

REVISTA JURÍDICA DEL NOTARIADO



Número **94**
abril-junio 2015

REVISTA JURÍDICA DEL NOTARIADO

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



CONSEJO GENERAL
DEL NOTARIADO

Suscripción y distribución:

CONSEJO GENERAL DEL NOTARIADO

Paseo del General Martínez Campos, 46, 6.º - 28010 Madrid - España

Tf. 913 087 232 - Fax 913 087 053

revistajuridica@notariado.org

Sumarios de los números publicados: www.notariado.org

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

Todos los derechos reservados. Ni la totalidad ni parte de esta obra, incluido el diseño de la cubierta, puede reproducirse o transmitirse por ningún procedimiento electrónico o mecánico. Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de la misma solo puede ser realizada con la autorización del Consejo General del Notariado, salvo excepción prevista por la ley.

© CONSEJO GENERAL DEL NOTARIADO

ISSN: 1132-0044

Depósito legal: M-8652-2012

Impreso en España - *Printed in Spain*

Maquetación: ZONA IMPRESA, S. L. zona@zonaimpresa.com

Impresión: STAGNO, S. L.

CONSEJO DE REDACCIÓN

PRESIDENTE

D. Antonio Rodríguez Adrados

DIRECTOR EN FUNCIONES Y SECRETARIO

D. Víctor Manuel Garrido de Palma

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

SUMARIO

ESTUDIOS DOCTRINALES

La guarda de hecho en nuestro Código Civil	11
Ángel Sánchez Hernández	
El testamento ológrafo: ventajas e inconvenientes	61
Aurelia María Romero Coloma	
Nunca se han podido inscribir legalmente los documentos privados relativos a buques	75
Rafael Rivas Andrés	
La doble codificación en España y la frustración del proceso de unificación del Derecho privado	107
M. ^a Ángeles Parra Lucán	
La regulación del beneficio de inventario en el Código Civil y el Derecho foral español	149
Juan Alfredo Obarrio Moreno	
La sustitución fideicomisaria como límite del llamamiento pluripersonal sucesivo en los legados	235
Luis Javier Gutiérrez Jerez	

Apunte de la relación jurídica privada	263
Víctor Manuel Garrido de Palma	

Bibliografía ¿Mundial? de Derecho de Familia (2005-2014). Parte I	269
Gabriel García Cantero	

DICTAMINA, QUE ALGO QUEDA

Dictamina, que algo queda	357
Víctor Manuel Garrido de Palma	

RECENSIONES

<i>“Derecho de Montes y propiedad privada”, M. M. Karre- ra Egialde, v., 319 pp., ed. Reus, col. Derecho Agrario y Alimentario, Madrid, 2015</i>	365
José M. ^a de la Cuesta Sáez	

<i>“Accademia dei Giusprivatisti Europei. Codice europeo dei contratti”. Progetto preliminare. Coordinatore Giu- seppe Gandolfi. Libro secondo, 2, “Dei contratti di ser- vizi”. Edizione italiana, Milano, Dott A. Giuffré Editore, 2014, 270 pp.</i>	369
Gabriel García Cantero	

<i>“La Mediación en asuntos mercantiles”, VVAA, Boldó Rodá, C. (dir.), Andreu Martí, M. (Coord.)</i>	375
Alfredo Sánchez Cerezo	

COMENTARIOS A SENTENCIAS Y RESOLUCIONES

La tutela de los acreedores en la escisión parcial. Co- mentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de febrero de 2015 (núm. 8/2015)	391
Miguel Gimeno Ribes	

**Extensión de la cláusula de sometimiento a arbitraje
de las sociedades del grupo participantes en la eje-**

cución del contrato... Comentario a la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, Sección 1.^a, de 19 de noviembre de 2014 (número 12)	425
Luis Hernando Cebriá	
Conflicto de interés y dispensa al apoderado en las sociedades de capital. Comentario a la RDGRN 6078/2015, de 28 de abril	445
Paula del Val Talens	

ESTUDIOS DOCTRINALES



LA GUARDA DE HECHO EN NUESTRO CÓDIGO CIVIL

Ángel Sánchez Hernández

Acreditado como Catedrático de Universidad

Académico Correspondiente de la Real Academia
de Doctores de España

Profesor Titular de Derecho Civil en la Universidad de La Rioja

Resumen: *La guarda de hecho* se introdujo en el Código Civil por la Ley 13/1983, de 24 de octubre, para contemplar el desarrollo de funciones tuitivas realizadas por personas que carecen de nombramiento de tutor o curador. Hubiese sido deseable una regulación más amplia de esta figura. Aún así, resulta notoria la función que cumple la guarda de hecho en nuestra sociedad, especialmente en el ámbito de la ancianidad dado el aumento progresivo de la esperanza de vida. Se trata de una institución de protección privada que actúa como cierre de las demás instituciones de guarda, en la que el guardador de hecho, sin obligación alguna, asume las responsabilidades inherentes a la labor tuitiva, constituyendo un mecanismo de protección idóneo en defensa del interés del guardado, sin perjuicio de las medidas de control y vigilancia de la autoridad judicial. En este contexto, se analizan los supuestos usuales y el concepto de guarda de hecho, sus características, los sujetos que intervienen, la regulación jurídica de la guarda de hecho en el Código Civil: control y vigilancia judicial (art. 303 CC), actos realizados por el guardador y su convalidación (art. 304 CC), la responsabilidad civil del guardador de hecho, el derecho de éste a la indemnización de los daños y perjuicios sufridos (art. 306 CC), así como la extinción de la guarda de hecho.

Palabras clave: La guarda de hecho en el Código Civil español.

SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN: SUPUESTOS DE GUARDA DE HECHO
- II. CONCEPTO DE GUARDA DE HECHO
- III. CARACTERÍSTICAS DE LA GUARDA DE HECHO
- IV. LOS SUJETOS DE LA GUARDA DE HECHO
- V. REGULACIÓN JURÍDICA DE LA GUARDA DE HECHO EN EL CÓDIGO CIVIL
 - V.1.º Control y vigilancia judicial de la guarda de hecho: Art. 303 CC
 - V.2.º Los actos realizados por el guardador: Art. 304 CC
 - V.3.º La responsabilidad civil de guardador de hecho
 - V.4.º El derecho del guardador de hecho a la indemnización de los daños y perjuicios sufridos: Art. 306 CC
 - V.6.º Extinción de la guarda de hecho
- VI. CONCLUSIÓN

I. INTRODUCCIÓN: SUPUESTOS DE GUARDA DE HECHO

La guarda de hecho se introdujo en el Código Civil por la Ley 13/1983, de 24 de octubre, para contemplar el desarrollo de funciones cuasi-tuitivas –el artículo 306 se remite al artículo 228, que alude al ejercicio de la tutela–, que en el caso de la guarda de hecho, se realiza por personas que carecen de nombramiento de tutor o curador. La regulación introducida en nuestro Código Civil de esta institución (actualmente por la redacción dada por la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia) esencialmente fáctica (1), se ha calificado de

(1) Al principio de la década de los años ochenta existían personas en guarda de hecho de manera que, con la reforma de la Ley 13/1983 de 24 de octubre, nuestro Código Civil se reconcilia con la realidad al reconocer esta guarda informal como institución de protección de la persona y bienes. Entre otros, ya PÉREZ MARTÍN, A. J., *Adopción, acogimiento, tutela y otras*

escueta (2), tanto es así que no define la guarda de hecho, ni concreta otros aspectos como el referido al ámbito al que se extiende la figura, a pesar de que ambas cuestiones no son, ni mucho menos, pacíficas en la doctrina (3). Por ello, se ha defendido que hubiese sido deseable una regulación más amplia de esta figura (4), en aras de evitar dudas y posible inseguridad jurídica, teniendo presente sus antecedentes y su presencia e implantación social. Ahora bien, la ausencia de mayor regulación de la guarda de hecho responde a la voluntad del legislador, que tampoco quiere, pues de lo contrario nos lo hubiese indicado, una equiparación total entre la guarda de hecho y las instituciones de guarda legal de nuestro CC (5), más allá del deber de información del guardador a la autoridad judicial –art. 303 CC- y el deber de indemnización– artículo 306 CC-.

La Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria, en su artículo 52 se ocupa del “Requerimiento y medidas de control” de la guarda de hecho. En su primer apartado establece que “*A instancia del Ministerio Fiscal, del sometido a guarda o de cualquiera que ten-*

instituciones de protección de menores, Lex Nova, Valladolid, 1995; SAURA MARTÍNEZ, F., *Incapacidad y tuición*, Tecnos, Madrid, 1986 y SERRANO GARCÍA, I., *Protección patrimonial de las personas con discapacidad. Tratamiento sistemático de la Ley 41/2003*, Iustel, Madrid, 2008, ponen de manifiesto el interés del legislador en tal sentido.

(2) DE SALAS MURILLO, S. *Responsabilidad civil e incapacidad. La responsabilidad civil por daños causados por personas en la que concurre causa de incapacitación*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, pp. 253, califica los preceptos que regulan la guarda de hecho en nuestro Código Civil de lacónicos y ambiguos, lo que a su juicio conduce a una regulación residual y escasa. ÁLVAREZ LATA, N., *Comentario al artículo 303 CC*, en “Comentarios al Código Civil” (Coord. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R) Aranzadi, Navarra, 2001, p. 452 escribe “La parquedad del CC en la regulación de la institución unida a la cada vez mayor implantación social de la misma agudiza el problema de cuál ha de ser el régimen jurídico aplicable a la figura”.

(3) ROGEL VIDE, C., *La guarda de hecho*, Tecnos, Madrid, 1986, pp. 33 y ss. En la Jurisprudencia son escasos los pronunciamientos sobre la figura, en particular citar la STS de 21 de junio de 1991 (RJ 1991, 4570) citada por la STS de 18 de febrero de 1992, RJ 1992, 1318.

(4) Como se propone en un estudio dirigido por DÍEZ-PICAZO, L., *Estudio para la reforma de los preceptos del Código Civil relativos a la tutela*, Fundación General Mediterránea, Madrid, 1977, pp. 28 y 29.

(5) Téngase presente además que existen artículos que regulan la tutela que no resultan compatibles con la guarda de hecho.

ga un interés legítimo, el Juez que tenga conocimiento de la existencia de un guardador de hecho, podrá requerirle para que informe de la situación de la persona y bienes del menor, de la persona con capacidad modificada judicialmente o de la que hubiera de estarlo, y de su actuación en relación con los mismos". En su segundo apartado añade "El Juez podrá establecer las medidas de control y de vigilancia que estime oportunas, sin perjuicio de promover expediente para la constitución de la tutela o curatela. Tales medidas se adoptarán, previa comparecencia, citando a la persona a quien afecte la guarda de hecho, al guardador y al Ministerio Fiscal."

Estamos ante una situación en la que las funciones de guarda y custodia no se realizan por el titular de la patria potestad o tutela, sino que se satisfacen las necesidades del protegido por una tercera persona voluntariamente de forma superpuesta o no a la guarda legal (6).

Resulta notoria la función que cumple la guarda de hecho (7) en nuestra sociedad (8), figura que cobra fuerza además por la desconfianza de muchas personas hacia las formalidades legales, por el

(6) En este sentido AFONSO RODRÍGUEZ, E. *La guarda de hecho: su relación con otros institutos jurídicos de protección de menores*, Actualidad Civil, XVII, núm. 2, 1995, p. 321.

(7) ROGEL VIDE, C., *Comentario al artículo 303 del Código Civil*, en *Comentarios del Código Civil*, Tomo I, Ministerio de Justicia, Madrid, 1993, p. 862, deja claro que "desde el Derecho romano justiniano, cuando menos, la guarda de hecho ha tenido –y tiene, en nuestros días– singularidad y características propias que permiten diferenciarla de la gestión de negocios ajenos". Acto seguido explica las diferencias, pp. 862 y 863. Añade que la "Guarda de hecho, pues, como guarda efectivamente ejercida, asumida de hecho, al margen de las formalidades legales. Lo verdaderamente importante es lo primero, siendo ello lo que determina y justifica la relevancia jurídica de la figura, como es ello lo que justifica la relevancia jurídica, cada vez mayor, de las llamadas instituciones de hecho, sobre todo en el ámbito del Derecho de familia." Y concluye en la p. 864 "Relevancia indudable después de la misma –se refiere a la Ley 13/83–, al destinarse un capítulo entero del Código Civil a tal figura".

(8) Sobre la figura vide a PARRA LUCÁN, M. A., *La guarda de hecho*, Manual de Derecho Civil Aragonés, (Dir. DELGADO ECHEVERRÍA y Coord. PARRA LUCÁN), Zaragoza, 2007. Sobre la función en la sociedad de la Guarda de hecho vide PÉREZ MONGE, M., *Comentario al artículo 303*, en "Código Civil Comentado", Vol. I, (Coord. DE PABLO CONTRERAS, P., VALPUESTA FERNÁNDEZ, R.), Civitas-Thomson Reuters, 2011, pp. 1308 y ss.

desconocimiento y por el temor a los costes de los procedimientos judiciales.

Existe guarda de hecho cuando una persona presta espontáneamente a otra persona desvalida (un menor, un mayor de edad incapacitado o susceptible de serlo), los cuidados necesarios –una protección– sin que haya mediado la correspondiente sentencia o resolución administrativa que le otorgue la condición de guardador legal. Por tanto, estamos ante la guarda de hecho cuando una persona careciendo de potestad legal sobre un menor, un incapaz o una persona susceptible de serlo, ejerce respecto de ellos algunas de las funciones propias de las instituciones tutelares, encargándose de su custodia y protección o de la administración de su patrimonio y gestión de sus intereses (9).

El guardador de hecho es (10) aquella persona que, careciendo de la potestad legal (no ostenta autoridad o poder jurídico al carecer de la patria potestad o de nombramiento como tutor o curador), de forma totalmente voluntaria, cuida de otra –menor, adulto incapacitado o susceptible de serlo– ejerciendo respecto de ella alguna de las funciones propias de las instituciones tutelares.

(9) ROGEL VIDE, C., *Comentario al artículo 303 del Código Civil*, en *Comentarios del Código Civil*, Tomo I, Ministerio de Justicia, Madrid, 1993, p. 861 considera que la guarda de hecho puede darse “tanto respecto de menores o de personas susceptibles de incapacitación, como respecto de personas ya incapacitadas” Sobre el alcance de la expresión guarda de hecho escribe que “El término, la expresión, “guarda de hecho” ha de entenderse, también, en sentido amplio pero en contraposición a los institutos tutelados –tutor, curador y defensor judicial–. Frente a estos –formales– tan sólo está el guardador de hecho –informal–”. Por su parte ÁLVAREZ LATA, N., *Comentario al artículo 303 CC*, en “*Comentarios al Código Civil*” (Coord. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.) Aranzadi, Navarra, 2001, p. 452 entiende que bajo la protección o custodia de una persona que ejerce como si fuera su guardador legal puede hallarse tanto el menor que no está sometido a la patria potestad o tutela y quien pudiera entrar en el supuesto de hecho del artículo 200 pero que no ha sido incapacitado, o habiéndolo sido, no le haya sido nombrado guardador.

(10) ROGEL VIDE, C., *Comentario al artículo 303 del Código Civil*, en *Comentarios del Código Civil*, Tomo I, Ministerio de Justicia, Madrid, 1993, p. 862, entiende por guardador de hecho aquel que “sin título bastante, desempeña cualquiera de las funciones propias de los institutos tutelares”.

En ocasiones el menor de edad, por diversas circunstancias de una vida azarosa, particularmente de los padres, se encuentra de hecho a cargo de una persona mayor de edad, no incapacitada, sea ésta familiar o no, que no ostenta sobre aquél cargo tuitivo (11). También puede ocurrir que el menor esté afectado por un grado de discapacidad desde su nacimiento, estando suficientemente protegido en su minoría de edad mediante la patria potestad. Alcanzada la mayoría de edad, si no se insta la incapacitación, se puede pasar,

(11) Por ejemplo, los abuelos que de facto ejercitan la autoridad, se hacen cargo de los alimentos, protección y formación integral de sus nietos huérfanos; los abuelos de una menor que se ocupan de su custodia desde que nació hasta los 10 años, ya que los padres viven en otra ciudad y se desentienden por completo de sus obligaciones, situación que constituye una guarda de hecho y que por Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 12-2-1996, se priva de la patria potestad a los padres y se constituye la tutela a *favor de los que habían venido siendo los guardadores de hecho: los abuelos* ... Si bien, los abuelos están obligados –art. 229 CC– a promover la constitución de la tutela cuando el nieto menor de edad carezca de progenitores que ejerzan sobre él la patria potestad. Por otra parte, entiendo que no nos encontramos ante una guarda de hecho en el caso del proxeneta que acoge para explotar sexualmente a menores o aquel que los explota utilizándolos para la práctica de la mendicidad, ya que la guarda de hecho es un mecanismo protector de menores, incapaces o presuntos incapaces, que lo necesitan, por parte de una persona que sin nombramiento legal ni deber legal de protección asume su cuidado, en interés del guardado, tanto en el ámbito personal como en el patrimonial, y se otorga al guardado todos los cuidados materiales y morales que necesita, cosa que no sucede en los susodichos supuestos. En esos casos, no existe una guarda de hecho sino situación de claro desamparo del artículo 172.1 del CC, por lo que intervendrá la Administración Pública declarando la situación de desamparo y asumiendo la tutela ope legis, vide sobre los últimos supuestos la opinión de ÁLVAREZ DE TOLEDO QUINTANA, L., *Tutela administrativa y guarda de hecho de menores en situación de desamparo*, Revista del Poder Judicial, núm. 60, Madrid, 2008, p. 263 y ss. Sobre la constitución de la tutela en determinadas circunstancias para regularizar la situación del menor con arreglo a los artículos 228, 229 y 230 del CC vide DE ROMÁN PÉREZ, R., *Instituciones protectoras del menor*, Universidad de Burgos, 1999, pp. 92 y ss.; VALLADARES RASCÓN, E., *La tutela de los menores en relación con el concepto legal de desamparo*, Centenario del Código Civil, Ramón Areces, Madrid, 1990, p. 2045 y ss. y VARGAS CABRERA, B., *Tutela automática, desamparo, guarda y acogimiento*, Comares, Granada, 1994, pp. 32 y ss.

en su caso, a una guarda de hecho en lugar de la patria potestad prorrogada correspondiente.

Por otra parte, los avances de la medicina en los últimos años han propiciado un avance en la esperanza de vida. Salvo en los supuestos más graves, son muchas las personas mayores que sufren enfermedades degenerativas y viven en residencias de ancianos, y por sus circunstancias personales podrían ser susceptibles de ser incapacitadas, si bien se evita tal incapacitación para evitar consecuencias traumáticas tanto para la familia –aunque en ocasiones, no se ocupa de la persona anciana–, como para la propia persona que tiene disminuida su capacidad. Esta situación, puede conllevar para el director de la residencia de ancianos una guarda de hecho, mecanismo de protección adecuado al caso, si se ejerce de manera satisfactoria y beneficia al anciano, de modo que sin llegar a decretar su incapacidad, se le proteja de forma que las posibles deficiencias de autogobierno se suplan eliminando la causa para instar la modificación de su capacidad, y todo ello con la menor intromisión en sus derechos y dignidad como persona (12).

A veces las personas mayores que tienen mermada su capacidad provocada por la edad –discapacidad intelectual leve o en estado incipiente–, pero que no se encuentran ante la falta absoluta de capacidad, necesitan apoyos puntuales con un mecanismo de protección de menor alcance que las instituciones tuitivas tradicionales. Por todo ello, a las personas mayores no siempre se las incapacita,

(12) SANTOS URBANEJA, F., *Causa y motivo de la incapacitación civil. Una reflexión sobre el artículo 200 del Código Civil*, Jornadas sobre protección jurídica en la incapacidad, Fundación Tutelar de La Rioja, Logroño, 2007, pp. 148 y ss., defiende que para la incapacitación los tribunales constaten si la persona demandada tiene o no suficiente autogobierno para atender sus necesidades; en caso de que lo tenga, la demanda será rechazada, en caso de que carezca del mismo o esté disminuido, procederá la incapacitación total o parcial y el nombramiento de un representante que cubra ese déficit de capacidad. Además, considera que la incapacitación debe ser motivada, justificando en que repercute en el bienestar del presunto incapaz y debe responder a una necesidad presente no por si acaso surge en el futuro la necesidad.

pese a tener enfermedades persistentes que mermen su capacidad, por lo que en esas circunstancias susodichas, aunque pudieran esas personas, en su caso, estar en el supuesto previsto en el artículo 200 CC, por diversas razones, no se procede a su incapacitación (13), por ser suficiente con un mecanismo provisional de protección como la guarda de hecho.

También estamos ante la guarda de hecho en los casos de desaparición del tutor o abandono del pupilo por el tutor -el que ha sido nombrado tutor no asume el cargo-, quedando bajo la protección de otra persona que desempeña funciones de guarda. Además, también existe guarda de hecho, en los casos siguientes: supuesto en que el tutor, por incompatibilidad o dejación, no ejerza sus funciones y un tercero sin investidura formal alguna desarrolla el cargo sin título o por delegación arbitraria del nombrado; cuando estuviese ejerciendo el cargo de tutor una persona afectada por causa de inhabilidad legal; el supuesto del tutor irregular –cuando el tutor designado hubiese comenzado a desempeñar sus funciones sin dar cumplimiento a los requisitos legales: inventario o fianza–, o la tutela putativa, por la nulidad del testamento en que se establezca; o

(13) Sobre el particular es interesante por hacerse eco de esta realidad la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de Personas con Discapacidad, ratificada por España el 30-3-2007, BOE de 21-4-2008. Sobre estos aspectos *vide* a GETE-ALONSO Y CALERA, M. C., y Navas Navarro, S. *La situación jurídica de las personas mayores*, en “Los derechos de las personas mayores: perspectivas sociales, jurídicas, políticas y filosóficas, (Coord. BLÁZQUEZ MARTÍN, D.) DYKINSON, Madrid, 2007, p. 54. ALBERRUCHE DÍAZ-FLOREZ, M.^a M., *La curatela como medida de protección idónea en los caos de incapacitación parcial*, Actualidad Civil, nnúm. 2, Sección Estudios de Jurisprudencia, Febrero 2015, Editorial La Ley, La Ley 1212/2015, laleydigital.es del 20/03/2015, p. 4/10, nos recuerda que principal aportación de la Ley 1.º3/1983 fue la sustitución del severo sistema de incapacitación heredado del Código Napoleónico, que preveía idénticos efectos para todo incapacitado, independientemente de su concreto grado de discernimiento, por otro que permitía adaptar la extensión de la incapacidad declarada

cuando el tutor hubiese prolongado indebidamente el ejercicio de su cargo después de que hubiera debido cesar en él; ... (14).

a las circunstancias del destinatario de la medida. Si bien después en la p. 7/10 añade que aun así, “Esta falta de versatilidad de los regímenes de guarda tradicionales aconseja acometer una reforma del sistema español, en orden al establecimiento de *“las medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica”* (art. 12.3 Convención). En este sentido, las propuestas doctrinales oscilan desde la modificación de las instituciones existentes hasta la completa sustitución del sistema de incapacitación, pasando por la incorporación de una figura que se sitúe a medio camino entre el tutor y el curador”.

(14) Frente a la postura amplia que considera guarda de hecho todas aquellas situaciones que no constituyan tutela, curatela o patria potestad, está la postura restrictiva: ésta entiende que al referirse expresamente el artículo 303 a la persona y los bienes del “menor o presunto incapaz”, la guarda de hecho no alcanza a aquellas situaciones donde no se haya incapacitado a la persona ni existió tutela previa, así VENTOSO ESCRIBANO, A., *La reforma de la tutela*, Colex, Madrid, 1985, p. 129 y MORENO QUESADA, B., *El curador, el defensor judicial y el guardador de hecho*, Revista de Derecho Privado, 1985, p. 325. FÁBREGA RUIZ, C. F., *La guarda de hecho y la protección de las personas con discapacidad*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2006; FÁBREGA RUIZ, C. F., *Realidad y nuevos horizontes de la guarda de hecho de las personas con autogobierno limitado*, en “Hacia una visión global de los mecanismos jurídico- privados de protección en materia de discapacidad”, (Coord. De Salas Murillo, S.) Zaragoza, 2010, pp. 293 y ss. FÁBREGA RUIZ, C. F., *Aproximación a la guarda de hecho como cierre del sistema de protección de personas con discapacidad*, en “Instituciones de Guarda de personas incapaces”, Jornadas sobre protección en la incapacidad (Recurso electrónico), Fundación Tutelar de La Rioja, 2007. pp. 195, 197 y 198, escribe que la doctrina se encuentra dividida respecto a qué situaciones de la realidad pueden ser encuadradas en el concepto jurídico de guarda de hecho y contempla dos posturas: la postura amplia, según la cual, toda guarda continuada que no se constituya como tutela, patria potestad o curatela, se engloba bajo la rubrica de guarda de hecho, por no existir una definición legal de la misma y admitir por su carácter fáctico, todas las posibilidades; y por otra parte, la postura restringida que considera que si existe tutor formalmente constituido, el que ejerce una guarda con su aprobación es un mero auxiliar del mismo. Para Fábrega Ruiz esta postura restringida confunde el delegado del tutor con el auxiliar del tutor. “El delegado del tutor es un guardador de hecho, ya que el cargo de tutor es personalísimo y no puede ser delegado”. Sobre la teoría que distingue entre la guarda de hecho y la tutela de hecho –tutelas putativas e irregularmente constituidas– vide a BERCOVITZ-CANO, R., *Comentario al artículo 303*

Ahora bien, no se debe confundir la guarda de hecho con el mero auxiliar de quien ejerce la patria potestad o la tutela, cuando, por causas justificadas el titular de la misma no puede atender directamente al menor por lo que lo deja temporalmente en manos de otras personas que no cuentan con investidura formal alguna, pero cuya actuación controla, aportándole al menor alimentos a través de esas personas y velando en todo momento por él (15), sin desatenderse del menor por mantener la dirección y control de su desarrollo y formación personal. En estos casos, y sin perjuicio de las obligaciones que estas personas auxiliares contraen –contractual o extracontractualmente–, no estamos ante una guarda de hecho, y el menor ni está desamparado ni existe abandono pues a través de persona interpuesta sigue recibiendo el menor la atención necesaria y conveniente (16).

del Código Civil, en “Comentario a las reformas de nacionalidad y tutela”, Tecnos, Madrid, 1987, pp. 793 y ss.; CANO TELLO, C. *La nueva regulación de la tutela e instituciones afines: un ensayo sobre la Ley de 24 de octubre de 1983*, Civitas, Madrid, 1984, p. 142.

(15) Como auxiliares en el ejercicio de las facultades de la patria potestad los califica VARGAS CABRERA, B. *Tutela automática, desamparo, guarda y acogimiento*, Comares, Granada, 1994, pp.33 y ss., entiende que respetando los contenidos de orden público familiar puede admitirse el libre juego de la autonomía de la voluntad en determinados pactos que suponen el cuidado de un menor por un tercero, si bien reuniendo unos requisitos: estar justificada la entrega del menor porque los padres no pueden prestarle la debida asistencia; la temporalidad de la entrega; que los padres no se desentienden en sus deberes de protección cuya titularidad es intransmisible –se trata la patria potestad de un derecho-función, obligatorio de carácter irrenunciable, STS de 11-10- 19991–, conservando la dirección de la formación del menor, manteniendo su competencia en la toma de decisiones básicas sobre el menor y no perdiendo el contacto con él.

(16) Sobre este particular vide a FÁBREGA RUIZ, C. F., *Aproximación a la guarda de hecho como cierre del sistema de protección de personas con discapacidad*, en “Instituciones de Guarda de personas incapaces”, Jornadas sobre protección en la incapacidad (Recurso electrónico), Fundación Tutelar de La Rioja, 2007, p.198. Del mismo autor y con relación a lo tratado *Desamparo de menores y guarda de hecho. Breve nota sobre los efectos de la concurrencia de ambos*, en “Libro Homenaje al Prof. ALBALADEJO GARCÍA, T. I., Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Universidad de Murcia, Murcia, 2004, pp. 1539 y 1548.

Por consiguiente, la figura de la guarda de hecho, tiene en la actualidad suma trascendencia, especialmente en el ámbito de la ancianidad dado el aumento progresivo de la esperanza de vida (17), en particular los ingresados en una residencia, acaeciendo la guarda de hecho del anciano con el pertinente control judicial (18). Ahora bien, podemos pensar en otros supuestos de guarda de hecho, como por ejemplo, aquella pareja de hecho en que uno de los miembros de la misma desarrolla respecto del otro miembro de la pareja –por ser este susceptible de ser incapacitado– las funciones propias de las instituciones tutelares sin que le haya sido legalmente confiada; aquel prior –superior o prelado ordinario del convento– que desarrolla respecto de un monje del monasterio –por ser este susceptible de ser incapacitado– las funciones propias de las instituciones tutelares sin que le haya sido legalmente confiada... (19)

En definitiva, la importancia de la guarda de hecho es innegable ya que se trata de una institución de protección privada que actúa como cierre de las demás instituciones de guarda sin exigir que, en el caso de una persona susceptible de ser incapacitada, el proceso

(17) Así lo ha puesto de manifiesto ZURITA MARTÍN, I., *Protección civil de la ancianidad*, DYKINSON, Madrid, 2004, p. 172.

(18) DÍAZ ALABART, S. *La dignidad de las personas con discapacidad*, Revista de Derecho Privado, año 94, mes 5, 2010, pp. 87 y ss.

(19) No me parece que haya guarda de hecho en el supuesto de acogimiento familiar –a ser posible y conveniente de su familia extensa y de origen– enmarcado en la guarda de menores, ya sea simple (transitorio, pensado par los casos en que previsiblemente la guarda concluirá con la reinserción del menor en su propia familia) o pre-adoptivo, en el que se busca una adopción, y el acogimiento breve se establece entre el menor y los futuros adoptantes. En ambos supuestos Ahora bien, podemos pensar en otros supuestos de acogimiento de hecho, como por ejemplo, aquella pareja de hecho en que uno de los miembros de la misma desarrolla respecto del otro miembro de la pareja –por ser este susceptible de ser incapacitado– las funciones propias de las instituciones tutelares sin que le haya sido legalmente confiada; aquel padre prior de un convento que desarrolla respecto de un monje del monasterio –por ser este susceptible de ser incapacitado– las funciones propias de las instituciones tutelares sin que le haya sido legalmente confiada... existe una resolución administrativa que confía en acogimiento –simple o pre-adoptivo– legalmente a los menores, situaciones en las que es la Administración quien ha asume la tutela y guarda hasta que el menor sea reinsertado en su propia familia o es dado en adopción.

desemboque en una incapacitación judicial, ya que es precisamente antes de que se declare la incapacitación cuando la guarda de hecho alcanza su principal incidencia (20). Estamos, además, ante una figura “digna de encomio” (21), puesto que, ante determinadas situaciones, el guardador de hecho, sin obligación alguna, asume las responsabilidades inherentes a la labor tuitiva, constituyendo un mecanismo de protección idóneo en defensa del interés del guardado, sin perjuicio de las medidas de control y vigilancia de la autoridad judicial.

II. CONCEPTO DE GUARDA DE HECHO

El artículo 303 de nuestro Código Civil establece que *cuando la autoridad judicial tenga conocimiento de la existencia de un guardador de hecho podrá requerirle para que informe de la situación de la persona y de los bienes del menor, o de la persona que pudiera precisar de una institución de protección y apoyo, y de su actuación en relación con los mismos, pudiendo establecer asimismo las medidas de control y vigilancia que considere oportunas.*

Cautelarmente, mientras se mantenga la situación de guarda de hecho y hasta que se constituya la medida de protección adecuada, si procediera, se podrán otorgar judicialmente facultades tutelares a los guardadores. Igualmente, si fuera menor de edad, se podrá constituir un acogimiento temporal, siendo acogedores los guardadores.

Varias son las cuestiones que suscita este precepto y que pasamos a analizar seguidamente.

Como se observa, la guarda de hecho carece de definición en nuestro Código Civil. Ahora bien, cabe definirla como la asunción fáctica de deberes de protección y custodia de un menor, de un incapaz (si en ambos casos, la persona no está en potestad parental o tutelar, o aunque lo esté, si los titulares de estas funciones no las ejercen), o de una persona en quien se da una causa de incapaci-

(20) GETE-ALONSO Y CALERA, M. C., *La protección civil de personas sometidas a manipulación mental*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, pp. 303 a 305.

(21) LASARTE ÁLVAREZ, C., *Principios de Derecho Civil*, Tomo I, Trivium, Madrid, 1994, p. 258.

tación, por otra persona sin título que le habilite –patria potestad, tutela o curatela–, por iniciativa propia y con inexistencia de un deber legal de asumirlos (22). Guarda de hecho, por tanto, es aquella situación en la que una persona asume funciones de protección respecto de un menor, de una persona con capacidad modificada judicialmente o de la que hubiera de estarlo, sin un específico deber establecido por el Ordenamiento Jurídico (23).

(22) ALBÁCAR LÓPEZ, J. y MARTÍN-GRANIZO FERNÁNDEZ, M., *Código Civil. Doctrina y Jurisprudencia*, Tomo I, Trivium, Madrid, 1993, p. 1330, entienden que se trata de todo tipo de guarda continuada que no se constituye bajo las formas de tutela, curatela y patria potestad, admitiendo las diversas posibilidades dado su carácter fáctico. En cuanto a la definición de guarda de hecho, para JIMÉNEZ MUÑOZ, F., *Breves observaciones acerca de la guarda de hecho, en el Derecho común y los derechos catalán y aragonés*, en “Hacia una visión global de los mecanismos jurídico-privados de protección en materia de discapacidad”, (Coord. DE SALAS MURILLO, S.), *El Justicia de Aragón*, Zaragoza, 2010, p. 624, es “aquella situación en que una persona se ocupa voluntariamente y sin formalidades legales de los asuntos de un menor o incapacitado en situación de desamparo o de una persona que por sus circunstancias personales pueda ser sometida a incapacitación”; ROGEL VIDE, C., *Comentario al artículo 303 del Código Civil*, en *Comentarios del Código Civil*, Tomo I, Ministerio de Justicia, Madrid, 1993, p. 863, considera que la guarda de hecho es una situación, una relación jurídica informal todo lo irregular que se quiera, más nunca un hecho jurídico irrelevante, como pueden llegar a pensar quienes se dejan confundir por el “de hecho” aparejado a la guarda que, bien visto, no quiere decir guarda fáctica, como contrapuesta a jurídica, sino, por el contrario, guarda efectivamente ejercida y asumida al margen de las formalidades legales. Brevemente dicho: la guarda de hecho no es un hecho y es de Derecho, en cuanto contemplada y regulada por éste ya que no cabe decir guarda fáctica como contrapuesta a la jurídica, sino guarda efectivamente ejercida, asumida de hecho al margen de las formalidades legales, pero regulada y contemplada por el Derecho. YZQUIERDO TOLSADA, M., *La curatela, el defensor judicial y la guarda de hecho*, en “Estudios sobre incapacitación e instituciones tutelares” (Comentarios a la Ley de 24 de octubre de 1983, de reforma del Código civil, Títulos IX y X del Libro I), ICAI, Madrid, 1984, pp. 152, considera la guarda de hecho como una situación no querida por la Ley a la que conviene atribuir consecuencias jurídicas determinadas debido a su difusión.

(23) La Sentencia del Tribunal Supremo 582/2014, de 27 de octubre de 2014, Rec 2762/2013, entiende que la Guarda de Hecho es *aquella situación en la que una persona asume funciones de protección respecto de un menor de edad o de un incapaz sin un específico deber establecido por el Ordenamiento Jurídico*.

Nos encontramos ante un mecanismo protector de menores, de personas con capacidad modificada judicialmente o de las que hubieran de estarlo, que lo necesitan, utilizado por parte de otra persona que sin nombramiento legal ni deber legal de protección, asume el cuidado del guardado tanto en el ámbito personal como en el patrimonial, situación fáctica que pasa a tener las consecuencias jurídicas que legalmente le asigna el Código Civil (24).

Por tanto, es claro que en la guarda de hecho una persona –que no es tutor, ni curador, ni tampoco defensor judicial– realiza funciones propias de instituciones tutelares, encargándose de la custodia –protección– de un menor, un incapaz o una persona susceptible de ello, y en su caso, de la administración de su patrimonio o de la gestión de sus intereses, y ello a pesar de la ausencia de un deber jurídico de proteger a la susodicha persona necesitada. No en vano, la base de la regulación jurídica de la guarda de hecho se encuentra en beneficiar con la protección al menor, persona con capacidad modificada judicialmente o de la que hubiera de estarlo.

La guarda de hecho la lleva a cabo quien se apodera de funciones tuitivas sin título, o por delegación arbitraria del nombrado, o el tutor irregular –que omite inventario o fianza–, o el tutor putativo –se reputa como tal por nulidad del testamento en que se establece su cargo, existencia de un pariente preferente desconocido,...– En suma, la guarda de hecho supone la existencia de facto de una protección que, por los efectos jurídicos que produce, se transforma en una situación de derecho, y se ejerce en interés del menor, persona con capacidad modificada judicialmente o de la que hubiera de estarlo, redundando en su utilidad, al realizarse por el guardador de hecho –persona que no es tutor, ni curador, ni defensor judicial (25)–

(24) Ponen de manifiesto la transformación de la situación de hecho en una situación de derecho por las consecuencias jurídicas otorgadas por la regulación legal, FÁBREGA RUIZ, C. F. y HEREDIA PUENTE, M., *Protección legal de incapaces*, Colex, Madrid, 1988, p. 85.

(25) Sobre el particular ALBACAR LÓPEZ, J. L., y MARTÍN-GRANIZO FERNÁNDEZ, M., *Código Civil. Doctrina y Jurisprudencia*, Ed. Trivium, 1996, p. 1330. BUSTOS VALDIVIA, I., *El guardador de hecho ante los hechos dañosos producidos por su guardado*, Libro Homenaje al Prof. Bernardo Moreno Quesada, Coord. Herrera Campos, R., Vol. I, Universidades de Almería, Granada y Jaén, Almería, 2000, pp. 275, pone de manifiesto que en la guarda de hecho una persona, sin nombramiento judicial o administrativo, cuida a un menor a un

funciones propias de instituciones tutelares, con carácter de generalidad y transitoriedad.

Por otra parte, no se debe confundir la guarda de hecho con la delegación de función de la patria potestad o de la tutela cuando el titular de la misma, por no estar en disposición de atender a su pupilo, la deja en manos de otra persona, si bien controlando la labor que ésta desarrolla y continuando el titular de la patria potestad o el tutor con su obligación de velar por sujetos a su cargo y cumpliendo con su deber de alimentos (26).

En la guarda de hecho se asume por el guardador un deber de protección, a pesar de que para él no existe tal (27), de modo que toda guarda fáctica de modo continuado aunque no permanente, ya sea en aspectos personales o patrimoniales, que no sea patria potestad, tutela o curatela, es guarda de hecho (28).

incapacitado o a una persona que aún no está incapacitada que no se vale por sí misma.

(26) Interesante esta diferencia ente guarda de hecho y delegación de funciones puesta de manifiesto por FÁBREGA RUIZ, C. F., *Desamparo de menores y guarda de hecho. Breve nota sobre los efectos de la concurrencia de ambos*, en “Libro Homenaje al profesor Manuel Albaladejo García, Tomo I, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España-Universidad de Murcia, Murcia 2004, pp. 1539 a 1548.

(27) Sobre estos aspectos *vide* ÁLVAREZ DE TOLEDO QUINTANA, L., *Tutela administrativa y guarda de hecho en menores en situación de desamparo*, Revista del Poder Judicial, núm. 60, pp. 257 a 290

(28) DE SALAS MURILLO, S., *Responsabilidad civil e incapacidad*, Tirant lo Blanch, 2003, p. 242, QUESADA GONZÁLEZ, M. C., *La tutela y otras instituciones de protección de la persona: un estudio de sentencias, autos y resoluciones*, Atelier, Barcelona, 2004, pp. 255 y 256. ÁLVAREZ LATA, N. y SEOANE RODRÍGUEZ, J. A., *Derecho y retraso mental: Hacia un estatuto jurídico de la persona con retraso mental*. Fundación Paideia, La Coruña, 1999, p. 191.

III. CARACTERÍSTICAS DE LA GUARDA DE HECHO

III.1.º Carácter fáctico

En primer lugar, la guarda de hecho *stricto sensu* tiene un carácter fáctico, en el sentido de voluntaria y no establecida legal o judicialmente. La persona del guardador de hecho carece de la potestad legal propia de las instituciones tutelares, pero no por ello deja de ser una guarda efectivamente ejercida con la finalidad de cuidado y protección de la persona del guardado y con efectos jurídicos (29) para que éste no sea perjudicado, aunque se trate de una guarda al margen de las formalidades legales.

A pesar de la escasa regulación de la guarda de hecho en nuestro Código Civil, éste reconoce efectos jurídicos a lo que ya ha acontecido (30). Además, las posibles insuficiencias de la regulación se explican porque la institución es fundamentalmente fáctica para, ante la necesidad, proteger de inmediato al menor, incapaz o susceptible de serlo, dado que su protección es de un interés prevalente. En todo caso, la ausencia de una regulación más completa es una decisión del legislador, que, por otra parte, sólo admite como aplicable al guardador de hecho lo dispuesto para la guarda legal en lo relativo al deber de información (art. 303 CC) y de indemnización (art. 220 por remisión del art. 306 CC).

Este carácter fáctico, unido a la carencia de regulación sobre su desarrollo, que para algunos provoca cierta inseguridad jurídica, no es óbice para que produzca determinadas consecuencias jurídicas. Ahora bien, el que la guarda de hecho se caracterice por su escasa regulación jurídica, además de su ausencia de forma, no implica, en

(29) CÁRCABA FERNÁNDEZ, M., *Consideraciones sobre la guarda de hecho*, en "Tutela de los Derechos del Menor", Primer Congreso Nacional de Derecho Civil, Córdoba, 1984, p.82, entiende que si la guarda de hecho y la protección de sus efectos se reconoce en nuestro CC es porque es algo más que un hecho, trasciende al mundo fáctico al producir efectos jurídicos.

(30) O'CALLAGHAN, X., *Representación legal del incapaz: tutela, curatela y guarda de hecho*, en "Los derechos con las personas de discapacidad", vol. I (Dir. LAORDEN, J. y Coord. TERREROS, J. L.), Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2007, p. 357 entiende que la regulación de la guarda de hecho es esencialmente a posteriori, prevé su existencia y regula lo que ha sucedido.

todo caso, que se trate de una institución poco deseable, debiendo preferirse siempre cualquiera de las otras instituciones de guarda que establecen una protección legal. Es verdad que la guarda de hecho no es contemplada por nuestro Ordenamiento Jurídico como una institución tutelar, sino como la situación fáctica de protección, pero no hemos de olvidar que en ella el Juez está facultado para controlar su desenvolvimiento. En este aspecto incide el art. 52.2 de la Ley 15/2015 de la Jurisdicción voluntaria al señalar que *“El Juez podrá establecer las medidas de control y de vigilancia que estime oportunas, sin perjuicio de promover expediente para la constitución de la tutela o curatela. Tales medidas se adoptarán, previa comparecencia, citando a la persona a quien afecte la guarda de hecho, al guardador y al Ministerio Fiscal.”*

En este contexto, no deja de ser llamativo que según dispone el artículo 303 del CC, el Juez pueda –y no diga deba– requerir al guardador de hecho para que le informe de la situación de la persona y los bienes del guardado y de su actuación en relación con los mismos. Ocurre lo mismo, cuando el precepto susodicho y el art. 52.2 de la Ley 15/2015 disponen de manera similar que el juez *podrá establecer las medidas de control y vigilancia que considere oportunas*. Todo ello, supone reconocer que la guarda de hecho, aunque desprovista de forma, al ser conocida por la autoridad judicial puede ser controlada y vigilada. A partir de que la autoridad judicial tiene conocimiento de la guarda de hecho, ésta adquiere unas características que la aproximan, en algunos aspectos, a los cargos tutelares en los que también es esencial el control judicial. El propio artículo 303.1, en su párrafo segundo establece que *“Cautelamente, mientras se mantenga la situación de guarda de hecho y hasta que se constituya la medida de protección adecuada, si procediera, se podrán otorgar judicialmente facultades tutelares a los guardadores. Igualmente, si fuera menor de edad, se podrá constituir un acogimiento temporal, siendo acogedores los guardadores.”*

III.2. Carácter provisional

En segundo lugar, la guarda de hecho, una vez conocida por la autoridad judicial, tendrá, generalmente, la nota de provisionalidad-transitoriedad hacia alguna de las figuras tutelares legalmente previstas en un plazo breve de tiempo –hasta que se establezca y entre

en funcionamiento un cargo tutelar– “*Cautelarmente, mientras se mantenga la situación de guarda de hecho y hasta que se constituya la medida de protección adecuada,...*” – art. 303.1. CC–.

El juez habrá de estar al estudio del caso concreto, según aconsejen las necesidades del guardado, pero tanto el artículo 228 del CC, como el artículo 299 bis del mismo texto legal, son claros. Con base en el art. 228, el Juez que tuviere conocimiento de que existe en el territorio de su jurisdicción alguna persona que deba ser sometida a tutela dispondrá, incluso de oficio, la constitución de la tutela. A su vez el art. 299bis dispone, en esta misma línea, que *cuando se tenga conocimiento de que una persona debe ser sometida a tutela y en tanto no recaiga resolución judicial que ponga fin al procedimiento, asumirá su representación el Ministerio Fiscal. En tal caso, cuando además del cuidado de la persona hubiera de procederse al de los bienes, el juez podrá designar un Administrador de los mismos, quien deberá rendirle cuentas de su gestión una vez concluida.* (31)

Ahora bien, la nota de la transitoriedad de la guarda de hecho tiene su incidencia fundamentalmente a posteriori, esto es, una vez que la autoridad tenga conocimiento de la guarda de hecho, entonces es cuando está llamada a extinguirse con base en los artículos 303.1, 228 y 229 del CC –y el artículo 757 de la Ley de Enjuiciamiento Civil–, aún cuando el Juez pueda pedir al guardador de hecho los informes o imponer las medidas de control y vigilancia que tenga por conveniente. Se trata, por una parte de mirar hacia el pasado, se solicitan informes para realizar un control retrospectivo

(31) Hemos de tener presente también lo dispuesto en el artículo 757 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, referido a la legitimación en los procesos de incapacitación y de declaración de prodigalidad. Según este precepto, *la declaración de incapacidad puede proponerla el presunto incapaz, el cónyuge o quien se encuentre en una situación de hecho asimilable, los descendientes, los ascendientes, o los hermanos del presunto incapaz.* Añade en el apartado segundo del susodicho precepto legal que *el Ministerio Fiscal deberá promover la incapacitación si las personas mencionadas en el apartado anterior no existieran o no lo hubieran solicitado.* Después, el apartado tercero del mismo artículo dice que *cualquier persona está facultada para poner en conocimiento del Ministerio Fiscal los hechos que pueden ser determinantes de la incapacitación. Las autoridades y funcionarios públicos que, por razón de sus cargos, conocieran la existencia de posible causa de incapacitación en una persona, deberán ponerlo en conocimiento del Ministerio Fiscal.*

sobre cual ha sido la gestión del guardador de hecho. Por otra parte, de cara a un futuro próximo, se trata de imponer las medidas de vigilancia que el juez estime oportunas, “*sin perjuicio de promover expediente para la constitución de la tutela o curatela*” (art. 52.2 de la Ley 15/2015).

Considero muy discutible, teniendo presente los susodichos preceptos, que el juez pueda mantener indefinidamente la guarda de hecho por mucho que la misma colme las necesidades del guardado (32). Es por ello que “*cautelamente, mientras se mantenga la situación de guarda de hecho y hasta que se constituya la medida de protección adecuada, si procediera, se podrán otorgar judicialmente facultades tutelares a los guardadores*”. Por otra parte, cosa distinta es que, en ocasiones, sea nombrado como tutor quien inicialmente era guardador de hecho por considerarse la persona más idónea para el cargo.

También ha de tenerse presente un matiz distinto desde la perspectiva de lo previsto en el artículo 12 de la Convención de la ONU, sobre los derechos de las personas con discapacidad. Desde tal planteamiento, la guarda de hecho puede devenir como un instrumento de utilidad al considerar la incapacitación un recurso demasiado drástico y quizá poco respetuoso, en ocasiones, con la capacidad natural de la persona que se protege (33). Quizá sea necesario

(32) Defiende la provisionalidad en tránsito hacia una guarda institucionalizada QUESADA GONZÁLEZ, M. C., *La tutela y otras instituciones de protección de la persona: un estudio de sentencias, autos y resoluciones*, Atelier, Barcelona, 2004, pp. 257, no así PRATS ALBENTOSA, L., *Derecho de familia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995, p. 572, considerando que por el art 303 del CC se le atribuye la potestad de actuar o no, estableciendo las medidas de vigilancia y control que considere oportunas.

(33) En esta línea ABERRUCHE DÍAZ-FLORES, M. M., *La curatela como medida de protección idónea en los casos de incapacitación parcial*, Actualidad Civil, núm. 2, 2015, defiende que se debe partir de una presunción de capacidad que, sólo por sentencia judicial y, cuando se den los requisitos del artículo 200 del Código Civil, se podrá destruir incapacitando a la persona. Esa misma sentencia determinará el grado de incapacidad y el régimen de guarda más apropiado a cada caso procurando siempre, en la medida de lo posible, salvaguardar la autonomía de los incapacitados tal y como establece la Convención de Nueva York de 2006.

realizar, en determinados supuestos, otro planteamiento legal de la figura sobre todo pensando en personas que encontrándose en su vejez precisan que cuiden de su persona o de sus bienes debido a la disminución no incapacitante de sus facultades físicas o psíquicas (34).

III.3.º Carácter de necesidad

En tercer lugar, la guarda de hecho está vinculada a la existencia de una persona que lo necesita: un menor o persona que pudiera precisar de una institución de protección y apoyo –una persona incapaz o susceptible de serlo por estar incurso en una causa de incapacitación, aún cuando luego no resulte incapacitada–(35). Ahora bien, hemos de tener en cuenta que *"Procederá la declaración de situación de desamparo de los menores y de las personas con la capacidad modificada judicialmente en situación de guarda de hecho, cuando, además de esta circunstancia, se den los presupuestos objetivos de falta de asistencia contemplados en los artículos 172 y 239 bis. En los demás casos, el guardador de hecho podrá promover la privación o suspensión de la patria potestad, remoción de la tutela o el nombramiento de tutor."* –Art. 303.2 CC–.

Por tanto, estando *los menores y las personas con la capacidad modificada judicialmente en situación de guarda de hecho, sólo procederá la declaración de situación de desamparo de los mismos,*

(34) Vide en esta línea el Preámbulo de la Ley 25/2010, de 29 de julio, del Libro Segundo del Código Civil de Cataluña relativo a la persona y a la familia.

(35) Cfr. Art. 200 del Código Civil.

cuando, además de esta circunstancia, se den los presupuestos objetivos de falta de asistencia contemplados en los artículos 172 y 239 bis. Este planteamiento tiene su lógica, ya que si se exigiese para la guarda de hecho que la situación de desamparo (36) del

(36) No obstante, sobre si la situación de guarda de hecho es incompatible con la situación desamparo, se venían defendiendo tres posiciones. **En primer lugar**, se defendía que desde el momento en que el guardador de hecho protege al desvalido, evitando que caiga en una situación de desamparo o bien el guardador de hecho al encontrarlo desamparado lo rescató de tal situación (GETE-ALONSO y CALERA, M. C., *La protección civil de las personas sometidas a manipulación mental*, Tirant lo Blanch, Valencia 2003, p. 303 y ss., entiende que no es exigible demostrar que la persona sujeta a guarda de hecho esté incurso en una causa de incapacitación con idéntico rigor que como si se pretendiese su incapacitación judicial, bastando en el caso de la guarda de hecho, demostrar una situación de riesgo personal o patrimonial del guardado, situación que tiene una cierta permanencia), estamos ante la guarda de hecho y no existe desamparo (Si el menor está sujeto a guarda de hecho y debidamente protegido, ¿podrá ser declarado en desamparo para ser sometido a la tutela de la Administración? Si sus necesidades están cubiertas por el guardador de hecho no parece posible que se le declare en situación de desamparo y además el art. 303 CC no parece dar pie a ello ante un menor atendido por un guardador de hecho, ya que no parece imponer la constitución inmediatamente de la tutela administrativa o de la tutela ordinaria, dado que la situación de guarda evita el desamparado así *vide* LLEBARRÍA SAMPER, S., *Tutela automática, guarda y acogimiento de menores*, Bosch, Barcelona, 1990, p. 51; SERRANO RUIZ-CALDERÓN, M., *Abandono y desamparo de menores en el Derecho Civil español*, Fundación Universitaria Española, Madrid, 2004, p. 145; UTRERA GUTIÉRREZ, J., *Protección de menores: acogimiento, adopción y tutela*, en “Tratado de Derecho de Familia” (Coord. GONZÁLEZ PÓVEDA, P., y GONZÁLEZ VICENTE, P.), Sepín, Madrid, 2005, p. 306; VIVANCO SÁNCHEZ, M., *Constitución de la tutela automática tras la declaración de desamparo*, Actualidad Civil, núm. 5, 2000, pp. 1757 y ss. Por su parte, SAINZ-CANTERO CAPARRÓS, B., *El modelo común para la intervención con menores en riesgo y desamparo propuesto por el anteproyecto de Ley de protección de la infancia*, Revista de Derecho Civil, vol. I, núm. 4 (octubre-diciembre, 2014), Estudios, pp. 107-153, concretamente en el pp. 114y 115 escribe: “En la legislación estatal y autonómica vigente, hasta ahora, en materia de protección de menores, se pueden encontrar hasta tres situaciones de desprotección que pueden afectar a un menor: desamparo, riesgo y dificultad social. Y lógicamente, la actuación de las administraciones competentes en orden a su protección, se gradúa atendiendo a la gravedad del caso. (cita

menor haya sido declarada judicial o administrativamente, o que se haya producido la declaración judicial de incapacitación de quien

sobre el particular *vid.* SERRANO RUÍZ-CALDERÓN, M., *Los menores en protección*, Grupo Difusión. Madrid, 2007. También: ALLUEVA AZNAR, L., “*Situaciones de riesgo y desamparo en la protección de menores. A propósito de la Ley 14/2010, de 27 de mayo, de los derechos y oportunidades en la infancia y la adolescencia*”, INDret 4/2011 (http://indret.com/pdf/854_es.pdf(consulta:14 octubre 2014). Añade SAINZ-CANTERO “Cualquiera de estas situaciones ha de abordarse partiendo del derecho del menor al mantenimiento en su medio familiar de origen, reconocido por la normativa nacional e internacional y también por los Tribunales; y en la actualidad, tanto en el artículo 172.4 CC como el artículo 11.2 b) LOPJM, vigentes, reconocen este derecho del menor; salvo en los casos en los que “*no sea conveniente para su interés*”. Ello supone que cuando se adoptan medidas de protección que impliquen la separación del menor del seno familiar, dichas medidas irán siempre orientadas a facilitar la reintegración del menor en su familia de origen. Y es así, porque se trata este de un derecho de todo menor, pero también de su familia, que actúa como principio rector que guía cualquier decisión adoptada al respecto por los poderes públicos. Este derecho revela, por otra parte, cómo interactúan sus deberes de protección sobre el menor los distintos sujetos implicados en la misma: la familia, la sociedad, y los poderes públicos. Pero, por esa razón, puede entrar en conflicto con otros derechos, lo que hace necesario estudiar su satisfacción en cada caso, buscando siempre el interés del menor. Consecuentemente con este derecho, las normativas estatal y autonómica han consagrado el principio de subsidiariedad progresiva de la intervención de la Administración, cuyo alcance dependerá del grado de desprotección sufrido por el menor dentro del núcleo familiar. *También la doctrina está de acuerdo en la necesaria subsidiariedad de la intervención administrativa*”). En suma, en estos supuestos, la situación de desamparo que sufrió el menor no fue detectada en su momento por la Administración Pública competente, puesto que de lo contrario se hubiese producido la tutela automática del art. 172 del CC. Por tanto, desde el momento en que la guarda de hecho se ejerce adecuadamente, desde ese momento no se está en situación de desamparo y por lo tanto no se producirá la tutela automática de la Administración competente (Sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya de 3 de enero de 2002, AC 2002, 183.) La tutela de la entidad pública que contempla el artículo 172 CC es incompatible con la guarda de hecho ya que, si existe ésta satisfactoriamente no se encuentra el menor en situación de desamparo. En cambio, de no ejercerse satisfactoriamente las funciones propias de las instituciones tutelares, no existe propiamente la guarda de hecho, es decir, lo que procederá es la tutela del artículo 172 del CC. **En segundo lugar**, defiende el Tribunal Supremo cuando fija como

no puede cuidar de su persona o bienes –o de ambos–, estaríamos eliminando la posibilidad de la figura de guarda de hecho como

doctrina jurisprudencial sobre la declaración de la situación de desamparo de menores que reciben asistencia de un guardador de hecho que: “Cuando un guardador de hecho preste a un menor la necesaria asistencia, supliendo el incumplimiento de los progenitores de los deberes de protección establecidos por las leyes respecto de la guarda de aquel, *ni se excluye ni se impone la situación de desamparo*, debiendo ser las circunstancias concretas de la guarda de hecho, interpretadas al amparo del superior interés del menor, las determinantes a la hora de decidir la situación jurídica respecto de su eficaz protección” (Sala primera, de lo Civil, del Tribunal Supremo, Sentencia 582/2014 de 27 de octubre de 2014, Rec. 2762/2013, en la que el Tribunal fija doctrina jurisprudencial sobre la declaración de la situación de desamparo de los menores que reciben asistencia de un guardador de hecho. El juzgado de primera instancia estimo parcialmente la demanda de oposición a la resolución administrativa que declaró el desamparo de la hija de los demandantes, confirmó la declaración de desamparo pero dejó sin efecto el acogimiento residencial de la misma hija hasta que la Administración competente determinase el régimen de guarda definitivo más beneficioso para la menor. La Audiencia Provincial de Pontevedra revocó la declaración de desamparo de la menor y acordó que quedase sometida a la guarda de hecho de los abuelos paternos. El Tribunal de apelación –AP de Pontevedra– tras interpretar los artículos 239, 222.4 y 303 del CC concluye que: “para que exista la situación legal de desamparo se requieren dos requisitos, uno subjetivo y otro objetivo. El primero, consiste en que se produzcan por parte de quienes ejercen la guarda del menor una actuación de completa dejación de sus deberes de asistencia (moral o material, dice el Código Civil); y el segundo, que se constate en los menores un resultado de abandono, es decir, que se encuentren carentes de asistencia. Por lo tanto, el desamparo es fundamentalmente una situación de hecho, querida o no, en la que se encuentran o pueden encontrarse los menores, caracterizada por la privación de la asistencia o protección moral y material necesarias, lo que dará lugar, de forma automática, a la asunción de la tutela por la entidad pública que tiene encomendada la protección de los menores, con privación de la guarda y custodia de los padres biológicos”. El Tribunal supremo desestima el recurso de casación interpuesto por la Xunta de Galicia, por entender que” la guarda de hecho interpretada bajo el principio del superior interés del menor al que también hemos hecho mención, ha de ponderarse en esta materia las singularidades de cada caso, pues la situación de desamparo es casuística y, de ahí que para legalizar la situación del menor sometido a

cláusula de cierre de las instituciones de protección jurídico privada (37).

guarda de hecho debe acudir a plurales soluciones jurídicas en atención a las circunstancias concurrentes, para que la respuesta sea la más adecuada al interés del menor. Será necesario un análisis objetivo de la situación en cada caso concreto, ya que todos los supuestos de guarda de hecho no merecen la misma interpretación e idéntica intervención administrativa”). **Por último**, está la posición, poco acertada, que entiende que aún cuando el guardado estuviese atendido adecuadamente por un guardador de hecho se puede considerar que, sin embargo, está desprotegido, desamparado (Se considera que aún cuando el menor –abandonado, con padres fallecidos...– estuviese atendido adecuadamente por un guardador de hecho se puede considerar que sin embargo está desprotegido en sus derechos privados así CABALLERO GONZÁLEZ, J., *La tutela de los menores en situación de desamparo*, Revista Jurídica española la Ley, núm. 2, 1988, p. 1056; DE PALMA DEL TESO, A., *La protección pública de los menores desamparados. La tutela de la Administración*, Ministerio de Administración Pública, Madrid, 2000, p. 216, entiende que el menor en guarda de hecho se encuentra en situación precaria pues el guardador no está obligado a brindarle asistencia y protección, por lo que el menor no las tiene garantizadas, por lo que la Administración no puede permanecer ajena a esta situación, y LOZANO BLANCO, J., *Comentario al artículo 303 CC*, en “Comentarios al Código Civil” (Dir. DOMÍNGUEZ LUELMO, A.) Lex Nova, Valladolid, 2010, p. 434 entiende que la guarda de hecho “también es aplicable al menor pero, en la práctica, el régimen de protección administrativa de que gozan éstos y, sobre todo, la tutela automática que por ministerio de la Ley corresponde a las administraciones públicas hace innecesario este último recurso”. Por su parte GONZÁLEZ LEÓN, C., *El abandono de menores en el Código Civil*, Bosch, Barcelona, 1995, pp. 109 y ss., considera que cuando el menor está acogido por terceros incumpliendo los padres los deberes de guarda, ello beneficia a los padres irresponsables con intenciones de abandonar a sus hijos en manos de terceros. Por su parte, MORENO TORRES-SÁNCHEZ, J., *El desamparo de menores*, Aranzadi, Pamplona, Aranzadi, Pamplona, 2005, p. 37, pone de manifiesto el problema de las relaciones del guardador de hecho y los progenitores cuya patria potestad no ha sido suspendida.)

(37) Auto de 15 de junio de 1992 de la Audiencia Provincial de Álava entiende que “en el presente caso no se da el presupuesto fáctico de desamparo habida cuenta de que existe un guardador de hecho que viene ocupándose convenientemente de ésta, por lo que no cabe entender que exista desamparo en sentido legal”. Cfr., SANTOS URBANEJA, F., En <http://fernandosantourbaneja.blogspot.com/>. Para oponerse a la declaración administrativa de desamparo vide los artículos 779 y 780 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

III.4.º Carácter gratuito

La cuarta característica de la guarda de hecho se refiere a su gratuidad. Nuestro Código Civil nada dice sobre la retribución al guardador. Por tanto, la guarda de hecho, no está retribuida (38), ejerciéndose gratuitamente (39). Es más, el artículo 306 CC se remite al artículo 220 del mismo texto legal y no al 274 CC. El artículo 220 reza así: *“La persona que en el ejercicio de una función tutelar sufra daños y perjuicios, sin culpa por su parte, tendrá derecho a la indemnización de éstos con cargo a los bienes del tutelado, de no poder obtener por otro medio su resarcimiento”*.

