislador, cauteloso, prevé la posibilidad de su aparición.

1. *Las presunciones que la Ley establece dispensan de la prueba del hecho presunto a la parte a la que este hecho favorezca* (298). *Tales presunciones sólo serán admisibles cuando la certeza del hecho indicio del que parte la presunción haya quedado establecida mediante admisión o prueba.*
2. *Cuando la Ley establezca una presunción, salvo prueba en contrario, ésta podrá dirigirse tanto a probar la inexistencia del hecho presunto como a demostrar que no existe, en el caso de que se trate, el enlace que ha de haber entre el hecho que se presume y el hecho probado o admitido que fundamenta la presunción.*
3. *Las presunciones establecidas por la Ley admitirán la prueba en contrario, salvo en los casos en que aquélla expresamente lo prohíba.*

Es decir, se admite la prueba de lo contrario y la contraprueba.

Con la denominada prueba de lo contrario se pretende acreditar la inexistencia del hecho presunto, demostrando que no existe, en el caso de que se trate, el enlace que ha de haber entre el hecho que se presume y el hecho probado o admitido que fundamenta la presunción; mientras que con la contraprueba se intenta destruir la realidad misma del hecho base, probando la existencia de otra cosa distinta (299). En este sentido es doctrina reiterada del TS que la impugnación o revisión de una presunción a través de los recursos sólo puede venir dado por dos vías: la destruc-

(297) RIFÁ SOLER: *Comentarios a la nueva LEC*, cit., p. 1780.

(298) Sobre este tenor, cabe indicar el error en que incurre el artículo 385.1.I de la LEC, tal y como señala Joan PICÓ (*Comentarios*, cit., p. 2033), pues como destacó en su momento SERRA DOMÍNGUEZ: (*Normas de presunción en el CC y en la Ley de Arrendamientos Urbanos*, 1963, p. 165, y *Comentarios al CC y Compilaciones Forales*, t. XVI, vol. 2, 2.ª edic., Edersa, Madrid, 1991, pp. 676-678), con las presunciones legales nos encontramos ante una facilitación de la prueba (*Erleichterung*) y no ante una dispensa o exención de prueba (*Befreiung von Beweise*), que no impide a la parte favorecida por la presunción probar el hecho presunto a través de cualquier probatorio, por lo que de este modo aumenta la probabilidad de éxito de acreditar su existencia.

(299) Sobre el tema, SERRA DOMÍNGUEZ: *Comentarios al CC y Compilaciones Forales*, cit., pp. 687 y ss.

ción del hecho base (contraprueba) o bien que la deducción sea manifiesta y claramente errónea (prueba de lo contrario) (300).

La actividad probatoria de la parte a quien favorezca la presunción debe dirigirse, únicamente, a la prueba del hecho base, a partir del cual quedará acreditado el hecho presunto (art. 385.1 LEC). Esta prueba puede ser innecesaria cuando el hecho base haya quedado admitido como cierto por todas las partes o se trate de un hecho notorio (arts. 281.3 y 4 LEC). En caso contrario deberá ser acreditado por los distintos medios de prueba que prevé la LEC (301).

Pero, por otra parte, la eficacia de la presunción puede ser impugnada por la parte a quien perjudique. En este sentido, el artículo 385.3 LEC dispone que las presunciones legales admitirán prueba en contrario, salvo en los casos en que la Ley expresamente lo prohíba. De este modo, y con carácter general, la parte que pretenda impugnar la presunción podrá hacerlo demostrando la inexistencia del hecho base, que es presupuesto de la operación lógica que supone la presunción. Además, cuando se trate de una presunción *iuris tantum*, podrá impugnarla probando la inexistencia del hecho presunto o del enlace o indicio. Ahora bien, en el caso de que se trate de una presunción *iuris et de iure*, no cabe prueba en contra (por lo que se convierten en inalterables), salvo la destinada a probar la inexistencia del hecho base (302).

Las presunciones judiciales del artículo 386.

La presunciones judiciales o de hombre (*praesumptio hominis* o *facti*), se caracterizan porque el nexo entre los hechos no viene determinado por la ley, sino por la propia labor deductiva del juzgador (303).

(300) Cfr. SSTs de 12 de julio de 1999 (Fdto. Jco. 4.º), RJ 4771 y 8 de junio de 1999 (Fdto. Jco. 4.º), RJ 4731.

(301) RIFÁ SOLER: *Comentarios a la nueva LEC*, cit., p. 1780.

(302) RIFÁ SOLER: *op. et loc. cit.* Recuérdese que SERRA considera contraproducente englobar dos instituciones de origen y finalidad diversas, como son las presunciones *iuris tantum* y las presunciones *iuris et de iure*, bajo una misma denominación. Es significativo —continúa— que en el actual Código Civil no exista un solo supuesto de presunción legal absoluta. Ninguno de los ocho supuestos tradicionales de presunciones (tal y como señalaba MUCIUS SACEVOLA, en *Comentarios al Código Civil*, XX, Madrid, 1904, p. 442), pueden calificarse de presunción (“presunciones” en *Nueva Enciclopedia Jurídica*, Seix, cit., p. 380). Tres de ellas hacían referencia a las presunciones de premoriencia. Hoy han desaparecido de nuestro Derecho, sin que las llamadas presunciones de comoriencia sean otra cosa que una regla sobre carga de la prueba. Otra era el cobro de lo indebido, pero se sostiene que no guarda relación alguna con la presunción; tampoco la declaración de nulidad por fraude a los acreedores o la declaración de los presupuestos de los que se deriva la propiedad de la cosa; por último se consideraba el juramento indecisorio como vinculante en el proceso (SERRA: *Normas de presunción*, cit., p. 106, y *Comentarios*, ALBALADEJO, cit., pp. 314 y ss.).

(303) Este concepto lo encontramos, por ejemplo, en la STS de 26 de febrero de 1999 (Fdto. Jco. 3.º), RJ 1133.

Estas presunciones no están contempladas en la Ley, por lo que el juzgador deberá en cada caso apreciar o no la existencia de nexo lógico entre el indicio y el hecho presunto mediante el correspondiente juicio de probabilidad, basado en máximas de la experiencia (304) –o reglas del criterio humano.

1. *A partir de un hecho admitido o probado, el tribunal podrá presumir la certeza, a los efectos del proceso, de otro hecho, si entre el admitido o demostrado y el presunto existe un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano.*

Esta definición de la naturaleza y procedimiento de consecución de las presunciones judiciales reproduce el que se contenía en el artículo 1.253 CC. Se trata de presunciones a las que no se llega en virtud de norma legal predeterminada, sino que se concretan en virtud de un razonamiento lógico que permita establecer un nexo de unión entre un hecho base, totalmente acreditado, y un hecho presunto que se supone cierto en virtud del enlace lógico entre el primero y el segundo. En comparación con las presunciones legales, la acreditación de esta clase de presunciones requiere una diferente actividad de las partes. Mientras que en las presunciones legales el hecho presunto se deducía inexorablemente a partir del hecho base (puesto que el nexo lógico y preciso ya se hallaba establecido por la Ley), al que pretendía hacer valer una presunción legal le bastaba únicamente con probar el hecho base, correspondiendo al que se opusiera a ella probar a su vez que no existe ni nexo lógico ni hecho presunto; cuando se trata de presunciones judiciales le corresponde al que pretende hacerla valer en el proceso acreditar la existencia del hecho base y la del enlace con el hecho presunto que fundamenta su pretensión. Además de-

(304) Las “máximas de experiencia” son las proposiciones que tienen contenido general y como tales aplicables en el futuro a toda una serie de casos similares. El primero en llamarla así, aislándolas del material de nociones extrajurídicas de las que se ve rodeado el juez como hombre culto que vive en medio de la sociedad, fue STEIN: *Das private Wissen des Richters*, 1893, tal y como observa CALAMANDREI: “La definición del hecho notorio”, en *Estudios sobre el proceso civil*, trad. esp. de Sentís, 1945, p. 200, citado por CARRERAS: “Naturaleza jurídica...”, cit., p. 344. Nuestro legislador las llama “reglas de la sana crítica” o “reglas del criterio humano”. Dado que el juez no puede razonar sin el auxilio o ayuda de tales proposiciones, aparecen éstas en toda la actividad de enjuiciamiento jurisdiccional como un instrumento indispensable. Pueden tener un contenido científico –como las tomadas de las ciencias de la naturaleza–, un contenido social –como las derivadas de los usos o costumbres en determinadas facetas de la vida humana en sociedad–, o simplemente un contenido humano como las que se fundan en el principio de normalidad, o sea, lo que acontece normalmente en las relaciones entre los hombres (CARRERAS: *op. cit.*, p. 353). La teoría de la normalidad fue delineada por FITTING y puede enunciarse como la necesidad de que, en el caso concreto, se admita como verdadero aquello que lo es en la mayoría de los casos, mientras que razones especiales no se opongan (CARRERAS: *op. cit.*, p. 383).

berá demostrar cumplidamente la imposibilidad de realizar prueba directa sobre el hecho presunto. Es el juez el que debe llevar a cabo la inferencia lógica de tener por probado el hecho presunto a partir de los elementos de la presunción. Eso no es obstáculo para que sea la parte la que deba poner de manifiesto estos elementos de construcción del silogismo y justificar la imposibilidad de realizar prueba directa sobre el hecho presunto (305).

En esta situación se plantea la cuestión de que no siendo preciso, y a veces posible, alegar qué medios de prueba se van a emplear y qué hechos van a resultar acreditados, resultará difícil a la parte que deba combatir la presunción realizar prueba ordinaria específica con ese fin. Sobre todo si se tiene en cuenta que, como se ha visto, la alegación de que se tenga por probado un hecho en virtud de presunción se producirá en trámite de conclusiones (art. 433.2 LEC) (306).

La sentencia en la que se aplique el párrafo anterior deberá incluir el razonamiento en virtud del cual el tribunal ha establecido la presunción.

En la sentencia que se dicte sobre el fondo del asunto se deberán hacer constar los hechos probados, ya sea en párrafo específico, o bien inserto en la fundamentación fáctica de la sentencia, expresando cuáles de aquéllos se declaran probados en virtud de presunción y cuáles son las reglas legales o judiciales que permiten tal enlace (arts. 209 a 218 LEC).

En este sentido, la STS de 4 de febrero de 1999 (307) señala que dicho enlace “debe surgir de la lógica media, raciocinio lógico, o buen

(305) En este sentido, el artículo 433.2 LEC (cfr.), respecto al procedimiento ordinario, prevé que, al realizar el resumen de la prueba practicada, se deberá poner de manifiesto si algún hecho debe tenerse por cierto en virtud de presunción. En este caso lo manifestarán así, fundando su criterio. Además, la parte a quien perjudique la presunción siempre podrá practicar la prueba necesaria a fin de enervar la existencia misma del nexo y del hecho presunto, tal y como previene el artículo 386.2 LEC.

(306) Los procesalistas resuelven esta cuestión de dos maneras. La primera por medio de mera técnica probatoria: la parte debe intentar agotar todas las posibilidades de prueba que se le ofrecen, no sólo probando los hechos constitutivos de su pretensión, sino también practicando la prueba, en su caso, para enervar los hechos presuntos que pudieran deducirse de los hechos base probados, así como el posible enlace lógico que se pudiera utilizar. La segunda aplicando el artículo 386.2: que produciéndose la alegación de que se tenga por probado un hecho en virtud de presunción, se pueda solicitar prueba para enervarla. La dificultad práctica que surge en este caso es al advertir que en realidad ya no existiría trámite para la práctica de la prueba ordinaria, sino mediante las diligencias finales (art. 435.1 LEC), que podrían solicitarse y practicarse a fin y a efecto de enervar la presunción judicial que se pretende que estime el juez (RIFÁ SOLER: *Comentarios...*, cit., p. 1783).

(307) RJ, 638.

criterio de cualquier juez, debiéndose formular en la sentencia (en la que se aplique el párrafo anterior) el razonamiento en virtud del cual el tribunal ha establecido la presunción” (308).

Al formularse la presunción judicial en la sentencia, se facilita la posibilidad de impugnar la resolución judicial, practicando en la segunda instancia la prueba conducente a acreditar la inexistencia del hecho presunto, al faltar entre él y el hecho base el debido enlace preciso y directo según las reglas humanas, o la inexistencia del hecho base (art. 386.2) (309).

La nueva regulación de las presunciones judiciales, no limitada en cuanto a su ámbito de aplicación, nos debe conducir a considerar superada la jurisprudencia del TS, según la cual dichas presunciones sólo son de aplicación subsidiaria para aquellos supuestos en los que el hecho dudoso no tenga demostración eficaz a través de las pruebas directas (310). En cualquier caso, la LEC, al igual que el antiguo 1.253 del CC, faculta o autoriza al juez, pero no obliga a utilizar las presunciones (311). Pero, insisto, su existencia sólo corresponde efectuarlo o deducirlo al juzgador de instancia, y únicamente es posible destruirlas demostrando que el citado nexo no existe o es erróneo, absurdo, irrazonable o contrario a las reglas de la sana crítica (312).

En el supuesto de que sea posible deducir de un hecho base consecuencias contrarias (hechos presuntos), el TS entiende que el juez tiene

(308) SSTS de 22 de febrero de 1999, RJ 1349; 1 de julio de 1999, RJ 5965; 22 de febrero de 1999, RJ 1058; 30 de diciembre de 1996, RJ 9379.

(309) El razonamiento judicial que se contiene en la sentencia podrá ser impugnado en apelación (art. 455 LEC). En cuanto a los recursos extraordinarios, cabe recurso de casación por infracción de ley impugnando la precisión, el rigor o la lógica del enlace entre el hecho probado y el hecho presunto (art. 477.1 LEC). Sobre estas cuestiones, véase RIFÁ SOLER: *Comentarios a la nueva LEC*, cit., pp. 1785 y 1786, y sentencias citadas a pie de página. La prueba de presunciones ha sido considerada constitucional por el TC, que ha declarado que “el juicio de probabilidad que el juzgador de instancia efectúa sobre el enlace entre el indicio y el hecho presunto no es susceptible de ser revisado en vía de amparo”, por ejemplo, en STC 934/85, de 18 de diciembre, citado por el mismo autor *op. et loc. cit.*

(310) Aquella doctrina se basaba en la desconfianza ante la labor del juzgador, y ya lo puso de relieve SERRA en su momento (*NEJca*, 1993, pp. 375-382). La postura actual se observa en numerosas SSTS. Por ejemplo, 23 de julio de 1999, RJ 6096; 15 de julio de 1999, RJ 5953; 22 de mayo de 1999, RJ 4053; 29 de marzo de 1999, RJ 2357; 19 de marzo de 1999, RJ 1860, entre otras.

(311) Así en la STS 16 julio 1996, RJ 5673: “(...) el artículo 1.253 del CC autoriza, mas no obliga, al Juez a utilizar las presunciones, por lo que cuando el juzgador de instancia no hace uso de la misma para fundamentar su fallo, no resulta infringido dicho precepto, salvo los supuestos excepcionales en que, partiendo de un hecho base claramente constatado, del mismo haya de obtenerse necesariamente el hecho deducido, como consecuencia obligada e ineludible...”.

(312) En este sentido, véanse las SSTS de 30 de julio de 1999, RJ 5724; 1 de julio de 1999, RJ 5965; 8 de junio de 1999, RJ 4731; 31 de marzo de 1999, RJ 2653.

la opción discrecional de escoger entre las diversas consecuencias posibles (313). PICÓ I JUNOY señala que el control de la falta de aplicación de una presunción judicial es muy excepcional, a menos que haya sido propuesta por las partes y discutida en el pleito, y exista un hecho claramente probado del que haya de obtenerse necesariamente el hecho deducido, como consecuencia rigurosamente obligada e ineludible (314).

2. *Frente a la posible formulación de una presunción judicial, el litigante perjudicado por ella siempre podrá practicar la prueba en contrario a que se refiere el apartado 2 del artículo anterior.*

Esto quiere decir que todas las presunciones judiciales admiten prueba en contrario (son *iuris tantum*), tanto para probar la inexistencia del hecho presunto como la inexistencia de ese nexo que, aplicando la lógica, determinaría la existencia de la presunción.

Tanto el TC como el TS han declarado que constituyen exigencias primarias para la validez de las presunciones que:

- A) El hecho del que se obtiene la presunción ha de estar completamente acreditado, no pudiendo establecerse una presunción sobre otra presunción o mera conjetura.
- B) El enlace entre el hecho base y el presunto debe ser coherente, lógico y racional, entendida la racionalidad, no como mero mecanismo o automatismo, sino como comprensión razonable de la realidad normalmente vivida y apreciada conforme a los criterios sociales comunes.
- C) Del análisis del hecho base puede suceder que el juez entienda que pueden producirse diversas conclusiones. En la práctica existen muchas ocasiones que el juicio de probabilidad realizado por el juzgador le puede conducir ante una serie de deducciones alternativas igualmente lógicas y racionales. En tales situaciones, la jurisprudencia tiene sentado que corresponde a los juzgadores de instancia la opción discrecional entre las diversas alternativas (315). Sobre esta cuestión, el TC se ha pronunciado señalando que

(313) SSTs citadas anteriormente, etc.

(314) STS de 11 de marzo de 1999, RJ 2251. En las STS de 23 de julio de 1999, RJ 6096, se dice (Fdo jco. 2.º): “si bien por regla general no se infringe el artículo 1.253 cuando el juez no utiliza el medio indirecto de las presunciones, no lo es menos que por excepción cuando un hecho se tenga por completamente acreditado y de él se infiera con la fuerza de la lógica que la ley exija la realidad de otro, si el Tribunal así no lo reconoce, cabe la denuncia de la infracción de tal precepto, siempre que se trate de materia discutida en el período expositivo del juicio”, como se ve casi idéntica a la STS de 16 julio de 1996.

(315) Así la STS 20 diciembre 1993, RJ 10091: “... es doctrina jurisprudencial (SS 14 julio de 1983, RJ 4224; 11 febrero de 1984, RJ 647 y 26 de enero de 1993, RJ 364) que el enlace pre-

en los supuestos que cabe deducir del hecho base diversas conclusiones lógicas, el juez debe optar, en virtud del principio *pro actione*, por aquélla que no impida el ejercicio de algún derecho procesal (316).

- D) Pero en cualquier caso, tal y como prevé el artículo 386.1.2 LEC, la sentencia en la que se tenga por probado un hecho en virtud de una presunción judicial deberá incluir el razonamiento en virtud del cual el tribunal ha establecido la presunción.

Los procesalistas entienden que las presunciones judiciales (art. 386) no son un medio de prueba, en el sentido de instrumento que permite al juez la apreciación sensible del objeto de prueba. Ni existe el medio físico ajeno al juez que le permita la transmisión de un conocimiento, ni tampoco el juez percibe sensorialmente el objeto de la prueba (317). En esto la LEC ha mejorado la técnica deficiente, en palabras de CORTÉS (318), del derogado artículo 1.253 CC y no incluye a la presunción en la lista de medios de prueba (319).

Ya en otro lugar se ha dicho que la creación de nuevas *regulae iuris*

ciso y directo, según las reglas del criterio humano, exigido en el artículo 1.253 constituye un juicio de valor reservado a la Sala de instancia, que ha de ser respetado en tanto no se acredite su irracionalidad, así como (SS 15 de junio de 1992, RJ 5133 y 23 de febrero y 28 de septiembre de 1993, RJ 1221 y 6655) la inexigibilidad, para considerar correcta la presunción, de que la deducción sea necesaria y unívoca –lo que diferencia aquella de los *facta concludentia*–, sino que pueden seguirse de los hechos base diversas consecuencias y lo que se ofrece al control casacional es la sumisión a la lógica de la operación deductiva, estando reservada a la Sala de instancia la opción discrecional entre las diversas deducciones posibles”. Igualmente las SSTs 23 de febrero de 1993, RJ 1221 y 28 de julio de 1994, RJ 6932, 4 de julio de 1996, RJ 5559.

(316) STC 164/86, de 17 diciembre: “Es evidente que esta queja está sólidamente fundada, pues la plena efectividad del derecho a la tutela judicial efectiva no sólo exige que la interpretación de las normas procesales se inspire en el principio *pro actione*, sino también que ese principio inspire su aplicación, de manera que las presunciones que como prueba de los hechos se establezcan, además de respetar la regla fijada por el artículo 1.253 CC, no cierren la vía para el ejercicio del derecho cuando, sin mengua del rigor lógico, quepan otras alternativas.”

(317) CARRERAS: “Naturaleza jurídica y tratamiento de las presunciones”, cit., p. 350.

(318) CORTÉS DOMÍNGUEZ, GIMENO SENDRA, MORENO CATENA: *Derecho Procesal civil. Parte general*, 5.ª edición, Colex, Madrid, 2003, p. 232.

(319) Otro era el criterio mantenido con anterioridad a la reforma, donde a diferencia de los Códigos francés e italiano, en que se supedita su eficacia al triple requisito de que sean graves, precisas y concordantes, y su admisibilidad a los mismos presupuestos que la prueba testifical (considerándola en cierto sentido una actividad probatoria de segundo orden), el artículo 1.253 de nuestro CC la colocaba, no en un plano de igualdad respecto a las restantes actividades probatorias, sino incluso en una mejor condición, al posibilitar una impugnación en casación de la que carecían otras instituciones probatorias (observaciones realizadas por SERRA en *NEJca*, cit., p. 381. Consideraba este autor significativo “en los actuales momentos de crisis de la Administración de Justicia, el manifiesto contraste existente entre nuestra legislación positiva y la práctica jurisprudencial que relega a un segundo plano las presunciones judiciales”).

por parte de la jurisprudencia encuentra significativas manifestaciones en la utilización judicial de las presunciones simples (o *praesumptiones hominis*): a partir de elementos de prueba crítica, basados en las circunstancias de hecho del caso concreto, se alcanza el rango de verdaderas normas cuando los jueces usan en sus argumentaciones presunciones basadas en los caracteres tipológicos del caso y susceptibles de repetición en todos los supuestos que presenten dichos caracteres (320).

Las presunciones judiciales, por tanto, son un medio de modificación del objeto de la prueba que puede utilizar el juez y propiciar las partes, si entre el hecho presunto y el presumido existe un enlace preciso y directo según las reglas del sano juicio (321). Con ellas, el órgano judicial no obtiene un conocimiento directo ni indirecto del objeto de la prueba; sólo *deduce* ese conocimiento de la prueba de otro hecho con él unido de forma precisa y directa (322). Sin embargo, no se puede olvidar que un cierto sector de la doctrina, así como de la jurisprudencia, han venido manteniendo que es posible hablar de “prueba de presunciones”, aunque el tratamiento que se le da por esta última en el recurso de casación pone de manifiesto implícitamente que no estamos ante un verdadero medio de prueba. Cuando la jurisprudencia dice (323): “el juicio del tribunal *a quo* en materia de presunciones sólo es censurable cuando notoriamente falta un enlace preciso y lógico entre el hecho demostrado y el que se trata de inducir, según las reglas del criterio humano, que no son otras que las del raciocinio lógico”, lo que nos está señalando es que estamos ante un problema de valoración de prueba. Ahora, tras la promulgación de la nueva LEC, ya no puede seguir manteniéndose que las presunciones son un medio de prueba (324). En todo caso se ha venido hablando de “prueba indirecta” (325). MUÑOZ SABATÉ llama a las presunciones judiciales “pruebas de raciocinio” (326).

(320) F. GALGANI: “El derecho de creación judicial”, cit., p. 77.

(321) Al fijarse la estructura de la presunción se ha superado la vieja doctrina jurisprudencial sobre el valor supletorio o subsidiario de las presunciones, así como la máxima “el juez no está obligado a utilizar la prueba de presunciones”, por lo que el juez está obligado a declarar probado un hecho siempre que esté relacionado con otro hecho probado en forma precisa y directa según las reglas del criterio humano. Esta idea ya fue recogida por SERRA en *NEJca*, p. 381, el cual observaba una desconfianza jurisprudencial generalizada que se manifestaba en relegar las presunciones a un segundo plano, postura que parece hoy ya superada.

(322) CORTÉS DOMÍNGUEZ: *op. et loc. cit.*

(323) Sirva de ejemplo la STS de 25 de octubre de 1986, citada por CORTÉS DOMÍNGUEZ: *op. cit.*, p. 233.

(324) Sobre la valoración de la prueba, CORTÉS DOMÍNGUEZ en *VVAA, Derecho procesal civil*, cit., pp. 241-255.

(325) CORTÉS DOMÍNGUEZ: *op. cit.*, p. 231.

(326) MUÑOZ SABATÉ: *Técnica probatoria*, cit., p. 184.

El fundamento de las presunciones, según la doctrina procesalista más señalada, es que se trata de un *juicio cualificado de probabilidad* (327). Así se permite pasar de la prueba de un hecho a la de otro porque es altísimamente probable, según distintas máximas de experiencia (esto es, reglas empíricas frecuentemente comprobadas), que dándose el primero se dé el segundo. Por lo tanto, para que nos encontremos ante una presunción es necesario que se trate de una norma que prevea dos hechos; en caso contrario no se produciría el efecto propio de la presunción que es la fijación de un hecho a partir de otro. Ello supone excluir del ámbito de las auténticas presunciones aquellas normas en las que no se prevé la deducción de un hecho a partir de la prueba de otro, sino que lo que se prevé es la deducción de una consecuencia jurídica. Esto resulta de gran interés, pues en esos casos tan sólo estamos ante las denominadas “verdades interinas” (328), en palabras de VILLAGÓMEZ (329), reglas de interpretación que el legislador dirige al juez.

El empleo de las presunciones, ya sean legales o judiciales, encuentra su límite en la inexistencia de prueba directa sobre los hechos presuntos que se pretenden probar mediante la presunción. A este respecto, la jurisprudencia se ha pronunciado reiteradamente para poner de manifiesto la naturaleza supletoria de las presunciones, que no pueden sustituir la prueba directa en el caso de que ésta exista (330). Este límite no opera en el supuesto de las presunciones legales *iuris et de iure*, ya que en este caso,

(327) Sobre la estructura de las presunciones; juicios de certeza y probabilidad de proposiciones fácticas; probabilidad simple y probabilidad cualificada, véase CARRERAS: “Naturaleza jurídica y tratamiento de las presunciones”, cit., pp. 353 y ss. Cuando quien regula una conducta está investido de autoridad para imponerla a terceros, no puede llevar a cabo la labor de enjuiciar con base en cualquier indicio, sino que se le exige en todo caso que la probabilidad sea cualificada; al faltar la certeza se le permite sólo resolver la duda sobre la base de un juicio que dé como resultado una probabilidad fundada o cualificada (...) la presunción jurídica ha de ser siempre cualificada (p. 357).

(328) Respecto a las verdades interinas o provisionales, también llamadas presunciones aparentes, hay que acudir a la doctrina procesal. En este sentido, se distingue entre presunciones legales indiscutibles, presunciones legales dudosas y dobles juegos de normas en que de una parte se definen los hechos constitutivos y de otra los hechos impositivos. Un estudio en profundidad sobre estas cuestiones, véase en CARRERAS: “Naturaleza jurídica y tratamiento de las presunciones”, cit., pp. 383-389.

(329) VILLAGÓMEZ CEBRIÁN, M.: *La Ley de Enjuiciamiento Civil*, tomo III, p. 99.

(330) Así, por ejemplo, en la STS 12 de junio de 1986 (RJ 3386): “... esta Sala ha declarado reiteradamente que no existe necesidad legal de acudir a la prueba de presunciones cuando el hecho dudoso tiene demostraciones eficaces que se derivan de distintos medios de prueba, pues la prueba de presunciones tiene un carácter supletorio y sólo debe utilizarse cuando el hecho dudoso no tenga demostración eficaz por los demás medios del artículo 1.215 CC -STS, entre otras, 2 de febrero de 1925, 11 de abril de 1947, RJ 464 y 5 de febrero de 1964, RJ 611-”. También la STS 24 de enero de 1989, RJ 116.

el hecho presunto quedará probado, o no, en función de que se acredite simplemente el hecho base (331).

Se puede decir que en el Código Civil hay muchas disposiciones que no contienen auténticas presunciones, a pesar de que el legislador utilice el término “se presume”. Los ejemplos son variados. Veamos:

No es presunción la prevista en el artículo 1.191 CC, que presume remitida la obligación accesoria de prenda, cuando la cosa pignorada, después de entregada al acreedor, se hallare en poder del deudor. En este caso la aparente presunción de condonación de la obligación accesoria de prenda no es sino la definición legal de un supuesto fáctico de condonación tácita (332).

Hay otros supuestos de aparentes presunciones en los artículos 1.188, 1.110, 393, 1.127, 1.138, 1.453 (333).

(331) RIFÁ SOLER: *op. et loc. cit.* Quisiera recordar en este momento la postura mantenida por la doctrina a propósito de la naturaleza jurídica de las presunciones legales absolutas o *iuris et de iure*, *necessarias* o *irrefragables*, todo cuanto se expuso en su momento sobre proximidad con las ficciones. A propósito, véase LUNA SERRANO: *Las ficciones del Derecho*, cit., pp. 77-80. CARRERAS: “Naturaleza jurídica...”, cit., pp. 339 y ss., y SERRA: *Normas de presunción*, cit., pp. 69-71.

(332) Sí lo es para RIFÁ SOLER: *op. cit.*, p. 1780.

(333) Artículo 1.188: *La entrega de un documento privado justificativo de un crédito, hecha voluntariamente por el acreedor al deudor, implica la renuncia de la acción que el primero tenía contra el segundo*. Sin embargo, para O’CALLAGHAN, se trataría de un caso de condonación presunta. Presunción *iuris tantum*, que admitiría prueba en contrario.

Artículo 1.110: *El recibo del capital por el acreedor, sin reserva alguna respecto a los intereses, extingue la obligación del deudor en cuanto a éstos*.

El recibo del último plazo de un débito, cuando el acreedor tampoco hiciere reservas, extinguirá la obligación en cuanto a los plazos anteriores.

Respecto a la comunidad de bienes, el artículo 393 dispone: (...) *Se presumirán iguales, mientras no se pruebe lo contrario, las porciones correspondientes a los partícipes en la comunidad*.

Artículo 1.127: *Siempre que en las obligaciones se designe un término, se presume establecido en beneficio de acreedor y deudor, a no ser que del tenor de aquellas o de otras circunstancias resultara haberse puesto en favor del uno o del otro*. En este supuesto, la jurisprudencia matiza que es una presunción *iuris tantum*, pero realmente es más bien una regla de interpretación de la voluntad de los sujetos de la obligación, y puede estimarse que es la contraria si así se deduce de la voluntad expresa o tácita de los propios sujetos, o de la naturaleza de la obligación o de las circunstancias del caso (O’CALLAGHAN: *Código Civil comentado*, cit., p. 1127); como se ve en este caso, es coincidente la opinión de este autor y la de los procesalistas citados.

Artículo 1.138: *Si del texto de las obligaciones a que se refiere el artículo anterior no resulta otra cosa, el crédito o la deuda se presumirán divididos en tantas partes iguales como acreedores o deudores haya, reputándose créditos o deudas distintos unos de otros* (la obligación pluripersonal se presume que es mancomunada si no se dice lo contrario, con lo que ratifica el art. 1.137 y además las cuotas son iguales). La STS de 19 de septiembre de 1997, AC 1206/1997, considera que estamos ante una presunción *iuris tantum*.

Artículo 1.453: *La venta hecha a calidad de ensayo o prueba de la cosa vendida, y la venta de las cosas que es costumbre gustar o probar antes de recibirlas, se presumirán hechas siempre bajo condición suspensiva*.

Tampoco los del 1.442, que lo que entraña es un supuesto de inversión de la carga de la prueba (334). Ni los del 572 (335), ni 1.277 (336), ni el 1.361, en que lo que se observa es una exoneración de la carga de la prueba (337), ni el 434 (338). Frente a la opinión de VILLAGÓMEZ (339), O'CALLAGHAN sostiene que en todos esos casos referidos estamos ante verdaderas presunciones *iuris tantum*, y ése es el parecer de la jurisprudencia (340). Respecto al artículo 643.2 nos encontramos, en palabras de SERRA,

(334) El artículo 1.442 recoge la presunción muciana romana, sobre la que se hablará enseguida.

(335) El artículo 572 trata sobre la presunción de servidumbre de medianería.

(336) Artículo 1.277: *Aunque la causa no se exprese en el contrato, se presume que existe y que es lícita mientras el deudor no pruebe lo contrario*. Presunción *iuris tantum*, como señalan las SSTs de 19 de noviembre de 1990, AC 138/1991; 23 de julio de 1994, AC 1287/1994; 14 de junio de 1997, AC 948/1997; 18 de octubre de 1997, AC 279/1998. En este sentido, no puedo dejar de traer a colación un supuesto particular; se trata de un tema sobre el que traté en otro lugar (*Matrimonios simulados: de conveniencia, blancos, nulos. Problemática sobre su inscribibilidad ante la duda de la falta de consentimiento. La doctrina de la DGRN en torno al tema en AEQUALITAS*, número 15, de julio-diciembre de 2004, pp. 47-56), pero en base a esta presunción referida, la causalidad (existe causa y ésta es lícita) en caso de duda sobre la existencia de verdadero consentimiento (la falta de verdadero consentimiento convertiría el matrimonio en simulado y, por tanto, sería nulo) hay que acudir a la presunción general de buena fe y a que el *ius nubendi* es un derecho fundamental de la persona que no debe ser coartado, por lo que se opta por la celebración del matrimonio. Pero por otra parte, no existiendo pruebas directas de la simulación, es casi siempre necesario acudir a la prueba de las presunciones, es decir, deducir de un hecho o de unos hechos demostrados mediante un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano (art. 386 LEC), la ausencia de consentimiento que se trata de probar. Por ejemplo, de los hechos comprobados en el trámite de la audiencia personal previa, tales como el desconocimiento mutuo de circunstancias personales, familiares, idiomáticas, etc., sería deducción razonable presumir que se trata de un matrimonio fraudulento. Sobre las dificultades prácticas de la prueba de la simulación, que son grandes, véase: MUÑOZ SABATÉ: *La prueba de la simulación (Semiótica de los negocios jurídicos simulados)*, Barcelona, 1972. Este autor ha dirigido gran parte de su producción científica a la búsqueda y sistematización de las máximas de experiencia que pueden ser fuente de presunciones, proponiendo una denominación *semiótica* a la ciencia auxiliar que selecciona y ordena los indicios aptos para potenciar una presunción.

(337) Artículo 1.361: *Se presumen gananciales los bienes existentes en el matrimonio mientras no se pruebe que pertenecen privativamente al marido o a la mujer*. Se trataría de presunción *iuris tantum*, tal y como señala numerosa jurisprudencia; entre la más reciente, véase la STS 24 de febrero de 2000, AC, 575/2000.

(338) Artículo 434: *La buena fe en la posesión se presume siempre, y al que afirma la mala fe de un poseedor corresponde la prueba*. SSTs, 26 de julio de 1991, AC 26/1992 y 22 de octubre de 1993, AC 199/1994. En el mismo sentido, RIFÁ SOLER: *Comentarios a la nueva LEC*, cit., p. 1780, por considerarlo una norma de inversión de la carga de la prueba.

Sin embargo, respecto a la usucapión (art. 1.940), mientras que la buena fe del poseedor se presume —es una creencia— el justo título, es una exigencia, y no se presume nunca (art. 1.954); cfr. artículos 433, 1.950, 1.951, 1.952, 1.954.

(339) VILLAGÓMEZ CEBRIÁN: *op. et loc. cit.*

(340) O'CALLAGHAN: *Código Civil comentado y con jurisprudencia*, cit., artículos correspondientes y jurisprudencia señalada por el autor a continuación de los mismos.

ante una ficción a pesar de hablarse de presunción: “se presumirá siempre hecha la donación en fraude de acreedores cuando al hacerla no se haya reservado el donante bienes bastantes para pagar las deudas anteriores a ella” (341). Algo semejante podría pensarse del artículo 1.297-1, de cuya norma, si bien la jurisprudencia tendió a considerar que entraña una presunción *iuris tantum* (342), la doctrina mayoritaria (343) opina que constituye una presunción absoluta que no admite prueba en contrario, llegando en este punto a coincidir con los efectos de la ficción (344).

Las presunciones, por tanto, son algo diferente; requieren que en la previsión de la norma figuren dos hechos: uno de ellos deberá quedar completamente probado para que, a su vez se considere probado el segundo. No se trata de supuestos de inversión o exoneración de la carga de la prueba, sino de modificación del objeto de la prueba.

Son supuestos de verdadera presunción los previstos en los artículos 436, 448 y 459 referentes a la posesión. El artículo 459 del CC, cuando establece que *el poseedor actual que demuestre su posesión en época anterior, se presume que ha poseído también durante el tiempo intermedio, mientras no se pruebe lo contrario*, está fijando un hecho indicio (que sería que el poseedor ha poseído en época anterior) y un hecho presunto (que se considera probado que ha poseído también durante el tiempo intermedio). También lo son otros casos, como los del artículo 116: la presunción de paternidad; los referentes a la declaración de fallecimiento, ar-

(341) SERRA DOMÍNGUEZ: “De las presunciones”, en *Comentarios al CC y Compilaciones forales*, dir. por Albaladejo, cit., pp. 659 y ss.

(342) STS de 14 de enero de 1935 y de 26 de septiembre de 1974, citado por LUNA SERRANO: *Las ficciones...*, cit., p. 73.

(343) MORENO QUESADA: *Comentario al Código Civil*, tomo II, Madrid, 1991, p. 536, con referencias a DE CASTRO, LACRUZ y ALBALADEJO. En el mismo sentido, la STS de 7 de noviembre de 1984: “En realidad, la presunción del artículo 1.297-1 ha de entenderse como una ficción: como una simple equiparación entre el requisito del *consilium fraudis* y la presencia del título gratuito a efectos de la concesión de la acción. Igualmente, LACRUZ, SANCHEZ, LUNA, DELGADO, RIVERO y RAMS: *Elementos*, II, 1, cit., Madrid, 2003, p. 246.

(344) Téngase en cuenta todo lo dicho respecto a la proximidad entre ambas figuras. Nuevamente remito a LUNA SERRANO: *La ficciones...*, cit., pp. 67 y ss. El artículo 1.297-1: *Se presumen en fraude de acreedores todos aquellos contratos por virtud de los cuales el deudor enajenare bienes a título gratuito*. 1.297-2: *También se presumen fraudulentas las enajenaciones a título oneroso, hechas por aquellas personas contra las cuales se hubiese pronunciado antes sentencia condenatoria en cualquier instancia o expedido mandamiento de embargo de bienes*. Siempre, por tanto, que se dé este requisito de que el acreedor no pueda cobrar el contrato dispositivo de bienes por el deudor, se presume hecha en fraude de aquél y, por tanto, es rescindible. Esta presunción es *iuris et de iure*, es decir, no admite prueba en contrario; verdaderamente, no es una presunción, sino una imposición legal; si se dan ambos requisitos, el contrato dispositivo es rescindible y así lo impone la ley, sin más. No es preciso que el adquirente a título gratuito hay participado en el fraude (O’CALLAGHAN: *Código Civil comentado*, cit., p. 1312).

títulos 193 a 195; los del 359, sobre derecho de accesión (345); o el 1.638, sobre derecho de retracto (346).