IV. LOS SUJETOS DE LA GUARDA DE HECHO

Los sujetos intervinientes en la guarda de hecho son el guardador –que asume responsabilidades inherentes a la labor tuitiva sin título que le habilite– y el guardado sobre el que recae la custodia y protección.

(38) Hay quien defiende que el juez podría, tras aprobar la actuación del guardador de hecho, establecer a su favor una retribución atendiendo a los criterios del artículo 274 CC: “siempre que el patrimonio del tutelado lo permita. Corresponde al Juez fijar su importe y el modo de percibirlo, para lo cual tendrá en cuenta el trabajo a realizar y el valor y la rentabilidad de los bienes, procurando en lo posible que la cuantía de la retribución no baje del 4 por 100 ni exceda del 20 por 100 del rendimiento líquido de los bienes”. La razón de la retribución se encuentra en contribuir al buen funcionamiento de la guarda de hecho tras el conocimiento de la autoridad judicial y que de alguna manera, vendría también a compensar la adecuada labor desarrollada. BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, R., *Comentario al artículo 303 del Código Civil*, en “Comentarios a la reforma de la nacionalidad y tutela, (Coord. AMORÓS GUARDIOLA y BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO) Tecnos, Madrid 1986, pp. 795 y ss., ROGEL VIDE, C., *La guarda de hecho*, Tecnos, Madrid, 1986, pp. 145 y ss.

(39) No puede ser retribuida para LETE DEL RÍO, M., *De la guarda de hecho*, en “Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales”, T. XXIV, EDESA, Madrid, 1985, pp. 493 y ss. En cambio, ROGEL VIDE, C., *Comentario al artículo 303 del Código Civil*, en Comentarios del Código Civil, Tomo I, Ministerio de Justicia, Madrid, 1993, p. 862 escribe que “cabe sostener el derecho a una adecuada retribución por la guarda desempeñada, en el caso de que ésta hubiera sido útil al tutelado, a imagen y semejanza de la retribución, prevista para el tutor, en el art. 274 CC.”

1.º *El guardador de hecho es una persona física [o varias (40)], que no necesariamente ha de tener vínculo con el guardado y no ha de estar incapacitada, o bien, una persona jurídica (41), que careciendo de potestad legal (42), y sin obligación alguna (sin que por ley le sea exigible), asume responsabilidades inherentes a la labor tuitiva (43) de un menor o a otra persona incapaz o susceptible de serlo (44). Ahora bien, hemos de recordar, matizando que según establece el art. 303.1, en su párrafo segundo, "cautelamente, mientras se mantenga la situación de guarda de hecho y hasta que se constituya la medida de protección adecuada, si procediera, se podrán otorgar judicialmente facultades tutelares a los guardadores..."* En este supuesto concreto, no cabe afirmar que el guardador de hecho carezca de potestad legal y obligación legal para ejercitar tales facultades tutelares.

2.º El guardado, según el art. 303.1 apartado primero in fine, *es un menor o una persona que pudiera precisar de una institución de protección y apoyo*. El propio precepto, en el párrafo segundo,

(40) Así, por ejemplo, los padres que al no instar la incapacitación de su hijo menor, al llegar éste a la mayoría de edad y continuar aquellos ocupándose del hijo, ejercen ambos como guardadores de hecho.

(41) Pensemos en aquellas que tengan entre sus fines el cuidado de las personas que presenten algún tipo de discapacidad. Pensemos en centros para personas de tercera edad o aquellos dedicados al cuidado de personas con discapacidad física o psíquica que asumen funciones de protección y cuidado. Puede ser que la persona jurídica sea pública, esto es, está incorporada dentro de la Administración Pública, la cual en casos excepcionales y de probada necesidad adoptaran medidas propias del guardador de hecho que resulten precisas con arreglo a la legislación aplicable en cada caso, si bien en quien se materializa tal cualidad de guardador de hecho es el director del centro por ser el responsable del mismo, sin perjuicio de su obligación de comunicar de inmediato los hechos a la autoridad judicial o al Ministerio Fiscal.

(42) Sin título –patria potestad, tutela o curatela– que fundamente legalmente la función ejercida.

(43) Funciones propias de las instituciones tutelares, de custodia y protección o de la administración del patrimonio y gestión de los intereses.

(44) En parecidos términos DÍAZ ALABART, S., *El procedimiento de incapacitación y las instituciones de guarda. La protección jurídica de las personas con discapacidad*. "Estudio de la Ley 41/2003, de Protección Patrimonial de las personas con discapacidad", Ibermutuamur, Madrid, 2004, p. 70.

alude, además de a los menores, a *las personas con capacidad modificada judicialmente*. En definitiva, el guardado es, o un menor (45), o *la persona con capacidad modificada judicialmente o de la que hubiera de estarlo*, [incapaz natural (46), el art. 304 CC alude al “*presunto incapaz*”] que *pudiera precisar de una institución de protección y apoyo*, esto es que está necesitada de protección ante el incumplimiento de las funciones inherentes, según el caso, a la patria potestad o la tutela. El guardado ve así cubierta sus necesidades por el guardador de hecho que, en principio, sin título para ello y sin obligación legal, de facto asume ese deber de protección.

En suma, el guardado es un menor o *la persona con capacidad modificada judicialmente o de la que hubiera de estarlo*, cuando, por cualquier razón, le “*falta el ejercicio adecuado de cualquiera de las funciones propias de la patria potestad o de las funciones tutelares en sentido amplio: a) por no estar determinada la filiación, b) por incumplimiento de los deberes de la patria potestad, por no estar constituida la tutela o incumplimiento de los deberes inherentes a la*

(45) CARRETERO ESPINOSA DE LOS MONTEROS, C., *Los derechos de los niños y las actuaciones administrativas protectoras*, Centro de Estudios Jurídicos, Madrid, 2006, p. 12, es crítica con la guarda de hecho como instrumento de protección del menor, para lo cual pone de manifiesto el vínculo extremadamente débil entre el menor y su guardador de hecho por carecer de cualquier autoridad frente al menor y de cualquier título jurídico que le avale al guardador en el ejercicio de su función en el ámbito educativo, sanitario, en los procedimientos administrativos o jurisdiccionales en nombre del menor. Sin embargo, la autora no tiene presente que la guarda de hecho está inspirada en el principio del interés del menor y que en este contexto el menor puede estar cuidado por persona idónea que le proporciona seguridad y estabilidad familiar, dotándole de verdadera protección.

(46) Persona que podría ser incapacitada porque adolece de enfermedad o deficiencia persistente de carácter físico o psíquico que le impide gobernarse por sí mismo. El presunto incapaz es aquella persona que todavía no ha sido por Sentencia declarada en estado civil de incapacitada aún cuando se ha entablado una acción de incapacitación. Para LOZANO BLANCO, J., *Comentario al artículo 303 CC*, en “Comentarios al Código Civil” (Dir. DOMÍNGUEZ LUELMO, A.), Lex Nova, Valladolid, 2010, p. 435, la guarda de hecho se debe reservar para el incapaz natural “pues la aplicación al incapacitado del instituto de guarda de hecho resulta incompatible con la previsión expresada del artículo 299bis que reserva al Ministerio Fiscal la representación legal del incapacitado que carece de una guarda legal (tutela, curatela o defensor judicial).”

misma o imposibilidad de su cumplimiento, etc. También se incluirán aquellos casos en que un incapaz natural es guardado por una persona que no tiene obligación de cumplir la función.” (47)

V. REGULACIÓN JURÍDICA DE LA GUARDA DE HECHO EN EL CÓDIGO CIVIL

La guarda de hecho se regula en nuestro Código Civil en los artículos 303, 304 y 306, puesto que los artículos 305 y 307 a 313 fueron derogados- por la Ley 13/1983, de 24 de octubre(48). Hay que añadir el artículo 52 de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria, referido al “requerimiento y medidas de control” de la guarda de hecho.

Esta regulación se ha calificado de insuficiente (49), parcial, falta de concreción e incluso equívoca (50). Sin embargo, ello es así,

(47) Cfr. PÉREZ MONGE, M., *Comentario al art. 303*, en Código Civil Comentado, Vol. I, (Coord. Pedro V. DE PABLO CONTRERAS y Rosario VALPUESTA FERNÁNDEZ), Civitas- Thomson Reuters, Pamplona, 2011, pp. 1312 y 1313.

(48) La ley 26/2015, de 28 de junio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, da una nueva redacción al artículo 303 del CC. ROGEL VIDE, C., *Comentario al artículo 303 del Código Civil*, en Comentarios del Código Civil, Tomo I, Ministerio de Justicia, Madrid, 1993, pp.862 y 863, señala algunas importantes diferencias entre la guarda de hecho y la gestión de negocios ajenos sin mandato, dejando claro que se trata de figuras diferentes, cada una con singularidad y características propias que permite su diferenciación.

(49) En cuanto al régimen jurídico aplicable a la guarda de hecho no cabe acudir a aplicar analógicamente las normas de la tutela ya que el propio CC sólo equipara la guarda de hecho con la guarda legal en lo concerniente al deber de información del guardador (art. 303 CC) y al deber de indemnización (art. 306 CC), y por otra parte porque como indica BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., *Comentario a los artículos 303 a 306*, en AMORÓS GUARDIOLA, M. y R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (Coordinadores), *Comentarios a las reformas de nacionalidad y tutela*, Madrid, Tecnos, 1986, p. 793, ni siquiera la ubicación sistemática es argumento, ya que el artículo 215 no enumera la guarda de hecho dentro de las instituciones tutelares; así sin que las normas relativas a la tutela sean de aplicación analógica.

(50) ÁVAREZ LATA, N. y SEOANE RODRÍGUEZ, J. A., *Derecho y retraso mental: Hacia un estatuto jurídico de la persona con retraso mental*. Fundación Pai-deia, La Coruña, 1999, p.192.

en primer lugar por su naturaleza fáctica –prácticamente sin regulación–, lo que no significa que no tenga consecuencias jurídicas desde que se conoce su existencia; y, en segundo lugar, porque nuestro Código Civil plantea la guarda de hecho como una situación provisional –art. 303.1 párrafo segundo, del CC– en la que se prevé una pluralidad de medidas, según cada caso, dirigidas no sólo a vigilar al guardador –art. 303 del CC– sino a promover la tutela o curatela (51), y *“si fuese el guardado menor de edad se podrá constituir un acogimiento temporal, siendo acogedores los guardadores”* –art. 303.1 párrafo segundo in fine, del CC–.

En este sentido, expresamente lo dispone el artículo 52.2 de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria, al establecer que *“El Juez podrá establecer las medidas de control y de vigilancia que estime oportunas, sin perjuicio de promover expediente para la constitución de la tutela o curatela. Tales medidas se adoptarán, previa comparecencia, citando a la persona a quien afecte la guarda de hecho, al guardador y al Ministerio Fiscal.”*

Si existe ausencia de una mayor regulación de la guarda de hecho, no es porque exista una laguna legal, sino porque el legislador quiere configurar así esta figura, sin buscar la equiparación con las otras figuras de guarda legal (52), salvo en lo que se refiere a

(51) Así está obligados a promover la tutela la persona bajo cuya guarda se encuentre el menor o presunto incapacitado, ya que de no hacerlo, será responsable solidario –con los mencionados en el propio artículo 229 CC– de la indemnización de los correspondientes daños y perjuicios ocasionados.

(52) ROGEL VIDE, C., *Comentario al artículo 303 del Código Civil*, en *Comentarios del Código Civil*, Tomo I, Ministerio de Justicia, Madrid, 1993, p. 864, no propugna la plena equiparación del guardador de hecho al tutor formal, al menos en cuanto a deberes y obligaciones se refiere “por entender que la aplicación indiscriminada de las normas relativas a la tutela formal no es posible en algunos casos y, en otros, es discutible respecto de la guarda de hecho –piénsese en temas como las garantías, los requisitos de capacidad, el control, la eficacia de los actos realizados por el guardador de hecho, las prohibiciones, o el juego, en fin, de la responsabilidad–. Mejor me parece el predicar la aplicabilidad del régimen general de la tutela, tanto respecto de deberes como de derechos, salvo cuando el citado régimen resulte, en algún punto, inadecuado, o salvo –lo que es obligado– cuando existan normas singulares específicamente referidas al guardador de hecho, como los actuales artículos 303 y 304 CC.”

ciertos deberes de información e indemnización del guardador. Por otra parte, el resto de los deberes y obligaciones del guardador, que en verdad tiene, no están previstos legalmente y no se equiparan absolutamente a los que señala nuestro Código Civil respecto se la Tutela, puesto que no estamos ante la misma figura.

V.1.º Control y vigilancia judicial de la guarda de hecho:
art. 303 CC

Establece el artículo 303 de nuestro CC que *“sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 228, cuando la autoridad judicial tenga conocimiento de la existencia de un guardador de hecho, podrá requerirle para que informe de la situación de la persona y los bienes del menor, o de la persona que pudiera precisar de una institución de protección y apoyo, y de su actuación en relación con los mismos, pudiendo establecer asimismo las medidas de control y vigilancia que considere oportunas.”*

En primer lugar, se alude a que “sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 228” del CC (53), para dejar a salvo las actuaciones del Ministerio Fiscal y del Juez que tuvieran conocimiento de que existe en el territorio de su jurisdicción alguna persona que deba ser sometida a tutela, actuaciones tendentes a la constitución de la misma (artículo 228 CC) (54).

Se alude a que Juez “tenga conocimiento de la existencia de un guardador de hecho”. Aquí nos encontramos con una posible dificultad para que la autoridad judicial conozca la situación de guarda de hecho, que no debería de ser tal, a la luz de los artículos 229 del Código Civil y 757.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (55).

(53) El artículo 203 quedó sin contenido tras su derogación por la Ley 1/2000, 7 de enero. Véase en su lugar el artículo 757 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

(54) En este sentido LETE DEL RÍO, J. M., *Comentario a los artículos 199-332 del Código Civil*, en “Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales (Dir. Manuel ALBALADEJO), IV, Edersa, 2.ª Edc., Madrid, 1985, p. 488

(55) Existen en España Derechos Civiles forales o especiales en los que se prevé expresamente la obligación del guardador de hecho de comunicar al Juez o al Ministerio Fiscal la situación de guarda de hecho, vide en Aragón el art. 143 de la Ley 13/2006, de 27 de diciembre, de Derecho de la Persona; y en Cataluña el artículo 225.2 de la Ley 25/2010, de 29 de julio,

Una vez que el *Juez tenga conocimiento de la existencia de un guardador de hecho, a instancia del Ministerio Fiscal, del sometido a guarda o de cualquiera que tenga un interés legítimo, podrá requerirle para que informe de la situación de la persona y bienes del menor, de la persona con capacidad modificada judicialmente o de la que hubiera de estarlo, y de su actuación en relación con los mismos* –art. 52.1 de la Ley 15/2015–. También el art. 303 CC dispone que el juez podrá, aunque más bien en aras del interés del guardado, en su garantía, el Juez deberá –en virtud de lo dispuesto el artículo 228 CC– solicitar al guardador de hecho, información, que éste está obligado a facilitar, y que alcanza al ámbito en que se desarrolló la guarda, y se extiende por tanto a la persona del guardado así como, en su caso, a los bienes, con un inventario de los mismos y también rindiendo las cuentas de la actividad llevada a cabo por el guardador de hecho.

Después de recibir y conocer el informe del guardador de hecho, el Juez establecerá las medidas de control y vigilancia oportunas, aunque si lo requiere el interés del guardado, el Juez podrá establecer las medidas oportunas sin esperar al previo informe del guardador de hecho (56).

Como regla general, sobre la base del informe del guardador, el Juez, además de determinar si la guarda de hecho es beneficiosa para el guardado, decidirá, en su caso, la adopción de las medidas de control y vigilancia oportunas que considere más útiles en defensa y beneficio de los intereses y protección del menor o presunto incapaz (57), “... *sin perjuicio de promover expediente para la constitución de la tutela o curatela,... previa comparecencia, citando a la persona a quien afecte la guarda de hecho, al guardador y al Ministerio Fiscal.*”– Art. 52.2 de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la

del libro segundo del Código Civil de Cataluña, relativo a la persona y a la familia.

(56) En este sentido ROGEL VIDE, C., *Comentario al artículo 303 del Código Civil*, en *Comentarios del Código Civil*, Tomo I, Ministerio de Justicia, Madrid, 1993, p. 865.

(57) Medidas que pueden ser variadas y que van desde el internamiento de la persona por razón de sus circunstancias físicas o psíquicas, realizar un tratamiento médico, tomar medidas en relación con sus hijos menores si los tuviere, medidas puramente patrimoniales (nombramiento de administrador para el patrimonio de la persona susceptible de incapacitación).

Jurisdicción Voluntaria.— *Cautelarmente, mientras se mantenga la situación de guarda de hecho y hasta que se constituya la medida de protección adecuada, si procediera, se podrán otorgar judicialmente facultades tutelares a los guardadores. Igualmente, si fuera menor de edad, se podrá constituir un acogimiento temporal, siendo acogedores los guardadores* –art. 303. 1. párrafo segundo del CC–.

Por tanto, el artículo 303 CC otorga amplias facultades a la autoridad judicial aún en el caso de que el guardado se trate de una persona susceptible de ser incapacitado, con carácter previo a la incapacitación y con independencia del resultado de ese proceso—para que pueda imponer medidas de vigilancia y control respecto del guardador de hecho. Por tanto, el artículo 303 CC, reconoce la guarda de hecho y le concede a la autoridad judicial la posibilidad de requerir información al guardador de hecho, la adopción de medidas entre las que se encuentran las de los artículos 757.2 y 3, 762 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, 158 y 299bis del CC, mediante las que se podrá acordar por la autoridad judicial, a través del Ministerio Fiscal, la constitución de la tutela —previa declaración, en su caso, de incapacitación de la persona—, cesando la guarda de hecho. (58)

Las medidas de control y vigilancia, deben orientarse a que desaparezca la guarda de hecho, más bien antes que después —aún cuando, no sea de inmediato, ya que según el art. 303.1. párrafo segundo “*Cautelarmente, mientras se mantenga la situación de guarda de hecho y hasta que se constituya la medida de protección adecuada, si procediera,...*”—, buscando otro mecanismo de protección del guardado (59). El juez, atendiendo al beneficio del guardado, pondrá en marcha el mecanismo de constitución de la tutela o curatela, sin perjuicio de establecer los adecuados mecanismos de control sobre el guardador de hecho mientras se mantenga la situación de guarda de hecho.

(58) ÁLVAREZ LATA, N., *Comentario al artículo 303 CC*, en “Comentarios al Código Civil” (Coord. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R), Aranzadi, Navarra, 2001, p. 453, señalando que ello no obsta para que las medidas judiciales partan de respetar la situación de hecho, y el juez nombre defensor del menor o incapaz o administrador de sus bienes al guardador.

(59) Entienden que las medidas han de dirigirse a la desaparición de la guarda de hecho, poniendo en marcha el procedimiento del artículo 299 CC, ALBÁCAR LÓPEZ, J. y MARTÍN GRANIZO FERNÁNDEZ, M., *Código Civil. Doctrina y Jurisprudencia*, Tomo I, Trivium, Madrid, 1993, p. 1331.

Si el guardado está protegido y satisfechos sus intereses a través de la guarda de hecho, el juez podrá no poner fin inmediatamente a la misma (60).— *Cautelarmente, mientras se mantenga la situación de guarda de hecho y hasta que se constituya la medida de protección adecuada, si procediera, se podrán otorgar judicialmente facultades tutelares a los guardadores. Art. 303.1 CC.*—, como alternativa a la designación inmediata de defensor judicial, esto es, según el Juez aplique de inmediato el artículo 299bis, o no. Ello dependerá de que la guarda de hecho sea o no, por el momento, a juicio del Juez, el mejor modo de proteger a la persona del guardado (61), si bien, atendiendo al beneficio del guardado, no debe posponer, más allá de lo necesario, el mecanismo de constitución de la tutela (62) –tal

(60) Cabe defender que se pueda mantener la guarda de hecho, siempre que resulte beneficiosa para el guardado, en base a lo dispuesto en el art. 38 de la Ley de 8 de junio de 1957 sobre el Registro Civil (al establecer que "A petición del Ministerio Fiscal o de cualquier interesado, se anotará, con valor simplemente informativo y con expresión de sus circunstancias:... 6.º La existencia de un guardador de hecho y de las medidas judiciales de control y vigilancia adoptadas respecto del menor o presunto incapaz.") tras su reforma por el artículo 1.2 de la Ley 1/2009, de 25 de mayo, de reforma de la Ley de 8 de junio de 1957, sobre Registro Civil, en materia de incapacitaciones, cargos tutelares y administradores de patrimonios protegidos, y de la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, sobre protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la normativa tributaria con esta finalidad. En cuanto a iniciar el procedimiento de modificación de la capacidad de obrar en el caso de que la persona sujeta a guarda de hecho fuese susceptible de ser incapacitada, vide los artículo 757 y artículo 762 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. En relación con la actuación del Ministerio Fiscal pidiendo la incapacitación que no debe ser automática sino después de valorar los hechos denunciados e instruyendo diligencias informativas *vide* a APARICIO AUÑÓN, E., *Comentarios a los artículos 757 a 768*, en "Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil", (Dir. Antonio LORCA NAVARRETE y Coord. Vicente GUILARTE GUTIÉRREZ), Lex Nova, Valladolid, 2000, pp. 3986 y ss.

(61) *Vide* en este sentido la Sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz de 22 de diciembre de 2004, JUR 2006, 33273.

(62) PÉREZ MONGE, M. *Comentario al artículo 303*, en "Código Civil Comentado", vol. I, (Coord. DE PABLO CONTRERAS, P., VALPUESTA FERNÁNDEZ, R.), Civitas-Thomson Reuters, 2011, pp.1315, entiende que una vez conocida la existencia de la guarda de hecho, el Juez iniciará el trámite de incapacitación si procede, constituirá la tutela nombrando hasta la designación de tutor un administrador que cuide de los bienes y asumirá la representación

como se desprende del artículo 52.2 de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria—, con lo cual, llegado ese momento, cesará la guarda de hecho y las medidas adoptadas en virtud de lo dispuesto en el artículo 303 CC (63).

Por tanto, las medidas –vg. obligación de rendir cuentas, informar periódicamente de la situación en que se encuentra el guardado, terapia,...– pueden ser provisionales, por su duración transitoria, hasta que se constituya la tutela (si es que no existía tutela, o se remueve ésta por existir un ejercicio inadecuado de la misma según el artículo 239 CC; en este sentido, el art. 303. 2 párrafo segundo establece que “... *el guardador de hecho podrá promover la privación o suspensión de la patria potestad, remoción de la tutela o nombramiento de tutor*”), en cuyo caso, el juez puede, si así lo estima conveniente, nombrar tutor al guardador de hecho dadas las especiales y correctas relaciones con el guardado (64).

Por otra parte, el juez puede considerar que, en interés del guardado, no debe continuar la guarda de hecho hasta que se constituya la tutela, sino que en base a lo dispuesto en el artículo 299 bis, en tanto no recaiga la resolución judicial de la tutela, asuma la representación y defensa el Ministerio Fiscal. En este caso, si además del cuidado de la persona, hubiera de procederse al cuidado de los bienes, el Juez podrá designar un administrador de los mismos –que puede ser, en su caso, el propio guardador–, quien deberá rendir cuentas de su gestión una vez concluida.

V.2.º Los actos realizados por el guardador: art. 304 CC

El artículo 304 del Código Civil, al establecer que “*los actos realizados por el guardador de hecho en interés del menor o presunto*

y defensa el Ministerio Fiscal, según el artículo 299 bis.

(63) SANCHO REBULLIDA, F. de A., *Tutela e instituciones afines*, en “El nuevo régimen de familia” (Lacruz Berdejo y otros), III, Barcelona, 1984, pp. 162 y 163, entiende que el nuevo régimen legal, en su conjunto, apenas deja espacio para la adopción judicial de medidas de control y vigilancia de la sucesiva actuación del guardador de hecho.

(64) Así puede ocurrir que se nombre tutor al que hasta entonces era mero guardador de hecho porque en su función proporcionó al guardado la necesaria asistencia moral o material, Sentencia de la Audiencia Provincial de León de 29 de noviembre de 1995, AC 1995, 2229.

incapaz no podrán ser impugnados si redundan en su utilidad”, da validez, convalida, justifica la eficacia de los actos (relativos a la persona o a los bienes), sean meramente conservativos o no (65), que el guardador de hecho ha realizado en interés del menor o presunto incapaz.

Por tanto, el artículo 304 CC establece como regla general –a posteriori, ya que en ella no se establece ningún mecanismo de representación a priori (66)– que los actos realizados por el guardador de hecho en interés del guardado son válidos si redundan en utilidad de éste de forma global e inmediata (67). Se establece pues un mecanismo de convalidación para dotar de validez a los actos del guardador de hecho si es que se comprueba que le reportan utilidad al guardado –le son beneficiosos– (68). A sensu contrario, los actos que no reporten utilidad para el guardado, podrán ser impugnados por ser anulables.

Los actos, más o menos cotidianos, que no se podrán impugnar –ni por el guardado ni por quien lo represente posteriormente– son los realizados en utilidad o beneficio del guardado. El precepto establece la convalidación de los actos realizados por el guardador de hecho porque se realizan en interés, en beneficio del guardado (69),

(65) BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., *Comentarios a los artículos 303-306 del Código Civil*, en “Comentarios a las reformas de Nacionalidad y Tutela, Madrid, 1986, p. 793 y ss., entiende que los actos realizados por el guardador pueden ser tanto de administración, ordinaria o extraordinaria, como si son de disposición.

(66) En este sentido ÁLVAREZ LATA, N., *Comentario al artículo 303 CC*, en “Comentarios al Código Civil” (Coord. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.) Aranzadi, Navarra, 2001, pp.453 y 454, “Lo que se establece en el artículo 304 es, de este modo, una regla “a posteriori” para dotar de validez a los actos realizados por el guardador... pero ello no implica que sirva “a priori”, esta regla, como un mecanismo de representación o sustitución de la actuación del menor o incapaz, o sea, de traspaso de la legitimación activa al guardador de hecho”.

(67) BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., *Comentarios a los artículos 303-306 del Código Civil*, en “Comentarios a las reformas de Nacionalidad y Tutela, Madrid, 1986, p. 791, considera además que no puede reducirse la valoración objetiva a mera valoración económica sino que habrá de tenerse en cuenta el bienestar del menor o incapaz.

(68) Cfr. Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de febrero de 1994, RJ 1994, 834.

(69) *Vide* la Sentencias del Tribunal Supremo de 8 de febrero de 1994,

ya sean actos relativos a aspectos personales como a patrimoniales: solicitar asistencia médica, adquisición de productos, contratos de prestación de servicios, etc...

Ahora bien, ¿qué ha de entenderse por interés del guardado? El guardador de hecho ha realizado actos en interés del guardado cuando ha actuado con buena fe y con la debida diligencia en beneficio del guardado (70).

¿Cómo comprobar si los actos realizados por el guardador de hecho han redundado en interés del menor, del incapaz o de la persona que es susceptible de serlo? La valoración de la utilidad de los actos realizados por el guardador de hecho ha de llevarse a cabo teniendo presente los siguientes criterios (71). En primer lugar, la valoración de la utilidad no se mide únicamente en términos económicos. El acto redunda en utilidad del guardado, teniendo en cuenta las circunstancias de cada caso concreto, otorgando preferencia a los aspectos personales sobre los económicos puesto que debe darse mayor importancia al bienestar personal del guardado (72). No se trata, en todo caso, de generar beneficio económico para el guardado. La utilidad busca, ante todo, el bienestar personal del guardado (73), sin perder de vista las propias circunstancias del caso concreto.

RJ 1994, 834; de 6 de mayo de 1999, RJ 1999, 2624 y de 7 de marzo de 2002, RJ 2002, 4151.

(70) Pensemos por ejemplo en el caso de una persona susceptible de ser incapacitada por su enfermedad de Alzheimer que es ingresada en una residencia por su hermano. Al celebrar éste el contrato con la residencia, actúa como guardador de hecho, actúa en interés de la persona ingresada. El contrato es válido y por ende, al estar realizado en beneficio de la persona guardada que utiliza los servicios de la residencia, se reconoce una obligación de pago.

(71) Siguiendo a ROGEL VIDE, C., *Comentario al artículo 304 del Código Civil*, en *Comentarios del Código Civil*, Tomo I, Ministerio de Justicia, Madrid, 1993, pp. 867 y 868.

(72) CANO TELLO, C. A., *La nueva regulación de la tutela e instituciones afines: un ensayo sobre la Ley de 24 de octubre de 1983*, Madrid, Cívitas, 1984, p. 147.

(73) LEÑA FERNÁNDEZ, R., *El tráfico jurídico negocial y el discapacitado*, en "La protección jurídica de discapacitados, incapaces y personas en situaciones especiales", (Coord. R. Martínez), Cívitas-Consejo General del Notariado, Madrid, 2000, p. 216.

En segundo lugar, la valoración de tales actos, aún cuando se tengan presentes las circunstancias de cada caso concreto, ha de ser objetiva (74).

En tercer lugar, la valoración de la utilidad que produzca el acto o actos del guardador de hecho no ha de ser fraccionada, es decir, debe ser una valoración global apreciando en su totalidad la utilidad del acto realizado: las consecuencias globalmente consideradas han de ser beneficiosas para el guardado. No cabe una valoración parcial del acto de cara a pretender anular parcialmente solo las consecuencias perjudiciales –y no las útiles– para el guardado del acto o actos realizados por el guardador de hecho (75).

Por último, ha de atenderse al beneficio inmediato del acto para el guardado, pero teniendo presente la previsibilidad de las consecuencias del susodicho acto. No debe admitirse la impugnación de los actos que, si bien inicialmente pudieran –previsiblemente– resultar perjudiciales para el guardado, pero que por circunstancias sobrevenidas o imprevisibles, terminan siendo actos con utilidad para el guardado (76).

Los actos realizados por el guardador de hecho en interés y utilidad del guardado no podrán ser anulados (77), esto es, se convalidan, se les dota de validez, por redundar efectivamente en objetiva utilidad del guardado, es decir, porque le afectan positivamente a sus intereses.

Son plenamente eficaces los actos realizados por el guardador de hecho que hubiesen redundado en beneficio del guardado, si bien, tal utilidad podrá ser objeto de prueba en el proceso judicial. Por tanto, no es que como dice textualmente el artículo 304 CC “no podrán ser impugnados” los actos realizados por el guardador de

(74) LETE DEL RÍO, J. M., *Comentario a los artículos 199-332 del Código Civil*, en “Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales (Dir. Manuel ALBALADEJO), IV, Edersa, 2.ª Edc., Madrid, 1985, p. 491.

(75) SANCHO REBULLIDA, F. de A., *Tutela e instituciones afines*, en “El nuevo régimen de familia” (Lacruz Berdejo y otros), III, Barcelona, 1984, p. 164

(76) ROGEL VIDE, C., *Comentario al artículo 304 del Código Civil*, en *Comentarios del Código Civil*, Tomo I, Ministerio de Justicia, Madrid, 1993, p. 868.

(77) ROGEL VIDE, C., *La guarda de hecho*, Tecnos, Madrid, 1986, pp. 108 y ss.

hecho en utilidad del guardado, ya que es precisamente a través de dicha impugnación judicial, a propósito del interés para el guardado de los actos realizados por el guardador de hecho, como se alcanzará el pronunciamiento judicial acerca de la utilidad de los susodichos actos en interés del sometido a guarda (78). En definitiva la expresión “no podrán ser impugnados” nos está indicando que el precepto no impide atacar los actos realizados por el guardador de hecho, sino lo que hemos de entender con tal expresión es que se impide que sean invalidados los actos si es que, en el correspondiente proceso judicial en el que se cuestionan los actos, resulta probada la utilidad de los mismos para el guardado (79).

Por otra parte, el artículo 304 CC comprende tanto los actos del guardador de hecho que se refieran a aspectos personales, como a los de carácter patrimonial (80) (actos conservativos, de administración e incluso excepcionalmente de disposición) (81), aplicando el principio de que donde la ley no distingue no se debe distinguir (82).

(78) LETE DEL RÍO, J. M., *Comentario a los artículos 199-332 del Código Civil*, en “Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales (Dir. Manuel ALBALADEJO), IV, Edersa, 2.^a Edc., Madrid, 1985, pp. 491 y 492. Si bien, tal prueba de la utilidad, debe producirse en el proceso, a cargo de quien sostenga la validez del acto impugnado a juicio de Díez-PICAZO, L. y GULLÓN BALLESTEROS, A., *Sistemas de Derecho Civil I*, 7.^a Edc., Madrid, 1989, p. 285.

(79) ASÍ LOZANO BLANCO, J., *Comentario al artículo 303 CC*, en “Comentarios al Código Civil” (Dir. DOMÍNGUEZ LUELMO, A.), Lex Nova, Valladolid, 2010, p. 435, señala que el artículo 304 CC se puede completar con lo dispuesto con el artículo 1304 CC.

(80) MORENO QUESADA, B., *El curador, el defensor judicial y el guardador de hecho*, Revista de Derecho Privado, 1985, p. 328, entiende que los actos a los que se refiere el artículo 304 CC, aunque no los contempla expresamente, se deducen del artículo 303 CC que alude a la persona y bienes del menor o incapacitado.

(81) ZURITA MARTÍN, I., *Protección civil de la ancianidad*, Dykinson, Madrid, 2004, p. 175.

(82) MORENO QUESADA, B., *El curador, el defensor judicial y el guardador de hecho*, Revista de Derecho Privado, 1985, p. 328, en relación con los actos contemplados en el artículo 304 CC refiriéndose a los bienes del menor o del presunto incapaz se pregunta si se refiere el precepto solo a estos bienes, escribe “Piénsese en una actuación del guardador encaminada a la adquisición de un bien o derecho para el protegido, que, realizada en su interés y redundando en su utilidad estimo debe ser... inimpugnable no

Los actos referidos a la esfera personal del guardado, que llegado el caso, por ser susceptibles de impugnación, pudieran ser anulados, son muy frecuentes por ser necesarios para velar por el guardado. Son los relativos al deber de alimentos de éste, aquellos actos de carácter personal con mucha importancia como velar por el guardado, procurarle alimentos, educarlo.... Piénsese, por ejemplo, en los actos de tipo sanitario –tratamientos médicos con consentimiento informado del paciente–. Si el guardado es un paciente que carece de representación legal y, a criterio del médico responsable de la asistencia, no es capaz de tomar decisiones, o su estado físico o psíquico no le permita hacerse cargo de su situación, el guardador de hecho puede consentir para que los facultativos lleven a cabo las intervenciones clínicas indispensables a favor de su salud, sin necesidad del consentimiento del guardado, y sin que precise autorización judicial. (83)

Por otra parte, para proteger los intereses económicos del guardado, están los actos patrimoniales –de conservación, administración e incluso excepcionalmente de disposición de bienes del guar-

obstante ser sólo en un sentido muy amplio *bienes del menor o presunto incapaz*.”

(83) Artículo 9.2. b) de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, establece que: “Los facultativos podrán llevar a cabo las intervenciones clínicas indispensables a favor de la salud del paciente, sin necesidad de contar con su consentimiento,... b) Cuando existe riesgo inmediato grave para la integridad física o psíquica del enfermo y no es posible conseguir su autorización, consultando, cuando las circunstancias lo permitan, a sus familiares o a las personas vinculadas de hecho a él”. El mismo artículo, en su apartado tercero añade que: “Se otorgará el consentimiento por representación en los siguientes supuestos: a) Cuando el paciente no sea capaz de tomar decisiones, a criterio del médico responsable de la asistencia, o su estado físico o psíquico no le permita hacerse cargo de su situación. Si el paciente carece de representante legal, el consentimiento lo prestarán las personas vinculadas a él por razones familiares o de hecho.”

dado (84)–, que redunden en su beneficio (85). El guardador de hecho puede realizar actos urgentes y perentorios en defensa del guardado –vg. interrumpir la prescripción de una acción–, actos de no excesiva cuantía, actos cotidianos –como la adquisición de productos de consumo–, realizar contratos de prestación de servicios. Sin embargo, hay actos que, para una parte de la doctrina, son más dudosos: vg. disponer de la cuenta corriente cuya titularidad corresponde al guardado, interponer una demanda, solicitar un préstamo, vender un bien del guardado o renunciar a una herencia (86)... Ta-

(84) Así, el padre guardador de hecho que actúa en nombre del hijo mayor de edad, que puede ser incapacitado, en procedimiento matrimonial a efectos de reclamación de pensión alimenticia, vide la Sentencia de la Audiencia Provincial de Álava, secc. 1.^a, de 30 de septiembre de 1998, *obiter dicta*, considera que el artículo 304 CC como una excepción a la disposición general del art. 1.259 CC que establece la nulidad de los contratos realizados por quien no tiene representación, voluntaria o legal, de otro. A favor, LEÑA FERNÁNDEZ, R., *El tráfico jurídico negocial y el discapacitado*, en “La protección jurídica de discapacitados, incapaces y personas en situaciones especiales”, (Coord. R. MARTÍNEZ), Cívitas-Consejo General del Notariado, Madrid, 2000, p. 215. PÉREZ MONGE, M. *Comentario al artículo 303*, en “Código Civil Comentado”, vol. I, (Coord. DE PABLO CONTRERAS, P., VALPUESTA FERNÁNDEZ, R.), Civitas-Thomson Reuters, 2011, pp. 1318, alude a una serie de actos realizados por el guardador de hecho y recogidos en diversas sentencias: legitimación para impugnar ante el Tribunal Constitucional las decisiones de los poderes públicos que pudieren ser lesivas para los derechos fundamentales del guardado; para rescatar un plan de pensiones, para actuar en el procedimiento judicial en el que es demandada la persona bajo su guarda. En contra ÁLVAREZ LATA, N. y SEOANE RODRÍGUEZ, J. A., *Derecho y retraso mental: Hacia un estatuto jurídico de la persona con retraso mental*. Fundación Paideia, La Coruña, 1999, p. 194, por entender que el guardador carece de facultades para autorizar actos de carácter patrimonial. SANCHO GARGALLO, I., *Incapacitación y tutela. Conforme a la Ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, p. 299 y ss., entiende que el guardador en la esfera patrimonial administrará los bienes y rendimientos económicos de quien es susceptible de ser incapacitado “pero en ningún caso tendrá facultades de disposición”.

(85) Téngase presente en este sentido que ni siquiera un tutor puede realizar determinadas acciones por sí mismo por precisar autorización judicial

(86) El juzgado de 1.^a Instancia núm. 8 de Córdoba dictó en el procedimiento con fecha de 28 de mayo de 2002 un Auto con los siguientes razonamientos jurídicos: “El artículo 304 del Código Civil dispone que los actos realizados por el guardador de hecho del menor o presunto incapaz

les actos, u otros que puedan suponer enajenar, disponer o gravar bienes del guardado, excepcionalmente y por razones de urgencia y necesidad puede, en utilidad del guardado, llevarlos a cabo el guardador de hecho y si no los realizare, no será tanto porque lo impida el artículo 304 del CC –precepto que convalida los actos del guardador cuando redundan en utilidad del guardado (87)–, sino por la dificultad de acreditación de la situación de guarda de hecho (88)

no podrán ser impugnados si redundan en su utilidad. En el caso de autos, y tal como expone el Ministerio Fiscal en su informe, la repudiación de la herencia realizada por la madre del presunto incapaz D. X (a quien se le ha diagnosticado una esquizofrenia paranoide, por lo que, extinguida la patria potestad persiste la guarda de hecho de la misma por al misma enfermedad) debe ser aceptada toda vez que se es beneficiosa a la vista de las deudas dejadas por el difunto D. Y.”, cfr., SANTOS URBANEJA, F. En <http://fernandosantourbaneja.blogspot.com/>.

(87) No estamos aquí en la situación del tutor que según dispone el artículo 271.2 CC necesita autorización judicial “Para enajenar o gravar bienes inmuebles, establecimientos mercantiles o industriales, objetos preciosos y valores mobiliarios de los menores o incapacitados, o celebrar contratos o realizar actos que tengan carácter dispositivo y sean susceptibles de inscripción. Se exceptúa la venta del derecho de suscripción preferente de acciones.” Al guardador de hecho no le falta, en situaciones excepcionales, capacidad para prestar su consentimiento en determinados actos dispositivos siempre que el mismo redunde en utilidad del guardado. No se trata, en tales supuesto, de actos nulos por carecer de representación.

(88) FÁBREGA RUIZ, C. F., *Aproximación a la guarda de hecho como cierre del sistema de protección de personas con discapacidad*, Instituciones de Guarda de personas incapaces, Jornadas sobre protección en la incapacidad (Recurso electrónico), Fundación Tutelar de La Rioja, 2007. p.198 y ss., relaciona los mecanismos para constatar la existencia de una guarda de hecho: a través de un procedimiento de jurisdicción voluntaria (resolución judicial en la que se declara la existencia de una guarda de hecho), medidas cautelares previstas a la incapacidad del art. 762 LEC, constatación de la guarda a través de un decreto del Ministerio Fiscal dictado en expediente informativo, la utilización de acta notarial de notoriedad, acreditación de la posesión del cargo del Director de la residencia de ancianos o centro sanitario en el que el guardado se halle internado. PÉREZ MONGE, M., *Comentario al artículo 303*, en “Código Civil Comentado”, vol. I, (Coord. DE PABLO CONTRERAS, P., VALPUESTA FERNÁNDEZ, R.), Civitas-Thomson Reuters, 2011, pp. 1313 y ss. escribe que “*en esta misma línea, la Ley 1/2009, de 25 de marzo, de reforma de la Ley de 8 de junio de 1957, sobre el Registro Civil, en materia de incapacitaciones, cargos tutelares y administradores de patrimonios protegidos, y de la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, sobre protección*

dado que se carece de título en que conste la guarda de hecho, por lo que, en determinadas situaciones, se precisa de una “resolución” (89) que no crea la situación de guarda de hecho, sino que le otorga

patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil de la normativa tributaria con esta finalidad, se añade un párrafo al artículo 38 de la Ley de Registro Civil, en el que se prevé expresamente la posibilidad de anotar en el Registro Civil la existencia de un guardador de hecho y de las medidas judiciales de control y vigilancia adoptadas respecto del menor o presunto incapaz. De este modo se puede facilitar la acreditación de la condición de guardador de hecho...”

(89) Sobre las escasas veces que los notarios y otros profesionales del Derecho acceden a la utilización de la guarda de hecho en la actuación negocial en base a lo que se considera como inseguridad jurídica en que se desenvuelve la figura vide a LEÑA FERNÁNDEZ, R., *El tráfico jurídico negocial y el discapacitado*, en “La protección jurídica de discapacitados, incapaces y personas en situaciones especiales”, (Coord. R. MARTÍNEZ), Cívitas-Consejo General del Notariado, Madrid, 2000, p. 207. En los supuestos en que los negocios jurídicos alcancen transcendencia registral, los notarios o los registradores de la propiedad no admiten la legitimación del guardador de hecho para otorgar la correspondiente escritura pública, pero lo que exigen la oportuna sentencia de incapacidad de la persona susceptible de ser incapacitada. En los últimos años proliferan las resoluciones judiciales que se limitan a constatar la existencia de una situación de guarda de hecho para exhibirse ante quien demanda la acreditación con el siguiente modelo en su parte dispositiva: “Se tiene por guardador de hecho de D. X a D. Y, debiendo rendir cuenta anual de su gestión, solicitar autorización judicial para cualquier gasto extraordinario que exceda de X € e informar al Juzgado de cualquier cambio de residencia de la persona en cuyo interés actúa.” Existe un modelo de declaración de la situación de guarda de hecho en el expediente para el reconocimiento de la situación de dependencia de la Consejería de Cultura, Deportes, Políticas Sociales y Vivienda (Dirección General de Dependencia, Infancia y Familia) del Gobierno de Canarias, con base en la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia (BOE núm. 299, de 15 de diciembre de 2006), en el que después de indicarse los datos de la persona solicitante y de los datos del guardador de hecho, éste declara bajo su responsabilidad: 1.º Que ejerce la guarda de hecho de la persona y bienes del presunto incapaz o menor, solicitante del reconocimiento de la situación de dependencia que se tramita ante este departamento, el cual presenta una capacidad volitiva mermada que le impide autogobernarse y administrar su propia persona y bienes. 2.º Que ha sido informado por el personal de este departamento de la obligación legal de promover la constitución de la tutela del presunto incapaz o menor sobre el que está ejerciendo actual-

la virtualidad precisa que sirve de suficiente título para amparar la función del guardador de hecho.

Por otra parte, los actos realizados por el guardador son anulables si así, (anulándolos) se defienden mejor los intereses del menor o presunto incapaz. A través de la acción de anulabilidad, se pueden impugnar los actos realizados por el guardador de hecho si causan perjuicio al guardado (90).

La impugnación prevista en el artículo 304 del CC permitirá probar que los actos impugnados no redundan en utilidad para el guardado. Si no existe la susodicha utilidad, los actos podrán ser declarados nulos. Si por el contrario existiese tal utilidad, los actos del guardador se convalidan puesto que no pueden ser declarados nulos.

Se podrán impugnar los actos que no se hayan realizado por el guardador de hecho en beneficio del guardado –que no son útiles para el menor, el incapaz o persona susceptible de serlo–. Para ejercitar la acción de anulabilidad prevista en el art. 304 CC está legitimado el menor, una vez adquirida la plena capacidad de obrar, o el incapaz, al recuperar su capacidad de obrar, o el tutor de los anteriores –que por incompatibilidad o dejación, no ejerció un tiempo sus funciones– mientras dura la tutela, los herederos del incapaz para el caso del fallecimiento de éste. A falta de los anteriores, o siendo éstos parte interesada, el Ministerio Fiscal en ejercicio de su deber de protección de la persona menor o incapacitada, o susceptible de incapacitación. En todo caso, si la autoridad judicial, a través de sus medidas de control, detecta algún acto que hubiese sido perjudicial para el guardado –menor, incapacitado o persona que puede ser declarado incapaz–, lo pondrá en conocimiento del Ministerio Público (91).

mente la guarda de hecho, tal y como se establece en el artículo 229 del Código Civil”. En este documento se admite que es posible compatibilizar la guarda de hecho con la situación de desamparo del guardado.

(90) LEÑA FERNÁNDEZ, R., *El tráfico jurídico negocial y el discapacitado*, en “La protección jurídica de discapacitados, incapaces y personas en situaciones especiales”, (Coord. R. MARTÍNEZ), Cívitas-Consejo General del Notariado, Madrid, 2000, p. 213.

(91) FÁBREGA RUIZ, C. F., *Aproximación a la guarda de hecho como cierre del sistema de protección de personas con discapacidad*, Instituciones de Guarda de personas incapaces, Jornadas sobre protección en la incapacidad (Recurso electrónico), Fundación Tutelar de La Rioja, 2007. p. 210.

Debe ejercitarse la acción de anulabilidad, de conformidad con el artículo 1301 del Código Civil, en el plazo de cuatro años a contar desde que el menor (guardado) alcanzó la capacidad de obrar, o desde que el incapaz (guardado) recuperó la plena capacidad, o bien, desde el mismo instante en que es legalmente posible su ejercicio si el presuntamente incapaz (guardado) es capaz, puesto que no haya llegado a ser incapacitado, o desde que es posible su ejercicio si la ejercita el tutor –guardador legal–.

V.3.º La responsabilidad civil del guardador de hecho

En el ámbito de la responsabilidad civil que contrae el guardador de hecho, hay que diferenciar entre la originada por los actos realizados en su labor y la que deriva de los actos realizados por la persona del guardado.

En cuanto a la primera, el guardador de hecho responderá de los perjuicios causados al guardado como consecuencia de su gestión, para lo cual hemos de tener presente lo dispuesto en el artículo 1902 del CC: el que alegue la responsabilidad del guardador debe probar su culpa o negligencia. Por tanto, respecto de la responsabilidad del guardador de hecho por los daños ocasionados al guardado o a tercera persona se estará a lo dispuesto en el artículo 1902 del CC (92). Ha de admitirse la responsabilidad del guardador de hecho –por ejemplo, del director del centro en el caso de que el guardado se encuentre en una residencia de ancianos, en un centro asistencial o de internamiento de una persona susceptible de incapacitación– si se demuestra que existió el daño, el nexo causal entre el compor-

(92) JIMÉNEZ MUÑOZ, F., *Breves observaciones acerca de la guarda de hecho, en el Derecho común y los Derechos catalán y aragonés*, en “Hacia una visión global de los mecanismos jurídico-privados de protección en materia de discapacidad”, (Coord. DE SALAS MURILLO, S.), El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2010, p. 646; SUÁREZ SÁNCHEZ-VENTURA, J., *La institución tutelar*, en “Instituciones de Derecho Privado”, vol. 2, (Coord. J. F. DELGADO DE MIGUEL), Cívitas, Madrid, 2002, p. 582; ÁLVAREZ LATA, N., *Comentario al artículo 303 del CC*, en “Comentarios al Código Civil”, (Coord. R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO), Aranzadi, Pamplona, p. 479. En la Jurisprudencia, a propósito de la aplicación del artículo 1902 CC, *vide* las Sentencias del TS de 11 de marzo de 1995, 3 de junio de 1996, 22 de julio de 1997, 9 de marzo de 1998, 13 de mayo de 1998 y 17 de febrero de 2000.

tamiento y el daño, así como la existencia de culpa in vigilando del guardador de hecho.

No obstante, hemos de tener presente que, en todo caso, la persona del guardado está protegida por la acción de anulabilidad del art. 304 CC, de modo que se puede, mediante el ejercicio de tal acción, impugnar y anular cualquier acto jurídico que no haya redundado en beneficio del guardado.

En cuanto a los posibles daños causados a terceros por el guardado –menor, incapaz o persona susceptible de ello–, hemos de tener presente que el artículo 1903 CC establece la responsabilidad civil extracontractual de los tutores por los perjuicios causados por los menores e incapaces que estén bajo su autoridad y habiten en su compañía. Es verdad que el art. 1903 CC, en su propia literalidad, no contempla al guardador de hecho, ya que cita únicamente a los padres y a los tutores y por ello cabe dudar sobre una interpretación extensiva del mismo (93). Sin embargo, cabe la aplicación extensiva del artículo 1903 CC por existir entre el guardador y el guardado una relación de jerarquía y subordinación (94) que permite al primero dar órdenes al segundo (95). En todo caso, si se quiere respetar la

(93) Sostienen que los supuestos contenidos en el artículo 1903 CC son a los únicos de los que se puede predicar la responsabilidad contenida en el precepto y por tanto defienden el carácter taxativo del precepto por tratarse de una lista cerrada –números clausus–: CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho Civil español, común y foral*, Tomo IV, Reus, Madrid, 1981, p. 941; DE ÁNGEL YAGÜEZ, R., *Tratado de Responsabilidad Civil*, Cívitas, Madrid, 1993, p. 329 y DÍAZ ALABART, S., *La responsabilidad por los actos ilícitos dañosos de los sometidos a patria potestad o tutela*, Anuario de Derecho Civil, 1987, p. 824. GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, M., *La protección civil del enfermo mental no incapacitado*, Barcelona, Bosch, 1992, p. 266.

(94) Se ha entendido que la relación de dependencia entre el guardador y el guardado no es comparable con la existente en los casos de patria potestad o tutela, no pudiendo darse analogía en estos supuestos, *vide* BUSTOS VALDIVIA, I., *El guardador de hecho ante los hechos dañosos producidos por su guardado*, Libro Homenaje al Prof. Bernardo Moreno Quesada, Coord. HERRERA CAMPOS, R., vol. I, Universidades de Almería, Granada y Jaén, Almería, 2000, pp. 281. También hay alguna Sentencia del Tribunal Supremo, concretamente la de 30 de abril de 1961, que condena al padre y absuelve al abuelo con quien vivía el menor bajo su guarda.

(95) Díez-PICAZO, L., *Sistemas de Derecho Civil*, vol. II, Tecnos, Madrid, 2006, p. 649; ASÚA GONZÁLEZ, C., *Responsabilidad civil médica*, en “Tratado de Responsabilidad Civil” (Coord. F. REGLERO CAMPOS), Aranzadi, Pamplona,

literalidad del artículo 1903 CC, cabe acudir al artículo 1902 CC, si el hecho dañoso del guardado se debió a la culpa o negligencia in vigilando del guardador de hecho (96).

En cuanto a si el guardador de hecho, que ha respondido por los actos dañosos del guardado (97), puede repetir contra éste en base

2003, p. 1031, YZQUIERDO TOLSADA, M., *Responsabilidad civil y guarda legal*, Documentación Jurídica, núm. 41, pp. 79 y 80. También las Sentencias del Tribunal Supremo de 23 de febrero de 1976, 13 de septiembre de 1984 y 23 de septiembre de 1988 consideran que en el artículo 1903 del CC pueden incluirse otras situaciones, ya que la enumeración que realiza el precepto tiene un mero carácter de ejemplo. También la STS de 11 de enero de 1994, en cuyo considerando segundo afirma que “se pueden entender incluidos en el artículo 1903 otros supuestos en los que exista o se genere alguna relación distinta de las que el precepto contempla ad exemplum”.

Otra orientación es la defendida por GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, J., *La protección civil del enfermo mental no incapacitado*, Bosch, Barcelona, 1992, p. 268, entiende que el artículo 229 es perfectamente aplicable al caso del guardador de hecho del presunto incapaz (art. 303 CC), en cuanto persona que conoce las perturbaciones mentales que pueden dar lugar a la incapacitación.

(96) En el ámbito de la responsabilidad civil derivada del delito, son numerosas las sentencias del Tribunal Supremo en que se considera al guardador de hecho responsable civil en base a una ratio decidendi de carácter penal, así las Sentencias de 13 de septiembre de 1984, RJ 1984, 4296 y de 5 de marzo de 1997, RJ 1997, 1650. En la Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de septiembre de 1984 se trata de la muerte causada por un esquizofrénico no incapacitado a una persona del servicio domestico de su casa donde convivía con su madre. Los hermanos de la difunta reclaman la indemnización de los daños sufridos, a lo que se oponen los demandados diciendo que deben reclamar al autor material del daño ya que no existe guardador legal del enfermo. El TS entiende que el artículo 20 del Código Penal no establece que deba ser demandado el enajenado, sino las personas que le tuvieren bajo su guarda, incluyendo dentro de los guardadores a las personas que tienen la obligación de instar el procedimiento de modificación de la capacidad.

(97) Aspecto interesante es el la responsabilidad civil por los daños ocasionados por la persona del guardado que debería estar sujeto a tutela, pero que no lo está como consecuencia de no haberse promovido la constitución de su tutela conforme al artículo 229 del CC, hemos de tener presente que se trataría de una responsabilidad solidaria de las personas indicadas en tal precepto por los daños y perjuicios causados a terceros ya que no han cumplido la mentada obligación que establece ese artículo 229 CC y el artículo 757 apartados 1, 2 y 3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil

a lo dispuesto en el art. 1904 CC, realizando una aplicación analógica del mismo respecto de todos los supuestos del artículo 1903 CC, entiendo que no puede repetir contra el guardado, porque el guardador de hecho ha respondido en base al artículo 1903 (o en su caso, con base en el artículo 1902 del CC, si no se admite su responsabilidad por el artículo 1903 CC), por culpa propia, por omisión del deber de vigilancia, por lo que de admitirse que pudiera repetir contra el guardado, sería tanto como admitir la posibilidad de eximirse de toda responsabilidad (98).

No cabe la posibilidad de acudir a la acción de regreso a través de la remisión del artículo 306 al artículo 220 ambos del CC (99), ya que este precepto se refiere a supuestos en los que el guardador de hecho hubiese sufrido daños y perjuicios, sin culpa por su parte, cosa que no ocurre aquí, por existir culpa por parte del guardador de hecho por omisión del deber de vigilancia, en los supuestos en que responde el guardador de hecho en base bien al artículo 1903 CC, bien al artículo 1902 CC (en su caso, si no se admite la responsabilidad del guardador de hecho en base al artículo 1903 CC.)

V.4.º El derecho del guardador de hecho a la indemnización de los daños y perjuicios sufridos: art. 306 CC

La remisión del artículo 306 CC al artículo 220 del mismo texto legal, hace posible que si la persona que ejerce la guarda de hecho, al realizar actos en el ejercicio de sus funciones en beneficio del guardado (100), sufre daños y perjuicios (vg. gastos, lucro cesante

(98) Defiende que la responsabilidad del artículo 1903 es subsidiaria, de manera que el que responda de los daños nada tendrá que reclamar contra el autor material del daño, ALBALADEJO GARCÍA, M., *Derecho civil II*, Bosch, Barcelona, 1997, p. 515

(99) ROGEL VIDE, C., *La guarda de hecho*, Tecnos, Madrid, 1986, p. 140, considera que el juego del artículo 1903 CC impide el del artículo 220 CC porque si hay responsabilidad civil en base al art. 1903 CC, existe culpa del guardador de hecho.

(100) LETE DEL RÍO, J. M., *Comentario a los artículos 199-332 del Código Civil*, en “Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales (Dir. Manuel ALBALADEJO), IV, Edersa, 2.ª Edc., Madrid, 1985, p. 493, después de preguntarse por qué se le concede derecho al guardador a obtener indemnización de daños y perjuicios, encuentra la explicación de obtener dicha indemnización de daños y perjuicios para el guardador de hecho en que los mismos

del guardador en el desempeño de la guarda) sin culpa por su parte (es decir, no son consecuencia de que se haya extralimitado o haya incumplido sus funciones), tenga derecho a la indemnización de los mismos con cargo a los bienes del guardado (antes han de existir suficientes bienes para cubrir las necesidades del guardado), de no poder obtener por otro medio su resarcimiento.

Para que el guardador de hecho tenga derecho a la indemnización por los daños sufridos, éstos han de producirse en el ejercicio de sus funciones, esto es, en actuaciones que redunden en utilidad para el guardado, es decir, convalidables ex artículo 304 CC. Además, para que ese derecho de indemnización del guardador de hecho sea a cargo a los bienes del guardado, ha de existir una relación de causalidad entre la guarda de hecho y los daños sufridos –materiales, morales, daño emergente y lucro cesante (101)–; se precisa por una parte, ausencia de culpa del guardador de hecho (102) y por otra, no poder obtener su resarcimiento por otro medio y además la existencia, antes de proceder a la indemnización, de suficientes bienes para cubrir las necesidades del guardado (103).

los sufre en el desempeño de sus funciones en beneficio de la persona sometida a guarda.

(101) SANCHO REBULLIDA, F. de A., *Tutela e instituciones afines*, en “El nuevo régimen de familia” (LACRUZ BERDEJO y otros), III, Barcelona, 1984, p. 66.

(102) No se aplicaría el artículo 220 CC porque existiría culpa del guardador de hecho, por ejemplo cuando se extralimitase en sus funciones y también cuando desarrollando adecuadamente las funciones pero sin promover la constitución de la tutela art. 229 CC.

(103) Por otra parte, ha de tenerse presente la circunstancia de si se ha fijado por el Juez una retribución al guardador de hecho (SANCHO REBULLIDA, F. de A., *Tutela e instituciones afines*, en “El nuevo régimen de familia” (Lacruz Berdejo y otros), III, Barcelona, 1984, pp.66, considera que al incluir el *lucrum cessans* entre los perjuicios, cabe alegar lo dejado de ganar en el ejercicio de la profesión u oficio durante el tiempo dedicado a la función –el autor se refiere a la tutelar–, si bien, entiende que para apreciarlo, el juez tendrá en cuenta si se le ha fijado sueldo y, en su caso, la cuantía.) y de ser así, la cuantía de la misma. Si el juez hubiese fijado una retribución para el guardador de hecho (ROGEL VIDE, C., *Comentario al artículo 304 del Código Civil*, en *Comentarios del Código Civil*, Tomo I, Ministerio de Justicia, Madrid, 1993, p.869, ha escrito que: “cabe –creo– que se le asigne una retribución por la función desempeñada (se refiere al guardador de hecho), como cabe que haya incurrido en gastos y sufrido daños

En todo caso, el guardador de hecho, al rendir cuentas, deberá demostrar que no ha abusado del patrimonio del guardado, provocando en el mismo un gasto excesivo o injustificado.

V.6.º Extinción de la guarda de hecho

No la contempla expresamente el Código Civil, si bien la guarda de hecho puede finalizar por varias razones: por desaparecer las causas que la motivaron, porque se ha nombrado tutor o curador y mientras llegan esos nombramientos se nombra un defensor judicial, por fallecimiento del guardador, del guardado o de ambos, por decisión del guardador de hecho por concurrir determinadas circunstancias previo conocimiento de la autoridad judicial (no estar en condiciones de asumir esas funciones o por no tener tiempo, ya que ha de ocuparse de asuntos propios que hacen imposible asumir la guarda de hecho), y por último, por decisión judicial.

VI. CONCLUSIÓN

A pesar de que sea deseable una regulación más completa de la guarda de hecho, dada su gran incidencia social, no se debe ser reacio a utilizar transitoriamente esta figura.

y perjuicios como consecuencia de tal desempeño. Desde luego, los gastos en que haya incurrido son, en principio, reembolsables.”), puede ser que ya no sea preciso realizarle reembolso alguno, o de resultar necesario, pudiera ser tal reembolso de menor cuantía (ROGEL VIDE, C., *Comentario al artículo 304 del Código Civil*, en Comentarios del Código Civil, Tomo I, Ministerio de Justicia, Madrid, 1993, p.870, no es de esta opinión al considerar que: “la indemnización de daños y perjuicios será independiente de la remuneración del guardador,..., e independientemente será, también, del reembolso de los gastos efectuados por éste. En el caso de que el juez no fije remuneración al guardador por su labor, cabría englobar, dentro de la indemnización y como lucro cesante, lo dejado de ganar, por él, en el ejercicio de su profesión u oficio durante el tiempo dedicado a la guarda.”)

Debe corregirse la desconfianza hacia la guarda de hecho, ya que a pesar de contar con algunos tintes de inseguridad jurídica, goza de gran potencialidad en la práctica de la vida cotidiana como medio de protección jurídica, en un momento determinado, de las personas que no pueden valerse por sí mismas o que carecen de las facultades para tomar decisiones.

EL TESTAMENTO OLÓGRAFO: VENTAJAS E INCONVENIENTES

Aurelia María Romero Coloma

Doctora en Derecho

Abogada. Profesora de la Asociación Española de Abogados
de Familia

Resumen: El testamento ológrafo es un tipo de disposición de última voluntad que cuenta, en la actualidad, con partidarios, pero también con detractores del mismo. Sus ventajas, por lo que respecta a los aspectos económicos, en vida del testador, son evidentes, pero su realización conlleva, sin duda, riesgos que pueden llegar a ser de gran calado, por lo que se hace preciso considerar, con detenimiento, su regulación legal. Hay que tener en cuenta, en la práctica, que son muchos los testamentos ológrafos que han sido impugnados, en nuestro país, por considerar los herederos, u otras personas legitimadas, que no reflejaba la libre voluntad del causante.

El testamento ológrafo –que debería denominarse, más correctamente, “autógrafo”– es aquel tipo de disposición de última voluntad que el testador escribe totalmente por su propia mano y lo firma, expresando la fecha.