Pues bien, debido a que sólo existen esas normas de carácter general, a las que nos hemos referido, vale la pena acudir a las normas particulares relativas a los dos supuestos concretos que estamos examinando y también a la doctrina y a la jurisprudencia en torno al tema.

3. La presunción de paternidad en el Derecho actual

En primer lugar señalar que casi todos los autores que se han ocupado de la presunción de paternidad lo han hecho de la paternidad legítima, esto es, el hijo alumbrado por una mujer casada se atribuye al marido de ésta. Y lo hacen siguiendo teorías diferentes: la del atributo dominical del paterfamilias; la de preservar la paz y seguridad familiar; la de ser lógica consecuencia del matrimonio; la individualista o resultado de un gesto del padre que ha aceptado al hijo como suyo, etc. A todas ellas cabe hacer objeciones, así que RIVERO elabora una teoría propia, general, para todos los casos, basada en la idea de cohabitación causal de claros componentes germánicos (347).

La teoría dominical, presente en los derechos antiguos (como ya se vio) consiste en que el hijo es del marido o pertenece al marido por derecho de accesión (348); puesto que le pertenece la madre, le pertenece el hijo, no en cuanto procreador, ya que aún no está muy clara esa relación, sino en cuanto *dominus*: Esta teoría fue superada por los canonistas medievales; basada en el *id quod plerumque accidit*, la extendieron esta presunción, incluso al concubinato, ya que para la Iglesia era una unión más recomendable que las simples relaciones sexuales pasajeras (en el concu-

(345) Artículo 359 sobre el derecho de accesión. *Todas las obras, siembras y plantaciones se presumen hechas por el propietario y a su costa, mientras no se pruebe lo contrario*. STS 1 de febrero de 2000, AC, 481/2000.

(346) Artículo 1.638: respecto de la ocultación de la escritura de venta para ejercer el derecho de retracto. *Se presume la ocultación cuando no se presenta la escritura en el Registro de la Propiedad dentro de los nueve días siguientes al de su otorgamiento* (cfr. con el art. 1.524).

(347) RIVERO: *La presunción...*, p. 207.

(348) "La mujer es considerada por la Ley como el campo, el hombre como la semilla; por cooperación del campo y de la semilla tiene lugar el nacimiento de todos los seres animados..." *Lois de Manou*, traducidas del sánscrito por LOISELEUR-DESLONGCHAMPS: París, s. f., libro IX, números 32, 33, 48, citado por RIVERO a lo largo de su obra *La presunción...*, en este caso, pp. 208 y ss. También en Grecia, los hijos, frutos de esa propiedad viviente que es la esposa, pertenecen al señor, como los frutos de un campo (GLOTZ, Gustave: *La solidarité de la famille dans le droit criminel en Grèce*, París, 1904, p. 32, citado por RIVERO: *op. cit.*, p. 209, remitiendo a FUSTEL DE COULANGES: *La ciudad antigua*, p. 98 de la versión francesa) y entre los eslavos, los celtas de Irlanda, los germanos y otros pueblos indoeuropeos.

binato no existía un *dominium* que presidiera la teoría dominical). Estas ideas hoy sólo tienen un valor anecdótico o histórico, ya que pertenecen a estadios muy atrasados del desarrollo jurídico de algunos pueblos y están superadas (349).

Las teorías basadas en el matrimonio, en los deberes matrimoniales y en la comunidad de vida son variadas: unas se basan en el deber de fidelidad de la esposa y en la presunción de inocencia de la misma (350); otras en una doble presunción de hecho, que es la cohabitación de los esposos y la de fidelidad de la mujer; otras se basan en la autoridad del marido o en la vigilancia que éste ejerce sobre la mujer. Esta teoría es la llamada “tradicional” y es la del “*favor legitimitatis*”, según renombrados autores (351). Cuando la madre está casada se presume que la esposa es fiel a su marido (352). La Ley generaliza *quod plerumque fit* (353).

Sin embargo, también esta teoría para RIVERO es insatisfactoria. Hoy es rechazada por la mayor parte de la doctrina (354).

Con anterioridad a la reforma de 1981, fundar la regla *pater is est* en la fidelidad e inocencia de la esposa era insuficiente si luego resultaba irrelevante en el caso de adulterio de la esposa.

Respecto al grupo de autores que pretende explicar la presunción de paternidad como consecuencia de las relaciones sexuales exclusivas y excluyentes entre los cónyuges, derivadas de la comunidad de vida y de las obligaciones morales y jurídicas que el matrimonio supone, cabe decir que, a pesar del avance técnico que supone respecto a las anteriores, es ilógico que la presunción de paternidad se funde sobre las presunciones u obligaciones de cohabitación y de fidelidad, y que luego no figure como causa suficiente para impugnarla el adulterio de la esposa, por probado e indiscutible que sea. Por otra parte, quedaría sin explicación la presunción de paternidad que cubre al hijo nacido dentro de los primeros días del ma-

(349) RIVERO: *La presunción...*, p. 210.

(350) La inocencia se presume y deriva del deber de fidelidad. Es la regla casi universal, y no el adulterio (cabrá la prueba en contrario, por lo tanto la presunción será *iuris tantum*). En este sentido, los primeros comentadores del Code: DURANTON, MARCADE, LAURENT, DALLLOZ, COSTE, citados por RIVERO: *op. cit.*, p. 211.

(351) RICCI, BARASSI, PRAZANTARO y sus obras citadas a pie de página, por RIVERO: *op. cit.*, p. 212. DA CUNHA GONÇALVES: *Tratado de Direito civil*, Coimbra, 1930, volumen II, p. 155, también citado por RIVERO: *op. et loc. cit.*

(352) GENY: “L'enfant naturel et la famille”, en *Le maintien et la defense de la famille par le Droit*, VVAA, dir. por GENY pub. Por la Universidad de Nancy, París, 1930, p. 125, citado por RIVERO: *op. et loc. cit.*

(353) DEKKERS: *Précis de Droit civil belge*, tomo I. Bruselas, 1954, p. 27, citado por RIVERO: *op. cit.*, p. 212.

(354) Entre los franceses, COLIN: “De la protection de la descendance illegitime au point de vue de la preuve de la filiation”, en *Revue trimestrielle de Droit civil*, 1902, p. 284, citado por RIVERO: *op. et loc. cit.*

rimonio, engendrado en una época en que no existían las obligaciones en que se apoya dicha presunción. La cohabitación no puede ser nada más que presunta. Además, esta teoría encuentra un obstáculo al observar determinadas situaciones, como cuando la concepción del hijo coincide con una época de separación provisional, legal o judicial.

Sugestiva, pero no más convincente, es la idea de vigilancia, que pudo desempeñar importante papel en la vida matrimonial en otra época, pero que hoy resultaría incluso ofensivo para la mujer. Además dejaría sin explicar por qué actuaba la regla clásica *pater is est* aun probado el adulterio de la esposa (para el Derecho anterior a 1981), o en las situaciones referidas de separación matrimonial, legal o judicial, o respecto del hijo nacido dentro de los ciento ochenta días siguientes a la celebración del matrimonio.

A su vez, las teorías sociológicas o de la paz familiar, aunque ejercen especial influencia en esta materia, no sirven por sí solas para fundamentar esta presunción.

Para COLIN, estamos en presencia de algo distinto a una presunción (355), lo que le llevó a formular su teoría voluntarista, también llamada del reconocimiento o admisión anticipada (356). Si la paternidad es un hecho imposible de probar, no puede resultar legalmente sino de un reconocimiento, de un acto de voluntad del padre, por el que admite por anticipado los hijos que su mujer traiga al mundo en lo sucesivo (es decir, a partir del matrimonio), al menos cuando la procreación no tenga lugar en ciertas circunstancias anormales, predeterminadas por la Ley (357). Según el Derecho canónico, la regla *pater is est* sería un efecto directo del matrimonio mismo, establecida en interés de los hijos, descansaría en la confesión del marido. Al casarse el marido reconoce como suyos todos los hijos que nazcan de su mujer, sin que tenga que saber si eso corresponde a la verdad. De ahí que pueda parecer que esta teoría es la que prevalece. Desde luego sí que parece que fue la teoría mantenida por el Derecho romano. Sin embargo, tropieza con un grave inconveniente en el caso de nulidad matrimonial, pues a pesar de ello la presunción de paternidad sigue surtiendo efecto.

Para CICU (358), la legitimidad existe si hay matrimonio, parto de la esposa, concepción en el matrimonio por obra del marido y acta de nacimiento.

(355) COLIN: "De la protection de la descendance illégitime...", cit., pp. 257 y ss., citado por RIVERO: *op. cit.*, p. 230.

(356) RIVERO: *op. cit.*, p. 230.

(357) Que justamente son las llamadas causas de impugnación.

(358) RIVERO: *La presunción...*, p. 238. Las teorías de CICU dividieron a la doctrina italiana. La discusión doctrinal puede verse en RIVERO: *op. cit.*, pp. 243-254.

A) La teoría de la cohabitación causal como teoría general de la presunción de paternidad.

La teoría propuesta por RIVERO es la de la cohabitación causal. Surge ante la necesidad de nuevas ideas justificadoras de la presunción de paternidad y debido a las objeciones que pueden hacerse a las anteriores (359). Es interesante exponerla a continuación, por considerar que lo que hace este autor es relacionar el fundamento de la presunción de paternidad con su estructura interna de presunción, y por lo tanto nos conduce al tema propuesto al principio de esta exposición (360). Por ello cabe volver a la pregunta inicial, ¿cuál es la naturaleza jurídica de las presunciones?

Aunque es ésta una cuestión prácticamente inexplorada, todo parece señalar que el fundamento de la presunción guarda aquí una íntima relación con la máxima de experiencia, o principio de normalidad, en su caso, que sirve a la formación del juicio de probabilidad en que la propia presunción consiste (361). Ninguna de las teorías anteriormente mencionadas logra explicar suficientemente esa relación. Habría que intentar construir una teoría general de la legitimidad, una teoría de la presunción de paternidad que alcanzase incluso, y fuera aplicable, si fuera posible, a la filiación ilegítima, donde juegan también un gran papel presunciones de paternidad (362).

La primera presunción de hecho que la Ley tiene en cuenta es la de cohabitación matrimonial, y en las situaciones de crisis, como la separación legal o judicial, recobra plena eficacia la presunción sólo en el caso de que haya habido entre los cónyuges reunión de hecho.

La cohabitación jugaría así un papel causal en orden a la fecundación, pues lo que se presume es que probada o presunta (en el caso de las situaciones marginales como la separación), la cohabitación entre los esposos es que ha sido fecunda, el hijo ha nacido precisamente de esas relaciones. Esta presunción de generación, y la atribución de paternidad que implica, no puede ser absoluta. Se ha hablado de posibilidad que la Ley

(359) El autor dedica un gran apartado a estas cuestiones, véase RIVERO: *La presunción...*, pp. 206-287.

(360) Esto es al título general de lo que pretende ser este trabajo. Recuérdese que el tema propuesto era "El valor probatorio de las presunciones", y no "La presunción de paternidad o la presunción muciana", que sólo han sido tomados como ejemplos, para luego llegar, si se puede, a aportar algunas conclusiones.

(361) Sobre el principio de normalidad o *quod plerumque accidit*, véase todo lo expuesto anteriormente o directamente CARRERAS: "Naturaleza jurídica de las presunciones", cit., p. 353.

(362) RIVERO: *La presunción...*, cit., p. 238.

convierte en seguridad, pero sólo en principio. Por ello, de la misma manera que la presunción de paternidad cae por defecto de cohabitación, cuando se demuestra la imposibilidad de cohabitación en la época de la concepción debe admitirse, y así lo hacen los sistemas jurídicos más avanzados, la prueba de no generación o causalidad de la cohabitación matrimonial en la impugnación de paternidad (363).

En resumen, contemplada la presunción de paternidad y aun justificada o explicada como una cohabitación causal o fecunda (o como una presunción de cohabitación más una presunción de generación), puede aplicarse esto a su impugnación. Los Códigos civiles alemán y suizo observan claramente diferenciadas las presunciones de concepción y generación a las que se refiere RIVERO a la hora de sustentar su propia teoría (364).

Para RIVERO, en la base de toda atribución de paternidad, legal o judicial, legítima o ilegítima, hay siempre una presunción de paternidad: legal si aparece dictada prevista o impuesta por la ley, y de hecho o judicial cuando no ocurre así. Presunción legal de paternidad es la clásica, *pater is est* formulada en distinta forma y presente en casi todos los ordenamientos jurídicos. También lo es el reconocimiento de hijo natural. Presunción de hecho es, en cambio, cuando un Tribunal declara la paternidad del hombre que yació con una mujer en determinada época, o a quien se ha condenado por rapto o estupro.

Según lo anterior, ¿cuál es la naturaleza jurídica de la presunción de paternidad? No parece ser una propia y verdadera presunción, sino como una regla de fondo, imperativa, íntimamente unida a la institución del matrimonio, y de la que es una consecuencia. La fidelidad se presume, como la inocencia, la buena fe, pero en virtud de principios generales. Si se examinan diferentes definiciones de presunción aportadas por distintos autores, como ya se ha hecho a lo largo de esta exposición, podrá comprobarse que en todo caso lo presunto es un hecho, un acontecimiento, nunca una idea ni un valor jurídico. Por ello, RIVERO considera, al hablar de legitimidad, que no estamos ante una presunción, sino ante una calificación jurídica, y una calificación jurídica no se presume (365). Sólo cabe presumir hechos, y la legitimidad no es un hecho, sino un concepto o un valor jurídico resultante de la concurrencia de ciertos hechos. El profesor LA-

(363) En este sentido es muy clara la regla que da el BGB alemán: el hijo no es legítimo (art. 1.591, cfr.) si, según las circunstancias, es evidentemente imposible que la mujer haya concebido por obra de su marido; y la del artículo 254 CC suizo: el marido no puede impugnar al hijo nacido ciento ochenta días por lo menos después del matrimonio, nada más que si prueba que él no podría ser su padre.

(364) RIVERO: *La presunción...*, p. 262.

(365) RIVERO: *op. cit.*, p. 335, citando a D'ANGELO: *La filiazione legittima*, p. 59, en nota a pie 167.

CRUZ, seguramente sin pretenderlo, y a propósito de la filiación, arroja algo de luz al tema en general, al señalar que las presunciones serían “el mecanismo para suplir la dificultad de prueba de un hecho (366)”.

B) Los artículos del Código Civil.

Pero veamos la regulación de este tema en los artículos de nuestro Código Civil actual (367):

Artículo 108: *La filiación puede tener lugar por naturaleza y por adopción. La filiación por naturaleza puede ser matrimonial y no matrimonial. Es matrimonial cuando el padre y la madre están casados entre sí.*

(...)

Para que la filiación (368) sea considerada matrimonial, el Código no exige que el matrimonio de los padres sea previo a la concepción del hijo, ni siquiera a su nacimiento, pues según el comienzo del artículo 119, *la filiación adquiere el carácter de matrimonial desde la fecha del matrimonio de los progenitores cuando éste tenga lugar con posterioridad al nacimiento del hijo.*

Por exclusión, se considera que son hijos no matrimoniales los hijos por naturaleza de progenitores entre los que no medie vínculo matrimonial.

Ambas clases de filiación no se excluyen: la filiación no matrimonial puede devenir matrimonial por el sucesivo matrimonio de los progenitores. No es una clase de filiación equiparable a la matrimonial (como la que tiene lugar por adopción plena), sino que es matrimonial (369).

Respecto a la prueba de la filiación, en el artículo 127 se disponía (370) que *en los juicios sobre filiación será admisible la investigación de*

(366) LACRUZ, en LACRUZ, SANCHO, LUNA, DELGADO, RIVERO, RAMS: *Elementos de Derecho civil IV*, cit., p. 321.

(367) Sobre esta materia, DE LA CÁMARA: “Comentarios a los artículos 108 a 141 del Código Civil”, en *Comentarios al CC y Compilaciones*, dir. por Albaladejo, tomo III, 1.º, Eder-sa, Madrid, 1984, y “La reforma del Derecho de familia”, en *Jornadas hispalenses*, Sevilla, 1982; GARCÍA CANTERO: “La reforma de la filiación” en *RGLJ*, 1983, pp. 133 y ss.; MARTÍNEZ CAL-CERRADA: *El nuevo Derecho de familia*, tomo I, Madrid, 1983; PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS: “Comentarios a los artículos 108 a 141 CC”, en *Comentarios a la reforma del Derecho de fami-lia*, volumen I, Madrid, 1984; RIVERO HERNÁNDEZ: “La filiación”, en *El nuevo régimen de la familia*, volumen II, Civitas, Madrid, 1982.

(368) De manera general, para todo lo relacionado con la filiación, véase GARCÍA CAN-TERO, en CASTÁN: *Derecho civil español común y foral*, tomo V, volumen II, 10 edición, Reus, SA, Madrid, 1985, pp. 11-200, con abundante bibliografía española y extranjera.

(369) Por otra parte, la adopción es un acto jurídico de Derecho de familia que confiere al adoptante y adoptado *status* paterno y filial. El acto jurídico sustituye al hecho natural. Sobre la doctrina del título de estado, véase CICU: *La filiación*, p. 22 y ss., citado por RIVERO: *La pre-sunción...*, cit., p. 243. También LÓPEZ y LÓPEZ: *La posesión de estado familiar*, Sevilla, 1971.

(370) Este artículo, así como los siguientes (127-130), fueron derogados por Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento civil.

la paternidad y de la maternidad mediante toda clase de pruebas, incluidas las biológicas (371).

Tratándose de la filiación por naturaleza, y habida cuenta del principio realista que preside la concepción de esta filiación en nuestro CC actual, es evidente que el hecho determinante de la filiación jurídica es la procreación biológica, ya que es el fundamento de la misma. Sin embargo, el hecho de la paternidad no es de fácil demostración, como se sabe, por lo que requiere de otros hechos o actos para acceder al mundo jurídico y dar lugar a la filiación jurídica; de otra manera, si no es conocido y establecido jurídicamente, no puede hacerse valer, ni desarrollar la filiación sus efectos (372). Es tal su importancia que debe quedar fijado de manera segura, según el artículo 1.218 CC (373), proveyendo la Ley mecanismos especiales, que son las presunciones, para suplir la dificultad de prueba de aquel hecho.

Los verdaderos medios de determinación de la filiación matrimonial y no matrimonial se hallan tratados en los artículos 115 y 120, respectivamente.

Artículo 115: *La filiación matrimonial materna y paterna quedará determinada legalmente:*

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

2.º *Por sentencia firme.*

Artículo 120: *La filiación no matrimonial quedará determinada legalmente:*

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

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

3.º *Por sentencia firme.*

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

(371) Véanse estos temas en GARCÍA CANTERO, en CASTÁN: V, 2 pp. 141-159, y RIVERO en LACRUZ, SANCHO, LUNA, DELGADO, RIVERO y RAMS: *Elementos*, IV, *Familia*, nueva edición revisada y puesta al día por J. RAMS ALBESA, Dykinson, Madrid, 2002, pp. 317-339.

(372) En la actualidad, la filiación fundada en el vínculo de la generación origina un estado, que es la posición que el individuo ocupa en la familia y de la cual derivan derechos y obligaciones (...) STS de 7 de diciembre de 1988, citado en LACRUZ, SANCHO, LUNA, DELGADO, RIVERO y RAMS: *Elementos*, IV, 2002, cit., p. 321.

(373) *Los documentos públicos hacen prueba, aun contra tercero, del hecho que motiva su otorgamiento y de la fecha de éste.* El artículo 1.218 es una norma de carácter procesal, que se ha mantenido en el CC, pero cuya jurisprudencia y doctrina son procesalistas (O'CALLAGHAN: *Código Civil comentado*, cit., p. 1216).

Todos ellos son medios jurídicos que sirven para constatar la filiación. No son títulos constitutivos, sino declarativos, pues la filiación existía y pudo producir efectos aun no constatada formalmente (374), tal y como previene el artículo 112:

La filiación produce sus efectos desde que tiene lugar. Su determinación legal tiene efectos retroactivos siempre que la retroactividad sea compatible con la naturaleza de aquéllos y la Ley no dispusiere lo contrario (...).

Para el CC, los títulos de legitimación de la filiación son los del artículo 113.1:

La filiación se acredita por la inscripción en el Registro civil, por el documento o sentencia que la determina legalmente, por la presunción de paternidad y, a falta de los medios anteriores, por la posesión de estado (...).

Mientras que la inscripción en el Registro Civil y el documento o sentencia que la determine no ofrecen duda, LACRUZ considera que la presunción de paternidad matrimonial es sólo una presunción legal y por lo tanto ella por sí sola no puede ser título de legitimación (375). Respecto a la posesión de estado, hoy goza de mayor favor entre la doctrina en torno a su consideración como título legitimatorio (376). En el caso de filiación indeterminada se admiten otros medios y pruebas para demostrar la filiación si ésta es presupuesto para ejercitar derechos.

La cuestión de la prueba de la filiación se plantea por primera vez cuando se trata de demostrar la existencia de una filiación no determinada, es decir, cuando se discute una filiación cuya realidad o veracidad niega alguien, y se trata de demostrar que no existe la que formalmente aparecía como establecida. El sistema hoy vigente parte del artículo 767.2 de la LEC, que dispone *que en los juicios sobre filiación será admisible la investigación de la paternidad y de la maternidad con toda clase de pruebas, incluidas las biológicas*. Sin embargo, ese sistema abierto propugnado encuentra una restricción en el primer párrafo del artículo 767 de la LEC:

(374) En este sentido, RIVERO en LACRUZ, SANCHO, LUNA, DELGADO, RIVERO y RAMS: *Elementos*, IV, 2002, p. 324, y PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS: *Comentarios*, citado RIVERO: *Comentarios del Ministerio de Justicia*, cit., pp. 442-443.

(375) En este sentido, la STS 21 de julio de 2000, AC 1168/2000: “El artículo 113 CC consagra, entre los medios de acreditación de la filiación y consiguientemente de la correspondiente paternidad, el de la presunción, a través del matrimonio de los progenitores, requiere para ello de la maternidad de la esposa, que aquí no se ha cuestionado, y de la acreditación de vigencia del matrimonio, que se reconoce expresamente que era el marido y padre desarrollan los artículos 116 y 117 del mismo Código al establecer la presunción por el nacimiento después de los ciento ochenta días de contraído el matrimonio de los que se tienen por progenitores y antes de los trescientos siguientes a la disolución del vínculo o a la separación legal o de hecho de dichos cónyuges”.

(376) RIVERO en LACRUZ, SANCHO, LUNA, DELGADO, RIVERO y RAMS: *Elementos*, IV, 2002, cit., p. 325. Respecto a la posesión de estado, pp. 326-327, con jurisprudencia variada o RIVERO, en *Comentarios del Ministerio de Justicia*, pp. 443-444.

En ningún caso se admitirá la demanda sobre determinación o impugnación de la filiación si con ella no se presenta un principio de prueba de los hechos en que se funde (377). Ambos preceptos son aplicables a la filiación matrimonial y a la extramatrimonial.

La relación paternofilial es una de las más ricas de todo el Derecho privado, y sus consecuencias afectan y se proyectan en muchas otras áreas jurídicas, no sólo del Derecho de familia. Éste no es el lugar oportuno para traerlas a colación, pero sí cabe señalar cómo los artículos 109 a 111 hacen una concreta alusión a algunos efectos:

— La filiación determina los apellidos con arreglo a lo dispuesto en la Ley (y que remite a los arts. 53 y ss. de la Ley de Registro Civil). El hijo, al alcanzar la mayoría de edad, podrá solicitar que se altere el orden de sus apellidos.

— Al deber de velar y alimentar previstos en el artículo 154 CC como contenido de la patria potestad y obligación de los padres que la ejercen. El artículo 110 dice que el padre y la madre, aunque no ejerzan la patria potestad, están obligados a velar por los hijos y a prestarles alimentos y a relacionarse con los hijos (art. 169 y 94 CC).

— El artículo 111 alude a la exclusión de efectos en virtud de una serie de causas; se trata de sanciones civiles justificadas en la actitud del progenitor, bien porque el hijo nació de unas relaciones habidas mediante delito (378) o por su comportamiento en el proceso de determinación de la filiación (379).

Respecto a la filiación matrimonial ya referida por el artículo 108.1 hay que decir que los requisitos son: 1.º, maternidad de la mujer casada; 2.º, matrimonio que confiere a la madre esa cualidad de casada; 3.º, que la generación sea obra del marido. Veamos:

1.º Maternidad de la mujer casada. Supone la demostración de dos hechos: el parto de la mujer casada y la identidad del hijo alumbrado por ella. Ambos son hechos de prueba relativamente fácil, por su propia na-

(377) Coincidente con el anterior artículo 127 del CC, derogado por la nueva LEC. El objeto de esta norma es evitar los riesgos que puede suponer en algunos casos el posible abuso. La jurisprudencia suaviza esa restricción al admitir en ocasiones a trámite la demanda cuando se acredite la seriedad de la pretensión procesal y “se vaya a aportar enseguida” el principio de prueba. Es decir, no será preciso acompañar ya con la demanda una prueba plena y completa del fundamento fáctico de la acción ejercitada (SANCHO en LACRUZ y SANCHO REBULLIDA: *Elementos*, IV, 1982, p. 616).

(378) El único supuesto es el previsto en el artículo 193 CP: sentencia condenatoria por los delitos contra la libertad sexual.

(379) Se trata de los supuestos de determinación judicial de la filiación con oposición del progenitor.

turalidad. La maternidad no crea especiales problemas, *mater semper certa est* (380), y accede al Registro Civil por los títulos en cuya virtud se practica la inscripción de nacimiento (arts. 41 y 47 LRC, y 167 y 168 del RRC), que están obligadas a promover ciertas personas (arts. 42 y 43 LRC). Sobre esta inscripción actuará luego la presunción de paternidad del artículo 115.1, para constituir el título de determinación de la filiación.

2.º Matrimonio. Es el elemento definidor de esta filiación. Ha de tratarse de matrimonio válido, o putativo, pero subsistente todavía en el momento que se tome en consideración para estimar matrimonial el hijo, de acuerdo con los artículos 116 y siguientes del CC.

3.º Procreación del hijo por obra del marido. En principio, sólo es hijo matrimonial el alumbrado por una mujer casada, y por obra del marido (casados entre sí, dice el art. 108.1). El centro de gravedad de la vieja legitimidad y de la actual matrimonialidad de la filiación, en palabras de RIVERO, es la concepción por obra del marido (381). A pesar de los grandes avances científico-técnicos comporta mayor dificultad probatoria que los anteriores. Es este presupuesto el de más difícil prueba aún hoy en día, y como la importancia de la filiación y su concreta determinación no puede consentir el que haya de demostrarse caso por caso o judicialmente esa oculta paternidad del marido, obliga a todos los ordenamientos a recurrir a una presunción legal que establezca tal paternidad. Esta presunción opera sobre la base *id quod plerumque accidit*, ya referida anteriormente, y de la duración normal del embarazo, momento del nacimiento, y el de la fecha del matrimonio, datos de los que se puede deducir la época de la concepción y atribuirle a acto del marido: es la presunción de paternidad del artículo 116 CC.

Según el artículo 115 CC, como ya vimos, la filiación materna y paterna quedará determinada legalmente: 1.º, por la inscripción del nacimiento junto con la del matrimonio de los padres; 2.º, por sentencia firme. Por lo tanto, hay dos medios de determinación de la filiación matrimonial: uno extrajudicial o registral y otro judicial o por sentencia firme.

En el primer caso, determinación extrajudicial o registral, tiene lugar por la inscripción del nacimiento junto con la del matrimonio de los padres. Aunque formalmente la inscripción del matrimonio complementa la del nacimiento del hijo para determinar la filiación, en el fondo lo que integra a la inscripción de nacimiento, con la maternidad que se documenta, es la presunción de paternidad del marido que la Ley (art. 116) deduce del matrimonio; además, a veces, del juego de la inscripción del naci-

(380) Decía PAULO (D. 2,4,5).

(381) RIVERO en LACRUZ, SANCHEZ, LUNA, DELGADO, RIVERO y RAMS: *Elementos*, IV, 2002, cit., p. 332.

miento y la del matrimonio no se deduce la filiación matrimonial del hijo (final del art. 116), por lo que para que éste pueda ser inscrito como matrimonial el artículo 118 exige algo nuevo: el consentimiento de ambos cónyuges (cfr. arts. 47 y 48 LRC).

Respecto a la determinación judicial, o por sentencia firme (art. 115.2 CC), es la recaída en un proceso civil seguido tras el ejercicio de una acción de reclamación de filiación matrimonial, o también en un proceso penal, en que junto a la condena penal y por responsabilidad civil se harán en su caso los pronunciamientos que procedan en orden a la filiación y fijación de alimentos (382).

C) La presunción de paternidad del marido es una regla de derecho material.

Ante la dificultad de prueba de la paternidad del marido, la presunción de paternidad aparece formulada en el artículo 116: *Se presumen hijos del marido los nacidos después de la celebración del matrimonio y antes de los trescientos días siguientes a su disolución o a la separación legal o de hecho de los cónyuges.*

Como se ve, se acude a la regla clásica *pater is est*, antes implícita en el artículo 108, tal y como reconoció la jurisprudencia y aceptaba la doctrina (383). Pero, además, la presunción opera no sólo a los hijos nacidos después de los ciento ochenta días siguientes a la celebración del matrimonio (únicos a los que se refería el anterior art. 108) (384), sino que afecta a todo hijo nacido durante el matrimonio, incluso al que fue engendrado con toda seguridad antes de su celebración.

Esta presunción de paternidad no es una gratuita afirmación legal (385), sino que se justifica o sustenta sobre dos puntos:

- a) La presunción de convivencia de los cónyuges (art. 69 CC) y la cohabitación o relación sexual de los mismos (art. 69 CC), y
- b) la llamada presunción de concepción, que permite suponer que ésta ha ocurrido dentro de los ciento veinte primeros días de los trescientos que preceden al nacimiento, diferencia entre los plazos de trescientos días y ciento ochenta días que el legislador considera como máximo y mínimo de gestación, respectivamente.

(382) Según el artículo 193 del Código Penal.

(383) Ya se ha visto a lo largo de estas páginas. Cfr. RIVERO: *Comentarios del Ministerio de Justicia*, p. 451.

(384) Véanse todos los argumentos expuestos por RIVERO: *La presunción...*, cit. en las páginas correspondientes.

(385) RIVERO en LACRUZ, SANCHO, LUNA, DELGADO, RIVERO, RAMS: *Elementos*, IV, cit., p. 333, o directamente en *Comentarios del Ministerio de Justicia*, cit., p. 452.

La presunción de paternidad del artículo 116 es bastante más que una presunción, en palabras de RIVERO; se trata de una regla de derecho material que, basándose en el principio de normalidad (*id quod plerumque accidit*), establece legalmente quién es el padre cuando se dan ciertos presupuestos. Funciona en el proceso como presunción relativa, pues admite prueba en contrario (386).

La presunción del artículo 116 puede ser impugnada (arts. 136 y 137) demostrando que en un caso concreto no ha funcionado correctamente, aun verificándose el supuesto de hecho, y que el hecho presunto (la paternidad del marido) no es cierto. Distinto es el caso en que se pretenda la declaración de la inaplicabilidad de la regla del artículo 116 por defecto de alguno de los presupuestos fácticos sobre los que actúa: por ejemplo, si no había matrimonio, o el hijo cuestionado no fue alumbrado por mujer casada, o nació trescientos cinco y no doscientos noventa y cinco días después de la separación de hecho (387). Todo ello sin perjuicio de la menor energía en la afirmación o presunción de la paternidad que se tiene cuando se trata de hijos concebidos antes del matrimonio, pero nacidos después de su celebración (388).

RIVERO alberga dudas de que esta presunción de paternidad sea un verdadero título de legitimación, a pesar de haber sido incluido en el artículo 113, lo que le parece desacertado (389). La presunción de paternidad del artículo 116 es sólo un medio indirecto y legal de determinación de la paternidad marital ante la dificultad de prueba directa de ésta. En apoyo de esta afirmación, entiende LACRUZ que no es título de legitimación porque la presunción de paternidad no acredita ella sola (a diferencia de lo que ocurre con la inscripción en el Registro Civil o la sentencia firme) la filiación, sino que precisa de la constancia de la mujer casada y del matrimonio; su eficacia se halla condicionada por ésta, y en atención a la duración de la gestación (la máxima legalmente asumida) considera matrimoniales a los nacidos antes de los trescientos días siguientes a la disolución del matrimonio, y, en cuanto al nacimiento, se estará al momento en que el feto adquirió vida autónoma e independiente de la madre.

En la actualidad opera la presunción con la misma eficacia que si fue-

(386) Sobre las presunciones absolutas (*iuris et de iure*) y relativas (*iuris tantum*) se ha hablado a lo largo de esta exposición. Remito a la bibliografía citada a lo largo de estas páginas, también de manera general a Manuales de Derecho Procesal y sobre todo a CARRERAS: "Naturaleza jurídica y tratamiento de las presunciones", cit.

(387) Ejemplos mencionados por RIVERO en LACRUZ, SANCHO, LUNA, DELGADO, RIVERO Y RAMS: *Elementos*, IV, cit., p. 334, o en *Comentarios del Ministerio de Justicia*, cit., p. 453.

(388) Sobre estas cuestiones conviene detenerse, aun para el derecho anterior a la reforma, y por su originalidad, RIVERO: *La presunción...*, cit.

(389) RIVERO: "La filiación", en *El nuevo régimen de la familia*, II, citado o en LACRUZ: *Elementos*, IV, cit., pp. 332 y ss.

ra título legitimatorio de la filiación, cuando la inscripción de nacimiento se hace dentro o fuera de plazo; el CC no distingue, y a él se remite el nuevo artículo 314 del Reglamento del Registro Civil tras la reforma llevada a cabo el 29 agosto de 1986 (390).

Respecto de la filiación del hijo nacido dentro de los ciento ochenta días siguientes a la celebración del matrimonio, nuestro Derecho positivo considera que son plenamente matrimoniales. Sin embargo, no se puede ignorar la menor fuerza que en este caso tiene la presunción que atribuye su paternidad al marido, ya que la cohabitación de la que hubo de nacer ese hijo se dio en una época en la que no podía ser presumida. Así el artículo 117 dispone que: *Nacido el hijo dentro de los ciento ochenta días siguientes a la celebración del matrimonio, podrá el marido destruir la presunción mediante declaración auténtica en contrario formalizada dentro de los seis meses siguientes al conocimiento del parto. Se exceptúan los casos en que hubiere reconocido la paternidad expresa o tácitamente o hubiese conocido el embarazo de la mujer con anterioridad a la celebración del matrimonio, salvo que, en este último supuesto, la declaración auténtica se hubiera formalizado, con el consentimiento de ambos, antes del matrimonio o después del mismo, dentro de los seis meses siguientes al nacimiento del hijo.* Por lo tanto, la presunción de paternidad juega a favor de este hijo.

El marido puede destruir la presunción mediante declaración auténtica en contrario formalizada dentro de los seis meses siguientes al conocimiento del parto, pero no se trata en este caso de una impugnación de paternidad, sino de desconocimiento de la paternidad. Se trata de un mecanismo extrajudicial; es una declaración de voluntad que compete exclusivamente al marido, lo que hace posible destruir una presunción de paternidad que era vulnerable por razones conocidas, y que así no fuerza al marido a pleitear, incluso después de inscrita la filiación en el Registro (art. 184.2 RRC). La excepción a la posibilidad de destruir la presunción es en el caso de que el marido, expresa o tácitamente, hubiera reconocido su paternidad o hubiese conocido el embarazo de la mujer.

Respecto a la filiación del nacido después de los trescientos días siguientes a la disolución del matrimonio o a la separación de los cónyuges, el hijo no se halla protegido por la presunción del artículo 116, y por tanto no puede ser atribuido, en principio, al marido. A pesar de ello se puede demostrar la paternidad marital a través de una acción de reclamación interpuesta por quien esté legitimado para ello, esto es, el hijo, su representante, o en su caso la persona legitimada, demostrando que la ges-

(390) En este sentido, hay Resoluciones de la DGRN; véanse las citadas por RIVERO en LACRUZ: *Elementos*, IV, cit., p. 334.

tación fue de duración superior a los trescientos días del artículo 116 (391).

Sobre la filiación del nacido antes del matrimonio de sus padres (392), hay que decir que, en virtud del artículo 119, adquiere el carácter de matrimonial desde la fecha del matrimonio de los padres, siempre que el hecho de la filiación quede determinado legalmente conforme a lo establecido en las disposiciones relativas a la determinación no matrimonial (arts. 120 y ss.). El hijo nacerá extramatrimonial, pero automáticamente desde el matrimonio de sus padres será considerado matrimonial. Necesariamente, sin embargo, deberá constar que tal hijo es extramatrimonial de ambos cónyuges. Se trata, en palabras de O'CALLAGHAN, de una matrimonialización del hijo extramatrimonial (393).

Se puede concluir diciendo que (394) a partir del artículo 116 y hasta el 119, el Código establece las presunciones de paternidad. El 116 es la presunción general, en el caso considerado como normal; el 117 es la presunción atenuada; el 118 (394 bis) es la negativa a la presunción; el 119 tampoco es presunción, sino matrimonialización (395).

La presunción alcanza a todo hijo, en principio, nacido en matrimonio, siendo indiferente el momento de la concepción, anterior o durante él. Es la presunción de paternidad del marido de la madre, unidos en matrimonio entre sí. Parte el Código del plazo mínimo y máximo de gestación de ciento ochenta y trescientos días, respectivamente; si nace dentro de los ciento ochenta días primeros del matrimonio, esta presunción general queda atenuada por la del artículo 117; si nace después de los trescientos días de separado o disuelto el matrimonio, no se aplica la presunción.

En todo caso, es una presunción *iuris tantum*, basada en los deberes

(391) Los casos previstos están enumerados por RIVERO en LACRUZ: *op. cit.*, pp. 336 y 337, puesto que puede ocurrir que se produzcan otros nacimientos con gestación normal más allá de los trescientos días siguientes a la disolución del matrimonio o a la separación de los cónyuges, como son: en caso de fallecimiento del marido, divorcio, y separación legal o de hecho. En este último caso, aun faltando la presunción de paternidad del marido, el legislador facilita la inscripción del hijo como matrimonial si concurre el consentimiento de ambos cónyuges (véase el art. 118 CC); RIVERO: "La filiación", en *El nuevo régimen de la familia*, II, cit., pp. 32 y ss.