No cabe duda que este tipo de testamento presenta grandes ventajas sobre otras formas de testar, al ser un testamento rigurosamente secreto y, además, es muy práctico, ya que puede ser otorgado sin ayuda de nadie, es decir, sin intervención del Notario, ni de otras personas, no suponiendo gasto alguno, ya que éstos se producen una vez fallecido el testador.

Pero, lógicamente, no todas son ventajas las que pueden afirmarse de este clase de testamento. Hay que resaltar que sus formalidades, al ser muy sumarias, no ofrecen las mismas garantías de protección a la voluntad del testador que los documentos notariales.

En este sentido, hay que destacar que las posibilidades de presiones, coacciones y captación de voluntad son, sin lugar a dudas, mayores, más intensas, en este tipo de testamento, así como las probabilidades de falsificación, los riesgos y peligros de pérdida, extravío o destrucción, provenientes estas circunstancias no ya sólo del azar, sino también de maniobras efectuadas por herederos abintestato no favorecidos, o de personas favorecidas por el testador en testamentos anteriores.

Además de estos inconvenientes, que pueden llegar a ser graves, cabe la referencia a que el testador actúa aislado y, generalmente, sin ayuda ajena, por lo que puede traducir, o sea, expresar mal, incorrectamente, su propia voluntad, estando expuesto, igualmente, a que la posterior interpretación que se haga de esa última voluntad sea errónea y que el Juez competente no capte el verdadero sentido de las disposiciones, además de poder incurrir, fácilmente, en causas de nulidad en disposiciones concretas, ya que, si el testador es una persona lega en Derecho, y tiene herederos forzosos, es fácil que, a la hora de testar, desconozca los mecanismos legales que rigen la institución de la legítima y sus consiguientes principios (de intangibilidad cualitativa y cuantitativa).

Ya algunos autores, como José Luis LACRUZ BERDEJO y Francisco de Asís SANCHO REBULLIDA (1), expresaban que, dada la forma privada y generalmente secreta de la redacción del testamento ológrafo, es más exigible, para este tipo de testamento, la garantía de que, en efecto, se trata de una verdadera disposición de última voluntad, y no, meramente, de un proyecto, unas notas o la expresión de meros deseos o recomendaciones.

Además de deber ser patente, evidente, la intención del causante de hacer su testamento, ha de resultar, asimismo, suficientemente verosímil, dado el contenido, su capacidad en el momento de redactarlo y escribirlo de su puño y letra. Finalmente, las disposiciones han de ofrecer una mínima claridad, a falta de la cual, aun sin dejar de reconocer que ese escrito sea un testamento, e incluso que el testador tuviera capacidad mental para hacerlo, no cabría conceder, sin embargo, eficacia a sus expresiones.

(1) LACRUZ BERDEJO, José Luis y Francisco de Asís SANCHO REBULLIDA: *Elementos de Derecho Civil. Derecho de Sucesiones*, tomo V, BOSCH. Barcelona, 1982.

Son interesantes, a este respecto, algunas Sentencias que, en nuestro país, inciden en estos extremos citados, es decir, testamentos ológrafos en los que era, cuanto menos, dudosa la existencia de los tres factores esenciales: su carácter definitivo –voluntad, capacidad volitiva para expresar las disposiciones–, capacidad, factor éste relativo al estado mental del testador y, por último, claridad. Ya el artículo 678 de nuestro Código Civil exige una condición especial de capacidad para otorgar el testamento ológrafo, en contraposición con los otros tipos de testamento, cual es la mayoría de edad del testador, y unos requisitos de forma que son consustanciales a la esencia misma del testamento ológrafo, y que consisten en “estar escrito todo él y firmado por el testador, con expresión del año, mes y día en que se otorgue, y “en salvar el testador bajo su firma las palabras tachadas, enmendadas o entre renglones.”

Cuando, en un testamento ológrafo, falta la fecha, el acto de otorgamiento no tiene una localización temporal. Desde el punto de vista de la cronología, sería, sin duda, un testamento atípico.

A la vista de los puntos problemáticos citados, cabe plantearse cuándo estamos ante un testamento ológrafo, y cuándo ante un mero proyecto o esbozo, y no un acto definitivo. Es ésta una de las cuestiones más interesantes y complejas que plantea el apasionante tema relativo a los testamentos ológrafos. Por ello, es oportuno reseñar algunas pautas. Así, cuando el otorgante se limita a aconsejar o rogar respecto al destino de su patrimonio, se puede, con rotundidad, afirmar que no estamos ante un verdadero testamento ológrafo. En el mismo sentido, si no consta, con claridad, la intención de testar o, en otras palabras, de disponer para después del fallecimiento del causante, tampoco se podrá estimar como auténtico testamento ológrafo.

Para que un documento se considere testamento ológrafo, es, también requisito inexcusable la esencia de la disposición mortis causa en sus palabras. El contenido de la voluntad del declarante ha de tener su expresión en el documento y ha de poder reconocerse ésta de algún modo, incluso acudiendo a circunstancias exteriores o externas al propio documento. El sentido averiguado y desenvuelto por la interpretación ha de tener una expresión, aunque ésta sea incompleta, en el documento, de modo que la declaración formal pueda ser configurada por sí sola como una declaración del contenido de la voluntad del testador.

Como fácilmente puede comprenderse, no es lo mismo realizar un testamento abierto notarial, en el que el fedatario está, precisamente, ahí para, entre otras cosas, dar fe de la voluntad de testar del otorgante y de hacerlo en un determinado sentido, que realizar un testamento ológrafo, sin asesoramiento previo, sin intervención de personas expertas en Derecho, y en el que el declarante intenta manifestar su voluntad por medio de un documento que, en muchas ocasiones, va a generar, cuanto menos, dudas e incertidumbres.

Lógicamente, la voluntad del causante es esencial, por lo que, una vez comprobada ésta, cualquier deficiencia o insuficiencia en relación con las formalidades legales exigidas para este tipo de testamento no debería tener demasiado relieve, al objeto de no entorpecer lo que, en su día, constituyó la soberana voluntad del testador. En este punto, hay que recordar que el testamento es la ley de la sucesión.

Una cuestión, íntimamente ligada a lo que, hasta ahora, he apuntado sobre el testamento ológrafo, es la referida a la prueba de la existencia de dicho testamento. A lo largo de mi experiencia como Letrada, he tenido ocasión de comprobar que muchas personas hacen testamento ológrafo redactándolo sin formalidades y sin que, en el papel donde escriben sus disposiciones de última voluntad, conste, de alguna manera más o menos formal, que su contenido reproduce fielmente su voluntad en materia testamentaria, es decir, sin especificar, ni concretar, que ese documento es su testamento ológrafo. Es bien sabido, al hilo de esta cuestión, que algunas personas afirman lo siguiente en el encabezamiento, o al final, del texto: "Éste es mi testamento ológrafo", o "valga este texto como mi testamento ológrafo", o "es la expresión de mi voluntad la que sigue a continuación." Pero otras muchas personas no suelen emplear estas locuciones, por lo que, en la práctica, evidentemente, se puede llegar a dudar si estamos, o no, en realidad ante un auténtico testamento ológrafo y, en definitiva, ante la expresión de la última voluntad del otorgante.

Yo creo que, en sede de testamento ológrafo, en la respuesta a todos los inconvenientes que, sin duda, plantea su realización por el causante, habría que abogar por la exigencia de las mínimas formalidades legales, siempre que quede claro y evidente que el texto escrito por el otorgante contiene la auténtica y exacta expresión de la voluntad del disponente.

Nuestra reciente doctrina jurisprudencial, en Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de noviembre de 2014, ha dado validez, como testamento ológrafo, a un breve escrito redactado, datado y firmado por la causante, al estimar que en el mismo concurría la “verdadera voluntad de testar”, ya que en las notas dejadas “no puede pensarse que sea un simple ruego a sus sobrinos, herederos, o a la legataria, que lo era de la casa entera, sino que era su voluntad testamentaria, sin que tengan trascendencia jurídica los móviles que la llevaron a ello, “por el tiempo que lleva conmigo, tan atenta y cariñosa”, lo que, por cierto, según nuestro Tribunal Supremo, tampoco se ha probado que sean falsos.

El Tribunal Supremo estimó que la nota dejada por la causante se complementaba con otras notas anteriores escritas de puño y letra y firmados por la testadora, en las que ésta expresaba su voluntad de cumplir con Tina.

El proceso judicial se centró y giró en torno a la validez de un testamento ológrafo otorgado por la causante, que había fallecido el día 28 de septiembre de 2005. Hasta llegar al discutido testamento ológrafo, había varios escritos que pudieron considerarse como precedentes. El primero era de fecha 15 de enero de 2011 y decía que sus sobrinos habían de tener en cuenta cumplir con Carina.

El segundo escrito es de la misma fecha y se dirigía la causante a todos sus sobrinos para que le dieran un piso a Carina, por su buen comportamiento con ella.

Por fin, el escrito de fecha posterior, de 6 de mayo de 2002, que es el discutido y objeto de pleito, en cuanto se dudaba que fuera un auténtico testamento ológrafo, expresaba lo siguiente: “Gijón a 6 mayo 2002. Socorro desea que un piso de la casa de la NUM001. CALLE=== NUM=== se le entregue a Gema –Carina era el apelativo cariñoso con que se la conocía y denominaba– por el tiempo que lleva conmigo tan atenta y cariñosa. Firma. Socorro.”

Por último, hay un escrito sin fecha ni firma en que la misma causante escribe que le regala 12.000 euros a Carina; asimismo, un cheque por la misma cantidad con firma y sin fecha. De ambos documentos no se plantearon que fueran, o no, testamentos ológrafos.

Con anterioridad a todo lo anterior, en fecha 13 de abril de 1993, la misma causante había otorgado testamento abierto en el que manifestaba su estado de viudez, sin descendencia y legaba a su sobrina Yolanda –codemandada en la instancia y parte recurrida en

casación– la casa NUM000 de la CALLE000, de esta villa de Gijón, y, asimismo, tras otros legados, instituía herederos a los que han sido demandados.

Doña Gema formuló demanda en la que interesó la declaración de validez y eficacia del testamento ológrafo, aunque colocaba a todos los documentos mencionados como tales.

La Sentencia del Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda, declarando la validez y eficacia del segundo escrito, de 15 de enero de 2001, y del fechado el 6 de mayo de 2002. A lo largo de la Sentencia, se explica que, de los escritos, se deducía o desprendía, con claridad, la voluntad de la testadora de favorecer a la demandante, advirtiéndole que no se había probado la presión de la legataria sobre la causante y que no bastaba con la mera alegación de dicha presión.

Interpuesto recurso de apelación por los demandados, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias revocó la anterior y desestimó íntegramente la demanda, razonando que no se podía entender que la causante tuviera la resuelta intención de disponer de sus bienes por sí misma de manera definitiva, sino que lo que se exterioriza en dichos documentos es simplemente un deseo que dirige a sus sobrinos, pero no que ella disponga de un bien suyo a favor de una tercera persona, ya que en ningún momento manifiesta intención de instituir a Doña Gema heredera o legataria de un bien, sino que más bien se dirige a sus herederos para que fueran éstos los que cedieran un bien, pero sin hacerlo ella.

Frente a esta Sentencia, la demandante Doña Gema formuló recurso de casación –el de infracción procesal ha sido inadmitido–, fundado en tres motivos, aunque todos ellos se centran en un solo tema que es, no ya la interpretación, sino la calificación de un texto manuscrito, y querido, por una persona de edad avanzada, aunque no se prueba una incapacidad, ni una presión, ya que la causante “desea” que un piso se entregue a Gema por el tiempo que lleva conmigo tan atenta y cariñosa.”

La cuestión, a mi juicio, más polémica y debatida se centraba en determinar si se había producido revocación parcial del testamento abierto anterior. Como es sabido, el artículo 739 de nuestro Código Civil ha sido atemperado por la doctrina jurisprudencial, en el sentido de mantener el anterior cuando aparezca evidente la intención del testador de mantener o conservar el testamento

anterior, respecto del cual el posterior sea complementario o aclaratorio del anterior o meramente modificativo. La Sentencia de 28 de julio de 2009 afirmó que la voluntad de dejar subsistente el testamento anterior puede ser no sólo expresa, sino también la que se deduzca del tenor de ambos testamentos. En el caso de autos, ni siquiera se llegó a plantear este tema, al ser evidente e indiscutido por las partes que el testamento ológrafo disponía un sublegado –legado a cargo de una legataria–, sin revocar el testamento abierto anterior.

La cuestión planteada, en realidad, era la polémica en torno a si concurría, o no, la voluntad o intención de la causante, es decir, su voluntad testamentaria de disponer mortis causa de un determinado inmueble, un piso, como legado –o sublegado– a favor de una determinada persona, la demandante en la instancia y recurrente, más tarde, en casación, Doña Gema.

La cuestión, sin duda compleja y delicada, gira en torno a la interpretación y eficacia del testamento ológrafo. La problemática suscitada no es ni mucho menos baladí, ya que el artículo 658 de nuestro Código Civil establece que la sucesión se defiende por la voluntad del hombre manifestada en testamento, y el artículo 667 del citado corpus legislativo civil indica que el testamento es un acto, por lo que, inequívocamente, se desprende que se trata de un negocio jurídico, que tiene, como elemento esencial, una declaración de voluntad, sujeta a todas las reglas generales concernientes a las manifestaciones de voluntad con efectos jurídicos y que, sobre todo y ante todo, presupone, y exige, una voluntad expresada en forma suficientemente inteligible.

Ya no se trata de analizar las exactas palabras de la causante en su sentido estrictamente gramatical, o jurídico, sino de ver, de comprobar la intención que se desprende del escrito hecho por ella. La antiquísima Sentencia de 8 de Junio de 1.918 admitió la intención que se acreditaba en el reverso de una carta de novios, en la que decía "... todo para ti, todo...", si bien también añadía "va mi testamento". La Sentencia, mucho más reciente, de 19 de diciembre de 2006, aceptó como testamento ológrafo una carta en la que se adjuntaba una tarjeta de visita, en la que expresaba "mi deseo de sustituir el nombre."

Ahora bien, ¿Cuándo se puede afirmar que estamos ante un testamento ológrafo y no ante un mero proyecto o esbozo, y no ante

un acto definitivo? Es ésta, sin lugar a dudas, una de las cuestiones más interesantes que plantea la apasionante problemática de los testamentos ológrafos.

Cuando el otorgante se limita a aconsejar, o a rogar, respecto del destino de su patrimonio, se puede, con seguridad y rotundidad, afirmar que no estamos ante un testamento ológrafo.

En el mismo sentido, se puede afirmar que, si no consta, con claridad, la intención de testar o, en otras palabras, de disponer para después de la muerte del causante, tampoco se podrá estimar como testamento ológrafo.

Para que un documento se considere como testamento ológrafo, es requisito inexcusable la esencia de la disposición mortis causa en sus palabras. El contenido de la voluntad del declarante ha de tener su expresión en el documento y ha de poder reconocerse ésta de algún modo, incluso acudiendo a circunstancias exteriores al testamento, lo cual está permitido en nuestro Ordenamiento Jurídico. Son los denominados medios de prueba extrínsecos. El sentido averiguado y desenvuelto por la interpretación ha de tener una expresión, aunque ésta sea incompleta, en el documento, de modo que la declaración formal pueda ser configurada por sí sola como una declaración del contenido de la voluntad del testador.

Lo esencial es acreditar la verdadera voluntad de testar, como ya expresó la Sentencia de 18 de junio de 1994. Recordemos que no es lo mismo hacer un testamento notarial abierto que uno ológrafo. En el primer caso, el Notario está ahí para dar fe de la voluntad de testar del otorgante y de hacerlo en un determinado sentido. En cambio, en el segundo supuesto, hay que tener en cuenta que el testamento ológrafo, por lo general, se realiza sin asesoramiento previo alguno, sin la intervención de otras personas, y el declarante manifiesta su voluntad por medio de un documento que, en muchas ocasiones, va a generar dudas e incertidumbres.

La interpretación de un testamento ológrafo tiene por finalidad determinar el contenido de una voluntad dudosa. Hay que separar la fijación de esa voluntad y la cuestión, diferente, de si esa voluntad ha de tomarse en cuenta, por la razón de haber sido manifestada, en la declaración, de un modo cognoscible y suficiente. Cuando, por el contrario, la voluntad es incognoscible de una manera cierta, por ejemplo, en el supuesto –bastante frecuente en que las expresiones

empleadas sean ininteligibles, estaríamos ante una ausencia de voluntad, no siendo lícito al intérprete, bajo el pretexto de una función interpretadora o integrativa, forjar la intención y construir el acto jurídico con elementos ajenos a la declaración.

En muchas ocasiones, no se advierte, en su conjunto, en el escrito testamentario, un lenguaje inteligible que aparezca como expresión de un pensamiento homogéneo y manifestación de una voluntad eficaz en Derecho, sino que el escrito puede adolecer de oscuridad, ambigüedad e incoherencia en sus cláusulas, imprecisión en los conceptos y construcción gramatical arbitraria.

Muy clarificadora es, a este respecto, la interesantísima Sentencia de 8 de junio de 1918, en la que se consideró, como testamento ológrafo válido y eficaz, un documento en el que la testadora manifestaba de modo cierto su voluntad de testar, al escribir la siguiente expresión: "Va mi testamento", y hacía expresa y determinada designación del heredero, de forma que no podía dudarse de quién era el finalmente instituido por la causante.

La interpretación del testamento ológrafo presenta, con gran frecuencia, muchas dificultades, porque la voluntad de testar no siempre se manifiesta en palabras o, aun manifestada, puede que no exprese correctamente cuáles son los efectos que se persiguen.

La voluntad testamentaria es el elemento esencial del testamento. Hay que poner un verdadero énfasis, y hacer especial hincapié, en la verdadera voluntad del testador. Lógicamente, puede suceder, en muchas ocasiones, que la problemática se muestre en toda su crudeza cuando la declaración de voluntad del testador sea susceptible de ser admitida en varios sentidos, ya que, para la indagación de lo verdaderamente deseado por el causante pueden seguirse diversas orientaciones. En un testamento ológrafo, se impone saber si hay que dar preferencia, en la interpretación, al sentido de la voluntad interna, o al de la voluntad efectivamente declarada –escrita–.

Desde mi punto de vista, habría que considerar e investigar, a fondo, la auténtica voluntad del testador. En la doctrina española, RUIZ VADILLO se decantaba por exigir rigor en la búsqueda del animus testandi, aunque con una presunción favorable a dicho animus y flexibilidad en orden al cumplimiento de las formalidades externas, o sea, exigencia seria de que conste la voluntad testamentaria, pre-

sumiéndose que todo documento escrito de propia mano, fechado y firmado, la contiene, salvo que se pruebe lo contrario (2).

Ya LACRUZ BERDEJO afirmaba que recurrir a medios excepcionales en circunstancias normales, haría dudar de una seria intención de testar (3).

Según RUIZ VADILLO (4), nada impide esta búsqueda exterior para localizar la verdadera intencionalidad, ni aun para interpretar sus disposiciones, siempre que prevalezca, tal como el legislador lo quiere, una interpretación subjetiva, ya que el artículo 675 del Código Civil así lo establece, al fijar que, en caso de duda, se observará lo más conforme a la intención del testador, según el tenor del mismo testamento.

No se regula el *modus operandi* en la búsqueda del *animus testandi*, por lo que habrá de hacerse por cualquiera de los medios de prueba admitidos en Derecho. Es ésta una regla de interpretación en realidad, y no de averiguación del *animus testandi*, pero, en cualquier caso, no se impide el acceso a los denominados medios de prueba extrínsecos, porque, como puso de relieve BONET (5), para aclarar la disociación entre voluntad querida y voluntad declarada, hay que agotar el camino que representa el mismo testamento en su conjunto y en su plenitud, y todo cuanto conduzca a investigar la voluntad del testador debe ser tomado en consideración por el Juzgador, incluyendo los medios de prueba extrínsecos.

RUIZ VADILLO, a este respecto (6), pone un ejemplo ilustrativo: aparece un escrito en el que se daban todos los elementos formales que exige el Código Civil para tenerlo como testamento ológrafo, pero se dudaba si el causante tenía, o no, intención de testar. Al plantearse judicialmente el problema, se aporta una carta indubitada, escrita quince días después de redactado y firmado el anterior y

(2) RUIZ VADILLO, Enrique: "El testamento ológrafo", en *Revista de Derecho Privado*, tomo LVI, Madrid, 1972.

(3) LACRUZ BERDEJO, José Luis y Francisco de Asís SANCHO REBULLIDA: Obra citada en nota 1.

(4) RUIZ VADILLO, Enrique: Artículo citado en nota 2.

(5) BONET RAMÓN, Francisco: *Código Civil comentado*, Editorial Aguilar, Madrid, 1950.

(6) RUIZ VADILLO, Enrique: Artículo citado en notas 2 y 4.

discutido documento, dirigida a los hermanos y en la que se dice lo siguiente: "Después de haberlo meditado mucho hace quince días hice mi testamento que he guardado en el arca del recibidor." El citado jurista se preguntaba si esa carta podía servir para afirmar o reafirmar la naturaleza testamentaria del documento discutido, decantándose por la respuesta afirmativa, y estimando que no pueden utilizarse elementos extraños al testamento ológrafo para completar expresiones o para llenar vicios y, en cambio, sí pueden utilizarse, a juicio de RUIZ VADILLO, medios probatorios externos para investigar el alcance y el sentido de los términos utilizados, poniendo de ejemplo el siguiente escrito: "Al «peque» le doy la casita del pueblo", expresando que saber quién es el "peque" puede descubrirse extratestamentariamente, aunque esta salida al exterior se condicione a que el propio testamento sea capaz de resolver la laguna, siendo, finalmente, correcto buscar fuera del testamento la confirmación de la intención o ánimo de testar.

Una esclarecedora Sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Guipúzcoa, de 15 de septiembre de 1999, entró a resolver esta cuestión, afirmando la necesidad de llegar al convencimiento de lo que el testador realmente dispone, sin que esta voluntad pueda determinarse con un somero examen de las cláusulas testamentarias, porque esto sólo es suficiente y atendible cuando, de manera incontrovertida, es el exacto reflejo de la voluntad del testador, pero nunca si se presta a diversas interpretaciones o si, pese a su aparente claridad, no se conforman con lo que el causante quería.

El artículo 675 de nuestro Código Civil basa la interpretación del testamento en un criterio subjetivo, que aspira, esencialmente, a descubrir la voluntad del testador, por lo que, aun cuando la primera regla interpretativa del precepto sea la literalidad, puede acudir, con el fin de aclarar esa voluntad, al conjunto del documento testamentario, empleando unitariamente las normas de hermenéutica e incluso haciendo uso, como ya ha quedado reseñado anteriormente, de los denominados medios extrínsecos o circunstancias exteriores al testamento.

En consecuencia, no se trata tanto de interpretar un texto, sino que hay que partir de que éste sea claro, de que las disposiciones lo sean de última voluntad, lo cual coincide con el concepto de testamento que ofrece el artículo 667 del Código Civil, así como con el principio del favor testamenti, que, evidentemente, no puede ser

obviado. Una interesante Sentencia de 19 de Diciembre de 2.006 calificó las palabras “mi deseo de” como constitutivo de expresión de última voluntad.

A la vista de lo expuesto y analizado, cabe afirmar que las reglas de interpretación del testamento ológrafo han de venir referidas a cuatro extremos o puntos fundamentales: 1.º si las palabras son claras, y no plantean oscuridad o ambigüedad, debe prevalecer el sentido literal, sin que sea necesaria interpretación alguna.

2.º del artículo 675 de nuestro Código Civil se desprende, sin embargo, la preeminencia de la auténtica voluntad del testador, teniendo en cuenta que dicha voluntad constituye la Ley del testamento. Para su averiguación, no cabe detenerse en el aspecto literal, sino que deben aplicarse todos los elementos o factores, es decir, el literal, el lógico, el sistemático y el teleológico, sin que entre ellos quepa establecer escalonamiento de jerarquías.

Si la voluntad así hallada es congruente con el elemento literal, éste será mantenido, pero no por su preferencia sobre los demás, sino porque la labor interpretadora global demuestra la precisión del testador en el uso de las palabras y la clara expresión, a través de éstas, de su verdadera voluntad. En cambio, cuando la voluntad obtenida discrepe del elemento literal, se prescindirá de éste y se estará a lo más conforme con aquélla.

3.º admisibilidad de los medios de prueba extrínsecos: los elementos interpretativos deben ser lo que suministre el propio testamento, sin acudir a circunstancias, datos o elementos extrínsecos exteriores al testamento, si bien la doctrina, en nuestro país, acude a estos medios de prueba extrínsecos, confirmada por los artículos 755, 767, 790 y 858 del Código Civil, aunque la voluntad averiguada por estos medios externos no podrá prevalecer si es inconciliable con cualquiera de los sentidos posibles del testamento.

La doctrina jurisprudencial española fue contraria a la admisión de estos medios de prueba extrínsecos hasta la Sentencia de 8 de julio de 1940, que destacó la importancia de averiguar la verdadera voluntad del testador, permitiendo, para ello, el acceso a estos medios, siempre que el sentido así averiguado tenga expresión, aunque sea incompleta, en el documento y pueda la declaración formal ser configurada por sí sola como declaración del contenido de la voluntad del testador. Sentencias posteriores a la citada vinieron a confirmar este criterio; y por último.

4.º integración de la disposición testamentaria: hay ocasiones en que la disposición testamentaria no falta, sino que está incompleta, o que resulta inexpresiva ante una contingencia que el testador no previó al hacerla.

Nuestra Jurisprudencia ha señalado que, cuando las cláusulas sean inexpresivas en algún extremo, el sentido literal de las disposiciones testamentarias insuficientemente expresado puede ser desenvuelto e integrado por el Juez, pero siempre, lógicamente, partiendo de las propias declaraciones del documento testamentario, del cual pueda extraerse, de modo claro y evidente, la verdadera y completa voluntad del causante, tal como expresó la Sentencia de 26 de noviembre de 1974.

A mi juicio, debe prevalecer la voluntad última del testador, la más próxima al momento de la muerte, pero, lógicamente, cuando hay varios testamentos, hay que estar a lo dispuesto en el último, ya que el testamento es perfecto, para el testador, desde su otorgamiento y no una mera declaración avanzada a título de precario de su última voluntad. En consecuencia, la interpretación de un testamento ológrafo ha de venir referida al momento del otorgamiento.

NUNCA SE HAN PODIDO INSCRIBIR LEGALMENTE LOS DOCUMENTOS PRIVADOS RELATIVOS A BUQUES

(La Ley de Navegación Marítima de 24/7/14) (1)

Rafael Rivas Andrés

Notario

SUMARIO

- I. LA DEROGACIÓN DEL REGLAMENTO DEL REGISTRO MERCANTIL DE 1956 Y LA DIFERENCIA ENTRE REQUISITOS DE LA DOCUMENTACIÓN Y REQUISITOS DE LA INSCRIPCIÓN DE BUQUES
- II. ESQUEMA DE LA ORGANIZACIÓN Y PRINCIPIOS DE LA SECCIÓN DE BUQUES DEL REGISTRO DE BIENES MUEBLES
- III. LA DOCUMENTACIÓN DE LA CONSTRUCCIÓN, COMPRA Y ARRENDAMIENTO DEL BUQUE: SUS PRECEDENTES LEGISLATIVOS Y SU INSCRIPCIÓN “DECLARATIVA”
- IV. LA DOCUMENTACIÓN DE LA HIPOTECA NAVAL: SUS PRECEDENTES LEGISLATIVOS Y SU INSCRIPCIÓN “CONSTITUTIVA”
- V. LA INSCRIPCIÓN DEL BUQUE EN EL REGISTRO DE BIENES MUEBLES, SUS PRECEDENTES LEGISLATIVOS Y LA CONFIGURACIÓN CIVIL DE LOS DOCUMENTOS: NUNCA SE HAN PODIDO INSCRIBIR LEGALMENTE DOCUMENTOS PRIVADOS

(1) Este estudio es una reelaboración parcial del publicado con el título “Algunas novedades notariales y registrales en la Ley de Navegación Marítima de 24/7/14”, *Boletín de Información Notarial (BIN)*, revista digital editada por el Ilustre Colegio Notarial de Andalucía, núm. 44, febrero 2015, pp. 8 a 48. Apareció en la página digital *Notarios y Registradores*.

I. LA DEROGACIÓN DEL REGLAMENTO DEL REGISTRO MERCANTIL DE 1956 Y LA DIFERENCIA ENTRE REQUISITOS DE LA DOCUMENTACIÓN Y REQUISITOS DE LA INSCRIPCIÓN DE BUQUES

Causa sonrojo tener que comenzar estas líneas con dos advertencias que por conocidas deberían sobrar en cualquier estudio sobre las novedades de la reciente Ley de Navegación Marítima (LNM); pero la contumacia en la confusión no deja otra salida para intentar hacer luz en algo innecesariamente oscuro.

La primera advertencia es que el Reglamento no puede derogar la Ley.

En efecto, sabido es que la inscripción de los títulos relativos a buques y aeronaves se practicaba en sendos Libros especiales integrados en los Registros Mercantiles. El Reglamento del Registro Mercantil (RRM) de 14/12/1956 dedicó a regular estas inscripciones los arts. 145 a 190.

Hoy Buques y Aeronaves ya no forman parte del Registro Mercantil, sino de otro distinto, el Registro de Bienes Muebles (RBM creado por la DA Única del RD 1828/1999 de 3 de Diciembre), que integra las secciones de ambos. El RRM/1956 como tal reglamento está derogado, pero en tanto no se publique un nuevo Reglamento del RBM, la DT 6 del RD 1597/1989 de 29 de diciembre y la DT 13 del RD 1784/1996 de 19 de Julio, declararon vigentes estos arts. 145 a 190.

Ofendería la inteligencia del lector que nos dedicáramos a solemnizar lo obvio y por eso sólo diremos que una norma de rango inferior como el RRM/1956 nunca ha podido contravenir normas de rango superior, y consecuentemente sus determinaciones sobre los documentos privados y extranjeros, jamás han podido derogar los arts. 1, 2 y 17 bis de la Ley del Notariado de 1862 (LN), el 578 del Código de Comercio de 1885 (Ccom), los 3 y 17 de la Ley de Hipoteca Naval de 1893 (LHN), el 4 de la Ley Hipotecaria (LH), o los 1218, 1219, 1225 y 1230 del CC, que nunca han permitido la inscripción, ni de documentos privados, ni de documentos extranjeros en nuestro RBM.

En cualquier caso, la Disposición Derogatoria Única de la LNM (por más que no era necesario) expresamente deroga al RRM/1956 en todo lo que se le oponga; lo dice así:

*"A la entrada en vigor de la presente ley quedarán derogadas cuantas disposiciones de igual o **inferior rango** se opongan a la misma..."*

Lo que queremos decir con todo esto es que el lector es muy libre de no compartir las opiniones que expresamos en las líneas que siguen, pero quien las critique deberá de basarse para ello en normas con el mismo rango que la LNM, no en normas reglamentarias.

La segunda advertencia no por más obvia es menos importante que la anterior, pues trata de resaltar que los requisitos de la documentación en la que se formalizan los contratos relativos a buques, son distintos de lo que se exigen para la inscripción.

Por chocante que parezca hemos detectado una insana tendencia a confundir unos requisitos con otros, pretendiendo aplicar ciertas reglas documentales a resolver problemas registrales.

En otras palabras, hemos de ver que el arrendamiento, la construcción y la compra de buque son válidos tanto si se pactan verbalmente como si se formalizan en documento privado o Escritura pública; la hipoteca naval sólo es válida si pacta en documento privado o directamente en Escritura. Ahora bien, la inscripción de todos estos actos sólo se puede practicar mediante Escritura o Póliza notarial, pues en ningún caso es admisible la inscripción de los pactos verbales o de los documentos privados.

Insistimos: si no se tienen en cuenta estas advertencias el fracaso en la explicación de la nueva LNM está asegurado.

II. ESQUEMA DE LA ORGANIZACIÓN Y PRINCIPIOS DE LA SECCIÓN DE BUQUES DEL REGISTRO DE BIENES MUEBLES

Para poder detallar de manera coherente los requisitos de la documentación y la inscripción de los contratos sobre buques es necesario primero explicar, aunque sea de manera esquemática, los principios por los que se rige el funcionamiento del RBM, que como vamos a ver es un registro no sólo de gravámenes como el de Hipoteca Mobiliaria y Prenda Sin desplazamiento (HM y PSD) sino también de titularidades.

Por otro lado hay una cuestión sistemática que tiene gran trascendencia para la solución de algunos problemas que iremos viendo,

y es que (con independencia de ciertas reiteraciones a lo largo del texto) la LNM regula los principios registrales con la pretensión de que se apliquen a todos los contratos relativos al buque (construcción, compra, arrendamiento e hipoteca) en sitio completamente distinto y previo a todos ellos, concretamente en los arts. 67 a 77, de la Sección 1.^a ("De la inscripción en la Sección de Buques del Registro de Bienes Muebles"), del Capítulo II ("Del registro y documentación de buques"), del Título II ("De los vehículos de navegación").

Dicho lo anterior lo primero es resaltar que está organizado tomando como modelo el registro de la propiedad inmobiliaria y por eso se lleva por el sistema de **folio real** de titularidades y gravámenes según el art. 70 LNM.

"1. La Sección de Buques del Registro de Bienes Muebles se llevará por el sistema de folio real".

"2. Dicho Registro tiene por objeto la inscripción o anotación de los actos y contratos relativos al dominio y demás derechos reales sobre los buques..."

Y por eso también se exige que la inmatriculación, la **primera inscripción, sea de dominio** ex art. 71.1.

"1. La primera inscripción de cada buque en el Registro será de dominio y se practicará en virtud de certificación de la hoja de asiento expedida por el Registro de Buques y Empresas Navieras, acompañada del título de adquisición, que deberá constar en cualquiera de los documentos citados en el artículo 73, salvo que se trate de buques y embarcaciones de recreo o deportivas construidas en serie o de buques procedentes de países cuyas leyes no exijan esa forma de documentación".

Esta es la razón de que los **principios registrales** por los que se rige la sección de buques del RBM están redactados a imagen y semejanza de los del registro de la propiedad en los arts. 73 a 77 LNM: titulación pública, legalidad, legitimación, fe pública registral e inoponibilidad.

Destacamos por su importancia en lo que aquí nos convoca el principio de **titulación auténtica** (que obvio es decirlo, únicamen-

te es requisito para la “inscripción”, no para la “documentación” del contrato) que se exige con carácter general con una claridad y contundencia que nunca antes había tenido, pues sin perjuicio de otras referencias (arts. 63.1, 69.3, 71.1, 109, 118 y 128 LNM) lo impone así el art. 73 LNM.

"Principio de titulación pública.

*1. La inscripción en el Registro se practicará en virtud de **escritura pública, póliza intervenida por notario**, resolución judicial firme o documento administrativo expedido por funcionario con facultades suficientes por razón de su cargo.*

2. El notario español o cónsul de España en el extranjero que autorice una escritura pública o intervenga una póliza relativa a buques, embarcaciones o artefactos navales deberá obtener de la Sección de Buques del Registro de Bienes Muebles, con carácter previo al otorgamiento, la oportuna información sobre la situación de dominio y cargas y deberá presentarla, directamente o por testimonio, en la forma y por los medios que reglamentariamente se establezcan".

Nótese que como bien ha puesto de relieve el Notario Vicente MARTORELL GARCÍA, este principio de titulación auténtica (que excluye la inscripción de documentos privados y extranjeros), todavía ha sido más reforzado si cabe, pues los arts. 69.3, 109, 118 y 128 LNM han sido recientemente modificados por la Disposición Final 6.1 de la Ley 9/2015, de 25 de mayo, y a pesar de ello siguen diciendo básicamente lo mismo que en su versión original con lo que se excluye categóricamente cualquier error de redacción.

Otro de los pilares sobre los que pivota el RBM es la **inoponibilidad** de lo no inscrito derivada de la “integridad” registral; está recogida en el Art 77 LNM a cuyo tenor.

"Principio de inoponibilidad... Los actos sujetos a inscripción que no estén debidamente inscritos o anotados no perjudican a terceros de buena fe".

Las referencias a la inoponibilidad son continuas tanto a lo largo de la Ley (Arts 63.1, 69.2, 118, 190 LNM...), como fuera de ella para

otros registros en los arts. 606 Cc y 32 LH (2), Art 1549 CC (3), y hasta en el art. 19 de la Ley del Registro Civil de 21/7/11 (4).

Pero la sección de buques del RBM no se limita sólo al efecto de inoponibilidad como ocurre en algunos sistemas registrales inmobiliarios como el francés y el italiano, sino que como el nuestro en el art. 34 LH (5) [no así el de HM y PSD que es sólo de gravámenes según explica LACRUZ BERDEJO (6)] tiene reconocida “exactitud” dando lugar a la **fe pública registral** de manera que su contenido puede llegar a imponerse a la realidad en beneficio de determinados terceros; lo dice así el art. 76 LNM.

"Principio de fe pública registral. La inscripción no convalida los actos o contratos que sean nulos con arreglo a las leyes. La declaración de inexactitud o nulidad no perjudicará los derechos de terceros"

(2) Arts. 606 CC y 32 LH ambos con el mismo texto: *"Los títulos de dominio o de otros derechos reales sobre bienes inmuebles, que no estén debidamente inscritos o anotados en el Registro de la Propiedad, no perjudican a tercero"*.

(3) Art. 1549 del CC: *"Con relación a terceros, no surtirán efecto los arrendamientos de bienes raíces que no se hallen debidamente inscritos en el Registro de la Propiedad"*

(4) Art. 19 Ley Registro Civil/2011: *"Presunción de integridad. Principio de inoponibilidad."*

1. *El contenido del Registro Civil se presume íntegro respecto de los hechos y actos inscritos.*

2. *En los casos legalmente previstos, los hechos y actos inscribibles conforme a las prescripciones de esta Ley serán oponibles a terceros desde que accedan al Registro Civil"*.

(5) Art. 34 LH: *"El tercero que de buena fe adquiriera a título oneroso algún derecho de persona que en el Registro aparezca con facultades para transmitirlo, será mantenido en su adquisición, una vez que haya inscrito su derecho, aunque después se anule o resuelva el del otorgante por virtud de causas que no consten en el mismo Registro."*

La buena fe del tercero se presume siempre mientras no se pruebe que conocía la inexactitud del Registro.

Los adquirentes a título gratuito no gozarán de más protección registral que la que tuviere su causante o transferente".

(6) LACRUZ BERDEJO, José Luis: *"La forma constitutiva en la Hipoteca Mobiliaria y en la Prenda sin Desplazamiento de la Posesión"*, *Estudios de Derecho Privado Común y Foral*, Colegio de Registradores y JM Bosch editor, Barcelona 1992, p. 501.

que reúnan los requisitos establecidos en el artículo 34 de la Ley Hipotecaria”.

De todas maneras, una lectura apresurada de lo dicho hasta aquí podría hacer llegar a la conclusión de que los derechos no producen efecto frente a terceros si no constan inscritos en el correspondiente registro, lo cual exige ciertas matizaciones pues “inscripción en el registro” y “eficacia frente a tercero” no son términos simétricos, dado que pueden existir tanto efectos frente a terceros sin inscripción, como inscripciones que no perjudiquen a terceros. Por más que estamos tratando esta materia de manera esquemática algo hemos de decir a este respecto a la vista de que cierta desviada postura registral ha llegado hasta pretender que la propiedad no produzca efectos sin inscripción (7). Veamos.

Fuera del Registro, por el principio de la “relatividad del contrato” de los arts. 1091 y 1257 CC, éste sólo tiene eficacia entre las partes pues las obligaciones que surgen de él únicamente pueden afectar a los contratantes. Cosa distinta es que el derecho adquirido por el contrato (de arrendamiento, de propiedad, etc.) se pretenda que tenga efectos frente a todos pues todos han de respetar los derechos ajenos.

Precisamente para facilitar la defensa de los derechos frente a los terceros resulta que hay determinados efectos que nuestro ordenamiento sólo los atribuye a los documentos, no al contrato. Nótese que los documentos privados tienen por sí solos unos efectos probatorios que no tienen los pactos verbales, y en determinadas circunstancias especiales, ciertos documentos privados “individualmente” considerados, pueden llegar a alcanzar algunos efectos más

(7) Esta equivocada opinión es de claro origen registral y desgraciadamente ha hecho fortuna entre ciertos Catedráticos y Magistrados no atentos a los graves errores que contiene, pues como bien dijo el Notario MARTÍN ROMERO: *“los derechos reales se inscriben... porque existen... no al revés...”*. Efectivamente, el catedrático de Derecho Internacional SÁNCHEZ LORENZO (Diario la Ley, número 6425, 20/2/06) y los Magistrados de la Audiencia de Santa Cruz que intervinieron en la SAP de 22/11/06 coinciden en afirmar que sólo la propiedad inscrita produce efectos frente a terceros, lo que originó la crítica inmediata de BRANCÓS NÚÑEZ (Revista La Notaría, núm. 37-38 de enero 2007), que no sin cierta sorna se preguntaba si es que en las Cátedras y en las Audiencias no conocen las Tercerías de Dominio.

propios de los documentos públicos: valor probatorio reforzado, fecha fehaciente, efecto ejecutivo, prelativo, traditorio... Por su parte, el “género” Escritura pública notarial, ya tiene ligado a su existencia (genéticamente en su ADN) los cinco efectos fuertes: prueba plena judicial, ejecutivo, prelativo, traditorio y registral.

Lo que queremos decir es que estos contratos se pueden pactar válidamente en forma verbal, pero si se quieren conseguir algunos efectos mayores se pueden elevar a documento privado, y si lo que se pretende es obtener la plenitud de efectos documentales se puede elevar a Escritura notarial.

Si se pacta verbalmente o en documento privado el círculo de afectados no cambia: siempre son los contratantes y sus causahabientes ex art. 1225 (8). Sin embargo, si el contrato se eleva a Escritura pública, ésta goza de veracidad e integridad (art. 17.bis.2.b LN y produce efectos frente a tercero: en su contra (la oponibilidad de su fecha y su existencia del art. 1218 CC) y a su favor (la utilizabilidad de los arts. 1219 y 1230 CC).

Entrando ahora en el ámbito registral, resulta que el RBM (y el de la propiedad) tienen diseñado un plan de protección para un tercero muy especial y concreto: el adquirente de buena fe y a título oneroso (esto último según opinión muy mayoritaria) que inscriba su derecho, el cual puede confiar en que lo no inscrito no le va perjudicar (arts. 77 LNM, 606 Cc y 32 LH), y que incluso su adquisición se va a imponer a la realidad extrarregistral (arts. 76 LNM y 34 LH) si se llegan a anular títulos anteriores por causas que no consten en el registro ni provengan de su propio título, y todo ello tanto si adquiere de otro titular registral, como si adquiere lo que no está inmatriculado o con tracto interrumpido (esto último al menos para los que consideran que sólo hay un tipo de tercero registral).

Por otro lado también en este ámbito registral hay que hacer matizaciones, pues José M.^a MIQUEL relata hasta seis situaciones en las

(8) Art. 1225 CC: *“El documento privado, reconocido legalmente, tendrá el mismo valor que la escritura pública entre los que lo hubiesen suscrito y sus causahabientes”.*

que una propiedad no inscrita tiene efectos frente a terceros aunque inscriban (9).

Para terminar este apartado sí que nos gustaría resaltar una doble utilidad de esta configuración de la Sección de Buques del RBM al modo del registro de la propiedad, y que no es otra que gracias a este mimetismo, los puntos oscuros o faltos de regulación del primero, se pueden cubrir aplicando de manera supletoria o complementaria la regulación del segundo.

Los argumentos para la aplicación del CC, la LH y el RH al RBM son múltiples: de manera indirecta por analogía, y por aplicación del CC (al que remiten los arts. 4.3 Cc y 2 LNM), que a su vez remite a la Ley Hipotecaria con carácter general en el art. 608 CC (10). Y de

(9) Miquel GONZÁLEZ DE AUDICANA, José María: *Estudios en conmemoración del 150 aniversario de la Ley del Notariado*, Consejo General del Notariado, 2012, Tomo III-2, Derecho patrimonial 2, p. 181 a 185.

Las situaciones son las siguientes:

1. La falta de inscripción no impide a los acreedores del comprador ejecutar sus bienes.

2. La falta de inscripción no impide al comprador ejercitar una tercería de dominio para levantar el embargo practicado contra el vendedor.

3. La falta de inscripción no impide oponer la propiedad adquirida a terceros que no inscriben sus derechos.

4. La falta de inscripción no impide oponer la propiedad al adquirente de mala fe aunque inscriba, pues la doctrina, la DGRN y el TS coinciden en que el sistema registral no puede amparar la mal fe y el fraude.

5. La falta de inscripción no impide oponerla a terceros adquirentes a título gratuito, tanto si adquieren de otro titular registral (art. 34 LH), como si son inmatriculantes por adquirir de otro titular no registrado (art. 32 LH aunque con alguna matización en este caso para ciertos autores).

6. La falta de inscripción no impide que se oponga la que se adquiere por la usucapión en las condiciones del art. 36 LH, tanto frente al tercero inmatriculante del art. 32 LH, como frente al tercero del art. 34 LH.

(10) Art. 4.3 CC: "*Las disposiciones de este Código se aplicarán como supletorias en las materias regidas por otras leyes*".

Art. 2.1 LNM: "*1. La presente ley se aplicará en tanto no se oponga a lo dispuesto en los tratados internacionales vigentes en España y en las normas de la Unión Europea que regulen la misma materia.*

De forma supletoria se estará a las leyes y reglamentos complementarios y a los usos y costumbres relativos a la navegación marítima. A falta de todo ello y en cuanto no se pudiere recurrir a la analogía se aplicará el Derecho común".

Art. 608 CC: "*Para determinar los títulos sujetos a inscripción o anota-*

manera directa porque hay apelaciones inmediatas a la legislación hipotecaria como la que hacen los arts. 67 (11) LNM con carácter general, el 76 LNM para la fe pública, o el 144 LNM respecto de la hipoteca (12).

Nótese que este último argumento es reversible, pues dado que la Sección de Buques y el Registro de la Propiedad están configurados por los mismos principios, consideramos que por analogía algunas de las reglas d

el primero se podrían aplicar al segundo, ya que siendo esta regulación más moderna tiene un mejor y más claro tratamiento de algunas cuestiones como la prohibición de la inscripción de documentos privados y extranjeros.

III. LA DOCUMENTACIÓN DE LA CONSTRUCCIÓN, COMPRA Y ARRENDAMIENTO DEL BUQUE: SUS PRECEDENTES LEGISLATIVOS Y SU INSCRIPCIÓN “DECLARATIVA”

Los precedentes legislativos están constituidos por el Ordenamiento de Alcalá de 1348 y el art. 1291 del Anteproyecto de CC de 1882-1888 [que es igual que el actual art. 1278 CC según PEÑA y BERNALDO DE QUIRÓS (13)], que consagran la libertad de forma en los contratos como regla general.

También el art. 578 Ccom.

ción, la forma, efectos y extinción de las mismas, la manera de llevar el Registro y el valor de los asientos de sus libros, se estará a lo dispuesto en la Ley Hipotecaria”.

(11) Art. 67 LNM: *“El Registro de Bienes Muebles, en su Sección de Buques, se registrá por lo dispuesto en esta ley, su reglamento de desarrollo y demás disposiciones complementarias y, en todo lo no previsto, por la Ley y el Reglamento Hipotecarios, que regirán con carácter supletorio en cuanto sean aplicables”.*

(12) Art. 144 LNM: *“En todo lo no previsto en el presente capítulo será de aplicación lo dispuesto en la Ley Hipotecaria”.*

(13) PEÑA Y BERNALDO DE QUIRÓS, Manuel: “El Anteproyecto del Código Civil Español 1882-1888”, editado por Colegios Notariales, 2.^a edición, Madrid 2006.

"Si hallándose el buque en viaje o en puerto extranjero, su dueño o dueños lo enajenaren voluntariamente, bien a españoles o a extranjeros con domicilio en capital o puerto de otra nación, la escritura de venta se otorgará ante el Cónsul de España del puerto en que rinda el viaje, y dicha escritura no surtirá efectos respecto de tercero, si no se inscribe en el Registro del Consulado. El Cónsul transmitirá inmediatamente copia auténtica de la escritura de compra y venta de la nave al Registro Mercantil del puerto en que se hallare inscrita y matriculada..."

Y el Art. 17 LHN.

"Si el contrato... se otorgase en país extranjero... deberá celebrarse necesariamente ante el Cónsul español del puerto en que tenga lugar, y además inscribirse en el registro del Consulado..."

El Cónsul español transmitirá inmediatamente copia auténtica del contrato al Registro Mercantil en que la nave se halle matriculada...

Con las mismas formalidades deberán otorgarse los demás contratos que se celebren en el extranjero y que hayan de tener prelación o preferencia sobre el préstamo hipotecario naval en virtud de su inscripción en el Registro Mercantil".

De la lectura de estos arts. se puede concluir:

A) Que estos contratos se podían pactar verbalmente, en documento privado, o en Escritura, pues la exigencia de esta última era sólo para obtener la inscripción, pero no era un requisito "ad substantiam" de formalización documental.

B) Que la inscripción era simplemente "declarativa" pues estos contratos existían previamente a su registración, y ésta sólo se practicaba para ampliar la cantidad de efectos que producían, o en sus propias palabras, para producir efectos "respecto de tercero" (art. 578 Ccom) o para tener "prelación o preferencia" (art. 17 LHN): no era requisito de validez, sino de eficacia.

C) Que no era posible inscribir estos contratos si no se habían elevado a Escritura pública, pues la inscripción directa del documento privado no estaba prevista, era imposible.

D) Que tampoco era posible la inscripción de Escrituras extranjeras, pues la única opción admitida era la Escritura ante el Cónsul

español (así lo ratifican los arts. 73.2 y 118.4 de la actual LNM que imponen al *"notario español o cónsul de España"*, aunque todo esto lo dejamos aquí pues será objeto de estudio específico en otra colaboración).

Pues bien, vamos a ver cómo la LNM sigue a pies juntillas estos precedentes, aunque lógicamente con una mayor perfección técnica y sistemática al integrar en un solo texto las cuestiones contractuales, reales, documentales y registrales.

En lo tocante a la adquisición de la propiedad del buque diremos que se puede producir por cualquier título admitido en derecho, contractual o legal, intervivos o mortiscausa, oneroso o gratuito, original o derivativo: herencia, legado, donación, permuta, aportación a sociedad, construcción, adjudicación en pago de deudas, compraventa, adquisición instantánea "a non domino", usucapión ordinaria o extraordinaria, apropiación del buque salvado sin dueño de menos de 3.000 € (art. 368.4 LNM), adquisición por el Estado de buques naufragados o hundidos vacantes más de tres años (art. 374 LNM)...

Con carácter general, dice el art. 63 LNM.

"1. La adquisición del buque, embarcación y artefacto naval deberá constar en documento escrito y para que produzca efectos respecto de terceros deberá inscribirse en la Sección de Buques del Registro de Bienes Muebles en virtud de los documentos previstos en el artículo 73.1.

2. También se adquirirá la propiedad del buque por la posesión de buena fe, continuada por tres años, con justo título debidamente registrado. Faltando alguno de estos requisitos, se necesitará la posesión continuada de diez años".

A la forma del contrato de construcción naval y su inscripción se dedica el art 109 LNM.

"El contrato de construcción naval deberá constar por escrito y para su inscripción en el Registro de Bienes Muebles habrá de elevarse a escritura pública o en cualquiera de los otros documentos previstos en el artículo 73".

Respecto del contrato de compraventa y su inscripción establece el art. 118 LNM.

- "1. El contrato de compraventa de buque constará por escrito.*
- 2. El comprador adquiere la propiedad del buque mediante su entrega.*
- 3. Para que produzca efecto frente a terceros, deberá inscribirse en el Registro de Bienes Muebles, formalizándose en escritura pública o en cualquiera de los otros documentos previstos en el artículo 73.*
- 4. En los supuestos en que las partes pretendan elevar el contrato a escritura pública u otorgarlo en cualquiera de los otros documentos previstos en el artículo 73, con carácter previo a su protocolización, el notario o cónsul deberá obtener del Registro de Bienes Muebles la oportuna información sobre la situación de dominio y cargas, en la forma y por los medios que reglamentariamente se establezcan".*

Por su parte, el concepto del arrendamiento aparece en el art. 188 LNM en los siguientes términos:

"Por el contrato de arrendamiento de buque el arrendador se obliga, a cambio de un precio cierto, a entregar un buque determinado al arrendatario para que éste lo use temporalmente conforme a lo pactado o, en su defecto, según su naturaleza y características".

Y el art. 189 LNM exige que se documente en determinada forma.

"El contrato de arrendamiento de buque constará por escrito".

En cuanto a los efectos del arrendamiento frente a terceros dice el art. 190 LNM.

"Oponibilidad frente a terceros. Para que pueda ser opuesto a terceros de buena fe, el contrato de arrendamiento del buque deberá figurar inscrito en el Registro de Bienes Muebles".

Recuérdese que este principio de inoponibilidad de lo no inscrito ya se había establecido previamente con carácter general y en términos coincidentes, en la regulación inicial de la Sección de Buques del RBM, en concreto en el art. 77 LNM.

El art. 190 LNM no hace sino pronunciarse en parecidos términos que el art. 1549 del CC respecto del arrendamiento de inmuebles, que es el que establece una doctrina general en esta materia aplicable a todo tipo de arrendamientos por los arts. 4.3 CC y 2 LNM (en el mismo sentido el art. 7 Ley Arrendamientos Urbanos –LAU– y 22 Ley Arrendamientos Rústicos –LAR–).

Vemos pues que los artículos citados sobre construcción, compra y arrendamiento del buque coinciden en establecer como estándar mínimo de forma el documento privado, lo mismo que ocurre en otros contratos fuera de la LNM como los de arrendamientos rústicos (14) o los de aprovechamiento por turno (15).

El problema es que tras esa exigencia del documento privado, la LNM nos deja ayunos de cualquier otra explicación sobre lo que ocurriría si a alguien se le ocurre pactar el contrato verbalmente... ¿el contrato sería nulo de pleno derecho o simplemente se facultaría a cualquiera de las partes para exigir de la contraria esa formalización? ¿se exige esta forma “ad probationem” o “ad solemnitatem”?...

Pues bien de acuerdo con la doctrina general emanada del CC (y aplicando la distinción entre validez y eficacia), la forma de documento privado de los contratos citados entendemos que no es “sustancial” en el sentido de que si no se cumple no afecta a la validez, no es causa de nulidad del contrato. Esta es la regla general que se deriva del principio de libertad formal que impera históricamente en nuestro derecho privado y que está consagrado en el art. 1278 CC.

“Los contratos serán obligatorios, cualquiera que sea la forma en que se hayan celebrado, siempre que en ellos concurran las condiciones esenciales para su validez”.

En otras palabras, en estos contratos cabe tanto la forma verbal, como el documento privado o la Escritura pública. Así se entendió respecto de la exigencia de Escritura pública para los arrendamientos de inmuebles por seis o más años del art. 1280.2.º CC (16), y

(14) Art. 11 de la Ley de Arrendamientos Rústicos de 26/11/03.

(15) Art. 11 de la Ley de Aprovechamiento por turno de 6/7/12.

(16) Art 1280.2.º CC: *“Deberán constar en documento público... 2.º Los arrendamientos de estos mismos bienes [inmuebles] por seis o más años, siempre que deban perjudicar a tercero”.*

así se ha entendido para los contratos de arrendamiento de obra, y compraventa de inmuebles y no vemos razón alguna para cambiar de solución en los contratos que comentamos.

Tan consciente es nuestro legislador de esta distinción entre validez y eficacia, que si alguna de las partes se negara a elevar el contrato a documento privado o a Escritura para ampliar sus efectos, podría exigírsele judicialmente la contraparte. En efecto, el art. 1279 CC permite esta doble opción de exigir tanto el documento privado ("*otra forma especial*", aunque por el mismo esfuerzo se podría obtener la forma notarial), como la Escritura; lo dice así:

"Si la Ley exigiere el otorgamiento de escritura u otra forma especial para hacer efectivas las obligaciones propias de un contrato, los contratantes podrán compelerse recíprocamente a llenar aquella forma desde que hubiese intervenido el consentimiento y demás requisitos necesarios para su validez".

Terminamos diciendo que no parece haber duda sobre que la inscripción de estos contratos en el RBM es simplemente "declarativa", pues como acabamos de explicar el contrato y los derechos que de él se derivan tienen validez sin ella, afectando plenamente a los contratantes e incluso, en determinadas circunstancias, hasta determinados terceros: la inscripción es únicamente para expandir su eficacia.

IV. LA DOCUMENTACIÓN DE LA HIPOTECA NAVAL: SUS PRECEDENTES LEGISLATIVOS Y SU INSCRIPCIÓN "CONSTITUTIVA"

Los precedentes legislativos son:
Art. 3 LHN.

"El contrato en que se constituya hipoteca solamente podrá otorgarse:

Por escritura pública.

Por póliza de Agente de Cambio y Bolsa, Corredor de Comercio o Corredor Interprete de buque...

Por documento privado..."

Art 14 LHN.

"Para que surta la hipoteca naval los efectos que esta Ley le atribuye, ha de estar inscrita en el Registro Mercantil..."

Art. 15 LHN.

"La primera inscripción de cada buque será la de propiedad... y... se efectuará en el Registro Mercantil, presentando copia certificada de su matrícula ó asiento, expedida por el comandante de Marina de la provincia en que esté matriculado"

Art. 17 LHN.

"Si el contrato de hipoteca naval se otorgase en país extranjero, para que surta los efectos que esta Ley le atribuye, deberá celebrarse necesariamente ante el cónsul español del puerto en que tenga lugar, y además inscribirse en el registro del Consulado..."

El cónsul español transmitirá inmediatamente copia auténtica del contrato al Registro Mercantil en que la nave se halle matriculada...

Las conclusiones que se pueden extraer de estos arts. son:

A) Que la hipoteca no se podía pactar verbalmente, pues con carácter "ad solemnitatem" *"solamente podrá otorgarse"* (art. 3 LHN) en Escritura, Póliza, o documento privado.

B) Que la inscripción de la hipoteca era "constitutiva" pues si no se inscribía no es que no producía efectos frente a tercero, sino que no los producía frente a nadie, sencillamente no existía (*"para que surta los efectos que esta Ley le atribuye"* dicen los arts. 14 y 17 LHN).

C) Que no era posible inscribir este contrato si no se había elevado a documento público, ya fuera Escritura, Póliza o **"documento público autorizado por el registrador"**: la inscripción directa del documento privado no estaba prevista, era imposible. En el próximo capítulo ampliaremos estas ideas.

D) Que tampoco era posible la inscripción de Escrituras extranjeras, pues la única opción admitida era la Escritura ante el Cónsul

español (así lo ratifican los arts. 73.2 y 118.4 de la actual LNM que imponen al *"notario español o cónsul de España"*, aunque todo esto lo dejamos aquí pues será objeto de estudio específico en otra colaboración).

Pues bien, la LNM suprime en la DD Única la vetusta LHN de 1893 (que tan excelentes servicios ha prestado), y establece su nueva regulación en los arts. 126 a 144 LNM que siguen los precedentes que acabamos de exponer.

El art.128 LNM vuelve a establecer ese estándar mínimo de documento privado en su formalización, tal y como ya hemos visto que se exigía en la construcción, compraventa y arrendamiento del buque; lo dice así:

"Para que la hipoteca naval quede válidamente constituida podrá ser otorgada en escritura pública, en póliza intervenida por notario o en documento privado y deberá inscribirse en el Registro de Bienes Muebles".

Tras la lectura de este art. 128 LNM hay una cuestión que tiene que quedar clara desde el principio: establece los dos requisitos acumulativos de validez de la hipoteca naval; el "documental" en el que sólo admite la constitución por documento privado o por documento notarial (queda proscrita la constitución verbal); y el "registral" que impone la inscripción con carácter constitutivo... pero... **en ningún momento el art. 128 LNM se refiere a los documentos necesarios para la inscripción**, es un tema que simplemente no trata (lo veremos con más detenimiento en el próximo capítulo).

En fin, torna a plantearse la cuestión sobre si esa exigencia documental es "ad probationem" o "ad solemnitatem". Y en este caso pensamos que la solución es distinta a la que hemos propuesto al hablar de construcción, compraventa y arrendamiento.

Aquí pensamos que la exigencia de Escritura o, como mínimo, documento privado, es "ad solemnitatem", pues es un negocio estrictamente formal. Esta conclusión está avalada por varios argumentos. En primer lugar el literal, pues hay que recordar que en los supuestos vistos hasta ahora, el documento privado se exigía con unas expresiones muy características, así en la adquisición: *"deberá constar en documento escrito"*; en la construcción: *"deberá constar por escrito"*; en la compra: *"constará por escrito"*; en el arrenda-

miento: "*constará por escrito*"; mientras que el art. 128 LNM se expresa con una diferencia sutil pero transcendente cuando dice que la "*escritura*" y el "*documento privado*" se exigen para que la hipoteca quede "*válidamente constituida*", lo que obviamente tiene un significado completamente distinto al ser un requisito de "validez" y no sólo de "eficacia".

No es de desdeñar el argumento histórico y los precedentes relatados pues tradicionalmente en España los requisitos de forma en la documentación de la hipoteca y prenda siempre se ha entendido que era "ad solemnitatem", salvo en sendos arts. 146 de las Leyes Hipotecarias de 1861 y 1869 que con el mismo contenido exigían la Escritura y la Inscripción acumulativamente para la hipoteca (17), pero con una gran imprecisión técnica pues se exigían para que la hipoteca "*pudiera perjudicar a terceros*", con lo que parecía que se era posible hipoteca en Escritura no inscrita con efectos entre partes. Finalmente el art. 146 de la Ley Hipotecaria de 1909 ya exige estos dos requisitos con carácter constitutivo utilizando exactamente los mismos términos que el art. 145 de la LH actual (son copia uno del otro).

Y es que, en efecto, por si hubiera alguna duda sobre la interpretación del art. 128 LNM, tenemos que aplicando los criterios de la LH llegaríamos a la misma conclusión pues ya sabemos que el art. 145 LH exige la documentación de la hipoteca inmobiliaria con carácter estrictamente formal, como requisito de "validez", al igual que su inscripción registral.

*"Para que las hipotecas voluntarias queden **válidamente establecidas**, se requiere:*

- 1.º Que se haya constituido en escritura pública.*
- 2.º Que la escritura se haya inscrito en el Registro de la Propiedad.*

(17) Art. 146 LH 1861 y 1869: "*Para que las hipotecas voluntarias puedan perjudicar a tercero se requiere:*

Primero. – Que se hayan convenido o mandado constituir en escritura pública.

Segundo. – Que la escritura se haya inscrito en el Registro que se establece por esta ley".

Este es el mismo sistema que sigue la LHM y PSD de 1955 en su art. 3.

"La hipoteca mobiliaria y la prenda sin desplazamiento se constituirán en escritura pública.

No obstante la prenda sin desplazamiento podrá también constituirse mediante póliza...

La escritura o la póliza, en su caso, deberán ser inscritas en el Registro...