(392) Sobre este tema, RIVERO HERNÁNDEZ: *La presunción de paternidad legítima*, cit., y MOREU BALLONGA: "Matrimonialidad de la filiación por subsiguiente matrimonio de los padres", en *Homenaje a Vallet de Goytisolo*, tomo III, pp. 665 y ss., Madrid, 1988.

(393) O'CALLAGHAN, X.: *Código Civil comentado y con jurisprudencia*, 3.ª edición, La Ley, Madrid, 2003, artículo 119, pp. 196.

(394) O'CALLAGHAN: *Código Civil comentado*, pp. 193-194.

(394 bis) Artículo 118 CC: Aun faltando la presunción de paternidad del marido por causa de la separación legal o de hecho de los cónyuges, podrá inscribirse la filiación como matrimonial si concurre el consentimiento de ambos.

(395) Aunque el término le resulte a GARCÍA CANTERO un neologismo que no suena muy bien (en CASTÁN: *Derecho civil español común y foral*, V-2.º, cit., p. 121).

de convivencia y de fidelidad previstos en los artículos 68 y 69, que son efecto personal del matrimonio; presunción, por tanto, que admite prueba en contrario: puede probarse que el hijo no es del marido por medio de las acciones de investigación y de impugnación de la paternidad, y, además, puede probarse también que el nacido después de los trescientos días de disuelto o separado el matrimonio, es del marido a pesar del transcurso de este plazo [sin perjuicio de que, en este caso, quepa aplicar el art. 118 (396)].

D) La decadencia de la presunción de paternidad (Comentario a la STS de 29 de octubre de 2004.)

El presente comentario a la STS es un ejemplo de cómo decae la presunción de paternidad del artículo 116 del CC ante determinados hechos: en este caso tras haber sido realizada una operación de vasectomía. Dicha operación destruye la presunción del artículo 116.

Se trata de la sentencia número 1052/2004, de la que fue ponente el Excmo. Sr. D. Xavier O'CALLAGHAN. En dicha sentencia se rechaza el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de apelación dictada por la Audiencia Provincial de Huelva, que a su vez confirmaba la sentencia emitida como consecuencia de juicio ordinario de menor cuantía por el juez de Primera Instancia número 8 de Huelva. En ella se reitera la doctrina jurisprudencial de la decadencia de la presunción de paternidad del artículo 116 del Código Civil: es preciso probar la paternidad para ejercer la acción de indemnización.

Se trataba del siguiente supuesto:

El 18 de octubre de 1991, don J. S. S. se sometió a la operación quirúrgica de vasectomía para obtener su infertilidad, operación que le fue practicada por don M. S. S., médico demandado. Al mes siguiente se le practicó una prueba analítica de esperma con resultado de azoospermia. En julio de 1994 su esposa quedó embarazada y ese mismo mes y año se hizo un análisis que acreditó una oligozoospermia grave que justifica la existencia de infertilidad en un hombre, sin que por ello se descarte la paternidad.

(396) O'CALLAGHAN: *op. et loc. cit.* Hay que recordar también que en el caso de hijo habido del matrimonio cuando ambos cónyuges estaban separados legalmente, y por lo tanto había cesado el deber de cohabitar, como resultado de la sentencia de separación, es necesario el consentimiento de ambos cónyuges a la hora de inscribirlo registralmente como matrimonial. Sobre estos temas, MARTÍNEZ DE MORENTIN, M.^a L.: *Las causas de separación matrimonial en Derecho comparado y Derecho español. Estudio doctrinal y jurisprudencial*, Servicio de Estudios del Colegio de Registradores, Madrid, 2002, pp. 468 y ss. También directamente RIVERO: "La filiación", *El nuevo régimen de la familia*, II, cit., pp. 39 y ss.

En base a ello, la representación del demandante interpuso demanda de juicio declarativo ordinario de menor cuantía alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación y terminó suplicando al Juzgado que dictara sentencia por la que se condenara a pagar al demandado determinada cantidad en concepto de daños y perjuicios por negligencia profesional médica y costas, etc.

Recibido el pleito a prueba se practicó la que propuesta por las partes personadas fueron declaradas pertinentes (397), pero dicha demanda fue desestimada. Interpuesto recurso de apelación contra dicha sentencia también lo fue.

La sentencia de instancia objeto del recurso de casación desestimó la demanda por entender que la intervención médica fue correcta, sin que se le pueda atribuir una negligencia profesional; sin embargo, existe un deber de información que corresponde al médico que practicó la operación que no le fue proporcionado al paciente (398), y por la cual hubiera sabido que en un porcentaje de operaciones de esas características se produce una recanalización espontánea que da lugar a una fertilidad y en consecuencia la posibilidad de la paternidad.

Es preciso probar la paternidad de don J. S. S. para poder ejercer la acción de indemnización, pues en este supuesto decae la presunción de paternidad prevista en el artículo 116 CC. Como no se ha acreditado la paternidad del demandante respecto del hijo fruto del embarazo de su esposa, tiene que desestimarse la acción de indemnización de daños y perjuicios por negligencia médica.

El Fundamento de Derecho segundo esgrimido por la Sala resulta de gran valor al examinar varios aspectos que deben ser tenidos en cuenta antes de pasar a analizar los motivos del recurso de casación.

En primer lugar se trata de calificar jurídicamente el contrato que vincula al médico-paciente. Hay que analizar si el contrato es de prestación de servicios (si a lo que el médico se obliga es, no a la curación del paciente, sino a prestar los servicios adecuados a tal fin), o si se trata de un contrato de obra con obligación de resultado; este último parece ser el

(397) Como se verá, la que constituyó la base para la demanda no fue aportada.

(398) Sobre el consentimiento informado, véase la Ley 41/2002, de 14 de noviembre. También HORST, A.: *El consentimiento informado del paciente a la luz de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente*, febrero 2004, <http://noticias.juridicas.com>. Véase sobre este tema: DE ÁNGEL YAGÜEZ, R.: *Responsabilidad civil por actos médicos. Problemas de prueba*, Civitas, Madrid, 1999; DÍAZ-REGAÑÓN: *El régimen de prueba en la responsabilidad civil médica: hechos y derecho*, Aranzadi, Pamplona, 1996; FERNÁNDEZ HIERRO: *Sistema de responsabilidad médica*, Granada, Comarés, 1998; GALÁN CORTÉS: *El consentimiento informado del usuario de los servicios sanitarios*, Colex, Madrid, 1998.

criterio jurisprudencial, ya que en casos de cirugía estética, odontología, oftalmología y asimismo en la intervención de vasectomía así lo ha expresado (399).

En el presente caso no es que el resultado no se haya producido, sino que en una intervención correcta se puede producir una recanalización espontánea que dé lugar a una fertilidad (como ya se anticipaba), situación que se produce en un mínimo porcentaje en estas intervenciones, que debe tenerse en cuenta y que debe ser objeto del deber de información, pues puede dar lugar a una paternidad.

En segundo lugar, respecto al deber de información (400), hay que observar que en este caso no se ha probado (401). En el caso concreto consiste en que el médico informe al paciente de los riesgos previsibles

(399) Por ejemplo, en la antigua sentencia de 21 de marzo de 1950 y en las más recientes de 28 de junio de 1997 y 22 de julio de 2003 para el caso de cirugía estética y de 28 de junio 1999 y 11 de diciembre de 2001 para odontología, y 2 de noviembre de 1999 para oftalmología (citados a su vez en el Fdto. de Dcho. 2.º de la STS 29 de octubre de 2004 que comentamos). Para el caso como el presente de vasectomía ya se expresó la Jurisprudencia de nuestro TS en sentencia de 11 de febrero de 1997 al decir que “no cabe duda que el resultado (...) actúa como auténtica representación final de la actividad que desarrolla el profesional (...) se haya distinguido jurídicamente dentro del campo de la cirugía entre una cirugía asistencial que identificaría la prestación profesional con la *locatio operarum* y una cirugía satisfactiva (operaciones de cirugía estética u operaciones de vasectomía, como la presente) que identifican aquella con la *locatio operis* (...) que comporta la obtención del buen resultado o dicho con otras palabras, el cumplimiento exacto del contrato en vez del contrato defectuoso”. Se trataba de un caso de incumplimiento contractual en atención a que la operación de vasectomía no produjo los resultados esperados.

(400) El artículo 4 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, dice: *este derecho de información comprende como mínimo la finalidad y naturaleza de cada intervención, sus riesgos y sus consecuencias* (...). Si se tiene en cuenta la STS de 27 de abril de 2001 (RJ 2001, 6466), en un supuesto de medicina voluntaria o satisfactiva, señaló que “la exigencia de información relevante personalizada (art. 10 de la Ley General de Sanidad y Código de Deontología Médica de 1990) alcanza una mayor relevancia, debiendo ser clara, exhaustiva para que el paciente (o cliente) pueda contar con datos claros y precisos para poder decidir si se somete o no a la intervención que el facultativo le propone”.

(401) La jurisprudencia ha unificado sus criterios y aplica la doctrina de la facilidad probatoria actualmente recogida en el artículo 217 LEC. De esta forma, se aplica la inversión del *onus probandi*, con lo que la carga de la prueba sobre la existencia del adecuado consentimiento informado recae sobre el facultativo, pues es él quien se halla en situación más favorable para conseguir su acreditación SSTS de 16 octubre de 1998, RJ 1998, 21887; 28 de diciembre de 1998, RJ 1998, 30716; 19 de abril de 1999, RJ 1999, 7194; 28 de diciembre de 1998, RJ 1998, 30716; 19 de abril de 1999, RJ 1999, 7194; 7 de marzo de 2000, RJ 2000, 1976; 12 de enero de 2001, RJ 2001; 6 y 8 de septiembre de 2003, RJ 2003, 92643. Pero no toda falta de información lleva consigo de forma inmediata y automática una consecuencia indemnizatoria. Es imprescindible que el paciente pruebe los perjuicios que aquélla haya originado, pues según el artículo 217 LEC, la carga de la prueba de este extremo le corresponde a la parte actora. En este sentido, la STS de 23 de julio de 2003, RJ 2003, 80469, dice: “si bien el consentimiento informado es el eje de la actividad médica, su ausencia sólo genera responsabilidad cuando el paciente ha sufrido algún tipo de perjuicio”.

que comporta la intervención, esencialmente el del porcentaje de supuestos en que la vasectomía no alcanza los resultados esperados, por razón de una recanalización espontánea (402).

El tercer aspecto que se examina en la sentencia es la paternidad. Este tema es el que tiene mayor relevancia para nosotros y por lo que se ha traído a colación la sentencia que comentamos.

Toda acción indemnizatoria del paciente al que se le ha practicado la vasectomía tiene como base el que sea el padre de la criatura que su esposa ha engendrado.

En situaciones de normalidad, la presunción de paternidad del artículo 116 del CC es suficiente para atribuirle, pero para un caso de vasectomía en que, en principio, no cabe la paternidad, aquella presunción no basta para fundamentar la acción indemnizatoria por razón de la misma (403). Ya lo estableció la STS de 11 de febrero de 1997 (404) al decir que “la paternidad no es materia disponible sobre la que quepa su fijación probatoria por medio de admisión o confesión en cuanto responde al principio de verdad en la procreación. Tampoco cabe que la paternidad la funde el órgano jurisdiccional, tratándose, como ocurre en el caso, de un matrimonio en el régimen de presunciones establecido en el Código Civil, especialmente en su artículo 116. Sin duda que estas presunciones que responden al conocimiento que transmiten reglas y máximas de experiencia seculares y que resguardan el ámbito de la intimidad del matrimonio y su estabilidad familiar parten del hecho de la normalidad presumida de los cónyuges como sujetos aptos para la reproducción, no sólo, por tanto, porque tengan capacidad de copulación, sino también en cuanto se considera gozan de potencia generatriz. Al ponerse en litigio la fertilidad o infertilidad del sujeto, con resultado posiblemente perjudicial para un tercero, si se demuestra el resultado defectuoso, los presupuestos de aquellas presunciones ceden, pues, de otro modo, quedaría en muchos

(402) Este deber de información no se ha probado, por lo que el médico sufre la carga de la prueba de su cumplimiento, tal y como reiteran las STS de 2 de noviembre de 2000, de 12 de enero de 2001, de 11 de mayo de 2001, 2 de julio de 2002 y 7 de abril de 2004.

(403) En base a los razonamientos llevados a cabo al hablar de las presunciones, cabe pensar que el juez en su labor juzgadora y teniendo en cuenta el principio tantas veces referido de normalidad, considere como muy probable que tras una operación de vasectomía, en este caso del marido, si se produce un embarazo lo sea no por obra del marido (hecho base) y por tanto sea a éste al que toque demostrar que el hijo es suyo para así poder ejercitar la acción de indemnización contra el médico. En todo caso y en virtud de los planteamientos vistos a lo largo de estas páginas, aquí podríamos estar ante la presunción contraria: la de no paternidad, pues el hecho de la vasectomía realizada es suficiente para presumir la falta de paternidad; presunción *iuris tantum*, que admite prueba en contrario. La prueba evidentemente sería la de la paternidad.

(404) Citada en la sentencia que se comenta.

casos, indefenso el demandado que, además, carece de legitimación para la impugnación de la filiación legítima. En consecuencia, la lógica interna de los hechos que se debaten exige en buena hermenéutica una decadencia de aquellas presunciones y la necesidad de probar como hecho constitutivo de la pretensión, la paternidad". En definitiva, el criterio que se reitera en la sentencia es que la acción de indemnización por fracaso del resultado de la intervención de vasectomía (405) tan sólo puede prosperar si se ha acreditado que el paciente es el padre del fruto del embarazo. Extremo éste que no ha sido probado y por ello se desestima el recurso de casación planteado. Por tanto, no se está ante un supuesto de responsabilidad civil contractual (406) tal y como se observa en el Fundamento de Derecho tercero de la sentencia.

En resumen: No hay responsabilidad contractual porque la intervención de vasectomía fue correcta, el resultado no fue conforme a lo previsto y de ello no fue debidamente informado, pero la razón de fondo de la desestimación de la demanda por la Audiencia Provincial es que no se ha acreditado la paternidad. Falta la prueba del hecho base de la indemnización, que es la paternidad, cuya carga la sufre el demandante; por tanto, se desestima la demanda (407).

Para finalizar, decir que la sentencia reitera la doctrina jurisprudencial (408) que señala que la presunción del artículo 116 del Código Civil no es suficiente para sustentar la acción de indemnización por el supuesto de hecho de la paternidad; es preciso probar ésta para ejercer aquella acción.

E) ¿Es posible hablar de la presunción de paternidad en los casos de filiación realizada con técnicas de reproducción asistida?

Parece oportuno traer a colación este tema por considerar que se trata de uno de los casos expresos de presunción *iuris et de iure* en nuestro ordenamiento. Veamos.

(405) Puesto que, como se ha señalado, es doctrina jurisprudencial, considerar que en un supuesto como el presente estamos ante *locatio conductio operis* o arrendamiento de obra (en lo que se pretende es el resultado).

(406) No se han infringido los artículos 1.101 y 1.104 del CC.

(407) Sobre la doctrina de la carga de la prueba también se ha hablado. La carga de la prueba, es decir, las consecuencias de la falta de prueba, del deber de información, la sufre el médico demandado; la de la paternidad, el demandante que reclama por razón de la misma. En el presente caso no se han probado ambos extremos, es cierto, pero se desestima la demanda porque falta la prueba del hecho base de la indemnización, que es la paternidad, cuya carga la sufre el demandante. Véanse los artículos 216, 217.2.3 y 282 y ss. LEC.

(408) Sobre todo, la STS de 11 de febrero de 1997.

Después de la reforma del CC en materia de filiación, llevada a cabo por la Ley de 13 de mayo de 1981, que redactó tal y como están ahora los artículos referidos, la Ley de 22 de noviembre de 1988, sobre Técnicas de Reproducción Asistida (TRA), vino a regular una serie de supuestos en los que la filiación procede, no de la unión sexual de hombre y mujer, sino que ésta es fecundada artificialmente utilizando algunas de las varias técnicas posibles en virtud de las que puede llegar a procrearse y nacer un hijo (409).

Al esfuerzo que supuso la Ley de 1981 para establecer la filiación jurídica basándose en la filiación biológica, se han venido a introducir importantes excepciones con la Ley de 1988 (410), ya que, a tenor de ella, la filiación legal del nacido utilizando la fecundación artificial no tiene que corresponder ni se persigue que corresponda a su filiación biológica.

Esta disociación entre filiación biológica y legal no se da por capricho, sino que la Ley ha estimado que en estos casos, en virtud de la artificialidad del procedimiento y circunstancias que concurren en la procreación del hijo que se engendra, su filiación legal puede ser preferible que se base más que en la naturaleza, en la voluntad de los padres en asumirlo como hijo (de manera algo parecida a lo que ocurre con la filiación por adopción, aunque se trate de supuestos distintos).

En base a los artículos 7 a 10 de la Ley de 1988, y respecto a la filiación de esos hijos, cabe decir (411): que salvo que se disponga otra cosa, se presume que los hijos han sido habidos por fecundación natural y valen las reglas de la filiación que establece el Código, reglas que habrá que aplicar a cualquier tipo de filiación.

La filiación asistida se da en la realidad y la regula la ley, pero el Registro Civil no publicará dato alguno del que pueda inferirse que es esa filiación la que corresponde al nacido que sea.

Independientemente de la procedencia de los materiales genéticos, la filiación asistida se estima matrimonial si el hijo es habido por mujer casada (aun con TRA) no separada, con consentimiento prestado al efecto en la forma legal por ella y su marido. Entonces esa filiación es inimpug-

(409) ALBALADEJO: *Curso de Derecho civil*, IV, *Derecho de familia*, 8.ª edición, Bosch, Barcelona, 1997, p. 272.

(410) A su vez, esta Ley se ha visto modificada por la Ley 45/2003, de 21 de noviembre.

(411) Planteándose muchas dudas en torno a algunas cuestiones, y considerando que algunas disposiciones son desacertadas e inconstitucionales (ALBALADEJO en *Curso de Derecho civil*, IV. cit., pp. 273-274, y GARCÍA CANTERO, en CASTÁN: V-2.º, 10 edición, p. 21, y otros autores), pero el TC ha dicho lo contrario. Sobre algunos aspectos de este tema, RIVERO HERNÁNDEZ: "La constitucionalidad del anonimato del donante de gametos y el derecho de la persona al conocimiento de su origen biológico (de la STC 116/1999, de 7 de junio, al *affaire Odièvre*)", RJC, 2004.1, pp. 105-134.

nable por los interesados e irreclamable la suya por quien fuere el padre biológico.

También es matrimonial el hijo que nazca de mujer sometida a TRA y del marido fallecido, si a la muerte de éste su material reproductor se hallase ya en el útero de aquélla, o, mediando consentimiento suyo en escritura pública o testamento, es utilizado para fecundar a la mujer no después de los seis meses de la muerte del esposo (412).

Sin embargo, la filiación es sólo materna, no matrimonial, si faltó el consentimiento del marido, y obviamente la filiación es también no matrimonial si la mujer fecundada es soltera (413). Si no hay más, el hijo carecerá de padre jurídico y faltará toda acción (de impugnación o reclamación contra o del padre biológico).

Pues bien, en lo que a nosotros en este momento nos interesa señalar es que, a efectos de determinar la filiación jurídica paterna, a tenor del artículo 49 de la LRC, se considera escrito que no ofrece dudas, el documento extendido ante el Centro o establecimiento autorizado en el que se refleje, previamente a la utilización de la técnica que sea, el consentimiento a la fecundación con material genético no suyo, de varón no casado. La filiación jurídica paterna que éste asume puede ser reclamada, pero no impugnada por el marido, puesto que consintió en ello (por tanto, no admite prueba en contrario).

La filiación es no matrimonial en el caso de que la mujer soltera sea fecundada después de muerto el varón que aportó su semen; sin embargo, en vez de constar la filiación materna sólo, si el varón otorgó por escritura pública o testamento su consentimiento para la fecundación y ésta se realiza antes de haber transcurrido seis meses desde su fallecimiento, aquellos documentos tendrán valor como escrito indubitado a efectos de poder determinar legalmente la filiación paterna, a tenor del artículo 49 de la LRC. Resumiendo, en este caso particular, cabe decir que en los supuestos de que exista un documento en que conste el consentimiento del marido de la mujer que se somete a TRA, estamos ante una presunción *iuris et de iure* (que no admite prueba en contrario), y el hijo así concebido se considera matrimonial. Cuando se trata de mujer no casada que

(412) Sobre estos temas, véase RIVERO: *Comentarios del Ministerio de Justicia*, I, pp. 517 y ss., y GARCÍA CANTERO, en CASTÁN: V-2.º, cit., pp. 215-239, con abundante bibliografía reseñada en pp. 215-219; M. PÉREZ MONGE: *La filiación derivada de técnicas de reproducción asistida*, Servicio de Publicaciones del Colegio de Registradores, Madrid, 2002, y bibliografía allí recomendada. En general, RIVERO HERNÁNDEZ: *Elementos*, IV, cit., pp. 517-538.

(413) Sobre los requisitos para las TRA o RMA (antes FIV) previstos en otros países, y la necesidad de su regulación legislativa, véase G. GARCÍA CANTERO: *¿Qué familia para el siglo XXI?*, en base a las ponencias presentadas en el Congreso de Brisbane, cit.

se somete a estas técnicas, y también media consentimiento del varón con el que convive, también es aplicable dicha presunción de paternidad.

Pese a que la Ley prohíbe y declara nulos los contratos en que se convenga el llamado alquiler de vientre o gestación por sustitución, hay que señalar que, en caso de que se produjese, rigen las reglas generales en cuanto a la filiación paterna: el padre biológico puede reclamar su paternidad; respecto a la filiación materna, en estos supuestos, viene dado por el parto (414). Estos supuestos se están dando ya en diversos países, planteando graves conflictos, no sólo jurídicos.

4. La presunción muciana en el Derecho actual

Tanto el artículo 1.442 CC como sus antecedentes europeos (415), en relación con el régimen económico matrimonial de separación de bienes, conectan técnicamente con la muciana tradicional que parte, adoptándolo como hecho base, de una adquisición onerosa de un cónyuge para presumir que la contraprestación viene del otro, presunción que se establece, no en beneficio de ese cónyuge, sino de sus acreedores y además sólo en situaciones concursales.

El artículo 1.442 del Código Civil dice:

Declarado un cónyuge en quiebra o concurso, se presumirá, salvo prueba en contrario, en beneficio de los acreedores, que fueron en su mitad donados por él los bienes adquiridos a título oneroso por el otro durante el año anterior a la declaración o en el período a que alcance la retroacción de la quiebra. Esta presunción no regirá si los cónyuges están separados judicialmente o de hecho.

En el comentario que sobre él realiza O'CALLAGHAN (416), cabe decir que este artículo constituye un ejemplo en el Derecho moderno de la llamada presunción muciana romana, a la que nos hemos referido en el apartado correspondiente. Según ella, en los casos que existiera algún conflicto, se consideraba, salvo prueba en contra, que los bienes que tenía la mujer habían sido adquiridos con los del marido. Este artículo establece una presunción *iuris tantum* en beneficio de los acreedores y siempre que

(414) Una visión general sobre estos temas puede verse en LACRUZ, SANCHEZ, LUNA, DELGADO, RIVERO, RAMS: *Elementos*, IV, 2002, pp. 376-388, y bibliografía allí citada.

(415) Para un estudio profundo de la cuestión, ASÚA GONZÁLEZ, Clara I.: *La presunción muciana*, cit., pp. 23-29.

(416) O'CALLAGHAN: *Código Civil comentado y con jurisprudencia*, 2.ª edición, La Ley, SA, Madrid, 2001 (hay edic. posterior).

los cónyuges no estén separados judicialmente o de hecho, aplicable cuando es declarado un cónyuge en quiebra o concurso (417).

En realidad, se trata de una norma de protección a los acreedores, prescindiendo de que, en verdad, haya habido o no cooperación al fraude. En este sentido, se presume que los bienes que adquirió el otro cónyuge a título oneroso durante el año anterior a la declaración de quiebra o concurso o durante el período de retroacción a la quiebra fueron en su mitad donados por el quebrado o concursado. Con esta presunción se trata de evitar el fraude de acreedores, en connivencia un deudor con su cónyuge; se presume una donación, a resultas de que ésta se rescinda y vaya a la masa de la quiebra, pues no es nula automáticamente.

Dicha presunción, como ya se ha dicho, es *iuris tantum*, cabe prueba en contrario y el cónyuge del concursado o quebrado puede probar su total adquisición onerosa. Hay que probar que pertenecía exclusivamente al adquirente el dinero o cosa que se entregó como contraprestación (418).

RAMS ALBESA considera que el fraude del marido a sus acreedores, con la connivencia de la esposa, podía reprimirse en el Derecho romano y el común aplicando la llamada presunción muciana, de pertenencia de los bienes al marido; esta presunción, nacida con propósitos distintos a los actuales, tiene cierta función de lucha contra el dolo en la sociedad tradicional. El CC, desde la reforma del ochenta y uno, contiene una presunción nueva, la del artículo 1.442, un tanto insólita, a favor de los acreedores (419). Lo que según este autor se supone es que ha habido cooperación al fraude. Es decir, que el esposo no quebrado o concursado ha estado adquiriendo bienes, en el período sospechoso, en parte con fondos propios y en parte de su consorte. La solución de presumir “medio fraude” es un tanto salomónica, pero está de acuerdo con el artículo 1.441 (420), y responde a una realidad bastante probable (421). Trata de evitar que el régimen de separación sirva de instrumento al fraude de acreedores, pero mediante un “correctivo ecléctico” en favor del otro cónyuge, que

(417) La jurisprudencia del TS considera que la presunción muciana sólo tiene virtualidad a tenor y por la razón expresada en D. 24,1,51, o sea, cuando existen dudas de cómo llegaron los bienes a poder de la mujer, y para evitar la sospecha de una causa torpe. Véase la S. 19 de mayo de 1903, seguida por las de 23 de febrero 1956 y 13 febrero 1958 (cit. por LACRUZ en LACRUZ-SANCHO REBULLIDA: *Elementos*, IV, 3, Bosch, Barcelona, 1982, p. 567 en nota a pie). Hoy, como se verá, ha variado su postura.

(418) O'CALLAGHAN: *op. cit.*, p. 1458.

(419) RAMS ALBESA en LACRUZ, SANCHO, LUNA, DELGADO, RIVERO, RAMS: *Elementos*, IV, 4.ª edición, Bosch, Barcelona, 1997, pp. 391-392. No varía la edición de Dykinson, Madrid, 2005.

(420) Artículo 1.441 CC: cuando no sea posible acreditar a cuál de los cónyuges pertenece algún bien o derecho, corresponderá a ambos por mitad.

(421) RAMS ALBESA: *op. et loc. últim. cit.* En mi opinión, puede no serlo.

podría ser dueño efectivo de los bienes (no se ha probado que lo sea, pero tampoco que no lo sea él o que lo sea el deudor) (422).

El precepto se limita a presumir la existencia de una donación, por lo que los acreedores no podrán cobrar directamente sobre los bienes, teniendo que acudir a la acción rescisoria (423). La fórmula legal no es afortunada, porque presumir la donación por el esposo de un bien que el otro ha adquirido a título oneroso de tercero, es ir contra la realidad más palmaria que puede hacerse patente con la simple prueba de la adquisición onerosa del bien. La presunción del artículo 1.442, para tener eficacia, habrá de entenderse referida a la procedencia del dinero empleado en la compra.

Respecto a los bienes adquiridos el último año sin que se aclare cuál de ambos cónyuges fue el adquirente, si aplicamos el artículo 1.442, la mitad correspondiente al no quebrado se dividiría a su vez en dos partes, de las cuales una estaría afecta a la presunción. Sin embargo, esa opinión no parece ser la intención del legislador, quien sólo presume medio fraude en las adquisiciones individuales y exclusivas (424).

A) Pervivencia en el Derecho catalán de la presunción muciana (425).

Desde la opinión del texto de Pomponio, atribuido al jurista Q. MUCIO SCAEVOLA, y recogido a continuación:

D. 24,1,51: *Quintus Mucius ait, cum in controversiam venit, unde ad mulierem quid pervenerit, et verius et honestius est quod non demonstratur unde habeat existimari a viro aut qui in potestate eius esset ad eam pervenisse. Evitandi autem turpis quaestus gratia circa uxorem hoc videtur Quintus Mucius probasse.*

Y confirmada esta opinión en un rescripto de Alejandro SEVERO del año 229:

(422) Este correctivo, como todas las soluciones intermedias, puede que no satisfaga a muchos (RAMS ALBESA: *op. et loc. cit.*).

(423) Artículos 880 y 882 del Código de Comercio; 1.291 y ss. CC.

(424) Por ello, RAMS ALBESA, en LACRUZ, SANCHO, LUNA, DELGADO, RIVERO y RAMS: *Elementos*, IV, cit., p. 392, se inclina por la interpretación más restrictiva del precepto.

(425) Esta norma es paralela a la presunción de ganancialidad contenida en el artículo 1.407 del CC, mediante el cual se pretende resolver la relación de pertenencia-titularidad (atribución) de los bienes existentes en el matrimonio, cuya procedencia no puede fácilmente demostrarse.

Bibliografía sobre el tema, además de los Manuales citados: GARCÍA VALLES: "La presunción muciana y la Compilación del Derecho especial de Cataluña", RJC, 1965, pp. 379 y ss.; PARA MARTÍN: "La presunción muciana en el Derecho civil de Cataluña", RJC, 1969, pp. 287 y ss., y *Presunción muciana y nulidad de donaciones entre cónyuges*, Barcelona, 1981 (Tesis Doctoral); DELGADO ECHEVERRÍA: *El régimen matrimonial de separación de bienes en Cataluña*, Madrid, 1974; VVAA, "Libre del II Congrés Juridic Català", 1971, Barcelona, 1972.

... *Nec est ignotum, quod, quum probari non possit, unde uxor matrimonii tempore honeste quaesierit, de mariti bonis eam habuisse, veteres iuris auctores merito credidissent* (Codex 5,16,6).

Hasta el artículo 23 de la Compilación catalana (426), han sido diversas las opiniones sobre la finalidad, significado y funcionamiento de esta figura.

Según una interpretación extensiva de la presunción muciana, en Derecho romano, salvo prueba en contrario, todo lo que la mujer *sine manu* adquirió durante el matrimonio procedía de su marido (o del padre bajo cuya potestad se hallaba el marido), por lo que entraba dentro del legado y surgía la obligación de su entrega por parte de los herederos. Como se ve, en la actualidad, es otro el sentido atribuido a la presunción muciana, o mejor dicho, el objetivo del mantenimiento de dicha presunción: a favor de los acreedores de uno de los cónyuges cuyo régimen económico matrimonial es de separación de bienes. Y ello debido a que nuestro Código Civil en este punto no recogió el Derecho romano, admitiendo como regla general, salvo capitulaciones en otro sentido, el régimen de comunidad. Sí recogió el Derecho romano el Derecho catalán, de ahí que pueda hablarse de pervivencia de la presunción muciana en la Compilación catalana de 1961 (427).

Ya se ha dicho en otro lugar (428) que la separación de bienes aparece en el Derecho romano en el matrimonio *sine manu*, tratando de mantenerse su integridad mediante la prohibición de las donaciones entre cónyuges. Lo que adquiere cada uno de éstos es de él, y si quien adquiere es la mujer se presume que el dinero empleado procede del marido o de aquel bajo cuya potestad se encontrara (presunción muciana) a fin de evitar toda sombra de infidelidad en ella.

El sistema (separación de bienes) no se ofrece puro en ningún momento de la historia, al ser afectado por la dote o aportación de la mujer, cuya propiedad se transmite en los primeros tiempos al marido, para serle reconocida pronto a la mujer, con administración del marido, a causa de

(426) GETE-ALONSO, M.^a del Carmen: "Comentario al artículo 23 de la Compilación", en *Comentarios al CC y Compilaciones forales*, dir. por ALBALADEJO, tomo XXVII, volumen 1, Edersa, Madrid, 1981, pp. 423-444.

(427) La Compilación catalana es de 1961. Respecto a la falta de recepción del Derecho romano en algunos aspectos como éste, y las razones de esa realidad, LALINDE: *Iniciación histórica al Derecho español*, cit., pp. 724-729; GARCÍA GARRIDO: *El patrimonio de la mujer casada en el Derecho civil. La tradición romanística*, I, Centro de Estudios Ramón Areces, Barcelona, 1982, pp. 93-95 (= "El régimen jurídico del patrimonio uxorio en el Derecho vulgar romano-visigótico", AHDE, XXIX, 1959, pp. 99 y 389-446).

(428) Véase el apartado correspondiente al Derecho romano.

los numerosos divorcios y la inseguridad creciente de la mujer. En el Bajo Imperio, el sistema se impurifica más con el desarrollo de la donación antenuptial, de tal forma que el régimen económico-matrimonial se configura como un sistema de donaciones y contradonaciones de los esposos, tendentes a una equivalencia de los cónyuges en el levantamiento de las cargas matrimoniales, debilitándose la presunción muciana para dar paso a la determinación concreta del destino de los bienes adquiridos durante el matrimonio, sistema heredado por los visigodos hasta Recesvinto.

El sistema romano de separación, pero atenuado por la dote o sistema dotal, renace en los territorios donde se opera la recepción, como Cataluña, Valencia, Baleares, acompañado de un renacimiento de la presunción muciana, aunque sin la motivación inicial romana, y así se recoge por el movimiento compilador catalano-balear, para los casos en que no hay régimen pactado, si bien la presunción muciana desaparece en el Derecho balear actual (429).

En los demás territorios, como Castilla a través de parte del Derecho local y de las Leyes de Toro, la separación de bienes sólo aparece prevista, al admitirse la posibilidad de que la mujer renuncie a sus gananciales, y en la codificación se impone como pena en algunos matrimonios prohibidos, en los casos de separación conyugal y de ausencia de uno de los cónyuges (430).

Según el artículo 7 de la Compilación del Derecho civil especial de Cataluña [en adelante *Compilación catalana* (431)], el régimen económico matrimonial de los cónyuges será el *convenido en sus capitulaciones matrimoniales*. En defecto de pacto, o en el caso de que los capítulos sean ineficaces, el matrimonio quedará sujeto al régimen de separación de bienes (432).

(429) Véase *Compilación balear*. El nuevo Cuerpo civil balear rechaza expresamente tal presunción en su artículo 3, último párrafo: “pertencerán por mitad y proindiviso a ambos cónyuges los bienes que no resulten privativos de uno de ellos”.

(430) LALINDE ABADÍA: *Iniciación histórica al Derecho español*, cit., pp. 724-725. También se incluía en la codificación cuando la pena que recaía sobre uno de los cónyuges era de interdicción civil; esta pena fue derogada en la reforma del Código Penal de 1985.

(431) Fue aprobada por Ley de 21 de julio de 1960 y retocada por Decreto Legislativo 13/1984, de 19 de julio, y Ley 8/1993, de 30 de septiembre. El Código de Familia catalán de 1998 es el último hito legislativo en ésta y otras materias.

(432) Tradicionalmente se venía diciendo que el régimen económico matrimonial en Cataluña era el de separación de bienes. Pero no todos los autores compartían esta opinión. Véase al respecto diversos matices en GARCÍA CANTERO en CASTÁN: V, 1, edición anterior a 1993, pp. 678-685. Para LALINDE, “Históricamente..., ni el régimen romano, ni el régimen histórico catalán, ha sido nunca el de separación de bienes, sino el dotal y de aportaciones proporcionadas. Dogmáticamente tampoco, pues si el legislador se ha preocupado de cancelar minuciosamente en largos capítulos la dote, el *excreix*, el *aixovar*, el *cabalatge*, el *tantundem*, amén de privilegios dotal, como la opción dotal y la *tenuta*, debe manifestar una preferencia por este

En la actualidad, de la misma manera se expresa el Código de Familia Catalán (433).

No todos los autores ven con buenos ojos que la Compilación haya declarado a la separación de bienes como régimen supletorio (434). Sin embargo, y aun teniendo en cuenta la redacción del artículo 7 de la Compilación y la novedad que representa, en palabras de DELGADO, “este régimen es hoy el vivido con satisfacción por la mayor parte de los cónyuges catalanes, opuestos como siempre a la idea de comunidad y olvidados cada vez más de la dote y otras aportaciones específicas (435) (...)”, “el régimen de separación es el legal o supletorio en Cataluña, porque de una parte es hoy el vivido efectivamente por los catalanes; de otra, es el único que podía establecer el legislador sin romper la línea de evolución histórica...” Sin embargo, continuaba: “residuo de una tradición mal entendida (...) está la presunción muciana” (436).

Aunque desaparecida, merece la pena destacar algunas cuestiones a

régimen” (LALINDE: *Capitulaciones y donaciones matrimoniales en el Derecho catalán*, Barcelona, 1965, pp. 39 y ss.). Por su parte dice DELGADO que “el régimen de separación es el legal o supletorio en Cataluña, porque de una parte es hoy el vivido efectivamente por los catalanes; de otra, es el único que podía establecer el legislador sin romper la línea de evolución histórica...” (DELGADO ECHEVERRÍA: *El régimen de separación de bienes en Cataluña*, cit., pp. 26 y ss.). Hoy en día no puede cuestionarse, pues así consta como principio en la Ley 9/1998, de 15 de julio, del Código de Familia catalán (BOE número 198, de 19 de agosto de 1998): “El respeto de la presente Ley por el principio de autonomía de la voluntad se evidencia con el mantenimiento de la libertad de pacto en la elección del régimen económico matrimonial y en la aplicación, como supletorio, del de separación de bienes. Este régimen ha funcionado pacíficamente en Cataluña durante muchos años, incluso tras caer en desuso el sistema dotal, compaginándose perfectamente con la progresiva incorporación de la mujer al mundo del trabajo”.

(433) El título II regula los regímenes económicos matrimoniales, manteniendo el sistema de libertad de pacto y, supletoriamente, tomando también como pauta el derecho en vigor, el de separación de bienes, con la compensación económica por razón del trabajo desinteresado, introducida en nuestro ordenamiento jurídico por la Ley 8/1993. GARCÍA CANTERO, en CASTÁN: V, 1, edición anterior a la de 1993, se planteaba el interrogante de si en Cataluña el trabajo para la casa daría derecho a una compensación al extinguirse el régimen de separación. La respuesta, lógicamente afirmativa, ha surgido en la reforma de 1993. Sobre estas cuestiones, PARA MARTÍN, A.: “El derecho de compensación económica por razón de trabajo”, en RJC, 1999, 2, pp. 9-46, y SOLÉ RESINA, J.: “La compensació econòmica per raó de treball en el règim de separació de bens”, RJC, 2001, 3 pp. 33-61.