La falta de inscripción... privará al acreedor... de los derechos que... les concede esta Ley".

Así pues la hipoteca naval se puede constituir, por supuesto que en Escritura, y por expresa disposición de la ley, mediante documento privado "ad solemnitatem", lo que tiene una importancia extraordinaria. Veamos por qué.

Si tomamos por ejemplo una hipoteca inmobiliaria de un apartamento (o una mobiliaria o PSD) que se hubiera pactado verbalmente o en documento privado, el asunto no tendría solución, pues al incumplir el requisito esencial de su formalización en Escritura pública (arts. 145 LH y 3 LHM y PSD), esos pactos no se podrían elevar a Escritura al incurrir en nulidad de pleno derecho, pues ni el Notario ni el juez pueden acceder a ejecutar algo que es radical e insubsanablemente nulo. Todo lo más habría una promesa de garantía que únicamente podría dar paso a simples acciones personales ex art. 1862 CC.

"La promesa de constituir prenda o hipoteca sólo produce acción personal entre los contratantes..."

En la hipoteca naval, si se pactara verbalmente, la situación sería la misma ya que habría incurrido en nulidad de pleno derecho de manera insubsanable, pero si se pactara en documento privado, la situación cambia completamente, pues el contrato es "válido", y para cumplir el requisito de validez adicional de inscripción en RBM siempre se podrá elevar a Escritura pública. Pensemos un ejemplo en que dos empresas, tras arduas negociaciones, llegan a firmar de madrugada el documento privado de hipoteca naval, y a continuación cada firmante toma un vuelo a distintas partes del mundo. Pues

bien, ese documento se puede voluntariamente elevar a Escritura pública al día siguiente, a la semana, al mes, o cuando se quiera, y los firmantes pueden ser las mismas personas u otros representantes, herederos o causahabientes, o elevarlo una parte y ratificarlo otra en momentos y lugares distintos, o, incluso, si una parte se negara a esa elevación se podría obtener judicialmente por la vía del art. 1279 CC, lo cual es de gran importancia si tras el documento privado uno de los firmantes fallece o es declarado incapaz.

Tales son las utilidades del art. 128 LNM, y por eso el art. 144 LNM ha tenido buen cuidado en que cuando remite a la LH sea sólo en "*lo no previsto*" específicamente en la LNM, de manera que quede salvada esta posibilidad de un documento de hipoteca naval que inicialmente sea privado sin incurrir en nulidad. Dicho de otra manera: el art. 128 LNM, se limita a excluir la hipoteca naval pactada verbalmente, con lo que opciones documentales quedan reducidas a dos: documento privado o Escritura/Póliza notarial.

La posibilidad de una garantía real en documento que no sea público no puede extrañarnos desde el mismo momento en que ya existía en el art. 3 de la antigua LHN, y además es el que tenemos para la prenda ordinaria verbal, y para varias sin desplazamiento como diferentes warrants y las antiguas prendas aceitera y ordinaria de menos de menos de 5.000 pts que a pesar de ello mantenían y mantienen su fuerza ejecutiva (18).

(18) La prenda ordinaria del Art 1863 Cc sólo requiere la entrega de la cosa y es ejecutiva en el art. 1872 CC; el resguardo en prenda de Compañías de Almacenes Generales de Depósitos del art. 196 Ccom, es ejecutivo en el art. 197 Ccom; los warrants en algunas prendas agrícolas y de mercancías depositadas del art. 16 del RD de 22/9/1917 sobre Prenda Agrícola (declarado vigente en lo que aquí interesa por la DF Derogatoria de la Ley de Hip. Mob. y PSDP de 16/12/1954), es ejecutivo en el art. 22; los warrants de la Base 17 del RD Ley 11/6/1929 de Puertos, Zonas y Depósitos Francos, son ejecutivos en el Art 276.3.º del Rgto de 22/7/1930; los warrants del art. 205 de las Ordenanzas Grales. de la Renta Aduanas del Dcto 17/10/1947, son ejecutivos en el art. 240 de dichas Ordenanzas; la hoy derogada póliza privada de préstamo de la Prenda Aceitera Sin Desplazamiento de Posesión (arts. 7.º Dcto 29/11/1935 y 15 Rgto. de la Orden de 2/1/1936), que eran ejecutivas en el Modelo B que regularon; y también las prendas en documento privado de menos de 5.000 pesetas (art. 1.868 bis CC introducido por ley 5/12/41 y derogado por Ley Hip Mob 16/12/54) que eran ejecutivas en el art. 1873 bis CC.

Por lo que hace al carácter de la inscripción de la hipoteca naval diremos que está fuera de toda duda de que tiene “carácter constitutivo” pues el art. 128 LNM hemos visto que exige este requisito también como requisito de validez; recordamos: *“Para que la hipoteca naval quede válidamente constituida... deberá inscribirse...”*.

Como vemos la LNM no hace sino seguir el precedente de los arts. 14 y 17 de la LHN y el criterio que mantienen los arts. 1875 CC (19), 145 LH y 3 LHM y PSD, pues por mucho que se haya constituido correctamente en el correspondiente documento, si la inscripción no se puede o no se quiere practicar, la hipoteca no llega a nacer, no existe, y no produce ningún efecto, ni para las partes ni para nadie. La inscripción es cuestión de validez... no de simple eficacia.

El que se exijan requisitos acumulativos de validez a un negocio jurídico a nadie puede extrañar pues existe en otros ámbitos como el de los testamentos (arts. 676 y ss. CC), en donde el testamento común ológrafo, el común abierto en peligro de muerte o epidemia, el común cerrado, el especial militar ordinario y en peligro de acción de guerra, y el especial marítimo ordinario y en peligro de naufragio, por muy válidos que sean al cumplir los requisitos de formalización, pierden toda validez si no cumplen los requisitos adicionales de transcripción, adverbación y protocolización que señala el CC.

V. LA INSCRIPCIÓN DEL BUQUE EN EL REGISTRO DE BIENES MUEBLES, SUS PRECEDENTES LEGISLATIVOS Y LA CONFIGURACIÓN CIVIL DE LOS DOCUMENTOS: NUNCA SE HAN PODIDO INSCRIBIR LEGALMENTE DOCUMENTOS PRIVADOS

No es posible llegar a entender las condiciones que han de reunir los documentos que pretendan acceder al RBM, sin antes explicar la configuración civil de los mismos en los arts. 1216 a 1230 CC; artículos a los que el maestro RODRÍGUEZ ADRADOS llamaba la “Parte General” del Derecho Documental español insistiendo en que el instrumento

(19) Art. 1875 CC: *“Además de los requisitos exigidos en el artículo 1857, es indispensable, para que la hipoteca quede válidamente constituida, que el documento en que se constituya sea inscrito en el Registro de la Propiedad”*.

público tiene incluso más eficacia extrajudicial que judicial, ya que fuera del proceso no quedaría sujeto a la “apreciación conjunta de la prueba”, que es precisamente la razón de la subsistencia de estos arts. del CC que no ha derogado la actual LEC (20).

Nos vemos forzados a reiterar aquí lo que ya hemos dicho sobre que los documentos privados en los Arts 1225 y 1230 Cc sólo produce efectos entre los que los firman y sus causahabientes, mientras que los documentos notariales debido a su veracidad e integridad, “*gozan de fe pública*” (arts. 1, 2, 17.bis.2.b LN), y por eso tienen efectos contra tercero (la oponibilidad del art. 1218 CC) y a favor de tercero (la utilizabilidad del art. 1219 CC).

(20) RODRÍGUEZ ADRADOS, Antonio: “La prueba documental en la nueva Ley de Enjuiciamiento civil”, editado por Colegios Notariales de España, Madrid, 2003, p. 8 a 10. Aclara este autor que la Exposición de Motivos XI de la LEC ya avisa que hay preceptos del Cc que tienen más relevancia que su consideración procesal y sobre todo la Exposición de Motivos XX de la LEC que dice “... *En lo que afecta al Código Civil, ha de destacarse que, si bien se suprimen las normas relativas a los medios de prueba, se mantienen aquellos preceptos relativos a los documentos que pueden tener relevancia, y no pequeña, en el tráfico jurídico... tratan de la certeza y eficacia extrajudiciales...*”.

Lo más curioso de todo es que no sólo la doctrina civilista (salvo algún Magistrado del TS) está de acuerdo con esta configuración de los documentos, sino que también lo está la procesalista en bloque, y cita a los siguientes:

FERNÁNDEZ-BALLESTEROS, Miguel Ángel, en “Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil”, Iurgium-Atelier Editores, dic. 2000, p 1514: “*es que se admite que el documento tiene una dimensión que supera la meramente probatoria*”.

REPRESA, Sacristán, en la obra coordinada por FERNÁNDEZ-BALLESTEROS citada: “*La cuestión relativa a la eficacia actual de estos preceptos del Código, se presenta indudable en relación con asuntos sustantivos, en concreto su dimensión obligacional al margen del proceso*”.

MONTERO AROCA, Juan, en “Nociones generales sobre la prueba (Entre el mito y la realidad)”, de Cuadernos de Derecho Judicial, VII, 2000 del Consejo General del Poder Judicial, p. 23: “*el mito de que las normas relativas a la prueba son siempre procesales no puede mantenerse*”.

DE LA OLIVA SANTOS, Andrés, en “Derecho Procesal Civil” con Ignacio Díez-PICAZO GIMÉNEZ, Areces 2000, p 287: que refiriéndose a los arts. que comentamos del CC dice “*se mantienen en cuanto pueden tener virtualidad extraprocesal*”.

A lo anterior hay que añadir que según el art. 608 CC, la Ley Hipotecaria no se puede dedicar a otra cosa que a determinar los actos y contratos sujetos a inscripción (títulos en sentido material), y los efectos y valor de éstas, pero no tiene competencia para regular los requisitos y efectos de los documentos (títulos en sentido formal) que es materia reservada al CC en los artículos citados (y en los 676 y ss para los testamentos) y, en su caso, a la legislación notarial para los de esta clase [art. 1217 CC (21)].

Con esta perspectiva es cuando se entiende que cuando los arts. 3 LH, 14 y 17 LHN, 3 LHM y PSD, y 73.1 LNM exigen que el documento que se inscriba sea una Escritura o Póliza notarial, no es una concesión graciosa de la legislación hipotecaria hacia el documento notarial, sino un simple reconocimiento de su especial naturaleza jurídica, pues de otra manera el documento privado inscrito acabaría teniendo unos efectos frente a terceros contrarios a su configuración legal. Este y no otro es el punto de vista correcto para abordar las inscripciones en el RBM.

Cierto que este planteamiento general puede tener alguna excepción anecdótica de inscripción de documentos privados, pero como todas las excepciones han de cumplir los tres requisitos exigidos por la jurisprudencia y la doctrina:

1. Deben estar impuestas de manera expresa en norma de igual rango que la regla general, es decir, en norma legal (STS Sala 3.^a 19/7/13)
2. No se pueden aplicar extensivamente a supuestos no específicamente contemplados en la norma (argumento art. 4.2 CC y STS 32/1/1947).
3. Serán objeto de interpretación restrictiva (STS Sala 3.^a 7/3/03).

Añádase a lo que acabamos de decir que la disciplina sobre los documentos que contiene el CC es la “Ley Especial del Derecho Documental español” que no se puede entender derogada por leyes documentales generales (las que dedicándose a otras materias con-

(21) Art. 1217 CC: “*Los documentos en que intervenga Notario público se registrarán por la legislación notarial*”.

tienen alguna determinación documental), a menos que se haga de manera expresa (*vid.* por todas STS Sala 1.^a de 30/9/10).

Respecto de la **inscripción del arrendamiento, construcción y compraventa del buque** parece que hay un consenso generalizado sobre que sólo se puede practicar si constan en Escritura pública.

Sus precedentes del art. 578 Ccom y 17.3.º párrafo LHN, no dejan lugar a dudas sobre que se exigía en cualquier caso la Escritura autorizada por Notario o Cónsul español.

Y todavía está mucho más clara la cuestión en la nueva LNM, pues ya no es sólo que con carácter general lo exija así el art. 73.1 LNM ("*escritura pública, póliza intervenida*"), sino que las referencias a este tipo de documento notarial son continuas, como en los arts. 63.1 ("*documentos previstos en el artículo 73.1*"), 69.3 ("*cualquiera de los documentos del artículo 73*"), 71.1 ("*documentos citados en el artículo 73*"), 109 ("*elevarse a escritura*"), 118 ("*formalizándose en escritura*").

En otras palabras, el contrato se podrá formalizar como se quiera, pero si no se eleva a Escritura es ininscribible.

Respecto de la **inscripción de la hipoteca naval** se produce el curioso fenómeno de que teniendo en la LNM un planteamiento de inscripción exactamente igual que el que acabamos de ver para el arrendamiento, construcción y compra del buque, sin embargo se pretende por algunos autores que la solución ha de ser distinta y aquí el documento privado sí que sería inscribible... ¿por qué?... En fin, veremos que ni los precedentes legislativos, ni mucho menos la actual LNM, abonan semejante pretensión.

Los precedentes legislativos específicos de la inscripción de la hipoteca naval estarían constituidos por el art. 3 LHN que además de imponer para la inscripción la Escritura y la Póliza, tenía un párrafo 3.º que ahora transcribimos completo.

*"Por documento privado que firmen los interesados o sus apoderados, y que **presenten** ambas partes, ó cuando menos la que consienta la hipoteca, **al funcionario** encargado de verificar la inscripción, **identificando ante él su personalidad**".*

Por su parte el art. 50.1.º LHN admitía la cancelación de las inscripciones de hipoteca naval no sólo por Escritura o Póliza sino

*"1.º Por... **comparecencia** personal del acreedor ó de su apoderado **ante el Registrador**, dando éste **fe de conocimiento del interesado**".*

Una lectura apresurada de estos preceptos daría la impresión que las inscripciones relativas a hipotecas navales se podían practicar sin documento notarial o público... y no era así... nunca ha sido así...

Lo primero sería explicar cuál era el estado de la legislación hipotecaria cuando se publicó esta LHN. Así el Proyecto de 1851 no admitió la inscripción del documento privado cuando ordenaba en su art. 1821.

"Solo podrán inscribirse los títulos que consten de escritura pública..."

Por otro lado este Proyecto de 1851 distinguió claramente entre la persona a cuyo favor se practicaba la inscripción, y la que presentaba la Escritura en el registro que podían perfectamente ser distintas; lo decía así en su art. 1882.

"El tenedor del registro llevará un libro, en el cual asentará la presentación de la copia auténtica prevenida en el artículo 1845 en el acto de recibirla, expresando la naturaleza del título, la inscripción que se pide, el día y la hora de la presentación , y la persona que la hace..."

Las Leyes Hipotecarias de 1861 y 1869 tenían un mismo art. 3.º que literalmente decía:

"Para que puedan ser inscritos los títulos expresados en el artículo anterior, deberán estar consignados en escritura pública, ejecutoria o documento auténtico exigido por Autoridad judicial o por el Gobierno o sus Agentes, en la forma que prescriban los reglamentos".

También las Leyes Hipotecarias de 1861 y 1869 distinguieron terminantemente entre la persona a la que se le inscribía, y la que presentaba el documento, y por eso tenían el mismo art. 240 que refiriéndose a los asientos de presentación decía que

"... expresarán: 1.º El nombre, apellido y vecindad del que presente el título... 6.º El nombre y apellido de la persona a cuyo favor se pretenda hacer la inscripción..."

Además hay que tener en cuenta que de los 6 Reglamentos Notariales que ha tenido la LN, el primero de ellos de 1862 ya tenía una incipiente regulación de los testimonios en su art. 101; pero sobre todo el segundo RN de de 9/11/1874 (que estaba vigente en 1893), regula con detalle el "testimonio de legitimación de firmas" en el art. 91 diciendo que

"... los Notarios... podrán... dar testimonio de la legitimidad de la firma de... toda clase de personas..."

Si ahora volvemos a leer con detenimiento los arts. 3 y 50 LHN vemos que en ningún momento están admitiendo que se mande a inscripción un documento no notarial, ni siquiera con firmas legitimadas. No. Estos arts. se apartan conscientemente de la práctica registral y notarial existente en ese momento que era perfectamente conocida, y exigen unos requisitos mucho mayores, pues imponen la comparecencia personal del interesado en la inscripción (no del presentador) ante un funcionario público que es el registrador, al que se le dota excepcionalmente no sólo de facultades registrales sino también de **facultades de documentador**.

En efecto, en el art. 3.3.º LHN, al menos el hipotecante (cosa lógica desde el momento en que está admitida la hipoteca unilateral), comparecía ante el registrador, al que personalmente presentaba el documento ("*presenten... al funcionario*"), y aunque fuera con pocas palabras se mantenía una mínima conversación entre solicitante y funcionario, en el que el primero pedía la inscripción de lo que entregaba de propia mano. Pues bien, esta mínima conversación, esta solicitud de inscripción realizada personalmente al funcionario, supone una asunción, una ratificación del contenido del documento en presencia del registrador, aunque sea de manera tácita.

También exige el art. 3.3.º LHN que el compareciente pruebe personalmente al registrador ("*ante él*") algo más que su identidad: "*su personalidad*". Y claro, la "personalidad" engloba a la "identidad" pero es un término mucho más amplio, pues se refiere tanto a una capacidad general de obrar, como a una capacidad y legitimación

concreta para el acto dispositivo de la hipoteca, lo que implica la prueba de los títulos de propiedad que deberán de coincidir con el Registro, la de la constitución de la sociedad hipotecante, el nombramiento de cargos de representantes orgánicos, autorizaciones de la Junta de socios si procede, poderes del compareciente en su caso inscritos en el registro mercantil, etc.

Súmese a lo anterior que es inimaginable que el registrador aceptara sin más que la presentación de propia mano del documento, la solicitud personal de inscripción y la acreditación sin intermediarios de la personalidad del hipotecante, fuera realizada por persona con Síndrome de Down, o con cualquier otra deficiencia psicofísica que le impida manejarse y expresarse de manera normal, o en la que se aprecie que está siendo amenazada o coaccionada. Es decir, se diga cómo se diga, la comparecencia personal y los actos subsiguientes del hipotecante suponen un juicio de capacidad implícito por parte del funcionario.

Todo lo cual requiere una mínima explicación sobre cómo se produce el juicio de capacidad en los documentos notariales en los que como puso de relieve RODRÍGUEZ ADRADOS (22), y más recientemente GÓMEZ-FERRER SAPIÑA (23), hay que distinguir entre el ACTO del otorgamiento y el PAPEL documental en que se reflejaba dicho otorgamiento, de manera que lo importante, lo que es insubsanable, es que los requisitos en la formalización de los instrumentos públicos se hayan cumplido en el ACTO, pues si no se han reflejado en el papel, o bien son formalidades sin importancia, o siempre cabría su subsanación posterior salvo muy pocas excepciones tal y como reconoció la Res 18/4/1879. También avala esta solución el que en el art. 27 LN la falta de juicio de capacidad no se considera causa de nulidad, lo que llevó a la DGRN a admitir que éste sea “implícito”, y por esa vía consideró válidos los poderes otorgados ante Notario alemán mediante una diligencia compleja de reconocimiento de

(22) RODRÍGUEZ ADRADOS, Antonio: “Formación del Instrumento público”, *Escritos Jurídicos*, editados por Colegios Notariales, Madrid, 1996, Tomo III, p. 479 a 506. También en “Nueva legislación notarial comentada”, edita Colegio Notarial de Madrid, comentario al art. 27 LN, Tomo I de Legislación Notarial, p 133 a 136.

(23) GÓMEZ-FERRER SAPIÑA, Rafael: “Nulidad del Instrumento Público”, *DERECHO NOTARIAL*, Tema 31 de la obra colectiva dirigida por Joaquín BORREL, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, p. 803 a 874.

firma en los que no consta de forma “expresa” el juicio positivo de capacidad sino que se deduce de la actuación notarial que relatan (Res 11/6/1999 y 21/4/03).

Lo mismo cabe decir del art. 50.1.º de la antigua LHN, pues no se trata de la inscripción de un acto dispositivo realizado verbalmente, sino de que un funcionario realiza un documento mediante la comparecencia personal del interesado con juicio de identidad y de capacidad.

En este caso de cancelación, al legislador de hace tres siglos se le escapa que en realidad lo que hacía era atribuir “pseudo competencias” “pseudo notariales” al registrador, pero nada más lejos que decretar libertad para inscribir documentos privados con o sin legitimación de firmas. Por eso le exige al registrador que dé “*fe de conocimiento*” que es la expresión típica que utilizan los arts. 23 y 27 de la LN de 1862 para los documentos notariales.

Y aquí habría que repetir lo dicho respecto de la pretendida constitución de hipoteca naval en documento privado: se exige una “*comparecencia personal*” del hipotecante ante el registrador, se mantiene una conversación entre ambos en la que se solicita y presta el consentimiento cancelatorio, previa la acreditación de poderes, juicio de conocimiento, etc., todo lo cual supone un juicio implícito de capacidad.

En definitiva, en estos excepcionales casos de la LHN el registrador tenía unida a su competencia natural, la función “cuasinotarial” de documentador, y cuando practicaba la inscripción en esas condiciones ejercitaba simultáneamente su actividad registral y la documental. Nótese que aunque esto era excepcional, no era desconocido en el derecho español pues algo similar ha ocurrido con las opciones de vecindad y nacionalidad ejercitadas por comparecencia personal ante el “Registrador” Civil [así lo explicaba Rafael NÚÑEZ LAGOS citado por LACRUZ Y SANCHO (24)].

Desde este punto de vista lo único que ha ocurrido es que el moderno legislador de la LNM ha devuelto las competencias documentales al ámbito del que nunca debieron salir (al notarial), dejando al registrador en el ámbito en el que le colocó el art. 608 CC.

(24) LACRUZ BERDEJO, José Luis y SANCHO REBULLIDA, Fco. de Asís: “Derecho Inmobiliario Registral”, editorial Bosch, Barcelona 1977, p. 14.

De todas maneras, sean cuales sean los precedentes de la LHN, los arts. ya citados por extenso en estas líneas, y en particular el art. 73.1 LNM, han dejado perfectamente claro con una denominación meridianamente clara ("*TITULACION AUTENTICA*"), que la expresión verbal y el documento privado no tienen cabida en la registración de buques.

No obstante, hay algunas referencias en la LNM al documento privado que pudieran sembrar alguna duda al respecto. Veamos tres ejemplos:

El art. 71.1 LNM (al igual que su precedente art. 15 de la LHN) impone que la primera inscripción del buque en el RBM sea de dominio y se practique por certificación expedida por el Registro Administrativo de Buques y Empresas Navieras (25), certificación que será "acompañada" por el título consignado en Escritura o Póliza. No obstante este título puede que sea un simple documento privado en dos casos: si se trata de embarcaciones deportivas fabricadas en serie o buques de países que no conozcan esta forma de documentación.

Ahora bien, si se lee con atención el artículo anterior, en realidad lo que está haciendo es reforzar el principio de titulación auténtica pues el dominio que se inscribe por primera vez en el RBM es siempre por una "certificación" expedida con todos los requisitos legales por el funcionario al que se refiere el art. 73.1, ya que el título simplemente "acompaña" a la certificación, no la sustituye. Con esta forma de actuar se garantiza que nunca el documento privado acceda al RBM y se traslada el problema a lo que eventualmente pueda resolver el Registro de Buques y Empresas; es allí donde el funcionario correspondiente deberá tentarse muy mucho la ropa a la hora de pedir la documentación principal y complementaria necesaria para resolver lo que proceda.

Por su parte el art. 128 LNM dice que la hipoteca se puede constituir "*en escritura pública, en póliza intervenida por notario o en documento privado y DEBERÁ inscribirse*", con lo que obliga a una lectura sin prisas para descubrir lo que realmente quiere decir,

(25) Salvo si está en construcción en cuyo caso ex art. 69.3 LNM también podría hacerse una primera inscripción por Escritura o Póliza.

pues una lectura rápida pudiera hacer pensar que lo que se inscribe es el documento privado.

Nada más lejos de la realidad, pues ya hemos explicado las diferencias entre los requisitos y efectos de la “documentación” del contrato de hipoteca y los de su “inscripción” en el RBM. Además, hay que observar que los documentos aludidos son tres (Escritura, Póliza y privado), pero cuando se pide la inscripción se utiliza el “singular” DEBERÁ, porque se está refiriendo no a ellos sino a la hipoteca; otra interpretación nos llevaría al absurdo de sostener que lo que hay que inscribir es sólo el documento privado y no la Escritura o la Póliza. Como ya hemos dicho, lo que ocurre con este art. 128 LNM es, ni más ni menos, lo mismo que pasa con los Arts 190 y 196 LNM en sede de arrendamiento: no dicen “cómo” hay que inscribir, pues implícitamente se remiten al art. 73.1 LNM que exige la elevación a Escritura.

También la DF 2.ª.2 LNM pudiera confundir a los no prevenidos cuando modifica el Art 685 LEC, para que diga en el futuro que para la ejecución basta como título ejecutivo *“el documento privado... inscrito en el Registro de Bienes Muebles conforme a lo dispuesto en el artículo 128...”*. Sin embargo, una reflexión pausada sobre lo que realmente quiere expresar este art. nos lleva a la conclusión de que no propugna la inscripción directa de los documentos privados... por varias razones.

La primera es que pretender que una norma adjetiva y procesal como el art. 685 LEC (sólo se refiere a la ejecución, no a cómo se tiene que llevar el RBM) esté derogando la doctrina consolidada derivada del CC, la LH y la mismísima LNM sobre el significado y efectos de los documentos públicos y privados, como broma tiene su gracia, pero jurídicamente parece con escaso fundamento, más cuando la nueva ley ha tenido oportunidades sobradas para haberlo hecho de forma expresa y no de manera tan retorcida.

La segunda porque la DF 2.ª.2 remite para la inscripción al art. 128 LNM, pero esta remisión es vacía y sin contenido, pues acabamos de ver que este art. no dice absolutamente nada sobre la forma y documentación necesaria para la inscripción, ya que contiene una remisión implícita al art. 73.1 LNM que, junto a otras referencias en el arrendamiento, la adquisición, construcción y compra, dejan perfectamente claro que sólo se puede practicar por Escritura

o Póliza. No. La remisión al art. 128 LNM sólo se puede entender como una explicación del “por qué” se ve obligada esta DF a exigir la acreditación de la inscripción registral: es imprescindible porque lo que sí que hace este art. 128 LNM es imponer la inscripción con carácter constitutivo.

La tercera porque no hay que perder de vista que en las Escrituras de reconocimiento de un documento privado las partes expresamente recogen su voluntad de dar “forma notarial” a ese documento que ya existía previamente. A estas Escrituras se les aplica el art. 1224 CC que, en caso de discrepancia, da preferencia al documento previo salvo novación expresa, pero, en cualquier caso, el negocio nunca nace con la Escritura sino con el pacto inicial. RODRÍGUEZ ADRADOS (26) explica con relación a este tipo de instrumentos públicos que los “efectos negociales” no arrancan de la Escritura sino del documento inicial, y esta pudiera ser la explicación de la forma de expresarse esta DF.2.^a.2, pues realmente, aunque sea de manera indirecta, el título constitutivo de la hipoteca naval sigue siendo el documento privado, por más que para la inscripción se presente ahora bajo forma de Escritura pública.

(26) Incisivamente Antonio RODRÍGUEZ ADRADOS en *Comentario a la Sección "De los Documentos Públicos" del Código Civil*, Tomo III, pp. 262 y 263 de sus Estudios Jurídicos editados por Colegios Notariales, aclara que no es imprescindible que se incorpore a la Escritura el documento reconocido, ni original ni por testimonio, pero sí que será necesario como mínimo que aparezca suficientemente relatado pues como dijo la STS 17/7/84 “*exige, al menos, una referencia al acto o contrato primordial*”. Por otro lado, especifica que frente a las escrituras del art. 1218 CC que contienen declaraciones de voluntad, las del art. 1224 contienen simples declaraciones confesorias de las mismas partes sobre sus previos actos o contratos y como bien dijo la STS 15/10/85 “*la escritura... carece de efectos jurídicos negociales propios, conforme al artículo 1.224 CC... adquiriendo sólo el elemento probatorio extrínseco emanado de la intercesión de la fe notarial, mas sin exceder la escritura el plano estrictamente probatorio*”.

LA DOBLE CODIFICACIÓN EN ESPAÑA Y LA FRUSTRACIÓN DEL PROCESO DE UNIFICACIÓN DEL DERECHO PRIVADO ⁽¹⁾

M. Ángeles Parra Lucán

Catedrática de Derecho civil
Universidad de Zaragoza

Sumario

1. LAS NUEVAS PROPUESTAS DE RECODIFICACIÓN
2. LA SITUACIÓN ACTUAL: DERECHO CIVIL Y DERECHO MERCANTIL
 - 2.1. La dualidad legal, académica y constitucional
 - 2.2. El Derecho civil
 - 2.3. El Derecho mercantil
 - 2.4. Las tensiones de la dualidad
3. LA INCERTIDUMBRE FUTURA
4. VALORACIÓN Y CONCLUSIONES
5. BIBLIOGRAFÍA

(1) Este trabajo constituye la versión escrita de una de las Ponencias expuestas en el Corso di Dottorato in Discipline Giuridiche. Scuola Dottorale Internazionale Tullio Ascarelli (dir. Salvatore MAZZAMUTO), Ciclo di lezioni sul tema "La formación del contrato en la Propuesta de reforma del Código civil de 2009 y en la Propuesta de Código Mercantil de 2013" (14-17 Aprile 2014), Dipartimento di Giurisprudenza, Università Roma Tre (publicado en *Europa e diritto privato*, 3, 2014).

DER 2011-23056, DER 2014-55252 y Grupo de investigación consolidado S110, Gobierno de Aragón y Unión Europea-Fondo Social Europeo.

1. LAS NUEVAS PROPUESTAS DE RECODIFICACIÓN

Este trabajo trata de proporcionar información sobre la actual actividad pre legislativa española dirigida a recodificar el Derecho privado.

En un momento en el que la técnica codificadora está sometida a crítica, en España se han publicado unos trabajos pre legislativos que consagran la doble regulación codificada en el siglo XIX del Derecho privado de contratos: de una parte, la Propuesta de Anteproyecto de Ley de Modernización del Derecho de Obligaciones y Contratos (PMCC), elaborada por la Sección Civil de la Comisión General de Codificación y dada a conocer por el Ministerio de Justicia a principios del año 2009 (2); de otra, la Propuesta de Código Mercantil (PCM) (3), elaborada por la Sección Mercantil de la misma Comisión General de Codificación y aprobada por el Consejo de Ministros el 30 de junio de 2014 (4), que incluye dos libros dedicados, respectivamente, a las obligaciones mercantiles en general y a los contratos mercantiles en particular.

Es llamativa la opción española por la técnica legislativa de la codificación, que pone de relieve la preferencia por el valor de un código, en la medida que representa una ordenación y sistematización de la materia codificada. Frente a esta opción hay que señalar que la formulación de reglas abstractas y generales con vocación de permanencia se enfrenta a la realidad de la especialización, a la vorágine legislativa actual dirigida a solucionar problemas concretos en instantes determinados, por razones de política legislativa va-

(2) Propuesta de Modernización del Código civil en materia de obligaciones y contra tos, elaborada por la Sección civil de la Comisión General de Codificación (Boletín de Información del Ministerio de Justicia. Suplemento de enero de 2009).

(3) Propuesta de Código Mercantil elaborada por la Sección de Derecho Mercantil de la Comisión General de Codificación y presentada en junio de 2013. Accesible en <http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/es/1215197775106/Medios/1288780618794/Detalle.html>, última consulta el 30 de agosto de 2014.

(4) El texto ha sufrido algunas modificaciones, fruto sobre todo de la intervención sobre el mismo del Ministerio de Industria y Competitividad. Accesible en <http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/es/1215197775106/Medios/1288788719402/Detalle.html>, última consulta el 30 de agosto de 2014.

riada (5). Con todo, si se mantiene la opción por el código, lo que en mi opinión es preferible por el valor de sistema y de claridad de que se puede dotar a la materia, no solo se debe ser consciente de la relatividad de su contenido sino que, además, es preciso valorar cuáles son aquellos aspectos que ofrecen mayor estabilidad y propensión de permanencia por constituir pilares básicos de la materia codificada.

En segundo lugar, y por lo que aquí interesa, la actividad pre legislativa desarrollada en España en los tiempos recientes da la espalda a la unificación del Derecho privado en general y, en particular, del Derecho de obligaciones y contratos.

Los trabajos europeos de armonización del Derecho privado no contienen una distinción entre los contratos civiles y los contratos mercantiles (6) y, a lo sumo, en la elaboración más reciente de los

(5) Lo pone de relieve la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, IPN/DP/0010/14 informe sobre el Anteproyecto de Ley del Código Mercantil, 17 de julio de 2014 (accesible en <http://cnmc.es>, consulta el 31 de agosto de 2014): advierte la Comisión que utilizar la técnica codificadora es más propio de la tradición jurídica que de la legislación motorizada del siglo XXI, lo que le parece discutible por su debilitada vocación de permanencia.

En relación también con la propuesta de Código mercantil en la doctrina española, GÓMEZ POMAR, F., afirma que "para ofrecer soluciones eficientes a los problemas del Derecho privado, la consideración de circunstancias y factores concretos relativamente específicos es tan relevante que el confiar en reglas abstractas y generales se convierte en un ejercicio de ingenuidad epistemológica" (en "Un nuevo Código", Indret, 2013, www.indret.com/es).

Por su parte, se pregunta Rojo, con razón, si las dudas acerca de la perdurabilidad son causa absoluta para la abstención y si el hecho de no conocer el futuro nos impide mejorar el presente. Advierte el autor citado cómo, en este sentido, el Ministerio de Justicia es consciente de que, en los inicios del siglo XXI, un Código, tendrá probablemente una vida más corta que el que se pretende derogar. Por esta razón, añade, se concibe la obra como un texto abierto al porvenir, en el que la numeración de los libros, títulos, capítulos y artículos seguida por la codificación francesa, de modo tal que la refacción de singulares partes o la introducción de otras nuevas no exija la promulgación de leyes especiales (ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, Á., "El Código mercantil", Otrosí, 12, 2012, p. 21).

(6) Me estoy refiriendo a los PECL, *Principles of European Contract Law*: Principios del Derecho Europeo de Contratos, elaborados por la Comisión Lando; el DCFR, *Draft Common Frame of Reference*: Borrador del Marco común de referencia y al CESL, *Common European Sales Law* (COM [2011] 365 final, de 11 de octubre: Propuesta de Reglamento del Parla-

textos se distinguen las relaciones B2B de las relaciones B2C, en su caso para establecer reglas de protección de los consumidores (7). Lo paradójico es que estos trabajos de armonización no solo han tenido un importante eco en la doctrina española (donde se han multiplicado las publicaciones monográficas y las referencias a los mismos en buena parte de los estudios sobre aspectos concretos del Derecho de obligaciones y contratos) e, incluso, cierta repercusión jurisprudencial (8), sino que tanto la PMCC como la PCM

mento europeo y del Consejo, relativo a una normativa común de compraventa europea).

(7) En particular, el CESL se aplica a los contratos (de compraventa de bienes muebles, suministro de contenidos digitales y a los de servicios relacionados, artículo 5) en los que el vendedor es un empresario, tanto si el comprador es empresario como si es un consumidor, lo que entre nosotros ha sido duramente criticado, reprochando a la Comisión que no se centre en las relaciones B2C y se ocupe de las relaciones B2B, para las que ya existe la Convención de Viena para la compraventa internacional de mercaderías. En este sentido, R. ILLESCAS, M. P. PERALES, "El reglamento opcional en materia de compraventa en el ámbito de la Unión Europea (CESL): Crítica a su ámbito de aplicación", *Derecho de los Negocios*, 265-266 (2012), pp. 9-11.

(8) *Vid.* VAQUER ALOY, A., "El Soft Law europeo en la jurisprudencia española: doce casos", *Ars Iuris Salmanticensis. Estudios*. Vol. 1, Junio 2013, pp. 93-115. En ocasiones, la jurisprudencia utiliza como argumento interpretativo, para reforzar una interpretación autorizada del Derecho español, el contenido de estos y otros textos internacionales. Así, en la STS de 17 de septiembre de 2013 puede leerse: "En este sentido se pronuncian tanto la doctrina como los textos del Derecho armonizado (arts. 2:202 (1) de los Principios del Derecho Europeo de los Contratos, 16.1 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías y 2.1.4(1) de los Principios UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales 2010)". Y en la STS de 4 de junio de 2010 (para resolver un problema de interpretación): "En nuestro sistema la interpretación de los contratos tiene por finalidad investigar la verdadera intención de las partes, finalidad esta que coincide con la que le atribuye el número 1 del artículo 5:101 de los principios de Derecho Europeo de los contratos y el primer párrafo del artículo 1278 de la Propuesta de Modernización del Derecho de Obligaciones elaborada por la Comisión de Codificación publicada por el Ministerio de Justicia en enero de 2009. Esta regla no es contradictoria con la previsión contenida en el artículo 1281 del Código Civil que, de acuerdo con criterios de normalidad, se revela como una valiosa herramienta para descubrir lo pretendido por los contratantes, pero no dice que "si los términos de un contrato son claros se estará al sentido literal

declaran en sus exposiciones de motivos que han tenido en cuenta las propuestas europeas (9). ¿Por qué entonces, a diferencia de los modelos que se declara seguir, se han elaborado en España dos textos diferentes, que consagrarían la dualidad de un Derecho de la contratación civil y otro mercantil?

Como vamos a ver con más detalle en las páginas que siguen, no hay para ello razones académicas ni de técnica jurídica. Los motivos que explican esta dualidad de textos y lo que a simple vista parece un abandono del ideal unificador del Derecho privado en España son razones políticas, conectadas con la organización territorial y la distribución de competencias territoriales para legislar diseñadas en la Constitución española de 1978. En particular, puesto que la Constitución consagró la diversidad en materia de Derecho civil, lo que se pretende al plantear la necesidad de regular en un Código el Derecho mercantil todo el Derecho de obligaciones y contratos es lograr la unificación del Derecho Privado de obligaciones y contratos por la vía del Derecho mercantil, reduciendo a su mínima expresión el ámbito de aplicación del Derecho civil. Se intenta así lograr lo que no previó la Constitución.

Lo que se defiende en este trabajo es que, para lograr un Derecho de obligaciones y contratos armónico el legislador estatal no puede convertir en mercantil por su sola declaración ese sector del ordenamiento con el fin de excluir toda competencia de las Comunidades Autónomas. El camino a seguir, de acuerdo con la Constitución española es, en primer lugar, determinar cuáles son las bases de las obligaciones contractuales (art. 149.1.8.^a de la Constitución) así como, cuando lo exija el interés general, promulgar leyes que establezcan los principios necesarios para armonizar la legislación de desarrollo que de tales bases pudieran dictar las Comunidades Autónomas (art. 150.3 de la Constitución).

de sus cláusulas”, al exigir que, los términos, además de claros, “no dejan duda sobre la intención de los contratantes”.

(9) Por razones temporales, la PMCC (2009) no cita el CESL (2011). En ambos anteproyectos se citan además como precedentes la Convención de las Naciones Unidas sobre la Venta Internacional de Mercaderías, elaborada por la Comisión de las Naciones Unidas para la Unificación del Derecho Mercantil (UNCITRAL) adoptada en Viena en 1980 y los llamados Principios sobre los Contratos Comerciales Internacionales elaborados por el Instituto Internacional para la Unificación del Derecho privado europeo (UNIDROIT).

2. LA SITUACIÓN ACTUAL: DERECHO CIVIL Y DERECHO MERCANTIL

2.1. La dualidad legal, académica y constitucional

En el panorama jurídico español la dualidad civil/mercantil es de carácter académico, legal y, además, tiene trascendencia desde el punto de vista político y constitucional.

La dualidad es académica, porque en España los cuerpos docentes universitarios se dividen en áreas de conocimiento y las asignaturas de los planes de estudios se vinculan o adscriben de manera separada a las áreas de Derecho civil y de Derecho mercantil (10).

La dualidad es legal por el dato de hecho de que existe un Código civil y unos Derechos forales, generalmente promulgados por leyes en cuya denominación se utiliza el adjetivo de "civil" (11), pero de

(10) El RD 1888/1984, de 26 de septiembre, por el que se regulan los concursos para la provisión de plazas de los Cuerpos docentes universitarios (derogado) incorporaba un anexo en el que se relacionaban las áreas de conocimiento a las que debían pertenecer los cuerpos de profesores de las universidades públicas. Por área de conocimiento se entendían los "campos del saber caracterizados por la homogeneidad de su objeto de conocimiento, una común tradición histórica y la existencia de comunidades de investigadores, nacionales o internacionales" (art. 2.1). En el catálogo aparecen el Derecho civil y el Derecho mercantil como áreas separadas, tal y como aparecían con anterioridad en el plan de estudios de 1953. Los planes de estudios actuales son diferentes en cada una de las universidades pero no es raro que continúen, sin ninguna innovación, haciendo referencia al "civil" o al "mercantil" como asignaturas diferentes; en algunas universidades las asignaturas se denominan Derecho de familia, Derecho de sucesiones, Derechos reales, Derecho concursal, Derecho de sociedades... Pero aun cuando los planes ofrezcan como asignaturas un Derecho de contratos y una Contratación mercantil, se trata de asignaturas diferentes, vinculadas de forma separada a las áreas de conocimiento de Derecho civil y Derecho mercantil.

La distinción en áreas se mantuvo en la normativa posterior: Real Decreto 774/2002, de 26 de julio, por el que se regula el sistema de habilitación nacional para el acceso a Cuerpos de Funcionarios Docentes Universitarios y el régimen de los concursos de acceso respectivos (también derogado) y el vigente Real Decreto 1313/2007, de 5 de octubre, por el que se regula el régimen de los concursos de acceso a cuerpos docentes universitarios, que no contiene un catálogo, pero da por supuesta las áreas existentes.

(11) Ley de Derecho civil de Galicia, aprobada por Ley 2/2006, de 14 de junio; Ley del Derecho civil foral del País Vasco, aprobada por Ley

los que no se duda que sean “civiles” aun en los casos en los que no se denominan así (12).

La dualidad civil/mercantil, además, se conecta con la distribución constitucional entre el Estado y las Comunidades Autónomas de las competencias legislativas, cuestión a la que me he referido ya y sobre lo que vuelvo en los apartados siguientes.

2.2. El Derecho civil

El Código civil español recoge Derecho civil, pero no todo el Derecho civil español está en el Código civil. Ello por dos tipos de razones (13). De una parte porque hay leyes especiales de Derecho civil, que regulan Derecho civil fuera del Código. Pero también, y en segundo lugar, porque además del Derecho civil estatal hay unos Derechos civiles autonómicos.

En primer lugar, aunque el Código civil regula las principales instituciones del Derecho civil, también hay normas de Derecho civil en leyes al margen del Código: las leyes Hipotecaria, del Registro civil, de arrendamientos rústicos y urbanos, de propiedad horizontal, de aguas, minas, propiedad intelectual, de consumidores y usuarios, de condiciones generales de la contratación, etc. (14)

3/1992, de 1 de julio (y, posteriormente, Ley 5/2015, de 25 junio, de Derecho civil vasco). En Cataluña, la Ley 29/2002, de 30 de diciembre, aprobó la estructura de un Código civil catalán.

(12) El Decreto Legislativo aragonés 1/2011, de 22 de marzo aprueba, con el título de “Código del Derecho Foral de Aragón”, “el Texto Refundido de las Leyes civiles aragonesas”.

(13) En la explicación del fenómeno se sigue en los párrafos siguientes el libro DELGADO ECHEVERRÍA, J., PARRA LUCÁN, M. Á., *Nociones de Derecho civil patrimonial e Introducción al Derecho*, Madrid, 2012.

(14) Las razones que explican la existencia de leyes de Derecho civil fuera del Código no son siempre las mismas. Algunas de ellas se refieren a materias que fueron reguladas en una ley especial, antes de la promulgación del Código civil y que, por imperativos económicos, necesitaban una disciplina moderna que no podía esperar a la codificación (hipotecaria, minas, aguas). El Código civil no las derogó y las regulaciones posteriores sobre estas materias también se han mantenido al margen del Código. Otras leyes se han dictado para regular materias que se apartan de la concepción del legislador de la época de la codificación (propiedad horizontal, arrendamientos) o que requieren un mayor detalle, a la vista de su desarrollo so-

En segundo lugar, en España no hay un único Derecho civil, sino que hay una pluralidad de Derechos civiles españoles. Esta pluralidad se explica históricamente por la existencia de distintos territorios que fueron independientes, cada uno con su propio ordenamiento jurídico. La unidad política de nuestro país a principios de la edad moderna no supuso la unidad jurídica, y hasta hoy se ha mantenido la diversidad en materia jurídico-privada. Ni siquiera cuando se aprueba el Código civil español en 1889, que pretendía unificar y sistematizar todo el Derecho civil, se derogan los llamados Derechos forales, es decir, los Derechos civiles propios de cada territorio. Por el contrario, el Código civil, que recoge sustancialmente el Derecho civil castellano, respeta la vigencia de los Derechos forales en aquellos territorios en los que estuvieran vigentes.

Entre los años 1959 a 1973 se aprobaron, mediante leyes estatales, las Compilaciones de Derecho civil de Vizcaya, Cataluña, Baleares, Galicia, Aragón y Navarra. Las Compilaciones recogían el Derecho civil propio de cada una de estas regiones como un Derecho especial frente al Código civil. El núcleo fundamental de las Compilaciones consistía en la regulación de los aspectos patrimoniales de la familia y los de Derecho de sucesiones.

La Constitución española abre una nueva etapa para los llamados Derechos forales. El art. 149.1.8.^a (15) permite a las Comunidades Autónomas en las que existiera en el momento de entrar en vigor la Constitución un Derecho civil foral o especial ("allí donde exista"), asumir competencias para su "conservación, modificación y

cial práctico (personas jurídicas: asociaciones, fundaciones, cooperativas). Otras, finalmente, disciplinan problemas que no existían en el momento de la codificación (protección del consumidor). La mayoría de ellas comprenden un conjunto de normas sobre determinada materia en el que, junto a legislación civil, hay Derecho administrativo y procesal.

(15) Conforme a este precepto: "El Estado tiene competencia exclusiva sobre las siguientes materias: Legislación civil, sin perjuicio de la conservación, modificación y desarrollo por las Comunidades Autónomas de los derechos civiles, forales o especiales, allí donde existan. En todo caso, las reglas relativas a la aplicación y eficacia de las normas jurídicas, relaciones jurídico-civiles relativas a las formas de matrimonio, ordenación de los registros e instrumentos públicos, bases de las obligaciones contractuales, normas para resolver los conflictos de leyes y determinación de las fuentes del derecho, con respeto, en este último caso, a las normas de derecho foral o especial".

desarrollo". En la práctica, todos los Estatutos de Autonomía de las Comunidades conocidamente forales (Galicia, País Vasco, Navarra, Aragón, Cataluña, Islas Baleares) asumieron la competencia exclusiva sobre su propio Derecho civil, y cada vez son más las leyes civiles autonómicas dictadas en ejercicio de esa competencia (en materia de sucesiones, de régimen económico del matrimonio, de filiación, de tutela, de adopción, etc.) (16).

Por lo que se refiere al alcance de la competencia autonómica sobre Derecho civil el Tribunal Constitucional, en sentencia 88/1993, de 12 de marzo, estableció que la noción constitucional de «desarrollo» permite una ordenación legislativa de ámbitos hasta entonces no normados por los Derechos civiles forales o especiales. Cabe, según esta sentencia, que las Comunidades dotadas de Derecho civil foral o especial regulen "instituciones conexas" con las ya reguladas en su Compilación, según los principios informadores peculiares del Derecho foral. Con posterioridad, la STC 31/2010, de 28 de junio, formalmente sigue este planteamiento al declarar la constitucionalidad del precepto del Estatuto de autonomía catalán que atribuye a la Comunidad Autónoma la competencia exclusiva sobre Derecho civil, con la única excepción de las materias reservadas al Estado por el art. 149.1.8.^a de la Constitución. El Tribunal Constitucional declara que este precepto, que claramente dice una cosa diferente, es constitucional si se interpreta conforme a la citada STC 88/1993 ("instituciones conexas"). Contra la ficción que realiza el Tribunal Constitucional hay que advertir que en Cataluña, no solo se ha legislado sobre muchas materias en las que no existe esa "conexión" institucional con lo ya existente con anterioridad, sino que es lógico que así haya sido por aplicación de la propia doctrina de la conexión, habida cuenta de que la conexión permite paulatinamente ir ampliando la regulación a instituciones conectadas con las reguladas en las Compilaciones y posteriormente, a instituciones conectadas con las nuevas instituciones reguladas en las sucesivas leyes (17).

(16) Además, el Estatuto de la Comunidad Valenciana también asumió competencias sobre un Derecho civil valenciano y, en la práctica, la Comunidad ha legislado para recuperar y actualizar su Derecho histórico, que no estaba en vigor cuando se promulgó la Constitución en 1978 (si bien hay varios recursos de inconstitucionalidad pendientes).

(17) ARROYO explica que, de facto, el derecho civil catalán hace ya mu-

Hay materias de Derecho civil sobre las que ninguna Comunidad Autónoma, ni siquiera las que tienen competencia sobre Derecho civil, puede legislar porque, según la Constitución, son competencia exclusiva del Estado (art. 149: nacionalidad, propiedad intelectual e industrial, formas del matrimonio, ordenación de los Registros e instrumentos públicos, bases de las obligaciones, normas sobre conflictos de leyes).

Finalmente, conviene señalar cómo, además del Derecho civil foral, se ha venido hablando también de un "Derecho civil autonómico no foral", existente en todas las Comunidades Autónomas, forales o no forales. La Constitución española permite, y todos los Estatutos han asumido, algunas competencias sobre temas tales como reforma agraria, urbanismo, protección de los consumidores y usuarios, comercio interior, fundaciones, cooperativas. Algunas Comunidades Autónomas han legislado sobre estas materias y sus normas, junto a aspectos administrativos, en muchos casos disciplinan directamente relaciones entre particulares que suelen considerarse como Derecho civil (derecho de propiedad, distintos aspectos de la contratación, responsabilidad...). Pero, como afirma la STC 28/2012, de 1 de marzo, sin previa existencia de un Derecho civil foral o especial, ninguna Comunidad Autónoma puede tener competencia legislativa en materia civil, sin que baste el carácter instrumental de esa norma respecto de la competencia exclusiva de la Comunidad Autónoma (18).

cho tiempo que se está desarrollando al margen de la conectividad y que la ausencia de pronunciamientos contrarios a la constitucionalidad de las normas civiles catalanas debería interpretarse como un referendo de su validez. *Vid.* ARROYO I AMAYUELAS, E., "Compètencia autonòmica, competencia entre ordenaments jurídics i codificació del Dret civil català: un balanç", *Revista de Dret Històric Català* [Societat Catalana d'Estudis Jurídics], Vol. 10 (2010), pp. 167-213 y, posteriormente, la misma autora, en "Die Entwicklung des Zivilrechts in Katalonien und das neue katalanische Zivilgesetzbuch", *Zeitschrift für europäisches Privatrecht*, 3, 2014, pp. 584-607 (agradezco a la Dra. ARROYO su amabilidad al proporcionarme la versión española de este trabajo, que es la que he manejado).

(18) Sentencia 28/2012, de 1 de marzo de 2012. Cuestión de inconstitucionalidad 6548-2001, planteada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 7 de San Bartolomé de Tirajana, en relación con el apartado 4 de la disposición transitoria única de la Ley 5/1999, de 15 de marzo, del Parlamento de Canarias, de modificación de la Ley 7/1995, de 6 de abril, de

La situación actual, por tanto, puede resumirse de la siguiente forma:

a) Algunas Comunidades ("las forales") pueden legislar sobre su propio Derecho civil, porque lo permiten la Constitución y sus Estatutos de Autonomía. El Estado carece de toda competencia para legislar sobre ese Derecho civil foral o especial.

b) La competencia para legislar sobre determinadas materias de Derecho civil previstas en la Constitución sólo corresponde al Estado, en todo caso, sea cual sea la competencia de la Comunidad sobre su propio Derecho civil (en particular, son competencia exclusiva del Estado las reglas sobre las "bases de las obligaciones contractuales").

c) El Estado tiene competencia para legislar sobre cualquier materia de Derecho civil, porque no todas las Comunidades tienen competencia sobre Derecho civil. Estas normas de Derecho civil estatal se aplican en todo el territorio nacional. De manera directa, cuando la Comunidad correspondiente no tenga competencia sobre Derecho civil. De manera supletoria, es decir, en defecto de norma civil autonómica, respecto de los Derechos civiles autonómicos (art. 149.3 de la Constitución).

Por lo que aquí interesa, ha sido Cataluña la única Comunidad Autónoma en la que se ha planteado la regulación sistemática del Derecho de obligaciones y contratos (19), sobre el que se está tra-

ordenación del turismo de Canarias. La sentencia se refiere a un derecho de retracto establecido en una ley de la Comunidad Autónoma de Canarias, sin competencia sobre Derecho civil, con ocasión de la regulación sobre turismo, sobre lo que sí tiene competencia.

(19) El Derecho navarro contiene en su Compilación una regulación en materia contractual (contratos de custodia, mandato y gestión, servicios, compraventa y permuta, arrendamiento), pero la situación no se puede equiparar a la de las leyes dictadas por las Comunidades Autónomas porque la Compilación se aprobó como ley estatal en 1973, cuando las Cortes Generales, de Madrid, eran las únicas existentes, antes de la Constitución de 1978, del Estado de las Autonomías y de la asunción por los poderes legislativos autonómicos de la competencia sobre su propio Derecho civil (Ley

bajando aunque no existe un texto publicado. La Ley 29/2002, de 30 de diciembre, primera Ley del Código Civil de Cataluña, establece la estructura y la sistemática del Código civil de Cataluña y contempla la redacción de un "Libro sexto, relativo a las obligaciones y los contratos, que incluye la regulación de estas materias, comprendidos los contratos especiales y la contratación que afecta a los consumidores, aprobada por el Parlamento" (20). Aun cuando se han constituido grupos de trabajo, este libro todavía no se ha publicado (21), si bien es evidente que este planteamiento enlaza con la doctrina amplia autonomista, conforme a la cual la Comunidad Autónoma podría legislar sobre cualquier materia que no esté reservada al Estado en exclusiva (22).

1/1973, de 1 de marzo, por la que se aprueba la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra).

(20) Los libros que componen el Código civil de Cataluña son los siguientes: a) Libro primero, relativo a las disposiciones generales, que incluye las disposiciones preliminares y la regulación de la prescripción y de la caducidad. b) Libro segundo, relativo a la persona y la familia, que incluye la regulación de la persona física, las materias actualmente comprendidas en el Código de familia y las leyes especiales de este ámbito. c) Libro tercero, relativo a la persona jurídica, que incluye la regulación de las asociaciones y de las fundaciones. d) Libro cuarto, relativo a las sucesiones, que incluye la regulación de las materias contenidas en el Código de sucesiones por causa de muerte y en las demás leyes especiales de este ámbito. e) Libro quinto, relativo a los derechos reales, que incluye la regulación de esta materia aprobada por el Parlamento. f) Libro sexto, relativo a las obligaciones y los contratos, que incluye la regulación de estas materias, comprendidos los contratos especiales y la contratación que afecta a los consumidores, aprobada por el Parlamento.

(21) La misma información aparece en el Preámbulo de la Ley 6/2015, de 13 de mayo, de armonización del Código civil de Cataluña. El anteproyecto, sometido a información pública, ha decaído por acabar la legislatura (http://justicia.gencat/web/content/home/informacio_publica_2/lilibreVI.inform_publica.pdf; http://www.parlament.cat/web/activitat-parlamentaria/iniciatives-legislatives/projectes-llei?p_id=164309120, consulta en fase de corrección de pruebas en agosto de 2015). Sobre la situación de los trabajos del Libro VI, *vid.* ARROYO I AMAYUELAS, E., "Compètencia autonòmica", 2010 y MARTÍN CASALS, M., "El Llibre VI del Codi civil de Catalunya", en *La codificación del Derecho civil de Catalunya. Estudios con ocasión del cincuentenario de la Compilación*, dir. C. E. FLORENSA I TOMAS, Madrid, 2011, pp. 491 ss.

(22) Por todos, GETE-ALONSO CALERA, M. C., "El Libre sisè del Codi civil de

El principal problema al que se enfrenta la legislación autonómica en materia de obligaciones y contratos es la atribución de la competencia exclusiva al Estado sobre las bases de las obligaciones contractuales (el Estado tiene competencia exclusiva, en todo caso, para determinar las "bases de las obligaciones contractuales", art. 149.1.8.^a de la Constitución). La justificación de esta reserva de competencia exclusiva a favor del Estado encuentra explicación en las exigencias de seguridad jurídica en el marco de un mercado nacional que se pretende sea unitario (23).

Si se admite que puede aplicarse aquí lo que ha declarado el Tribunal en relación con la legislación básica en otros ámbitos para los que la Constitución también reserva la competencia sobre "las bases" de una materia, por bases "hay que entender los criterios generales de regulación de un sector del ordenamiento jurídico o de una materia jurídica que deban ser comunes a todo el Estado", garantizándose así una regulación normativa uniforme en aras del interés general (24). Pero, según esta doctrina del Tribunal Constitucional, las bases han de ser lo suficientemente flexibles como para permitir diferentes decisiones legislativas a las Comunidades Autónomas, decisiones "de desarrollo legislativo" de las bases fijadas por el Estado, sin que el establecimiento por parte del Estado de las bases pueda "llegar a tal grado de desarrollo que deje vacía de contenido la correlativa competencia de la Comunidad". Además, la competencia del Estado implica que en cada momento el Estado pueda valorar de forma diferente lo que es básico, y ello obligaría a las Comunidades a adaptarse a los nuevos criterios del legislador estatal (25).

Catalunya sobre les obligacions i els contractes. Quan, com i per què hem de codificar-lo", en Indret: Revista para el Análisis del Derecho, 1, 2009.

(23) BERCOVITZ, R., "Las bases de las obligaciones contractuales en el art. 149.1.8.^a de la Constitución", en *Competencia en materia civil de las Comunidades Autónomas* (B. MORENO QUESADA, coord.), Ed. Tecnos, Madrid, 1989, p. 108.

(24) SS TC 1/1982, de 28 de enero; 44/1982, de 8 de julio; 71/1982, de 30 de noviembre; 25/1983, de 7 de abril; 32/1983, de 28 de abril; 57/1983, de 28 de junio.

(25) Según ha declarado el Tribunal Constitucional: "Es la legislación de desarrollo de las Comunidades Autónomas la que debe acomodarse a la legislación básica estatal, siempre que ésta reúna la doble exigencia mate-

Se exige, en aras de la certeza y seguridad jurídica, que el legislador estatal identifique expresamente qué normas o preceptos tienen la condición de “básicos” (26). Parece razonable entender que las bases derivan de los principios económicos constitucionales que rigen con carácter común, por ejemplo: la unidad de mercado, la libertad de empresa, el reconocimiento de la autonomía privada (art. 38 de la Constitución), la protección del consumidor (art. 51

rial y formal con que nuestra jurisprudencia ha caracterizado la legislación básica, y a ese marco básico, que está sujeto a variaciones y modificaciones, queda sometida en todo momento la competencia autonómica de desarrollo legislativo. Como hemos señalado recientemente en cuanto a la variabilidad de las bases estatales, la anticipación de la normativa autonómica no invalida el carácter básico de la normativa aprobada con posterioridad por el Estado, “con las consecuencias correspondientes para las normas de todas las Comunidades Autónomas en cuanto a su necesaria adaptación a la nueva legislación básica” (STC 158/2011, de 19 de octubre, FJ 8), pues “no puede pretenderse que el ejercicio previo de una competencia autonómica en una materia ... produzca, por esa sola razón, una suerte de efecto preclusivo que impida al Estado el ejercicio de sus propias competencias ... De este modo, si se reconoce que el Estado tiene la competencia para desarrollar las bases en una determinada materia, esa competencia integra la capacidad para modificar la regulación básica, de modo tal que el ejercicio de la competencia autonómica de desarrollo no puede bloquear esa capacidad de revisión por parte del Estado, bajo el argumento de que la nueva normativa básica va contra los dictados de las disposiciones autonómicas previas” [STC 99/2012, de 8 de mayo, FJ 2 b)].

(26) La STC 69/2013, de 14 de marzo (medio ambiente) recuerda que es sobradamente conocida la doctrina de este Tribunal en lo que concierne a la legislación básica, que se traduce en la necesaria concurrencia de ciertos requisitos de orden formal (la necesidad de proclamar qué es legislación básica) y de orden material (el deber estatal de dejar un margen al desarrollo de la legislación básica por la normativa autonómica, aun siendo menor que en otros ámbitos, no puede llegar, frente a lo afirmado en la STC 149/1991 [FJ 1 D) in fine] de la cual hemos de apartarnos en este punto, a tal grado de detalle que no permita desarrollo legislativo alguno de las Comunidades Autónomas con competencias en materia de medio ambiente, vaciándolas así de contenido (STC 102/1995, FJ 8; STC 101/2005, FJ 5).

de la Constitución), la garantía de la libre circulación de personas y mercancías en el espacio europeo, el principio de tutela judicial (art. 24 de la Constitución), que garantiza las acciones judiciales para hacer efectivas las relaciones obligatorias... (27).

Pero no existe por el momento un pronunciamiento del legislador estatal que califique en exclusiva a ninguna norma sobre obligaciones y contratos como básica. El Tribunal Constitucional tampoco se ha pronunciado de manera expresa, más de treinta años después de la promulgación de la Constitución, acerca de lo que es básico en el mundo de las obligaciones contractuales. Por lo demás, y con carácter general, algunos recursos de inconstitucionalidad contra las leyes autonómicas no han llegado a presentarse o, presentados, han sido retirados antes de su resolución por el Tribunal Constitucional (28). Dada la legitimación política para interponer los recursos de inconstitucionalidad (29) ello es consecuencia de los equilibrios entre los partidos políticos y la necesidad de los partidos mayoritarios de contar con el apoyo de los diputados autonómicos en las Cortes generales. Sin embargo, siendo posible que un juez ordinario plantee ante el Tribunal Constitucional una cuestión de inconstitucionalidad cuando tenga dudas acerca de la constitucionalidad de una ley que deba aplicarse al caso (30). Con todo, aun cuando el Tribunal

(27) En este sentido, GETE-ALONSO, "El Libre sisè del Codi civil de Catalunya", pp. 12 ss.

(28) *Vid.*, por ejemplo, Pleno TC Auto 421/2004, 3 de noviembre, recurso de inconstitucionalidad 2099-2003, por el que se acuerda el desistimiento en el recurso de inconstitucionalidad 2099-2003, planteado por el Presidente del Gobierno contra la Ley del Parlamento de Cataluña 29/2002, de 30 de diciembre, primera Ley del Código Civil de Cataluña y Auto 349/2003, de 29 de octubre de 2003, por el que se levanta la suspensión en el recurso de inconstitucionalidad 2099-2003 promovido por el Presidente del Gobierno.