(434) Por ejemplo, LALINDE: *op. et loc. cit.*

(435) Sobre el *aixovar*, el *cabalatge*, etc., no voy a hablar en este lugar. Para su consulta, véanse LACRUZ en LACRUZ-SANCHO REBULLIDA: *Elementos*, IV, 3, y GARCÍA CANTERO en CASTÁN: V, 1, pp. 823-869. La regulación de la dote, de la *tenuta*, del esponsalicio o *escreix*, del *tantumdem*, del *aixovar* y del *cabalatge* y del pacto de igualdad de bienes y ganancias seguirá rigiéndose por las disposiciones previstas en la Compilación catalana (Código de Familia catalán, de 1998, disposición transitoria segunda). El CF catalán ha eliminado expresamente su regulación.

(436) DELGADO ECHEVERRÍA: *El régimen de separación*, cit., pp. 38 y ss.

propósito de la presunción muciana que se recogía en el antiguo artículo 23 de la Compilación.

B) El antiguo artículo 23 de la Compilación.

Mientras en los regímenes de comunidad la Ley sienta la presunción *iuris tantum* de pertenencia al patrimonio común de todos los bienes del matrimonio en tanto no se pruebe que pertenecen privativamente a uno de los cónyuges (art. 1.361 CC y art. 40.1 de la Compilación de Aragón), en los regímenes de separación algunas legislaciones establecían la presunción de la pertenencia al marido de los bienes poseídos por la mujer, cuya procedencia no pueda ésta demostrar. Este era el caso del Derecho catalán hasta la Reforma de 1984.

Mediante el juego de tal presunción se atribuía la titularidad de los bienes, cuya legítima pertenencia no constara, al marido. Y ello, porque se decía era necesario poner término a situaciones difusas mediante una presunción de pertenencia exclusiva al marido de aquellos bienes de procedencia ignorada y, por otro lado, porque lo usual y corriente en el matrimonio es que sea el marido el que lleve la administración de todos los bienes de los cónyuges, aportando la mujer en dote sus bienes. Así la presunción muciana perseguía una doble finalidad: evitar que el patrimonio de la mujer se enriqueciera injustamente a expensas del de su marido y evitar la confabulación entre los cónyuges en perjuicio de tercero (acreedores del marido, legitimarios) (437).

El profesor DELGADO resumía los distintos argumentos con los que se trataba de fundamentar la presunción, diciendo que la presunción correspondía a la realidad; era complemento indispensable del régimen de separación; venía a facilitar el problema de la distribución de bienes que se planteaba a la disolución del matrimonio; equivalía a la presunción de ganancialidad del primitivo artículo 1.407 CC; era un complemento necesario de la prohibición de donaciones entre cónyuges; tendía a evitar el fraude, en sentido amplio, a los acreedores, a los legitimarios y a los hijos del primer matrimonio. Sin embargo, su opinión personal era contraria a tal presunción (438), a la que atribuía graves efectos negativos; este juicio era compartido por otros autores y por los participantes del II Congreso Jurí-

(437) SORRIBLES, V.: *La presunción muciana y los bienes adquiridos durante el matrimonio por mujer catalana*, volumen publicado por el Colegio Notarial de Barcelona con el título *Propiedad y matrimonio*, Barcelona, 1956, pp. 207, 210 y 214, citado por GARCÍA CANTERO en CASTÁN: V, 1, p. 690. GETE-ALONSO, M.^a del C.: "Comentario al artículo 23 de la Compilación", en *Comentarios...*, ALBALADEJO, cit., pp. 423-444.

(438) DELGADO ECHEVERRÍA: *El régimen de separación de bienes en Cataluña*, Madrid, 1974, p. 26, y la doctrina, unánimemente, suscribía dicha afirmación.

dico catalán, celebrado en Barcelona en 1971, en una de cuyas conclusiones se propugnaba la supresión de dicha presunción, debido a que:

- 1) Suponía una inseguridad para el patrimonio de la mujer (439).
- 2) Era una limitación importante al principio de libertad de contratar (440).
- 3) Se encontraba fuera de la órbita del contexto social-familiar para el que fuera prevista.

Antes de entrar en vigor la Compilación de 21 de julio de 1960 (441) regía en Cataluña la presunción muciana por la aplicación de las normas romanas en concepto de Derecho supletorio (442), y en Tortosa por aplicación de las Costumbres de esa comarca (443); después de 1960 rigió lo dispuesto en el artículo 23 de la Compilación, conforme al cual:

Los bienes adquiridos por la mujer constante matrimonio, cuya procedencia no pueda justificar, se presumirán procedentes de donación del marido. Si la mujer justifica tal adquisición, pero no la del precio con que se hubiese verificado, se presumirá que éste le ha sido donado por el marido. A estas donaciones les serán aplicables los artículos 20 y demás comprendidos en este capítulo (444).

(439) PARA MARTÍN en "La presunción muciana en el Derecho civil de Cataluña", en *Estudios jurídicos sobre la mujer catalana*, p. 67, y *Estudio especial de las cuestiones derivadas de la contratación entre cónyuges*, Conclusiones de la Ponencia de la Sección Tercera del Segon Congrés Juridic Català, en *Llibre del Segon Congrés Juridic Català*, Barcelona, 1972, p. 431.

(440) PARA MARTÍN: *Estudio especial*, cit., p. 431.

(441) La Ley de la Jefatura de Estado compiló antiguas leyes que se consideraban vigentes y que eran provenientes de la tradición jurídica de Cataluña, dando lugar a la Compilación de Derecho civil de Cataluña de 1960.

(442) Hay jurisprudencia en ese sentido, citada por GARCÍA CANTERO en CASTÁN: V, 1, cit., p. 795 en nota a pie.

(443) *Costums de Tortosa*, 5,1,8: "... On per ço si s'esdeue que ella ensems ab lo marit fa nyul contrayt de compres o de vends o d'altres contrats, et el nom de la muller en les compres o els altres contrayts sia posat e entitolat, tota via es entes que tot es feut dels bens del marit e comprat, e que la muller no y ha re donat ne pagat ne mes del seu propi, si no tot dels bens del marit, si doncs ella o sos hereus no provarem legalment que ella del seu propi hi hagues pagat. Exceptat açò, que pot venir a successio els bens del marit mort entestat, desfallentes els davallants los ascendents et els collaterals, ans que nyil altre Fisc o altre". Derecho local que pervive a tenor del *Código de Familia Catalán*; véase el *Preámbulo*, p. 349, entre los principios de la Ley: "La presente Ley también recoge de la Compilación las regulaciones de los regímenes económicos matrimoniales, aún en vigor, propios de algunas comarcas de Cataluña. Ello constituye una muestra de su fidelidad a otro rasgo característico de nuestro ordenamiento jurídico, como es el predicamento del que siempre han gozado la costumbre y el respeto por los derechos locales".

(444) Hay abundante jurisprudencia del TS, así como menor, sobre el tema, e interesantes comentarios doctrinales recogidos por DELGADO: *El régimen matrimonial de separación de bienes en Cataluña*, Madrid, 1974, pp. 181-198.

Al parecer, se recogía dicha presunción, pero variando de lo que se contenía en el *Codex*, 5,16,6 y del *Digesto* 24,1,57, ya referidos, puesto que presumía que:

- 1) Los bienes adquiridos por la mujer, constante matrimonio, proceden de donación del marido si ésta no puede justificar su procedencia (título de adquisición).
- 2) En su defecto, es decir, probado el título de adquisición, si éste lo fue oneroso, presume que el precio de la adquisición le fue donado por el marido, a menos que justifique la procedencia (origen) de éste.

Establecía así dos presunciones: la segunda subsidiaria de la primera, puesto que sólo entraba en función cuando se trataba de una adquisición a título oneroso en la que cabía hablar de precio (tal y como se desprendía del tenor literal del antiguo art. 23.1 de la Comp.) y cuando se justificara el título, pero no el origen del precio (445).

Para algunos autores (446), la presunción operaba primeramente sobre la adquisición, pero admitía que ésta se justificara y entonces operaba sobre el precio. Es decir, si la mujer no justificaba la adquisición, si no probaba la existencia de un título adquisitivo legal, se presumía que los bienes procedían de una donación del marido; en cambio, si alegaba y probaba el título, se presumía que el dinero invertido para la adquisición procedía de donación del marido.

En cuanto a la presunción primera relativa a los bienes adquiridos por la mujer constante matrimonio y cuya procedencia no puede justificar, interpretada así, sería de difícil aplicación, porque o bien no se conseguiría demostrar que la cosa fue adquirida por la mujer constante matrimonio (lo cual no se presume), o bien, demostrada tal adquisición, quedaría probada (justificada) la procedencia en el sentido del artículo 23, con lo que la presunción primera quedaría enervada (447).

Por tanto, no habiendo conseguido probar quien intentara valerse de la presunción primera, que la adquisición por la mujer tuvo lugar constante matrimonio, no regiría ninguna de las dos presunciones contenidas en el artículo 23 (448). Ambas se referían a bienes adquiridos por aqué-

(445) En el mismo sentido de hablar de dos presunciones, DELGADO ECHEVERRÍA: *El régimen matrimonial de separación de bienes en Cataluña*, cit., p. 214.

(446) DELGADO ECHEVERRÍA, LALINDE, FAUS y CONDOMINES citados por LACRUZ, en LACRUZ-SANCHO REBULLIDA: *Elementos*, IV, 3, 1981, p. 567.

(447) LACRUZ en LACRUZ-SANCHO REBULLIDA: *Elementos*, IV, cit., p. 567.

(448) LACRUZ aludiendo a DELGADO en LACRUZ-SANCHO REBULLIDA: *Elementos*, IV, 3, p. 568.

lla estando casada, y por tanto el marido o sus herederos que pretendieran valerse de tales presunciones habrían de demostrar que los bienes que se hallaban en posesión de la esposa fueron adquiridos por ella después de las nupcias.

La segunda de las presunciones contenidas en el artículo 23 se refería exclusivamente a los bienes que el marido o sus herederos probasen que ella había adquirido constante matrimonio; pero aún entonces ella podría liberarlos de la presunción justificando haberlos adquirido por título no oneroso (449).

El Derecho romano se limitó, probablemente, a presumir la propiedad del marido. La Compilación añadía algo más, al presumir que los bienes cuya propiedad privativa no podía justificar la mujer le provenían de donación del marido.

La diversidad que se advierte en este punto entre el Derecho romano y el contenido de la Compilación se ha de atribuir a los artífices directos de ésta, especialmente a ROCA SASTRE (450) y consiste, como se ha visto, en considerar la existencia de dos presunciones.

Estos dos supuestos de hecho tendrían en común, conforme a la teoría general de las presunciones, que nos encontramos ante una típica presunción de hecho: se presume que lo que la mujer adquirió durante el matrimonio (o el precio invertido en tal adquisición) le proviene de donación del marido; por tanto, se trata de una presunción *iuris tantum* en sentido propio: provoca una inversión de la carga de la prueba en el proceso, ya que es la mujer la que debe probar que los bienes son dotales o parafernales (451) y que no le han provenido de donación del marido. Ambas presunciones tienen el mismo valor y fuerza, aunque una actúe sólo subsidiariamente. Ambas, por ser *iuris tantum*, admiten prueba en contrario y pueden ser destruidas.

En la doctrina actual (452), acerca de la presunción muciana formula-

(449) Las opiniones de DELGADO son recogidas por LACRUZ: *op. et loc. últim. cit.*

(450) Tal y como señala LALINDE ABADÍA: *Capitulaciones y donaciones matrimoniales en el Derecho catalán*, Barcelona, 1965, p. 174. Otros aspectos relacionados en *La dote y sus privilegios en el Derecho catalán*, Anabasis, Barcelona, 1962, del mismo autor.

(451) Sobre los bienes parafernales, su diferencia con los dotales, GETE-ALONSO, M.^a del Carmen: "Comentario al artículo 23", en *Comentarios*, ALBALADEJO, cit., pp. 635-670; GARCÍA CANTERO en CASTÁN: V, 1, pp. 593-602 en general, y 606-610 para el Derecho catalán; BONFANTE: *Corso di Diritto romano*, volumen I, *Diritto di famiglia*, Edit. Attilio Sampaolesi, Roma, 1925, pp. 373-378. Una evolución histórica puede verse en GARCÍA GARRIDO: *El patrimonio*, cit., pp. 146-150 y 199-200.

(452) PARA MARTÍN en *Estudio especial de las cuestiones derivadas de la contratación entre cónyuges*, Conclusiones de la Ponencia de la Sección Tercera del Segon Congrés Jurídic Català, en *Llibre del Segon Congrés Jurídic Català*, cit., pp. 327 y ss.

da en los términos generales con que aparecía en la Compilación (art. 23) y de su mantenimiento, puede decirse que:

Es opuesta a la igualdad entre marido y mujer que proclaman los textos constitucionales, aunque responda a una realidad social en la que se observa que hay muchos matrimonios en los que sólo el varón ejerce actividad lucrativa y obtiene ingresos. LACRUZ consideraba que, si bien no puede considerarse suprimida, habría que atemperar y matizar su aplicación, acaso limitándola a los casos en que la mujer no tiene ingresos regulares como salarios o rentas de bienes (453). PARA MARTÍN (454), después de constatar que la inmensa mayoría de la doctrina era favorable a la derogación del artículo 23 de la Compilación, sugería dos vías diferentes; una, el establecimiento de la validez de las donaciones entre cónyuges, lo que dejaría totalmente vacía de contenido la presunción; otra su supresión, manteniendo en vigor los artículos 20 a 22 de la Compilación. En este sentido, se inclinaba por establecer la validez de las donaciones entre cónyuges, siguiendo las conclusiones del II Congreso Jurídico catalán. De esta manera entendía que “la presunción puesto que no concede derecho alguno a favor del marido no contradice al artículo 32.1 de la Constitución (455), si bien es una norma que perjudica a la mujer en beneficio del marido, por lo cual puede entenderse que choca con el espíritu del citado precepto (456)”.

C) La reforma de 1984 y la supresión de dicha presunción.

La reforma de 1984 realizó lo que podía considerarse deseo casi unánime de la doctrina catalana en los últimos años: la supresión de la presunción muciana. El antiguo artículo 23 de la Compilación de 1960 fue eliminado, ocupando su puesto un precepto inspirado en el nuevo artículo 1.442 del CC, cuya finalidad es la protección de los acreedores en los casos extremos de crisis económica profunda de alguno de los cónyuges, tal y como se ha visto, y sobre el cual la doctrina se ha detenido (457).

(453) LACRUZ en LACRUZ-SANCHO REBULLIDA: *Elementos*, IV, 3, cit., p. 567. Hoy no se podría hacer esta afirmación con carácter absoluto, puesto que ha cambiado sustancialmente la realidad social.

(454) En su tesis doctoral *Presunción muciana y nulidad de donaciones entre cónyuges en Cataluña*, Barcelona 1981, citada por GARCÍA CANTERO en CASTÁN: V, 1, p. 690.

(455) Artículo 32.1 CE: El hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica.

(456) Concluye abogando por su supresión PARA MARTÍN: *Presunción muciana y nulidad de donaciones entre cónyuges en Cataluña*, pp. 294 y ss., citado por GARCÍA CANTERO en CASTÁN: p. 691.

(457) RAMS ALBESA en LACRUZ, SANCHO, LUNA, DELGADO, RIVERO y RAMS: *Elementos*, IV, cit., p. 264.

Con anterioridad a la citada reforma, PUIG SALELLAS (458) había notado la inaplicabilidad del artículo 1.442 del CC al sistema catalán, ya que en el Derecho común se trata de un régimen pactado, mientras que en Cataluña es el legal. A su juicio, el cónyuge que dispone de medios económicos podría defenderse contra la presunción de fraude sobre las bases siguientes: 1.^a) Bastaría la mera disponibilidad de medios propios derivados del ejercicio de una profesión, de la industria o del comercio, que permitieran establecer la racionalidad de su adquisición; 2.^a) Tal disponibilidad habría de existir o en el momento de la adquisición o en un momento anterior, de modo que pudiera deducirse racionalmente su relación con la discutida adquisición, y 3.^a) La suficiencia no habría que interpretarla estrictamente, bastando que alcanzase a la mayor parte del costo de adquisición.

Después de la reforma, LACRUZ, reconociendo la inspiración del nuevo artículo 23 en el “texto atormentado y difícil del Código Civil”, afirma que, aun en el terreno exclusivo de la lucha contra el fraude, tiene dimensiones infinitamente más reducidas que la antigua presunción: requiere la quiebra o el concurso, que habitualmente no se producen en las situaciones de insolvencia por los muchos gastos que acarrean y la dificultad de obtener de ellos un resultado mínimamente positivo; no alcanza, en absoluto, a la ejecución individual y, además, se refiere sólo a las adquisiciones del último año anterior a la insolvencia, quedando excluidos de la presunción los actos de adquisición anteriores cuya impugnación se somete al Derecho común (459).

D) La reforma de 1993.

La Compilación del Derecho civil de Cataluña regulaba de manera insuficiente la diversidad del Derecho que regía en Cataluña, por lo que la reforma y desarrollo de este texto exigió un esfuerzo legislativo considerable que se ha llevado a cabo por medio de Leyes especiales, lo que ha permitido resolver las situaciones que más necesitaban de una urgente reforma, sin ser sometidas a la demora inherente en toda empresa codificadora (460).

(458) PUIG SALELLAS: “La reforma de la Compilació en materia de relacions econòmiques entre conjuges”, en RJC, 1983, pp. 582 y ss. Sobre este tema, VVAA: “Comentaris a les reformes del dret civil de Catalunya”, Barcelona, 1989; PUIG FERRIOL y ROCA TRÍAS, E.: *Institucions del Dret civil de Catalunya*, 3.^a edición, Barcelona 1991, citados por GARCÍA CANTERO en CASTÁN: V, 1, 12 edición, p. 790.

(459) LACRUZ, en LACRUZ-SANCHO REBULLIDA: *Elementos*, IV, 3, p. 582.

(460) *Finalidad de la Ley en PREÁMBULO, Ley 9/1998, de 15 de julio, del Código de Familia catalán.*

Siguiendo esta técnica legislativa de promulgar Leyes especiales, podemos citar ordenadas cronológicamente: el Código de Sucesiones, que fue aprobado por el Parlamento de Cataluña por la Ley 40/1991, de 30 de diciembre; en materia de Derecho de Familia se aprobaron: la Ley 7/1991, de 27 de abril, de Filiaciones; Ley 37/1991, de 30 de diciembre, sobre medidas de protección de los menores desamparados y de la adopción, modificada por la Ley 8/1995, de 27 de julio, de Atención y Protección de los Niños y los Adolescentes; Ley 39/1991, de 30 de diciembre, de la Tutela e Instituciones Tutelares; Ley 8/1993, de 30 de septiembre, de modificación de la Compilación en materia de relaciones patrimoniales entre los cónyuges; Ley 10/1996, de 29 de julio, de Alimentos entre parientes; Ley 11/1996, de 29 de julio, de modificación de la Ley 39/1991, de 30 de diciembre; Ley 12/1996, de 29 de julio, de la Potestad del Padre y de la Madre.

Pues bien, en lo que aquí interesa, la reforma de 1993 (461) ha sustituido el artículo 23, tal como quedó redactado en 1984, por otro texto más simplificado que representa el penúltimo eco, sumamente amortiguado, de la presunción muciana (462). El artículo 18.2 de esta Ley dice:

“En caso de quiebra o concurso de acreedores de uno de los cónyuges, si éstos no están separados judicialmente o de hecho, los bienes adquiridos por el otro a título oneroso durante el año anterior a la declaración, o desde la fecha de la retroacción, se presumirán donados por el primero”, habiéndose suprimido el inciso final del anterior artículo 23. Por tanto, no se tuvo en cuenta la opinión de PUIG SALELLAS sobre su innecesariedad y resulta evidente que hay un gran parecido entre la norma con el actual 1.442 del Código Civil.

E) El Código de Familia catalán (463).

En virtud de la Ley 9/1998, de 15 de julio, del Parlamento de Cataluña, se aprobó el Código de Familia. Este código supuso la refundición en un único cuerpo legal de toda la obra legislativa llevada a cabo por medio de leyes especiales desarrolladas a partir de la Compilación del Derecho Civil de Cataluña, mencionadas anteriormente, por lo que sustituye toda la legalidad anterior.

Entre los principios de esta Ley figuran, entre otros, y respecto a la

(461) Esto es, la Ley 8/1993, de 30 de septiembre, modificadora de la Compilación en materia de relaciones patrimoniales entre cónyuges.

(462) GARCÍA CANTERO en CASTÁN: V, 1, 12 edición, p. 815.

(463) Sobre el mismo, ROCA TRÍAS, E. y PUIG FERRIOL, L., en VVAA: “Comentaris al Codi de Família de Catalunya”, Tecnos, Madrid, 2000; MIRANBELL ABANCÓ, A.: *Comentari a la modificació de la Compilació en matèria de relacions patrimonials entre conjuges*, Departament de Justícia de la Generalitat de Catalunya, Barcelona, 1995.

materia que nos ocupa: el mantenimiento de la libertad de pacto en la elección del régimen económico matrimonial, y en la aplicación como supletorio, del de separación de bienes, manteniéndose el correctivo que supuso la introducción en la Ley 8/1993, de 30 de septiembre, de la posibilidad de que el cónyuge que ha trabajado desinteresadamente para la casa o para el otro cónyuge pueda obtener una compensación económica en las situaciones de crisis matrimonial y como medida de protección de la parte más débil. El Código de Familia también recoge de la Compilación las regulaciones de los regímenes económicos matrimoniales en vigor, propios de algunas comarcas de Cataluña (464), como la asociación a compras y mejoras, del Campo de Tarragona; el pacto de *convinença* o *mitja guanyeria* del Valle de Arán; el *agermanament* o pacto de mitad por mitad, del Derecho de Tortosa y, respetando los criterios de la citada Ley 8/1993, se regula el régimen de comunidad, que cierra la normativa de los regímenes económicos.

Dentro del capítulo segundo (relaciones económicas entre los cónyuges) del título I (los efectos del matrimonio), del Código de Familia de Cataluña, nos encontramos con el artículo 12, que dice así:

Artículo 12: *En caso de quiebra o concurso de acreedores de uno de los cónyuges, los bienes adquiridos por el otro a título oneroso durante el año anterior a la declaración o desde la fecha de la retroacción deben presumirse donados por el primero, salvo que se acredite que, en el momento de la adquisición, el matrimonio estaba separado judicialmente o de hecho o que el adquirente disponía de ingresos o recursos suficientes para efectuarla.*

Este artículo sustituye al artículo 18.2 de la Ley de 1993, tal y como está previsto en la disposición final primera del Código de Familia catalán (465), constituyendo por tanto la última presencia de la presunción muciana muy desdibujada, en el Derecho catalán, viniendo a coincidir su contenido con el artículo 1.442 del Código Civil en su última redacción.

(464) El Código de Familia catalán es respetuoso con la normativa de las leyes que son objeto de la refundición y fiel, por lo tanto a sus principios innovadores, sin perjuicio, sin embargo, de los ajustes terminológicos necesarios y, en algunos casos de fondo, de las supresiones y adiciones nuevas, aconsejables, sin duda, en el momento de establecer un texto plenamente actualizado. Esta Ley sustituye todo el Derecho de familia vigente hasta el momento en Cataluña, y lo engloba en un solo texto armonizado y modernizado, de acuerdo con las necesidades y la realidad de la sociedad catalana de hoy ("Principios", en *Preámbulo*, cit., pp. 350 y 355).

(465) DISPOSICIONES FINALES:

Primera. Derecho vigente. Quedan sustituidos por los correspondientes preceptos del presente Código los artículos 6 a 62 de la Compilación del Derecho Civil de Cataluña, redactados de acuerdo con la Ley 8/1993, de 30 de septiembre, de modificación de la Compilación en materia de relaciones patrimoniales entre cónyuges (...).

Conclusiones generales

La creación de nuevas *regulae iuris* por parte de la jurisprudencia encuentra significativas manifestaciones en la utilización judicial de las presunciones simples (o *praesumptiones hominis*): a partir de elementos de prueba crítica, basados en las circunstancias de hecho del caso concreto, se alcanza el rango de verdaderas normas cuando los jueces usan en sus argumentaciones presunciones basadas en los caracteres tipológicos del caso y susceptibles de repetición en todos los supuestos que presenten dichos caracteres (466).

Así ha sucedido, por ejemplo, en la jurisprudencia alemana e italiana, relativa a la responsabilidad por hecho ilícito del fabricante: en esta materia los jueces habían introducido la presunción de culpa del productor, dispensando así a la víctima de la carga de la prueba. De este modo, la jurisprudencia había instaurado, anticipando la directiva comunitaria de 1985, una nueva hipótesis de responsabilidad objetiva, no prevista por la Ley. Otro caso del mismo género es el de la responsabilidad, tanto contractual como extracontractual, del cirujano por las intervenciones rutinarias: el resultado negativo para el paciente hace presumir, según los jueces, la culpa del médico, que por ello no debe ser probada por la víctima (467).

1. La nueva LEC deroga los preceptos del CC relativos a las presunciones y traslada esta materia a su propio articulado [sec. 9.^a del cap. VI, dedicado a los medios de prueba (arts. 385 y 386)] (468).

2. No obstante, las presunciones no son un medio de prueba (469) (tal y como se desprende de la preocupación del legislador cuando titula el cap. VI: *De los medios probatorios y de las presunciones*).

3. Se trata de un método para la fijación de determinados hechos, ciertamente relacionado con la prueba, pero no configuran un verdadero medio de prueba (470). No pueden proponerse como prueba, ni se prac-

(466) GALGANI, F.: *El derecho de creación judicial*, cit., p. 77.

(467) Valgan estos ejemplos, aunque entresacados de una materia que no es la pretendida, para plantear si con las llamadas presunciones de hombre estamos ante una creación del derecho por parte del juez. Si fuera así, nuevamente se podría señalar alguna semejanza entre la labor del juez actual y la de la *iurisprudencia* romana. Tan sólo señalar que, en este punto, el argumento adoptado condujo a la misma solución a los jueces de *common law* y a los de *civil law*. GALGANI, F.: *El derecho de creación judicial*, cit., p. 77.

(468) VILLAGÓMEZ CEBRIÁN, M.: *La nueva Ley de Enjuiciamiento civil*, tomo III, *La prueba. Los recursos*, cord. CORTÉS DOMÍNGUEZ, V. y MORENO CATENA, V., Tecnos, Madrid, 2000, pp. 98-101.

(469) Véase la doctrina procesal. Valga por todos CARRERAS: "Naturaleza jurídica y tratamiento de las presunciones", cit., pp. 344-347.

(470) Recuértese que sobre estas afirmaciones debe matizarse, pues si se sigue una definición de prueba en sentido amplio (esto es, como cualquier operación dirigida a la fijación

tican, sino que se resuelven en un razonamiento que puede haber sido hecho en general por el legislador (legales) o en particular por el juez (judiciales) (471).

4. Sin embargo, es evidente que tienen efectos probatorios y por ello podrían calificarse como “método para probar”, en cuanto sirven para dar por probado un hecho a partir de la demostración de otro.

5. Puede afirmarse que casi la totalidad de las presunciones contempladas en nuestro ordenamiento admiten prueba en contrario, es decir, son *iuris tantum*. Entre ellas y como ejemplo se ha puesto la de paternidad y la muciana, presentes ya en el Derecho romano y que, aunque con variaciones, subsisten en nuestro Derecho actual, pero hay otras.

6. Cabe señalar la dificultad en encontrar presunciones que no admiten prueba en contrario. Los supuestos pueden encontrarse con lupa, pudiendo afirmarse que casi la totalidad de las presunciones contempladas en nuestro ordenamiento admiten prueba en contrario, es decir, son *iuris tantum*. Incluso la doctrina sostiene que no existen. No obstante, puede parecer así, la del 643 CC, respecto a donaciones hechas en fraude de acreedores:

Se presumirá siempre hecha la donación en fraude de los acreedores, cuando al hacerla no se haya reservado el donante bienes bastantes para pagar las deudas anteriores a ella (472),

que está en comunicación con el 1.297 del CC:

Se presumen celebrados en fraude de acreedores todos aquellos contratos por virtud de los cuales el deudor enajenare bienes a título gratuito.

También se presumen fraudulentas las enajenaciones a título oneroso, hechas por aquellas personas contra las cuales se hubiese pronunciado antes sentencia condenatoria en cualquier instancia o expedido mandamiento

formal de los hechos), entonces cualquier instituto procesal que, como las presunciones, afecte a la fijación formal de los hechos caerá dentro del campo probatorio (CARRERAS: “Naturaleza jurídica y tratamiento de las presunciones”, cit., p. 344).

(471) El término “prueba” que se utiliza por los cuerpos legales es mucho más restringido y distingue entre presunción y prueba. Mientras que en la prueba el hecho conocido lo es por haberse verificado dentro del proceso, y el objeto ha sido aportado por las partes o por la actividad jurisdiccional, en la presunción, el hecho conocido, por definición, no ha sido realizado materialmente en el proceso ni ha dejado huella en los autos, sino que es un hecho pretérito, exterior al proceso, que ha debido ser fijado por el juez previamente. El medio probatorio requiere que las partes proporcionen al juez algo que no sea una mera alegación, y la base de las presunciones no puede ser directamente más que una alegación en todo caso. Por otra parte, el juez puede operar por medio de presunciones, aunque las partes no las hayan alegado (CARRERAS: *op. cit.*, p. 346). Al respecto, la STS de 11 abril 1947 (citada por el autor, *op. cit.*, p. 347) reconoce expresamente este distinto tratamiento procesal.

(472) Sobre este supuesto, O’CALLAGHAN: *Código Civil comentado*, cit., p. 663. El fraude de los acreedores se presume en el caso de que el donante haya hecho la donación y no haya quedado con bienes suficientes para pagar sus deudas.

de embargo de bienes. Siempre que se dé este requisito de que el acreedor no pueda cobrar, el contrato dispositivo de bienes por el deudor se presume hecha en fraude de aquél y, por tanto, es rescindible. Esta presunción parece ser *iuris et de iure*, es decir, que no admite prueba en contrario; verdaderamente no es una presunción, sino una imposición legal (473); si se dan ambos requisitos, el contrato dispositivo es rescindible y así lo impone la ley, sin más. No es preciso que el adquirente a título gratuito haya participado en el fraude (474).

También la del artículo 11 de la anterior LAU (475), que disponía en su apartado 2 que: *se presumirá, sin admitirse prueba en contrario, que el subarriendo es parcial cuando el inquilino siga habitando la vivienda, y que es total cuando no permanezca en ella* (476).

7. Tratamiento aparte merece la presunción de veracidad de la cosa juzgada, presente en el antiguo artículo 1.251 del CC, pues aparentemente se trataba de una presunción *iuris et de iure*, al referirla el legislador a continuación de las presunciones legales que admiten prueba en contrario, además de por su contenido: *Contra la presunción de que la cosa juzgada es verdad, sólo será eficaz la sentencia ganada en juicio de revisión* (477).

Por una parte se presumía un hecho: que la cosa juzgada es verdad. Y ello no admitía prueba en contrario. Por otra, un juicio de revisión posterior podía cambiar el resultado de la sentencia; sin embargo, ello no variaba la naturaleza jurídica de la presunción, que podía considerarse *iuris et de iure*. Sin embargo, para CARRERAS, la cosa juzgada no era una presunción. Su calificación legal como tal estaba originada en una confusión antigua entre presunciones y ficciones jurídicas (478). Toda discusión doctrinal sobre estos aspectos no tiene hoy razón de ser, debido a que la doctrina en que se fundó el legislador español se halla totalmente superada (479),

(473) O'CALLAGHAN: *Código Civil comentado*, cit., pp. 1312-1313.

(474) En este sentido, la STS 16 de febrero de 1993, AC, 633/1993 dice: "si la acción rescisoria por fraude de acreedores está incuestionablemente establecida por las leyes a favor del acreedor burlado hasta el punto de que cuando la enajenación lo es a título gratuito, el artículo 1.297 del referido texto legal lo presume con presunción *iuris et de iure*".

(475) Texto Refundido de 1964.

(476) LOSCERTALES FUERTES, D.: *Los arrendamientos urbanos*, Sepin, Madrid, 1995, p. 39 y p. 200.

(477) Quizá valdría la pena recordar que ya ULPiano, en sus *Comentarios a la Ley Julia y Papia, libro I* (D. 50,17,207), observaba: *Res iudicata pro veritate accipitur* (la cosa juzgada es admitida como verdad).

(478) Sin embargo, LUNA SERRANO: *Las ficciones del Derecho*, cit., pp. 80 y ss., considera que la llamada *praesumptio iuris et de iure* se presenta como una categoría límite entre la presunción y la ficción.

(479) CARRERAS: "Naturaleza jurídica y tratamiento de las presunciones", en *Estudios de Derecho procesal*, Fenech-Carreras, cit., p. 339.

además esta materia ha sido derogada y su regulación ha pasado a la nueva LEC (480).

8. Entre las actuales, además de la prevista en el artículo 643, ya referida, podría señalarse como *iuris et de iure* la prevista en el artículo 8.1 de la Ley de Procreación asistida de 1988, por la cual el marido de la mujer que se somete a una TRA con semen de un donante distinto del marido debe firmar un documento por el cual se presume que, en caso de llegar a culminar con éxito dicho tratamiento, el hijo es suyo. Esta presunción, que no admite prueba en contrario (*iuris et de iure*), bastaría para paralizar los efectos de una posible y posterior impugnación de la paternidad (481).

Por último, me gustaría señalar a propósito de esta materia, aunque en relación con las acciones de impugnación de la filiación, la existencia de una STC reciente (482), en la cual parece mantenerse, al menos por parte de uno de los ponentes que esgrime un voto particular, la idea de que una vez transcurrido el tiempo previsto para ejercer las acciones de impugnación de la paternidad sin haberlo hecho, se presume la legitimidad del hijo; la presunción de legitimidad que hasta entonces era *iuris tantum*, a partir de ese momento se convierte en *iuris et de iure*.

(480) Según SERRA: "Presunciones", *NEJca*, p. 380, ni siquiera la cosa juzgada, mencionada en el artículo 1.251 CC, podía ser calificada como presunción *iuris et de iure*. No sólo porque admitía la prueba en contrario aunque fuese a través del limitado y excepcional ámbito de la revisión, sino principalmente por responder a un claro mandato del legislador que, en aras de la seguridad jurídica, y por tanto también de la justicia, ordena que un conflicto que ya ha sido decidido por el órgano jurisdiccional competente no pueda ser objeto de nueva discusión. No puede justificarse la cosa juzgada en una presunción de justicia de la sentencia, ya que dicha supuesta presunción no comprendería sola la sentencia, sino cualquier ley positiva. En mi opinión, una vez que se obtuviera la confirmación de la sentencia en juicio de revisión, estaríamos ante una verdadera presunción absoluta de veracidad de la cosa juzgada. No debería desecharse su caracterización como presunción absoluta. Por otra parte, ya SERRA en *Comentarios*, ALBALADEJO, cit., p. 718 en nota a pie 98, observaba que se ha producido un resurgimiento de la teoría que ve en la cosa juzgada una verdadera presunción. Sobre el tema remitía a SILVA MELERO: "Cosa juzgada", en *NEJca*, Seix, Barcelona, 1956, pp. 838 y ss.; POHLE: "Riflessioni sulla natura della cosa giudicata", en *Ius*, 1960, pp. 9 y ss., y PUGLIESE: "Giudicato civile", en *E. del Dir.*, XVIII, Milán, 1969, pp. 727 y ss. No he encontrado doctrina procesal actual en torno al tema, por lo que dejo sólo planteada la cuestión. Puede verse GARNICA MARTÍN: "Comentario al artículo 222", en *Comentarios a la nueva LEC*, cit., dir. por RIFÁ SOLER y otros, pp. 864-884.

(481) El artículo 8.1 de la Ley 35/1988 lo da como implícito cuando dice: *ni el marido ni la mujer cuando hayan expresado su consentimiento, previo o expresamente, a determinada fecundación con contribución de donante o donantes, podrán impugnar la filiación matrimonial del hijo nacido por consecuencia de tal fecundación*. Sin embargo, me parece que en ese supuesto estaríamos ante una ficción y no ante una presunción *iuris et de iure*.

(482) Se trata de la STC 138/2005, de 26 mayo, cuyo contenido resulta de gran interés, aunque en relación con otro tema (las acciones de impugnación de la paternidad legítima).

LA REPUDIACIÓN DE LA HERENCIA: PROBLEMÁTICA JURÍDICA

AURELIA MARÍA ROMERO COLOMA

Abogada de Familia.

Doctora en Derecho

Introducción al tema

La problemática que plantea el tema de la repudiación de la herencia merece, sin duda, un estudio pormenorizado, que es factible hacer a través del análisis de una importante sentencia dictada en fecha reciente por nuestro Tribunal Supremo, tema que abordo a continuación.

La repudiación de la herencia es la declaración unilateral por la que el llamado manifiesta, en la forma dispuesta por la Ley, su voluntad de no ser heredero.

El artículo 1.008 del Código Civil establece que “la repudiación de la herencia deberá hacerse en instrumento público o auténtico, o por escrito presentado ante el Juez competente para conocer de la testamentaria o del abintestato”.

De otro lado, el artículo 1.280-4.º del Código Civil exige que consten en documento público la cesión, repudiación y renuncia de los derechos hereditarios.

Por lo que respecta a la forma judicial, se reducirá a la presentación de un escrito ante el juez competente, suscrito por el propio heredero. El juez deberá acordar que el interesado se ratifique y, luego, dictará providencia teniéndole por ratificado. En el transcurso de un litigio, el procurador podrá repudiar con poder especial a este efecto.

Se plantea la discusión en torno a la forma instrumental exigida por el Código Civil, al emplear la dicción "instrumento auténtico". ¿Qué significa? Cabe entender que el *corpus* legal se está refiriendo al "documento indubitado" o, en otras palabras, a aquel documento en el que el autor aparente y el real coinciden, siendo ésta, a juicio de LACRUZ BERDEJO y SANCHO REBULLIDA (1), la interpretación más compatible con el artículo 1.280-4.º, si bien este precepto exige la forma pública sólo *ad probationem*, al paso que el artículo 1.008 lo haría entonces *ad solemnitatem*.