(29) Conforme al art. 162.1.a) de la Constitución, están legitimados para interponer el recurso de inconstitucionalidad, el Presidente del Gobierno, el Defensor del Pueblo, 50 Diputados, 50 Senadores, los órganos colegiados ejecutivos de las Comunidades Autónomas y, en su caso, las Asambleas de las mismas.

(30) Conforme al art. 163 de la Constitución: "Cuando un órgano judicial considere, en algún proceso, que una norma con rango de ley, aplicable al caso, de cuya validez dependa el fallo, pueda ser contraria a la Constitución, planteará la cuestión ante el Tribunal Constitucional en los supuestos,

Constitucional ha tenido la ocasión de pronunciarse al respecto no lo ha hecho y, de forma ambivalente, como si fuera irrelevante, para declarar la competencia exclusiva del Estado sobre una norma de Derecho privado, ha invocado conjuntamente las cláusulas 6.^a (legislación mercantil) y 8.^a (bases de las obligaciones contractuales) del art. 149.1 de la Constitución. Vuelvo sobre ello en el apartado “Las tensiones de la dualidad” de este trabajo.

2.3. El Derecho mercantil

En Derecho español pervive la histórica división del Derecho privado en Derecho civil y Derecho mercantil que consagró la codificación del siglo XIX mediante la promulgación de un Código civil en 1889 y un Código de comercio (el de 1829 primero y luego el de 1885, todavía en vigor). En España, una de las razones del retraso de la codificación civil fue, precisamente, la oposición de los representantes de los territorios forales a la existencia de un Cuerpo legal de carácter único para toda la nación. El retraso explica que algunas normas necesarias exigidas por el sistema económico y social se promulgaran como leyes especiales antes que el Código. Este retraso explica también que el Código de comercio incluyera reglas sobre algunos contratos que hubieran sido innecesarias de disponer ya de un Código civil.

A lo largo del siglo XX, de forma mayoritaria, la doctrina española se ha venido pronunciando a favor de la unificación del Derecho privado, en parte alentada por el ejemplo de otros ordenamientos, como el italiano o el suizo. Por su autoridad en la doctrina española debe citarse a GARRIGUES que, tras referirse al fenómeno de la generalización del Derecho mercantil, esto es, la extensión a todos los ámbitos de la sociedad y la conversión en Derecho común de algunas técnicas nacidas originariamente como especialidades de los comerciantes, concluía que ello debía conducir a una unificación del Derecho de obligaciones y a la reducción del Derecho mercantil puro como Derecho especial limitado a las normas que no pueden “civilizarse”, referidas a la empresa y los empresarios y a los contratos esencialmente mercantiles por estar ligados a la actividad de la

en la forma y con los efectos que establezca la ley, que en ningún caso serán suspensivos”.

empresa mercantil. De esta forma, decía GARRIGUES, el Derecho mercantil dejará de ser preferentemente un Derecho de obligaciones para convertirse en un Derecho de instituciones y de mecanismos jurídicos (31).

Después de la codificación, algunas leyes especiales, por lo demás, han prescindido de la distinción civil/mercantil, y han regulado ciertos sectores de manera unitaria, lo que ha venido siendo entendido y celebrado como un ejemplo de la tendencia unificadora en materia de Derecho privado: así, la Ley 5/1980, de 8 de octubre, del contrato de seguro, la Ley 22/2003, de 9 de julio, concursal. La generalización del Derecho mercantil se habría ido produciendo también en otras materias, como el Derecho de sociedades o el concursal (32).

Pero llega un momento en el que, a la vista del desarrollo legislativo producido por los Parlamentos de las Comunidades Autónomas en materia de Derecho civil, incluido el Derecho de contratos, la doctrina mercantilista mayoritaria comienza a renegar de la unificación del Derecho privado. O mejor, empieza a defender que la generalización de las soluciones de Derecho privado debe producirse para todos los sujetos que actúan en el mercado –todos los que realizan operaciones con contenido económico– y de manera uniforme en el territorio español, lo que se considera incompatible con la existencia de una pluralidad de legisladores que promulgan leyes en materia de Derecho civil.

Este planteamiento no rechaza que pueda haber diferentes Derechos civiles (lo que está garantizado por la Constitución), pero defiende que su ámbito de aplicación, dejando aparte las materias

(31) Joaquín GARRIGUES, *Curso de Derecho Mercantil*, t. I, 7.^a ed., revisada con la colaboración de Alberto BERCOVITZ, Madrid, 1976, especialmente p. 34.

Vicent CHULIÁ, en su "Introducción al Derecho mercantil" (vol. I, 23 ed., Valencia, 2012, p. 164) resume el estado de la doctrina de autoridades de la siguiente manera: se han manifestado a favor de la unificación parcial del Derecho privado, limitada al Derecho de obligaciones y contratos, un sector importante de la doctrina (BROSETA, SÁNCHEZ-CALERO, OLIVENCIA, MENÉNDEZ y PAZ-ARES) y solo un sector minoritario en relación con la unificación total (Alberto BERCOVITZ, BELTRÁN y el propio Vicent CHULIÁ).

(32) Ampliamente, Alberto BERCOVITZ, *Apuntes de Derecho Mercantil*, 14 ed., Aranzadi, 2013, p. 66.

que en principio no son discutidas como Derecho civil (los Derechos de familia o sucesiones), sea absolutamente residual y marginal por lo que se refiere a las relaciones económicas. De esta forma, el Derecho civil en materia contractual quedaría limitado a las relaciones entre particulares, el mercado de segunda mano, cuando ninguna de las partes sea un empresario ni un profesional.

De esta manera, con la finalidad de blindar la competencia legislativa del Estado sobre todo el Derecho de obligaciones y contratos y con el argumento de lograr la unidad del mercado español, se ha defendido que, puesto que todo el Derecho que se aplica a los operadores en el mercado debe ser el mismo, ese Derecho debe ser mercantil. La razón que está detrás de esta tesis es la de que, conforme a la Constitución española de 1978, el Estado central tiene competencia exclusiva para legislar sobre el Derecho mercantil (art. 149.1.6.^a), a diferencia de lo que sucede con el Derecho civil (art. 149.1.8.^a). En materia de Derecho civil, como ya ha quedado dicho, por lo que se refiere al Derecho de obligaciones y contratos, el Estado solo tiene en exclusiva la competencia sobre las "bases de las obligaciones contractuales", lo que significa que las "bases" que dicte el Estado deben reservar un hueco al legislador de las Comunidades Autónomas con competencia legislativa sobre el Derecho civil para que puedan desarrollar tales bases de acuerdo con sus preferencias sociales y políticas. El Derecho mercantil, en cambio, estaría atribuido en exclusiva al Estado, se dice, precisamente para garantizar la unidad de mercado (33).

Pero, ciertamente, este modo de razonar es solo el argumento final que sirve para reforzar una interpretación expansiva, generalmente contra ley, realizada desde hace tiempo de manera abusiva y sin amparo en el Derecho vigente por la doctrina mercantilista, con el afán exclusivo de lograr un crecimiento de su labor académica y profesional, de forma interesada y sin respeto ni a la legalidad vigente ni a los intereses en juego.

El ejemplo paradigmático ha sido tradicionalmente el de las compraventas de bienes de consumo y las compraventas de inversión,

(33) Alberto BERCOVITZ, *Apuntes*, p. 67. Hay que hacer notar que el autor de este manual de Derecho mercantil es el presidente de la Sección de lo mercantil de la Comisión General de Codificación, autora de la propuesta de Código mercantil, en la que se han vertido sus planteamientos.

o las compraventas de inmuebles, excluidas del Código de comercio (34), pero para las que algunos autores, con una "ideología mercantilista" (35), se esfuerzan en argumentar, contra el claro y expreso tenor de la ley, que son mercantiles. Sin que se tenga en cuenta en ninguna ocasión la ventaja práctica que desde el punto de vista de los intereses en juego resulta de aplicar el régimen legal de las compraventas mercantiles que, por lo demás, es prácticamente inexistente (36).

(34) Dispone el Código de comercio vigente en su art. 325: "Será mercantil la compraventa de cosas muebles para revenderlas, bien en la misma forma que se compraron, o bien en otra diferente, con ánimo de lucrarse en la reventa".

A continuación añade el art. 326 que: "No se reputarán mercantiles: 1.º Las compras de efectos destinados al consumo del comprador o de la persona por cuyo encargo se adquieren. 2.º Las ventas que hicieren los propietarios y los labradores o ganaderos de los frutos o productos de sus cosechas o ganados, o de las especies en que se les paguen las rentas. 3.º Las ventas que, de los objetos contruidos o fabricados por los artesanos, hicieren éstos en sus talleres. 4.º La reventa que haga cualquier persona no comerciante del resto de los acopios que hizo para su consumo".

(35) La expresión procede de Vicent CHULIÁ (*Introducción al Derecho mercantil*, 21 ed., Valencia, 2008, pp. 932 ss.), que critica estas tesis expansivas seguidas, con diferentes matices y argumentos no idénticos, por ejemplo, en el Derecho mercantil de Rodrigo URÍA (28 ed., Madrid-Barcelona, 2002, p. 638).

Una exposición resumida de las diferentes opiniones de la doctrina mercantilista sobre la naturaleza de la reventa en BROSETA PONT, M., MARTÍNEZ SANZ, F., *Manual de Derecho mercantil*, vol. II, 16 ed., Madrid, 2009, pp. 66 y ss.

(36) ORDÁS ALONSO ha recordado recientemente la inadecuación de la solución mercantil cuando no la irrelevancia práctica de la calificación: por lo que se refiere al plazo de prescripción de la acción de reclamación del precio, la calificación como civil o mercantil es irrelevante y se traduce en última instancia en la opción por la aplicación de dos reglas del Código civil, en su caso como Derecho supletorio (arts. 1964 y 1967.4). Por otra parte, y por lo que se refiere a los diferentes plazos para el saneamiento, destaca la autora la frecuencia con que los tribunales califican el supuesto de *aliud pro alio* con la finalidad de acudir a las reglas generales de responsabilidad por incumplimiento del Código civil (arts. 1101 y 1124) y obviar la aplicación de las reglas de saneamiento tanto civiles como mercantiles ("La compraventa para uso empresarial", en *Tratado de la compraventa*, dir. Á. CARRASCO, Pamplona, 2013, pp. 63 ss.)

A ello hay que añadir que, desde el desarrollo del llamado “Derecho del consumo”, los contratos con consumidores, claramente excluidos del Código de comercio, son objeto de atención no solo por los civilistas, sino también por los mercantilistas, lo que no merece ningún reproche, pero ha acabado propiciando que en la Propuesta de Código Mercantil, elaborada por profesores de Derecho mercantil, se diga que a las ventas de empresarios a consumidores se aplicarán “las disposiciones de este Código, sin perjuicio de la aplicación de la legislación de protección del consumidor” (art. 511-1). La confusión en el ámbito legislativo actual no es menor. De una parte, se ocupan del Derecho del consumo las legislaciones autonómicas promulgadas al amparo de la competencia sobre protección del consumidor, pero también la legislación estatal promulgada de forma conjunta al amparo de la competencia “exclusiva” sobre Derecho civil (si es “exclusiva” la referencia debe entenderse hecha a las bases de las obligaciones) y Derecho mercantil (37).

2.4. Las tensiones de la dualidad

Son dos los principales problemas que se plantean en las relaciones entre el Derecho civil y el Derecho mercantil a la vista de la dualidad establecida constitucionalmente. De una parte, la determinación de qué ámbitos pertenecen a una u otra esfera a efectos, no de los contenidos académicos o de la especialización expositiva, sino a efectos de la delimitación competencial. De otra parte, en la concreción de las relaciones entre un Derecho especial (el Derecho mercantil) y un Derecho común o general (el Derecho civil), la identificación del Derecho civil –estatal o autonómico– llamado en cada ocasión a aplicarse de forma supletoria respecto del Derecho mercantil.

(37) Así, por ejemplo, la disposición final 1.^a del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias declara que una serie de preceptos se dictan al amparo de las “competencias exclusivas que corresponden al Estado en materia de legislación mercantil, procesal y civil, conforme al artículo 149.1. 6.^a y 8.^a de la Constitución española”.

a) Por lo que se refiere al primer problema, el propio Tribunal Constitucional ha descartado en otras ocasiones que las opiniones doctrinales constituyan criterio relevante para la delimitación de una materia a efectos constitucionales (38). Cuando el Tribunal Constitucional ha debido pronunciarse acerca de la constitucionalidad de normas que contenían regulaciones sobre condiciones generales, cumplimiento de obligaciones o régimen de responsabilidad por daños en materia de protección del consumidor, ha defendido que las Comunidades Autónomas carecen de competencia para incidir en el régimen jurídico privado de las obligaciones y contratos. En alguna ocasión se ha sostenido que la constitucionalidad de las normas sobre estas materias era posible si admitían una lectura en clave de Derecho público, de Derecho sancionador, en el sentido de que la administración autonómica, como política de protección del consumidor, asumiera una competencia sancionadora de las empresas que incumplieran su normativa, pero sin que se establecieran efectos jurídico privados en las relaciones entre particulares (39).

Pero también ha precisado el Tribunal Constitucional que cuando dicha reglamentación afecta al régimen de competencia entre los ofertantes, y aspira a prevenir o evitar el excesivo recurso a ciertas ventas (los saldos, por ejemplo), las normas correspondientes no tienen otro encaje competencial que el de la propia defensa de la competencia, que corresponde al Estado [SSTC 88/1986, de 1 de julio, FJ 8 d); 148/1992, de 16 de octubre, FJ 2; 228/1993, de 9 de

(38) La STC 35/1982, de 14 de junio de 1982 (no se refiere a la determinación de qué es Derecho civil, sino al Derecho laboral) declara que es de escasa ayuda el análisis de las definiciones doctrinales, pues "el contorno de los grandes sectores sistemáticos del ordenamiento no es en modo alguno preciso y la referencia a estos sectores como criterio de delimitación competencial hace depender esta delimitación de la opción que se adopte dentro de una polémica doctrinal siempre viva" (con cita de la Sentencia del mismo Tribunal de 16 de noviembre de 1981).

(39) El Tribunal ha declarado en diversas ocasiones [SSTC 62/1991, de 22 de marzo, FJ 4 a); 88/1986, de 1 de julio, FJ 8 g); 228/1993, FJ 6] que las Comunidades Autónomas son competentes para la emanación de regulaciones administrativas que disciplinen determinadas modalidades de venta, en concreto, la venta de saldos, pues así lo permite su competencia en orden a la protección de consumidores y usuarios, y ha afirmado que ello no supone introducir una innovación en el seno de los derechos y obligaciones en el marco de las relaciones contractuales privadas.

julio, FJ 6] (STC 124/2003, FJ 5, STC 157/2004 de 21 de septiembre).

Por eso, si en algunas sentencias más antiguas el Tribunal Constitucional declaró que las Comunidades Autónomas no podían introducir un *novum* en materia de obligaciones y contratos por ser competencia del Estado, de acuerdo con los apartados 6 (legislación mercantil) y 8 (legislación civil) del art. 149.1 de la Constitución (40), en otras ocasiones, el Tribunal Constitucional ha declarado, a efectos constitucionales, que la regulación de la materia es competencia del Estado por ser legislación mercantil. Esto es lo que sucede en la STC 157/2004, de 21 de septiembre (41) y, con cita

(40) La STC 71/1982, a propósito de la regulación de lo que deba entenderse por cláusulas contractuales abusivas en perjuicio del consumidor, consideró como de pertenencia estatal la normación de las condiciones generales de contratación o de las distintas modalidades contractuales, e igualmente la de la responsabilidad por los daños originados en la adquisición, utilización o disfrute por los consumidores de bienes, medios o servicios, ya que el régimen de unas y otras materias, incardinado en la legislación civil (art. 149.1.8 de la Constitución), debe ser uno y el mismo para todo el territorio del Estado (FFJJ 14 y 19). No es, dice el Tribunal Constitucional, que a las normas autonómicas no les quepa disciplinar determinados tipos de venta o articular dispositivos preventivos o correctores de los eventuales abusos a que ciertos contratos puedan conducir. De lo que se trata es de que a través de tales normas no se produzca un *novum* en el contenido contractual o, en otros términos, de que no se introduzcan derechos ni obligaciones en el marco de las relaciones contractuales privadas (STC 88/1986, FJ 5). Por último, aun cuando las normas autonómicas persigan, mediante el reforzamiento de las obligaciones del vendedor, la protección del consumidor y del usuario, la determinación del contenido de los contratos y de las acciones por incumplimiento, saneamiento o resolución se inserta dentro de la competencia estatal exclusiva atribuida al Estado por los arts. 149.1.6 y 8 de la Constitución (STC 62/1991, FJ 4 e), STC 264/1993, de 22 de julio, FJ 5).

(41) Partiendo de esta premisa, en dicha Sentencia se concluye que "es obvio que el art. 46.1 de la Ley Foral 17/2001 se ha introducido en el núcleo normativo que es propio de la figura contractual de la venta en rebajas, separándose, además, de la conceptualización que de este contrato ha realizado la Ley estatal 7/1996 en su art. 24.1. En efecto, definir la venta en rebajas como aquella modalidad de venta en la que se ofertan al público artículos "a un precio inferior al fijado antes de su venta o en unas condiciones que supongan una minoración en relación con el precio practicado habitualmente" supone regular las relaciones contractuales en un aspecto

de esta misma doctrina, en la STC 4/2011, de 14 de febrero (42), que estima la cuestión de inconstitucionalidad y, en consecuencia, declara que un precepto de la ley catalana sobre comercio interior es contrario al orden constitucional de distribución de competencias

tan central como es el precio de los productos que se someten a esta modalidad de venta. Y hemos de coincidir con el Abogado del Estado en que la incidencia sobre dicha relación contractual desborda el marco fijado al respecto por la legislación estatal, puesto que la norma foral no sólo incluye como venta en rebajas la de aquellos productos que se ofertan a "un precio inferior al fijado antes de su venta", sino también la de los que se ofertan "en unas condiciones que supongan una minoración en relación con el precio practicado habitualmente". Es claro que la "minoración" en el precio no es asimilable, en términos conceptuales y en el preciso y estricto significado propio de esta expresión, a la oferta de condiciones complementarias que supongan, de hecho, una minoración en aquél, por lo que la regulación autonómica va más allá de lo previsto en la estatal, incidiendo en el ámbito del contenido contractual de la operación que contempla y, con ello, entrando en campo propio de la "legislación mercantil", competencia exclusiva del Estado a tenor de lo establecido en el art. 149.1.6 de la Constitución. En definitiva, el inciso "o en unas condiciones que supongan una minoración en relación con el precio practicado habitualmente" del art. 46.1 de la Ley Foral 17/2001 es inconstitucional y nulo».

(42) La aplicación al presente caso de la doctrina sentada en la STC 157/2004, dice el Tribunal en la sentencia 4/2011, ha de conducir a la estimación de la cuestión de inconstitucionalidad planteada por la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, declarando, en consecuencia, la inconstitucionalidad y nulidad del inciso "o unas condiciones especiales de estos que supongan su aminoración en relación con los precios practicados habitualmente" del art. 34.1 del Decreto Legislativo de la Generalitat de Cataluña 1/1993, de 9 de marzo. En efecto, tal como sucedía en el caso del inciso de similar tenor del art. 46.1 de la Ley Foral 17/2001 declarado inconstitucional y nulo por la STC 157/2004, el inciso final del art. 34.1 del Decreto Legislativo de la Generalitat de Cataluña 1/1993 incide en el núcleo normativo propio de la figura contractual de la venta en rebajas, desbordando el marco fijado al respecto por el art. 24.1 de la Ley estatal 7/1996, de ordenación del comercio minorista, puesto que la norma catalana incluye como venta en rebajas también la de aquellos productos que se ofertan en unas condiciones especiales de los precios "que supongan su aminoración en relación con los precios practicados habitualmente", de modo que *la regulación cuestionada provoca la alteración de una modalidad de contrato mercantil contenida en la legislación estatal, vulnerando con ello la competencia exclusiva del Estado en materia de legislación mercantil (art. 149.1.6 de la Constitución)*.

y, por tanto, inconstitucional y nulo porque “la determinación de las relaciones contractuales propias de los diferentes tipos de ventas desarrolladas por los comerciantes se inscribe en el ámbito del art. 149.1.6 de la Constitución” (FJ 11). Pero es importante observar que las normas anuladas en estas sentencias y a las que se atribuye carácter mercantil, aun referidas a la compraventa, no regulaban las consecuencias jurídico privadas de la compraventa, ni las obligaciones exigibles entre las partes: la calificación como mercantil no se refiere a una norma de obligaciones y contratos, sino a una norma que contempla un problema de Derecho de la competencia, fundamentalmente sobre libre ejercicio de la actividad.

b) En segundo lugar, por lo que se refiere a la aplicación supletoria del Derecho civil respecto del Derecho mercantil, prevista en la actualidad en los arts. 4.3 del Código civil (43) y 2 y 50 del Código de comercio (44), la cuestión que se suscita es la de si es el propio Derecho civil (foral o especial) el que desempeña, en cada territorio, la función de supletoriedad respecto a otras ramas del Derecho que incumbe al Derecho civil, en cuanto Derecho común, o si, por el contrario, solo puede ser Derecho común el estatal.

La cuestión ha sido polémica en la doctrina, que se pronuncia de manera diferente según la formación y diferente sensibilidad de los juristas ante la diversidad de Derecho civil. En la jurisprudencia de los tribunales civiles se defiende, al menos formalmente, que

(43) Dispone este precepto: “Las disposiciones de este Código se aplicarán como supletorias en las materias regidas por otras leyes”.

(44) Conforme al art. 2 del Código de comercio: “Los actos de comercio, sean o no comerciantes los que los ejecuten, y estén o no especificados en este Código, se regirán por las disposiciones contenidas en él; en su defecto, por los usos del comercio observados generalmente en cada plaza, y, a falta de ambas reglas, por las del Derecho común”. Conforme al art. 50 el mismo cuerpo legal: “Los contratos mercantiles, en todo lo relativo a sus requisitos, modificaciones, excepciones, interpretación y extinción y a la capacidad de los contratantes, se regirán en todo lo que no se halle expresamente establecido en este Código o en Leyes especiales, por las reglas generales del Derecho común”.

los derechos civiles forales constituyen en sus territorios Derecho común (45). Pero no existe doctrina del Tribunal Constitucional al

(45) La STS de 28 de junio de 1968 (entendió aplicable a un contrato mercantil estipulado en Cataluña la prohibición de la Compilación catalana de la fianza de la mujer casada a favor de su marido); con posterioridad, en sentido análogo, la STS de 16 de febrero de 1987 para un caso del Derecho navarro.

Declaran el carácter “común” del Derecho foral o especial, las SS. TSJ de Navarra de 2 de marzo de 1999 (contrato de compraventa de maquinaria), de 28 de junio de 2000 (contrato de seguro de transporte de mercancías), de 19 de marzo de 2001 (contrato de seguro multirriesgo) y de 13 de febrero de 2012 (contrato bancario). En esta última sentencia, con cita de las anteriores, rotundamente se declara que “el carácter mercantil de la relación contractual no excluye por sí solo la aplicación de la normativa civil foral, (...), en cuanto el «Derecho común» a que se remite como ordenamiento supletorio el Código de Comercio en sus artículos 2 y 50, no es sólo el general del Código Civil sino también el foral vigente en los territorios con derecho propio”. Sin embargo, es importante hacer notar que el Tribunal, finalmente, elude aplicar el Derecho foral al caso, porque es preciso aplicar primero la legislación mercantil, en toda su extensión: “Sólo en lo no previsto por ese conjunto normativo, y en lo que no se opongan a sus disposiciones, serán de aplicación a dichos contratos, en las materias que relaciona el artículo 50 del Código de Comercio, las normas del Derecho común supletorio, entre las que se encuentran, para los contratos sujetos al Derecho navarro por los puntos de conexión que lo vinculen a él, las contenidas en leyes del Fuero Nuevo de Navarra”.

Posteriormente, el Tribunal Supremo en dos ocasiones ha rechazado la aplicación de la regulación catalana sobre prescripción a la acción ejercitada contra el Consorcio de Compensación de Seguros por daños causados por vehículo no identificado (reconocida por la Ley general de tráfico estatal) pero lo ha hecho llegando a declarar que la materia, por estar relacionada con el contrato de seguro, es Derecho mercantil, competencia del Estado conforme al art. 149.1.6.^a de la Constitución. Se trata de dos sentencias del Tribunal Supremo de la misma fecha, 6 de septiembre de 2013, en las que puede leerse: “En el presente caso no se trata de una simple acción derivada de culpa extracontractual en virtud de la cual el que ha sufrido un daño se dirige contra aquél que se lo produjo para reclamarle la indemnización oportuna. Por el contrario el ejercicio de la acción contra el Consorcio de Compensación de Seguros nace precisamente de un derecho de carácter extraordinario que no confiere al perjudicado la legislación civil catalana sino el artículo 11.1.b) de la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor y el 11.3 del Texto Refundido del Estatuto Legal del Consorcio de Compensación de Seguros, normas de las que deriva la obligación de dicho organismo de indemnizar cuando el daño haya sido causado por vehículo no asegurado. De ahí que, nacida de la ley la obligación del Consorcio de Com-

respecto (46). Para evitar toda duda doctrinal y jurisprudencial, el legislador catalán ha querido dejar constancia expresa de la función del Código civil catalán como derecho comúnmente aplicable en Cataluña (47).

La Propuesta de Código Mercantil opta por abordar ambas cuestiones, la relativa a la delimitación del Derecho especial y el juego

pensación de Seguros, ha de entenderse aplicable el plazo de prescripción que la propia ley establece para la exigencia del cumplimiento de tal obligación ante los tribunales, que en este caso –como se ha repetido– es el de un año fijado en el propio artículo 7.1 de la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor. Así lo establece el art. 1090 del Código civil cuando dice que las obligaciones derivadas de la ley se regirán por los preceptos de la ley que las hubiere establecido.

La propia Disposición Final Primera de dicha ley refiere que el Texto Refundido se dicta al amparo de lo establecido en el art. 149.1.6.^a de la Constitución, según el cual el Estado tiene competencia exclusiva en materia de legislación mercantil, por lo que las normas de dicha ley rigen directamente en todo su territorio, sin que pueda operar en este caso el principio de territorialidad para reclamar la aplicación de la norma catalana”.

(46) De una parte porque, como ya ha quedado dicho antes, se retiró el recurso de inconstitucionalidad contra la Ley catalana que aprueba el Libro I del Código civil y en la que se introdujo expresamente la regla del Código civil catalán como Derecho común. Por otra parte, con posterioridad, en un caso planteado ante el Tribunal Constitucional sobre este asunto, la STC 42/2013, de 14 de febrero, no llega a pronunciarse sobre el fondo e inadmite la cuestión de inconstitucionalidad porque no era relevante para resolver el litigio planteado (la cuestión de inconstitucionalidad se refería a la aplicación de los plazos de prescripción a una norma de responsabilidad extracontractual de origen estatal y aplicable al caso).

(47) Así lo explica ARROYO, quien señala que en Cataluña, la primera y principal fuente del derecho civil son las normas de derecho civil catalán (art. 111-5 I CC Cataluña) y el Código civil catalán es considerado como “derecho común general”, que actúa como supletorio de otras leyes, sean o no catalanas, sean o no civiles. Añade la autora que esto no significa que el Código civil español deje de ser supletorio, pues expresamente el art. 149.3 de la Constitución establece que “El derecho estatal será, en todo caso, supletorio del derecho de las Comunidades Autónomas”. *Vid.* ARROYO, 2010, p. 168. Ahora bien, el Código civil español resulta en la práctica de difícil aplicación supletoria, no solo por el crecimiento del Derecho autonómico, sino también porque se establece expresamente que el derecho estatal solo se aplicará supletoriamente si no se opone a las disposiciones del derecho civil de Cataluña o a los principios generales que lo informen (art. 111-5 II del Código catalán).

del Derecho civil como Derecho común, de la misma manera y en los dos casos con la justificación de la exigencia constitucional de la unidad de mercado. De una parte, atribuyendo el carácter de mercantil a todas las relaciones patrimoniales que tengan lugar en el "mercado" y, de otra, de manera paradójica, atribuyendo al propio Derecho mercantil (habitualmente considerado como Derecho especial y así calificado en la propia Exposición de Motivos de la Propuesta) el carácter de Derecho común. Con este propósito, incluso, se llega a excluir de la regla general del carácter dispositivo de las disposiciones de la Propuesta de Código Mercantil en materia de contratos, las relativas "a su noción y su mercantilidad" (art. 411-1). De esta forma se pretende impedir que, por la vía del pacto entre las partes, éstas puedan alterar la naturaleza mercantil del contrato, lo que abriría la puerta a la aplicación a relaciones jurídicas mercantiles del mosaico normativo civil (48). No deja de sorprender tal regla porque el principio de la autonomía de la voluntad de las partes, incluido en lo referente a la norma aplicable al contrato, ha sido una constante en este sector del ordenamiento (49).

(48) *Vid.* MORILLAS JARILLO, M. J., "La formación del contrato mercantil en el Derecho vigente y en los trabajos de reforma: aspectos generales y régimen particular de los contratos de compraventa y seguro", en *Negociación y perfección de los contratos*, dir. M. Á. PARRA LUCÁN, Pamplona, 2014, p. 745.

(49) Así, GARCÍA RUBIO, M. P., "Algunas consideraciones sobre las normas de obligaciones y contratos de la propuesta de Código mercantil", en *Revista de Derecho Civil*, vol. I, núm. 1, 2014, accessible en <http://nreg.es/ojs/index.php/RDC>, pp. 10 y ss. Como explica la autora, "parece que con el texto mencionado en la mano, dos empresarios o un empresario y un particular podrán pactar, cuando la situación implique un conflicto de leyes, su sometimiento por ejemplo, al Derecho inglés donde, como es sabido, se desconoce la diferenciación civil/mercantil, o incluso al Derecho de otro país continental en el que el alcance de lo mercantil no llega tan lejos como el que se pretende en esta PCM, de modo que las normas finalmente aplicables a la relación podrían ser las contenidas en el respectivo Código civil; pero sorprendentemente en ningún caso podrán pactar su sometimiento al Código civil español (salvo que a alguien se le ocurra que también para estos casos el art. 3.3 del Convenio de Roma I impone la aplicación de la "mercantilidad")".

3. LA INCERTIDUMBRE FUTURA

En los trabajos oficiales publicados por la Comisión General de Codificación se pretende consagrar la división del Derecho privado en Derecho civil y Derecho mercantil, al haber elaborado de forma separada, sin conexión, dos anteproyectos de ley, uno dirigido a modernizar el Código civil en materia de obligaciones y contratos y otro a elaborar un nuevo Código mercantil. El futuro de ambos textos es incierto en estos momentos.

La Propuesta de Modernización fue recibida por la doctrina civilista con parabienes expresos (50) y ha venido siendo objeto de atención en los estudios doctrinales referidos a los temas que constituyen su objeto de regulación. Sin embargo, no ha recibido ningún impulso para su tramitación como ley por el Ministerio de Justicia.

La propuesta civil, denominada "propuesta de anteproyecto de ley de modernización del derecho de obligaciones y contratos" da redacción totalmente nueva de los dos primeros Títulos ("De las obligaciones" y "De los contratos") del Libro IV del Código Civil ("De las obligaciones y contratos"), esto es, de los artículos 1088 a 1314 (51). La propuesta declara que los preceptos contenidos en los dos primeros Títulos del Libro IV del Código Civil tendrán, una vez publicados como ley, vigencia directa en todo el territorio español, incluidas las Comunidades Autónomas con legislación civil propia. En efecto, dice el texto de la propuesta, "la regla 8ª del apartado primero del artículo 149 de la Constitución atribuye competencia exclusiva al Estado en la regulación de las bases de las obligaciones contractuales y *no hay duda* de que tienen esta naturaleza los artículos mencionados del Libro IV. No hay duda por ello de que esta Ley se ha de dictar por el Estado en uso de su competencia exclusiva sobre la materia".

(50) BERCOVITZ, Rodrigo, "De las obligaciones y de los contratos", Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil num.10/2009 parte Tribuna, BIB 2009\1192.

(51) *Vid.* la presentación del presidente de la Sección civil de la Comisión General de Codificación, el pf. Díez-PICAZO, L., "La propuesta de modernización del Derecho de Obligaciones y Contratos (una presentación)", en Boletín de Información del Ministerio de Justicia, 2130, abril 2011, www.mjusticia.es/bmj

Paralelamente, la aspiración doctrinal de mercantilizar las relaciones patrimoniales a la que me he referido antes encontró acogida en el órgano superior de asesoramiento en las tareas pre legislativas propias del Ministerio de Justicia, la Comisión General de Codificación (52). También en el propio Ministro de Justicia, Ruiz-Gallardón, como quedó en evidencia en la presentación pública del anteproyecto tras su aprobación en el Consejo de Ministros (53), en cuya intervención fueron continuas las referencias a la vinculación entre la unidad de mercado, el Derecho mercantil y el proyectado Código mercantil, en un ambiente legislativo en el que de manera reciente se han aprobado otras leyes que, al menos en su denominación, parecen responder a la misma preocupación (54). Sin embargo, des-

(52) La Comisión General de Codificación, creada en 1843, surgió como consecuencia del movimiento codificador. En la actualidad tiene encomendadas las siguientes funciones: 1.^a La preparación de la legislación codificada o general que expresamente le encomiende el Ministro de Justicia. 2.^a La revisión de los cuerpos legales y leyes vigentes en las diversas ramas del Derecho y la exposición al Ministro de Justicia del resultado de sus estudios. 3.^a La elaboración de proyectos que se relacionen con las actividades propias de su función, así como su propuesta al Ministro de Justicia. 4.^a El informe o dictamen en aquellos asuntos de carácter jurídico que el Ministro de Justicia o el Gobierno sometan a su consideración. 5.^a La corrección técnica y de estilo de los anteproyectos de ley y proyectos de disposiciones que le sea encomendada por el Ministro de Justicia. 6.^a La propuesta de publicación de los proyectos, estudios e informes elaborados en su seno (art. 3 del RD 160/1997, de 7 de febrero, por el que se aprueban los Estatutos de la Comisión General de Codificación).

(53) Vídeo con las declaraciones del ministro accesible en <http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/es/1215197775106/Medios/1288788719402/Detalle.html> (consulta el 30 de agosto de 2014)

(54) Así, Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado, que recoge el "principio de no discriminación de los operadores económicos", que supone aplicar el principio del «país de origen»/«comunidad autónoma de origen», para garantizar de forma efectiva la unidad de mercado sin imponer la uniformidad normativa. Se pretende que las normativas autonómicas, aun manteniendo su diversidad, no obstaculicen la unidad de mercado, para lo cual se imponen unos requisitos o condiciones básicas comunes dirigidas a garantizar el libre establecimiento y circulación, y se suprimen las duplicidades de control administrativo sobre una misma actividad o producto mediante un sistema que puede llamarse de «licencia única». Ampliamente, LOZANO CUTANDA, B., "Las 10 claves de la Ley de garantía de la unidad de mercado", Revista CESCO de Derecho del Consumo,

de la dimisión de Ruiz-Gallardón como ministro, el Gobierno no ha llegado a presentar el texto como proyecto de ley ni se ha vuelto a hablar de él.

Conviene advertir, con todo, que el ideal de elaborar un Código mercantil no ha sido exclusivo del Gobierno del Partido Popular. La PCM publicada en 2013 y aprobada por el Consejo de Ministros como anteproyecto de ley el 30 de junio de 2014 es el resultado de un trabajo de años que tuvo su origen en 2006 en un encargo del entonces Ministro del Gobierno sustentado por el Partido Socialista Obrero Español dirigido a la Comisión para que elaborara un Código mercantil (55). Por el contrario, no ha existido nunca un encargo formal de elaborar un Código civil y las modificaciones del Código civil en materia de obligaciones y contratos han sido mínimas y marginales, de modo que el Código civil se encuentra en la actualidad, por lo que aquí interesa, alejado de las necesidades reales que se suscitan en las relaciones patrimoniales.

Las reacciones doctrinales no se hicieron esperar. Algunos autores mercantilistas han advertido del riesgo de denuncia de inconstitucionalidad por las Comunidades Autónomas con competencia sobre el Derecho civil (56) y entre los autores civilistas a esta objeción se suman otras críticas al contenido de la propuesta (57). Aun cuando

9, 2014, accesible en <http://cesco.revista.uclm.es/index.php/cesco/article/view/479/0>

(55) Orden de 7 de noviembre de 2006, por la que se encarga a la Sección segunda de Derecho mercantil de la Comisión General de Codificación la elaboración de un nuevo Código mercantil, firmada por el Ministro Juan Fernando López Aguilar a la Comisión de Codificación del Ministerio de Justicia, en el año 2006.

(56) ROJO, "El Código mercantil", p. 20; Vicent CHULIÁ, *Introducción al Derecho mercantil*, 2014, p. 131.

(57) García Rubio ha explicado con detalle las razones por las que la Propuesta de Código Mercantil no solo es inconstitucional, sino también su carácter extemporáneo, contrario a las tendencias uniformes del Derecho comparado, falto de rigor científico. A la crítica a la pretensión inicial añade además la debida a la escasa calidad técnica del contenido de los libros dedicados a las obligaciones mercantiles en general y a los contratos mercantiles en particular, así como al carácter caprichoso de los temas seleccionados para su inclusión en un pretendido Código mercantil ("Algunas consideraciones", 2014, pp. 7-27).

Explica GARCÍA RUBIO que su opinión coincide, sustancialmente, con la

no se han hecho públicas en la página del Ministerio las alegaciones a la Propuesta, los informes o comentarios realizados por la Comisión Nacional del Mercado y la Competencia (58), por el Consejo Económico y Social (59) muestran una total indiferencia hacia el

expuesta en las Alegaciones a la Propuesta presentadas por el Grupo Actualiza, de las que la autora del trabajo es también firmante, junto con A. CAÑIZARES, C. GETE-ALONSO, F. INFANTE, M. MARTIN, F. OLIVA, J. SOLÉ y T. TORRES. Actualiza es un grupo compuesto por docentes de Derecho civil de distintas universidades españolas, y las alegaciones a la propuesta son accesibles en la página web de las Universidades de algunos de los firmantes: www.uma.es/...a/files/GRUPO_ACTUALIZA_ALEGACIONES.pdf, civil.udg.edu/...rxius///Documento_de_allegaciones.pdf

Como dice el propio autor, mediante un discurso construido a base de metáforas, ironías, sinécdoques y metonimias, vid. la dura crítica de M. Yzquierdo al anteproyecto de Código mercantil en "El Anteproyecto de Código Mercantil y los pecados capitales", en ¿Hay Derecho? El blog sobre la actualidad jurídica y política, accesible en <http://hayderecho.com/2014/06/30/el-anteproyecto-de-codigo-mercantil-y-los-pecados-capitales/> (acceso el 31 de agosto de 2014)

(58) Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, IPN/DP/0010/14 informe sobre el Anteproyecto de Ley del Código Mercantil, 17 de julio de 2014 (accesible en <http://www.cncompetencia.es>, consulta el 31 de agosto de 2014).

(59) Consejo Económico y Social (CES). Dictamen 5/2014. Sesión ordinaria del Pleno de 25 de junio de 2014. Sobre el Anteproyecto de Ley del Código Mercantil (accesible en <http://www.ces.es/documents/10180/1339655/Dic052014.pdf>, consulta el 31 de agosto de 2014).

Puede decirse que da por buena la solución de la propuesta cuando dice, de manera genérica que "El CES comparte los propósitos que animan a la futura Ley y, en concreto, el objetivo principal del Anteproyecto de intentar garantizar la unidad de mercado mediante el establecimiento para las operaciones mercantiles de unas mismas reglas contractuales que rijan en todo el territorio del país. De hecho, tal y como se señala en los Antecedentes del presente dictamen, este Consejo ha expresado en diferentes dictámenes e informes su interés sobre dicha cuestión y ha abogado, en el marco de la descentralización de competencias resultante del desarrollo del Estado autonómico español, por la eliminación de las distorsiones en el mercado interior". En cambio, critica un tema marginal, la compatibilidad con el Derecho laboral, en especial por lo que se refiere al ámbito subjetivo y cuándo una relación profesional es mercantil o laboral. Como ha sucedido en otras ocasiones en las que se han elaborado Dictámenes sobre temas de Derecho privado queda en evidencia la insuficiente composición de este órgano.

tema que es objeto de exposición en este trabajo (60). Sí que se pronuncia en cambio de manera expresa el Consejo de Estado en su Dictamen de 29 de enero de 2015 (expediente 837/2014), donde se advierte cómo las competencias de las Comunidades Autónomas en materia de Derecho civil no pueden ser erosionadas por las competencias del Estado sobre la legislación mercantil.

La Propuesta de Código Mercantil, en efecto, presenta un contenido muy extenso (61). Incluye 1.726 artículos divididos en un título preliminar (Ámbito de aplicación) y siete libros. En el libro primero se encuentra todo lo referente a la regulación del empresario y la empresa; el segundo trata de las sociedades mercantiles; en el tercero se regula el Derecho de la competencia y de la propiedad industrial; el libro cuarto se refiere a las obligaciones y contratos; mercantiles en general; el libro quinto trata de los contratos mercantiles en particular; el sexto, de los títulos valores e instrumentos de pago y de crédito; y el séptimo se ocupa de la prescripción y la caducidad.

Enlazando con la doctrina que sostiene una concepción muy amplia del Derecho mercantil, y a la que me he referido antes, el anteproyecto lleva a cabo una ampliación subjetiva (no solo a los comerciantes, no solo a los empresarios, también a los profesionales, a los artesanos, a los agricultores y ganaderos) (62) y una ampliación

(60) También puede advertirse el carácter neutro descriptivo de la información suministrada en los foros de difusión jurídica. Por ejemplo, en Redacción de Noticias Jurídicas, "Las diez claves del Anteproyecto de Código Mercantil", por Sonsoles NAVARRO SALVADOR, 02/06/2014, accesible en <http://noticias.juridicas.com/actual/3917-las-diez-claves-del-anteproyecto-de-codigo-mercantil.html> (acceso el 15 de agosto de 2014).

(61) *Vid.* la presentación del presidente de la Sección de lo mercantil de la Comisión General de Codificación, ALBERTO BERCOVITZ, "Hacia un nuevo Código mercantil", Actualidad Jurídica Aranzadi, BIB 2014\1439.

(62) La Propuesta, que concibe el Derecho mercantil como las relaciones de los operadores del mercado entre sí y con los consumidores utiliza el concepto de "operadores del mercado" o, también "operadores económicos", en un sentido amplio que incluye, junto a los empresarios a los profesionales, a los artesanos, a los agricultores y ganaderos).

Así, conforme al art. 001-2 proyectado (Ámbito subjetivo): "1. A los efectos de este Código son operadores del mercado y quedan sujetos a sus normas: a) Los empresarios. Se consideran empresarios: 1.º Las personas físicas que ejerzan o en cuyo nombre se ejerza profesionalmente una actividad económica organizada de producción o cambio de bienes o de pres-

objetiva [por ejemplo a la compraventa de inmuebles (63)]. Igualmente, regula de manera completa contratos a los que califica como "mercantiles", algunos de los cuales carecen de precedentes en el Código de comercio (contratos de servicios, contratos de obra), y lo hace con tal amplitud que reduce los contratos civiles a los de segunda mano entre particulares.

Por lo que se refiere a los contratos con consumidores la regulación es ambigua, pues aun cuando se excluye que los consumidores sean operadores del mercado, se declara que los negocios de los operadores con ellos constituyen la materia mercantil y, si bien no se regulan los contratos con consumidores y se deja a salvo la regulación específica existente (64), se declara en la exposición de

tación de servicios para el mercado, incluidas las actividades agrarias y las artesanales. 2.º Las personas jurídicas que tengan por objeto alguna de las actividades indicadas en el número anterior. 3.º Las sociedades mercantiles, cualquiera que sea su objeto. b) Las personas físicas que ejerzan profesionalmente y en nombre propio una actividad intelectual, sea científica, liberal o artística, de producción de bienes o de prestación de servicios para el mercado. c) Las personas jurídicas que, aun no siendo empresarios y con independencia de su naturaleza y objeto, ejerzan alguna de las actividades expresadas en este artículo, así como los entes no dotados de personalidad jurídica cuando por medio de ellos se ejerza alguna de esas actividades. 2. Se consideran operadores del mercado las sociedades o entidades no constituidas conforme al Derecho español que ejerzan en España alguna de las actividades expresadas".

(63) Explica la exposición de motivos de la Propuesta que "las particularidades de la compraventa de inmuebles se regulan en la sección tercera del capítulo dedicado a la compraventa general. Afectan en particular a la obligación de entrega conforme en caso de defectos de cabida y a los plazos de prescripción. En lo demás se aplican las normas de la compraventa mercantil general siempre que sean compatibles con la naturaleza propia de estos bienes y, como régimen subsidiario, la legislación civil". Con todo, los autores de la propuesta no se ha atrevido a dar nueva redacción a los preceptos de la legislación hipotecaria: "Por otra parte, de manera similar a lo que sucede en los contratos concertados con consumidores, la disciplina mercantil de la compraventa de inmuebles preserva la aplicación de eventuales normativas específicas, sustancialmente de la legislación hipotecaria."

(64) En la exposición de motivos de la propuesta puede leerse: "Importa destacar que se ha tomado como criterio general el de no incorporar a este Código mercantil las normas de protección de los consumidores, que se consideran vigentes y respetando su imperatividad, se ha considerado, en efecto, que habiéndose promulgado el texto refundido de la Ley General

motivos de la propuesta que: "La intervención de un consumidor no priva a la compraventa de su carácter mercantil. Naturalmente propicia la aplicación de las normas sectoriales sobre protección de consumidores, pero las lagunas se integran con la disciplina contenida en el Código Mercantil en razón de la naturaleza del contrato. Con esta medida se aclara la índole de las normas en el contexto constitucional".

Se introduce, además, una teoría "De las obligaciones y de los contratos mercantiles en general" que incluye, de manera arbitraria algunas materias (deberes en la fase preparatoria, perfección y modificación del contrato...) pero no otras que podrían considerarse integrantes de una parte general (nulidad, indemnización de daños).

Se prevé también un Libro séptimo sobre la prescripción y la caducidad que no se limita a fijar plazos para las acciones mercantiles, sino que además establece unas reglas generales sobre la naturaleza de los plazos, la renuncia a la prescripción, su alegación, cómputo del plazo, interrupción y suspensión, caducidad... Todo ello carece de sentido en un cuerpo de Derecho especial y solo encuentra explicación si se piensa que el Código civil contiene una regulación obsoleta de esta materia (en la que, por ejemplo, ni se regula la caducidad ni la suspensión de la prescripción) y que, como se ha dicho ya con anterioridad en este trabajo, una de las cuestiones conflictivas en la jurisprudencia ha sido la existencia de un Derecho autonómico regulador de la materia con vocación de aplicarse como Derecho común a las normas, de origen estatal o autonómico, que se apliquen en el correspondiente territorio.

Se pretende así lograr la unificación del Derecho privado por la vía mercantil, con la paradoja que resulta de que un Derecho que se presenta como "especial", incluso en la propia exposición de motivos de la propuesta, se generaliza para convertirse en Derecho común, único y general, de aplicación en todo el territorio, reduciendo el Derecho civil, considerado habitualmente como el Derecho privado general, a supuestos marginales.

para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, en fecha muy reciente, y tratándose de un texto legal equiparable a un Código sobre la materia, parecía poco adecuado alterar ese planteamiento legislativo, de manera que se respeta la diferencia de las normas de protección de los consumidores como ajenas a la regulación del Código mercantil".

Con independencia de que, con seguridad, durante la presente legislatura no dará tiempo a tramitar parlamentariamente un texto tan complejo y tan extenso como el presentado, es evidente que la opción de la Propuesta propicia una reflexión profunda sobre la forma correcta de proceder en esta materia conforme a la distribución de competencias que sobre el Derecho civil y el Derecho mercantil contiene la Constitución española de 1978.

4. VALORACIÓN Y CONCLUSIONES

La Constitución española de 1978 renunció a la unificación del Derecho civil. Los Derechos forales en el momento en que se promulgó la Constitución, en su mayor parte, y con alguna excepción a la que ya me he referido, estaban integrados por normas de Derecho de familia y sucesiones. Pero sobre todo, las normas de Derecho foral antes de la Constitución eran normas del Estado, leyes estatales. La Constitución cambia esta situación al reconocer a las Comunidades Autónomas con un Derecho propio la posibilidad de asumir la competencia legislativa en materia de Derecho civil y, por lo que aquí interesa, reservar al Estado "las bases" de las obligaciones contractuales. La Constitución, en cambio, impone la unidad del Derecho mercantil, al atribuir al Estado central la competencia exclusiva sobre esta legislación.

Partiendo de este presupuesto es necesario formular a continuación dos observaciones.

De una parte, el Estado no ha concretado cuáles son las bases de las obligaciones contractuales, porque en general ha faltado valentía en el legislador estatal desde la aprobación de la Constitución, o ha sobrado pragmatismo en la promulgación de la legislación en materia contractual para evitar un conflicto con las Comunidades Autónomas. Como puede comprenderse esta falta de determinación solo ha supuesto un aumento de la confusión y un retraso en la decisión de los problemas.

Por otra parte, no hay una esencia propia de las obligaciones y contratos mercantiles, distinta de los contratos en general, que exija una regulación específica y especial mercantil de esta materia.

Es verdad que, junto a las opiniones de los civilistas autonómicos que se manifiestan a favor del estímulo beneficioso que representa

la competencia entre legisladores (65), o los ejemplos de Estados federales en los que no pelagra el sistema de economía de mercado, se ha advertido que en España, el impacto negativo del aumento en la cantidad de regulación autonómica en productividad e innovación ha sido muy significativo (66). Enlazando con esta línea de pensamiento, la opción de los autores de la Propuesta de Código Mercantil consiste en calificar como mercantil prácticamente todo el Derecho de obligaciones y contratos para, de esta forma, imponer una regulación igual en todo el territorio nacional. Frente a este argumento cabe observar que la vía elegida es contraria a la Constitución por dos razones.

En primer lugar porque, de acuerdo con la Constitución española, las bases de las obligaciones contractuales (entendidas como los principios básicos y generales) son competencia del Estado como legislación civil, lo que significa que no se excluye la competencia de las Comunidades Autónomas para el desarrollo de esas bases.

En segundo lugar porque la unidad de mercado es un principio constitucional de la máxima trascendencia para la actividad económica, pero la unidad de mercado como tal no es un título competencial (67). Si se entiende que una norma autonómica indirectamente

(65) Lo que, ciertamente, ha sucedido en algunas materias en las que Cataluña ha sido pionera (por ejemplo, en materia de "testamento vital", pero también en otras), promulgando leyes novedosas que después han sido copiadas por otras Comunidades y, en ocasiones, por el propio Estado.

(66) MARCOS, F., SANTALÓ, J., "Regulation, innovation and productivity, IE Business School Working Paper DE8-130-I, 15/07/2010, http://www.la-tienda.ie.edu/working_papers_economia/WP10-04.pdf.

Con datos referidos al período 1988-2006, las estimaciones de los autores revelan que un aumento del 100% en el número de normas autonómicas (número de disposiciones generales aprobadas por cada Comunidad Autónoma) se asocia con una reducción de la tasa de crecimiento anual de la productividad total de los factores del 3,5 % y con una reducción del 80% anual de las solicitudes de patente, de más del 100% de las solicitudes de modelos de utilidad y de entre el 62 % y el 112 % de las solicitudes de diseños industriales. Comprueban también que, con el aumento en la intensidad regulatoria autonómica, caen el número de solicitudes de marcas y de nombres comerciales. Obtienen resultados similares cuando consideran el efecto del número de páginas de regulación publicadas por cada Comunidad Autónoma.

(67) Según el art. 139.2 de la Constitución: "Ninguna autoridad podrá adoptar medidas que directa o indirectamente obstaculicen la libertad de

obstaculiza la libre circulación de bienes puede impugnarse ante el Tribunal Constitucional por vulnerar lo dispuesto en el art. 139, pero la unidad de mercado como tal no es en la Constitución española un título competencial que atribuya al Estado la competencia para legislar sobre ninguna materia.

La difícil concreción de qué es básico y qué desarrollos pueden resultar o no contrarios a la unidad de mercado debe efectuarse caso por caso valorando las circunstancias que concurran (ámbito y eficacia de la norma, carácter local, nacional o europeo de la actividad...).

Además, debe tenerse presente que, incluso por exigencias comunitarias (68), la valoración del interés general puede imponer la

circulación y establecimiento de las personas y la libre circulación de bienes en todo el territorio español”.

(68) Con todo, ni las exigencias comunitarias ni el interés general que deriva de la unidad de mercado excluyen que las Comunidades Autónomas puedan y deban transponer las directivas siempre que, por razón de la materia, ostenten constitucional y estatutariamente la correspondiente competencia legislativa. Por todos, *vid.* Díez-PICAZO GIMÉNEZ, L. M., “La transposición de las directivas en materia de derecho patrimonial por parte de las Comunidades Autónomas”, Díez Jornades de dret català a Tossa, El futur del Dret patrimonial de Catalunya, Tossa de Mar, 17 a 19 de setembre de 1998, <http://civil.udg.edu/tossa/1998/Textos/Diez-Picazo.htm>.

Como explica el autor, la transposición de directivas por las Comunidades Autónomas está sometida a las facultades estatales de vigilancia y coordinación. Ahora bien, si la competencia legislativa necesaria para la transposición corresponde a las Comunidades Autónomas, el Estado no podrá sustituir a aquéllas. La única posibilidad es acudir a lo dispuesto en el art. 155 de la Constitución: “1. Si una Comunidad Autónoma no cumpliera las obligaciones que la Constitución u otras leyes le impongan, o actuare de forma que atente gravemente al interés general de España, el Gobierno, previo requerimiento al Presidente de la Comunidad Autónoma y, en el caso de no ser atendido, con la aprobación por mayoría absoluta del Senado, podrá adoptar las medidas necesarias para obligar a aquélla al cumplimiento forzoso de dichas obligaciones o para la protección del mencionado interés general. 2. Para la ejecución de las medidas previstas en el apartado anterior, el Gobierno podrá dar instrucciones a todas las autoridades de las Comunidades Autónomas”.

De acuerdo con el autor citado, la responsabilidad directa del Estado miembro fundada en la falta de trasposición, frente a la Unión Europea o frente a los particulares no puede eludirse con el argumento de que es imputable a la Comunidad Autónoma, pero no es incompatible con otras dos posibilidades: primera, que el particular lesionado se dirija contra la Comu-

necesidad de la armonización de una regulación: para ello la Constitución ofrece al Estado el cauce previsto en el art. 150, que le permite armonizar una materia, aun en el caso de que esté atribuida a la competencia de las Comunidades Autónomas (69). De esta forma, al Estado corresponden, de una parte, la determinación de las bases de las obligaciones y el Estado puede, además, excluir el desarrollo de tales bases por las Comunidades Autónomas cuando así lo exija el interés general. Pero entonces por mayoría absoluta de cada Cámara para la apreciación de tal necesidad (art. 150 de la Constitución).

En definitiva, la ampliación de las materias mercantiles con la exclusiva finalidad de blindar la competencia del Estado no puede ser realizada unilateralmente por éste, so pena de contrariar el orden constitucional español. Por ello, y prescindiendo de las deficiencias, defectos e incoherencias de su redacción y contenido, la Propuesta de Código Mercantil debería ser retirada (70).

Pero es urgente la actualización del Derecho civil de obligaciones y contratos. La elaboración de este trabajo debe llevarse a cabo con

nidad Autónoma que dejó de trasponer la directiva, pues ello es ajustado a las normas españolas sobre responsabilidad administrativa y, además, no es incompatible con las exigencias comunitarias; segunda, que el Estado pueda ejercer, de acuerdo con los principios generales del derecho de daños, una acción de regreso frente a aquella Comunidad Autónoma por cuya omisión fue condenado al resarcimiento.

(69) Conforme al art. 150.3: "El Estado podrá dictar leyes que establezcan los principios necesarios para armonizar las disposiciones normativas de las Comunidades Autónomas, aun en el caso de materias atribuidas a la competencia de éstas, cuando así lo exija el interés general. Corresponde a las Cortes Generales, por mayoría absoluta de cada Cámara, la apreciación de esta necesidad."

(70) Con todo, si se llegara a promulgar la Propuesta de Código Mercantil con el contenido proyectado, sea cual sea el paraguas formal invocado por el legislador estatal para defender su competencia, la cuestión no quedaría definitivamente zanjada y estaría abierta la posibilidad de un recurso de inconstitucionalidad por las Comunidades Autónomas así como el planteamiento de cuestiones de inconstitucionalidad por los jueces que tuvieran que aplicar la nueva norma para resolver un caso. De la misma manera, tampoco se excluye que las Comunidades dicten leyes ignorando el Código mercantil y al amparo de su competencia legislativa de Derecho civil, leyes que a su vez estarán expuestas a ambos tipos de recursos (de inconstitucionalidad y cuestiones de inconstitucionalidad).

rapidez y efectividad, aprovechando la capacidad y los conocimientos de la ciencia privatista española para modernizar y actualizar el Código civil y lo aconsejable es partir de la Propuesta de Modernización del Código Civil y, en lo que resulte conveniente, de las aportaciones de la Propuesta de Código Mercantil.

En julio de 2015 la Asociación de Profesores de Derecho Civil ha publicado un borrador de los Libros V y VI de una Propuesta de Código civil (accesible en <http://www.derechocivil.net/esp/pdf/PROPUESTA-DE-LIBROS-QUINTO-Y-SEXTO-DEL-CODIGO-CIVIL.pdf>, última consulta el 19 de agosto de 2015).

Tal y como se explica en la Presentación de la Propuesta, la Asociación de Profesores de Derecho Civil acordó, a raíz de la celebración en Valladolid de su última Asamblea, en abril de 2014, con ocasión de las Jornadas de Estudio que periódicamente organiza, acometer como proyecto, de cara a la celebración de las siguientes Jornadas de Estudio, la elaboración de una Propuesta de Código Civil. Para ello la Junta Directiva estableció cuales serían las características a las que debería responder el proyecto, programó una agenda para su realización, promovió la constitución de grupos de trabajo que asumieran la redacción de las diversas partes de esa Propuesta de Código Civil, y aprobó unas directrices sobre la estructura y forma de las ponencias atribuidas a cada uno de esos grupos de trabajo.

De todo ello se dio cuenta al Ministerio de Justicia mediante carta dirigida al Señor Ministro, de la que se envió copia a las Instituciones del Estado relacionadas con el Derecho y la Justicia, así como, ulteriormente, mediante reunión celebrada con la Señora Subsecretaria y el Señor Secretario General Técnico de Justicia.

En la caracterización del proyecto se preveía que

— la Propuesta de Código Civil no afectaría al desarrollo de la legislación civil autonómica derivada del artículo 149.1.8ª de la Constitución y de los Estatutos de Autonomía de las Comunidades con propio Derecho civil,

— la Propuesta de Código Civil no tendría pretensiones de cambio en lo sustancial, limitándose a recoger y sistematizar el estado actual de la cuestión en todas las instituciones, sin perjuicio de introducir modificaciones concretas sobre cuya necesidad existiese un amplio consenso,

— se aprovecharían en todo lo conveniente cualesquiera materiales que pudiesen resultar útiles, en especial el Anteproyecto de Ley de Modernización del Código Civil en materia de Obligaciones y Contratos, elaborado por la Sección de Derecho Civil de la Comisión General de Codificación (publicado en 2009), la Propuesta de Código Mercantil elaborada por la Sección de Derecho Mercantil de la Comisión General de Codificación (publicada en 2013), así como el Anteproyecto de ley derivado de aquella, los Principios de Derecho Contractual Europeo (PECL) y el *Draft Common Frame of Reference* (DRAFT),

— y que la Propuesta de Código Civil constaría de Título Preliminar y seis Libros, dedicados, respectivamente y por este orden, a persona (incluyendo personas jurídicas –asociaciones y fundaciones– y representación), a familia (incluyendo parentesco y régimen económico matrimonial), a bienes, propiedad y derechos reales (incluyendo garantías reales, censos y derecho de superficie), a modos de adquirir (incluyendo usucapión), a obligaciones y contratos, a prescripción y caducidad.

La agenda para la realización del proyecto preveía que la Propuesta de Código Civil debería quedar acabada en el plazo de tres años, correspondientes a las dos próximas Jornadas de Estudio de la Asociación, a celebrar en otoño de 2015 y en primavera de 2017 respectivamente, especificando que se abordaría en primer lugar el Libro Quinto, dedicado a las obligaciones y a los contratos, mientras que el Título Preliminar y los demás Libros deberían quedar ultimados en las Jornadas de Estudio de 2017. Posteriormente se añadió a la primera fase del proyecto la realización del Libro Sexto, dedicado a la prescripción y a la caducidad.

En cumplimiento de esa agenda de trabajo se presenta a los miembros de la Asociación para su estudio, presentación de enmiendas y ulterior debate en las Jornadas de Estudio que tendrán lugar en la Universidad de Castilla-La Mancha, en su Campus de Cuenca, los días 15 y 16 del próximo mes de octubre, el Borrador de la Propuesta de Código Civil correspondiente a los dos mencionados Libros Quinto y Sexto.

5. BIBLIOGRAFÍA

- ARROYO I AMAYUELAS, E., Compètencia autonòmica, competencia entre ordenaments jurídics i codificació del Dret civil català: un balanç, *Revista de Dret Històric Català* [Societat Catalana d'Estudis Jurídics], Vol. 10 (2010), 167-213.
- ARROYO I AMAYUELAS, E., Die Entwicklung des Zivilrechts in Katalonien und das neue katalanische Zivilgesetzbuch, *Zeitschrift für europäisches Privatrecht*, 3, 2014, 584-607.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Alberto, *Apuntes de Derecho Mercantil. Derecho mercantil, Derecho de la competencia y propiedad industrial*, 14 ed., Thomson Reuters Aranzadi, 2013.
- "Código civil", *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil* núm. 6/2004 parte Tribuna, BIB 2004\541
- "De las obligaciones y de los contratos", *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil* núm. 10/2009 parte Tribuna, BIB 2009\1192
- "La prueba del nueve", *Aranzadi Civil-Mercantil* núm. 3/2011 parte Tribuna, BIB 2011\768
- BROSETA PONT, M., MARTÍNEZ SANZ, F., *Manual de Derecho mercantil*, vol. II 16 ed., Madrid, 2009.
- CARRASCO PERERA, Á., CORDERO LOBATO, E., "Modalidades de venta: competencias estatales, autonómicas y locales", *Derecho privado y Constitución*, 5, 1995 (Monográfico sobre el Comercio Interior), 9-66.
- DELGADO ECHEVERRÍA, J., PARRA LUCÁN, M. Á., *Nociones de Derecho civil patrimonial e Introducción al Derecho*, Madrid, 2012.
- DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, L. M., "La transposición de las directivas en materia de derecho patrimonial por parte de las Comunidades Autónomas", X Jornades de dret català a Tossa, El futur del Dret patrimonial de Catalunya, Tossa de Mar, 17 a 19 de setembre de 1998, <http://civil.udg.edu/tossa/1998/Textos/Diez-Picazo.htm>
- DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, L., "La propuesta de modernización del Derecho de Obligaciones y Contratos (una presentación)", en *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, núm. 2130, abril 2011, www.mjusticia.es/bmj
- FENOY PICÓN, N., The Spanish Obligations and Contract Law and the Proposal for its Modernisation", in: Reiner Schulze-Fryderyk Zoll (eds.), *The Law of Obligations in Europe. A New Wave of Codifications*, Munich, 2012.
- GARCÍA RUBIO, M. P., "Algunas consideraciones sobre las normas de obligaciones y contratos de la propuesta de Código mercantil", en *Revista de Derecho Civil*, vol. I, núm. 1, 2014, accessible en <http://nreg.es/ojs/index.php/RDC>, 7-27.
- GARRIGUES, Joaquín, *Curso de Derecho Mercantil*, t. I, 7.ª ed., revisada con la colaboración de Alberto BERCOVITZ, Madrid, 1976.
- GETE-ALONSO CALERA, M. C., "El Libre sisè del Codi civil de Catalunya sobre les obligacions i els contractes. Quan, com i per què hem de codificar-lo", en *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, 1, 2009.

- GÓMEZ POMAR, F., "Un nuevo Código", Indret, 2013, www.indret.com/es.
- ILLESCAS ORTIZ, R., Perales Viscasillas, M. P., "El Reglamento Opcional en materia de compraventa en el ámbito de la Unión Europea (CESL): crítica a su ámbito de aplicación", *Derecho de los negocios*, 265-266, 2012, 9-19.
- LOZANO CUTANDA, B., "Las 10 claves de la Ley de garantía de la unidad de mercado", *Revista CESCO de Derecho del Consumo*, 9, 2014, accesible en <http://cesco.revista.uclm.es/index.php/cesco/article/view/479/0>
- MARCOS, F., SANTALÓ, J., "Regulation, innovation and productivity", IE Business School Working Paper DE8-130-I, 15/07/2010, http://www.latienda.ie.edu/working_papers_economia/WP10-04.pdf.
- MARSAL GUILLAMET, J., La competència de la Generalitat de Catalunya en matèria civil i el dret uniforme, Comunicacions a les XII Jornades de dret català a Tossa, segona ponència, La reforma del codis civils en un context d'aproximació europea, accesible en <http://civil.udg.edu/tossa/2002/textos/com/2/jmg.htm>
- MARTÍN CASALS, M., El Libro VI del Codi civil de Catalunya, en *La codificación del Derecho civil de Catalunya. Estudios con ocasión del cincuentenario de la Compilación*, dir. C. E. Florensa i Tomas, Madrid, 2011.
- MORILLAS JARILLO, M. J., "La formación del contrato mercantil en el Derecho vigente y en los trabajos de reforma: aspectos generales y régimen particular de los contratos de compraventa y seguro", en *Negociación y perfección de los contratos*, dir. M. A. PARRA LUCÁN, Pamplona, 2014.
- ORDÁS ALONSO, M., "La compraventa para uso empresarial", en *Tratado de la compraventa*, dir. Á. CARRASCO, Pamplona, 2013.
- PARRA LUCÁN, M. Á., "Algunos aspectos de las competencias de las Comunidades Autónomas sobre la legislación civil para la protección del consumidor", *Revista Jurídica Navarra*, 1987.
- ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, Á., "El Código mercantil", *Otrosí*, 12, 2012, 17-22.
- "El derecho mercantil y el proceso de unificación del derecho privado", *Revista de derecho mercantil*, 291, 2014, 127-142.
- URÍA, R., *Derecho mercantil*, 28 ed., Madrid-Barcelona, 2002.
- VAQUER ALOY, A., "El Soft Law europeo en la jurisprudencia española: doce casos", *Ars Iuris Salmanticensis. Estudios*. Vol. 1, Junio 2013, 93-115.
- VICENT CHULIÁ, F., *Introducción al Derecho mercantil*, vol. I, 23 ed., Valencia, 2012.
- *Introducción al Derecho mercantil*, 21 ed., Valencia, 2008.
- YZQUIERDO TOLSADA, M., "El Anteproyecto de Código Mercantil y los pecados capitales", en *¿Hay Derecho? El blog sobre la actualidad jurídica y política*, accesible en <http://hayderecho.com/2014/06/30/el-anteproyecto-de-codigo-mercantil-y-los-pecados-capitales/> (acceso el 31 de agosto de 2014).

LA REGULACIÓN DEL BENEFICIO DE INVENTARIO EN EL CÓDIGO CIVIL Y EL DERECHO FORAL ESPAÑOL

Juan Alfredo Obarrio Moreno

Catedrático Acreditado de Universidad
Universidad de Valencia

Resumen: El presente estudio aborda la figura del beneficio del inventario desde su origen en el Derecho Romano, pasando por los precedentes históricos a su recepción en el Código Civil, hasta su inclusión en la Legislación de Cataluña, Aragón, Navarra e Islas Baleares. Un estudio que aborda sus cuestiones más relevantes: su significado, los sujetos, la forma de la aceptación, los plazos, sus efectos o su extinción.

Abstract: This study deals with the figure of the benefit of inventory since its origins in Roman law, through historical precedents upon receipt in the Civil Code, to its inclusion in the law of Catalonia, Aragon, Navarra and Balearic Islands. A study that addresses their most relevant issues: its meaning, the subjects, the form of acceptance, deadlines, their effects or extinction.

Palabras clave: Derecho hereditario–Beneficio del inventario–Derecho Romano–Código Civil.

Key words: hereditary right–benefit of inventory–Roman Law–Civil Code.

Disposiciones legales aplicadas: Arts. 70 y 80 LME.

SUMARIO

- I. PRECEDENTES HISTÓRICOS
 - 1.1. Introducción
 - 1.2. Origen y finalidad
 - 1.3. Sujetos
 - 1.4. Requisitos

- II. EL BENEFICIO DE INVENTARIO EN EL CÓDIGO CIVIL Y EL DERECHO FORAL ESPAÑOL
 - 2.1. Precedentes históricos
 - 2.2. La doctrina francesa anterior al código civil francés: Domat y Pothier
 - 2.2.1. Domat
 - 2.2.2. Pothier
 - 2.3. El Proyecto de Código Civil de 1851
 - 2.4. El Código Civil
 - 2.4.1. Significado del beneficio de inventario
 - 2.4.2. Forma de la aceptación
 - 2.4.3. Plazo para solicitar el beneficio
 - 2.4.4. Formación del inventario
 - 2.4.5. Administración y liquidación
 - 2.4.6. Efectos del inventario
 - 2.4.7. Extinción y pérdida del inventario

- III. LEGISLACIÓN DEL DERECHO CIVIL FORAL
 - 3.1. La Compilación del Derecho Civil especial de Cataluña.
 - 3.1.1. Régimen de adquisición de la herencia
 - 3.1.2. Los efectos de la aceptación a beneficio de inventario
 - 3.1.2.1. Finalidad
 - 3.1.2.2. Sujetos
 - 3.1.2.3. Requisitos
 - 3.1.2.4. Efectos
 - 3.1.2.5. Liquidación-orden de prelación de créditos
 - 3.1.2.6. Pérdida
 - 3.2. Derecho Civil Foral de Aragón
 - 3.3. La Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra
 - 3.4. La Legislación de las Islas Baleares

- IV. LA REGULACIÓN DEL BENEFICIO DE INVENTARIO EN LA LEY DE JURISDICCIÓN VOLUNTARIA DE 3 DE JULIO DE 2015
 - 4.1. Introducción
 - 4.2. Requerimiento notarial al heredero para que acepte la herencia

- 4.3. La renuncia hereditaria ante notario
- 4.4. La forma de aceptación a beneficio de inventario

V. LEY ORGÁNICA DEL NOTARIADO SOBRE LA ACEPTACIÓN
A BENEFICIO DE INVENTARIO: ARTÍCULOS 66 Y 67

I. PRECEDENTES HISTÓRICOS

1.1. Introducción

Dentro del complejo sistema de principios y de relaciones jurídicas que configuran la sucesión *mortis causa* en el Ordenamiento romano, la concepción clásica que reconoce que el heredero, al adquirir el *universum ius defuncti* (1), subintra en el conjunto de relaciones jurídicas de las que el difunto era titular, se configura como uno de los criterios que conforman el Derecho hereditario (2).

Así, para la jurisprudencia clásica, el hecho de que el heredero

(1) LONGO, C, "L'hereditas concepita come universitas", *Studi Fadda*, Napoli, I (1905), pp. 123 y ss.; BONFANTE, P., "La successio in *universum ius* e l'*universitas*", *Studi scialoja*, I (1905), pp. 531 y ss.; *Scritti Giuridici*, I (1916), pp. 299 y ss.; "La formazione scolastica della dottrina dell'*universitas*". *Scritti Giuridici varii*, Torino I (1916), pp. 307 y ss.; "Il concetto dommatico dell'eredità nel diritto romano en el diritto moderno, *BIRD* 7 (1894), pp. 153 y ss.; BORTOLUCCI, G, "La *hereditas* como *universitas*: Il dogma della successione nella personalità giuridica del defunto", *ACDR*, 1 (1933), pp. 435 y ss.; AMBROSINO, R., "Successio in *ius*, successio in *locum*, successio in *locum et ius*", *SDHI* (1945), pp. 64 y ss., ALBERTARIO, E., "Actio *universitate* e actio *specialis in rem*", *Studi di Diritto Romano*. Milano 5 (1946), pp. 63 y ss.; CATALANO, A., "Successio in *universum ius*", *Annali Catania*, 1 (1946-1947), pp. 314 y ss.; ROBBE, U., *La hereditas iacet e il significato della hereditas in Diritto Romano*, I, Milano, 1975, p. 419

(2) En este sentido, BIONDI, B., *Diritto ereditario romano, Parte generale*, Milano, 1954, p. 354 señala cómo tradicionalmente se había sostenido, a tenor de lo dispuesto en D. 41,3,22, que en el heredero concurría una doble personalidad: la suya y la del causante. D. 41,3,22 (Iav. 7 Epis.): *Heres et hereditas, tametsi duas appellationes recipiunt, unius personae tamen vice funguntur*.

sucediera *in ius* al difunto daba lugar a que éste se viera obligado a asumir, no sólo los activos patrimoniales, sino las cargas, esto es, el *incommodum* (3), la herencia *damnosa* (4), toda vez que ésta constituía una unidad jurídica, un *nomen iuris* (5), una sucesión universal, cuya formulación, si bien había experimentado numerosas variantes -*successio, succedere in ius, successio in locum et ius, successio in universum, in omne ius*, etcétera (6)-, se recoge con claridad en los textos de JULIANO y GAYO (7).

Esta concepción, que determinaba que el heredero sucedía al *de cuius in locum et in ius* (8), traía la confusión entre las relaciones jurídicas del difunto y las del heredero, y, a su vez, la responsabilidad *ultra vires hereditatis*, lo que, en última instancia, provocaba, como afirma Reggi, un daño para los acreedores y, en mayor medida, para el *heres* (9).

Inicialmente, contra los efectos de la *successio*, el heredero únicamente podía recurrir a acuerdos concretos con los acreedores y legatarios -a la *aditio mandato creditorum* y al *pactum ut minus*

(3) D. 37,1,3,pr.

(4) D. 50,16,119 (Pomp. 3 *ad Q. Muc.*).

(5) D. 5,1,76; D. 5,3,50, pr. (*Pap. 6 quaest.*); D. 50,16,178,1 (*Ulp. 49 ad Sab.*). Cfr. FADDA, C., *Concetti fondamentali di Diritto ereditario romano*, I, Milano, 1949, pp. 15 y 16.

(6) BONFANTE, P., *La successio in universum ius e l'universitas. Studi Scialoja*, I, Milano, 1905, pp. 531 y ss.; LÓPEZ-BARAJAS MIRA, M.^a R., *Separatio bonorum, ob. cit.*, pp. 15-20, recoge una clara exposición de las teorías que ha suscitado la configuración de la sucesión universal entre la romanística moderna.

(7) D. 50,16,24 (*Gaius libro 6 ad Edictum Provinciale*); D. 50,17,62.

(8) Aunque, como acertadamente sostiene REIMUNDO YANES, B., "Nociones básicas introductorias", *Actas del IV Congreso Iberoamericano de Derecho Romano*, I, Vigo, 1998, p. 28: "... , la herencia no significa el ingreso en la exacta posición jurídica del *de cuius*, porque para el heredero surgen unas situaciones nuevas onerosas que no existían para el causante, ...".

(9) REGGI, R., *Ricerche*, ob. cit., p. 3.

solvatur (10), o solicitar del pretor la *restitutio in integrum* (11), lo que reducía sus posibilidades a un mero *pactum de non petendo pro parte*, o, como afirma SOLAZZI, a remedios jurídicos que dependían “della buona volontà delle parti e non dando la sicurezza dei rimedi legali”, o a una mera excepción en favor de los menores de veinticinco años, *si temere damnosam hereditatem susceperint* (12). Excepción que el emperador Adriano, mediante un *especiale rescriptum*, concedería a los mayores de veinticinco años (13), y, posteriormente, Gordiano lo extendería a los militares (14), toda vez que éstos, como el propio Justiniano reconocía, conocían mejor las armas que las leyes –*quam iura scire milites sacratissimus legislator existimavit*– (15):

Para dar cumplida solución a este problema se estableció la institución del *Beneficium inventarii*, recogida en el *Corpus Iuris Civilis*, en concreto en el *Codex* 6,30,20; *Instituta* 2,19,6; *Novella* 1,2,2.

(10) Véase, recientemente, CALZADA GONZÁLEZ, A., “Una aproximación a la *aditio mandato creditorum*”, *Estudios de Derecho romano en Memoria de Benito M^a. Reimundo Yanes*, I, Burgos, 2000, pp. 61-71; “Reflexiones en torno al *pactum quo minus solvatur*”. *La responsabilidad civil de Roma al Derecho moderno. IV Congreso internacional y VII Congreso Iberoamericano de Derecho Romano*, pp. 107-113; DUPLÁ MARÍN, M.^a T., “La *aditio mandato creditorum* y la responsabilidad hereditaria”. *La responsabilidad civil de Roma al Derecho moderno, IV Congreso internacional y VII Congreso Iberoamericano de Derecho Romano*, pp. 337-349; LÓPEZ-BARAJAS MIRA, M.^a R., *Separatio bonorum*, ob. cit., pp. 41-52.

(11) Gai.2,163.

(12) SOLAZZI, S., *Diritto ereditario romano*, ob. cit., pp. 267-282; REGGI, R., *Ricerche*, ob. cit., 5-7.

(13) Gai. 2,163. Rescripto del que hace mención Justiniano en I. 2,19,6, así como en la paráfrasis escolástica a la institución de Gayo, *Fragm. August. 2,28-33*. Vid. REGGI, R., *Ricerche*, ob. cit., pp. 18-22.

(14) No obstante la afirmación de Justiniano, a juicio de la doctrina es evidente que no nos hallamos ante una mera extensión del beneficio otorgado por Adriano, sino ante una limitación de la responsabilidad del heredero. Vid, entre otros, SOLAZZI, S., *Diritto ereditario romano*, ob. cit., p. 275: “La responsabilità dei militari per i debiti del defunto viene limitata da Gordiano al patrimonio ereditario. L'accettazione del soldato resta ferma, ma è limitata la sua responsabilità”.

(15) C. 6,30,22, pr.; I. 2,19,6: ... *divus autem Gordianus postea in militibus tantummodo hoc extendit*.

1.2. Origen y finalidad

A la hora de explicar el origen y la finalidad de este beneficio *–speciali beneficio–*, en el ámbito doctrinal no ha habido discrepancias a la hora de afirmar que éste nació para limitar el pago de las obligaciones del causante al caudal relicto, para individualizar los bienes hereditarios a través de la confección de un inventario, así como para dar preferencia a esta nueva institución sobre la simple aceptación, el *spatium deliberandi* (16).

En este sentido, en *Codex* 1-2; 13-14 se nos informa que el heredero, ante la delación, puede o bien repudiarla, cuando entienda que debe rechazarla, o aceptarla, ya sea mediante una aceptación simple, si no se tienen dudas sobre la misma, o, de existir éstas, mediante la necesaria deliberación o acudiendo al beneficio de inventario; institución que, como ya ha quedado apuntado, se prefiere, por sus notables ventajas, al *ius deliberandi*.

Más en particular, la preferencia del nuevo beneficio sobre el *spatium deliberandi* se pone de manifiesto en *Codex* 13 y 14, donde se establece que con la constitución *Scimus* quien se acoge al *ius deliberandi* queda obligado por la totalidad de las deudas hereditarias, toda vez que, habiéndose ofrecido la posibilidad de elegir entre la deliberación o el beneficio del inventario, si se rechaza éste, ya no cabe, a posteriori, recurrir a su auxilio, al disfrute de sus garantías, quedando obligado, cuando hubiera hecho inventario, a la totalidad de las deudas, y no a la cuantía del patrimonio, o, cuando no hubiera llevado a cabo la confección de éste, al conjunto de las mismas y, a su vez, a la pérdida del beneficio de la ley Falcidia. Finalmente, si hubiera rehusado a aceptar la herencia después de deliberar en torno a la misma, y no hubiera realizado el inventario, el heredero se ve en la obligación de restituir los bienes hereditarios a los acreedores o a los llamados a la herencia, mediante la oportuna tasación y juramento de los bienes entregados:

1.3. Sujetos

Con relación a la cuestión de quién podía acogerse al beneficio de la ley, la literatura jurídica coincide en señalar que era el heredero

(16) En este sentido, HANISCH ESPÍNDOLA, H., "Notas", ob. cit., p. 28.

quien gozaba de este beneficio, dado que era sobre quien recaía la obligación de pagar a los acreedores *ultra vires hereditatis*.

Más en particular, el *Codex* 6,30,22,1a-1b señala que podía acogerse al beneficio del inventario la persona a la que se le hubiera deferido una herencia, ya por testamento, ya *ab intestato*, *sive ex asse*, *sive ex parte*, lo que excluía a los legatarios y donatarios *mortis causa*.

De la lectura de los textos del *Corpus Iuris* se advierte no sólo que nos hallamos ante una aceptación facultativa (17), no solemne o expresa –*vel sese immisceat* (18)– por parte del heredero, quien podía adirla *recta via*, acogiéndose al *spatium deliberandi* o al *beneficium inventarii*; sino que el término heredero se extendía tanto a los herederos voluntarios como necesarios (19), un criterio que hacemos propio frente autores como BONFANTE (20), SOLAZZI (21) o GUARINO (22).

(17) GLÜCK, F., *Commentario alle Pandette. Libro XXVIII, Parte quarta*. Continuazioni di MÜHLENBRUCH, C. F., Milano, 1904, p. 402; FADDA, C., *Concetti*, ob. cit., p. 413; BONFANTE, P., *Corso di diritto romano*, ob. cit., p. 397; SOLAZZI, S., *Diritto ereditario romano*, ob. cit., p. 287; BIONDI, B., *Diritto ereditario romano*, ob. cit., p. 351; REGGI, R., *Ricerche*, ob. cit., p. 72; DOMÍNGUEZ TRISTÁN, P., “*Constitutio Scimus: efectos jurídicos durante la confección del inventarium*”, *Estudios jurídicos in memoriam del profesor Alfredo Calonge*, I, Salamanca, 2002, p. 327.

(18) En torno a esta cuestión REGGI, R., *Ricerche*, ob. cit., pp. 81-83 sostiene que el heredero que acepta la herencia *cum beneficium legis* la puede llevar a cabo ya declarando expresamente su intención de ser heredero y realizando el inventario, o, por el contrario, sin una declaración formal: únicamente mediante la realización del inventario en el plazo prescrito por la ley. Recoge este planteamiento, DOMÍNGUEZ TRISTÁN, P., “*Constitutio Scimus*”, ob. cit., pp. 327-327, not. 14.

(19) Con carácter ejemplificador, BIONDI, B., *Diritto ereditario romano*, ob. cit., p. 352; IGLESIAS, J., *Derecho romano. Instituciones de Derecho privado*, Barcelona, 1972, pp. 625-626; D’ORS, A., *Elementos de derecho privado romano*, Pamplona, 1960, p. 207; REGGI, R., *Ricerche*, ob. cit., p. 61.

(20) BONFANTE, P., *Corso di diritto romano*, ob. cit., p. 393.

(21) SOLAZZI, S., *Diritto ereditario romano*, II, ob. cit., p. 265.

(22) GUARINO, A., *Diritto privato romano. Lezioni istituzionali di diritto romano*, Napoli, 1963, p. 268.

Finalmente, la doctrina, no sin una línea argumental contradictoria (23), se ha cuestionado la viabilidad de que el heredero pudiera verse impedido para acceder al beneficio del inventario como consecuencia de una prohibición expresa del *de cuius*. Más allá de los planteamientos doctrinales, entendemos, a tenor del espíritu de la constitución justiniana, que alienta, en detrimento del *spatium deliberandi*, la recepción de aquél, así como de los testimonios doctrinales recogidos por la tradición romanística bajomedieval, que difícilmente en la práctica jurídica podría plantearse un supuesto en el que se limitara la aplicación del instituto objeto del presente estudio.

Así mismo, los coherederos estaban facultados para acogerse a la institución del beneficio de inventario. En este sentido se manifestó MÜHLENBRUCH (24), para quien dentro del régimen interno de los coherederos, podía originarse una multiplicidad de situaciones, tales como que uno de los herederos se inclinase por el beneficio de la ley, y otro por el *spatium deliberandi*; o bien que uno se acogiese a una aceptación en recta vía, y otro al *beneficium inventarii*; o, en su defecto, asumir ambos la misma forma de aceptación. Estas situaciones, no reguladas en la constitución *Scimus*, y que podían tener una cierta continuidad en la praxis jurídica, se resolvían respetando la pluralidad de opciones de cada uno de los coherederos (25).

Al margen de la posible aceptación del *beneficium inventarii* por parte de los herederos o acreedores, y de la exclusión que cabe hacer de los legatarios y fideicomisarios particulares, la doctrina se ha cuestionado si los fideicomisarios universales, en tanto que se puede originar una sucesión universal o particular, podían acogerse a este régimen jurídico. Al margen de la laguna legal que los textos proporcionan en torno a este aspecto, dado que únicamente se

(23) Con relación a las distintas vertientes doctrinales, *vid.* REGGI, R., *Ricerche*, ob. cit., p. 67-70.

(24) GLÜCK, F., *Commentario alle Pandette. Libro XXVIII, Parte quarta*, ob. cit., pp. 431 y 451: "Il rapporto rimane esclusivamente lo stesso quando un coerede si valga del beneficio d'inventario, l'altro ottenga un termine per deliberare. S'intende da sè che anche l'inventario fatto dal primo dee comprendere tutta l'eredità, perchè un inventario di una quota di eredità è qualche cosa di inconcepibile: il coerede inventariante ha poi tutti i diritti che la legge congiunge all'inventario, l'altro non ne gode invence".

(25) REGGI, R., *Ricerche*, ob. cit., p. 67.

menciona al heredero, entendemos que el fiduciario se hallaba en una posición jurídica semejante al heredero –responde por las deudas, por lo que podía ser convenido por los acreedores–, así como el fideicomisario, ya heredero, quien soportaba, asimismo, las deudas hereditarias; lo que, en definitiva, les alejaba de la prohibición en la que se hallaba el fideicomisario particular y el legatario, quienes no asumían las deudas y no se encaminaban en torno a la figura del heredero.

Finalmente hallamos en el *Codex* una mención explícita a la obligación que recaía sobre los tutores y curadores de llevar a cabo un inventario solemne de todos los bienes y documentos de las personas sometidas a su tutela y curatela (26). El carácter obligatorio de la confección del inventario por parte de los tutores y curadores viene recogido en las fuentes del *Corpus Iuris*, donde se determinaba que su ausencia, salvo que se pudiera alegar justa y necesaria causa, determinaba una conducta dolosa que permitía al pupilo proceder contra ésta, acudiendo al *iusiurandum in litem* (27).

1.4. Requisitos

Supuesta la desconfianza que ofrecía el *spatium deliberandi* creado por los pretores, Justiniano concedió a los herederos la posibilidad de acceder a un *beneficium inventarii* (28) simplemente con la aceptación y realización de un inventario de los bienes relictos en los plazos y formalidades prescritas en la constitución *Scimus* (29).

(26) VOCI, P., "V. beneficio d'inventario", ob. cit., p. 631.

(27) VOCI, P., "v. beneficio d'inventario", ob. cit., p. 631: "La mancata redazione dell'inventario ha una conseguenza assai grave in sede di rendiconto alla fine della tutela: l'ex pupillo è legittimato a stimare lui stesso il danno subito, secondo il solito procedimento dello *iusiurandum in litem*".

(28) La concepción de que "Il *beneficium inventarii* non esige alcuna dichiarazione da parte dell'erede" –BONFANTE, P., *Corso*, ob. cit., p. 487– viene siendo mantenida por la práctica totalidad de la doctrina. Véase, DOMÍNGUEZ TRISTÁN, P., "*Constitutio Scimus*", ob. cit., p. 327.

(29) De la importancia de esta reforma se hace eco la *communis opinio*. Vid., con carácter ejemplificador, BONFANTE, P., *Corso*, ob. cit., p. 487, que lo califica de verdadera revolución.

Esta nueva institución, calificada de *rudis et novus* (30), se sustentaba en la necesidad de que el *heres*, una vez se hubiera inmiscuido o llevado a cabo la adición de la herencia (31), confeccionara un inventario bajo las siguientes formalidades:

A) Si el heredero se encontraba presente en el lugar donde se hallaban los bienes, se le concedía, para su elaboración, un período de treinta días, ya fuere desde la apertura del testamento, del conocimiento de la misma o desde que hubiera sabido que se le había deferido *ab intestato* la herencia, y un plazo máximo de sesenta días para su finalización. Una vez que, en presencia de un *tabularius*, de los acreedores, legatarios y fideicomisarios, o, en ausencia de ellos, de tres testigos fidedignos, se hubiera redactado el inventario, el heredero, o, en su defecto, un *speciali tabulario*, rubricaba la veracidad de los bienes consignados y su recto proceder, dando testimonio de la venerable señal de la Santa Cruz (32).

B) Si, por el contrario, se encontraba ausente de los lugares en los que se hallaban los bienes, o la mayoría de los mismos, se ampliaba este período a un año *a morte testatoris*; en cuyo supuesto se le facultaba para realizarlo personalmente o a través de *instructos procuratores* (33):

Una vez expuestas las reglas generales en las que se recogen las formalidades descritas en los textos, de la exégesis de los mismos se pueden deducir las siguientes cuestiones, a saber:

En primer lugar, y siguiendo el criterio expuesto por la *communis opinio*, entendemos que la expresión *anni spatium a morte testatoris numerandum damus* induce, como observa MÜHLENBRUCH (34),

(30) C. 6,30,22,14.

(31) C. 6,30,22,2: ... *sed adeat hereditatem vel sese immisceat* ...

(32) C. 6,30,22,2.

(33) Con carácter ejemplificador, puede verse el comentario en GLÜCK, F., *Commentario alle Pandette. Libro XXVIII, Parte quarta*, ob. cit., p. 402.

(34) GLÜCK, F., *Commentario alle Pandette. Libro XXVIII, Parte quarta*, ob. cit., p. 403: "Ma un'alta inconseguenza nell'applicazione di questa disposizione deriva dal fatto che il termine regolare di uno a tre mesi è un termine utile, che decorre soltanto dal tempo della notizia giunta, all'erede,

a la confusión jurídica, ya que mientras el período común para la confección del inventario es un término útil, el cual transcurre únicamente a partir del conocimiento que tiene el *heres* de la apertura del testamento o de la delación a su favor de la herencia *ab intestato*; por el contrario, cuando el plazo concedido sea de un año, se ha de entender éste como un tiempo continuo, esto es, se ha de contar desde la muerte del testador. Para salvar esta contradicción, autores como REGGI (35) sostienen que el término *a morte testatoris* se infiere siempre y cuando el heredero hubiera tenido noticia de la muerte del causante o de la delación de la herencia a su favor, porque, de no tomarse esta concepción, nos hallaríamos ante la incongruencia de que el heredero, que desconoce la muerte del *de cuius*, no podría adquirir, una vez hubiera transcurrido el plazo, la condición de heredero *cum beneficium legis* (36).

En segundo lugar, de la literalidad del texto se desprende que la concesión de un plazo extraordinario de un año se determina por la mayor lejanía de los bienes hereditarios; pero, como sostienen con acierto autores como MÜHLENBRUCH (37) o REGGI (38), tal afirmación conlleva, de facto, un imposible: el de determinar la *maxima pars hereditatis*, fundamentalmente los bienes corporales, con anterioridad al inicio del inventario.

Mayor confusión terminológica conllevan las voces *testatoris, tabularii ceterorumque*.

Con relación al término *testatoris*, incluido en la frase *anni spatium a morte testatoris numerandum*, éste puede inducir a la creencia de que el legislador restringe la aceptación *cum beneficio legis* únicamente a los herederos testamentarios; pero, tal y como ya ha quedado de manifiesto, esta concepción limitaría el espíritu de la constitución justiniana.

mentre nei casi in cui il termine è di un anno è detto espressamente che l'erede ha anni spatium a morte testatoris numerandum".

(35) REGGI, R., *Ricerche*, ob. cit., pp. 73-75.

(36) Asimismo, DOMÍNGUEZ TRISTÁN, P., *Constitutio Scimus*, ob. cit., p. 326.

(37) GLÜCK, F., *Commentario alle Pandette. Libro XXVIII, Parte quarta*, ob. cit., p. 402.

(38) REGGI, R., *Ricerche*, ob. cit., p. 74: "Ma molto spesso può però accadere che solo dopo l'inizio dell'inventario si venga a sapere con esattezza dove è situata l'eredità o la maggior parte di essa".

A su vez, la voz *tabularii* induce, por su ambigüedad, a una confusión numérica, que nosotros entendemos, siguiendo la glosa marginal de Acursio –*Tabularii: sic plurale ponitur por singulari de his ... Nam unus sufficit Tabellio, seu Tabularius, seu notarius; Speciali tabulario. His duobus casibus necessarii sunt duo tabularii: alias unus sufficit, ut modo dixi*–, que hace referencia a un único notario; criterio que, a su vez, se manifiesta cuando el heredero no sabe o no puede escribir el inventario: *vel si ignarus sit literarum, vel scribere praepediatur, speciali tabulario ad hoc solum adhibendo* (39).

Finalmente la acepción *ceterorumque qui ad huiusmodi confectioem necessarii sunt determina*, en palabras de SOLAZZI (40) o BIONDI (41), posee un significado oscuro, de difícil comprensión. No obstante, la ambigüedad textual del *Codex* viene a esclarecerla la Novela 1,2,1 donde se nos informa que el heredero, que teme no sólo a los acreedores, sino también a los legatarios y a los fideicomisarios, debe convocar a todos los legatarios y fideicomisarios que se hallan establecidos en la misma ciudad:

Del texto se desprende con claridad que con el término *ceterorumque* se está designando a los acreedores, legatarios y fideicomisarios, criterio que no sólo hallamos en la romanística más reciente (42), sino que fue prontamente recepcionado por los comentaristas a la constitución *Scimus* –*Glossa Caeteronumque*–.

Finalmente, una nueva ambigüedad terminológica hallamos cuando se habla de *testibus videlicet adsumendis* en relación con los testigos que han de conocer al heredero y presenciar la firma del notario. La oscuridad del término no permite precisar con certeza un número determinado de testigos, aunque, de nuevo, siguiendo el criterio establecido en la tradición romanística, nos inclinamos por la

(39) En este sentido, WINDSCHEID, B., *Diritto delle pandecte*, ob. cit., p. 242; FADA, C.; *Concetti*, ob. cit., p. 413; BONFANTE, P., *Corso*, ob. cit., p. 397; SOLAZZI, S., *Diritto*, ob. cit., p. 287; FRANCISCI, P. DE, *Síntesis histórica del Derecho romano*. Madrid, 1953, p. 773; VOCI, P., *Diritto*, ob. cit., p. 618, SCHERILLO, G., *Beneficio*, ob. cit., p. 11; REGGI, R., *Ricerche*, ob. cit., p. 78.

(40) SOLAZZI, S., *Diritto*, ob. cit., p. 287.

(41) BIONDI, B., *Instituti*, ob. cit., p. 351

(42) Con carácter ejemplificador MAYNZ, C., *Curso*, ob. cit., p. 402.

presencia de, al menos, dos testigos –*Glossa Cognoscant: ... quoad primum, dic duos sufficere*–; ni si éstos han de ser rogados o no, o si pueden ser varones o mujeres.

1.5. Efectos

Entre los distintos efectos o beneficios que la constitución otorga cabe resaltar los siguientes:

En primer término, en el *Codex*, parágrafo 4, se nos informa que una vez se han realizado las formalidades prescritas por la ley, el heredero tendrá la herencia sin riesgo, podrá acogerse al beneficio de la ley Falcidia y se verá obligado únicamente al montante de los bienes hereditarios:

Por el contrario, si el inventario está en fase de confección, la constitución otorga al heredero el beneficio de no ser convenido por los acreedores, legatarios o fideicomisarios hasta la finalización del mismo –ya sean tres meses o un año–, lo que impide *de iure* cualquier reivindicación sobre los posibles créditos o hipotecas que éstos pudieran tener contra el *de cuius* –C. 6,30,22,11–v(43).

No obstante la protección que otorga el texto al heredero, en su inciso final se menciona expresamente que las acciones que pudieran tener aquellos que poseen un interés cierto en la masa hereditaria no prescriben, impidiéndose así que este intervalo pueda acarrearles un perjuicio en sus derechos.

En segundo lugar, se faculta al heredero al pago de los créditos o legados atendiendo únicamente al orden en que se presentan para su cobro (44) –*posterior venientes repellantur*– (45):

(43) En torno a este texto, pueden verse, entre otros, los comentarios de GLÜCK, F., *Commentario alle Pandette. Libro XXVIII, Parte quarta*. Continuazioni di MÜHLENBRUCH, ob. cit., p. 409; SOLAZZI, S., *Diritto*, ob. cit., p. 209; REGGI, *Ricerche*, ob. cit., p. 84.

(44) Véase la crítica de BIONDI, B., *Diritto ereditario romano*, ob. cit., p. 356: "Può darsi che un legatario sia pagato prima del creditore e talvolta risulta irrisorio il regresso che la legge attribuisce al creditore contro il legatario". Asimismo, REGGI, R., *Ricerche*, ob. cit., p. 93.

(45) Para cuya defensa se concede, como apunta HANISCH ESPÍNDOLA, H., "Notas sobre el "beneficium inventarii. Segunda parte", ob. cit., pp. 25-26, una *condictio ex lege*. Acción que se encuentra establecidas el D. 12,2

A tenor del inciso final del textos, cabe observar que para dar cumplida respuesta a los acreedores y legatarios, se faculta al heredero a que proceda al pago ya sea mediante peculio o con los bienes hereditarios, o, en su defecto, con la venta de los mismos, aunque éstos, como sostiene MÜHLENBRUCH, estuvieran sometidos a prenda o hipoteca, por entenderse que no es obligación del heredero investigar la existencia de posibles hipotecas, así como de guardar el orden de las mismas (46).

En virtud de esta disposición, los acreedores posteriores pueden verse privados de sus derechos:

En tercer lugar, se establece un orden de prelación entre los propios acreedores, que de no cumplirse, por haberse presentado a un cobro preferente sin tener derecho, se otorga al acreedor, con una hipoteca anterior, acción hipotecaria o la *condictio ex lege* (47).

No obstante, el acreedor que vea defraudadas sus expectativas de cobro, no podrá, siguiendo el espíritu del texto justiniano, accionar contra el heredero que hubiera puesto a la venta los bienes hereditarios, o contra el comprador de los mismos, lo que, a juicio de BONFANTE, únicamente se puede explicar atendiendo a criterios de estricta equidad (48):

(Paul. 2 ad Plau.): *Si vero obligatio nova lege introducta sit nec cautum eadem lege, quo genere actionis experiamur, ex lege, agendum est.*

(46) GLÜCK, F., *Commentario alle Pandette. Libro XXVIII, Parte quarta*, ob. cit., p. 409 y ss.

(47) La prevalencia del régimen hipotecario se halla recogida en D. 20,4,12 (Marc. 1. Sing. ad hyp.): *Creditor qui prior hypothecam accepit sive possideat eum et alius vindicet hypothecaria actione, exceptio prioris utilis est si non mihi ante pignori hypothecaeve nomine sit res obligata: sive alio possidente prior creditor vindicet hypothecaria actione et ille excipiat si non convenit, ut sibi res sit obligata, hic in modum supra relatum replicabit. sed si cum illo alio possessore creditor secundus agat recte aget et adiudicari ei poterit hypotheca, ut tamen prior cum eo agendo auferat ei rem.*

(48) BONFANTE, P., *Corso*, ob. cit., pp. 398-399. En análogo sentido REGGI, R., *Ricerche*, ob. cit., p. 95: "L'única giustificazione che può essere data di siffatta disposizione è la preoccupazione dei compilatori di questa costituzione di favorire in ogni e qualsiasi modo l'erede che abbia accettato la eredità col beneficio d'inventario".

Finalmente, el heredero no sólo no perdía sus bienes personales –*et nihil ex sua substantia penitus heredes amittant*–, sino que conservaba, además, el derecho concedido por la *lex Falcidia*:

II. EL BENEFICIO DE INVENTARIO EN EL CÓDIGO CIVIL Y EL DERECHO FORAL ESPAÑOL

2.1. Precedentes históricos

Como viene poniendo de manifiesto la historiografía más reciente, con el asentamiento del nuevo Estado absolutista en el siglo XVIII pronto se evidenció que el pluralismo jurídico heredado del sistema del *ius commune* era incompatible con la idea de un Estado centralizado, más proclive a unificar el ordenamiento jurídico en un único Código, en una Constitución, que a respetar la tradición foral existente (49).

Más en particular, a este fenómeno contribuyó decisivamente la crítica iniciada en la Antigüedad por el humanismo jurídico, por el iusnaturalismo racionalista o los principios expuestos por MONTESQUIEU en su *Teoría de la legislación*, cuyos autores, al no sentirse vinculados únicamente por los resultados del Derecho romano-canónico (50), se convirtieron en los mediadores adecuados para dotar al ordenamiento jurídico de un proceso codificador, que irá unido al ascenso del *ius patrium* (51).

La certificación oficial de la decadencia del *ius commune* la hallamos en España bajo el reinado de Felipe V, donde se oficializa el

(49) Con carácter general, COING, H., *Derecho privado europeo I*. Madrid, 1996, pp-118; CANNATA, C. A., *Historia de la ciencia jurídica europea*, Madrid, 1996, p.165 y ss.

(50) En este sentido son expresivas las palabras de TOMÁS Y VALIENTE, F., *El Derecho penal de la monarquía absoluta. (Siglos XVI, XVII y XVIII)*, Madrid, 1969, p. 139, quien, al describir la jurisprudencia penal castellana, sostiene que ésta se limitó “a repetir, añadir y comentar a sus mayores; y quienes, cansados de este fatigoso y cada vez más confuso estilo, lo abandonaron, fueron incapaces de crear nada nuevo. La doctrina penal castellana adquiere entonces, en pleno barroco, un carácter mortecino, un aire envejecido, de cosa usada y deslustrada, de ausencia de ímpetu innovador”.

(51) PESET REIG, M.: “Derecho romano y Derecho real en las Universidades del siglo XVII”. *AHDE*, 45 (1975), pp. 273-339.

declive del derecho romano-canónico como unidad jurídica en el que se sustenta y fundamenta los distintos *iura propria*, lo que propicia que no sea considerado como derecho subsidiario en el Reino de España (52):

Novísima Recopilación 2,3,11.

... en contravención de lo dispuesto, se substancian y determinan muchos pleitos en los tribunales destos reinos valiéndose para ello de doctrinas de libros y autores extranjeros, siendo mucho el daño que se experimenta de ver despreciada la doctrina de nuestros propios autores, que con larga experiencia explicaron, interpretaron y glosaron las referidas Leyes, Ordenanzas, Fueros, usos y costumbres destos reinos

En el ámbito doctrinal y académico las nuevas orientaciones son prontamente asumidas, como lo demuestra la obra de Jordán de Asso: *Instituciones del Derecho civil de Castilla*, en la que se puede leer:

“Las instituciones del Derecho Civil de Castilla, que ofrecemos al Público, son el fruto de nuestras tareas dirigidas al único fin de corresponder en quanto sea posible a los deseos de los hombres juiciosos de nuestra Nación; quienes lamentandose de la falta de una Obra de esta clase, ponderan quan difícil, y escabrosa sea la inteligencia y práctica de nuestras Leyes. En verdad no es facil comprehender aquellos primeros fundamentos de nuestra Jurisprudencia con el penoso, y casi insuperable trabajo, que trahe consigo la lectura dilatadísima de tantos, y tan varios cuerpos, como son los que componen las Leyes de estos Reynos. Desmayá el mas fuerte al ver que sin el socorro de unos elementos en ciencia tan vasta, ha de ir formando concepto de ella con solo el

(52) Véase, en este sentido, ANTEQUERA, J. M.^a, *La codificación moderna en España*, Madrid, 1886, p. 7: “Y esta postergación de las leyes patrias en la enseñanza continuaba todavía al cabo de más de un siglo, puesto que el auto acordado de 4 de diciembre de 1713 (Título I, lib. II de la Novísima Recopilación) así lo da á conocer; y en 1752 se lamenta del mismo mal el Marqués de la Ensenada ... Con la Novísima Recopilación termina la serie histórica de nuestros antiguos códigos, y en ella brillan los postremos reflejos del espíritu tradicional y religioso que a todos los animó”.

estudio del crecimiento anatómico de sus partes. Llega a confundirse el mas perspicaz y aplicado, si recurre para su alivio a los comentarios de sus Glosadores; porque han pretendido, no sabemos con qué intención ó utilidad, buscar la primera razón de nuestras Leyes en los principios del Derecho Romano, siendo asi, que nuestros Legisladores, a quienes imitaron los que le sucedieron, non solo las fundaron sobre otros muy diversos, sino que aborrecieron aquellos, y los apartaron expresamente de sus Tribunales. ... El fin pues de estas Instituciones es presentar las verdades y principios del Derecho Español, ajustados a sus leyes, y no a los abusos que tal vez ha introducido la práctica. Esto nos ha obligado a abstenernos de citar leyes de Derecho Romano, probando toda proposición con la sola ley nuestra Supletoria, y aun apoyando aquellas proposiciones, que no expresan nuestras leyes, y cuyo reconocimiento es necesario, con autoridad de solo Autor Regnicola, y clásico" (53).

No obstante, y sin negar los cambios que el movimiento reformista y codificador originó en los siglos XVIII y XIX, entendemos que, en la práctica, la negación o la completa ruptura del modelo precedente supondría dar carta de naturaleza a la propia visión que estos autores tuvieron del *ius commune*. La realidad, a nuestro juicio, es más compleja y menos reduccionista, toda vez que, tanto los distintos Proyectos de reforma como el propio Código Civil están imbuidos de los principios de la tradición del Derecho romano-canónico, ya sea directamente, mediante el *Corpus Iuris*, o bien, a través de su vertiente castellana: *Las Partidas* (54).

Véase, en este sentido, la afirmación de Durán y Bás en torno a los beneficios de deliberar y de inventario:

(53) Jordán DE ASSO, I y MANUEL Y RODRÍQUEZ, M., *Instituciones del Derecho Civil de Castilla*, Madrid, 1742. Reed. Lex Nova.

(54) En análogo sentido se manifiesta MASFERRER DOMINGO, A., *Tradición y reformismo en la Codificación penal Española*, Jaén, 2003, pp. 64-66 y 95-110; "Continuismo, reformismo y ruptura en la Codificación penal francesa. Contribución al estudio de una controversia historiográfica de alcance europeo", *AHDE*, 73 (2002), pp. 407-409.

“... rige en Cataluña el derecho romano, del cual han sido tomadas punto menos que en su totalidad las prescripciones que hoy forman sobre esta materia el derecho de Castilla; por manera que, por su bondad intrínseca y por su fácil aplicación aún en nuestros días, pueden convertirse fácilmente en reglas de derecho común” (55).

En definitiva, el principio *in medio virtus* adquiere, en este contexto, mayor relevancia si cabe, porque, usando con cautela esta visión metodológica, nos puede permitir adentrarnos con mayor fiabilidad en la comprensión del fenómeno jurídico, de su vertiente evolutiva, sin que se vea amenazado el resultado final de la presente investigación.

2.2. La doctrina francesa anterior al código civil francés:

DOMAT y POTHIER

Un ejemplo notorio de la afirmación que acabamos de sustentar lo hallamos en la obra de DOMAT y POTHIER, autores que, por su influencia en el Código napoleónico, y, por extensión, en los compiladores españoles, entendemos que es de obligada referencia.

2.2.1. DOMAT

En concreto, DOMAT, en su obra *Lex loix civiles dans leur ordre naturel: Le droit public et legum delectus* (56), aborda, en la *Secction II-III*, rúbricas *Comment on se rend héritier par bénéfice d’inventaire* y *Des restes du d’inventaire*, una exposición de la institución del beneficio de inventario siguiendo los precedentes establecidos en la constitución *Scimus*.

En esencia, nos informa que todo heredero, ya sea testamentario o *ab intestato*, puede demandar la formación de un inventario –*sans prendre le temps pour délibérer, faire sa déclaration qu’il se rend*

(55) DURÁN Y BAS, M., *Memoria acerca de las instituciones del Derecho Civil de Cataluña escrita con arreglo a lo dispuesto en el artículo 4.º del Real Decreto de 2 de febrero de 1880*, Reed. Pamplona, 2003.

(56) Seguimos la edición de París, 1771. Tomo I.

héritier par bénéfice d'inventaire–, para así poder evitar las posibles cargas que la herencia pudiera contener (57).

Una vez realizada la solicitud, el heredero debe proceder a la citación de los acreedores, legatarios y de todos aquellos que poseen un interés o un derecho sobre los bienes hereditarios, debiéndose, con posterioridad, confeccionarlo en presencia de un oficial público –*l'héritier ne peut pas le faire en particulier*–, et dans les formes que les Loix l'usage y ont établies (58)–.

Consignada la totalidad de los bienes, el heredero procederá a rubricar personalmente el inventario realizado, dando así fe de la veracidad del mismo (59). No obstante, siguiendo la lectura de la constitución justiniana, si los acreedores, legatarios o los que poseen un interés cierto advierten o tienen la certeza de que se ha llevado a cabo un fraude u omisión en los bienes inventariados, se les concede las pruebas legales para la comprobación de los mismos (60); y si las sospechas se confirman, al heredero se le condena *in duplum* (61).

Con relación a los efectos, DOMAT, en la rúbrica *Des restes du d'inventaire* confirma la viabilidad de los criterios justinianos. Así, se fija con claridad que el heredero que ha realizado el inventario

(57) DOMAT, M., *Lex loix civiles*, ob. cit., *Section II*, rúbrica *Comment on se rend héritier par bénéfice d'inventaire*, p. 288, núm. 1: "Et par cette voye il ne fera tenu des dettes et des charges de l'hérédité qu'autant que les biens pourront y suffire, sans que les siens y soient engagés"

(58) DOMAT, M., *Lex loix civiles*, ob. cit., *Section II*, rúbrica *Comment on se rend héritier par bénéfice d'inventaire*, núm. 2, p. 288

(59) DOMAT, M., *Lex loix civiles*, ob. cit., *Section II*, rúbrica *Comment on se rend héritier par bénéfice d'inventaire*, núm. 3, p. 288: "On doit comprendre dans cet inventaire tout ce qui peut se trouver des biens de l'héritier doit aussi faire connoître ce qu'il peut en sçavoir, et juret qu'il ne retient ni recelle aucuns effets de l'hérédité".

(60) DOMAT, M., *Lex loix civiles*, ob. cit., *Section II*, rúbrica *Comment on se rend héritier par bénéfice d'inventaire*, núm. 4, p. 288: "Si les créancier ou les légataires et autres intéressés, découvrent qu'il eut des omissions dans l'inventaire, ou s'en défioient, ils feroient reçus aux preuves des omissions et des fraudes qu'ils allégueroient".

(61) DOMAT, M., *Lex loix civiles*, ob. cit., *Section II*, rúbrica *Comment on se rend héritier par bénéfice d'inventaire*, núm. 5, p. 288.

siguiendo los preceptos legales establecidos en las leyes (62), no sólo no responde *ultra vires*, quedando obligados, con respecto a los acreedores de la herencia, únicamente por el valor de los bienes dejados en la misma (63), sino que puede acogerse al beneficio de la ley falcidia (64), a la reivindicación preferente por las deudas que pudiera tener contra el *de cuius*, lo que evitaría la confusión de las acciones hereditarias (65), a la reclamación de los gastos funerarios o de la propia herencia (66), a la venta de los bienes hereditarios (67), a la posibilidad de satisfacer los pagos atendiendo únicamente a la prioridad en el cobro(68), sin que, con posterioridad, pudiera

(62) DOMAT, M., *Lex loix civiles*, ob. cit., *Secction II*, rúbrica, *Des restes du d' inventaire*, núm. 1, p. 289.

(63) DOMAT, M., *Lex loix civiles*, ob. cit., *Secction II*, rúbrica, *Des restes du d' inventaire*, núm. 6, p. 289: "Lorsque l'héritier prétendra que les biens de la succession soient épuisé en payement des dettes, de leges, et autres charges, il ne sera plus tenu envers ceux qui pourroient avoir quelque droit sur les biens de la succession, que d'enrendre un compte, où il emploiera les biens en recette suivant l'inventaire, et mettra en dépense tout ce qu'il pourra avoir acquitté des dettes et autres charges".

(64) DOMAT, M., *Lex loix civiles*, ob. cit., *Secction II*, rúbrica, *Des restes du d' inventaire*, núm. 2, p. 289.

(65) DOMAT, M., *Lex loix civiles*, ob. cit., *Secction II*, rúbrica, *Des restes du d' inventaire*, núm. 3, p. 289.

(66) DOMAT, M., *Lex loix civiles*, ob. cit., *Secction II*, rúbrica, *Des restes du d' inventaire*, núm. 4, p. 289: "Toutes les dépenses que l'héritier bénéficiaire pourra avoir faites, comme pour les frais funéraires, pour ceux de l'inventaire, réparations et autres nécessaires, lui seront déduites lur ce qu'il aura reçu des biens de l'hérédité".

(67) DOMAT, M., *Lex loix civiles*, ob. cit., *Secction II*, rúbrica, *Des restes du d' inventaire*, núm. 5, p. 289: "L'héritier bénéficiaire n'étant tenu d'acquitter les charges que des biens de l'hérédité, il doit faire vendre les effets mobiliars, comme les plus prompts secours pour y satisfaire".

(68) DOMAT, M., *Lex loix civiles*, ob. cit., *Secction II*, rúbrica, *Des restes du d' inventaire*, núm. 7, p. 289: "Quoique les biens de l'hérédité ne suffisent pas pour acquitter toutes les chargès, l'héritier bénéficiaire peut payer les créanciers qui se présen ent par les premiers, s'il n'y a pas de saisie, ou autre empechement de la part des autres. Car il n'est pas tenu de sçavoir qui sont les creanciers, ni quel est leur orde. Et ceus sur qui le fond pourroit manquer doivent s'imputer leur retardement".

ser molestado por los acreedores, a quienes se les concede acción contra los legatarios (69) o contra los propios acreedores que no posean un derecho preferente para el cobro (70).

A tenor de la exposición que del beneficio de inventario lleva a cabo Domat, cabe concluir que para el autor el fundamento último de la institución se halla en las normas justinianeas, y, más en particular, en la constitución *Scimus*, por ser ésta la fuente de la que emana la mayoría de los textos jurídicos coetáneos.

2.2.2. POTHIER

No cabe hallar una lectura diferente a la realizada por DOMAT en la obra de POTHIER (71).

El jurista francés, en su exposición de las costumbres de Orleans, antecede a su comentario a la rúbrica *Du bénéfice d'inventaire* con la afirmación de que, en derecho sucesorio, únicamente se puede hablar de dos posibles "especies" de aceptación (72): la aceptación

(69) DOMAT, M., *Lex loix civiles*, ob. cit., *Secction II*, rúbrica, *Des restes du d' inventaire*, núm. 9, p. 289: "Si les créanciers ne paroissent point, l'héritier peut acquitter les legs. Mais s'il ne restoit pas assez de fonds pour les créanciers, ils pourront obliger les légataires à leur rendre ce qu'ils auront reçu. Car les legs ne sont dus qu'après les dettes payées. Et dans un tel cas on doit avoir plus d'égard à l'intérêt des créanciers, qui est de ne pas perdre ce qui leur est dû légitimement, qu'à celui des légataires, qui ne consiste qu'à profiter d'un biensait à prendre seulement sur ce qui peut rester de biens dans l'hérédité".

(70) DOMAT, M., *Lex loix civiles*, ob. cit., *Secction II*, rúbrica, *Des restes du d' inventaire*, núm. 9, p. 289: "Si quelque créanciers avoient pris en payement des fonds de l'hérédité, et que des créanciers plus anciens parussent ensuite; ceux-ci pourroient excercet leurs hypotheques, s'ils en avoient sur ce fonds donnés aux autres: et l'héritier bénéficiaire ne seroit tenu, ni de la garantie envers ceux qui avoient pris ce fonds, ni de ce qui pourrot manquer au payement des autres, que jusqu'à la concurrence de ce qui pourroit tester des biens de l'hérédité".

(71) POTHIER, *Oeuvres. Coutume d'Orléans*. Tome Premier. París, 1845. II. *Du bénéfice d'inventaire*, pp. 499-505.

(72) Aceptación que, a tenor del artículo 778, puede ser expresa o tácita: *L'acceptation peut etre expresse ou tacite: elle est expresse, quand on prend le titre ou la qualité d'héritier dans un acte authentique ou privé; elle est tacite, quand l'héritier fait un acte qui suppose nécessairement son intention d'accepter, et qu'il n'aurait droit de faire qu'en sa qualité d'héritier.*

pura y simple y la que se realiza mediante beneficio de inventario (73).

Art. 744:

Une succession peut être acceptée purement et simplement, ou sous bénéfice d'inventaire.

Una vez admitida esta realidad, y tras reconocer que la aceptación pura y simple es un derecho que ostenta un notorio y antiguo predicamento en el país (74), la aceptación del beneficio de inventario se presenta como un recurso al que el heredero puede acogerse para eludir las posibles cargas de la herencia siempre que no hubiera aceptado la herencia o se hubiera inmiscuido en la misma (75).

No habiendo realizado acto alguno que lo acredite como heredero, éste puede acceder al mismo previa declaración expresa (76) a la secretaría del tribunal de primera instancia del distrito en el que se procedió a la apertura de la sucesión; registrándose, posteriormente, en el registro destinado a la recepción de los actos de renuncia (77):

(73) POTHIER, *Oeuvres*, ob. cit., II. *Du bénéfice d'inventaire*, núm. 44, p. 499: "Il y a deux espèces d'acceptatio de successions, celle qui est *pure et simple*, et celle qui se fait sous *bénéfice d'inventaire*".

(74) POTHIER, *Oeuvres*, ob. cit., II. *Du bénéfice d'inventaire*, núm. 57, p. 503, donde viene a sostener que éste derecho –el de aceptar pura y simplemente la herencia– es de gran antigüedad dentro de las costumbres del país, estableciéndose a favor del difunto –a la memoria del cual, un heredero puro y simple hace más honor que un heredero beneficiario– y de los acreedores de la sucesión: "Ce droit est de grande ancienneté dans le pays coutumier, et a été établi en faveur du défunt, à la mémoire duquel un héritier pur et simple fait plus d'honneur qu'un héritier bénéficiaire; et en faveur des créanciers de la succession".

(75) POTHIER, *Oeuvres*, ob. cit., II. *Du bénéfice d'inventaire*, núm. 46, p. 499.

(76) POTHIER, *Oeuvres*, ob. cit., II. *Du bénéfice d'inventaire*, núm. 45, p. 499, donde nos transmite que en las Costumbres francesas no se concede por sí mismo este beneficio, sino que sólo se supone en los artículos donde se habla de él: "Notre coutume n'accorde pas par elle-même ce bénéfice; elle ne fait que le supposer dans les articles où elle en parle".

(77) Beneficio al que pueden acceder los otros coherederos cuando no

Art. 793:

La déclaration d'un héritier qu'il entend ne prendre cette qualité que sous bénéfice d'inventaire, doit être faite au greffe du tribunal de première instance dans l'arrondissement duquel la succession s'est ouverte: elle doit être inscrite sur le registre destiné à recevoir les actes de renonciation.

El procedimiento es simple, y nada alejado de los planteamientos justinianeos: el heredero debe realizar, en el plazo de tres meses –periodo que se computará a partir del día de la apertura de la sucesión–, un inventario fidedigno de los bienes hereditarios, para lo cual procederá a llevar a cabo las siguientes formalidades: citación a los acreedores y legatarios, realización del *inventarium* ante un fedatario público, concesión de una fianza a los acreedores y legatarios, así como la venta de los bienes inmuebles siguiendo los criterios marcados por los preceptos legales.

Estos requisitos son elementos substanciales del mismo, de tal forma que su omisión dolosa o culposa conlleva la renuncia del beneficio de la ley, salvo, como se sostiene en el artículo 800, en materia de plazos –donde se concede al heredero la posibilidad de solicitar el beneficio de la ley incluso una vez expirado el tiempo prescrito en el artículo 795–, o ya cuando éste no hubiera realizado actos a título de heredero, o no pesara sobre él sentencia que lo condenara en calidad de heredero puro y simple:

Art. 794:

Cette déclaration n'a d'effet qu'autant qu'elle est précédée ou suivie d'un inventaire fidèle et exact des biens de la succession, dans les formes réglées par les lois sur la procédure, et dans les délais déterminés.

Art. 795:

L'héritier a trois mois à pour faire inventaire, à compter du jour de l'ouverture de la succession (78).

hubieren realizado acto alguno como heredero puro y simple. POTHIER, *Oeuvres*, ob. cit., II. *Du bénéfice d'inventaire*, núm. 47, p. 500.

(78) En el inciso final del artículo se nos informa que el heredero tiene para deliberar sobre su aceptación o sobre su renuncia, un plazo de cua-

Art. 800:

L'héritier conserve néanmoins, après l'expiration des délais accordés par l'art. 795, neme de ceux donnés par le juge, conformément à l'art. 798, la faculté de faire inventaire et de se porter héritier bénéficiaire, s'il n'a pas fait d'ailleurs acte d'héritier, ou s'il n'existe pas contre lui de jugement passé en force de chose jugée, qui le condamne en qualité d'héritier pur et simple.

Art. 801:

L'héritier qui s'est rendu coupable de recélé, ou qui a omis, sciemment et de mauvaise foi, de comprendre dans l'inventaire, des effets de la succession, est déchu du bénéfice d'inventaire.

Art. 806:

L'héritier bénéficiaire ne peut vendre les immeubles que dans les formes prescrites par les lois sur la procédure; il est tenu d'en déléguer le prix aux créanciers hypothécaires qui se sont fait connaître.

Art. 807:

L'héritier bénéficiaire est tenu, si les créanciers ou autres personnes intéressées l'exigent, de donner caution bonne et solvable de la valeur du mobilier compris dans l'inventaire; et de la portion du prix des immeubles non déléguée aux créanciers hypothécaires. Faut par lui de fournir cette caution, les meubles sont vendus, et leur prix est déposé, ainsi que la portion non déléguée du prix des immeubles, pour être employés à l'acquit des charges de la succession.

Asimismo, Pothier nos recuerda que quien ha procedido con esta diligencia es concebido más como un administrador de los bienes

renta días, los cuales comienzan a computarse desde el día de la expiración de los tres meses otorgados para el inventario, o del día del cierre del inventario si se terminó antes de los tres meses: "Il a de plus, pour délibérer sur son acceptation ou sur sa renonciation, un délai de quarante jours qui commencent à courir du jour de l'expiration des trois mois donnés pour l'inventaire, ou du jour la clôture de l'inventaire s'il a été terminé avant les trois mois".

hereditarios que como un heredero y propietario del caudal relicto (79), de ahí la obligación que contrae hacia los acreedores de administrar los bienes y de dar cuenta de los mismos: "L'obligation, que contracte l'héritier envers les créanciers, d'administrer les biens de la succession et d'en rendre compte, ...".

Finalmente, los efectos por la confección del inventario se pueden sintetizar en los siguientes:

Primero. El heredero responderá únicamente con los bienes hereditarios. Criterio que permite a Pothier sostener que quien no vea satisfecho su derecho, no puede exigir un cumplimiento mayor al *heres*, quedándole, como única vía, la posibilidad de acogerse a los bienes muebles, si los hubiere, o a los inmuebles (80).

Art. 802:

L'effet du bénéfice d'inventaire est de donner à l'héritier l'avantage

1.º De n'être tenu du paiement des dettes de la succession que jusqu'à concurrence de la valeur des biens qu'il a recueillis, meme de pouvoir se décharger du paiement des dettes en abandonnant tous les biens de la succession aux créanciers et aux légataires.

Segundo. El beneficio de inventario no permite la confusión de los bienes del heredero con los de la sucesión, lo que faculta al *heres* para reclamar por el pago de sus créditos (81):

(79) POTHIER, *Oeuvres*, ob. cit., II. *Du bénéfice d'inventaire*, núm. 49, p. 501: "... est que l'héritier bénéficiaire est réputé ... putot comme un administrateur des biens de ladite succession que comme l'héritier et le propriétaire desdits biens".

(80) POTHIER, *Oeuvres*, ob. cit., II. *Du bénéfice d'inventaire*, núm. 49, p. 501: "Le premier, est qu'il n'est tenu sur ses propres biens ni des legs, ni des dettes, ni neme des arrégages courus de son temps ... et il n'a pas d'autre voie, pour être payé du surplus, que celle de saisir les meubles, s'il en reste encore en nautre, ou les immeubles de la succession".

(81) POTHIER, *Oeuvres*, ob. cit., II. *Du bénéfice d'inventaire*, núm. 52, p. 502: "Le second effet du bénéfice d'inventaire, est que l'héritier conserve contre la succession tous les droits et actions qu'il avait contre le défunt".

Art. 802,2.º:

De ne pas confondre ses biens personnels avec ceux de la succession, et de conserver contre elle le droit de réclamer le paiement de ses créances.

Tercero. Se concede al heredero la posibilidad de abandonar los bienes a los acreedores y legatarios cuando así lo estime oportuno. Expresamente Pothier menciona que, aunque se habla de una renuncia a la sucesión, la terminología empleada es, en virtud del principio *semel haeres, semper haeres*, errónea, debiéndose entender que únicamente se ha producido un abandono de la masa hereditaria (82).

Cuarto. Puede el heredero deducir los gastos hereditarios, tales como los de la formación del inventario, los que hizo para hacer valer los bienes de la sucesión, para las reparaciones necesarias en los bienes inmuebles, para los pleitos de la sucesión; pero, no así, aquellos gastos que alcanzan un interés personal superior al sucesorio (83).