Esta tesis es discutible, cuando menos, ya que, aunque la forma documental sigue siendo constitutiva en la repudiación, valdría realizar ésta en escrito privado reconocido por el repudiante, o en el que, de otra manera, se hubiera probado la indicada coincidencia. En este sentido, hay que citar la sentencia de 11 de junio de 1955, que resolvió en este aspecto, tratándose de un documento privado que obraba en autos por testimonio traído de otros autos, y en el que concurrieron la viuda renunciante, herederos y albaceas, mereciendo tal documento la calificación de auténtico y, en consecuencia, revistiendo las condiciones señaladas en el artículo 1.008, si bien los herederos, por aplicación del artículo 1.279 del Código Civil, podrían obligar al repudiante a que eleve el documento a escritura pública, y éste sólo surtiría efecto contra tercero desde que adquiere fecha cierta.

La renuncia tácita no tiene valor alguno, ni tampoco la emitida mediante manifestaciones no formales. No obstante, no invalida la renuncia el hecho de que se haga a cambio de alguna compensación, tal como lo entendió una sentencia de 30 de septiembre de 1975, cuyo supuesto se recondujo a que el repudiante había recibido, en términos de transacción, 300.000 pesetas, que, en su demanda, pretendió ser parte de su cuota sucesoria, de modo que su recepción suponía aceptación implícita de la herencia, por lo que era nula su repudiación posterior, argumento que el Tribunal Supremo rechazó porque no se había acreditado el concepto en virtud del cual le fue entregada la cantidad en cuestión citada.

Hechas estas primeras aproximaciones al tema sobre repudiación de herencia, parece oportuno entrar a analizar el supuesto objeto de estudio: El 23 de mayo de 1981, doña J. N. V. y su madre, doña T. V. P. y sus her-

(1) LACRUZ BERDEJO, José Luis, y SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asís: *Elementos de Derecho Civil, Derecho de Sucesiones*, Bosch, Barcelona, 1982.

manas uterinas, doña M. del C. y doña M. D. J. V., otorgaron escritura pública de manifestación y aceptación de herencia del causante, don J. M., quien en testamento otorgado en 23 de julio de 1958 legaba a su esposa, doña T. V. P., el usufructo vitalicio de sus bienes e instituía herederas a partes iguales a sus hijas M. D. y M. del C. J. V. y la hija de su esposa, doña J. N. V.; en la escritura se formalizaba el inventario del causal relicto, constituido por las fincas registrales A y B.

En esta escritura pública de 23 de mayo de 1981, doña J. N. V. renuncia pura, simple y gratuitamente a favor de sus coherederas a sus derechos sobre la herencia del causante, don J. M.; las coherederas y la usufructuaria aceptaron la herencia.

En el siguiente día 24 de mayo de 1981, doña T. y sus tres hijas suscribieron un documento privado, en el que después de referirse a la precedente escritura pública y a la renuncia a sus derechos hereditarios por doña J. N., se manifiesta “que no obstante las otras contratantes madre y hermanas la han convencido de que no debía llevar a cabo tal renuncia y que debe tener, tal como dispuso el causante, su parte correspondiente en la herencia. Y puestas ya de acuerdo definitivamente las aquí contratantes, es por lo que suscriben el presente, que regulará al efecto sus recíprocos derechos y obligaciones, con sujeción a las siguientes cláusulas: 1.^a Ratificación. Por acuerdo unánime de las aquí contratantes, se ratifica la escritura de inventario autorizada con fecha de ayer por el notario de Llanas, don R. C. F. 2.^a Reconocimiento de derechos. Doña M. D. y doña M. del C. J. V. se comprometen y obligan a otorgar a favor de su hermana doña J. N. V., dentro del plazo máximo de seis meses a contar de esta fecha, escritura pública de compraventa de una tercera parte indivisa de todo lo que ha constituido el inventario de la herencia relicta por el causante, don J. M. y, por tanto, de todos los bienes que se detallan en la escritura pública autorizada por el notario señor C. F., incluyendo, naturalmente, los inmuebles. De esa manera, tal como quieren todos los aquí recurridos, se rectifica la escritura de inventario en la que renunciaba doña J. N. V. a la tercera parte del caudal relicto que le corresponde como heredera, según el calendado testamento del causante. 3.^a Escritura pública (...). 4.^a Consentimiento de doña T. V. P. (...). 5.^a Complemento. Este contrato rectifica y en lo menester complementa el instrumento público autorizado en el día de ayer por el notario de Llanas, don R. C. F. 6.^a Solución definitiva. De esta forma, las partes han solucionado definitivamente la cuestión testamentaria y resuelto sus diferencias en forma definitiva.

El 5 de diciembre de 1987, doña M. D. y doña M. del C. J. V. otorgaron a favor de doña J. N. V. escritura de compraventa de nuda propiedad, de una tercera parte indivisa de cada una de las fincas que figuran en el inventario incluido en la escritura pública de 23 de mayo de 1981.

Doña J. N. V. formuló demanda de menor cuantía frente a su madre doña T. V. P. y sus hermanas uterinas doña M. del C. y doña M. D. J. V. solicitando se dicte en su día sentencia por la que se declare haber lugar a lo solicitado y que se obligue judicialmente a los demandados a formalizar la correspondiente Escritura de Adición de Inventario y, por ende, la correspondiente Aceptación de Herencia y División de la cosa común objeto de inventario de los bienes relictos del causante. Se aporta con la demanda copia de una minuta de escritura de adición de inventario que dice redactada por la notaría cuyo titular autorizó la escritura de 23 de mayo de 1981, en la que se dice “que involuntariamente fue omitida la relación de bienes, que acto seguido se describirán, como parte integrante de la herencia relicta del causante”; tales bienes son aquellos a que se contrae el suplico de su demanda. La actora dice haber recibido esa copia en 28 de febrero de 1994.

Admitida la demanda y emplazadas las demandadas, se personaron en autos oponiéndose a la estimación de la demanda y formulando asimismo reconvencción y, tras invocar los hechos y fundamentos de Derecho que consideraron pertinentes, terminaron suplicando al Juzgado dicte sentencia por la que “estimando la demanda reconvenccional se declare que el negocio Hotel T. y sus edificaciones y anexos son de propiedad exclusiva, en cuanto al usufructo, de doña T., y la nuda propiedad de sus hijas doña D. y doña C.; condenando a la actora, doña J., a estar y pasar por las indicadas declaraciones y al pago de las costas tanto del asunto principal como de la reconvencción”.

El Juzgado de Primera Instancia de La Bisbal dictó sentencia el 30 de mayo de 1996 estimando íntegramente la demanda, desestimando la reconvencción y condenando a las demandadas a formalizar escritura de adición de Inventario y Aceptación de Herencia del causante, don J., así como a proceder a su partición, en los términos a que se refiere la demanda, condenándolas también al pago de las costas procesales.

En grado de apelación, la Audiencia Provincial de Girona dictó sentencia desestimando el recurso y confirmando la sentencia de instancia.

Doña T., doña C. y doña D. interpusieron recurso de casación que fue estimado por el Tribunal Supremo, que desestimó la demanda inicial y estimó la reconvencción.

En primer lugar, salta a la vista que estamos ante un supuesto de declaración unilateral de voluntad, admitido en nuestro país en diversas sentencias. Así, por ejemplo, la dictada el 17 de octubre de 1975 declaró que “los ordenamientos legislativos y la doctrina científica de nuestra Patria admiten varios casos de obligaciones creadas por la voluntad unilateral, citándose por los autores, como ejemplo de ello, los artículos 1.330 y 1.887

del Código Civil, los artículos 587 y 589 del Código de Comercio, las denuncias de los contratos y las obligaciones incorporadas a los títulos de crédito, a los que podemos añadir la aceptación y repudiación de la herencia, que la doctrina califica como declaraciones de voluntad no recepticias, y cuya eficacia y obligaciones proclama nuestro Código en el artículo 997, y ha sancionado la Jurisprudencia en multitud de sentencias, entre las cuales cabe citar las de 25 de abril de 1928, 6 de marzo de 1944, 23 de mayo de 1955 y 18 de septiembre de 1975". De acuerdo con este último precepto, "la aceptación y repudiación de la herencia, una vez hechas, son irrevocables, y no podrán ser impugnadas sino cuando adoleciesen de alguno de los vicios que anulan el consentimiento, o apareciese un testamento desconocido", impugnación que, en el presente caso, no se llevó a cabo por la heredera repudiante.

Hay que destacar, en consecuencia, el carácter irrevocable que presentan estos negocios jurídicos, tal como ha venido sosteniendo, en doctrina inveterada, el Tribunal Supremo en nuestro país, si bien referida a la aceptación de la herencia, pero cuya doctrina es aplicable, sin duda, a la repudiación.

Una sentencia, bastante antigua, de 23 de mayo de 1955, a este respecto, declaró que "el artículo 997, inspirado en la máxima de Derecho Romano *semel eres, semper eres*, mantenida en nuestro Derecho tradicional por la Ley 18 en relación con la 11, título 6.º, de las Partidas, declara irrevocable la aceptación de la herencia, de tal suerte que, una vez realizado el acto de la aceptación en alguna de las formas autorizadas por los artículos 998 y 999, será ineficaz la posterior renuncia, y esto es así porque la Ley no consiente que de modo temporal se asuma la cualidad de heredero".

Por su parte, la sentencia de 15 de noviembre de 1985 afirmó, con especial rotundidad, que "la aceptación de la herencia, al igual que ocurre con la repudiación, una vez realizada es irrevocable".

La sentencia de 4 de febrero de 1994, aludiendo claramente al artículo 997 del Código Civil, se refiere a la razón que impulsa esta irrevocabilidad, afirmando que su finalidad es la de evitar situaciones de temporalidad en los herederos.

Habría que añadir que el hecho de evitar situaciones de temporalidad en los herederos tiene, a su vez, como finalidad primordial el evitar situaciones de inseguridad jurídica, que podrían, en efecto, darse con bastante facilidad si un día una persona ostenta la cualidad o condición de heredero, y otro día ya ha dejado de ostentarla, lo cual provocaría situaciones indeseadas frente a los coherederos e incluso, como es lógico, frente a los terceros. Piénsese, sin ir más lejos, en los acreedores del heredero. O en el hecho, muy frecuente en la práctica, de que las cargas de la herencia

sean mayores de lo que, en un principio, se sospechaba. Es obvio que ha de existir un mecanismo jurídico para afrontar estas situaciones indeseadas y que este mecanismo es, sin lugar a dudas, la irrevocabilidad de la repudiación.

La norma de irrevocabilidad de la aceptación de la herencia y de la repudiación de la misma es una norma imperativa, cuya aplicación no puede ser eludida por la parte una vez emitida la declaración de voluntad en que consiste, ni puede ser dejada sin efecto por actos o declaraciones de voluntad en contrario, cualquiera que sea la proximidad en el tiempo entre estos actos o declaraciones de voluntad y la repudiación de la herencia. En este sentido, el artículo 997 no establece distinción alguna a este respecto. En conformidad con la norma civil, la eficacia de la repudiación sólo se va a ver alterada por la impugnación fundada en la existencia de algún vicio de la voluntad que anulare el consentimiento así emitido, o apareciese un testamento desconocido. Esto quiere decir que la repudiación de herencia realizada con alguno de los vicios que invalidan los negocios jurídicos *inter vivos* –violencia, intimidación, dolo– no será válida, siendo susceptible de ser impugnada judicialmente. Naturalmente, la aparición de un testamento desconocido –supuesto éste muy interesante, a mi juicio– daría al traste con lo que, hasta el momento, ha quedado expuesto.

Un extremo importante que hay que tener en cuenta es el referido a la unilateralidad de la repudiación de la herencia, que consiste en la mera declaración de voluntad del repudiante, que no ha de ser ni siquiera aceptada por los otros interesados, según la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 9 de octubre de 1901.

La herencia, en el supuesto que estoy analizando, fue repudiada por doña J. en la escritura pública de 23 de mayo de 1981, por lo que en ningún momento llegó a adquirirla, y ello en virtud del efecto retroactivo de la aceptación y de la repudiación. Las demás coherederas aceptaron la herencia en escritura notarial, por lo que adquirieron la misma desde el momento de la muerte del causante, según se desprende de los artículos 661 y 898 del Código Civil y, asimismo, en virtud del derecho de acrecer al haber repudiado la otra coheredera, ex artículo 982.2 del Código Civil. Este efecto no se destruye por la declaración contenida en el documento privado de 24 de mayo de 1981, cualquiera que sea el motivo o la causa en que se funda el otorgamiento del mismo.

De lo expuesto se desprende que doña J. no ostentaba la condición de heredera de don J. M., como consecuencia de haber repudiado la herencia en escritura notarial, careciendo de legitimación *ad causam* respecto al ejercicio de acciones relativas a la herencia de éste y procediendo, en consecuencia, a la desestimación de la demanda.

Son las demandantes reconvinentes quienes, en su condición de úni-

cas herederas, adquirieron las instalaciones y edificaciones del Hotel La Torre, ejercitando las facultades que se reconocieron al causante en la sentencia de la Audiencia Territorial de Barcelona de 4 de octubre de 1977.

Cabría objetar, con relación a este último extremo, que el acuerdo al que llegaron las demandadas, y ahora recurrentes, con don G. lo fue en fecha 20 de mayo de 1981, es decir, unos días antes de que se realizase la repudiación de herencia por doña J. Pero hay que tener en cuenta que la repudiación afecta a la totalidad del caudal hereditario, sea o no conocido por el que repudia la herencia; no se puede realizar de forma parcial, respecto de unos bienes sí y de otros no. Además, se renuncia a la condición de heredero, pero no a la titularidad de todos o cada uno de los bienes que integran el caudal hereditario.

Este supuesto me lleva a analizar, con detenimiento, las características de la repudiación en nuestro Ordenamiento Jurídico Civil, así como sus efectos, problemática ésta que abordo a continuación.

La repudiación es un negocio jurídico, un acto del llamado a una sucesión, por el que, ejercitando el *ius delationis* que tiene a hacerla suya o a rechazarla, decide no quererla o no tomarla, o no admitirla o, en definitiva, renunciarla.

Al ser un negocio jurídico unilateral, como ya ha quedado expuesto con anterioridad, el apartamiento de la herencia del llamado a ella se produce *exc voluntate*, o sea, porque la Ley ordena que tal efecto tenga lugar, al concordar con la voluntad que el interesado ha manifestado. En este sentido, hay que resaltar que la voluntad del llamado repudiante no se une con la de ningún otro. Es un acto no recepticio, al no tener que llegar a ningún destinatario para ser válido jurídicamente. Asimismo, es un acto *inter vivos*, porque lo que establece no es para cuando fallezca el declarante, sino que es para ahora, aunque se refiera a un llamamiento que le fue hecho *mortis causa*. Es ésta, sin duda, una peculiaridad de este negocio jurídico y que estimo que es de gran importancia resaltar. Y, por fin, es irrevocable, sin que quepa retractarse de la repudiación ya hecha, puro, al no admitir condición ni término, ex artículo 990 del Código Civil, solemne, al tenerse que hacer por escrito, indivisible o total, porque no puede hacerse parcialmente, es decir, no se admite rechazar una porción de herencia y aceptar, en cambio, otra porción.

Hay que destacar, asimismo, que es un acto que, a pesar de su trascendencia jurídica, fácilmente palpable, es un acto no personalísimo, al caber que el interesado repudie a través de representante con poder expreso para ello. Sobre este último aspecto, hay que destacar que la representación puede conferirse incluso para repudiar cualesquiera herencias, al no haber previsto el texto legal la personalidad de la repudiación, por lo que ésta pueden hacerla los representantes legales.

De las notas que han quedado apuntadas sobre la repudiación de herencia, cabe destacar su irrevocabilidad. En este sentido, nuestra Jurisprudencia rechaza la aceptación que tenga lugar después de haber repudiado. Así lo hizo en sentencia de 27 de noviembre de 1992.

En el mismo sentido se rechaza la repudiación cuando, con anterioridad, se había producido la aceptación, aunque ésta fuese tácitamente. Tenemos en cuenta que estos supuestos prácticos suelen presentarse cuando el heredero se percata de que la sucesión tiene más cargas de las que, en un principio, pensaba, no interesándole. Así, sentencias, como las de 23 de mayo de 1955 y 16 de junio de 1961, señalaron que, después de aceptada la herencia, la repudiación es un acto sin efecto. Hay que entender que sin efecto jurídico alguno. E inversamente, la aceptación después de haber repudiado.

Manuel ALBALADEJO GARCÍA afirmaba que, en todo caso, es más frecuente intentar repudiar después de haber aceptado, que intentar aceptar después de haber repudiado, y ello por dos razones: en primer lugar, porque es más común que la herencia tenga más deudas que las calculadas, lo que movería a querer repudiar la que, en su día, se aceptó, que tenga más bienes que los pensados, lo que movería a querer aceptar la que se repudió; en segundo lugar, porque la repudiación aún puede intentarse, aunque sea ilegal, después de haber aceptado tácitamente, por ejemplo, porque, siendo solemne la repudiación, es imposible ocultarla, si se produjo, para intentar aceptar la que se repudió anteriormente (2).

La repudiación ha de ser pura, lo que quiere decir que no admite ni condición ni término. No se admiten, en este extremo, condiciones, ni suspensivas ni resolutorias y, si se repudiase bajo condición o término, hay que entender que el acto es nulo, tal como, mayoritariamente, ha expuesto la doctrina en nuestro país (3).

El requisito de la indivisibilidad viene referido a que la repudiación de herencia ha de ser total, pero esa totalidad hay que entenderla en función de cada delación, es decir, que cabe la posibilidad, naturalmente, de aceptar una herencia y repudiar otra. Lo que no está permitido legalmente es repudiar en una parte de la herencia y aceptar en otra. Asimismo, el heredero que sea a un tiempo legatario podrá renunciar a la herencia y aceptar el legado, ya que a éste no hay, en el sentido propio, delación, sino adquisición, con la facultad de renunciarlo, o renunciar a éste y aceptar aquélla.

(2) ALBALADEJO GARCÍA, Manuel: "La repudiación de la herencia", en *Actualidad Civil*, número 36, Madrid, 3-9 octubre de 1994.

(3) ROGEL: "Renuncia y repudiación de la herencia", en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, Madrid, 1980.

¿Qué sucede con el derecho de acrecer? Sobre este extremo hay que decir que queda excluido, ya que no es una delación nueva para la parte que acrece, sino la misma delación que se extiende o propaga a esta parte. Es evidente, en este supuesto, que en la repudiación de la cuota inicial va comprendida la acrecida.

Por fin, el requisito de la retroactividad: "Los efectos de la aceptación y de la repudiación se retrotraen siempre al momento de la muerte de la persona a quien se hereda" (art. 989 del Código Civil).

Con este requisito se consigue que todo lo relativo a la sucesión y, en este supuesto, a la repudiación, ocurra como si hubiese acaecido al fallecer el causante.

Llegados a este punto cabe plantearse la cuestión, problemática, sin duda, de si cabe la renuncia a herencia futura.

Sobre este extremo, y para su mejor comprensión, hay que detenerse en una sentencia dictada por nuestro Tribunal Supremo en una fecha, ya tan remota, como la de 6 de mayo de 1953. Esta sentencia, lo primero que hay que resaltar, es que, efectivamente, admitió la renuncia a herencia futura.

La herencia futura de una persona puede ser objeto no sólo de negocios *mortis causa* y de contratos, sino también de otros negocios *inter vivos* que no revistan tal carácter o cuya naturaleza sea dudosa, negocios que pueden ir acompañados, o no, de la nota de irrevocabilidad. Entre ellos, como el más interesante, cabe reseñar el llamamiento unilateral a la sucesión, la partición de herencia y la renuncia a la misma aisladamente otorgada como parte o condición de otro negocio principal.

Quedémonos solamente en la renuncia unilateral a la herencia de un tercero. No es sucesión contractual ni contrato sucesorio, por lo que no encuentra obstáculos para su validez en los artículos 658 y 1.271 del Código Civil. Sin embargo, en apariencia, se enfrenta con el artículo 991 del citado corpus legal, que establece lo siguiente: "Nadie podrá aceptar ni repudiar sin estar cierto de la muerte de la persona a quien haya de heredar y de su derecho a la herencia".

¿*Quid iuris*? Joaquín SAPENA estimaba que el artículo 991 del Código Civil contiene un precepto referido a las herencias por testamento o sin él, es decir, a aquellas herencias cuya delación, voluntaria o legal, tienen ya efectividad a la herencia ya causada (4). En este sentido, ni la aceptación ni la repudiación de que trata el Código Civil en el artículo 991 se refieren más que a la sucesión ya abierta: son negocios jurídicos confirmativo y negativo, respectivamente, de una transmisión hereditaria ade-

(4) SAPENA, Joaquín: "Un caso de renuncia a herencia futura admitido por el Tribunal Supremo" (sentencia de 6 de mayo de 1953), en *Revista de Derecho Privado*, Madrid, 1964.

cuada al Ordenamiento legal, de una sucesión testamentaria o legítima. El citado autor concluye, en consecuencia, que, de la exigencia de determinados requisitos para un acto distinto, no puede deducirse la prohibición de la renuncia de herencia. El propósito del legislador fue el de recusar toda negociación jurídica de la herencia de persona viva. El temor a los prejuicios y posibles fraudes fue uno de los motivos determinantes del destierro de la sucesión contractual y se presenta también en las renunciaciones a la herencia de un tercero.

En consecuencia, la prohibición de los contratos sobre la herencia futura afecta, salvo las excepciones previstas en el Código Civil, a todo negocio jurídico *inter vivos* cuyo objeto inmediato sea la herencia de una persona no fallecida, criterio éste que, sin duda alguna, se infiere de las sentencias del Tribunal Supremo, que considera válidos los siguientes:

a) Los pactos que se refieren a bienes existentes y determinados, porque no es entonces una herencia o unos bienes futuros el objeto de los mismos.

b) Aquellos cuyo objeto inmediato no sea una herencia, como el de obligarse a renunciar a la misma una vez abierta la sucesión, si bien la sentencia de 16 de noviembre de 1932 declaró incurso en la prohibición la simple promesa de designar heredero.

c) Los referentes a una herencia causada, aunque esté suspendida la delación o no concretado el derecho sobre ellos. Aquí también se ha pronunciado la Dirección General de los Registros y del Notariado en Resolución de 29 de diciembre de 1906.

Veamos la sentencia dictada por el Tribunal Supremo de 6 de mayo de 1953, que se aparta de esta dirección y admite un caso de renuncia vinculante a una herencia futura. Examinemos el supuesto: Dos cónyuges, S. y F., otorgaron sendos testamentos el 19 de enero de 1915, disponiendo ambos similarmente a favor de distintos hijos e imponiendo el marido a tres de ellos la obligación de renunciar a todos los bienes inmuebles que les correspondieran en la herencia de su madre, y la esposa, a la restante hija M., la misma obligación respecto a los bienes de tal clase que pudieran pertenecerle en la herencia paterna. Fallecida doña F. el 15 de febrero de 1915, los interesados aceptaron su herencia conforme al testamento y sin constancia documental, procediendo, posteriormente, con su padre a la partición conjunta de los bienes del mismo y de los dejados por la madre, sin formalizarlo en escritura pública y no concurriendo debidamente uno de los hijos. El 8 de febrero de 1943, el padre otorgó nuevo testamento instituyendo heredera suya universal a su hija M., y adjudicando su legítima a los restantes hijos. Promovido juicio de testamenta-

ría de dicho don S. por la heredera nombrada en el último testamento, dos de sus hermanos dedujeron demanda en juicio de mayor cuantía contra la heredera y el otro hermano, suplicando fundamentalmente se dictare sentencia declarativa de que los demandados están obligados a pasar por la partición de las herencias de ambos progenitores, ya practicada en su día, y que M. debe dar cumplimiento a la obligación que se le impuso por su madre de renunciar a todos los bienes inmuebles que pudieran corresponderle en la herencia paterna. El otro hermano demandado se allanó, y la hermana M. negó la aceptación de la herencia de la madre y la validez de la partición.

El Tribunal Supremo resolvió en sentido afirmativo que la demandada había aceptado la herencia de su madre, sujeta a la condición de renuncia, planteándose los siguientes extremos: a) vinculación de la voluntad del padre sobreviviente por la correspectividad de ambos testamentos; b) vinculación de la misma por la partición de sus bienes practicada en los hijos; c) validez de esta partición; d) efectos de la aceptación por M. de la herencia de la madre deferida bajo la condición de renuncia.

Por lo que respecta al punto a), el Tribunal Supremo lo resuelve estimando que don S. B., padre de los litigantes, que también había otorgado testamento en igual fecha que su esposa, no quedó por el testamento de ésta limitado en su facultad de otorgar nuevas disposiciones testamentarias, por ser estos actos legalmente revocables y personalísimos en la legislación común y, siendo esto así, es indiscutible que, sin conexión alguna ni repercusión en el ya inalterable testamento de su esposa (fallecida), pudo don S. B. otorgar, el 8 de febrero de 1943, nuevo testamento disponiendo libremente, dentro del marco legal, de sus bienes, puesto que no tenía obligación alguna contraída con aquellos a quienes designaba como partícipes de su herencia que restringiera su libertad de acción.

¿*Quid iuris* en relación con la correspectividad? El Supremo declara, a este respecto, que la correspectividad que puede dar lugar a la irrevocabilidad del testamento mancomunado en aquellos Ordenamientos jurídicos que lo admiten o aceptan, no surte efecto alguno frente al carácter esencialmente revocable del testamento individual del Derecho común. En este sentido, el artículo 737 del referido *corpus legal* establece que “todas las disposiciones testamentarias son esencialmente revocables, aunque el testador exprese en el testamento su voluntad o resolución de no revocarlas” (párrafo primero).

“Se tendrán por no puestas las cláusulas derogatorias de las disposiciones futuras, y aquellas en que ordene el testador que no valga la revocación del testamento si no la hiciere con ciertas palabras o señales” (párrafo segundo).

Con respecto al punto b), el Supremo afirmó que el testador tampo-

co estaba vinculado por la partición de sus bienes, ya que el carácter de *irrevocabilidad* sólo podría provenir si se aceptara esta modalidad de la sucesión contractual o su validez como contrato sucesorio con los herederos, prohibidos por el Código Civil y confirmada esta prohibición claramente por la Jurisprudencia de dicho Alto Tribunal.

Con relación al punto c), aun admitiéndose que la falta de uno de los interesados en el otorgamiento del convenio particional pudiera subsanarse entendiendo, como ratificación, el allanamiento del mismo a la demanda, queda patente su inexistencia, ya que, al efectuarse únicamente sobre bienes inmuebles, era obligado, por imperativo legal, su consignación en escritura pública.

Consagra, en consecuencia, aquí el Tribunal Supremo, como requisito *ad solemnitatem*, la escritura pública en las particiones que tuvieran por objeto bienes inmuebles. Pero, al hacerlo, se apartaba el Supremo de una anterior línea jurisprudencial, en la que había admitido el documento privado para la partición practicada por los herederos (sentencias de 4 de julio de 1899, 1 de julio de 1901 y 18 de enero de 1904), o por el testador, si bien en este último supuesto requería su confirmación posterior en testamento.

Con respecto al punto d), se resalta que la hija podía ser heredera de su padre, ya que el testamento último de éste era válido y el convenio particional ineficaz.

Sin embargo, hay que matizar que la hija había aceptado la herencia de su madre, que, en su testamento, la obligaba a renunciar a todos los bienes inmuebles que pudieran pertenecerle en la herencia paterna. ¿Adquiría, por tanto, los bienes inmuebles?

Hay que tener en cuenta que la hija había aceptado la herencia de su madre conforme al testamento de la misma y, por tanto, quedaba sujeta a las limitaciones que pudiera contener dicho testamento, y muy especialmente a la condición de renuncia ya expresada anteriormente. ¿Puede afirmarse que aceptaba condicionalmente y contra la disposición del artículo 990 del Código Civil?

El artículo 990 nos dice que ni la aceptación ni la repudiación de la herencia podrán hacerse condicionalmente. Pero nótese que la hija M. no aceptó, contra la prohibición impuesta en el Código Civil, condicionalmente, sino puramente, pero refiriéndose a una herencia sujeta a condición, lo cual plantea una cuestión diferente: ¿se trata de una condición suspensiva, dependiendo la aceptación de la herencia materna de la renuncia irrevocable a los bienes inmuebles de la futura herencia del padre? ¿Se trata de una condición resolutoria de la aceptación verificada y consiguiente titularidad adquirida, si al morir el padre no se otorgaba la citada renuncia?

El Tribunal Supremo se pronunció de la siguiente manera: “Que al acaecer en el caso que ha dado origen al presente litigio el fallecimiento de don S. B. bajo el testamento otorgado en 8 de febrero de 1943, su hija, hoy recurrida, doña M. B., designada en el mismo como heredera universal, salvas las porciones legitimarias de sus hermanos, tenía limitado su derecho al libre acceso a la herencia de su padre, cuya efectividad era llegado el momento de realizar, por hallarse vinculada a una condición de renuncia a todos los bienes inmuebles de procedencia paterna presentes o futuros, a que voluntariamente se había sometido al aceptar la herencia de su madre, regida por el testamento de 19 de enero de 1915, en que tal renuncia se imponía de un modo absoluto..., y puesto que esta vinculación impide a doña M. B. la participación en la herencia paterna, por propia imposibilidad al someterse voluntariamente al cumplimiento de la condición impuesta en el testamento de su madre, obró con error la Sala de instancia al declarar que el último testamento de don S. B. tenía virtualidad respecto de los llamados a su herencia para anular las obligaciones impuestas en testamento otorgado por otra persona y cuya ejecución ya se había efectuado”.

El Tribunal Supremo, a la vista de este Considerando, estimó que la aceptación por doña M. de la herencia de su madre implicaba la renuncia a todos los bienes inmuebles que pudieran corresponderle en la sucesión futura del padre, lo cual plantea una importante cuestión, que no es baladí, sin duda: ¿se trata de un negocio jurídico prohibido, al ser su objeto inmediato la herencia de una persona aún viva?

Hay que matizar, no obstante, que la renuncia está impuesta únicamente por la voluntad de la madre de la recurrida.

La aceptación de la herencia es un hecho, acto o negocio, que es indispensable para que la sucesión se consume jurídicamente, pero no es un contrato, ni tan siquiera es un negocio jurídico complejo, porque, como expresa SAPENA (5), se trata de un fenómeno integrado por un negocio jurídico unilateral –testamento–, o un llamamiento legal; un hecho –la muerte del causante–, unido, o no, a otros determinados en el testamento –modalidades de la disposición–, y un negocio jurídico unilateral –la aceptación–, o la inexistencia de otro –la repudiación–. La aceptación tampoco es un contrato, sino meramente la manifestación de voluntad, expresa o tácita, de adquirir la herencia en conformidad con la delación testamentaria o legal.

Hay que tener en cuenta que no se trataba, en realidad, de una sucesión contractual, al no existir, propiamente, contrato entre el causante de la herencia y la abdicante en relación con la herencia del mismo, sino

(5) SAPENA, Joaquín: artículo citado.

que la renuncia venía impuesta, meramente, por la voluntad de la madre.

La aceptación de la herencia es indispensable para la consumación jurídica de la sucesión. Tanto GARCÍA VALDECASAS (6), como BETTI, en la doctrina italiana este último (7), afirmaban que la adquisición de la herencia no es un contrato, ni tan siquiera un negocio jurídico complejo, sino que es un fenómeno integrado por un negocio jurídico unilateral –testamento–, o un llamamiento legal; un hecho, como es la muerte del causante, unido, o no, a otros determinados en el testamento, en función de las modalidades de la disposición, y un negocio jurídico unilateral –la aceptación–, o la inexistencia de otro –la repudiación.

Con respecto al análisis del supuesto resuelto por la citada sentencia de 6 de mayo de 1953, hay que resaltar que la renuncia no se formuló gratuitamente, ni nació de la voluntad del abdicante, sino que fue ordenada por la madre difunta.

El Tribunal Supremo lo que hizo, en definitiva, fue reconocer la validez a un negocio de los tradicionalmente comprendidos en la sucesión contractual, el pacto o contrato sucesorio, que sabemos que están prohibidos en el Ordenamiento Jurídico-civil común.

(6) GARCÍA VALDECASAS, Guillermo: “La adquisición de la herencia en Derecho español”, en *Revista de Derecho Privado*, Madrid, 1944.

(7) BETTI, V.: *Teoría general del negocio jurídico*, Madrid, 1941.

NUEVAS PERSPECTIVAS DEL IMPUESTO DE DONACIONES DE LA COMUNIDAD DE MADRID (*)

ALFONSO VENTOSO ESCRIBANO

Doctor en Derecho.

Notario excedente.

Registrador de la propiedad

SUMARIO: **I.** INTRODUCCIÓN. **II.** IMPUESTO SOBRE SUCESIONES Y DONACIONES. **A)** Historia. **B)** Algunos aspectos del sistema y cuestiones concretas. **III.** ANÁLISIS DE LA LEY 7/2005, DE 23 DE DICIEMBRE, DE MADRID. **A)** Supuesto general. **B)** Donación de metálico. **C)** Superveniencia del fallecimiento. **IV.** ENGARCE CON INSTITUCIONES DE DERECHO SUSTANTIVO. **A)** Reserva de la facultad de disponer. **B)** Donación de nuda propiedad. **C)** Donación con derecho de reversión. **D)** Referencia societaria. **E)** Conclusión. **V.** ENGARCE CON

(*) El texto responde a la exposición oral desarrollada el 25 de marzo de 2006 en el marco del II Seminario de experto documental en notarías y registros organizado por FEA-PEN (Federación Estatal de Asociaciones Profesionales de Empleados de Notarías) y CEFEN (Centro de Formación de Empleados de Notarías). En dicha exposición se resumieron, por razones de tiempo, algunos detalles, pero el texto conserva algunas frases gráficas o expresiones coloquiales.

EL SISTEMA FISCAL. **A)** IRPF. **B)** Incremento de valor de los terrenos de naturaleza urbana. **C)** Impuesto sobre el Patrimonio. **D)** Futuro fiscal. **VI.** AUTORES CITADOS Y BIBLIOGRAFÍA BÁSICA.

Vamos a estructurar estas líneas, una vez situados normativamente, en cuatro grandes apartados.

El primero, un brevísimo recorrido por algunos aspectos del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones (IS y D).

A continuación, examinaremos la novedad introducida, especialmente en cuanto a las donaciones, por la Comunidad de Madrid.

Posteriormente, abordaremos el engarce de esta materia en el Derecho sustantivo e intentaremos analizar determinados pactos que pueden paliar algún efecto no deseado de la donación pura.

Finalmente, analizaremos, brevemente, su engarce dentro de la normativa fiscal.

I. Introducción

Las donaciones constituyen *parte del hecho imponible del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones*, regulado por la Ley 29/1987, de 18 de diciembre (Ley IS y D).

Como es un impuesto cedido a las Comunidades Autónomas, el poder normativo de éstas alcanza importancia y en este contexto surge la Ley 7/2005, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales y Administrativas (podríamos llamar de acompañamiento) de la Comunidad de Madrid, publicada en el BOCM de 30 de diciembre, en cuyo artículo 3, apartado 5, se regula una bonificación de un 99 por 100 en la cuota a las donaciones entre descendientes, ascendientes y cónyuges.

Como primera premisa hay que advertir que el IS y D es, en general, caro (1) y un ejemplo nos puede cuantificar esa idea.

Una herencia o una donación de una base liquidable aproximada de 150.000 € (aproximadamente 25.000.000 ptas.) genera una cuota aproximada de 21.250 € (aproximadamente 3.535.000 ptas.).

(1) ALONSO dice que “Las donaciones resultan gravadas con extrema dureza”, p. 104.

(Hay que hacer una advertencia y es que la adquisición *mortis causa* tiene una reducción en la base para obtener la liquidable, que en Madrid es de 100.000 € en los grupos de parientes que tratamos; es decir, una donación de 150.000 €, si no se hace, y se transforma en herencia, tributaría por 50.000 €.)

Pues bien, esos 21.250 € de cuota, por la deducción, se convertirían en 212,50 € (aproximadamente 35.357 ptas.).

Puede, pues, decirse que en Madrid prácticamente se ha suprimido el Impuesto de Donaciones.

De ahí podríamos sacar la conclusión de que debemos apresurarnos en hacer donaciones.

Sin embargo, además de los importantes, podríamos decir, efectos colaterales, puede resultar que una donación, a pesar de lo dicho, genere mayor impacto fiscal que ese mismo acto convertido en *mortis causa* por fallecimiento del “donante”.

Así pues, premura sí, pero no para otorgar donaciones, sino para obtener el asesoramiento adecuado. Ya que no podemos, en general, evitar pagar impuestos por lo menos debemos escoger, cuando sea posible, el impuesto y el momento que nos interese. No se trata de evadir defraudando, condenable, sino de escoger el impuesto o el momento más favorable. Como ha dicho alguno, no se trata de evadir impuestos sino de evitar impuestos (2).

Estas líneas van orientadas a intentar descubrir algunas sombras detrás de esa normativa.

II. Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones

A) Historia.

Es habitual situar el origen del Impuesto de Sucesiones en Roma, en la llamada *vigesima hereditatum* (0,20 por 100), con la que el Emperador Augusto pretendía crear un fondo para recompensar a los soldados romanos (3).

Sin embargo, vamos a pegar un salto en el tiempo de veinte siglos. La última reforma tributaria española antes de comenzar el actual ciclo democrático fue a través de la Ley de reforma de 11 de junio de 1964; posteriormente a la cual se articularon los diferentes textos normativos (el sistema era a través de impuestos a cuenta) y en lo que nos interesa, el Decreto de 6 de abril de 1967 aprueba el Texto Refundido de la Ley y tarifas

(2) HERREROS DE LAS CUEVAS: p. 13.

(3) CAZORLA y MONTEJO (p. 83); BENÍTEZ DE LUGO (p. 1).

de los impuestos generales sobre las sucesiones y sobre transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados. Dos observaciones normativas.

La primera, que el libro I regulaba el Impuesto sobre las Sucesiones (incluía bienes de determinadas personas jurídicas) y el libro II contemplaba las transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados. Es decir, las donaciones se regulaban dentro del libro referido a las transmisiones patrimoniales, pero el artículo 63 decía que se aplicaba la tarifa del Impuesto sobre Sucesiones.

La segunda, que hasta la publicación de un Reglamento, que nunca vio la luz, continuaba en vigor el antiguo Reglamento del Impuesto de Derechos Reales y sobre Transmisiones de Bienes de 15 de enero de 1959 y Timbre del Estado de 22 de junio de 1956; es decir, un texto reglamentario anterior a la propia reforma fiscal.