Quinto. Durante el tiempo en que el heredero lleva a cabo el inventario no puede verse intimado ni condenado. Si renuncia, los

(82) POTHIER, *Oeuvres*, ob. cit., II. *Du bénéfice d'inventaire*, núm. 53, p. 503: "Le troisième effet du bénéfice d'inventaire, et qui est encore une suite du premier, est que l'héritier est reçu quand bon lui semble à se décharger entièrement envers les créanciers de la succession, en leur abandonnant les biens de la succession, et leur en rendant compte, au reliquat duquel ses biens sont hypothéqués du jour qu'il s'est chargé de les administrer, c'est-à-dire, du jour de l'entérinement du bénéfice d'inventaire. Cet abandon que fait l'héritier bénéficiaire est improprement appelé renonciation à la succession; car il n'a d'autre effet que de le décharger envers les créanciers: mais suivant la maxime, Qui semel haeres, semper haeres, il demeure toujours héritier, et comme tel, propriétaire des biens qu'il a abandonnés, jusqu'à ce qu'ils soient vendus et adjugés sur la poursuite des créanciers". En el comentario marginal que BUGNET, M., hace a esta disposición reconoce que Pothier tiene razón al no confundir este abandono con la renuncia: "Pothier a bien raison de ne pas confondre cet abandon avec la renonciation, ...".

(83) POTHIER, *Oeuvres*, ob. cit., II. *Du bénéfice d'inventaire*, núm. 50, p. 501.

gastos legítimamente realizados hasta ese momento, están a cargo de la sucesión:

Art. 797:

Pendant la durée des délais pour faire inventaire et pour délibérer ne peut être contraint à prendre qualité, et il ne peut être obtenu contre lui de condamnation: s'il renonce lorsque les délais sont expirés ou avant, les frais par lui faits légitimement jusqu'à cette époque, sont à la charge de la succession.

Sexto. Finalmente se reconoce, salvo *s'il y a des créanciers opposants*, la posibilidad de que el heredero pueda efectuar los pagos atendiendo únicamente a la prioridad en el cobro:

Art. 808:

S'il y a des créanciers opposants l'héritier bénéficiaire ne peut payer que dans l'ordre et de la manière réglés par le juge. S'il n'y a pas de créanciers opposants, il paie les créanciers et les légataires à mesure qu'ils se présentent.

2.3. El Proyecto de Código Civil de 1851

Como pone de manifiesto García Goyena en su obra *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español* (84), en la elaboración del Proyecto de 1851 se tuvo presente la reciente influencia del Código Civil francés de 1804, al dotar de una concepción personalista la sucesión hereditaria: "El heredero, según el artículo 549, sucede y representa al difunto, no sólo en sus bienes y derechos, si no en sus deudas, cargas y obligaciones, y según el 834, es responsable de ellas con sus bienes propios, cuando no alcancen los hereditarios" (85). No en vano, autores coetáneos al Proyecto

(84) GARCÍA GOYENA, F., *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español*, Zaragoza, 1974, Reimp. de la edición de Madrid, 1852, pp. 427-441. Véase BERNARDO DE QUIRÓS, M., *Tratado práctico y crítico de Derecho civil. Tomo. XI. La herencia. Volumen I. La herencia y las deudas del causante*, Madrid, 1967, a quien seguimos en este apartado.

(85) GARCÍA GOYENA F., *Concordancias*, ob. cit., p. 427.

de Código Civil como Juan SALA (86), MORATÓ (87), GÓMEZ DE LA SERNA (88), Cirilo ÁLVAREZ (89), Benito GUTIÉRREZ (90) o MANRESA (91) conciben el ámbito sucesorio como el complejo patrimonial del causante, el conjunto unitario de sus derechos y obligaciones, siendo la propia *hereditas* la que sucede *in loco defuncti*.

Más en particular, en la elaboración del beneficio del inventario, Sección IV, la presencia de las fuentes romano-canónicas, y en especial de *Las Partidas*, adquiere una relevancia notoria en toda la rúbrica (92), toda vez que el propio GARCÍA GOYENA nos informa, haciéndose eco de la tradición textual de la constitución *Scimus*, de que "Era pues peligrosa, y, por decirlo así, un juego de azar la aceptación de la herencia", esto es: "no puede menos de reconocerse

(86) SALA, J., *Ilustración del Derecho Real de España*, II, Madrid, 1834, p. 138: "... se adquiere de un golpe y por un solo acto una universalidad de bienes, cual es la herencia, que no es otra cosa que Universal patrimonio de alguno con sus cargas".

(87) MORATÓ, D. DE, *El Derecho Civil español con las correspondencias del romano*, Valladolid, 1877, II, p. 5, núm. 996: "El Derecho hereditario es un derecho real en virtud del cual se sucede en la universalidad de los derechos activos y pasivos transmisibles de una persona que ha fallecido".

(88) GÓMEZ DE LA SERNA Y MONTALBÁN, A., *Elementos de Derecho Civil y Penal de España*, Madrid, 1886, II, p. 5, quien define la herencia como "una universalidad, esto es como un todo jurídico a que se da el nombre de sucesión o herencia".

(89) ÁLVAREZ MARTÍNEZ, C., *Instituciones de Derecho Civil*, Valladolid, 1840, p. 206, quien, al hablar del heredero, afirma: "es el sucesor universal de los bienes del difunto, en sus derechos y deberes".

(90) GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ, B., *Códigos o estudios fundamentales sobre el Derecho Civil español*, Madrid, 1862. Reed. Lex Nova. Vol. III, p. 111, para quien la palabra herencia significa "el hecho de suceder en la generalidad de los bienes y derechos de un difunto o la misma universalidad".

(91) MANRESA Y NAVARRO, J. M.^a, *Comentarios al Código Civil*, Madrid, 1950. Tomo V, art. 659: "Siempre ha sido doctrina corriente el apreciar como herencia, en su sentido más amplio, la universalidad o conjunto de todos los bienes poseídos por el causante, lo mismo corporales que incorporeales, derechos que obligaciones, constituyendo aquélla, por decirlo así, la continuación de la personalidad del finado".

(92) GARCÍA GOYENA, F., *Concordancias*, ob. cit., p. 428: "Justiniano removió todos los inconvenientes y tranquilizó a los herederos con el beneficio de inventario. ... Los efectos del inventario, así formado, eran los mismos de nuestro artículo 856, ... Este sistema ha parecido preferible, y es el seguido en la presente sección, ..." .

que había injusticia y dureza en compeler a los herederos a repudiar ó aceptar desde luego y a ciegas" (93); por lo que, a su juicio, cabe seguir con los criterios vertidos, en esta materia, por Justiniano, y arbitrar como posibles remedios tanto el derecho a deliberar como el *beneficium inventarii*.

En análogo sentido se manifestará Domingo DE MORATÓ, quien, al abordar la rúbrica del beneficio de inventario, lleva una labor de concordancia con las fuentes romanas y las de Partidas (94).

Con relación a la rúbrica, cabe destacar los siguientes principios vertebradores:

1. Se concede un plazo de nueve días para la aceptación o repudio de la herencia, sin que, en el mencionado plazo, denominado *novendialem*, se pueda intimar contra el heredero acción alguna (95).

2. Puede solicitar la formación del inventario "todo heredero", aunque el testador se lo haya prohibido (96).

3. El deseo de llevarlo a cabo se ha de manifestar dentro de diez días, si vivía, al ocurrir el fallecimiento, en la casa mortuoria, o dentro de treinta, si se hallaba fuera (97). Manifestación que se realiza oralmente ante el alcalde del domicilio del difunto, o por escrito, cuando el domicilio del heredero no distase a más de diez leguas (98).

4. Puesta en conocimiento la intención de la confección del inventario, el heredero debe citar, por edictos o personalmente, a las partes interesadas (99).

(93) GARCÍA GOYENA, F., *Concordancias*, ob. cit., p. 427.

(94) MORATÓ, D. DE, *El Derecho Civil español*, ob. cit., pp. 254-257.

(95) Proyecto de CC 1851, art. 841: Hasta pasados nueve días desde la muerte de aquel de cuya herencia se trata, no puede intentarse acción contra el heredero para que acepte ó repudie.

(96) Proyecto de CC 1851, art. 842.

(97) Proyecto de CC 1851, art. 843.

(98) Proyecto de CC 1851, art. 844.

(99) Proyecto de CC 1851, art. 845.

5. Requeridos los acreedores y legatarios, el inventario se inicia dentro de los treinta días siguientes, y se concluye pasados sesenta días (100). Período que el juez podrá prolongar "a su prudente arbitrio" (101). Este plazo es preclusivo, toda vez que en el art. 850 se nos informa de que "No principiándose ó no concluyéndose el inventario en los términos y solemnidades prescritas en los artículos anteriores, la herencia se tendrá por aceptada pura y simplemente".

6. No obstante esta solicitud, el inventario debe presentar, además, los siguientes requisitos formales: estar autorizado por un escribano público, realizarse en presencia de dos testigos y bajo la tasación de dos o tres peritos (102). No en vano, al entenderse que la descripción ha de ser, como sostiene MORATÓ, "formal, solemne, verídica y exenta de fraude" (103), la ausencia de los mismos determina la nulidad del inventario.

Durante este período de formación, el juez, a instancia de cualquier interesado, proveerá a la custodia y administración de los bienes hereditarios, considerándose, en igualdad de condiciones, que ésta se ha de llevar a cabo por el heredero (104).

7. Con relación a los efectos, el artículo 856 dispone: Los efectos del beneficio de inventario son los siguientes:

(100) Proyecto de CC 1851, art. 846.

(101) Proyecto de CC 1851, art. 847. Obsérvese que el plazo establecido por el *Codex* de un año decae en favor de la prudencia judicial.

(102) Proyecto de CC 1851, art. 848: Debe también expresarse en el inventario la tasación de los bienes, que se hará por peritos nombrados, uno por el heredero, y otro por los acreedores y legatarios, si concurrieren, ó por el Juez en otro caso.

Si resultare discordia entre los peritos, el Juez nombrará un tercero para dirimirla.

(103) MORATÓ, D. DE, *El Derecho Civil español*, ob. cit., p. 256.

(104) Proyecto de CC 1851, art. 851. Con relación al administrador, el art. 852 dispone: El administrador necesita autorización judicial para todos los actos que no sean de simple y pura administración.

La venta de los bienes hereditarios, autorizada por el juez, se hará en pública subasta y con arreglo a lo prescrito en el Código de procedimientos, si el heredero y la mayoría de acreedores y legatarios no acordaren otra cosa.

1.º El heredero no queda obligado sino hasta donde alcancen los bienes hereditarios.

2º. Conserva íntegras todas las acciones que tenía contra los bienes del difunto.

A los que cabe añadir un orden de prelación de créditos semejante al dispuesto en el *Codex* (105), y la imposibilidad de que se le pueda intimar judicialmente al heredero mientras se confecciona el inventario (106).

8. Finalmente, en el art. 854, se informa:

El heredero tiene el término de un mes, a contar desde el día en que se concluyó el inventario, para manifestar si acepta o no la herencia.

Pasado el mes sin hacer esta manifestación, se entenderá aceptada a beneficio de inventario.

Si manifiesta que la acepta pura y simplemente ó con dicho beneficio, se estará a su voluntad (107).

(105) Proyecto de CC 1851, art. 858-864.

(106) Proyecto de CC 1851, art. 853: Durante la formación del inventario y el término prescrito en el artículo siguiente para deliberar, no pueden los acreedores y legatarios demandar el pago de sus créditos y legados: los fiadores del difunto no gozan de este beneficio.

(107) Proyecto de CC 1851, art. 855: La manifestación prescrita en el artículo anterior, se hará a continuación del mismo expediente de inventario, en la forma dispuesta en el artículo 848. Esto mismo se observará aunque el heredero acepte pura y simplemente antes de expirar el término concedido para la conclusión del inventario.

Art. 857.

En cualquiera de los casos de los artículos 851 y 855, la aceptación se hará saber al administrador, cuando sea un extraño; y tanto en este caso, como en el de serlo el heredero, se entenderá que continúa la herencia en administración, hasta que resulten pagados los acreedores conocidos y los legatarios.

No obstante la envergadura del proyecto, éste, ante las críticas de los sectores más conservadores de la sociedad y de los representantes de los derechos civiles territoriales, se paralizó por la Real Orden de 12 de junio de 1851, en la que el gobierno expresaba el deseo de que “antes de tomar una decisión definitiva” fuera discutido por “personas competentes para ello, se ilustre y se prepare la opinión y se reúnan y adquieran datos y conocimientos generales y locales ... a fin que los Cuerpos colegisladores y el Gobierno de S. M. puedan apreciar debidamente las disposiciones de dicho proyecto e introducir en él las alteraciones y mejoras de que aun pueden ser susceptible” (108).

(108) SÁNCHEZ ROMÁN, F., *Estudios de Derecho Civil*. Madrid, 1889, I, pp. 540-541: “Á dos puntos de vista principales puede referirse la crítica de este trabajo legislativo: al *espíritu* que le preside y á la *organización científica* de su contenido.

Con relación al primero, parécenos *exclusivo* y *estrecho* el criterio observado en la proyectada reforma, y, por tanto, poco adecuado á su propio fin. Más parece un Código civil para Castilla, atendida la parcialidad favorable á esta legislación, que un proyecto de Código general. ... Este exclusivismo hizo estéril una reforma cuyo planteamiento hubiera producido grandes bienes a la regularidad, progreso y certidumbre de las relaciones civiles, y hecho menos difícil y más provechosa la administración de justicia.

La organización de materias en él contenidas, ..., es, á no dudarlo, muy defectuoso científicamente juzgado”; LASSO GAITE, J. F.^a, *Crónica de la Codificación española*. IV, vol. I, pp. 240-293; SÁNCHEZ-ARCILLA BERNAL, J., *Historia del Derecho. I. Instituciones político-administrativas*, Madrid, 1995, p. 989.

2.4. El Código Civil

La rúbrica *Del beneficio de inventario y del Derecho a deliberar*, libro tercero, título tercero, *De las sucesiones*, sección quinta, ha sido ampliamente analizada por la civilística española, lo que nos permite llevar a cabo un *status quaestionis* de los principios vertebradores de la misma, sin necesidad de que nos adentremos en las numerosas y precisas cuestiones ampliamente debatidas por la mencionada doctrina (109).

(109) *Vid.*, entre otros, ESPÍN CÁNOVAS, D., *Manual de Derecho Civil español*, V, Madrid, 1952, pp. 83-93; DIEZ PICAZO, L., *Lecciones de Derecho Civil. IV. Derecho de sucesiones*, Valencia, 1967, pp. 473-489; CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho Civil español, común y foral*, VI, *Derecho de sucesiones*, Madrid, 1989, pp. 160-179; BORREL SOLER, A. M.^a: "Algunos problemas sobre el beneficio de inventario", *RJC*, 1951, pp. 500-529; PEÑA Y BERNALDO DE QUIRÓS, M., *Tratado práctico y crítico de Derecho civil. XI. La herencia. Volumen I. La herencia y las deudas del causante*, ob. cit. p. 1 y ss.; GITRAMA GONZÁLEZ, M., *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales dirigidos por Manuel Albadalejo*, XIV, vol. 1, pp. 313-515; GITRAMA GONZÁLEZ, M., *La administración de herencia en Derecho Español*, Madrid, 1950; BONET CORREA, J., *Código Civil con concordancias, jurisprudencia y doctrina*, Madrid, 1997, pp. 588 y ss.; SANTOS BRITZ, J., *Derecho Civil. Teoría y práctica. VI. Derecho de sucesiones*, pp. 64-73; RAMS ALBESA, J.: "El beneficio de inventario: ¿una incoherencia del sistema?", *Estudios jurídicos en homenaje al Profesor Luis Díez-Picazo*, Madrid, 2003, pp. 5469-5480; LÓPEZ JACOISTE, J. J., *Comentarios del Código Civil. I*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, pp. 2388-243; ALBÁCAR Y LETE DEL RÍO, J. L., *Código Civil. Doctrina y jurisprudencia. III*, Madrid, 1992, pp. 1135-1165; VILLAGÓMEZ RODIL, A., *Comentario del Código Civil. Sección V. Del beneficio de inventario y del derecho de deliberar*, Barcelona, 2002, pp. 431-459; HERNÁNDEZ GIL, A., "Beneficio de inventario", *Obras completas. IV. Derechos reales. Derecho de sucesiones*, Madrid, 1989, pp. 557-566; PUIG BRUTAU, J., *Fundamentos de Derecho Civil. V. vol. II. Testamento-Su otorgamiento y contenido*, Barcelona, 1971-1999, pp. 264-280; LACRUZ BERDEJO, J. L., *Estudios de Derecho privado común y foral. II. Obligaciones y sucesiones*, Madrid, 1977, pp. 513 y ss.; FARRÉ ALEMÁN, J. M.^a, *Código Civil comentado y concordado*, Barcelona, 2001; ARCO TORRES, M. A. DEL, *Código de las leyes civiles*, Madrid, 1982.

2.4.1. Significado del beneficio de inventario

La doctrina civilística, haciéndose eco de la tradición romanística (110), define este beneficio (111) como “la prerrogativa otorgada al heredero en cuya virtud puede aceptar la herencia de modo que la responsabilidad por las deudas del causante le quede circunscrita hasta donde alcancen los bienes de aquella” (112); es, en suma, una forma cautelosa de aceptación de la herencia que conduce a la responsabilidad limitada (113) –*intra vires*– del heredero, lo que no

(110) FALCÓN, M., *Código Civil español*. Tomo III, Madrid, 1889, p. 370: “Proceden estos beneficios de las leyes de Justiniano, y su justificación está en las graves responsabilidades que la aceptación producía para el heredero. Si la ley española no hubiera seguido fielmente los precedentes romanos; si apartándose de sus principios no hubiera confundido en una sola las personalidades del testador y del heredero; si hubiera proclamado abiertamente, como la justicia exigía, que el heredero no responde con sus bienes propios de las deudas y obligaciones del finado, los beneficios de deliberar y de inventario podrían sin inconveniente alguno haber desaparecido de nuestros Códigos.

Pero desde que, por seguir con servil fidelidad las doctrinas romanas, está declarado lo contrario, los beneficios de inventario y de deliberación son una necesidad inexcusable...

Pero el Código español no se ha atrevido á derogar el sistema tradicional de nuestra legislación histórica, calcada en los principios de las leyes romanas; y dentro del sistema se ha limitado á mejorarlo, reformando muchas de las reglas admitidas en la práctica”. En análogo sentido, MUCIUS SCAEVOLA, Q., *Código Civil comentado y concordado extensamente*. Tomo XVII. Madrid, 1900, pp. 493-505.

(111) MANARESA Y NAVARRO, J. M.^a, *Comentarios*, tomo VII, ob. cit., p. 530: “La ley considera la aceptación a beneficio de inventario más bien como un beneficio que como un derecho; es, si se quiere, un derecho en el Código, pero excepcional”.

(112) LÓPEZ JACOISTE, J. J., *Comentario del Código Civil*, ob. cit., p. 2388; OYUELOS, R., *Digesto. Principios, doctrina y jurisprudencia referentes al Código Civil español. Tomo IV (Artículos 806 a 1.087)*, Madrid. 1921, p. 304: “Inventario quiere decir escritura que se hace de los bienes del finado. Es la descripción fiel y circunstanciada de todos los bienes pertenecientes a la testamentaria hecha en un instrumento. También puede conceptuarse como la facultad que se concede al heredero para, mediante la formación de inventario en el tiempo y con los requisitos legales, gozar de los efectos determinados en el artículo 1.023”.

(113) Si bien, a juicio de la doctrina dominante –CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho Civil*, ob. cit., pp. 162-163–, la confusión inmediata entre ambas

impide, como acertadamente señala LACRUZ BERDEJO, que el heredero sea el verdadero titular de los bienes y deudas de la herencia, pese al aislamiento de la masa de bienes relictos y la subsistencia ficticia de las relaciones entre el causante y el *heres* (114):

[STS. Recurso de casación. 17,2,1894]

Considerando que según tiene declarado este Tribunal, interpretando las leyes 5.^a y 7.^a, tít. 6.^o, Partida 6.^a –que establecen y regulan las consecuencias del beneficio de inventario, siendo la más importante de ellas, la de que el heredero no viene obligado más allá de lo que importen los bienes heredados mediante aquel beneficio– aceptada una herencia á beneficio de inventario, no deben considerarse confundidos los bienes del testador con los del heredero, y cuando éste la acepta con dicho beneficio sin subrogarse en el lugar de aquél ni contraer personalmente responsabilidad, queda la herencia con los mismos derechos, obligaciones y representación que tenía el testador.

[STS Casación por infracción de ley. 22,12,1899]

... el beneficio de inventario establecido en favor de los herederos en el título 6.^o de la partida 6.^a se limita en sus efectos, ... á que su responsabilidad, con tales herederos, no ascienda á más de los que importen los bienes de su causante; ... (115).

Esta facultad para limitar la responsabilidad hereditaria la concede el Código Civil al heredero (116), ya sea legítimo o testamentario

masas patrimoniales, la del *de cuius* y la del heredero, es la regla general, a juicio de PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M, *Tratado*, ob. cit, pp. 117-136 y 157-162 el beneficio de inventario no puede entenderse como una excepción, sino como la regla general, por entender que "La responsabilidad *ultra vires* se presenta en la liquidación como una sanción al heredero".

(114) LACRUZ BERDEJO, J. L., *Estudios de Derecho privado*, ob. cit., p. 514.

(115) En análogo sentido. STS, 22,6,1923: Que con arreglo a lo ordenado por el art. 1023 del Código civil, el beneficio de inventario produce a favor del heredero el efecto de que quede separado su patrimonio del causante y de que aquél sólo responda del pago de las deudas hasta donde alcance el valor de los bienes de la herencia.

(116) Frente a quienes limitan la condición jurídica del heredero, LACRUZ BERDEJO, J. L., *Estudios*, ob. cit., p. 515.

rio, que, de forma explícita, quiera acogerse al *beneficium inventarii*, sin que el testador pueda prohibirle su aceptación (117):

Art. 1010.

Todo heredero puede aceptar la herencia a beneficio de inventario, aunque el testador se lo haya prohibido (118).

RT Consulta. 1893.

Para que pueda entenderse que se ha aceptado una herencia á beneficio de inventario, es necesario utilizar y ejercitar este derecho, manifestando legalmente que así se acepta con las solemnidades y condiciones que para ello se exigen en los art. 1.010, 1.011 y siguiente del Código civil. Si no llenan estas solemnidades, se entenderá que se acepta pura y simplemente la herencia sin excepciones que la ley no autoriza.

Finalmente, cabe resaltar que, frente a la aceptación voluntaria del heredero, el Código civil contempla una serie de supuestos en los que el beneficio de inventario nace por disposición de la Ley, a saber:

A) El Estado. Así lo dispone el artículo 957 c.c.: Los derechos y obligaciones del Estado, así como los de las Instituciones o entidades a quienes se asignen las 2/3 partes de los bienes, en el caso del artículo 956, serán los mismos que los de los demás herederos, pero se entenderá siempre aceptada la herencia a beneficio de inventario, sin necesidad de declaración alguna sobre ello, a los efectos que enumera el artículo 1.023.

(117) Tal prohibición es declarada como inocua por GITRAMA GONZÁLEZ, M., *Comentarios al Código Civil*, ob. cit., p. 320, y de inoperante por LÓPEZ JACOISTE, J. J., *Comentarios del Código Civil*, ob. cit., p. 2389. Vid. STS, 22,6,1923: Que el art. 1.110 del Código civil, modificando la legislación anterior, faculta a todo heredero para aceptar la herencia a beneficio de inventario aunque el testador se lo haya prohibido, lo que implica la procedente utilización de las dos formas –extrajudicial y judicial– que al efecto señala el art. 1.011 de dicho Código.

(118) Véase su precedente legal en Partidas 6,6,1; 6,6,5.

B) Menores sometidos a la patria potestad de los padres. En este sentido el artículo 166,2, inciso final: La aceptación de la herencia se entenderá hecha, en todo caso, a beneficio de inventario.

C) Menores incapacitados o sometidos a tutela. Asimismo, el artículo 272,1 menciona que el tutor necesitará de autorización judicial para aceptar cualquier herencia sin beneficio de inventario.

D) Sordomudos. Así lo dispone el artículo 996: Los sordomudos que supieren leer y escribir aceptarán o repudiarán la herencia por sí o por medio de Procurador. Si no supieren leer y escribir, la aceptará a beneficio de inventario su tutor,

E) Por reclamación. Finalmente, el artículo 1.021 admite este beneficio a quien hubiera obtenido un reconocimiento de sus derechos hereditarios a través de una reclamación judicial:

El que reclama judicialmente una herencia de que otro se halle en posesión por más de un año, si venciére en el juicio, no tendrá obligación de hacer inventario para gozar de este beneficio, y sólo responderá de las cargas de la herencia con los bienes que le sean entregados.

2.4.2. Forma de la aceptación

El artículo 1.011 configura la aceptación como una declaración de voluntad expresa y solemne sujeta al requisito de la forma escrita y pública, mediante la intervención del notario o del juez (119), o, si se halla en país extranjero, ante el agente diplomático o consular que esté habilitado para ejercer las funciones de notario en el lugar del otorgamiento (120).

(119) Cfr. HERNÁNDEZ GIL, A., "Beneficio de inventario", ob. cit., p. 558. A juicio de MUCIUS SCAEVOLA, Q., *Código Civil*, ob. cit., p. 58, la diferencia sustancial entre ambas vías radica en que la intervención judicial conlleva la necesaria citación de acreedores y legatarios, así como la formación del inventario. Vemos recogida esta cita en GITRAMA GONZÁLEZ, M., *Comentarios al Código Civil*, ob. cit., p. 329.

(120) Art. 1.012.

Art. 1.011.

La aceptación de la herencia a beneficio de inventario podrá hacerse ante Notario, o por escrito ante cualquiera de los Jueces que sean competentes para prevenir el juicio de testamentaría o abintestato (121).

STS, Casación por infracción de Ley, 14,6,1899:

Que la manifestación hecha ante el Juez de quien se tenía solicitada la declaración de herederos, de que se advertía y anticipaba que la aceptación de la herencia se habría de entender á beneficio de inventario, equivale á una aceptación explícita con aquel beneficio (122).

BRLP, 1894:

3.º Que es lícito á todo heredero aceptar la herencia á beneficio de inventario, aun cuando lo haya prohibido el testador; pero que para que valga esta aceptación y produzca sus efectos, deberá hacerse, como quiere el aludido art. 1011, ante Notario ó por escrito ante el Juez competente para conocer del juicio de abintestato ó testamentaria.

4.º Que esta disyuntiva no produce para el heredero el derecho de optar caprichosamente por uno u otro medio, sino que se hará siempre ante Notario, cuando no haya juicio de testamentaría ni de abintestato, ni pueda haberlo, ni por lo tanto Juez competente para conocer de ellos... .

(121) Véase como precedente legal Partidas 6,6,5.

(122) STS 27,11,1897: Para que se declare aceptada la herencia a beneficio de inventario, no basta haber conferido poder al efecto a terceras personas, pues lo que revela dicho acto es un nuevo propósito, mas no la decisión irrevocable de aceptar, por lo que se precisa que el mandatario realice, en nombre del heredero mandante, el acto de aceptación y si no se hace uso de dicho poder está el heredero en libertad completa para abstenerse de la herencia y, por lo mismo, para repudiarla; STS 17,10,1899: No es bastante para obtener el beneficio de inventario la mera manifestación hecha por el heredero de promover el juicio voluntario de testamentaría, de no aceptar ni rehusar por entonces lo que con aquel beneficio le correspondiera de la herencia, sin que después haya optado por él en la ocasión y modo que establece el art. 1.052 de la LEC.

Finalmente, según el artículo 1.013 nos informa de que la aceptación, por sí sola, no produce efecto alguno, si no viene acompañada de la realización de "un inventario fiel y exacto de todos los bienes de la herencia, hecho con las formalidades y dentro de los plazos", esto es, el inventario, en palabras de VILLAGÓMEZ RODIL, ha de ser "completo y cierto, integrando el haber y el debe, debiendo inventariarse, identificarse y describirse los bienes, tanto muebles como inmuebles, y estos con sus cargas y gravámenes, así como los derechos y acciones" (123).

STS, Casación por infracción de Ley, 14,6,1899:

Que si bien, según los arts. 1013, 1014 y 1017 del propio Código la aceptación á beneficio de inventario debe ser seguida de su formalización, dentro de los plazos y con las solemnidades que los mismos determinan, no son aquellos preceptos aplicables al caso en que tratándose de menores, no estuviesen éstos habilitados con la declaración de herederos, ni inscritas en el Registro civil sus partidas de nacimiento, ni se justificase que los citados requisitos dejaran de cumplirse por culpa ó negligencia de los herederos, como sería necesario para declarar aceptada la herencia pura y simplemente.

2.4.3. Plazo para solicitar el beneficio

En cuanto al tiempo para la aceptación a beneficio de inventario puede considerarse como norma general la del artículo 1.016, y como supuestos especiales, los contemplados en los artículos 1.014 y 1.015 (124).

En virtud de los mencionados preceptos se puede establecer los siguientes supuestos:

(123) VILLAGÓMEZ RODIL, A., *Tratado*, ob. cit., pp. 434-435. Véase su precedente legal en Partidas 6,6,10.

(124) En este sentido, ESPÍN CASANOVAS, D., *Manual Derecho Civil español*, ob. cit., p. 89; HERNÁNDEZ GIL, A., *Obras completas*, IV, ob. cit., pp. 558-559.

Primero. Que el heredero tenga todo o parte del caudal hereditario. Concurriendo esta circunstancia, éste, si reside en el lugar del fallecimiento, ha de manifestar su intención ante el juez competente en el término de diez días desde que tuviera conocimiento de la delación a su favor, o, si reside fuera, en el plazo de treinta días. En ambos casos se deberá solicitar la formación del inventario y la comparecencia de los acreedores y legatarios (125).

Segundo. Que no tenga la herencia o parte de ella, ni haya practicado gestión alguna. En este supuesto, el tiempo establecido en el artículo anterior se contará desde el día siguiente al que expire el plazo que el juez le hubiese fijado para aceptar o repudiar la herencia, o desde el día en que la hubiese aceptado –aceptación expresa–, o la hubiera gestionado como heredero –aceptación tácita– (126).

Tercero. El artículo 1.016 (127) no establece ningún plazo especial para llevar a cabo la aceptación, pudiendo el heredero utilizar el beneficio de inventario en tanto no prescriba la acción para reclamar la herencia, esto es, por el mismo período establecido para la aceptación pura y simple (128).

(125) Art. 1.014: El heredero que tenga en su poder los bienes de la herencia o parte de ellos y quiera utilizar el beneficio de inventario o el derecho de deliberar, deberá manifestarlo al Juez competente para conocer de la testamentaria, o del abintestato, dentro de los diez días siguientes al que supiere ser tal heredero, si reside en el lugar donde hubiese fallecido el causante de la herencia. Si residiere fuera, el plazo será de treinta días.

En uno y otro caso, el heredero deberá pedir a la vez la formación del inventario y la citación a los acreedores y legatarios para que acudan a presenciarlo si les conviniere.

(126) Art. 1.015: Cuando el heredero no tenga en su poder la herencia o parte de ella, ni haya practicado gestión alguna como tal heredero, los plazos expresados en el artículo anterior se contarán desde el día siguiente al que expire el plazo que el Juez le hubiere fijado para aceptar o repudiar la herencia conforme el artículo 1.005, o desde el día en que hubiere aceptado o hubiere gestionado como heredero.

(127) Véase su precedente legal en Partidas 6,14,7.

(128) Art. 1.016: Fuera de los casos a que se refieren los dos anteriores artículos, si no se hubiere presentado ninguna demanda contra el heredero, podrá éste aceptar a beneficio de inventario, o con el derecho de deliberar, mientras no prescriba la acción para reclamar la herencia. STS, 12,11,1953. Casación por infracción de ley. Acción de petición de herencia:

A tenor de los mencionados artículos, cabe señalar, siguiendo el planteamiento de Díez Pícazo (129), que aceptación y ejercicio del beneficio de inventario se separan temporalmente, no sólo en su concepción terminológica –se habla de “utilizar”, “gozar de este beneficio” o de “gestionar como heredero”–, sino en su ámbito temporal: plazo de diez días o, si se reside fuera, de treinta, lo que induce a pensar, en palabras del mencionado autor, “que la regla de la simultaneidad entre aceptación y beneficio de inventario carece de fundamento real en la ley y sólo tiene su fundamento en una terminología equivocada”.

2.4.4. Formación del inventario

La formación del inventario exige determinadas garantías para los interesados en el mismo, de ahí que el Código civil establezca los siguientes requisitos:

A) Plazos legales. La regla general, siguiendo los criterios de la constitución *Scimus*, es que el inventario se principiará dentro de los treinta días siguientes a la citación de los acreedores y legatarios, y concluirá dentro de otros sesenta días. Criterio que, únicamente, se ve exceptuado cuando los bienes se hallan a larga distancia del inventario o sean muy cuantiosos, en cuyo supuesto, el legislador concede al juez la potestad de prorrogar este período a su arbitrio,

2) La acción de petición de la herencia no regulada en nuestro Código civil, que se limita a hacer alusión a ella en su artículo 192 y en los 1.016 y 1.021, compete al heredero real contra quien posee los bienes hereditarios a título de heredero del mismo causante o sin tener título alguno para obtener su restitución, pero partiendo del supuesto de que el sujeto pasivo de la acción posea los bienes invocando un título excluyente del que asista al reclamante, es decir, que exige una determinación de preferencia.

3) Si bien la acción *petitio hereditatis* es prescriptible conforme reconocen los artículos 192 y 1.016 del Código civil, el tiempo de esta prescripción extintiva ha de entenderse que es el de treinta años según doctrina

(129) Díez Pícazo, L, *Lecciones*, ob. cit., pp. 479-481.

sin que pueda éste exceder de un año (130). No obstante su carácter discrecional, la solicitud de la prórroga debe venir precedida de las razones necesarias para su alegación.

STS 24,3,1893:

Los plazos que contiene el artículo 1.017 deben contarse por días naturales, sin deducción de los inhábiles.

B) La sanción. La sanción por la inobservancia de los requisitos anteriores nos viene dada en el artículo 1.018, en el que se nos informa que si por culpa o negligencia del heredero no se inicia o se concluye en los casos y con las formalidades establecidas en el artículo 1.017, se entenderá que se acepta la herencia pura y simplemente. Criterio que vemos repetido en el artículo 1.024, en el que se afirma que : El heredero perderá el beneficio de inventario: 1.º Si a sabiendas dejare de incluir en el inventario alguno de los bienes, derechos o acciones de la herencia.

C) Forma. El Código civil no menciona, a diferencia de la aceptación a beneficio de inventario –1.011–, si se ha de realizar bajo

(130) Art. 1.017: El inventario se principiará dentro de los treinta días siguientes a la citación de los acreedores y legatarios, y concluirá dentro de otros sesenta. Véase su precedente legal en Partidas 3,18,100; 6,4,8; 6,6,5; 6,6,6. Si por hallarse los bienes a larga distancia, o ser muy cuantiosos, o por otra causa justa, parecieren insuficientes dichos sesenta días, podrá el Juez prorrogar este término por el tiempo que estime necesario, sin que pueda exceder de un año.

forma notarial o judicial, lo que ha dado origen a un amplio debate doctrinal entre quienes sostienen que únicamente podía hacerse judicialmente (131) –MANRESA (132), MUCIUS SCAEVOLA (133), OYUELOS

(131) RT 1896. Consulta. Beneficio de inventario: deudas: “No expresa el consultante si los herederos se encuentran en el caso del art. 1.014 ó en el del 1.015 del Código civil, es decir, si tenían ó no tenían en su poder los bienes de la herencia.

En el primer caso, es indudable que tiene que pedirse el inventario judicial. En el segundo, no expresa el Código lo que haya que hacer y deja el asunto en la obscuridad que caracteriza á dicho cuerpo legal. En la duda nos inclinamos á creer que el inventario judicial es imprescindible, por dos razones: la una, porque el art. 1.013, que tiene el carácter de disposición general para todos los casos previstos en los artículos que siguen, impone la necesidad de un inventario fiel y exacto; y la otra, que si no es de ley es de buen sentido, porque de dejar la formación del inventario al arbitrio y cuidado de los particulares, el beneficio de inventario sería un medio cómodo y seguro para que ningún heredero respondiese de las deudas del caudal, pues con hacer la manifestación de que no pagaría sino hasta donde los bienes hereditarios alcanzasen y falsear después la relación de esos bienes, quedaría el heredero lucrándose con cuanto quisiera en perjuicio de los legítimo acreedores”.

(132) MANRESA Y NAVARRO, J. M.^a, *Comentarios al Código*, ob. cit., art. 1.013, pp. 524 y 527-528: “Puesto que según el art. 1.014 la formación de inventario ha de pedirse judicialmente, y según el 1.019 la manifestación de renunciar o aceptar en cualquier forma, después de hecho inventario, ha de hacerse también ante el Juez, ¿qué efectos produce la aceptación ante Notario? ¿Para qué sirve? ... El heredero, empiece por pedir el inventario para después aceptar o para deliberar, o empiece aceptando para reclamar en seguida dicho inventario, como exige el art. 1.019, de modo que debiendo intervenir siempre dicha autoridad para que el acto resulte completo y eficaz, está en el interés de ese heredero evitarse gastos inútiles, y prescindir del medio extrajudicial para la aceptación o de la intervención del Notario.

Pueden, desde luego, utilizarse las dos formas expresadas en el artículo 1.011, y en casos excepcionales puede ser conveniente al interesado valerse de un Notario; mas en las circunstancias normales, para que la forma extrajudicial fuese eficaz y a veces más útil, sería necesario que el Código diese también eficacia, en el caso de aceptarse la herencia con el expresado beneficio, al inventario extrajudicial practicado ante el mismo Notario con intervención o citación de todos los coherederos, acreedores y legatarios. No siendo así ... puede decirse que casi está de sobra una de las formas de aceptación beneficiaria, por imponerse directamente la otra forma, la judicial en todos los casos”.

(133) MUCIUS SCAEVOLA, Q., *Código Civil*, ob. cit., art. 1.017, pp. 548-549: “Parece, sin embargo, que el Código ha querido en todos los momentos la

(134) o ROCA SASTRE (135)– o notarialmente (136) –CASTÁN (137), PEÑA (138) DÍEZ PICAZO (139) o VALLET DE GOYTISOLO (140), para quienes el Código no exige, con carácter general la intervención judicial– e incluso, como sostiene SANTAMARÍA ANSA (141), privadamente, siempre que ésta sea con citación e intervención de acreedores y legatarios (142).

intervención judicial. Ante el Juez así hace la declaración á que se refieren los artículos 1.014, 1.015 y 1.016; el Juez manda citar á los acreedores y legatarios; el Juez señala el día y la hora en que el inventario ha de empezarse; el Juez prorroga el plazo para hacerle, en caso necesario; al Juez manifiesta el heredero, después de concluido el inventario y de transcurrido el plazo para deliberar, si acepta ó repudia la herencia; el Juez, por fin, provee, durante la formación del inventario, á la administración de los bienes. El Código, al parecer, requiere la intervención judicial constante en el inventario; supone, por lo tanto, que el inventario debe hacerse por los mismos trámites señalados por la ley de Enjuiciamiento civil ó por otros análogos. ...”

(134) OYUELOS, R., *Digesto. Principios, doctrina y jurisprudencia*, ob. cit., p. 309: “El inventario se hará judicialmente, y, por analogía, acomodándose a los trámites que para el juicio de testamentaria prescribe la ley de Enjuiciamiento civil”.

(135) ROCA SASTRE, en KIPP, *Derecho de sucesiones*, con estudios de ROCA SASTRE, vols. I.II. Barcelona, 1951. Vol. I, p. 436: “Corresponderá al Secretario judicial la confección del inventario, al cual deberá informar el heredero sobre los bienes a comprender en el mismo ...”.

(136) BRLJ (1896): “5.º Que con este criterio es fácil explicarse las disposiciones contenidas, disyuntivamente también, “el inventario principiará dentro de los 30 días siguientes á la citación de los acreedores y legatarios, etc.” lo cual, relacionado con la facultad de tenerlo hecho y proceder á la declaración de la aceptación, como dispone el referido art. 1013, parece confirmar que debe ser hecho notarialmente, porque el judicial, según vemos, no puede obtenerse *a priori*”.

(137) CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho Civil*, ob. cit., p. 168

(138) PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M., *Tratado*, ob. cit., p. 300-301, para quien: “1.ª La declaración de querer utilizar el beneficio de inventario puede, en principio, hacerse notarial o judicialmente; y hecha notarialmente no es necesario reiterarla judicialmente.

2.ª el inventario mismo puede hacerse notarial o judicialmente...”.

(139) DÍAZ PICAZO, L., *Lecciones*, ob. cit., p. 483.

(140) VALLET DE GOYTISOLO, J., *Panorama*, ob. cit., pp. 531-533.

(141) SANTAMARÍA ANSA, J., *Comentarios al Código Civil*, Tomo I, Madrid, 1958, p. 954

(142) CAMINERO, E. G., *Tratado teórico y práctico sobre partición de Herencia, tutela protutela y consejo de familia (Comentarios al Código civil y*

2.4.5. Administración y liquidación

A) Administración. Como acertadamente señala Lacruz(143), aunque el heredero beneficiario es el auténtico dueño del caudal relicto, su actividad, en orden a éste, se halla regulada y restringida de tal forma que no puede imprimirle un destino arbitrario sin incurrir en responsabilidad.

La razón podríamos hallarla en la propia naturaleza de la institución objeto del presente estudio, esto es, en el beneficio que comporta para el heredero ver limitada su responsabilidad *intra vires*, y, por extensión, la obligación de realizar un inventario de los bienes que garantice el pago de los créditos y legados.

En este sentido declarará el artículo 1.026:

Hasta que resulten pagados todos los acreedores conocidos y los legatarios, se entenderá que se halla la herencia en administración.

El administrador, ya lo sea el mismo heredero, ya cualquiera otra persona, tendrá, en ese concepto, la representación de la herencia para ejercitar las acciones que a ésta competan y contestar a las demandas que se interpongan contra la misma.

De la lectura del mencionado precepto cabe establecer, en primer término, que nos hallamos ante un supuesto de duración temporal: finaliza cuando resultan pagados todos los acreedores hereditarios y entregados los legados; en segundo lugar, se advierte que el heredero, mientras no satisfaga las cargas hereditarias, no se considera dueño del caudal hereditario; y, finalmente, al administrador le corresponde las funciones de custodia y conservación de los bienes, la representación de la herencia, así como llevar a cabo el pago de las deudas y legados, conforme a los artículos 1.027 a 1.029.

STS 18,3,1897. Recurso de casación en asunto de ultramar:

Que el heredero universal y además albacea y administrador único de la herencia tiene la representación de la testamentaria

jurisprudencia civil e hipotecaria sobre dichas instituciones), Madrid, 1927. Véase Cap. III, Del período de inventario, pp. 240-252.

(143) LACRUZ BERDEJO, J. L., *Estudios*, ob. cit., p. 519.

para abonar los créditos hipotecarios contraídos por el testador y á cuyo pago en el mencionado concepto fuese aquel demandado; y estimándolo así la Sala sentenciadora, no infringe el art. 1026 del Código civil(144).

STS 2,11,1916. Casación por infracción de ley. Nulidad de autos ejecutivos, documentos é inscripciones y reivindicación de minas:

Que según los art. 1026 y 1030 del Código civil, hasta que resultan pagados todos los acreedores, se entiende que la herencia se encuentra en administración, y que cuando sea necesaria la venta de bienes hereditarios para su pago, se realizará ésta en la forma establecida por la ley de Enjuiciamiento civil respecto a los abintestatos y testamentarias,

Un supuesto diferente lo hallamos en el artículo 1.020, donde se regula una situación de administración provisional que se crea durante el ejercicio del derecho a deliberar, toda vez que la herencia, hasta que se acepta o se repudia, se halla yacente (145).

Para acceder a la misma, no puede actuar el juez de oficio, sino que ha de mediar una instancia de los coherederos, sustitutos hereditarios, legatarios, acreedores o albaceas a éste para que les conceda la administración y custodia de los bienes hereditarios.

Finalmente, el artículo prevé acudir supletoriamente a la Ley de Enjuiciamiento Civil para el caso de que, en el trámite del beneficio de inventario, se haya solicitado la intervención judicial (146).

(144) STS 24,2,1909. Casación por infracción de ley. Entrega de bienes: Que el art. 1026 del Código civil cuando no se ha pedido la formación de inventario para acogerse á este beneficio ó deliberar sobre la aceptación de la herencia, únicos casos en que se entiende está constituida en administración.

(145) VILLAGÓMEZ RODIL, A., *Tratado*, ob. cit., p. 447, extiende este supuesto, no sólo al caso que refiere este artículo, "sino a aquellos en los que resulta urgente e imprescindible, por no haber herederos aceptantes y ha de atenderse a cuidar de los bienes de la herencia y representación del patrimonio hereditario".

(146) LEC 1.096-1.100.

En todo caso el juez podrá proveer, a instancia de parte interesada, durante la formación del inventario y hasta la aceptación de la herencia, a la administración y custodia de los bienes hereditarios con arreglo a lo que se prescriba para el juicio de testamentaría en la Ley de Enjuiciamiento Civil.

B) Liquidación. A tenor de lo dispuesto en el Código civil, la finalidad última del beneficio del inventario, como dispone HERNÁNDEZ GIL (147), es limitar la responsabilidad del heredero y, al mismo tiempo, conseguir que, con el patrimonio hereditario, se hagan efectivos los créditos y legados, porque, como nos informa el artículo 1.032, sólo en este momento "quedará el heredero en el pleno goce del remanente de la herencia".

El criterio general en torno al orden de prelación de los pagos nos viene establecido en el artículo 1.027:

El administrador no podrá pagar los legados sino después de haber pagado a todos los acreedores.

El artículo, en consonancia con el 1.093 de la Ley de enjuiciamiento civil (148), es terminante en cuanto al pago preferencial a los acreedores hereditarios en detrimento de los legatarios y de los acreedores particulares del heredero (149), pudiendo, en caso de incumplimiento del administrador, ejercitar la acción rescisoria cuando éstos se vean perjudicados en sus créditos por no existir bienes que garanticen el cobro.

No obstante, si por desconocimiento se pagara en primer término un legado, en virtud de la preferencia del crédito sobre el legado, se permitirá a los acreedores, cuando los bienes de la herencia re-

(147) HERNÁNDEZ GIL, A., *Obras completas*, ob. cit., p. 563.

(148) LEC 1.093: cuando se haya promovido el juicio a instancia de uno o más acreedores, no se hará la entrega de los bienes a ninguno de los herederos ni legatarios sin estar aquéllos completamente pagados o garantizados en su satisfacción.

(149) Art. 1.034: Los acreedores particulares del heredero no podrán mezclarse en las operaciones de la herencia aceptada por éste a beneficio de inventario hasta que sean pagados los acreedores de la misma y los legatarios; pero podrán pedir la retención o embargo del remanente que pueda resultar a favor del heredero.

sultaran insuficientes para el pago de sus créditos, reclamar contra los legatarios:

Artículo 1.029.

Si después de pagados los legados aparecieren otros acreedores, éstos sólo podrán reclamar contra los legatarios en el caso de no quedar en la herencia bienes suficientes para pagarles(150).

En segundo término, el artículo 1.208 se ocupa de la preferencia entre los propios acreedores, a los efectos del cobro de sus créditos con cargo a los bienes de la herencia, distinguiendo, según exista o no juicio pendiente entre ellos, respecto a su graduación: si se ha promovido juicio, el administrador no procederá al pago de los créditos hasta que recaiga sentencia firme; si, por el contrario, no hay pleito pendiente, serán pagados los primeros que se presenten, a menos que se tenga conocimiento de la existencia de un crédito preferencial, en cuyo supuesto, y, ante la posibilidad de promover un juicio declarativo acerca de la preferencia del crédito, no se efectuará el pago, si no se aporta una caución (151):

Art. 1.028:

Cuando haya juicio pendiente entre los acreedores sobre la preferencia de sus créditos, serán pagados por el orden según el grado que señale la sentencia firme de graduación. No habiendo juicio pendiente entre los acreedores serán pagados los que primero se presenten; pero, constando que alguno de los créditos conocidos es preferente, no se hará el pago sin previa caución a favor del mejor derecho.

En cuanto a la administración y a las facultades del administrador, el Código civil autoriza a éste, cuando el caudal relicto no alcance para pagar los créditos y legados, a la venta de los bienes

(150) Véase su precedente legal en PARTIDAS 6,74,7.

(151) Díez-PiCAZO, L.: "La aceptación de la herencia por los acreedores del heredero", *ADC* , XII-1 (1959), p. 127 y ss.

de la herencia, ya sea mediante autorización judicial -en pública subasta-, o extrajudicialmente, cuando concurra el consentimiento de todas las partes interesadas (152):

Art. 1.030:

Cuando para el pago de los créditos y legados sea necesaria la venta de bienes hereditarios, se realizará ésta en la forma establecida en la ley de Enjuiciamiento civil respecto a los abintestatos y testamentarías, salvo si todos los herederos, acreedores y legatarios acordaren otra cosa (153).

Así mismo, en el artículo 1.031 se reconoce que cuando los interesados no hayan sido satisfechos en sus créditos y legados, el administrador deberá dar cuenta de su gestión, siendo responsable de los perjuicios que se hubieran irrogado a los acreedores y legatarios:

Art. 1.031:

No alcanzando los bienes hereditarios para el pago de las deudas y legados, el administrador dará cuenta de su administración

(152) MANRESA Y NAVARRO, J. M.^a, *Comentarios*, VII, ob. cit., pp. 566-570.

(153) LEC art. 1.030: Durante la sustanciación del juicio de ab intestato no se podrán enajenar los bienes inventariados.

Exceptúense de esta regla: 1.º Los que puedan deteriorarse. 2.º Los que sean de difícil y costosa conservación. 3.º Los frutos para cuya enajenación se presenten circunstancias que se estimen ventajosas. 4.º Los demás bienes cuya enajenación sea necesaria para el pago de las deudas, o para cubrir otras intenciones del ab intestato.

Art. 1.031: El juez, a propuesta del administrador, y oyendo a los herederos reconocidos en la forma expresada en el artículo 1.017, y en su defecto al promotor fiscal, podrá decretar la venta de cualesquiera de dichos bienes, verificándola en pública subasta y previo evalúo por peritos.

La de los efectos públicos se hará al precio de cotización, por medio de agente de Bolsa o corredor que nombrará el juez.

Art. 1.032: Las subastas de que habla el artículo anterior se verificarán con las misma solemnidades y en los propios términos establecidos anteriormente para las de los arrendamientos, sin otra excepción que la de reducir a diez días el término para la de los frutos y bienes muebles o semovientes.

a los acreedores y legatarios que no hubiesen cobrado por completo, y será responsable de los perjuicios causados a la herencia por culpa o negligencia suya.

A su vez, el artículo 1.033 reconoce que las costas del inventario y de la administración de la herencia que hubieran sido debidamente justificadas serán a cargo de la herencia, quedando los gastos causados por el uso al derecho a deliberar a cuenta del heredero:

Las costas del inventario y los demás gastos a que dé lugar la administración de la herencia aceptada a beneficio de inventario, y la defensa de sus derechos, serán de cargo de la misma herencia. Exceptúense aquéllas costas en que el heredero hubiese sido condenado personalmente por su dolo o mala fe. Lo mismo se entenderá respecto de las causadas para hacer uso del derecho de deliberar, si el heredero repudia la herencia.

Una vez que se ha procedido a la administración y liquidación conforme a las reglas expuestas, el Código civil dispone, en su artículo 1.032, que “pagados los acreedores y legatarios, quedará el heredero en el pleno goce del remanente de la herencia” y los acreedores particulares del heredero podrán perseguir, a tenor del artículo 1.911, los bienes hereditarios:

Los acreedores particulares del heredero no podrán mezclarse en las operaciones de la herencia aceptada por éste a beneficio de inventario hasta que sean pagados los acreedores de la misma y los legatarios; pero no podrán pedir la retención o embargo del remanente que pueda resultar a favor del heredero.

2.4.6. Efectos del inventario

Estos vienen regulados en el artículo 1.024:

El beneficio de inventario produce a favor del heredero los efectos siguientes:

1.º El heredero no queda obligado a pagar las deudas y demás cargas de la herencia sino hasta donde alcancen los bienes de la misma.

2.º Conserva contra el caudal hereditario todos los derechos y acciones que tuviera contra el difunto.

3.º No se confunden para ningún efecto, en daño del heredero, sus bienes particulares con los que pertenezcan a la herencia.

Veamos cada uno de los mencionados efectos:

El primero hace referencia a la limitación de la responsabilidad por las deudas y cargas del causante, circunscribiéndose ésta a una obligación *intra vires hereditatis*, es decir, hasta donde alcancen los bienes de la misma, quedando, así, únicamente los bienes de la herencia afectos al pago.

En segundo término, los apartados segundo y tercero de este artículo hacen referencia a la separación de titularidades y de patrimonios en el beneficio de inventario (154). A tal efecto, la masa patrimonial relicta permanece en la titularidad de la herencia, sin que se llegue a dar una confusión con los bienes propios del causante, originándose, así, una doble personalidad en la figura del heredero: la que representa al difunto y la suya propia; de ahí que el heredero conserve, frente al caudal hereditario, cuantos derechos y acciones tuviera contra el difunto, lo mismo en la vía interdictal que en la reivindicatoria; y, a su vez, la herencia, frente al aceptante, podrá incentivar toda clase de pretensiones –art. 1.026–:

STS 25,5,1897. Recurso de casación. Tercería de dominio:

Que el heredero que acepta una herencia á beneficio de inventario conserva su propia personalidad con entera independencia de al que adquiere con la misma herencia, puesto que ni responde de las cargas y deudas que sobre ella pesen sino hasta donde alcanzan los bienes, ni se confunde su caudal propio con el heredado, ni siquiera pierde, sino que conserva los derechos y acciones que tuviera contra el difunto; y en su consecuencia, es evidente que si por una deuda hereditaria se embargaran bienes privativos del heredero, puede éste impugnar el embargo utilizando la tercería de dominio, que es el recurso adecuado para mantener su derecho, igual en tal caso al de todo tercerista, por

(154) LÓPEZ JACOISTE, J. J., *Comentarios*, ob. cit., p. 2410, a quien seguimos en este comentario.

consistir en que los bienes propios no respondan al pago de las deudas ajenas.

STS 9,7,1897. Recurso de casación. Tercería de dominio:

Que la aceptación de la herencia á beneficio de inventario establece una absoluta separación entre los bienes de la herencia y los del heredero, y sujetando á una responsabilidad propia de aquélla los bienes privativos del segundo, se infringen las leyes 5.^a y 7.^a, título 6.^o, Partida 6.^a, núms. 1.^o y 3.^o, del Código civil.

STS 8,7,1092. Casación por infracción de Ley. Nulidad de embargo:

Que las responsabilidades pecuniarias impuestas al heredero que lo es á beneficio de inventario, no pueden hacerse efectivas sino en bienes procedentes de la herencia.

2.4.7. Extinción y pérdida del inventario

A) Extinción. En el artículo 1.021 (155) se señala que quien hubiera ejercitado la acción de petición de herencia, “y venciera”, verá limitada su responsabilidad de heredero aceptante con relación a las posibles cargas de la herencia, llegándosele a dispensar de inventariar los bienes de ésta, por entenderse que el procedimiento, y el posterior veredicto judicial, llegan a eximir de la práctica del inventario, al afirmarse que el disfrute de este beneficio le viene *ex lege*(156); de ahí que el artículo establezca que el heredero únicamente responderá por las cargas de la herencia hasta que alcancen a los bienes recibidos del causante (157).

(155) Art. 1.021: El que reclame judicialmente una herencia de que otro se halle en posesión por más de un año, si venciére en el juicio, no tendrá obligación de hacer inventario para gozar de este beneficio, y sólo responderá de las cargas de la herencia con los bienes que le sean entregados.

(156) GARCÍA VALDECASAS, G.: “La adquisición de la herencia en el Derecho español”, *RDP* (1944), p. 89; ALBALADEJO, M., “La adquisición de la herencia en el Código civil español”, *ADC*, VIII-1 (1955), p. 3.

(157) MARTÍN BLANCO, A: “La acción de petición de herencia”, *ADC*, XII-1 (1951), p. 199.

B) Pérdida. Si bien cabe afirmar que la responsabilidad *ultra vires* no es, en sí misma, una pena, sí otorga este carácter punitivo el legislador cuando limita la posible responsabilidad *intra vires*.

Veamos los supuestos contemplados en el Código civil

B. 1. El primer supuesto viene contemplado en los artículos 1.002 y 1.024 del Código civil, donde se contemplan tres claras hipótesis, a saber: cuando no se incluya algún bien, derecho o acción; cuando se enajena algún bien; o, finalmente, cuando el heredero no integra, en la masa hereditaria, el precio obtenido por la venta de los bienes hereditarios.

Art. 1.002:

Los herederos que hayan sustraído o ocultado algunos efectos de la herencia, pierden la facultad de renunciarla, y quedan con el carácter de herederos puros y simples, sin perjuicio de las penas en que hayan podido incurrir (158).

Art. 1.024:

El heredero perderá el beneficio de inventario: 1.º Si a sabiendas dejare de incluir en el inventario alguno de los bienes, derechos o acciones de la herencia. 2.º Si antes de completar el pago de las deudas y legados enajenase bienes de la herencia sin autorización judicial o la de todos los interesados, o no diese al precio de lo vendido la aplicación determinada al concederle la autorización.

STS 4,4,1903. Pérdida de beneficio de inventario:

Que el que á sabiendas hace lo que no debe, procede con dolo ó malicia, dando el significado literal de aquel adverbio, que equivale á saber una cosa de modo cierto ó á ciencia segura; y por lo tanto para que el heredero, á tenor de lo dispuesto en el art. 1024 del Código civil, pierda el beneficio de inventario, es forzoso que deje de incluir en él bienes, acciones ó derechos de la herencia, maliciosamente con el propósito de lucrarse ó de perjudicar

(158) COSSIO, A. DE: "La intervención de las autoridades judiciales y administrativas en la liquidación de la herencia dentro del Derecho español", *RCDI* (1958), p. 73.

á los interesados en la sucesión, ó con cualquier otro intento más ó menos reprobado, lo que excluye todo estado de duda ó vacilación y el error ó la ignorancia, aunque sea de derecho, pues una cosa es que la ignorancia de la ley no favorezca al que la padece, y otra que, contra la realidad misma de las cosas, convierta en vicio de la voluntad lo que es falta de conocimiento ó un concepto equivocado:

STS 7,10,1908:

Que la omisión de determinados bienes en inventario formado para aceptar la herencia á beneficio de éste por el heredero, no lleva consigo la pérdida de dicho beneficio, si tal omisión no fue maliciosa ni parece que se hiciera á sabiendas ó con el propósito de perjudicar á tercero.

STS 20,10,908:

Pago de cantidades:.. ... no cabe admitir que los actos posteriores del heredero invaliden ó anulen los efectos de dicho beneficio, ni éste puede perderse por otras causas que las expresamente consignadas en el art. 1024 del Código civil, en la que, según tiene declarado el Tribunal Supremo, es preciso apreciar la concurrencia de dolo ó malicia que integre el propósito de lucro ó la intención de producir un perjuicio á los interesados en la herencia por cualquier título, causa ó motivo.

B. 2. La segunda causa nos viene establecida en el artículo 1.108, donde hallamos una sanción civil para el heredero que actúa culposa o negligentemente en el cumplimiento de las solemnidades y plazos establecidos por la ley; esto es, la falta de diligencia, se traduce, si no viene precedida de justa causa, con la pérdida del derecho al beneficio de inventario.

Art.1.018:

Si por culpa o negligencia del heredero no se principiare o no se concluyera el inventario en los plazos y con las solemnidades prescritas en los artículos anteriores, se entenderá que acepta la herencia pura y simplemente (159).

(159) Véase su precedente legal en Partidas 6,6,10.

STS 7,1,1922. Casación por infracción de ley. Pago de pesetas. Casación por infracción de ley:

Que no conteniendo la sentencia recurrida declaración alguna concreta en la que se afirme que un heredero procedió con culpa o negligencia, a los efectos de la sanción que establece el artículo 1.018 del Código Civil, como la culpa o negligencia no se presumen, ..., la declaración hecha por la Sala sentenciadora de que la herencia se entiende aceptada a beneficio e inventario no infringe los artículos

III. LEGISLACIÓN DEL DERECHO CIVIL FORAL

3.1. La Compilación del Derecho Civil especial de Cataluña

3.1.1. Régimen de adquisición de la herencia

El efecto primordial y básico del Derecho sucesorio catalán en materia de aceptación nos viene dado en los artículos 1,1 y 5 (160), en los que se nos informa de la aceptación retroactiva de la herencia –al momento de la muerte del causante– y de la condición del heredero, el cual pasa a ser, sin solución de continuidad, el nuevo titular de las posiciones jurídicas, ya sean activas o pasivas, del causante, por lo que, al adquirir los bienes y derechos que integran la herencia, se subroga en las obligaciones y en los actos del difunto, toda vez que se halla obligado a asumir las cargas hereditarias; responsabilidad que no se limita a los bienes relictos –*cum viribus hereditatis*–, ni a su valor –*pro viribus*–, sino que alcanza a la totalidad del patrimonio del heredero –*ultra vires*–, como consecuencia de la extensión del ámbito de responsabilidad material por las deudas del causante (161):

(160) MALUQUER DE MONTES, C., *Dret Civil Català*, Barcelona, 1993, p. 161.

(161) MEZQUITA GARCÍA-GRANERO, E., *Comentarios al Código de sucesiones de Cataluña. Ley 40/1991, de 30 de diciembre, I*, Barcelona, 1994, p. 113, a quien seguimos en este apartado.

Art. 1,1:

El heredero sucede en todo el derecho de su causante. Por consiguiente, adquiere los bienes y los derechos de la herencia y se subroga en las obligaciones del causante que no se extingan por el fallecimiento. Debe cumplir las cargas hereditarias y queda vinculado a los actos propios del causante.

Art. 5:

La herencia deferida, la adquiere el heredero con su aceptación, pero los efectos de ésta se retrotraen al momento del fallecimiento del causante.

Los efectos jurídicos que hemos mencionados pueden verse limitados en función de que el heredero se acoja al beneficio de inventario, al condicionar éste dos realidades jurídicas, como son las relaciones patrimoniales entre el heredero y el causante, y entre aquél y los acreedores de la herencia (162).

3.1.2. Los efectos de la aceptación a beneficio de inventario

3.1.2.1. Finalidad

La finalidad nos viene dada indirectamente en el artículo 34 cuando se afirma que:

Por la aceptación de la herencia pura y simple el heredero responderá de las obligaciones del causante y cargas hereditarias, no sólo con los bienes relictos, sino también con sus bienes propios, indistintamente.