Al comenzar el nuevo ciclo político, a mediados de los setenta, se da a luz a la reforma del sistema tributario a través de la Ley 50/1977, de 14 de noviembre, de Medidas Urgentes de Reforma Fiscal, que provocó inmediatos proyectos de Ley. El 11 de enero de 1978 se publica en el *Boletín Oficial de las Cortes* el correspondiente al Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones (también aparecen los proyectos relativos al IRPF y al del Patrimonio Neto) (4). Pronto alcanzan las páginas del BOE las leyes reguladoras del IRPF y el Impuesto de Sociedades (IS); no ocurre lo mismo con el IS y D y el del Patrimonio y, en lo que nos interesa, el del IS y D decae al finalizar la legislatura (también en la siguiente) y hay que esperar al *Boletín Oficial de las Cortes Generales* de 19 de enero de 1987 para que comience su andadura definitiva. Es decir, casi diez años desde la reforma fiscal y, quizá por ese largo lapso temporal, con mayor debate en cuanto a su articulación.

No dejaba de ser curiosa la situación existente. El impuesto sobre las transmisiones patrimoniales se va a modificar por la Ley 32/1980, de 21 de junio, centrándose en las “a título oneroso”, por lo que en su DT 5.^a tiene que encajar la tributación de las donaciones en el Impuesto sobre Sucesiones y dejar vigentes los artículos 63 y 64 del TR del ITP y AJD (normas específicas de donaciones); tal situación, lógicamente, se respeta por el Real Decreto Legislativo 3050/1980, de 30 de diciembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley ITP y AJD. Es decir, la donación se regía por un texto parcialmente derogado, en el que se declaraban vigentes dos artículos que nos remitían al Impuesto sobre Sucesiones, y por un Reglamento de 1959.

Con la Ley 39/1987, de 18 de diciembre, se da sensatez normativa a las sucesiones y donaciones si bien, de nuevo, hubo de recurrirse a unas

(4) CAZORLA y MONTEJO (p. 87); PEDRAZA (p. 15).

normas provisionales (Real Decreto 422/1988, de 29 de abril) hasta la promulgación del Reglamento por Real Decreto 1629/1991.

Como dice la E. de M. de la Ley, con ella se cierra el marco de la imposición directa, sin perjuicio de que por Ley 19/1991, de 6 de junio, del Impuesto sobre el Patrimonio, se torna en definitivo el carácter excepcional y transitorio del Impuesto extraordinario sobre el Patrimonio de las Personas Físicas de la Ley 50/1977.

No puede cerrarse este apartado sin dejar constancia de algunas voces que se pronuncian a favor de la supresión del Impuesto de Sucesiones. Posicionamientos que encontramos en la doctrina (5), en declaraciones en prensa u otros medios (el propio Defensor del Pueblo pidió la supresión del Impuesto en toda España, etc.), manifestaciones de políticos en campañas electorales, etc.

Quizá el panorama, en breve tiempo, cambie de manera sustancial. De cualquier modo, el IS y D se nos ofrece:

- Como un impuesto directo.
- Como complementario del IRPF.
- Cuya cuantificación depende de la cuantía de la adquisición lucrativa y del grado de parentesco y con la inclusión de una novedad: aplicación de unos coeficientes en función del patrimonio preexistente del beneficiario.

Un hecho constatado en la realidad es la escasa existencia de donaciones. Hay dos factores; uno de ellos es que presupone un acto gratuito sin contraprestación alguna (al menos material), lo que no es normal; el otro, es la carestía del Impuesto. También es caro el de Sucesiones, pero de su hecho causante nadie escapa; de otro lado, en éste hay reducciones y en algunas Comunidades Autónomas se elimina en determinadas circunstancias.

B) Algunos aspectos del sistema y cuestiones concretas.

Los elementos esenciales del Impuesto de Donaciones son conocidos. Así, de modo resumido, cabe decir:

- Hecho imponible: la adquisición de bienes o derechos por donación o cualquier otro negocio jurídico a título gratuito, *inter vivos* (art. 3, 1. b).
- Dos elementos a destacar, pues, gratuidad y carácter *inter vivos*.

(5) CHECA; ALONSO; *Revista Escritura Pública*, número 16 (julio-agosto 2002) y número 20 (marzo-abril 2003).

- Sujeto pasivo: el donatario.
- Base imponible: el valor neto de los bienes y derechos, entendiéndose como tal el valor real minorado por las cargas y deudas deducibles.
- Base liquidable: en las transmisiones *mortis causa* hay reducciones en la imponible para obtener la liquidable.
En las donaciones no hay reducciones generales, sin perjuicio de la habida en el marco de la “empresa familiar”.
- Tipo: es una escala en función de la cuantía y grado de parentesco. La cuota viene, además, modalizada por la aplicación del patrimonio preexistente.

Como decíamos, es un impuesto caro, del que el contribuyente procura escapar mediante ocultaciones, rodeos o desfiguraciones sustantivas; ello provoca alguna norma que intenta cortar esas pretensiones. Y, entre otras prevenciones, el legislador formula determinadas presunciones o declaraciones normativas en la creencia de que el contribuyente intenta ocultar el hecho imponible o alterar alguno de los datos cuantificadores de este Impuesto. Así:

- Artículo 4,1: Presunción de transmisión lucrativa cuando de los Registros Fiscales o de los datos obrantes en la Administración resulte una disminución patrimonial y correlativo aumento patrimonial.
- Artículo 4,2: Presunción de donación en las adquisiciones onerosas realizadas por los ascendientes como representantes de los menores de edad.
- Artículo 11: Adición de bienes que se presumen integrantes del caudal relicto al fallecimiento de una persona.
- Artículo 28: La renuncia a la herencia una vez prescrito el impuesto.
- Artículo 30: Acumulación de donaciones. Como el impuesto es progresivo, el legislador intenta evitar el troceo en las donaciones acumulando las habidas durante un plazo, así como a la sucesión, en su caso, lo que tiene importancia en nuestro estudio.

Pues bien, en algún caso quizá convenga hacer la donación directamente. Pongamos un ejemplo: unos padres compran en nombre de su hijo menor un piso (realmente los padres “ponen” el dinero). Además del ITP y AJD, conforme al artículo 4,2 visto, se presume una transmisión lucrativa. ¿Hay base para girar liquidación sin deducción de cuota? La cuestión puede resultar dudosa teniendo en cuenta que no se puede aplicar la analogía a los beneficios fiscales (art. 14 LGT) y en el supuesto no estamos ante un declarado acto gratuito sino ante una presunción, pero, sobre

todo, es dudoso que cumpla el requisito de formalizarse la donación en documento público que, como veremos, se exige, aunque la compra se haga en tal tipo de documento. Probablemente lo más aconsejable sea hacer la donación, pagar el impuesto, con la bonificación, y comprar.

Quizá convenga traer aquí a colación algunos casos que nos enseña la práctica:

a) *Donación disimulada bajo la cobertura jurídica de compraventa.*

Es, o ha sido, frecuente la siguiente pregunta y desenlace: “señor notario, quiero regalar un piso a un/a hijo/a: ¿cuánto me cuesta Hacienda si la disfrazo de compraventa y cuánto si hago la donación?”; como la respuesta de aquél generalmente suponía un mayor coste con la donación, el desenlace era: “como es más barato, prepáreme, señor notario, una compraventa”.

Esta escena se ha repetido cientos de veces (aunque no hay muchas donaciones, en la mayoría de las ocasiones se repite tal conducta). Obviamente el asesoramiento del notario o del jurista debe cortar de raíz ese desenlace con la siguiente reflexión: sí, es más barato, pero eso no significa que sea mejor. Un Seat 600 es más barato que un Mercedes, pero normalmente no es mejor; hay otros factores, como incremento no justificado del adquirente, riesgo de nulidad negocial (6), ganancialidad, colación, etc.

Pues bien, hoy no hay que recurrir a esta desaconsejable práctica, sino ir directamente a la donación, sin perjuicio de tener presente si se quiere que sea colacionable o no, entre otras cuestiones.

Es más, hoy alguno pensará en dar la vuelta a la tortilla. Ejemplo: unos padres venden al hijo/a un piso; tributa al 7 por 100; los padres donan al hijo y al poco tiempo el hijo dona el dinero a los padres (casi exento, pero tiene implicaciones sustantivas: colación, ganancialidad, etc.).

b) *Préstamo de los padres a un/a hijo/a.*

¿Cuántos préstamos han hecho los padres a los hijos y han dilatado el plazo de amortización hasta caer en el olvido la restitución?

Hoy, no hay que recurrir a tal ocultación y directamente cabe proceder a la donación. El pequeño coste fiscal lo compensará la transparencia de la operación.

(6) La donación disimulada bajo apariencia de compraventa es tema conocido por todos y clásico en la doctrina y jurisprudencia.

c) *Donación de piso hipotecado.*

Este supuesto ofrece un mayor conflicto y probablemente se nos vuelva del revés a lo que ocurría, independientemente de cómo se liquidara en la práctica.

Anteriormente, como la donación era cara fiscalmente, convenía deducir del importe de lo donado la cuantía de la carga para tributar por el IS y D sólo por la diferencia.

Hemos de recordar los artículos 16 y 17 de la Ley IS y D y concordantes y, con base en ellos, del valor de los bienes donados se deducen las cargas o gravámenes que disminuyan realmente el valor, pero no un préstamo garantizado con hipoteca. Sin perjuicio de las dificultades interpretativas (7), parece que si un ascendiente dona a un descendiente un piso de 240.000 euros con una deuda garantizada con hipoteca de 100.000 euros, el valor de la finca es de 240.000 euros y se pagaría por tal cantidad; en caso de que el donatario asuma la deuda, entonces se pagaría el Impuesto de Donaciones por 140.000 euros y por ITP por los 100.000 euros por adjudicación en pago de asunción de deuda conforme al artículo 7, 2, A del TR del Impuesto TP y AJD.

En efecto, tal artículo señala que se considerarán transmisiones patrimoniales a efectos de liquidación y pago del impuesto: “las adjudicaciones expresas en pago de asunción de deudas”.

Como es conocido, estas adjudicaciones no estaban contempladas en la redacción originaria del TR del ITP y AJD aunque sí por el artículo 29 del Reglamento. Este exceso reglamentario fue declarado nulo por la STS de 5 de diciembre de 1998 (RJ 9513). Como ha ocurrido en multitud de ocasiones, la correspondiente Ley de acompañamiento remienda, por este burdo cauce, el descosido legal y así la Ley 55/1999, de 19 de diciembre, en su artículo 7 redacta de nuevo ese apartado e incluye las adjudicaciones expresas en pago de asunción de deudas. Se podría plantear como subterfugio el carácter expreso o no, pero no creo sea algo especialmente ortodoxo o científico (8).

En resumen, un ascendiente dona a un descendiente un piso de 240.000 euros y a otro descendiente otro piso de igual valor pero con hipoteca de 100.000 euros; el segundo, además de pagar la hipoteca, paga más impuestos.

(7) *Vid.* BERMÚDEZ y otros.

(8) Sobre estas adjudicaciones en pago de asunción de deuda, *vid.* COLOMER (coord.).

d) *Aportación a la sociedad de gananciales.*

En muchas ocasiones un cónyuge ha querido aportar a la sociedad de gananciales una finca y tampoco es inusual que se quiera hacer con cierta liberalidad, unas veces porque se construye con dinero común sobre un terreno privativo, otras porque parte del precio se paga con hipoteca que se amortiza con dinero ganancial (sin perjuicio de los arts. 1.357 y 1.354 CC si es la vivienda familiar), otras en reconocimiento de especial atención a la familia; en definitiva, porque el matrimonio (y, en general, la convivencia) genera una situación en la que los cónyuges se comportan ajenos a las reglas jurídicas.

De otro lado, como en nuestro derecho rige el principio de causalidad, según doctrina reiterada constantemente por la DGR y N, debe hacerse constar si esa aportación es gratuita u onerosa; en el primer caso, se devenga el Impuesto de Donaciones y, como es un costo elevado, es frecuente que esa aportación se haga de modo oneroso y a considerar al momento de la liquidación en cuyo momento muchas veces se “olvida” de ese crédito.

Creo que hoy cabe la donación con ese mínimo coste fiscal; aunque estamos ante una aportación gratuita creo debe declararla exenta.

e) *Renuncia de herencia por los descendientes.*

Ocurre con cierta frecuencia, especialmente con alguna entidad de tinte público con amplia incidencia en el mercado de la vivienda con protección pública, que formalizó en su día un documento privado y ahora lo eleva a público. En ocasiones ocurre que uno de los compradores ha fallecido y comparecen el otro cónyuge y los hijos, los cuales renuncian.

La articulación de esa renuncia se redacta de modo diverso pero en ocasiones evitando decir que es “a favor del padre o madre”.

No sería la primera vez que en este proceso de evitar esa “renuncia a favor de...” todos los hijos declarados herederos abintestato renuncien a la herencia y se considere heredero al cónyuge ante la ausencia de ascendientes, olvidando que si todos los hijos renuncian, el llamado no es el cónyuge sino los nietos (art. 923 CC) (9).

Creo que hoy una solución podría ser elevar a público y, a continuación, hacer una donación a favor del ascendiente.

(9) RIVAS MARTÍNEZ: II-2.º y pp. 1001 y ss.

III. Análisis de la Ley 7/2005, de 23 de diciembre, de Madrid

Vamos a estudiar tres aspectos: el primero, el supuesto general; el segundo, una particularización de la donación de metálico o bienes o derechos contemplados en el artículo 12 de la Ley 19/1991, de 6 de junio, del Impuesto sobre el Patrimonio; finalmente, en caso de sobrevenir un fallecimiento.

A) Supuesto general.

Al amparo de la Ley 21/2001, de 27 de diciembre, por la que se regulan las medidas fiscales y administrativas del nuevo sistema de financiación, y con base en el artículo 40 de dicho texto, que determina las competencias normativas de las CCAA en el ámbito del Impuesto de S y D, se introduce en Madrid una importante bonificación en la modalidad de las Donaciones.

Como mero inciso cabe decir que en la modalidad de las Sucesiones se introducen dos novedades: una, la de elevar la reducción (en descendientes, ascendientes y cónyuge) a 100.000 € (se duplica respecto al año anterior); otra, que la cuota de los descendientes menores de veintiún años se bonifica en un 99 por 100.

Pero la novedad más importante es la bonificación del 99 por 100 de la cuota en caso de donación. La delimitación viene determinada por varios elementos, no siempre claros.

En primer lugar, se refiere a las “adquisiciones *inter vivos*”; al estar dentro del hecho imponible del Impuesto sobre Donaciones se tratará de adquisiciones a título gratuito; sin embargo, no se concreta a la donación sino que, con carácter más amplio, se refiere a “adquisiciones *inter vivos*”, por lo que, a nuestro juicio, podría entrar alguna adquisición gratuita *inter vivos* distinta de la donación.

No obstante, a pesar de esa amplitud no deja de plantear problemas en algún caso de presunción legal; pensemos, por ejemplo, en la repudiación de una herencia prescrita.

En segundo término, está limitado el beneficio a determinados sujetos pasivos: sólo los descendientes y adoptados, los cónyuges, y los ascendientes y adoptantes se beneficiarán de la reducción. También alcanza a los miembros de uniones de hecho que cumplan los requisitos establecidos en la Ley 11/2001, de 19 de diciembre, de Uniones de Hecho de la Comunidad de Madrid (art. 3,6 de la Ley 7/2005).

En tercer término, la cuantificación del Impuesto será aplicando las normas de carácter general, esto es, a la base imponible, que en el Impuesto sobre Donaciones, en general, equivale a la liquidable, a diferen-

cia de las de carácter *mortis causa*, se le aplicará la tarifa, de carácter progresivo, y al resultado se le aplicará el coeficiente multiplicador que corresponda, en función del patrimonio preexistente. A la cantidad resultante se le aplicará la bonificación del 99 por 100. Por la misma razón de aplicar la normativa general, creo aplicable la bonificación que hay respecto a la donación de una empresa digamos familiar conforme al artículo 20,6 de la Ley IS y D. La compatibilidad es posible, pues en este caso tenemos una reducción de la base imponible del 95 por 100 y, con la nueva, una bonificación de un 99 por 100 sobre la cuota.

En cuarto lugar, lógicamente deben aplicarse las normas generales en cuanto a la determinación de la competencia en orden a la Administración Tributaria. Si las normas sobre la competencia han sido importantes en todo momento, hoy, en un Estado autonómico y plurilegislativo, resultan esenciales y una donación, cuya competencia liquidadora corresponda a la Autonomía de Madrid, tiene un resultado diferente a si aquella corresponde a otra Autonomía.

Será competente Madrid (art. 24 Ley 21/2001, de 27 de diciembre):

— Si se trata de un inmueble sito en la Comunidad de Madrid.

A estos efectos tendrán la consideración de inmuebles los valores a que se refiere el artículo 108 de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores.

— Si se refiere a otros bienes y derechos, la competente será la Comunidad donde tenga el donatario su residencia habitual, entendiéndose que la tendrá en Madrid si se ha tenido la residencia habitual durante los cinco años anteriores.

El artículo 47,3 de esa Ley 21/2001 determina que los documentos y liquidaciones se presentarán ante la oficina competente de la Comunidad Autónoma a la que corresponda el rendimiento de acuerdo con los puntos de conexión aplicables.

Ello puede generar algún cambio documental, v. gr., donación de piso en Marbella por padre madrileño a hijo también de Madrid. Se podría pensar en donar el dinero y luego comprar tal piso. Hay que hacer números con la valoración del piso, pensar que alteramos el sujeto pasivo en plusvalía municipal, ganancialidad, etc. En definitiva, hay que pensar.

También puede darse algún acto no deseado, y por ello no dedico más tiempo y sólo pongo un ejemplo: descendiente dona a ascendiente su piso para de ese modo quedarse sin vivienda y acceder a ayudas para una vivienda de protección pública. Por esa línea, cabe incluso plantear una unión de hecho de pura conveniencia a estos efectos.

Hechas las precedentes observaciones que, en realidad, recuerdan la

normativa general, con la bonificación del 99 por 100, procede hacer referencia a un requisito especial.

La Ley 7/2005 establece como requisito necesario para la aplicación de la bonificación que la donación se formalice en documento público. Ello supone una variación de las normas sustantivas si se quiere obtener el beneficio fiscal.

El requisito es claro y, en el contexto de una charla de ámbito notarial, no debe dar lugar a especial conflicto. Sin embargo, probablemente se puedan hacer dos reflexiones.

La primera, que quizá se haya exigido el documento público para que medie un funcionario que pueda evitar transmisiones “sin control”, “sin transparencia” y, además, con esa intermediación, evitar “locuras gratuitas” que pudieran dejar desamparadas a determinadas personas.

La segunda, es que puede plantearse si cabe incluir, dentro del concepto de documento público, la póliza. Obviamente, no es posible cuando la norma sustantiva exige escritura pública (art. 633 CC) y la cuestión se centra cuando ésta no se precise pero sí el documento público para el beneficio fiscal.

Hace unos años, la calificación o no como documento público de la póliza fue objeto de varios estudios, algunos (quizá los menos) con ánimo científico; otros, con tintes corporativistas y en función del autor, notario o corredor de comercio. Hoy, con la integración en un Cuerpo único, esa vehemencia en la defensa de determinada posición ha quedado muy rebajada.

No es momento de hacer un alto análisis científico, pues podría quedar de espalda a la vida real; ciertamente creemos que la póliza hoy, en la realidad práctica, es reconocida como documento público y probablemente la Administración Tributaria reconociera la bonificación a la donación instrumentada en póliza, pero dado el ámbito especial de ésta, a los actos mercantiles, parece más correcto y recomendable la escritura pública.

B) Donación de metálico.

Hay una norma específica para el caso de donación en metálico o cualquiera de los bienes o derechos contemplados en el artículo 12 de la Ley 19/1991, de 6 de junio, del Impuesto sobre el Patrimonio (depósitos en cuenta corriente o de ahorro, etc.).

En tal caso, se exige transparencia en un doble sentido; el origen de los fondos donados debe estar debidamente justificado y debe manifestarse tal origen de los fondos en el propio documento público.

A nuestro juicio, el notario no debe convertirse en detective y quizá pueda distinguirse entre donación de dinero en billetes y donación de dinero mediante cheque.

El primer supuesto es más complicado, especialmente en cantidades importantes, y el notario, además de esta normativa, deberá tener en cuenta las de blanqueo (que siempre debe tener presente); en cualquier caso, si la manifestación del origen de los fondos no coincide con la realidad el resultado será la inexistencia de la bonificación (imaginemos que un padre dona 120.000 euros a un hijo procedentes de un premio de lotería y, luego, ante otro notario, repite la donación a otro hijo).

El segundo caso, más normal, resulta más sencillo; bastará decir, por ejemplo, que se donan 120.000 euros mediante un cheque de una entidad de crédito cuyos fondos proceden de ahorros del donante según consta en la declaración del Impuesto sobre el Patrimonio; si no se hiciera declaración por tal impuesto por no alcanzar los límites, bastaría decir que proceden de ahorros del donante por razón del trabajo, de una herencia, etc., o, si no hay origen específico (herencia, etc.), creo que basta decir que procede del ahorro acumulado. Será cuestión de la Administración Tributaria comprobar si hay discordancia con la realidad. Al notario no le corresponde la investigación sino sólo el que en el documento público se recoja la manifestación del origen de los fondos y, reiteramos, cumplir, en su caso, con la legislación sobre blanqueo.

En definitiva, la prudencia es aconsejable, más que por perspectiva fiscal, por blanqueo y, en general, por dotar de transparencia a la operación.

C) Superveniencia del fallecimiento.

Como hemos indicado, la Ley IS y D establece una serie de presunciones y ficciones porque, atendiendo a la realidad, el legislador ha observado que con relativa frecuencia se dan conductas cuya misión es eludir tal impuesto.

En este sentido, hay que indicar que se presume que forman parte del caudal hereditario los bienes que hubiesen pertenecido al causante de la sucesión hasta un año antes de su fallecimiento, salvo prueba fehaciente de que fueron transmitidos y de que se hallan en poder de extraño, pudiendo desvirtuarse justificando que en el caudal relicto figura la contraprestación recibida.

Con esta norma el legislador pretende evitar que se eluda el Impuesto sobre Sucesiones mediante una venta ficticia o una donación no declarada; en caso de venta real habrá la contraprestación en el caudal y en el supuesto de donación declarada, además de pagarse el impuesto por la donación, debe tenerse en cuenta el artículo 30 de la Ley IS y D (acumulación).

Pues bien, en nuestro caso, entendemos que no debe ser objeto de aplicación el artículo 11 Ley IS y D, dada su finalidad antifraude, incompati-

ble con la donación real en documento público de que hablamos. Sí es de aplicación el artículo 30,2, de modo que las donaciones efectuadas se acumularán a la sucesión a efectos de determinar la cuota tributaria si entre la donación y la sucesión media un plazo que no excede de cuatro años (art. 30,2 en la redacción dada por la Ley de 29 de diciembre de 2000).

Sin embargo, con la nueva Ley 7/2005 se establece otro beneficio para cortar la progresividad derivada de esta norma. Así, la disposición transitoria 1.^a, número 2, establece que: “Cuando una o varias donaciones y demás adquisiciones *inter vivos* a las que haya sido de aplicación la bonificación del 99 por 100 establecida en el número 2 del apartado 5 del artículo 3 de esta Ley, se acumulen a una sucesión posterior, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 30,2 de la Ley 29/1987, de 18 de diciembre, del Impuesto de Sucesiones y Donaciones, se aplicará en la base imponible de esta última una reducción del 95 por 100 de la cuantía de la donación o donaciones acumuladas”.

IV. Engarce con instituciones de Derecho sustantivo

El panorama fiscal de la donación se presenta bastante favorable en la Comunidad de Madrid desde la perspectiva de este Impuesto, pues luego veremos el impacto con otros impuestos.

Sin embargo, no hay que olvidar que la donación supone un desprendimiento de bienes al que no todo el mundo está dispuesto, o no puede. Y es que, como se puede decir vulgarmente, “el mundo da muchas vueltas” y una donación puede colocar en situación delicada a algún donante si cometió algún exceso de generosidad.

Quizá aquí está uno de los puntos en los que es preciso un adecuado asesoramiento por parte del profesional y en último extremo siempre tendremos el asesoramiento notarial.

En este sentido, debemos hacer dos previas consideraciones. Una de ellas es que la donación permite dibujar con mayor libertad los efectos de la misma por cuanto si puedo no regalar también podré hacerlo como desee. La segunda de ellas es que en la actualidad existe un importante avance en las expectativas de vida que, en muchos casos, conlleva un elevado nivel de gasto durante ese período de vejez.

Es por ello normal que ese ánimo de liberalidad se quiera cohonestar con la idea de no tener que arrepentirse de haber hecho la donación.

Aunque los pactos pueden ser diversos vamos a ocuparnos de unos que se articulan con cierta frecuencia y que se recogen en el CC: reserva de la facultad de disponer, la reserva de usufructo y el derecho de reversión. Finalmente, haremos una breve disgresión societaria.

A) Reserva de la facultad de disponer.

El artículo 639 CC dispone que “Podrá reservarse el donante la facultad de disponer de algunos de los bienes donados, o de alguna cantidad con cargo a ellos; pero, si muriere sin haber hecho uso de este derecho, pertenecerán al donatario los bienes o la cantidad que se hubiese reservado”.

Este artículo, que procede del Código Civil francés, aunque con distinto significado, plantea numerosos problemas a la doctrina, como es conocido y se encuentra en cualquier obra (10). Por citar alguno:

- ¿Qué pasa si se dona un bien ganancial con tal reserva y fallece un cónyuge?
- ¿Se puede disponer a favor del propio donante?
- ¿Cabe disponer a título gratuito?, ¿y *mortis causa*?
- ¿Cómo actúa la reserva de una cantidad con cargo a los bienes? ¿Como una carga o como una obligación personal?
- ¿Cabe la reserva de la facultad de disponer de todos los bienes donados si el artículo 639 dice “de algunos de los bienes donados”?
- ¿Cabe reservarse, además, el usufructo? En tal caso, ¿estamos ante una donación *mortis causa*?

Son varias preguntas que sólo cabe enunciarlas; de cualquier modo, sí pone de manifiesto que la novedad fiscal nos va a hacer refrescar los conceptos de la donación, un tanto aparcados por falta de uso.

B) Donación de nuda propiedad.

El artículo 640 CC determina que “También se podrá donar la propiedad a una persona y el usufructo a otra u otras, con la limitación establecida en el artículo 781 de este Código”.

Obviamente no hay ninguna duda que cabe que el usufructo no se done o venda a una persona, sino que se lo reserve el donante.

Sólo dos observaciones, consabidas por todos. Una de ellas es la valoración; valorado el usufructo por las reglas por todos conocidas, la nuda propiedad es la diferencia entre el valor del usufructo y el valor total de los bienes. La segunda, que debe articularse adecuadamente en caso de bien ganancial y reserva del usufructo de tal naturaleza y, en general, cuando se quiere hacer partícipe del derecho de usufructo a ambos cónyuges,

(10) Por todos, puede verse GONZÁLEZ-MENESES: *Instituciones de Derecho Privado*, III, 2.º, 2005, pp. 775 y ss. Por su modernidad, puede verse allí bibliografía básica.

incluso de modo sucesivo para después del fallecimiento de uno de ellos.

Los datos a barajar serían:

- Bien privativo y donación con reserva de usufructo en el donante.
- Bien privativo y donación con reserva de usufructo a favor del donante y de su cónyuge, bien conjunta, bien sucesivamente, o bien de ambos modos.
- Bien ganancial y donación con reserva de usufructo a favor de uno de los cónyuges o, lo más normal, a favor de ambos cónyuges.
- Bien ganancial y donación con reserva de usufructo conjunta y sucesivamente a favor del cónyuge superviviente.

Son cuestiones a ventilar desde el punto de vista sustantivo con una amplia gama de posibilidades y escenarios (11).

C) Donación con derecho de reversión.

El artículo 641 CC señala que “Podrá establecerse válidamente la reversión a favor de sólo el donador para cualquier caso y circunstancias, pero no a favor de otras personas sino en los mismos casos y con iguales limitaciones que determina este Código para las sustituciones testamentarias. La reversión estipulada por el donante en favor de tercero contra lo dispuesto en el párrafo anterior, es nula; pero no producirá la nulidad de la donación”.

Dado este efecto y al tener la reversión un origen negocial debe articularse de modo adecuado si se quiere que produzca el efecto deseado.

Al igual que en los supuestos anteriores, las cuestiones sustantivas son varias y variadas; algunas de matiz semejante, como sería la reversión a favor del donante cuando se trata de bienes gananciales; incluso alguno se plantea si cabe un derecho de reversión a favor del donante de todos los bienes y vinculado únicamente a la propia voluntad del donante (12).

D) Referencia societaria.

No sería la primera vez que unos generosos padres realizan una donación de unas acciones reservándose el usufructo de las mismas en la creencia que con los dividendos tendrían los ingresos pertinentes. Craso error e imprudente asesoramiento pues en tal caso los hijos pueden vo-

(11) Puede verse GONZÁLEZ-MENESES: pp. 856 y ss.; RIBELLES DURÁ: *Instituciones de Derecho Privado*, II-2.º, pp. 463 y ss.

(12) *Vid.* GONZÁLEZ-MENESES: pp. 803 y ss.

tar en la Junta que en lugar de repartir dividendos se acumulen a las reservas.

Que no sería la primera vez es claro si recordamos la STS de 19 de diciembre de 1974 (EDJ 1974/182): una señora cede generosamente a sus hijos 279 participaciones sociales reconociéndose el usufructo a favor de ella; la sociedad acordó no repartir dividendos y el TS tiene que salir al paso: si no hubiera ningún mecanismo corrector, el cumplimiento de la obligación podría quedar a voluntad de las hijas en contra del artículo 1.256 CC y se inclina por condenar a las hijas a pagar “de su peculio particular íntegramente los beneficios producidos por las 279 participaciones sociales”. La tesis se reitera en la STS de 16 de julio de 1990 (RJ 5887) y de 28 de mayo de 1998 (RJ 4070).

Hay que recordar que las acciones tienen un doble contenido de derechos, unos de carácter económico, otros de naturaleza política, como el voto.

Como esto suele ocurrir en sociedades familiares cabría que los padres, antes de hacer la donación, modificaran los estatutos y establecieran, al amparo del artículo 67 LSA o 36 LSRL, que el derecho de voto lo tengan los usufructuarios; incluso, en caso de SL y donación de parte de las participaciones que tuviera el donante, éste puede articular, con modificación estatutaria, un derecho de voto plural, al amparo del artículo 53,4 LSRL, para las participaciones que conserve.

E) Conclusión.

De lo expuesto cabe concluir que las normas sustantivas nos ofrecen algún mecanismo que puede reservarse el donante en previsión de un cambio de circunstancias.

Dicho esto, conviene actuar, como en general, con cierta mesura pues una reserva de facultades y derechos excesiva puede generar un conflicto: que se califique de donación *mortis causa*.

El carácter de éstas, su naturaleza, incluso su existencia es discutido en la doctrina. Quizá sin mucha pretensión científica puede entenderse que son donaciones cuyos efectos se despliegan con la muerte del donante y el desprendimiento efectivo del bien se produce con la misma; consecuentemente, hasta el fallecimiento cabe su revocación (13).

Aunque quizá no sea tal por lo menos sí hay margen para discutir una

(13) Vid. GONZÁLEZ-MENESES: pp. 623 y ss. Aunque referido a un supuesto navarro, *vid.* DE VERDA Y BEAMONTE: “Donación *inter vivos*, donación *mortis causa* y donación *inter vivos* con entrega *post mortem*. Comentario a la STSJ Navarra de 26 de octubre de 2002”, *Revista Derecho patrimonial*, número 13, 2004-2, pp. 131 y ss.

donación con reserva de muchas facultades y derechos de modo que “realmente” la liberalidad efectiva se produce con la muerte del donante. Debemos recordar que algún autor califica como tales, o al menos cuestiona esa calificación a ciertas donaciones con tales reservas.

¿A qué viene esto? Pues porque el artículo 3 de la Ley IS y D alude a la donación o cualquier otro negocio jurídico a título gratuito *inter vivos* y el artículo 11 del Reglamento de tal Ley incluye entre sus títulos sucesorios a la “donación *mortis causa*”. Es decir, una donación que dependa en el sentido expuesto del fallecimiento del donante, sin perjuicio de su discutida existencia en derecho común, tributaría por el Impuesto sobre Sucesiones. Entre esta pura donación *mortis causa* y una pura donación *inter vivos* hay un cúmulo de posibilidades y matizaciones.

V. Engarce con el sistema fiscal

La donación tiene un tratamiento fiscal generoso en Madrid pero debemos hacer un análisis global de la donación, ya que los impuestos no deben estudiarse de manera aislada del conjunto de la normativa fiscal, no vaya a ser que esa generosidad acabe en una pesada carga.

Como a veces se ve esa donación como anticipo de herencia, o como medio de eludir el Impuesto sobre Sucesiones, quizá pudiera plantearse en paralelo el supuesto de la adquisición *mortis causa*.

Los impuestos a barajar son, además del Impuesto S y D, el de IRPF, el de incremento de valor de los terrenos de naturaleza urbana (vulgarmente, plusvalía municipal) y el Impuesto sobre el Patrimonio.

Terminaremos con algún apunte de futuro.

A) IRPF.

La repercusión de este impuesto es de una relevancia extraordinaria por la importancia del tipo impositivo y por el diferente régimen entre transmisión lucrativa *inter vivos* o por causa de muerte.

a) Constituyen **hecho imponible** las ganancias y pérdidas patrimoniales (art. 6 del Real Decreto Legislativo 3/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el TR).

Como observaciones cabe decir:

— Son ganancias y pérdidas patrimoniales las variaciones en el valor del patrimonio del contribuyente que se pongan de manifiesto con ocasión de cualquier alteración en la composición de aquél (art. 31).

No es una mera revalorización o deterioro económico, sino que debe haber transmisión.

- Se entiende que no existe ganancia o pérdida en caso de transmisión lucrativa por causa de muerte (art. 31,3,b).
- Está exenta la ganancia que se produzca con ocasión de la transmisión por mayores de sesenta y cinco años de su vivienda habitual (art. 31,4,b).
- No se computa como pérdida la donación sino que se aplican las normas de transmisión onerosa y se toma como importe real el que resulta de las normas del IS y D.
- El valor de la ganancia será la diferencia entre ese valor y el de adquisición (más las mejoras, gastos, tributos, etc., minorado por las amortizaciones y con los coeficientes de actualización).

b) La **base imponible** es esa ganancia, que integrará la parte general si se genera en un año o la parte especial si se genera con más de un año entre la adquisición y la transmisión (arts. 38 y ss.).

c) La **cuota** vendrá determinada por el tipo marginal del IRPF si se causa dentro del año, pues por la escala general se grava la base liquidable general (art. 64).

Si se causa transcurrido un año, la base liquidable especial se grava al 9,06 por 100 (cuota estatal; art. 67) más el 5,94 por 100 (cuota autonómica, art. 77): total, 15 por 100.

d) **Conclusión.** De lo expuesto cabe deducir que si el bien en cuestión ha experimentado una espectacular revalorización, o si en su día se puso un valor en exceso bajo, puede implicar un mayor coste fiscal de la operación en su conjunto si se realiza una donación que si se opera una transmisión *mortis causa*, sin perjuicio de que el sujeto pasivo es distinto; es decir, puede ocurrir que un padre realice una donación ante el anuncio de eliminación del Impuesto de Donaciones y al año próximo tenga una importante factura fiscal por IRPF.

No obstante, para complementar el sistema haremos tres observaciones:

1. Los valores de adquisición se actualizan en caso de inmuebles mediante unos coeficientes que se publican en las Leyes de Presupuestos.

2. Los elementos patrimoniales adquiridos antes del 31 de diciembre de 1994 tienen un régimen especial, los denominados coeficientes de abatimiento, de modo que, por ejemplo, un inmueble adquirido antes de 1986 no tiene repercusión fiscal por el concepto que tratamos.

3. Esos coeficientes de abatimiento se regulaban por la Ley 18/1991 de IRPF y fueron reiterados por el Real Decreto Ley 7/1996, de 7 de ju-

nio, sobre medidas urgentes de carácter fiscal y de fomento y liberalización de la actividad económica. Hay que recordar que este RDL ha sido declarado parcialmente inconstitucional por la STC 198/2005, de 7 de julio, lo que en un primer momento puede inquietar, si bien parece que sólo cabe plantear problemas en algún supuesto teórico, pues fueron recogidas en la DT 9.ª de la Ley 40/1998 de IRPF (14).

De cualquier modo, sobre estos coeficientes de abatimiento tendremos que volver.

B) Incremento de valor de los terrenos de naturaleza urbana.

Es el conocido vulgarmente como plusvalía municipal.

La cuantía de este impuesto puede ser importante, por lo que no puede olvidarse, aunque como regla será igual si la transmisión es *inter vivos* o *mortis causa*.

Sin perjuicio de cierta autonomía municipal, sólo voy a hacer dos observaciones.

La primera, que el sujeto pasivo es el adquirente a título gratuito, por lo tanto no hay cambio si es *inter vivos* o *mortis causa* (art. 106 del Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales).

La segunda, que si el bien está más de veinte años en el patrimonio del donante, se pone de nuevo en marcha el contador fiscal. Recordemos que el artículo 107 TR de la Ley de Haciendas Locales grava el incremento generado a lo largo de un período máximo de veinte años.

C) Impuesto sobre el Patrimonio.

Puede que no sea un impuesto relevante a la hora de decidir. Quizá se pueda hacer la siguiente observación.

Al cambiar el sujeto pasivo, la factura fiscal modifica el obligado al pago y al establecer la Ley 19/1991, de 6 de junio, del Impuesto sobre el Patrimonio, una imposición progresiva, puede ocurrir que el bien donado tenga una mayor o menor repercusión en función de que el donante tuviera mayor o menor patrimonio que el donatario y por razón de ese bien donado se cambie de escalón en la escala de tipos impositivos.

De cualquier modo, sí parece que el efecto es igual si en lugar de transmisión *inter vivos* se produjere *mortis causa*.

Una última reflexión. Si, como hemos apuntado, el donante toma alguna precaución y se reserva el usufructo, el donatario adquirirá unos bie-

(14) Vid. CHICO DE LA CÁMARA, y HERRERA MOLINA.

nes con escaso coste fiscal por la transmisión pero con una consecuencia: se le incrementa la factura fiscal del Impuesto sobre el Patrimonio, pero no los ingresos al no tener el usufructo.

D) Futuro fiscal.

Nadie lo conoce pero sí podemos apuntar algunos datos de los que puede derivar un cambio en el futuro y lo vamos a realizar con relación a tres facetas impositivas.

a) *Impuesto sobre Donaciones.*

Aunque los políticos cambian con frecuencia, y desde luego sus discursos difieren si están en la bancada que gobierna o en la oposición, sí cabe decir que el Partido Socialista se ha mostrado contrario a la reforma en cuanto a su carácter indiscriminado. Es decir, admite la eliminación del impuesto pero con tres límites: que el patrimonio del causante (en caso de herencias), o la cantidad donada (en el caso de donaciones), no supere los 500.000 euros; que la base imponible no supere los 244.000 euros, y que el patrimonio preexistente del sujeto pasivo no supere los 403.000 euros (*Diario de Sesiones de la Asamblea de Madrid*, núm. 600, de 21 y 22 de diciembre de 2005, pp. 17735 y 17736).

b) *Impuesto sobre Sucesiones.*

Con la misma salvedad, debe repetirse lo dicho para el caso de un gobierno autonómico socialista: se puede pensar en bajar la factura fiscal, pero no suprimirla para los patrimonios y cuantías que rebasen unas determinadas cotas.

Si prosigue el gobierno autonómico del PP se puede pensar, y así alguno lo pronostica, que sucesivamente se elevarán los límites para el pago si es que no se elimina, como alguno aventura, para 2007.

c) *IRPF.*

Aquí hay datos más consistentes para esa proyección de futuro y ello porque hay en marcha un proyecto de modificación de la Ley IRPF. En enero de 2006 apareció un Anteproyecto, en marzo de 2006 ya ha alcanzado el carácter de Proyecto de Ley.

Aunque estamos ante un Proyecto que puede cambiar, quizá proceda hacer alguna breve observación, especialmente en cuanto a lo dicho de la ganancia patrimonial:

- Se mantiene que no hay ganancia en caso de transmisión lucrativa *mortis causa*.
- Se intenta acabar con los coeficientes de abatimiento y se establece una norma transitoria, la 9.^a, y una disposición final 8.^a que remite a la 1.^a y que pretende establecer una línea divisoria: el 20 de enero de 2006.

A partir de ese día, en las ganancias se distinguirá entre la parte obtenida proporcionalmente en el período anterior a ese día y la obtenida proporcionalmente en el período posterior; a la parte proporcional obtenida anterior a esa fecha caben los coeficientes de abatimiento, lo que, creo, significa que estos coeficientes se irán aguando con el tiempo.

VI. Autores citados y bibliografía básica

- ALONSO GONZÁLEZ: *La inconstitucionalidad del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones*, 2001.
- BENÍTEZ DE LUGO Y GUILLÉN: *El impuesto sobre las sucesiones y sobre las donaciones*, 1992.
- BERMÚDEZ, LUIS; PÉREZ DE AYALA, LUIS, y PÉREZ DE AYALA, Miguel: *Comentarios al Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones*, 2001.
- CAZORLA PRIETO, L. M.^a y MONTEJO VELILLA, S.: *El impuesto de sucesiones y donaciones*, 1991.
- CAZORLA PRIETO, L. M.^a y PEÑA ALONSO, J. L.: *El Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas*, 1999.
- *La Reforma del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas*, 2003.
- CHECA GONZÁLEZ: *La supresión del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones. Materiales para la reflexión*, 1996.
- CHICO DE LA CÁMARA, P. y HERRERA MOLINA, P. M.: “¿Ha desaparecido el régimen transitorio de las plusvalías? (Desencantos y sobresaltos tras la STC 189/2005)”, *Quincena Fiscal*, número 1, enero 2006.
- COLOMER FERRÁNDIZ (coord.): *El Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados*, 2005.
- DE VERDA Y BEAMONTE: “Donación *inter vivos*, donación *mortis causa* y donación *inter vivos* con entrega *post mortem*. Comentario a la STSJ Navarra de 26 de octubre de 2002”. *Revista Derecho patrimonial*, número 13, 2004, 2.
- GONZÁLEZ-MENESES GARCÍA-VALDECASAS: *Instituciones de Derecho Privado* (coord. Delgado de Miguel), tomo III, volumen 2.º, 2005.
- HERREROS DE LAS CUEVAS: *Cómo pagar –legalmente– menos impuestos*, 1980.
- PEDRAZA BOCHONS: *Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones*, biblioteca textos legales de Tecnos, 1999, Prólogo.
- PÉREZ ROYO, Ignacio: *Manual del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas*, 1999.
- RIBELLES DURÁ: *Instituciones de Derecho Privado* (coord. Delgado de Miguel), tomo II, volumen 2.º, 2003.
- RIVAS MARTÍNEZ: *Derecho de sucesiones, común y foral*, 2004-2005.

Audiencia Provincial de Palma de Mallorca

EL APODERAMIENTO BASTANTE PARA LA AUDIENCIA PREVIA AL JUICIO DECLARATIVO ORDINARIO

**(Comentario a la sentencia
de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca
de 14 de noviembre de 2005) (*)**

CARLOS JIMÉNEZ GALLEGO

Notario

**Audiencia Provincial de Palma de Mallorca
Sentencia número 483, de 14 de noviembre de 2005**

Ilmo. Sr. Presidente: don M. C. B.

Ilmos. Sres. Magistrados: don M. Z. F. y don P. M. B.

En PALMA DE MALLORCA, a catorce de noviembre de dos mil cinco.

VISTOS por la Sección Quinta de esta Audiencia Provincial, en grado de apelación los presentes autos de Juicio Ordinario, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia Número 14 de los de Palma de Mallorca, bajo el número 397/04, Rollo de Sala Número 466/05, entre partes, de una como parte demandada ape-

(*) Circular número 11, de 8 de febrero de 2006, de la Comisión de Cultura del Ilustre Colegio Notarial de las Islas Baleares.

lante la Entidad “Ruggerio Palma S.L.” y don J. P., representados por la Procurador doña M. del C. G. F. y defendidos por el Letrado don M. de V. S.; y de otra como parte actora apelada, la Entidad “Wolltex Textlfabrikation und Warenhandel GMBH”, representado por el Procurador don A. C. F. y defendido por el Letrado don A. B. M.

ES PONENTE el Ilmo. Sr. don P. M. B.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. Por el Ilmo./a Sr./Sra. Magistrado Juez, del Juzgado de Primera Instancia Número 14 de los de Palma de Mallorca, en fecha 17 de enero de 2005, se dictó sentencia cuyo Fallo es del tenor literal siguiente: “Que estimando la demanda presentada por el Procurador don A. C. F. en nombre y representación de la entidad WOLLTEX TEXTLFABRIKATION UND WARENHANDEL GMBH, debo declarar y declaro que la entidad RUGGERIO PALMA S.L. y don J. P. adeudan a la actora la cantidad de 20.460,35 euros, más intereses legales devengados desde la presente resolución. En consecuencia, debo condenar y condeno a los citados demandados a pagar solidariamente la referida cantidad más los intereses, sin hacer expresa condena en costas a ninguna de las partes.”

SEGUNDO. Que contra la anterior sentencia y por la representación de la parte demandada, la entidad “Ruggerio Palma S.L.” y don J. P., se interpuso recurso de apelación y seguido el recurso por sus trámites se deliberó en fecha 8 de noviembre del corriente año, quedando el recurso concluso para Sentencia.

TERCERO. Que en la tramitación del recurso se han observado las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Frente a la sentencia que estima íntegramente la demanda, se alzan los demandados fundando básicamente su recurso en la alegación de que se ha incumplido el artículo 414.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil al no comparecer en el acto de la audiencia previa el representante de la entidad actora y no haber conferido facultades para allanarse, renunciar o transigir, lo cual impide tenerla por comparecida, y por tanto no afectuadas las alegaciones vertidas por su representación en dicho acto y por no propuestas las pruebas interesadas a su instancia.

Debe recordarse que frente a esta alegación formulada en ese acto de audiencia previa por las demandadas, el juez a quo, atendido el hecho de que a su entender existía una cierta controversia sobre el alcance de la norma alegada, concedió un plazo de tres días a la parte actora para que presentara el poder especial exigido, decisión que fue objeto de la pertinente protesta.

En relación con lo preceptuado en el artículo 414.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, la Sección 3.^a de esta Audiencia Provincial señaló en sentencia de 23 de enero de 2003 que “el referido precepto de la Ley Procesal es susceptible de ser interpretado de dos maneras: Una con arreglo a la cual basta con que el poder haga referencia a las facultades dispositivas expresamente mencionadas en la norma para que se entienda ya como «poder especial» y otra con arreglo a la cual, para que se pueda reputar especial, es preciso que en el poder se haga referencia al concreto procedimiento en el que debe ser utilizado. Esta última interpretación es la más acorde con el texto legal habida cuenta de que en el nuevo proceso civil el principio general es la presencia de la parte en la audiencia previa y la excepción la representación por procurador en dicho acto puesto que una de las finalidades de dicho acto es que se dé un intento de acuerdo entre las partes (artículo 415 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), lo que exige el conocimiento directo, por los propios litigantes, de los términos en que ha sido planteado el litigio. Para que el intento de llegar a un acuerdo no se convierta en un mero formalismo, como ha ocurrido en épocas pasadas con la comparecencia del juicio de menor cuantía, la Ley exige la presencia de las partes y si éstas no comparecen, parece que no es suficiente con un poder que pudo haberse otorgado para una generalidad de pleitos indeferenciados, sino que se requiere que dicho poder se otorgue para el pleito específico pues sólo así queda garantizado que éste se ha concedido, efectivamente, en contemplación a la posibilidad de llegar a un acuerdo en el concreto pleito de que se trata. Nótese que el artículo 414 de la Ley de Enjuiciamiento Civil vincula directamente, la exigencia de poder especial “al efecto del intento de arreglo o transacción”. En la misma línea se pronunció la Sección 4.^a de esta misma Audiencia, en sentencia de 14 de abril de 2003 y esta Sección en la de 19 de abril de 2005.

Aplicando ese mismo criterio, procede estimar el recurso apelación y revocar la decisión adoptada por el Magistrado “a quo” en cuanto a tener por comparecida a la parte actora a la audiencia previa. Ello tiene como consecuencia inmediata que las alegaciones hechas y las pruebas aportadas en ese acto deben ser despreciadas y, por lo tanto, por no propuestas las pruebas que en ese acto interesó la parte actora, ya que a dicha audiencia previa comparecieron tan sólo el Procurador y el Letrado de la entidad Wolltex Textfabrikation und Warenhandel GMBH, pero no lo hizo representante legal de la misma ni tampoco presentó su Procurador el poder para renunciar, allanarse o transigir que exige el artículo 414.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y cuyos requisitos se han precisado en las resoluciones de esta Audiencia Provincial antes citadas.

SEGUNDO. En esta situación de que sólo se tenga por comparecidos a los demandados, el segundo párrafo del apartado tercero del artículo 414 establece como consecuencia el sobreseimiento del proceso, salvo que se alegare interés legítimo en que se continúe el procedimiento para que se dicte sentencia sobre el fondo. En este caso, habida cuenta que el juez a quo desestimó la petición de los demandados de no tener por comparecida a la parte actora, aquéllos entraron a rebatir los alegatos de la actora y en el escrito de impugnación de la sentencia no se solicita el sobreseimiento sino que se solicita “la nulidad del acto de

juicio, debiéndose repetir con las pruebas admitidas propuestas por la parte demandada y celebrándose ante juez distinto; y subsidiariamente, deberá suprimirse todo fundamento de la sentencia que se base en las pruebas practicadas indebidamente”. Es decir, al parecer de la Sala lo pertinente no es declarar la nulidad de actuaciones y sobreseer el procedimiento, sino tener por incomparecida a la parte actora, ignorar las pruebas aportadas y las alegaciones realizadas en la audiencia previa y entrar a resolver el fondo del asunto.

TERCERO. La cuestión que se debate en este litigio es si dos letras cuyo importe se reclama y que fueron emitidas y aceptadas por la entidad demandada y presentadas al cobro por la actora en 1999 responden a la existencia de una deuda o bien eran letras que se firmaron en blanco y que con posterioridad fue rellenada la fecha por la actora, a su conveniencia, al tratarse de una simple forma de obtener financiación por la actora, lo que se vienen en conocer como letras de favor o “de pelota”. La Sala, contrariamente a la tesis que sostiene la sentencia apelada, concluye que se trataba de meros instrumentos de facilitación de financiación, que se habían emitido fundados en una relación de amistad y que no responden a la existencia de una deuda de la codemandada. En efecto, habida cuenta que se debe ignorar la documentación aportada en la audiencia previa por la actora, teniendo en cuenta que en el momento de la presentación al cobro la cuenta corriente contra la que se libraron ya no existía desde hacía más de dos años y resultando llamativa la situación que se había producido con anterioridad en que se había presentado una primera letra, se consiguió cobrar pero a los pocos días la actora devolvió el importe de la misma y los gastos originados a la demandada no resulta acreditado que existiera relación causal que pudiera justificar la emisión de las letras.

La Sala concuerda con la sentencia que nos enfrentamos a letras de favor, pero en lo que no coincide es en tener por probada la relación jurídica subyacente que justifica la emisión de las mismas. Es cierto que en la demanda y en la contestación se admitió por las partes la existencia de relaciones comerciales, pero la actora no ha acreditado la existencia de un crédito a su favor que justifique la emisión de las letras, puesto que los documentos aportados en la audiencia previa no se pueden tener por presentados. Además esas circunstancias descritas en el párrafo anterior relativas a lo que sucedió con la primera de las tres letras que se emitieron y que fue presentada al cobro en 1997 no permiten alcanzar otra conclusión que no sea la de considerar que se trataban de instrumentos cambiarios que se fundaban en una relación fiduciaria que en 1999 fue rota unilateralmente por la actora cuando intentó cobrarlas frente a una cuenta ya inexistente.

En virtud de cuanto antecede, procede desestimar la demanda al considerarse que se reclama el pago de unas letras de favor o complacencia sin que se haya demostrado que se emitieron para hacer frente a deudas que tuviera la demanda.

CUARTO. Por lo que a las costas se refiere viene en aplicación los artículos 394 y 398 de la vigente LEC. Al desestimarse íntegramente la demanda, procede la imposición de las causadas en la primera instancia a la parte actora, sin

que proceda hacer especial pronunciamiento con relación a las causadas en esta apelación al estimarse el recurso.

Se estima el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de Ruggerio Palma SL y don J. F.

Se revoca la sentencia de 17 de enero de 2005, dictada por el Juzgado de Primera Instancia número 14 de Palma.

Se tiene por no comparecido a la Audiencia Previa a la entidad actora, Wolltex Textfabrikation und Warenhandel GMBH.

Se desestima íntegramente la demanda interpuesta por entidad Wolltex Textfabrikation und Warenhandel GMBH frente a Ruggerio Palma SL y don J. P.

Se imponen las costas de la primera instancia a la parte actora.

No se hace especial pronunciamiento sobre las costas causadas en esta alzada.

Así, por esta nuestra Sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN. Dada y pronunciada fue la anterior Sentencia por los Ilmos. Sres. Magistrados que la firman y leída por el Ilmo. Magistrado Ponente en el mismo día de su fecha, de lo que yo la Secretaria certifico.

RECURSO DE APELACIÓN 0000466/2005

Proc. Origen: PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000397/2004

Órgano Procedencia: JDO. PRIMERA INSTANCIA N. 14 DE PALMA DE MALLORCA

A U T O

Ilmos. Sres.

Presidente:

Don M. C. B.

Magistrados:

Don M. Z. F.

Don P. M. B.

En PALMA DE MALLORCA, a veinticinco de noviembre de dos mil cinco.

HECHOS

ÚNICO. Que por la Procuradora señora G. F., en nombre y representación de don J. P. y RUGGERIO PALMA, S.L., se solicitó aclaración en los términos del escrito obrante en el presente rollo de apelación.

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

ÚNICO. En la sentencia de 23 de enero de 2003 de la Sección Tercera de esta Audiencia Provincial que se transcribe expresamente, se manifiesta: “el referido precepto de la Ley Procesal es susceptible de ser interpretado de dos maneras: Una con arreglo a la cual basta con que el poder haga referencia a las facultades dispositivas expresamente mencionadas en la norma para que se entienda ya como «poder especial» y otra con arreglo a la cual, para que se pueda reputar especial, es preciso que en el poder se haga referencia al concreto procedimiento en el que debe ser utilizado. Esta última interpretación es la más acorde con el texto legal.”

En atención a todo lo anteriormente expuesto, la Sección Quinta de la Audiencia Provincial, ha decidido:

PARTE DISPOSITIVA

NO HA LUGAR a la aclaración solicitada por la Procuradora señora G. F., en nombre y representación de J. P. y Ruggerio Palma, S.L.

Así, por este Auto, lo acuerdan, mandan y firman los Ilmos. Sres. arriba referenciados. Doy fe.

COMENTARIO

Vaya de entrada que no nos interesa comentar la solución dada por la sentencia al caso concreto que se le planteó (si dos letras de cambio cuyo importe se reclamaba se emitieron porque efectivamente había una deuda o bien se trató de la emisión de unas meras letras de favor, que no representaban ninguna deuda, y que sólo se emitieron, firmadas en blanco, para facilitar una financiación a la demandada, por razones de amistad, y de la que la parte demandante pretendió usar bastante tiempo después), ni pretendemos criticar la estrategia de los abogados al realizar tales o cuales afirmaciones en defensa del interés de sus respectivos clientes (lo cual es, sin duda, legítimo). Lo que nos interesa es que esta sentencia (que cita otras tres anteriores de la misma Audiencia) sienta la doctrina (en cuanto a la interpretación del art. 414.2 LEC) de que no basta que en el poder a favor del procurador se autorice a éste para allanarse, renunciar o transigir, sino que es necesario que en el poder se mencione el concreto procedimiento en que va a ser utilizado.

La consecuencia ha sido que se ha tenido a la parte demandante-apelada por no comparecida a la audiencia previa (por insuficiencia del poder), y por tanto se ha decidido ignorar las pruebas y alegaciones por ella realizadas en el momento de dicha audiencia previa (y estimar la apelación, dicho sea de paso, aunque en esto no vamos a entrar).

El comentario a la cuestión planteada exige partir de las normas aplicables (que son los arts. 25 y 414 LEC) y de la interpretación que de ellas hace la sentencia:

— El artículo 25 dice: “Poder general y poder especial.— 1. El poder general para pleitos facultará al Procurador para realizar válidamente, en nombre de su poderdante, todos los actos procesales comprendidos, de ordinario, en la tramitación de aquéllos... 2. Será necesario poder especial: 1.º Para la renuncia, la transacción, el desistimiento, el allanamiento, el sometimiento a arbitraje y las manifestaciones que puedan comportar sobreseimiento del proceso por satisfacción extraprocesal o carencia sobrevinida de objeto.”

— El artículo 414 dice en su párrafo primero que la audiencia previa (en el juicio declarativo ordinario) se llevará a cabo “para intentar un acuerdo o transacción de las partes que ponga fin al proceso, examinar las cuestiones procesales que pudieran obstar a la prosecución de éste y a su terminación mediante sentencia sobre su objeto, fijar con precisión dicho objeto y los extremos, de hecho o de derecho, sobre los que exista controversia entre las partes y, en su caso, proponer y admitir la prueba”, y añade en su párrafo segundo: “Al efecto de intento de arreglo o transacción, cuando las partes no concurrieren personalmente sino a través de su procurador, habrán de otorgar a éste poder para renunciar, allanarse o transigir. Si no concurrieren personalmente ni otorgaren aquel poder, se les tendrá por no comparecidos a la audiencia.”

Antes que nada, alguna precisión terminológica.

El Código Civil, al clasificar los mandatos (ya se sabe que ello vale también para los poderes, no vamos a entrar ahora en esa cuestión) habla de mandatos generales (que comprenden todos los negocios del mandante), especiales (que comprenden uno o más negocios determinados), de mandatos concebidos en términos generales (que no comprenden más que los actos de administración) y de mandatos expresos. Y añade (art. 1.713) que para “transigir, enajenar, hipotecar o ejecutar cualquier otro acto de riguroso dominio, se necesita mandato expreso.” Y “La facultad de transigir no autoriza para comprometer en árbitros o amigables componedores”.

Se ve, de entrada, que la LEC habla de poderes generales en un sentido que no es el del CC, ya que la LEC se refiere sólo a actos procesa-

les (en la terminología del CC serían poderes especiales, no generales); y habla de poderes especiales en un sentido que tampoco es el del CC, ya que, aunque los cita como poderes especiales (son también especiales según el CC, pues se refieren a uno o más negocios determinados) parece que realmente quiere decir “poder expreso”, o sea, un poder en el que aparezcan con precisión, expresamente, esos términos (renunciar, transigir, etc.). Lo que hay que interpretar, por tanto, es cuál sea aquí el alcance de ese término “expreso”, que nos llevará también a entender el alcance del inciso del artículo 414.2, “poder para renunciar, allanarse o transigir”.

La sentencia que comentamos hace suyo un párrafo de la sentencia que la misma Audiencia (si bien otra sección) dictó en fecha 23 de enero de 2003, que dice así: “el referido precepto de la Ley procesal es susceptible de ser interpretado de dos maneras: una, con arreglo a la cual basta con que el poder haga referencia a las facultades dispositivas expresamente mencionadas en la norma para que se entienda ya como «poder especial», y otra con arreglo a la cual, para que se pueda reputar especial, es preciso que en el poder SE HAGA REFERENCIA AL CONCRETO PROCEDIMIENTO EN EL QUE DEBE SER UTILIZADO. Esta última interpretación es la más acorde con el texto legal habida cuenta de que en el nuevo proceso civil el principio general es la presencia de la parte en la audiencia previa y la excepción la representación por procurador en dicho acto puesto que una de las finalidades de dicho acto es que se dé un intento de acuerdo entre las partes (art. 415 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), lo que exige el conocimiento directo, por los propios litigantes, de los términos en que ha sido planteado el litigio. Para que el intento de llegar a un acuerdo no se convierta en un mero formalismo, como ha ocurrido en épocas pasadas con la comparecencia del juicio de menor cuantía, la Ley exige la presencia de las partes y si éstas no comparecen, parece que no es suficiente con un poder que pudo haberse otorgado para una generalidad de pleitos indiferenciados, sino que se requiere que dicho poder se otorgue para el pleito específico pues sólo así queda garantizado que éste se ha concedido, efectivamente, en contemplación a la posibilidad de llegar a un acuerdo en el concreto pleito de que se trata. Nótese que el artículo 414 de la Ley de Enjuiciamiento Civil vincula directamente la exigencia de poder especial «al efecto del intento de arreglo o transacción». Y a continuación la sentencia que comentamos, sin más argumentos (o sea, haciendo suya la totalidad del razonamiento anterior) dice “Aplicando este mismo criterio, procede estimar el recurso de apelación...”, con la consecuencia antes dicha.

O sea: no basta que en el poder se diga expresamente “renunciar” o “transigir”, sino que tiene que decirse expresamente renunciar o transigir en el procedimiento concreto de que se trate. Por ello mismo, parece que

no se va a considerar bastante una referencia más o menos concreta a un procedimiento aún no iniciado (lo que llevará a no considerar suficiente, por ejemplo, que en el poder general para pleitos se añada una cláusula que autorice a renunciar, transigir, etc., en el procedimiento que se va a interponer contra D. ... en reclamación de ...).

Las razones que se alegan para fundamentar esta conclusión serían:

1. La regla (en la nueva regulación de la LEC) es la comparecencia personal de las partes en la audiencia previa, y la excepción, la comparecencia por medio de apoderado (el procurador).

2. El intento de acuerdo (en la audiencia previa) exige el conocimiento directo por las partes de los términos en que se ha planteado el pleito.

3. Parece decirse, además, que la razón 2 fundamenta la 1: dado que el intento de acuerdo exige el conocimiento directo por las partes de los términos en que se ha planteado el pleito, la regla tiene que ser la comparecencia personal de las partes (y no la comparecencia por medio de apoderado).

4. Parece decirse también que si no hay presencia física de las partes, se corre el peligro de que el acto de la audiencia previa degenera en un rito vacío, y esto es algo que la Ley quiere evitar mediante exigir la comparecencia personal de las partes.

5. Si las partes no comparecen por sí mismas, no puede estimarse suficiente un poder no dado expresamente para ese pleito. En cambio, si el poder se ha dado específicamente para ese pleito, al conferirse las facultades de renunciar y transigir, queda garantizado (“sólo así queda garantizado”) que el poderdante ha contemplado la posibilidad de llegar a un acuerdo en ese pleito concreto.

Esta doctrina nos parece criticable y las razones que se alegan en su favor, de poco peso. Oponemos los siguientes argumentos:

— La afirmación 1) no la vemos en la Ley. No se impone el deber a las partes de comparecer físicamente a la audiencia previa ni se establece la comparecencia por medio de apoderado como algo subsidiario. Eso es algo que habría que demostrar, no una razón en apoyo de una conclusión. Y la Ley da exactamente los mismos efectos a la comparecencia personal que a la comparecencia por apoderado. La Ley dice, es cierto, “convocará a las partes”, “comparecidas las partes”, “descartado el acuerdo entre las partes”... Pero la Ley también usa los términos “las partes” o se refiere a actos de éstas en otros muchos artículos referidos a actuaciones que sólo pueden hacerse por el procurador (a título de ejemplo: 265, 270, 271, 275, 277, 279, 280, 281, 286, 287, 291, 328, y un largo etc.). Sostener

que la Ley parece preferir la comparecencia física de las partes nos parece muy aventurado (máxime cuando el intento de acuerdo se permite con exactamente la misma amplitud tanto en caso de presencia física como por apoderado, y a dicho acuerdo, si se produce, se le van a dar idénticos efectos).

— La afirmación 2 no la vemos basada en ninguna norma ni en el sentido común: es cierto que hay que tener un conocimiento directo del asunto para renunciar o transigir, pero de ahí no se puede deducir que un apoderado no pueda actuar en nombre de su mandante para renunciar o transigir si no consta DE FORMA EXPRESA EN EL DOCUMENTO DEL PODER los términos del pleito o asunto de que se trate.

— Por ello mismo, la afirmación 2) no puede fundamentar la 1). El conocimiento directo del asunto por las partes es algo que, cuando éstas vienen representadas por apoderado, no importa a quien no es poderdante ni apoderado; a quien no es poderdante ni apoderado lo único que le importa es la suficiencia del poder.

— El argumento 4) no nos parece decisivo ni convincente. No puede pedirse más de lo que pide la Ley. La Ley podía haber impuesto la comparecencia física (como la impone en el interrogatorio de partes), o al menos haberla primado, pero no lo ha hecho. Que un trámite se convierta o no en un rito vacío no va a depender de la presencia física de las partes.

— El argumento 5) parece ser el de más peso, ya que trata el “quid” de la cuestión: cuándo el poder tiene que estimarse suficiente. Y la Sala dice que es suficiente (sólo) si se ha dado específicamente para ese pleito, ya que el poderdante ha contemplado la posibilidad de llegar a un acuerdo en ese pleito.

Pero la referencia al procedimiento en concreto no exige (según la sentencia) que el poder se refiera a los términos de la concreta renuncia o transacción. Y entonces podemos preguntar: ¿Qué añade la referencia al concreto procedimiento a las palabras “renunciar” o “transigir” si no se concretan también los términos de la “renuncia” o “transacción”? ¿Queda así controlado que el interés del poderdante está suficientemente protegido? ¿Qué norma impone ese control del interés del poderdante? ¿Por qué se permite interponer una demanda acerca de cualquier objeto y de cualquier cuantía –aun de miles de millones– sin que en el poder haya referencia expresa al asunto concreto objeto de la demanda y no se permite que, una vez interpuesta la demanda, se pueda renunciar o transigir acerca de esa cuestión?

¿Y si el poder para pleitos lo ha otorgado a su vez un apoderado –general o especial– del *dominus negotii*? ¿Acaso puede pretenderse que

comparezca a la audiencia previa este último?, (y, ¿sería viable esto en las grandes sociedades mercantiles?). Si a esto último se responde en sentido negativo, podemos añadir: si no se controla el interés del *dominus* en este caso, ¿por qué se va a controlar en los demás?

Y si no se pretende ya controlar la suficiencia del poder, sino evitar que la comparecencia previa degenera en un rito vacío en el que se reiteren los términos de la demanda y se pida la prueba, no vemos cómo se evita esto último por el hecho de que se aporte un poder con una referencia al concreto procedimiento.

Se puede decir que la referencia al concreto procedimiento, aunque no sea una referencia a los términos de la renuncia o transacción, da más garantías que ninguna referencia en absoluto. Pero entendemos que no es ésta la cuestión. Eso es un mero *desideratum*, que además se quiere conseguir actuando contra la manera de interpretar los poderes en el tráfico jurídico.

No se olvide cómo funciona el tráfico jurídico (¿de acuerdo con la legalidad!) respecto de los poderes que no son de representación procesal. El juicio de suficiencia del poder se realiza respecto de la clase de acto ("acto" tal como aparece en la Ley o es descrito por la doctrina) no respecto del acto en concreto. ¿Por qué más rigor en lo procesal si estamos realizando el mismo tipo de operación (interpretación de un poder)?

En resumen, la Ley no pide *expressis verbis* que en el poder se haga mención alguna del concreto pleito en que vaya a usarse, pero ello tampoco nos parece que sea exigido por el contexto normativo en que estas concretas normas se insertan (este contexto sería la normativa del tít. IX del libro IV del CC y las normas de la propia LEC sobre desenvolvimiento del juicio ordinario).

Esta tesis de interpretación tan restrictiva de los poderes presenta además el grave inconveniente práctico de que a muchos poderdantes les va resultar muy difícil (por ejemplo, por residir en el extranjero) o muy gravoso (por los numerosos pleitos, piénsese en bancos o compañías de seguros) otorgar un poder para la comparecencia previa.

En conclusión, la aplicación de esta doctrina (que para un fin que puede ser loable, como es el estar bien seguros de que las partes conocen bien los términos en que se ha planteado la litis, a efectos de poder renunciar o transigir, interpreta de manera forzada la Ley, haciendo decir a ésta algo que no dice ni está en su contexto normativo) creemos que puede causar además una auténtica indefensión, susceptible de basar un recurso extraordinario por infracción procesal (del 469 y ss. LEC).

**COMENTARIO A LA LEY 26/2005,
DE 30 DE NOVIEMBRE,
POR LA QUE SE MODIFICA LA LEY 49/2003,
DE 26 DE NOVIEMBRE,
DE ARRENDAMIENTOS RÚSTICOS (*)**

MIGUEL ÁNGEL PANZANO CILLA

Notario

La nueva regulación que para los arrendamientos rústicos vino a establecer la Ley de 26 de noviembre del 2003, la cual entró en vigor el día 27 de mayo de 2004 y a su vez sustituyó a la anterior de 31 de diciembre de 1980, ha sido modificada por esta Ley del 2005, que entró en vigor el día 30 de diciembre y que ha introducido algunas novedades y rescatado alguna figura de la legislación anterior. El objeto de estos comentarios no es hacer un análisis exhaustivo de la regulación resultante, sino reseñar brevemente las novedades introducidas, si bien con especial atención a las cuestiones que puedan ser de mayor interés desde el punto de vista de la práctica notarial.

Así, someramente se puede señalar que la nueva Ley establece novedades en cuanto a cuestiones como: su ámbito de aplicación por razón del

(*) Circular número 13, de 10 de febrero de 2006, de la Comisión de Cultura del Ilustre Colegio Notarial de las Islas Baleares.

objeto; el contenido del contrato; el régimen de obras y mejoras a cargo del arrendatario, así como el de mejoras útiles y voluntarias, fundamentalmente para atender las necesidades de personas discapacitadas y mayores de setenta años y personas encargadas de su cuidado; régimen jurídico de la aparcería; alguna precisión procesal en cuanto a la resolución del contrato por falta de pago y alguna referencia concreta a la política agraria comunitaria. Pero fundamentalmente me centraré en lo referido a las cuestiones de capacidad, forma, duración, enajenación de la finca arrendada y derechos de adquisición preferente, cesión y subarriendo, y sucesión *mortis causa* en los derechos del arrendatario.

1. Duración del contrato

Ahora, el artículo 12 establece una duración mínima de cinco años, que tiene carácter imperativo, ya que “será nula y se tendrá por no puesta toda cláusula del contrato por la que las partes estipulen una duración menor”, por lo que no cabe plantearse esta posibilidad, salvo que se trate de alguno de los contratos excluidos de la aplicación de la Ley a los que se refieren los artículos 5 y 6. De modo que si no se ha estipulado un plazo mayor, se entiende concertado por ese plazo.

Al término del plazo, el arrendatario debe poner a disposición del arrendador la posesión de las fincas arrendadas, siempre que el arrendador lo notifique fehacientemente al arrendatario con un año de antelación. Si no lo notifica, el contrato se prorroga indefinidamente por períodos sucesivos de cinco años.

En esta materia, se pueden distinguir una serie de supuestos, según la fecha de celebración del contrato. El esquema sería el siguiente:

— *Arrendamientos celebrados al amparo de la Ley de 1980 y antes de la Ley de 4 de julio de 1995:*

Para estos contratos, el artículo 25 establecía una duración mínima de seis años, con prórrogas sucesivas de tres años cada una sin que pudiera exceder el tiempo total de prórrogas de quince años, o sea, que el contrato podía tener una duración máxima de veintiún años.

Excepto los arrendamientos de larga duración, para los cuales el artículo 28 establecía una duración mínima de dieciocho años, con prórrogas sucesivas de tres años cada una, sin limitar el tiempo total de las prórrogas en este caso.

— *Arrendamientos celebrados al amparo de la Ley de 1980, tras la modificación introducida por la Ley de 4 de julio de 1995:*

Para estos contratos, el artículo 28 de la Ley del 95 establecía una du-

ración mínima de cinco años, con prórrogas sucesivas de tres años cada una, sin limitar el tiempo total de las prórrogas.

— *Arrendamientos celebrados al amparo de la Ley del 2003 antes de la modificación introducida por la Ley del 2005:*

Para estos contratos el artículo 12 estableció una duración mínima de tres años, con prórrogas sucesivas de tres años cada una, sin limitar el tiempo total de las prórrogas.

Para los contratos celebrados antes de la Ley del 95 podría plantearse la cuestión de si se sigue aplicando ese límite de veintiún años o si las prórrogas posteriores a la Ley del 95 se rigen por lo establecido en ella, o sea, sin límite de tiempo.

La disposición transitoria primera de la Ley del 2003 dice que los contratos vigentes a la entrada en vigor de esta Ley se regirán por la normativa aplicable al tiempo de su celebración, lo que parece aplicable a todos los contratos anteriores a ella, aunque la Ley del 95 no contenía ninguna norma transitoria aplicable a esta cuestión, por lo que la normativa anterior estaría transitoriamente vigente para los contratos celebrados a su amparo.

Pero para los contratos celebrados en este poco más de año y seis meses de vigencia de la Ley del 2003, podría plantearse si, transcurrido el plazo inicial al menos de tres años sin denuncia del contrato por el arrendador ni nuevo convenio de las partes, se aplican prórrogas sucesivas de tres años, que es lo que decía la Ley del 2003, o de cinco años, que es lo que dice tras la reforma del 2005.

La Ley del 2005 no contiene ninguna norma al respecto, por lo que, acudiendo a los criterios de las disposiciones transitorias del Código Civil, en concreto la 4.^a, parece que habría que aplicar la nueva prórroga de cinco años, aunque ya hemos visto lo que dice la disposición transitoria primera de la Ley del 2003.

2. Capacidad

En materia de capacidad, se ha reformado el artículo 9, que, aparte de definir el concepto de agricultor profesional, condición que no se exige al arrendatario, sino que tiene transcendencia a los efectos que luego veremos:

— Sigue diciendo que pueden celebrarse arrendamientos rústicos entre personas físicas o jurídicas, y dentro de estas últimas se refiere expresamente a las cooperativas agrarias, las cooperativas de explotación comunitaria de la tierra, las sociedades agrarias de transformación y las

comunidades de bienes, pero en cualquier caso, las personas jurídicas, sean civiles, mercantiles o laborales, incluidas las sociedades agrarias de transformación, deben incluir en el objeto social el ejercicio de la actividad agraria y, en su caso, de actividades complementarias a la misma dentro del ámbito rural a que se refieren el artículo 6 y este artículo 9.

— En todo caso, no pueden ser arrendatarios de fincas rústicas las personas físicas que, por sí o por persona física o jurídica interpuesta, sean ya titulares de una explotación agraria o de varias que excedan de determinados límites, norma recuperada de la Ley de 1980, según la exposición de motivos para evitar la acumulación de grandes superficies en manos de un solo arrendatario.

Sí pueden serlo las entidades u organismos de las Administraciones Públicas que estén facultados conforme a sus normas reguladoras para la explotación de fincas rústicas. Y sin que se les aplique la limitación antes dicha si están facultados conforme a sus normas reguladoras para la explotación o subarriendo de fincas rústicas (aunque esto último no parece que hiciera falta decirlo, porque si esta limitación se aplica a las “personas físicas que, por sí o por persona física o jurídica interpuesta, sean ya titulares...” , no parece que aquí pudiera tener cabida una entidad pública, al menos en teoría).

— Además, tampoco pueden ser arrendatarias las personas y entidades extranjeras, excepto que sean miembros de la UE o asimilados, extranjeros con permiso de residencia permanente, o de Estados en los que se aplique un criterio de reciprocidad.

— Me voy a detener en la cuestión del menor sujeto a tutela, al que se refiere también el artículo 9, que dice en su apartado 4 que “El menor cuyas fincas o explotaciones hayan sido arrendadas por su padre, madre o tutor podrá poner fin al contrato una vez emancipado, siempre que haya transcurrido la duración mínima prevista en el artículo 12, y lo comunicará al arrendatario en el plazo de seis meses desde que alcanzó dicho estado o, en su caso, desde que falte un año para que se cumpla el plazo mínimo de duración. En todo caso, la denuncia del contrato no surtirá efecto hasta transcurrido un año desde su realización.”

Es decir, que un menor de diecisiete años tendrá que soportar el arrendamiento hasta los veintidós, porque el artículo 12 antes hablaba de tres años pero ahora, como vimos, habla de una duración mínima de cinco.

Aquí se puede plantear una cuestión que se puede reproducir para los arrendamientos sujetos a la LAU, y es si el tutor necesita autorización judicial para celebrar el contrato, porque el artículo 271 del Código Civil exige al tutor autorización judicial para ceder bienes en arrendamiento por tiempo superior a seis años, norma que deriva de que el antiguo ar-

título 2.5 de la Ley Hipotecaria permitía la inscripción de los arrendamientos por tiempo superior a seis años, por entenderse que la inscripción le daba una especial trascendencia al hacerlo oponible frente a los terceros y por tanto no se trataba de un acto simplemente de administración, como tradicionalmente se ha predicado del arrendamiento, sino “algo más.” Ahora bien, al modificarse el artículo 2.5 de la Ley Hipotecaria por la LAU del 94, permite la inscripción de todos los arrendamientos de bienes inmuebles, cualquiera que sea su duración, pero es que además durante los cinco primeros años, inscritos o no, son oponibles a cualquier tercero (art. 14 de la LAU y 22 de la LAR).

Puede pensarse entonces que, dada la trascendencia que la legislación especial atribuye a los arrendamientos durante los cinco primeros años al hacerlos oponibles frente a cualquier tercero aunque no estén inscritos, sería exigible esa autorización judicial para el tutor, aunque para ello parece que habría que considerar al arrendamiento (al menos cuando falten menos de cinco años para alcanzar la mayoría de edad) como un acto dispositivo susceptible de inscripción, encuadrable, no en el número 7, sino en el número 2 del artículo 271 del Código Civil. Cuestión que sin embargo no se plantea para los padres.

O bien, entender que la protección del menor pueda venir vía reclamación frente al tutor si, una vez alcanzada la mayoría de edad, ese arrendamiento le perjudica.

En cualquier caso, lo que sería conveniente es, o suprimir el apartado 7 del artículo 271 del Código Civil, si es letra muerta, o bien modificarlo para que en vez de hablar de seis años lo relacione con el plazo de duración mínima establecido en la legislación especial de arrendamientos, cosa que se podía haber hecho en la reforma del 96 pero no fue así. Otro tanto se podría decir del artículo 1.548.

3. Forma del contrato

En materia de forma del contrato, hay que estar al artículo 11, que en el párrafo primero del apartado 1 dice que: “Los contratos de arrendamiento deberán constar por escrito. En cualquier momento, las partes podrán compelerse a formalizarlos en documento público, cuyos gastos serán de cuenta del solicitante. También podrán compelerse a la constitución del inventario de los bienes arrendados”.

En esta materia, se puede señalar también que la disposición adicional tercera impone ahora al arrendador o titular de la finca o explotación la obligación de comunicar los contratos objeto de esta Ley a las CCAA para que a su vez éstas remitan una copia de los mismos al Registro que

reglamentariamente se establezca, adscrito al Ministerio de Agricultura, y que tendrá carácter informativo.

La Ley del 2005 ha añadido un párrafo segundo, según el cual: “A falta de pacto entre las partes y salvo prueba en contrario, se presumirá la existencia de arrendamiento siempre que el arrendatario esté en posesión de la finca, y si no constase el importe de la renta, ésta será equivalente a las de mercado en esa zona o comarca.”

Aparte de esa regla de *in dubio pro colono*, que parece que se justificaría por el hecho de que, a pesar de lo que dice el párrafo primero, muchas veces se trata de contratos verbales, en el párrafo tercero se ha recuperado la exigencia de expresar en la escritura si la finca se encuentra o no arrendada, exigencia que suprimió la Ley del 2003.

4. Enajenación de finca rústica

Hay que distinguir si la finca se encuentra o no arrendada.

a) Enajenación de finca rústica no arrendada.

Dice ese párrafo tercero que: “La escritura pública de enajenación de finca rústica deberá expresar la circunstancia de si ésta se encuentra o no arrendada, como condición para su inscripción en el Registro de la Propiedad”.

Como sabemos, el antiguo artículo 91 de la Ley de 1980 exigía, no sólo la manifestación de que la finca no estaba arrendada, sino además que no se había hecho uso en los seis años anteriores del derecho de oposición a la prórroga del antiguo artículo 26. Norma ésta proteccionista del arrendatario, al que en el caso de fraude se le atribuían los derechos de adquisición preferente previstos en dicha Ley.

No obstante, este sistema de protección desapareció en la Ley del 2003, y de acuerdo con ello y con respecto a esta cuestión, la DGRN, en resoluciones de 16 de diciembre de 2004 y 30 de junio de 2005 ha venido a señalar que si la escritura de venta se otorga con posterioridad a la entrada en vigor de la Ley del 2003, o sea, el 27 de mayo de 2004, esta manifestación no es exigible para la inscripción de la finca enajenada en el Registro de la Propiedad, aunque esta manifestación sigue siendo exigible para las escrituras anteriores a esa fecha, por aplicación de la disposición transitoria 1.^a, que antes vimos.

En definitiva, en la actualidad únicamente es necesaria la manifestación en la escritura de si la finca se halla o no arrendada, cuestión muy relacionada con los derechos de adquisición preferente que regula el nuevo artículo 22 y a los que luego me referiré.

b) Subsistencia del contrato en caso de enajenación de finca rústica arrendada.

El artículo 74 de la Ley de 1980 decía que:

“El adquirente de la finca, aun cuando estuviere amparado por el artículo 34 de la Ley Hipotecaria, quedará subrogado en todos los derechos y obligaciones del arrendador.”

Este precepto había ocasionado muchas dudas en la doctrina y jurisprudencia, sobre todo en cuanto a la subsistencia o no del arrendamiento concertado con posterioridad a la hipoteca en caso de ejecución hipotecaria, cuestión ésta muy relacionada con el hecho de que en el antiguo procedimiento de ejecución hipotecaria no estaba prevista la intervención del arrendatario. La DGRN, en la Resolución de 24 de febrero del 2000, entendió que este arrendamiento, que en el caso concreto era incluso posterior a la expedición de la certificación de cargas, no puede imponerse al adjudicatario en la ejecución porque se trata de un supuesto de resolución del derecho del arrendador al que le era aplicable el artículo 13, equivalente al actual artículo 10, y que se refería a la resolución del arrendamiento concertado por usufructuarios, superficiarios, enfiteutas y cuantos tengan un análogo derecho de goce sobre la finca al extinguirse el derecho del arrendador, y el artículo 78, que decía que la resolución del derecho del arrendador facultaba al que resulte propietario para pedir la resolución del arrendamiento. Si bien en este caso la DGRN exigía para la cancelación, además del mandamiento judicial, una declaración de voluntad del nuevo propietario en el sentido de resolver el contrato de arrendamiento.

Luego, la Ley del 2003, en el artículo 22, vino a establecer que:

“El adquirente de la finca, aun cuando estuviere amparado por el artículo 34 de la Ley Hipotecaria, quedará subrogado en todos los derechos y obligaciones del arrendador, debiendo respetar el plazo que reste de la duración mínima del contrato o la de la prórroga tácita que esté en curso.”

Y ahora, tras la reforma del 2005, se ha matizado que:

“El adquirente de la finca, aun cuando estuviere amparado por el artículo 34 de la Ley Hipotecaria, quedará subrogado en todos los derechos y obligaciones del arrendador, y deberá respetar el plazo que reste de la duración mínima del contrato prevista en el artículo 12 o la de la prórroga tácita que esté en curso si se trata del tercero hipotecario, mientras que en los demás casos deberá respetar la duración total pactada.”

Dejando aparte la cuestión de si es lo suficientemente precisa nuestra legislación positiva cuando en ésta y otras normas de similar contenido se refiere al artículo 34 de la Ley Hipotecaria, o más bien debiera hacer referencia al artículo 32, el régimen que resulta es el siguiente:

— Si el arrendamiento está inscrito, el adquirente posterior obviamente deberá respetar la duración total pactada.

— Aunque el arrendamiento no esté inscrito, durante los cinco primeros años es oponible a cualquier adquirente de la finca, lo que parece aplicable cualquiera que sea el título de su adquisición, incluido el adjudicatario en un procedimiento de ejecución, y cualquiera que sea la fecha de celebración del contrato, incluso si es posterior a una hipoteca, por ejemplo.

Respecto a esto último, también se puede sostener que el contrato quedará extinguido acudiendo, como hemos visto que hizo la DGRN en esa resolución del año 2000, a los artículos 10, equivalente al anterior artículo 13, y 24.g) de la Ley del 2003, que se refiere a la extinción del arrendamiento por resolución del derecho del arrendador.

Ahora bien, esta solución más bien parece que de fondo se justificaba por la mayor duración que tenía el contrato y para evitar la subsistencia de arrendamientos celebrados en fraude de ley para perjudicar la ejecución hipotecaria, pero en realidad, como señalaba el registrador en esa resolución citada, lo cierto es que esos artículos 13 y 78 de la Ley antigua estaban contemplando un supuesto diferente, que sería la resolución del derecho del arrendador cuando es persona distinta del propietario, y en definitiva, la propia jurisprudencia ha admitido que el arrendamiento quede extinguido si se trata de un contrato fraudulento y así se prueba en el caso concreto.

De todas formas, tampoco hubiera estado de más que la Ley fuera un poquito más clara, al estilo del artículo 13 de la LAU, que habla de resolución del derecho del arrendador por el ejercicio de un retracto convencional, la apertura de una sustitución fideicomisaria, la enajenación forzosa derivada de una ejecución hipotecaria o de sentencia judicial o el ejercicio de un derecho de opción de compra.

— Y si el arrendamiento no está inscrito y ha transcurrido el plazo de duración mínima no sería oponible al adquirente, o por lo menos al que inscriba su título.

c) Derechos de tanteo, retracto y adquisición preferente en caso de enajenación de finca rústica arrendada.

Una de las principales novedades de la reforma del 2005, según su exposición de motivos con la idea de posibilitar que los arrendatarios puedan incrementar su actividad económica, es el haber recuperado los derechos de adquisición preferente del arrendatario, que fueron suprimidos por la Ley del 2003 por implicar una notable limitación de la propiedad, y que ahora se regulan en el artículo 22.2. El régimen es el siguiente:

— Se aplican en cualquier supuesto de transmisión inter vivos de fincas rústicas arrendadas, ya sea a título oneroso o gratuito, excepto transmisiones a título gratuito cuando el adquirente sea descendiente o ascendiente del transmitente, pariente hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad o su cónyuge, y la permuta de fincas rústicas cuando se efectúe para agregar una de las fincas permutadas y siempre que sean inferiores a diez hectáreas de secano o una de regadío los predios que se permutan.

Expresamente se refiere la Ley a la aportación a sociedad, permuta, adjudicación en pago o cualquiera otra distinta de la compraventa, de su nuda propiedad, de porción determinada o de una participación indivisa de aquéllas.

— Este derecho corresponde al arrendatario que sea agricultor profesional, para lo cual tiene que cumplir las condiciones de dedicación e ingresos brutos anuales a que se refiere el artículo 9.1, y también al arrendatario persona jurídica que sea alguna de las entidades a que se refiere el artículo 9.2, o sea, solamente las cooperativas agrarias, de explotación comunitaria de la tierra, sociedades agrarias de transformación y comunidades de bienes, lo que no se sabe si es una omisión consciente o inconsciente del legislador pero excluye de este derecho a otras personas jurídicas.

— Para la efectividad de estos derechos se prevé que el transmitente está obligado a notificar de forma fehaciente al arrendatario su propósito de enajenar y le indicará los elementos esenciales del contrato y, a falta de precio, una estimación del que se considere justo, de acuerdo con el apartado 1 del artículo 11, o sea, equivalente a criterios de mercado en la zona o comarca, y teniendo en cuenta los criterios establecidos en la disposición adicional segunda de la Ley, que se refiere al régimen de expropiación forzosa. Si el contrato no tuviera precio y el arrendatario no estuviera conforme con la estimación hecha, se determinará por un perito independiente nombrado de común acuerdo por las partes, y, en defecto de acuerdo entre ellas, se fijará por la jurisdicción civil conforme a las normas de valoración que establece la legislación de expropiación forzosa.

— El arrendatario tiene entonces un derecho de tanteo para adquirir la finca en el mismo precio y condiciones, para lo cual tiene un plazo de sesenta días hábiles desde que hubiera recibido la notificación y está obligado a notificarlo al enajenante también de modo fehaciente.

— A falta de notificación, el arrendatario tiene un derecho de retracto, para lo cual tiene un plazo también de sesenta días hábiles, que se cuentan desde la fecha en que por cualquier medio haya tenido conocimiento de la transmisión.

— En todo caso, la escritura de enajenación se debe notificar de forma fehaciente al arrendatario, porque también puede ejercitar el derecho

de retracto o, en su caso, el de adquisición, si las condiciones de la enajenación, el precio o la persona del adquirente no correspondieran de un modo exacto a las contenidas en la notificación previa o si no se ha cumplido en forma el requisito de dicha notificación previa. El plazo es también de sesenta días hábiles a partir de la notificación.

Para la inscripción en el Registro de la Propiedad de los títulos de adquisición *inter vivos* de fincas rústicas arrendadas es obligatorio justificar la práctica de esta notificación.

Es decir, que en las escrituras de enajenación de fincas rústicas es obligatorio expresar la circunstancia de si se encuentran o no arrendadas, y en caso afirmativo hay que justificar la práctica de esa notificación, como condición para su inscripción en el Registro de la Propiedad, de manera que o comparece el arrendatario al otorgamiento renunciando a su derecho o habrá que notificarle la transmisión por alguno de los procedimientos previstos en el artículo 202 del Reglamento Notarial.

Por lo demás, este artículo:

— Establece la preferencia de estos derechos con respecto a cualquier otro de adquisición, salvo el retracto de colindantes establecido por el artículo 1.523 del Código Civil, que prevalecerá sobre éstos cuando las fincas no excedan de una hectárea.

— Si se trata de fincas de aprovechamientos diversos con diferentes arrendatarios, atribuye el tanteo y retracto al que lo sea del aprovechamiento principal, al que sea agricultor joven (concepto definido en la Ley del 95) si son varios, y al más antiguo en el arrendamiento si también son varios.

— Si se trata de varios arrendatarios de partes diferentes de una misma finca o explotación, hay que cumplir las obligaciones de notificación con cada uno de ellos, y el derecho de tanteo y retracto podrá ejercitarlo cada uno por la porción que tenga arrendada y si alguno no quiere ejercitarlo, podrá hacerlo cualquiera de los demás, con preferencia también para el agricultor joven y en su caso el más antiguo.

— Si sólo una parte de la finca ha sido cedida en arriendo, los derechos vistos se limitan a la superficie arrendada, por lo que habrá que especificar en la escritura la cantidad que del total importe del precio corresponde a la porción dada en arriendo. Con lo cual aquí de facto se puede producir el efecto de una división o segregación si esas porciones terminan siendo adquiridas por personas diferentes, de manera que parece que habrá que respetar los límites imperativos que para esta materia establece la legislación vigente.

Por último, hay que tener en cuenta, en relación con los derechos de adquisición preferente, la posible incidencia, en su caso, del derecho de re-

tracto que, para los propietarios de fincas colindantes que sean titulares de explotaciones agrarias prioritarias, establece el artículo 27 de la Ley de 4 de julio de 1995 cuando se trate de la venta de una finca rústica de superficie inferior al doble de la unidad mínima de cultivo.

5. Cesión y subarriendo

En esta materia se ha añadido un nuevo párrafo al artículo 23, que excluye la necesidad de consentimiento del arrendador para la cesión o subarriendo de la finca cuando se efectúe a favor del cónyuge o de un descendiente del arrendatario. Pero exige que tanto el subrogante como el subrogado notifiquen fehacientemente al arrendador la cesión o el subarriendo en el plazo de los sesenta días hábiles siguientes a partir de su celebración.

6. Sucesión *mortis causa* en la posición del arrendatario

El artículo 24, en sede de “terminación del arrendamiento”, se refiere a la posibilidad de continuación en el arrendamiento por los sucesores legítimos del arrendatario, un supuesto de sucesión especial para el cual el nuevo apartado e) prevé ahora que, en defecto de designación expresa efectuada en testamento por el arrendatario, tendrá preferencia el que tenga la condición de joven agricultor, si hay varios el más antiguo, y si no hay ninguno el que elijan entre ellos por mayoría. En este último caso, es necesaria una notificación escrita al arrendador dentro del año siguiente al fallecimiento, requisito sin el cual parece que no le sería oponible esa subrogación *mortis causa*.

“Anotaciones españolas al Proyecto de Pavía”, G. García Cantero (coordinador). El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2005, 870 páginas y un CD-ROM.

El año 2005 no ha sido favorable para la integración europea. Junto al rechazo popular del pretendido proyecto de Constitución en Francia y en Holanda, las dificultades presupuestarias se han solventado sólo a última hora y de forma apresurada, mientras que el proteccionismo exterior, en especial en materia de agricultura, está sujeto a revisión por acuerdo de la Organización Mundial de Comercio. No obstante, las razones que justifican la futura unificación del Derecho de obligaciones y contratos siguen en pie, pues miran fundamentalmente hacia dentro de la Unión Europea. Se trata, no sólo de proteger al consumidor, sino de dar un contenido económico y útil a la ciudadanía europea, así como de facilitar el mercado interior, tanto por la supresión de la diversidad legislativa, como por el carácter sectorial e impreciso del Derecho comunitario, que se acentúa por una transposición normalmente deficiente. A esto se une la propia Comisión que, con su plan de acción para un Derecho de contratos más coherente, publicado en 2003, ha incitado el debate académico no sólo sobre la conveniencia de la armonización, sino además sobre las modalidades para alcanzarla. Ello ha provocado que los *Principios del Derecho Contractual Europeo* se hayan completado con la Parte III y que la Academia de Pavía prosiga sus trabajos sobre el Libro II del *Código Europeo de Contratos*, que trata de los contratos en particular.

Por eso, hace bien nuestra doctrina al ocuparse de estas propuestas preliminares que podrán servir de base, en su día, al eventual texto uniforme. Es el caso del Grupo de Investigación que dirige y coordina el profesor Gabriel GARCÍA CANTERO en la Universidad de Zaragoza. Tras varios años de trabajo, sus últimos resultados se concretan, de momento, en la traducción española del Anteproyecto de Pavía y en el extenso libro objeto de este comentario. La traducción española, que se incluye en el CD-ROM, es muy cuidada,

huye de la literalidad y en ocasiones llega a corregir el texto original francés (*vid.* en esta Revista, 2002, p. 304); por regla general, concuerda con la otra versión castellana publicada entre nosotros (RGLJ, 2001, pp. 713 y ss.), si bien ofrece alguna diferencia de matiz o de estilo, sin que existan variaciones sustanciales entre ellas. Esta fidelidad a los textos se aprecia también en la obra que comentamos, en la que se cita el *Contract Code* del profesor H. MCGREGOR en su versión inglesa solamente, aun cuando hay traducción castellana del mismo.

Por su parte, la obra que examinamos consiste en un estudio sistemático, casi completo, del Anteproyecto, que viene a enriquecer de manera apreciable nuestra literatura sobre la futura codificación europea. No sólo se suma a los *Comentarios* dedicados al profesor DE LOS MOZOS (Madrid, 2003), sino que se mantiene en ella, como es lógico, un diálogo constante con los autores de estos últimos, en el que predominan las concordancias sobre las disidencias. Con todo, hay que resaltar que las *Anotaciones* obedecen a un propósito muy definido, que es determinar el impacto que tendría el Anteproyecto en el Derecho español; en palabras de GARCÍA CANTERO, si se declarase aplicable en España, ¿qué consecuencias tendría en nuestro ordenamiento?, ¿en qué aspectos la aplicación sería fácil y sin estridencias?, o, ¿en cuáles se producirían problemas, y cómo resolverlos? A este preciso propósito responden los catorce densos capítulos que componen la obra.

Así, estima el propio G. GARCÍA CANTERO que la noción de contrato, que se basa exclusivamente en el acuerdo de las partes, encajaría cómodamente entre nosotros y que la eliminación de la causa no representa un obstáculo infranqueable, ya que los contratos abstractos serían inexistentes, mientras que los inmorales e ilícitos, nulos. Por otra parte, la culpa *in contrahendo*, a su juicio, no sólo es asumible, sino que eliminaría las contradicciones de nuestra jurisprudencia. Además, para C. LALANA DEL CASTILLO el régimen de la formación del consentimiento es concordante con el que impera en nuestra doctrina. Asimismo, opina C. MARTÍNEZ DE AGUIRRE que los requisitos del contenido del contrato se corresponden, pese a sus novedades, con los exigibles a la prestación, de la misma manera que las reglas sobre las cláusulas implícitas y sobre las condiciones generales podrían encajar dentro del concepto de reglamentación contractual, si bien se muestra crítico con las simplificaciones del Anteproyecto, aunque destaca la importancia de contemplar la rescisión por lesión. En fin, sobre la forma del contrato, G. GARCÍA CANTERO y M. SALANOVA VILLANUEVA ponen de relieve la sustancial coincidencia con el Derecho español en lo que concierne a la libertad de forma y señalan que la forma *ad substantiam*, que se requiere para los contratos sobre la propiedad y los derechos reales sobre bienes inmuebles, puede ser conveniente para nosotros, pues obligaría a revisar esta materia y a superar el desfase del artículo 1.280 CC.

Tras este bloque sobre los requisitos del contrato, las *Anotaciones* se refieren a la interpretación, los efectos y modalidades, la representación y a los

contratos por persona a designar y a favor de tercero. Muy brevemente, señalemos que M. A. PARRA LUCÁN y A. LÓPEZ AZCONA llevan a cabo una decidida defensa del Anteproyecto, que confiere a la interpretación literal un discutible protagonismo, junto al valor casi sacral atribuido al texto suscrito por los contratantes, que no se compadece con las modernas exigencias de la buena fe en su función hermenéutica; pero el régimen propuesto no se aparta, en lo esencial, de nuestro Derecho. En cambio, hay profundas diferencias, a juicio de S. GASPAR LERA, por lo que atañe a los efectos, puesto que el contrato entre nosotros no admite modificaciones sobrevenidas, salvo excepciones; en la transmisión de las cosas muebles, aunque opera por la entrega, se admite el pacto en contrario, a la vez que no se regulan las distintas modalidades de esta última; asimismo, en caso de que el transmitente no sea dueño, el Anteproyecto difiere del artículo 464 CC, puesto que el adquirente deviene propietario desde la entrega, con tal que sea de buena fe; otro tanto sucede con los riesgos que se trasladan al adquirente con la toma de posesión del bien mueble, no desde que se produce el efecto real, así como con la preferencia a favor del que obtiene la posesión de buena fe, en caso de doble venta, que no coincide con el artículo 1.473 CC.

Por lo que se refiere a la representación, para G. GARCÍA CANTERO el Anteproyecto es asumible en el Derecho español ya que, salvo las opiniones discrepantes de A. GORDILLO CAÑAS (*Comentarios*, cit., I, pp. 305 y ss.), concuerda con la doctrina mayoritaria sobre la representación voluntaria, directa, desligada del mandato y su normal extinción por revocación, incluido el autocontrato; por eso, estima que, con la salvedad de algunos detalles, la adopción del Anteproyecto sería beneficiosa para el tráfico. Por último, S. CÁMARA LAPUENTE nos ofrece dos estudios muy completos y documentados en los que pone el Anteproyecto en relación, no sólo con nuestro Derecho, sino con el Derecho extranjero y las otras propuestas de *soft law*. Versan sobre el contrato con la cláusula de persona a designar y el contrato a favor de tercero, y en ambos se cuestiona si estas figuras merecen una disciplina independiente, examina pormenorizadamente el régimen proyectado y concluye con un juicio que entendemos relativamente favorable al Anteproyecto, si bien pone de relieve los numerosos problemas que ha dejado sin resolver.

A continuación, el Anteproyecto combina las vicisitudes de la obligación y las del contrato, con lo cual se distancia notablemente de nuestro Derecho, aun cuando su disciplina no sea muy distinta de la nuestra. Así lo constata S. DE SALAS MURILLO, a propósito del cumplimiento, que abarca los requisitos y elementos del pago y su imputación, así como las obligaciones pecuniarias, alternativas y solidarias. En cambio, hay diferencias ostensibles, a juicio de M. PÉREZ MONGE, en materia de incumplimiento, no sólo porque el Anteproyecto se aproxima aquí al Derecho anglosajón, sino porque acoge la distinción de las obligaciones de medios y de resultado —que son la regla general—. Aunque novedoso, estima J. A. SERRANO GARCÍA que el régimen de la cesión del contrato, la cesión del crédito y la asunción de deuda sería positi-

vo, mientras que para I. TENA PIAZUELO la sistemática de la extinción es incorrecta, confusa, reiterativa y farragosa; en especial, es criticable la llamada extinción por preclusión, a su juicio, que se presenta en los casos de prescripción y de caducidad.

De gran interés es el estudio de M. A. PARRA LUCÁN sobre la invalidez y la ineficacia, donde las novedades del Anteproyecto son también llamativas, de no fácil acomodo entre nosotros y no siempre acertadas; así ocurre, por ejemplo, con la inexistencia del contrato, la nulidad sobrevenida, la conversión, la anulabilidad por falta de capacidad o de edad, el error, la ineficacia propiamente dicha, la simulación y el ejercicio de las respectivas acciones. Asimismo, la sistemática de los remedios es deficiente para M. T. ALONSO PÉREZ y las novedades del Anteproyecto son notables en materia de rescisión por lesión, renegociación por alteración de las circunstancias, resolución por incumplimiento y responsabilidad contractual; en cuanto a esta última, el Anteproyecto establece una regla general de imputación objetiva, pero es perturbador, a su juicio, que los profesionales puedan exonerarse si acreditan la diligencia debida o que sólo respondan por culpa grave en los casos de riesgos de desarrollo.

En definitiva, de este apretado resumen resulta claro que el Anteproyecto es un texto serio y bien fundado, sin que se pueda calificar, según se ha insinuado, como una especie de “esperanto jurídico” (F. GALGANO, C.i./Eur. 2005, p. 521); antes bien, se trata de una propuesta de corte predominantemente continental que, aun cuando está necesitada de revisión, merece ser estudiada precisamente con la finalidad de mejorarla. Tal es una de las conclusiones que se desprenden de estas *Anotaciones*. Otra conclusión es que el Anteproyecto en su estado actual se podría adoptar en su mayor parte en nuestro Derecho sin grandes dificultades; aunque no siempre coincide, son varios los autores para los que las soluciones del Anteproyecto serían positivas y se encaminan en la dirección correcta, pese a que hay también numerosos extremos que no serían asumibles. Por último, son estas consideraciones de *lege ferenda* las que hacen que una lectura atenta de esta obra sea francamente recomendable; y lo es, no sólo para quienes se preocupan del Derecho comparado y la futura unificación del Derecho europeo, sino –y sobre todo– para cuantos estén interesados en la cada día más necesaria renovación del Código Civil español en materia de obligaciones y contratos.

Carlos Vattier Fuenzalida
Catedrático de Derecho Civil

RESOLUCIÓN DEL PARLAMENTO EUROPEO SOBRE LAS PROFESIONES JURÍDICAS Y EL INTERÉS GENERAL EN EL FUNCIONAMIENTO DE LOS SISTEMAS JURÍDICOS (*)

Jueves 23 de marzo de 2006 - Bruselas

El Parlamento Europeo

— Vistos los Principios Básicos de Naciones Unidas sobre la Función de los Abogados, de 7 de septiembre de 1990,

— Vista la Recomendación del Consejo de Europa [Rec(2000) 21] de 25 de octubre de 2000, sobre la libertad de ejercer la profesión de abogado,

— Vista su Resolución de 18 de enero de 1994 sobre el estado y la organización de la profesión de notario en los Estados miembros de la Comunidad (1),

— Vista su Resolución de 5 de abril de 2001 sobre escalas de honorarios y tarifas obligatorias para determinadas profesiones liberales, en particular los abogados, y sobre la función y la posición particulares de las profesiones liberales en la sociedad moderna (2),

(*) © Comunidades Europeas, 1995-2006.

Textos aprobados por el Parlamento. Jueves 23 de marzo de 2006. Bruselas. Edición provisional, P6_TA-PROV(2006)0108. B6-0203/2006.

(1) DO C 44 de 14-2-1994, p. 36.

(2) DO C 21 E de 24-1-2002, p. 364.

— Vista su Resolución de 16 de diciembre de 2003 sobre las disposiciones en materia de mercado y competencia para las profesiones liberales (3),

— Vista la Directiva 77/249/CEE del Consejo, de 22 de marzo de 1977, dirigida a facilitar el ejercicio efectivo de la libre prestación de servicios por los abogados (4),

— Vista la Directiva 98/5/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de febrero de 1998, destinada a facilitar el ejercicio permanente de la profesión de abogado en un Estado miembro distinto de aquel en el que se haya obtenido el título (5),

— Vista la Directiva 2003/8/CE del Consejo, de 27 de enero de 2003, destinada a mejorar el acceso a la justicia en los litigios transfronterizos mediante el establecimiento de reglas mínimas comunes relativas a la justicia gratuita para dichos litigios (6),

— Vista la Directiva 2005/36/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de septiembre de 2005, relativa al reconocimiento de cualificaciones profesionales (7),

— Vista su posición de 16 de febrero de 2006 sobre la propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a los servicios en el mercado interior (8),

— Vista la comunicación de la Comisión “Servicios profesionales - Prosecución de la reforma”, de 5 de septiembre de 2005 [COM(2005)0405],

— Vista la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas sobre la legislación en materia de competencia y sobre la libertad de prestación de servicios, con referencia específica a las normas nacionales sobre honorarios jurídicos mínimos;

— Visto el apartado 5 del artículo 108 de su Reglamento,

A. Considerando que el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas ha reconocido que:

— la independencia, la ausencia de conflictos de intereses, y la confidencialidad y el secreto profesional son valores básicos de la profesión jurídica que merecen la consideración de interés público;

(3) DO C 91 E de 15-4-2004, p. 126.

(4) DO L 78 de 26-3-1977, p. 17.

(5) DO L 77 de 14-3-1998, p. 36.

(6) DO L 26 de 31-1-2003, p. 41.

(7) DO L 255 de 30-9-2005, p. 22.

(8) Textos Aprobados, P6_TA(2006)0061.

- es necesaria una normativa de protección de estos valores básicos para el correcto ejercicio de las profesiones jurídicas, pese a los inherentes efectos restrictivos de la competencia que puedan derivarse de ello,
- el objetivo del principio de libertad de prestación de servicios aplicado a las profesiones jurídicas es promover la apertura de los mercados nacionales mediante la posibilidad de ofrecer a los prestadores de servicios y a sus clientes que se beneficien plenamente del mercado interior comunitario;

B. Considerando que cualquier reforma de las profesiones jurídicas tiene consecuencias de largo alcance que sobrepasan la legislación en materia de competencia y penetran en el ámbito de la libertad, la seguridad y la justicia y, más generalmente, en el de la protección del Estado de Derecho en la Unión Europea,

C. Considerando que los Principios Básicos de Naciones Unidas sobre la Función de los Abogados establecen que:

- los abogados estarán autorizados a constituir e integrar asociaciones profesionales autónomas que representen sus intereses, promuevan su formación permanente y protejan su integridad profesional. El órgano ejecutivo de estas asociaciones profesionales será elegido por sus miembros y ejercerá sus funciones sin interferencias externas;
- las asociaciones profesionales de abogados desempeñarán un papel fundamental en la observancia de las normas y ética profesionales, protegiendo a sus miembros en caso de procedimientos judiciales, así como de infracciones y restricciones indebidas, facilitándoles asistencia jurídica en caso de necesidad, y cooperando con los órganos gubernamentales y otras instituciones en la promoción de la justicia y el interés público,
- los procedimientos disciplinarios incoados contra los abogados se sustanciarán ante un comité disciplinario imparcial establecido por la propia profesión jurídica, ante una autoridad reglamentaria independiente, o ante un tribunal, y serán sometidos a revisión judicial independiente,

D. Considerando que una adecuada protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales —de índole económica, social, cultural, civil o política— reconocidas a todas las personas, exige que todos tengan un acceso efectivo a los servicios jurídicos que proporcionan unos profesionales del Derecho independientes,

E. Considerando que las obligaciones de los profesionales del Derecho de preservar su independencia, evitar los conflictos de intereses y respetar la confidencialidad de los clientes se ven seriamente amenazadas cuando se les autoriza a ejercer su profesión en una organización que permite a *profesionales ajenos al derecho* ejercer total o parcialmente el control de los asuntos de la misma mediante la adquisición de capital o por otros medios, o en el caso de asociaciones multidisciplinarias con profesionales no vinculados por obligaciones profesionales equivalentes,

F. Considerando que la competencia de precios no regulada entre profesionales del derecho se traduce en una disminución de la calidad del servicio prestado, lo que va en detrimento del consumidor,

G. Considerando que el mercado de los servicios jurídicos se caracteriza por la asimetría en el flujo de información entre abogados y consumidores, lo que incluye a las *pequeñas y medianas* empresas, ya que éstas no cuentan con los criterios necesarios para valorar la calidad de los servicios prestados,

H. Considerando que la importancia de un comportamiento ético, de la preservación de la confidencialidad con el cliente, y del mantenimiento de un elevado nivel de conocimientos especializados requiere la organización de sistemas de autorregulación como los aplicados actualmente por los organismos y gremios profesionales jurídicos,

I. Considerando que los notarios son designados por las autoridades de los Estados miembros como funcionarios públicos entre cuyas funciones se cuentan las de redactar documentos oficiales con especial valor probatorio y de inmediata aplicabilidad,

J. Considerando que los notarios desempeñan una amplia labor de investigación y examen, en nombre del Estado, en materias relativas a la protección jurídica no judicial, particularmente las relacionadas con el Derecho de sociedades –competencia comunitaria en algunos casos–, y que, como parte de esta labor están sometidos a una supervisión disciplinaria, por parte del Estado miembro correspondiente, equiparable a la que se aplica a los jueces y funcionarios,

K. Considerando que la delegación de una parte de la autoridad por parte del Estado constituye un elemento original inherente a la profesión de notario, y considerando que esta autoridad se ejerce en la actualidad de manera regular y supone la mayor parte de la actividad de un notario,

1. Reconoce plenamente el decisivo papel desempeñado por los profesionales del Derecho en las sociedades democráticas para garantizar el

respeto de los derechos fundamentales y del Estado de Derecho y la seguridad jurídica, tanto cuando los abogados actúan en representación y defensa de sus clientes en los tribunales como cuando les proporcionan asesoramiento jurídico;

2. Se reafirma en las posiciones adoptadas en sus Resoluciones de 18 de enero de 1994 y de 5 de abril de 2001, así como en su posición de 16 de diciembre de 2003;

3. Destaca las altas cualificaciones requeridas para el acceso a la profesión jurídica, la necesidad de proteger dichas cualificaciones que caracterizan a la misma, en interés de los ciudadanos europeos, y la necesidad de establecer una relación específica basada en la confianza entre los profesionales del Derecho y sus clientes;

4. Reafirma la importancia de las normas necesarias para garantizar la independencia, competencia, integridad y responsabilidad de los profesionales del Derecho, a fin de garantizar la calidad de sus servicios en beneficio de sus clientes y de la sociedad en general, y en aras del interés público;

5. Acoge con satisfacción el respaldo de la Comisión a la tesis según la cual las reformas son más eficaces si se efectúan a nivel nacional y las autoridades de los Estados miembros, y en particular los órganos legislativos, están en la mejor posición posible para definir las normas aplicables a los profesionales del Derecho;

6. Señala que el Tribunal de Justicia ha reconocido a los legisladores nacionales y a las asociaciones y entidades profesionales un margen de discrecionalidad cuando decidió qué era lo adecuado y necesario para proteger el correcto ejercicio de las profesiones jurídicas en los Estados miembros;

7. Destaca que cada tipo de actividad de una entidad profesional debe contemplarse por separado, de manera que las normas sobre competencia se apliquen a la asociación únicamente cuando ésta esté actuando exclusivamente en interés de sus miembros y no cuando lo haga en interés general;

8. Recuerda a la Comisión que los objetivos de la regulación de los servicios jurídicos son proteger el interés general, garantizar el derecho a la defensa y el acceso a la justicia, y preservar la seguridad en la aplicación de la ley, y que por estas razones dicha regulación no puede adaptarse al grado de sofisticación del cliente;

9. Anima a las entidades profesionales y a las organizaciones y asociaciones de profesionales del Derecho a establecer códigos de conducta a nivel europeo, incluyendo normas sobre organización, cualificaciones, deontología profesional, supervisión, responsabilidad y comunicaciones, a

fin de asegurar que los consumidores finales de servicios jurídicos cuenten con las necesarias garantías en relación con la integridad y la experiencia de los profesionales, y de garantizar una buena administración de justicia;

10. Pide a la Comisión que tenga en cuenta el papel específico de las profesiones jurídicas en una sociedad gobernada por el Estado de Derecho, y que proceda a un análisis exhaustivo del funcionamiento de los mercados de servicios jurídicos cuando la Comisión promueve el principio de “menos regulación, mejor regulación”,

11. Pide a la Comisión que aplique las normas sobre competencia, si procede, en aplicación de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia;

12. Considera que los intereses públicos que prevalecen sobre los principios comunitarios en materia de competencia deben buscarse en el ordenamiento jurídico del Estado miembro en el que se adopte la normativa o ésta surta efectos, y que, al margen de la definición que se le pueda dar, no existe el criterio de interés público comunitario;

13. Pide a la Comisión que no aplique la legislación comunitaria en materia de competencia a aquellos aspectos que, con arreglo al marco constitucional europeo, son competencia de los Estados miembros, como por ejemplo, el acceso a la justicia, aspecto que incluye puntos como los baremos que deben aplicar los Tribunales para liquidar los honorarios de los abogados;

14. Destaca que los anteriores obstáculos a la libertad de establecimiento y la libertad de prestación de servicios jurídicos profesionales en teoría han sido eliminados eficazmente por las Directivas 77/249/CEE, 98/5/CE y 2005/36/CE; constata, no obstante, que la revisión se llevará a cabo dentro de dos años y espera con interés esta evaluación en profundidad;

15. Considerando que los baremos de honorarios y tarifas obligatorias para abogados y profesionales del derecho, aun para servicios extrajudiciales, no infringen los artículos 10 y 81 del Tratado, siempre y cuando su aprobación se justifique por servir a un interés público legítimo y los Estados miembros supervisen la participación de los operadores privados en el proceso decisorio;

16. Opina que el artículo 49 del Tratado y las Directivas 2005/36/CE y 77/249/CE disponen que se aplique el principio del país de destino a los baremos de honorarios y tarifas obligatorias para abogados y otros profesionales del Derecho;

17. Entiende que el artículo 45 del Tratado es de aplicación plena a la profesión de notario como tal;

18. Pide a la Comisión que, a la hora de analizar las normas regula-

doras del ejercicio de las profesiones jurídicas en los Estados miembros, tenga muy en cuenta los principios y preocupaciones expresados en la presente Resolución;

19. Alienta a las organizaciones de profesionales a que sigan desarrollando sus actividades en el ámbito de la asistencia jurídica, para garantizar que todos los ciudadanos tengan derecho a recibir asesoramiento y representación jurídicos;

20. Encarga a su Presidente que transmita la presente Resolución a la Comisión.