En consecuencia, la finalidad del beneficio del inventario se halla en la separación de ambos patrimonios, el del causante y el del heredero, lo que conduce a una limitación de la responsabilidad, y de las cargas de éste último al caudal relicto, una vez satisfechas las obligaciones del *de cuius*.

(162) BADOSA COLL, F., *Compendi de Dret Civil Català*, Barcelona, 1999, p. 431.

Con relación a éstas últimas, el artículo 34 nos informa que entre éstos se han de incluir los gastos de la determinación del caudal, los de su adjudicación, así como de las acciones jurídicas que se hubieran interpuesto en defensa del heredero:

Se consideran cargas hereditarias los gastos de enfermedad, entierro o incineración, funeral del causante y demás servicios funerarios; los de formación de inventario, partición y defensa de los bienes de la herencia; los de los juicios de testamentaría o de abintestato causados en interés común; los de entrega de legado, pago de legítimas o retribución de albaceas y otros de naturaleza análoga.

3.1.2.2. Sujetos

En virtud de lo establecido en el artículo 31 y 33, cabe entender que no sólo pueden hacer uso de este beneficio cualquier heredero –“El heredero podrá”– que hubiera manifestado, expresa y formalmente, su intención de suceder a beneficio de inventario dentro del plazo establecido por la ley, sino que también se establece para ciertos supuestos en los que no se requiere ni su solicitud ni su formación, por entenderse que no han de probar su buena fe –beneficio legal de inventario–, a saber:

Art. 33:

Gozarán de pleno derecho del beneficio de inventario, aunque no hayan tomado inventario, los herederos menores de edad, estén o no emancipados, los incapacitados, los herederos de confianza, las entidades o establecimientos benéficos, docentes o de carácter piadoso y las entidades de derecho público.

También se considerarán aceptadas a beneficio de inventario las herencias dejadas a los pobres, y en general, las destinadas a finalidades benéficas, docentes o piadosas.

Finalmente, cabe reseñar que este beneficio es de carácter legal, por lo que no podrá ser objeto de prohibición por parte del testador:

Art. 30:

El heredero podrá, aunque el causante lo haya prohibido,

aceptar la herencia y disfrutar del beneficio de inventario, en el supuesto de que, con expresión de efectuarlo con este fin, practique antes o después el inventario de la herencia.

3.1.2.3. Requisitos

A) Declaración expresa. En primer término, se exige que el heredero realice, como ya hemos apuntado, una declaración expresa, ya sea ante un notario o un juez, en la que se afirma el deseo de acogerse al beneficio de la ley: "con expresión de efectuarlo con este fin, practique antes o después inventario de la herencia".

B) Realización del inventario. A continuación el heredero debe formalizarlo en tiempo y forma.

B.1. Tiempo. El inventario, que puede ser anterior o posterior a la aceptación, debe finalizarse en el plazo máximo de un año, a contar desde la delación:

Art. 30:

Este inventario deberá practicarse en la forma prescrita por la cuarta trebeliánica, sin que sea necesaria la valoración de los bienes inventariados, en el plazo máximo de un año a contar desde la delación.

La declaración de querer aceptar la herencia a beneficio de inventario podrá hacerse en cualquier caso ante notario o por escrito dirigido al juez competente en la sucesión, y deberá hacerse en el plazo de un año a contar desde la delación, pero siempre en el de treinta días a contar desde que haya tomado posesión de los bienes hereditarios (163).

De la lectura del mencionado precepto cabe extraer que no se puede hablar ya de herencia yacente, porque nace una presunción de aceptación, ni que el heredero pueda obtener el beneficio de la limitación de la responsabilidad patrimonial hasta que concluya el inventario.

(163) Ed. *Departamento de Justicia. Generalitat de Catalunya. Gencant. net.*

Finalmente, durante este período se da preferencia a los acreedores sobre los legatarios y fideicomisarios para el cobro de sus derechos, toda vez que aquéllos no ven suspendidas sus acciones para el cobro de sus créditos, aunque vean limitada sus acciones personales exclusivamente al caudal relicto, y no al del heredero:

Art. 32:

Durante el plazo de formalización del inventario no podrán accionar contra la herencia ni los legatarios ni los fideicomisarios.

B.2. Forma. Con relación a los requisitos formales cabe entre-sacar los siguientes caracteres, a saber: se mantiene la remisión a las normas del derecho histórico catalán, en especial a la cuarta trebeliánica, se omite la necesidad de llevar a cabo una estimación de los bienes inventariables y se sanciona su no conclusión en tiempo y forma con la responsabilidad *ultra vires* del heredero, porque, como sostiene Mezquita, "La mera declaración de querer gozar de este beneficio sólo produce el efecto adquisitivo del caudal" (164):

Art. 31:

Si el heredero se aprovecha de un inventario ya practicado para detraer la cuarta trebeliánica, bastará que, dentro del plazo que establece el artículo anterior manifieste ante notario, o por escrito dirigido al juez competente, que acepta la herencia a beneficio de inventario.

Art. 32:

En caso de que no se practique el inventario al tiempo y en la forma prescritos, se entiende aceptada la herencia pura y simplemente.

STS. Recurso de casación. 6,10,1896:

Segundo. Porque debiéndose formar el inventario de los bienes que constituyen una herencia, á presencia y con intervención de los herederos legitimarios, fideicomisarios, legatarios y acreedores, ó en su defecto del Juzgado, infringía la Sala sentencian-

(164) MEZQUITA GARCÍA-GRANERO, E., *Comentarios*, ob. cit., p. 109.

dora la Constitución 1.^a del tít. 8.^o, libro 6.^o de las de Cataluña, cap. 55 de la Constitución de Monzón de 1547, la ley 2, párrafo segundo, libro 6.^o tít. 30 del Código *De jure deliberandi*, y el cap. 2.^o. de la Novela primera, por considerar con valor legal el inventario formado por el solo heredero, no habiendo intervenido en el mismo los demandantes, no obstante otorgarles de un modo expreso los textos citados tal facultad.

3.1.2.4. Efectos

Los efectos del inventario nos vienen referidos en los artículos 35 y 36, de los cuales cabe deducir los siguientes:

A) Responsabilidad *inter vires*. En primer lugar, se limita la responsabilidad del heredero a los bienes de la herencia; esto es, si bien el *heres* se subroga en las deudas del causante, no se produce la confusión patrimonial, lo que impide que éste responda *ultra vires*.

B) Subsistencia de derechos y créditos del heredero. En segundo término, no se produce la confusión de los derechos y créditos sobre el caudal relicto.

C) Afectación crediticia. En consonancia con los anteriores efectos, se nos informa, a continuación, del mantenimiento de los créditos afectos al caudal hereditario y del propio heredero, lo que determina, no sólo un beneficio del heredero, sino también para los acreedores del causante. En consonancia, los acreedores particulares del heredero no podrán perseguir los bienes de la herencia, como tampoco podrán apremiar los bienes privativos del heredero los acreedores del causante.

Finalmente, el legislador, ante la posibilidad de que decaiga el beneficio de inventario sin que se haya cumplido la liquidación del caudal relicto, contempla la posibilidad de que los acreedores recurran al beneficio de la separación, para, así, salvaguardar sus intereses.

D) Limitación a la vinculación por actos propios del causante. En el último inciso del artículo 35 se menciona que el heredero queda vinculado a los actos del causante; pero, si éstos implican una deuda hereditaria, el heredero responderá *intra vires*.

E) Adquisición, posesión y administración de la herencia. Por último, en artículo 36 se establece, de forma precisa, que el beneficio del inventario no impide al heredero la adquisición, posesión y administración de la herencia.

Art. 35:

La aceptación de la herencia a beneficio de inventario producirá los siguientes efectos:

1.º El heredero no responderá de las obligaciones del causante ni de las cargas hereditarias con sus propios bienes, sino únicamente con los bienes de la herencia.

2.º Subsistirán, sin extinguirse, la confusión, los derechos y los créditos del heredero contra la herencia y las cargas y obligaciones de aquél a favor de ésta. El heredero podrá hacerse pago de dichos créditos.

3.º En tanto no queden pagadas las deudas del causante y las cargas hereditarias, no se confundirán para ningún efecto en daño de los acreedores hereditarios ni del heredero los bienes de la herencia con los propios o privativos del heredero, y, en consecuencia, los acreedores particulares de éste no podrán perseguir los bienes de la herencia, de la misma forma que no podrán perseguir los bienes privativos del heredero los acreedores del causante. En previsión de que el beneficio de inventario decaiga, estos podrán, sin embargo, hacer valer simultáneamente el beneficio de separación de patrimonios.

4.º Vincularán al heredero los actos propios de su causante, pero, en tanto que ello implique deuda hereditaria, se aplicará lo dispuesto en el presente artículo.

Art. 36. El beneficio de inventario no impedirá al heredero adquirir la herencia, posesionarse de ella y administrarla ...

3.1.2.5. Liquidación-orden de prelación de créditos

Al margen de los efectos sustantivos del beneficio de inventario, el legislador establece un proceso específico de liquidación del causal relictivo, que atenderá, bajo la responsabilidad del heredero, al pago de los acreedores, de las legítimas y, por último, de los legados; para lo cual podrá proceder mediante el pago en metálico del

dinero existente en el caudal relicto, o, en su defecto, mediante la venta de los bienes hereditarios.

Art. 36:

El beneficio de inventario no impedirá al heredero adquirir la herencia, posesionarse de ella y administrarla; pero hasta que queden pagados todos los acreedores conocidos, la llevará en administración especial y procederá, bajo su responsabilidad, antes de entregar o cumplir los legados, a pagar a dichos acreedores a medida que se presenten, y a cobrarse sus créditos con el dinero que halle en la herencia o que obtenga en la venta de los bienes de la propia herencia, sin perjuicio de los que pueda adjudicar en pago.

Si, satisfechos algunos o todos los legatarios, aparecieran acreedores hereditarios desconocidos, sin que sea suficiente el resto para pagarles, éstos podrán repetir contra aquéllos.

3.2.1.6. Pérdida

Por último, se nos informa que aunque el heredero haya declarado su voluntad de acogerse al beneficio de inventario, el heredero perderá éste cuando incurra en mala fe, esto es, mediante actos fraudulentos:

Art. 36:

Perderá el beneficio de inventario el heredero que proceda fraudulentamente en estos pagos y en estas realizaciones de bienes.

3.2. Derecho Civil Foral de Aragón

El Derecho tradicional Aragonés ha recogido, dentro del ámbito que abordamos, el criterio general de que la herencia no se ha de tener por dañosa, porque todos los herederos suceden con el beneficio de inventario, aunque éste no lo hayan solicitado, lo que determina que el heredero no esté obligado *ultra vires* en las deudas del causante:

Molino V. *haeres*:

Heres non tenentur de foro ultra vires hereditarias etiam si

non conficiat inventarium, ut in observantia, item de foro , titulo de testamentis ... Heres in aragonia non detrabit trebelleanicam nec falcidiam delegatis, et est ratio quia per dictum est heres non tenentur ultra vires haereditarias, et sic hereditas in aragonia non potest esse damnosa, et ideo heres non detrabit falcidiam, nec trebelleanicam: et talis est practica et consuetudo regni (165).

Portolés. V. Haeres:

Molinus hoc loco, quod in hoc Regno, haeres etiam si inventarium non confecerit, ultra vires haereditarias non confecerit, ultra vires haereditarias non tenetur, quia in Aragonia omnes cum beneficio inventarii succedimus.

Secundus effectus, qui ex praefata Molini nostri doctrina resultat, est, quod in Aragonia omnis haereditas, sive a parentibus, sive a consanguineis, sive ab extraneis relicta fuerit, etiam non agnita, ad quoscumque etiam extraneos haeredes transmittitur: idque in praxi saepe obtentum est, nam ex quo haereditas omnis, in hoc Regno, cum beneficio inventarii defertur, nec haeredi damnosa esse potest, consequens est, ipsam etiam non agnitam in quoscumque transferri, et transmitti (166).

Véase, en este sentido lo dispuesto en la *observancia* 3, rúbrica *De testamentis*, donde se nos informa que cualquiera que sea legatario o detentador de los bienes de un difunto está obligado a pagar las deudas o a dejar los bienes que están en su poder:

Observ. 3:

Quicumque fuerit legatarius, vel detentor bonorum defuncti tenetur debita solvere, vel bona quae tenet desemperare.

(165) MOLINO, M. DE, *Repertorium fororum et observantiarum regni Aragonum ... fuerunt etiam additae aliquae novae foralis dispositiones ...*, Zaragoza, 1585.

(166) PORTOLES, J., *Tertia Pars Scholiorum, sive adnotationum*, Zaragoza, 1590, v. *Haeres*, núm. 1; En análogo sentido, SOLER, J., *Summa de los fueros y observancias del noble e ínclito Reyno de Aragón*. Zaragoza, 1525, V. *Herederó*, fo. 72: *El heredero no es tenido de pagar las deudas dela heredad: sino tanto quanto bastaren los bienes ahun que no haya hecho inventario por la observancia, de foro testamentis, a cartas XXIII.*

Asimismo, en la *observancia* 12, se nos informa que los herederos no están obligados más allá de las posibilidades que ofrece la herencia, aun cuando no hayan hecho inventario:

Observ. 12:

Item, de Foro haeredes non tenentur ultra vires haereditarias, etiam si non fecerint inventarium.

Criterio que se ve complementado conforme a lo dispuesto en la *observancia* 29, *De jure dotium*, donde no se hace responsable a la mujer de las obligaciones contraídas por el marido, sino, en parte, de las cosas tomadas por éste a préstamo para el beneficio de la familia; así como en la *observancia* 30, de idéntica rúbrica, en la que se establece que la mujer casada no responde al pago de las obligaciones contraídas por el marido con sus bienes privativos:

Observ. 29:

Item, si certum possit esse, et probari quod maritus pecuniam quam mutuo recipit, vel bandum, vel aliam rem expendidit in necessariis domus in comedendo, vel bibendo, vel alias, quod praesumitur, si vir non fuerit malus aministrator, mortuo viro uxor solvet partem illius debiti, dato quod eum viro non fuerit obligata.

Observ. 30:

Item, si vir duxerit aliquam causam petendo aliqua debiti, si uxor vult habere partem, debet solvere medietatem expensarum factarum in dicta causa: secus est alias, quia regulariter non tenetur, nisi fuerit obligata cum viro (167).

Así mismo, en la *observancia* 13, rúbrica *De testamento*, se dispone que si el hijo heredero, una vez muerto su padre, enajena, como bienes propios –y antes de que sean emparados por los acreedores de su padre– los que posee por derecho de sucesión, no estará obligado a los acreedores de éste, ni a cualquier otro. Pero, por el Fuero nuevo de Alcañiz, se ha dispuesto, acerca de las herencias robadas, de forma diferente.

(167) *Observantiarum Regni Aragonum*. Lib. V, rúb. *De iure dotium*.

Observ. 13:

Item, si filius haeres mortuo patre alienat bona, quae a patre iure successionis habet, tanquam bona propria, antequam emparentur a creditoribus patris, ex tunc filius, nec ille qui bona illa possidet iure alienationis per filium, ei factae, non tenetur creditoribus patris, nec aliis, sed per Forum novum Alcañicij est aliter provisum circa haereditates furatas (168).

En el ámbito doctrinal, hallamos, en la obra de FRANCO Y LÓPEZ, un reconocimiento expreso de la tradición jurídica foral, al enunciar, en un futuro *Proyecto de Código civil de Aragón* –artículo 84– la responsabilidad *intra vires* del heredero, aunque éste no se hubiera acogido al beneficio de inventario.

Ni el heredero ni los legatarios están obligados a responder de las deudas de la herencia sino hasta el importe de lo que de ello reciban. No necesitan, por lo tanto, hacer la protesta de que aceptan la herencia a beneficio de inventario.

Empero el heredero que se incaute de los bienes de la herencia sin formar antes a ello, el correspondiente inventario, estará obligado con los suyos propios, si los de la herencia no bastaren, a cubrir todas las responsabilidades a que se hallase afecta (169).

Posteriormente vemos recogido este criterio en el Apéndice al Código Civil correspondiente al Derecho foral de Aragón, de 1925 (170), donde se mantiene que la herencia nunca puede ser dañosa para el heredero en Aragón:

(168) *Fueros, Observancias y Actos de Corte del Reino de Aragón*. Ed. Facs. De Pascual Savall y Dorada y Santiago Penén y Debesa, Zaragoza, 1991.

(169) Cfr. FRANCO Y LÓPEZ, L., *Memoria sobre las instituciones que deben continuar subsistentes del Derecho civil aragonés*, Zaragoza, 1886.

(170) Real Decreto de 7 de diciembre de 1925, por el que se aprueba el Apéndice al Código Civil correspondiente al Derecho Foral de Aragón.

Art. 44:

La herencia se entiende siempre aceptada a beneficio de inventario, aunque no se haya llenado formalidad alguna de las que establecen los arts. 1010 y siguientes del Código Civil.

RDGRN, Resolución de 1 de octubre de 1929:

No admitida la inscripción del precedente documento por que contiene verificada en cumplimiento de lo preceptuado en el artículo 68 del Apéndice foral de Aragón, se estima se ha infringido el apartado 4º del mismo artículo, ... Considerando que, para determinar o averiguar la existencia en la masa relicta de bienes, derechos y acciones de cualquier clase, ha de formarse el inventario con intervención de los herederos del finado, y cuando ellos no puedan o no quieran asistir deben reemplazarlos dos testigos varones, mayores de edad, vecinos del lugar y de buena fama, y este precepto no aparece cumplido en la discutida escritura, firmada por un hombre y una mujer, en el mero concepto de testigos instrumentales, y sin referencia ninguna a su intervención en aquella operación sustantiva; ... Esta Dirección general ha acordado confirmar el auto apelado.

Idéntico criterio hallaremos en la Ley de 8 de abril de 1967, adonde se sancionó la *Compilación de Derecho civil especial de Aragón*, en la que, siguiendo la tradición textual aragonesa, no cabe apreciar, como sostiene Merino Hernández, una regulación expresa de la institución objeto del presente estudio, sino la limitación *intra vires* del heredero: "Lo que la Compilación aragonesa regula –por cierto, uno de los preceptos compilados en donde con mayor pureza se mantienen los tradicionales principios aragoneses en la materia– no es un supuesto de "beneficio de inventario", ni siquiera "legal" (como reza en el título del precepto), sino un sistema tradicional aragonés diferente, en el que el heredero, *ministerio legis*, nunca tiene una responsabilidad *ultra vires* por las deudas del causante" (171).

En su libro II, título VII, Artículo 138. *Beneficio legal de inventario*, se dispone:

(171) HERNÁNDEZ, M., *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, dirigido por Manuel Albadalejo, t XXXIV, Vol. 32, 1998, p. 144.

1. El heredero responde de las deudas de la herencia exclusivamente con los bienes que reciba del caudal relicto, aunque no se haga inventario. Sin embargo, responderá con su propio patrimonio el valor de lo heredado que enajene o consuma.

2. La confusión de patrimonios no se produce en daño del heredero ni de quienes tengan derechos sobre el caudal relicto.

A tenor del mencionado precepto, y del criterio vertido por Hernández, cabe disentir del razonamiento vertido por Luis FRANCO Y LÓPEZ y Felipe GUILLÉN, para quienes, al redactar sus *Instituciones de Derecho Civil Aragonés*, en su artículo 391, afirman: "El heredero sucede siempre con beneficio de inventario aunque no lo haga. De aquí se deduce: 1. Que no está obligado á más de lo que alcance la herencia. 2. Que no se confunden los bienes del difunto y del heredero y por consiguiente que siendo este acreedor de aquél podrá reducir su crédito en el orden que le corresponda y reintegrarse como los demás acreedores" (172).

Finalmente Ley 1/1999,40-44 y 135 se dispone:

Art. 40: Limitación de la responsabilidad del heredero.

1. El heredero, incluido el troncal, responde de las obligaciones del causante y de los legados y demás cargas hereditarias exclusivamente con los bienes que reciba del caudal relicto, aunque no se haga inventario. 2. Sin embargo, cuando los bienes heredados existentes no sean suficientes, el heredero responderá con su propio patrimonio del valor de lo heredado que enajene, consuma o emplee en el pago de créditos hereditarios no vencidos; así como del valor de la pérdida o deterioro que, por su culpa o negligencia, se produzca en los bienes heredados.

Art. 41. Cargas hereditarias.

Entre las cargas hereditarias se incluyen los gastos causado por la última enfermedad del causante, así como los de su funeral y entierro o incineración, los de conservación y defensa de los

(172) FRANCO Y LÓPEZ, L. y GUILLÉN Y CARABANTES, F., *Instituciones de Derecho civil aragonés*. Zaragoza, 1841. Reed. Institución Fernando el Católico, Zaragoza, 2000, pp. 195-196.

bienes de la herencia causados en interés común y cualesquiera otros de naturaleza análoga.

Art. 43. Embargo de bienes del heredero.

El heredero puede oponerse al embargo de bienes de su propio patrimonio basado en créditos contra la herencia por la vía de la tercería de dominio. A la demanda deberá acompañarse necesariamente de un inventario de los bienes relictos recibidos, que podrá ser impugnado por el acreedor en el mismo procedimiento.

Art. 44: Preferencias. 1.

Con relación a los bienes del caudal relicto, los acreedores de la herencia gozan de preferencia sobre los legatarios y ambos sobre los acreedores personales del heredero. Cuando el heredero deba responder con su patrimonio personal del valor de lo heredado, los acreedores hereditarios y legatarios concurrirán sin preferencia con los acreedores particulares del heredero.

Art. 135: Inventario.

En el plazo fijado por el comitente o, en su defecto, dentro de los seis meses siguientes a su fallecimiento, el administrador deberá formalizar en escritura pública un inventario comprensivo de todos los bienes, derechos, cargas y obligaciones de la sucesión. 2. Mediando causa justificada, el administrador podrá solicitar del Juez una prórroga para su realización 3. Cuando el comitente haya designado como único fiduciario al cónyuge, éste quedará exonerado de la obligación de realizar el inventario, salvo que expresamente lo haya exigido el causante o lo acuerde el Juez a instancia del Ministerio Fiscal para salvaguardar el patrimonio. 4. Transcurrido el plazo para realizar el inventario sin que el administrador lo haya formalizado, cualquiera de los parientes del causante dentro del cuarto grado, o cualquier otro interesado en la herencia, podrá solicitar del Juez que le requiera para que lo formalice. El juez, previa audiencia del administrador, le concederá un nuevo plazo de tiempo que estime oportuno, con apercibimiento de que, si no lo hace, lo realizará a su costa un tercero designado judicialmente, sin perjuicio de las responsabilidades en que pudiera incurrir.

3.3. La Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra

Como apunta SALINAS QUIJADA (173), la tradición histórica del Derecho navarro, al estar alejada de las corrientes del *ius commune*, asentó el criterio de la responsabilidad *intra vires* de los herederos; lo que nos lleva a buscar, en el propio contexto medieval, la génesis de este criterio.

En concreto, en el fuero de Tudela vemos recogido este criterio en algunas leyes –30, 33, 37 y 163–, en las que se establece, con mayor o menor precisión, que el heredero, únicamente, responde por lo que heredaba, por lo que debía cubrir las deudas hasta el límite del caudal hereditario:

30 [*De Fillos pagar deuda por padre o madre*].

Si los fillos an donación de padre o de madre o eredan por qualquier raçon, si no es hereditat dada en casamiento deuen responder a los rencurantes de las deudas uerdaderas, e si algo non tienen non responderan.

33 [*Como hereda el qui fuere afillado*].

Si algun omne o muller afillare a fillo estranio en lo suyo non auiendo entonçe fillo o filla, e li assignare una hereditat e non mas con afrontaciones, e con fiança que non pueda en sus dias vender ni enpenar ni dar, mas que romanga enpues sus dias, porque despues faga fillos o fillas en otra muller mandamos que en aquella eredat nol puedan pertir aquellos fillos. Mas si en otra manera los afillan, // en todo quanto aquel dia en ni ganaran, e despues facen fillos, aura el afillado a partir con ellos e sera hermano con ellos por fuero, mas no lo deue todo auer el afillado porque los fillos non deuen fincar deseradados e qui de todo deserada de todo ereda. Et aquel afillado pagara su par en las deudas del qui lo afillo por lo quende ereda.

37 [*De non pedear entre ermanos e parientes*].

Ermano a ermano o parient a parient a de mostrar e no a [de] pedear, e si algun [ermano] o parient demanda a otro hereditat

(173) SALINAS QUIJADA, F., *Manual de Derecho Civil navarro*, Pamplona, 1980, pp. 651-652.

de patrimonio o de auolorio o de ermandat e diga que non fue partida, si el ermano tenedor o parient puede mostrar verdadera muestra como fuero es con carta e con testimonias de XXXI anno e un dia es tenedor sinos clamor dellos, non due mae responder. Et si ermano aue algo a partir et muere qualquiere dellos sinos fillos e deue algunas deudas e los hotros ermanos eredan por fuero la part del muerto, [e] no repondran a ninguna deuda que aya feita, mas ssi ouere fillos que ayan a partir la part de lur padre, auran por fuero a responder a las deudas del padre.

163 [*Donacion fecha a fillos*].

Si padre o madre facen donacion a fillo de ganancia, o mandamiento o destinamiento, fiançado o no, con conuinença o condicion, non vale; antes partan con los fillos de bendicion tan bien como si nol ouiesse rex lexado. Eas si lel lexa en su postrenero estin sine condicion con aquello se cura a estrener, et non pagare ren en las deudas del padre o de la madre por fuero.

Asimismo, en el *Fuero General de Navarra*, libro III, título XVII, capítulo V, se dispone que cuando los fiadores de estar a Derecho fallecieran antes de la finalización del juicio, no serán responsables de la fianza, ni su persona ni la de su mujer e hijos; añadiéndose, en el libro III, título XVIII, capítulo II, y en el *Fuero Reducido*, libro III, título IX, capítulo I que los hijos son responsables de las deudas de sus padres, si de ellos heredan o reciben bienes en donación, excepto los bienes dados en casamiento (174):

Fuero General 3,15,5 [A qué son tenidos las creaturas de la fianza del dreyto si muere].

Qui que sea fianza de dreyto de quoando el alcalde mandare sobre demanda de heredad ó mueble, entre tanto antes que el pleyto sea iurgado por iuyzio muere aqueylla fianza, por fuero sua muyllier nin suas creaturas sobre aqueylla fiaduria non son tenidos de responder.

Fuero General 2,18,2 [En qué casos son tenidos los fijos de pagar las deudas del padre].

(174) Vid. SALINAS QUIJADA, F., *Manual*, ob. cit., p. 651.

Establimos que si fillos han donacion de padre ó de madre, ó heredan en quoaquiere maner, sacando heredamiento que sea dado en casamiento, debe responder á los rencurantes de las deudas verdaderas del padre ó de la madre, si algo heredan de lo suyo; et si ren non heredan, si non quisieren, non responderán: maguer si quisieren aver catamiento por las almas de lur padre et lur madre, deven fazer almosna.

Fuero Reducido 3,9,1 [Como son tenido los hijos de pagar las deudas del padre o de la madre].

Fuero es que si los hijos tienen donacion de padre o de madre o heredan dellos en cualquiera manera sacando heredad que sea dada en casamiento, todos dichos hijos deben responder a los demandantes de las deudas verdaderas del padre o de la madre. Pero si no heredan lo del padre ni de la madre, si no quisieren responder no responderan aunque por vía de limosna si quiere bien pueden pagar las deudas de su padre y madre y descargar las conciencia dellos.

Muy próxima a esta lectura se halla el Libro II, título XVII, ley 318 del Derecho Navarro existente, en el que se da carta de naturaleza a la responsabilidad *intra vires* de los herederos:

El heredero responderá frente a los acreedores hereditarios y legatarios con el valor de los bienes de la herencia exclusivamente; pero si excediere en el pago a los acreedores, éstos no estarán obligados a restituir. Se considerarán también acreedores de la herencia los que lo sean por gastos de última enfermedad, entierro y funerales (175).

3.4. La Legislación de las Islas Baleares

Finalmente, hallamos dos referencias tangenciales en la *Compilación del Derecho Civil de las Islas Baleares*, libro primero, título

(175) *Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra*, Ed. *Legislación de Derecho civil Foral. Aragón, Islas Baleares y Navarra, Civitas*, 1994.

tercero, sección segunda, *De la sustitución fideicomisaria* (176), lo que ya nos da a entender que la institución del beneficio de inventario no se articula como tal, sino que se relega incidentalmente al abordar la figura de la sustitución fideicomisaria.

De la lectura de la rúbrica se desprenden las siguientes características, a saber:

1. La obligación del fiduciario de realizar el inventario, salvo que éste haya sido expresamente dispensado por el testador. Exención a la que también podrán acogerse los fideicomisarios que sean hijos y descendientes del fideicomitente que resulten recíprocamente sustituidos –Art. 30a-b.

2. El inventario deberá ser necesariamente notarial o judicial y principiado en el lugar donde el causante hubiere tenido su último domicilio habitual. Asimismo, se advierte de la necesidad de que sean convocados los fideicomisarios, si fueran conocidos, y, de no serlo, el representante del Ministerio Fiscal con 30 días de antelación.

3. Se amplía el plazo de la constitución *Scimus* a ciento ochenta días siguientes a su delación, manteniéndose el de un año para los ausentes.

4. Se conserva el efecto principal del inventario: la responsabilidad de las deudas y obligaciones del causante son asumidas *intra vires*.

5. Finalmente, se reconoce al fiduciario el beneficio de la detracción de la cuarta falcidia:

Artículo 29: El fiduciario que hubiere practicado inventario de la herencia fideicomitida podrá detraer la cuarta trebeliánica si el

(176) *Compilación del Derecho Civil de Baleares*, Ed. *Legislación de Derecho civil Foral. Aragón, Islas Baleares y Navarra*, Civitas, 1994.

fideicomitente no lo hubiere prohibido expresamente. Este derecho es transmisible a sus herederos. ...

Son requisito que inexcusablemente deberán cumplirse para que pueda usar el fiduciario de este derecho:

A) Que el inventario de la herencia fideicomita, que necesariamente deberá ser judicial o notarial, esté terminado dentro de los ciento ochenta días siguientes a su delación, a excepción de que los bienes que la constituyan se encuentren en municipios distintos, o que el fiduciario resida fuera de la isla, en cuyo supuesto el plazo será de un año. El retraso no imputable al fiduciario no computará a los efectos de este párrafo.

B) Deberá convocarse con treinta días de antelación a los fidicomisarios si fueren conocidos y, de no serlo, al representante del Ministerio Fiscal.

En los fidicomisos condicionales se entenderán a estos efectos como fidicomisarios conocidos los que en el momento de practicarse el inventario ostenten la calidad de fidicomisarios, aunque tal titularidad esté sujeta a la condición, y como consecuencia, no sea definitiva.

C) Se efectuará el inventario en el lugar donde el causante hubiere tenido su último domicilio habitual.

Art. 30.

El fiduciario tendrá el uso y disfrute de los bienes fideicomitidos y de sus subrogados y acciones, con la obligación de satisfacer las legítimas, legados y demás cargas de la herencia a expensa de ésta.

Estará obligado, además a formar inventario y a garantizar la restitución de los bienes fideicomitidos.

El inventario se realizará de acuerdo con lo prevenido en el artículo 29. ...

Se considerarán relevados de dichas obligaciones:

- a) los fiduciarios dispensado por el testador; y
- b) Los hijos y descendientes del fideicomitente que resulten recíprocamente sustituidos.

Art. 31: El fiduciario que no se acoja al beneficio de inventario responde de las deudas y obligaciones del causante, sin perjuicio del derecho a reintegrarse con cargo a la herencia.

A juicio de ZAFORTEZA, el Código de 1990 únicamente viene a sancionar una práctica jurídica con amplia raigambre en la tradición balear, como lo atestigua la *communis opinio*, los tratados de práctica notarial o la propia Compilación de 1961, en la que, si bien “no establecía, con carácter general, que el fiduciario tuviera la obligación de formalizar inventario al entrar en posesión de la herencia fideicomitada ... sí lo disponía en el caso de que éste quisiera detraer la cuarta trebeliánica, o el fideicomiso fuera del tipo *eo quod superit*. Finalmente, también era necesario si el fiduciario aceptaba a beneficio de inventario” (177).

IV. LA REGULACIÓN DEL BENEFICIO DE INVENTARIO EN LA LEY DE JURISDICCIÓN VOLUNTARIA DE 3 DE JULIO DE 2015

4.1. Introducción

Como bien es sabido, la regulación de la Jurisdicción Voluntaria afecta a numerosas instituciones, y, por tanto, a un gran número de derechos e intereses de gran relevancia en el ámbito personal y patrimonial de los ciudadanos, tales como la tutela, la curatela, la guarda de hecho, el acogimiento, la adopción, la habilitación para comparecer en juicio, la intromisión en el honor, en la imagen o en la intimidad de menores, el traslado o la retención ilícita en supuestos de sustracción internacional de menores, la protección del patrimonio de personas con discapacidad, la declaración de ausencia, la emancipación, la extracción y trasplante de órganos de donantes vivos, la separación y divorcio consensual, las discordancias en el ejercicio de la patria potestad o en el seno de la comunidad conyugal,

(177) ZAFORTEZA DE CORRAL, L., *El fideicomiso*, ob. cit., pp.99-103.

o la conciliación. Y entre algunos de los más de 200 procedimientos específicos de Jurisdicción Voluntaria previstos en la legislación, ésta aborda la figura que analizamos en el presente estudio, afectando, en buena medida, lo dispuesto en el Código Civil (178).

Diversas son las modificaciones introducidas en la presente ley, que no van destinadas a reconfigurar la institución objeto del presente trabajo, sino a mejorar su viabilidad o su aplicabilidad en la praxis procedimental. En torno a este aspecto, quisiéramos detenernos en aquellos aspectos que nos parecen más novedosos desde un punto de vista de práctica jurídica.

4.2. Requerimiento notarial al heredero para que acepte la herencia

La praxis jurídica nos enseñaba que si en una comunidad hereditaria había un heredero que no manifestaba su aceptación o repudia a la herencia, lo que impedía la partición hereditaria, dejaba en cierto desamparo al resto de los herederos que pudieran desearla. Para paliar esta situación, los herederos se veían obligados a acudir al juez, para que éste, una vez hubiera recibido el oportuno requerimiento, interpelara al heredero silente sobre su voluntad con respecto a la herencia, quien debía manifestarla en un plazo no mayor a treinta días. De no hacerlo, la herencia se daba por aceptada, lo que determinaba –como bien es sabido– el inicio de un procedimiento de división judicial de la herencia.

Para buscar una mayor eficacia, agilidad y sencillez procesal se ha modificado el artículo 1005 del Código Civil:

Art. 1005

Cualquier interesado que acredite su interés en que el heredero acepte o repudie la herencia podrá acudir al Notario para

(178) FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., "La Ley de Jurisdicción Voluntaria, en el umbral de su aprobación", *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 908, 2015, p. 4; "Misteriosa, heterogénea y fascinante jurisdicción voluntaria", *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 890, 2014, p. 2; "A propósito del Anteproyecto de Ley de Jurisdicción voluntaria", *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 883, 2014, p. 10.

que éste comunique al llamado que tiene un plazo de treinta días naturales para aceptar pura o simplemente, o a beneficio de inventario, o repudiar la herencia. El Notario le indicará, además, que si no manifestare su voluntad en dicho plazo se entenderá aceptada la herencia pura y simplemente.

La diferencia con la anterior regulación es sustancial, ya que en el antiguo articulado se manifestaba:

Instando, en juicio, un tercer interesado para que el heredero acepte o repudie, deberá el Juez señalar a éste un término, que no pase de treinta días, para que haga su declaración; apercibido de que, si no la hace, se tendrá la herencia por aceptada.

A nuestro juicio, hubiera sido conveniente fijar algún procedimiento por el cual se pudiera acelerar un posible juicio de división de la herencia.

No obstante, si nos preguntamos por el posible beneficio del requerimiento notarial frente al judicial, la respuesta no puede ser otra que la ya expresada: la agilidad, la prontitud y la eficacia procedimental ante el colapso de los tribunales de justicia, lo que provoca que las actuaciones judiciales se prolonguen en el tiempo, hasta convertirla en menos efectiva y más costosa.

Esta línea argumental que sostenemos se constata porque si bien ni en la anterior regulación, ni con la actual, era –ni es– necesaria la intervención de un letrado, con la nueva legislación, el notario, a diferencia del juez, tiene la obligación legal de asesorar a las partes, y de redactar el documento según sus voluntades. De esta forma, si bien no era obligatoria la intervención de abogado ni en el proceso judicial ni en el que se tramite ante notario, aún lo es menos en el segundo trámite: el notarial. Lo que no es óbice para que entendamos que un buen asesoramiento jurídico en esta materia sea altamente recomendable.

4.3. La renuncia hereditaria ante notario

Otra de las modificaciones introducidas en la Ley de Jurisdicción Voluntaria afecta al artículo 1008 del Código Civil, cuya redacción dio lugar a largas e inacabadas controversias doctrinales acerca de

su significado (179). En él se señalaba como destinatario de la renuncia al Juez competente para conocer del proceso de testamentaría o de abintestato, es decir, se exigía que la repudiación se realizase de manera formal y solemne, ante un juez público, con el fin de garantizar la seriedad, autenticidad y voluntariedad de tan importante declaración:

La repudiación de la herencia deberá hacerse en instrumento público o auténtico, o por escrito presentado ante el Juez competente para conocer de la testamentaría o del abintestato (180).

Como acertadamente señala GITRAMA, una vez se hubiera iniciado el juicio de testamentaria o de abintestato, la práctica habitual consistía en que el presunto heredero que deseaba renunciar a la herencia, presentaba un escrito ante el Juez que conocía de la causa, quien –previa oportuna ratificación– daba por renunciado al interesado. Y si el escrito lo presentaba a través de un procurador, era válido siempre que presentase un poder especial (181).

Por el contrario, la nueva ley de Jurisdicción Voluntaria, al modificar la regulación del artículo 1008 del Código Civil, establece que la renuncia debe hacerse necesariamente en documento notarial, excluyendo tanto la renuncia ante el juez, como la que pudiera producirse en cualquier otro supuesto “documento auténtico” no notarial:

La repudiación de la herencia deberá hacerse ante Notario en instrumento público.

A nuestro juicio, esta regulación lleva a una interpretación más estricta, o si se prefiere, más precisa de la que se daba en la normativa anterior. En la actual redacción, la apreciación del notario está notablemente más restringida que la que se daba en el ámbito judicial, ya que en entendemos que el notario no debería de admitir

(179) MERINO HERNÁNDEZ, J. L., *Aceptación y repudiación de la herencia*, www.eljusticiadearagon.com/, p. 25.

(180) Cfr. Cc. 272.1.º, 1001 y 1280.4.º; LEC. 52.1.4.

(181) GITRAMA GONZÁLEZ, M, *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, Edersa, Tomo XIV, vol. I, Madrid, 1989, p. 229.

como auténtico un documento de renuncia que no fuese público. Por el contrario, en el anterior articulado, la jurisprudencia había interpretado el artículo 1008 del Código Civil considerando que el documento auténtico no equivalía necesariamente a público, sino que debía entenderse como tal todo aquél sobre el que no existía dudas sobre la identidad del autor. A este respecto puede verse las Sentencias del Tribunal Supremo de 23 de noviembre de 1999 y de 9 de diciembre de 1999 (182).

4.4. La forma de aceptación a beneficio de inventario

Como ya hemos dejado constancia en el presente estudio, la aceptación de la herencia puede ser o bien pura y simple –la más general–, o bien a beneficio de inventario –la menos común–, pero, como ya se fijaba en la normativa justinianeas, sin duda es la que menos

(182) BOE, 11/12/2011. Resolución de 19 de octubre de 2011, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la negativa del registrador de la propiedad de Calvià núm. 1 a inscribir una escritura de adjudicación de herencia: "El artículo 1008 del Código Civil sobre la forma de repudiar la herencia es una norma de carácter especial que prevalece sobre la norma general del artículo 1280 del Código Civil; y dicho artículo 1008 dice literalmente que la repudiación de la herencia debe hacerse en «instrumento público» o en «documento auténtico» o «por escrito presentado ante el Juez competente para conocer de la testamentaría o del abintestato». Ciertamente la «escritura pública» tiene el carácter de «instrumento público» y de «documento auténtico» entre las partes; pero existen también «otras formas» de «instrumento público» que reúnen los requisitos de «documento auténtico» entre las partes, y una de esas «otras formas» es el acta notarial; y si el acta notarial en cuestión contiene una clara manifestación de renuncia a la legítima, y esa manifestación se refiere a la totalidad de la legítima y no está sometida a plazo ni a condicionamiento alguno (artículos 990 y 1008 del Código Civil) esa renuncia es un «documento público» y un «documento auténtico» entre las partes; y consiguientemente esa renuncia a la legítima (naturalmente con posterioridad a la muerte del causante) es totalmente válida, tanto en cuanto al fondo como en cuanto a la forma. El que a ese documento notarial se le haya denominado «acta notarial de manifestaciones», e incluso el hecho de que en ese documento se hubieran incluido requerimientos, cotejos de fotografías, envío de cartas por correo certificado, etc.) no desvirtuaría su naturaleza de «documento público»; ni tampoco desvirtuaría su posible naturaleza de «instrumento público» entre las partes".

riesgos implica para el patrimonio de los herederos, máxime cuando la cuantía y el alcance de las deudas del causante se desconoce.

Hasta la ley de Jurisdicción Voluntaria, se entendía que el beneficio de inventario se podía realizar notarialmente, y decimos que se “entendía” porque la normativa del Código Civil no era explícita al respecto. En concreto, en la regulación del artículo 1011 se establece que “La aceptación de la herencia a beneficio de inventario podrá hacerse ante Notario, o por escrito ante cualquiera de los Jueces que sean competentes para prevenir el juicio de testamento o abintestato”. No obstante el contenido del texto, en el que se reconoce con claridad esta posibilidad, en los artículos siguientes únicamente se hace referencia a la actuación judicial, lo que dejaba un cierto espacio a la discrecionalidad o a la interpretación de texto legal.

La nueva regulación es más precisa al respecto: impone que se realice exclusivamente ante notario, quedando el resto del articulado del Código Civil ceñido –de forma clara y precisa– al ámbito notarial:

Art. 1011.

La declaración de hacer uso del beneficio de inventario deberá hacerse ante Notario.

Art. 1014.

El heredero que tenga en su poder la herencia o parte de ella y quiera utilizar el beneficio de inventario o el derecho de deliberar, deberá comunicarlo ante Notario y pedir en el plazo de treinta días a contar desde aquél en que supiere ser tal heredero la formación de inventario notarial con citación a los acreedores y legatarios para que acudan a presenciarlo si les conviniera.

Art. 1015.

Cuando el heredero no tenga en su poder la herencia o parte de ella, ni haya practicado gestión alguna como tal heredero, el plazo expresado en el artículo anterior se contará desde el día siguiente a aquel en que expire el plazo que se le hubiese fijado para aceptar o repudiar la herencia conforme al artículo 1005, o desde el día en que la hubiese aceptado o hubiera gestionado como heredero.

Art. 1017.

El inventario se principiará dentro de los treinta días siguientes a la citación de los acreedores y legatarios, y concluirá dentro de otros sesenta. Si por hallarse los bienes a larga distancia o ser muy cuantiosos, o por otra causa justa, parecieren insuficientes dichos sesenta días, podrá el Notario prorrogar este término por el tiempo que estime necesario, sin que pueda exceder de un año.

Art. 1019.

El heredero que se hubiese reservado el derecho de deliberar, deberá manifestar al Notario, dentro de treinta días contados desde el siguiente a aquel en que se hubiese concluido el inventario, si repudia o acepta la herencia y si hace uso o no del beneficio de inventario.

Pasados los treinta días sin hacer dicha manifestación, se entenderá que la acepta pura y simplemente.

Art. 1020.

Durante la formación del inventario y hasta la aceptación de la herencia, a instancia de parte, el Notario podrá adoptar las provisiones necesarias para la administración y custodia de los bienes hereditarios con arreglo a lo que se prescribe en este Código y en la legislación notarial.

Este reflejo de la impronta notarial en la nueva regulación del beneficio de inventario se puede constatar por lo dispuesto en el artículo 1.024, donde, en su apartado segundo, se suprime la "autorización judicial", para mantener "la autorización de todos los interesados":

Art. 1.024

El heredero perderá el beneficio de inventario:

1.º Si a sabiendas dejare de incluir en el inventario alguno de los bienes, derechos o acciones de la herencia.

2.º Si antes de completar el pago de las deudas y legados enajenase bienes de la herencia sin autorización de todos los interesados, o no diese al precio de lo vendido la aplicación determinada al concederle la autorización. No obstante, podrá disponer

de valores negociables que coticen en un mercado secundario a través de la enajenación en dicho mercado, y de los demás bienes mediante su venta en subasta pública notarial previamente notificada a todos los interesados, especificando en ambos casos la aplicación que se dará al precio obtenido.

Art. 1.030

Cuando para el pago de los créditos y legados sea necesaria la venta de bienes hereditarios, se realizará ésta en la forma establecida en el párrafo segundo del número 2.º del artículo 1024 de este Código, salvo si todos los herederos, acreedores y legatarios acordaren otra cosa.

Asimismo lo vemos contemplado en la designación notarial del contador- partidor. En el anterior artículo 1.057 del Código Civil se preveía la posibilidad de que el testador encomendase la facultad de hacer la partición a un contador-partidor, que podía ser cualquier persona, salvo uno de los coherederos. En el supuesto en que no hubiera testamento o contador-partidor en él designado, o el cargo estuviera vacante, se podía solicitar su nombramiento por los herederos, siendo éste judicial (183):

Art. 1.057.

El testador podrá encomendar por acto «inter vivos» o «mortis causa» para después de su muerte la simple facultad de hacer la partición a cualquier persona que no sea uno de los coherederos.

No habiendo testamento, contador-partidor en él designado o vacante el cargo, el Juez, a petición de herederos y legatarios que representen, al menos, el 50 por 100 del haber hereditario, y con citación de los demás interesados, si su domicilio fuere conocido, podrá nombrar un contador-partidor dativo, según las reglas que la Ley de Enjuiciamiento Civil establece para la designación de Peritos. La partición así realizada requerirá aprobación judicial, salvo confirmación expresa de todos los herederos y legatarios.

(183) DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M., *Compendio de Derecho Sucesorio, La Ley*, Madrid, 1999, p. 433.

Con la nueva regulación, este contexto cabe situarlo en el ámbito notarial:

Art. 1.057.

El testador podrá encomendar por acto «inter vivos» o «mortis causa» para después de su muerte la simple facultad de hacer la partición a cualquier persona que no sea uno de los coherederos.

No habiendo testamento, contador-partidor en él designado o vacante el cargo, el Secretario judicial o el Notario, a petición de herederos y legatarios que representen, al menos, el 50 por 100 del haber hereditario, y con citación de los demás interesados, si su domicilio fuere conocido, podrá nombrar un contador-partidor dativo, según las reglas que la Ley de Enjuiciamiento Civil y del Notariado establecen para la designación de peritos. La partición así realizada requerirá aprobación del Secretario judicial o del Notario, salvo confirmación expresa de todos los herederos y legatarios.

Lo dispuesto en este artículo y en el anterior se observará aunque entre los coherederos haya alguno sujeto a patria potestad, tutela o curatela; pero el contadorpartidor deberá en estos casos inventariar los bienes de la herencia, con citación de los representantes legales o curadores de dichas personas.”

V. LEY ORGÁNICA DEL NOTARIADO SOBRE LA ACEPTACIÓN A BENEFICIO DE INVENTARIO: ARTÍCULOS 66 Y 67

Finalmente, también se ha modificado la Ley Orgánica del Notariado para establecer la forma en que se documentará el inventario notarial. A tenor del contenido de los artículos 66 y 67 cabe destacar las siguientes consideraciones:

[a] Se establece un nuevo supuesto de competencia territorial para su tramitación. En concreto, se dispone que será competente el notario con residencia en el lugar en que hubiera tenido el causante su último domicilio o residencia habitual, o en el lugar en que hubiera fallecido. De no haber tenido nunca domicilio o residencia habitual en España, si fallece fuera de España, se entenderá idóneo

el notario del lugar donde estuviere la mayor parte de sus bienes. En defecto de todos ellos, el del lugar del domicilio del solicitante.

[b] Cabe entender que el documento será un acta notarial de requerimiento para la formación de inventario, y que, una vez requerido el notario, el resto de actuaciones se podrían realizar en el mismo documento o, en su defecto, en acta separada; así, por ejemplo, las citaciones a los acreedores y legatarios para que acudan a presenciar el inventario, lo que, a nuestro juicio, facilitaría una mayor claridad documental.

[c] Si se ignora la identidad o el domicilio de algún interesado, siguiendo la tradición jurídica anterior, se debe dar publicidad mediante los oportunos edictos, que tendrán que estar expuestos, durante un período de un mes, en un sitio público: en los tablones de los Ayuntamientos correspondientes al último domicilio o residencia habitual del causante, al del lugar del fallecimiento si fuera distinto, y donde radiquen la mayor parte de sus bienes.

[d] Con respecto al inventario, se iniciará dentro de los treinta días de la citación de los acreedores y legatarios.

Deberá contener una relación detallada del activo y del pasivo del causante, incluyendo una relación precisa de las deudas y de los plazos para su cumplimiento, solicitándose de los acreedores indicación actualizada de su cuantía, así como del posible vencimiento de alguna cuantía aún sin abonar.

Su finalización se dará dentro de los sesenta días, a contar desde su comienzo. Si por justa causa se considerase insuficiente éste plazo, el notario podía prorrogarlo hasta un máximo de un año.

Una vez terminado el inventario, se deberá cerrar y protocolizar el acta.

Art. 66.

1. El Notario con residencia en el lugar en que hubiera tenido el causante su último domicilio o residencia habitual o en el lugar en que hubiera fallecido será competente, de conformidad con las normas de esta ley, para la formación de inventario de los bienes y derechos del causante a los efectos de aceptar o repudiar la

herencia por los llamados a ella. De no haber tenido nunca domicilio o residencia habitual en España y si hubiere fallecido fuera de España, el Notario del lugar donde estuviere la mayor parte de sus bienes. En defecto de todos ellos, el del lugar del domicilio del solicitante.

2. El heredero que solicite la formación de inventario deberá presentar su título de sucesión hereditaria y deberá acreditar al Notario o bien comprobar éste mediante información del Registro Civil y del Registro General de Actos de Última Voluntad el fallecimiento del otorgante y la existencia de disposiciones testamentarias.

3. Aceptado el requerimiento, el Notario deberá citar a los acreedores y legatarios para que acudan, si les conviniera, a presenciar el inventario. Si se ignorase su identidad o domicilio, el Notario dará publicidad del expediente en los tablones de anuncios de los Ayuntamientos correspondientes al último domicilio o residencia habitual del causante, al del lugar del fallecimiento si fuera distinto y donde radiquen la mayor parte de sus bienes, sin perjuicio de la posibilidad de utilizar otros medios adicionales de comunicación. Los anuncios deberán estar expuestos durante el plazo de un mes (184).

(184) El texto en Ley de JV. Sección 6.^a De la formación de inventario. Art. 67. 1. Será competente para la formación de inventario de los bienes y derechos del causante a los efectos de aceptar o repudiar la herencia por los llamados a ella, el Notario con residencia en el lugar en que hubiera tenido el causante su último domicilio o residencia habitual, o donde estuviere la mayor parte de su patrimonio, con independencia de su naturaleza de conformidad con la ley aplicable, o en el lugar en que hubiera fallecido, siempre que estuvieran en España, a elección del solicitante. También podrá elegir a un Notario de un distrito colindante a los anteriores. En defecto de todos ellos, será competente el Notario del lugar del domicilio del requirente. 2. El heredero que solicite la formación de inventario deberá presentar su título de sucesión hereditaria y deberá acreditar al Notario o bien comprobar éste mediante información del Registro Civil y del Registro General de Actos de Última Voluntad el fallecimiento del otorgante y la existencia de disposiciones testamentarias. 3. Aceptado el requerimiento, el Notario deberá citar a los acreedores y legatarios para que acudan, si les conviniera, a presenciar el inventario. Si se ignorase su identidad o domicilio, el Notario dará publicidad del expediente en los tablones de anuncios de los Ayuntamientos correspondientes al último domicilio o residencia habitual del causante, al

Art 67

1. El inventario comenzará dentro de los treinta días de la citación de los acreedores y legatarios.

2. El inventario contendrá relación de los bienes del causante, así como las escrituras, documentos y papeles de importancia que se encuentren, referidos a bienes muebles e inmuebles. De los bienes inmuebles inscritos en el Registro de la Propiedad, se aportarán o se obtendrán por el Notario certificaciones de dominio y cargas. Del metálico y valores mobiliarios depositados en entidades financieras, se aportará certificación o documento expedido por la entidad depositaria, y si dichos valores estuvieran sometidos a cotización oficial, se incluirá su valoración a fecha determinada. Si por la naturaleza de los bienes considerasen los interesados necesaria la intervención de peritos para su valoración, los designará el Notario con arreglo a lo dispuesto en esta ley.

3. El pasivo incluirá relación circunstanciada de las deudas y obligaciones así como de los plazos para su cumplimiento, solicitándose de los acreedores indicación actualizada de la cuantía de las mismas, así como de la circunstancia de estar alguna vencida y no satisfecha. No recibándose por parte de los acreedores respuesta, se incluirá por entero la cuantía de la deuda u obligación.

4. El inventario deberá concluir dentro de los sesenta días a contar desde su comienzo. Si por justa causa se considerase insuficiente el plazo de sesenta días, podrá el Notario prorrogar

del lugar del fallecimiento si fuera distinto y donde radiquen la mayor parte de sus bienes, sin perjuicio de la posibilidad de utilizar otros medios adicionales de comunicación. Los anuncios deberán estar expuestos durante el plazo de un mes.

el mismo hasta el máximo de un año. Terminado el inventario, se cerrará y protocolizará el acta. Quedarán a salvo en todo caso los derechos de terceros (185).

(185) El texto en Ley de JV. Sección 6.^a De la formación de inventario. Artículo 68. 1. El inventario comenzará dentro de los treinta días de la citación de los acreedores y legatarios.

2. El inventario contendrá relación de los bienes del causante, así como las escrituras, documentos y papeles de importancia que se encuentren, referidos a bienes muebles e inmuebles. De los bienes inmuebles inscritos en el Registro de la Propiedad, se aportarán o se obtendrán por el Notario certificaciones de dominio y cargas. Del metálico y valores mobiliarios depositados en entidades financieras, se aportará certificación o documento expedido por la entidad depositaria, y si dichos valores estuvieran sometidos a cotización oficial, se incluirá su valoración a fecha determinada. Si por la naturaleza de los bienes considerasen los interesados necesaria la intervención de peritos para su valoración, los designará el Notario con arreglo a lo dispuesto en esta Ley. 3. El pasivo incluirá relación circunstanciada de las deudas y obligaciones así como de los plazos para su cumplimiento, solicitándose de los acreedores indicación actualizada de la cuantía de las mismas, así como de la circunstancia de estar alguna vencida y no satisfecha. No recibándose por parte de los acreedores respuesta, se incluirá por entero la cuantía de la deuda u obligación. 4. El inventario deberá concluir dentro de los sesenta días a contar desde su comienzo. Si por justa causa se considerase insuficiente el plazo de sesenta días, podrá el Notario prorrogar el mismo hasta el máximo de un año. Terminado el inventario, se cerrará y protocolizará el acta. Quedarán a salvo en todo caso los derechos de terceros.

LA SUSTITUCIÓN FIDEICOMISARIA COMO LÍMITE DEL LLAMAMIENTO PLURIPERSONAL SUCESIVO EN LOS LEGADOS

Luis Javier Gutiérrez Jerez

Acreditado para el Cuerpo de Catedráticos de Derecho Civil
Universidad de Jaén

Resumen: Las disposiciones testamentarias que contienen un llamamiento pluripersonal que recaiga sobre un derecho de especial complejidad en su titularidad plantean un reto jurídico al intérprete y aplicador del Derecho. Un caso particular es el de las disposiciones cuyo objeto recae sobre el derecho real de usufructo, por la especial naturaleza jurídica de este derecho y por las extraordinarias limitaciones que afectan al contenido y vigencia de las sustituciones hereditarias cuando éstas resulten aplicables.

El alcance de la limitación general contenida en el artículo 781 del Código civil relativa a no sobrepasar el segundo grado así como la eficacia de las disposiciones testamentarias de residuo y con facultad de disponer deben someterse a un análisis crítico que nos lleva a diseñar una figura que se denominaría usufructo fiduciario, para esos supuestos especiales.

Abstract: The testamentary provisions which contain an pluripersonal appeal falling on a law of special complexity in their ownership posed a legal challenge to the performer and the right applicator. A particular case is that of the provisions whose object lies on the real right of usufruct, by the special legal nature of this right and the extraordinary constraints that affect the content and validity of the hereditary substitutions when they prove to be applicable.

The scope of the general limitation contained in article 781 of the civil Code relating to not exceed the second grade as well as the effectiveness of the testamentary provisions of residue and faculty have undergone a critical analysis that leads to design a figure that would be called trust usufruct, for those special cases.

SUMARIO

1. EL LLAMAMIENTO SUCESIVO EN LA DISPOSICIÓN TESTAMENTARIA
2. NATURALEZA JURÍDICA DE LA DISPOSICIÓN TESTAMENTARIA CUYO OBJETO ES UN DERECHO DE USUFRUCTO PLURIPERSONAL SUCESIVO
 - 2.1. La extinción del derecho para cada titular designado y nacimiento del derecho para el designado en el grado siguiente. Aplicación del artículo 521 del Código civil
 - 2.2. La designación del *nasciturus* y del *concepturus*
3. EL FIDEICOMISO DE RESIDUO Y LA SUSTITUCIÓN PREVENTIVA DE RESIDUO
 - 3.1 La limitación de no sobrepasar el segundo grado impuesta por el artículo 781 del Código civil
4. LOS FIDEICOMISOS DE RESIDUO Y EL LEGADO DE USUFRUCTO CON FACULTAD DE DISPONER
5. EL USUFRUCTO FIDUCIARIO

1. EL LLAMAMIENTO SUCESIVO EN LA DISPOSICIÓN TESTAMENTARIA

Así como que la sustitución vulgar consiste en nombrar a un heredero por si no llega a serlo otro designado preferentemente, la sustitución fideicomisaria consiste en instituir a un sujeto para después de otro y no en lugar de otro que no llegue a serlo, para que suceda después de quien ya ha sido sucesor, denominándose el testador que ordena la sustitución fideicomitente, el heredero o legatario que sucede en primer lugar fiduciario y el que ha de recibir los bienes fideicomitidos como fideicomisario.

Por su parte, la sustitución fideicomisaria podría definirse como aquella disposición realizada a título gratuito, cuyos beneficiarios son, en primer lugar, un heredero, legatario o donatario (como fiduciarios) y, sucesivamente, un segundo o varios herederos, legatarios

o donatarios (como fideicomisarios), siempre después del anterior, cuando venza un término o se cumpla una condición (1).

Según el tenor literal de los artículos 783 y 785 del Código civil, podría interpretarse que los llamamientos han de ser expresos, ya sea dándoles ese nombre o bien imponiendo al sustituido la obligación de conservar los bienes y entregarlos a un segundo heredero o legatario, en su caso. Sin embargo parece estar admitido en nuestra Jurisprudencia y doctrina que ese requisito está implícito en el llamamiento sucesivo, en cuanto que supone necesariamente la obligación de conservar y entregar por lo que puede llegar a interpretarse la voluntad testamentaria de constituir un fideicomiso aun sin esas palabras (2).

A la institución se le denomina también fideicomiso de sustitución o en forma más simple fideicomiso, pero desprovisto del originario sentido romano en el que el fiduciario heredaba formalmente ya que aquí el fiduciario hereda en forma plena y verdadera pudiendo estar sometido a término e incluso a condición (3), de forma que el sujeto llamado llegue a ser sucesor o no según que se cumpla la condición impuesta.

Este posible carácter condicional ha sido reconocido por la jurisprudencia en STS de 3 de noviembre de 1989 (4) en la que se configura la sustitución fideicomisaria sometida a condición suspensiva que nace un estado de incertidumbre respecto al nacimiento del derecho, al que le es aplicable el artículo 759, pero no el 799 de acuerdo con la interpretación admitida hoy por la doctrina recogida en apartados anteriores por nosotros, al referirse éste último a la incertidumbre en el "*quandum*" (5).

(1) O'CALLAGHAN MUÑOZ Comentario al artículo 163 de la Compilación de Cataluña, en "Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales", tomo XXIX, vol. 1.º, 1979, p. 41.

(2) Es muy interesante la doctrina de la STS de 25 de octubre de 1954 (R.A. 2862) y especialmente la que se deduce de la RDGRN de 4 de enero de 1994 (RA 232).

(3) En contra NÚÑEZ LAGOS, en contestación al discurso de ingreso de ROCA SASTRE, "El fideicomiso «*si sine liberis decesserit*» y el Código Civil", Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid, 1956. P. 118.

(4) RA 7847.

(5) Esta doctrina ha sido establecida también por las STS de 24 de marzo de 1930 (RA 791), 4 de febrero de 1970 (RA 524) y especialmente por la de 4 de diciembre de 1975, (RA 4324).

Advierte O'CALLAGHAN que no se puede dar un concepto exacto de fideicomiso que englobe con precisión al llamado fideicomiso puro y al de sustitución, aunque sí pueden ofrecerse algunos caracteres, como el de constituir un patrimonio separado respecto del patrimonio personal del fiduciario, para atender los intereses del fideicomisario (6).

Pero, a juicio del citado autor, sin duda compartido por nosotros, el problema es que después de un período de tiempo más o menos extenso, ese patrimonio fideicomitado habrá producido frutos, productos y rendimientos que se habrán incorporado en vía de hecho al patrimonio personal por una lógica confusión. Para permitir la delimitación de ambos patrimonios, parece idónea la exigencia de inventarios o práctica de depósitos, a modo de garantías.

Estas disposiciones testamentarias presentan una especial dificultad cuando su objeto recae sobre el derecho real de usufructo, por la especial naturaleza jurídica de este derecho y por las extraordinarias limitaciones que afectan al contenido y vigencia de las sustituciones hereditarias.

2. NATURALEZA JURIDICA DE LA DISPOSICION TESTAMENTARIA CUYO OBJETO ES UN DERECHO DE USUFRUCTO PLURIPERSONAL SUCESIVO

Cuando el Código civil sitúa el artículo 787, referido a la disposición testamentaria del usufructo, dentro de la sección tercera, capítulo II, título III, relativa a las sustituciones hereditarias, podríamos creer que la disposición testamentaria de usufructo sucesivo es, en todo caso una modalidad de sustitución, que por la referencia expresa del precepto al artículo 781, aparentaría ser fideicomisaria.

Esta confusión puede observarse, desde el punto de vista doctrinal en GARCÍA-BERNARDO LANDETA cuando afirma que el usufructo constituido por vía de sustitución fideicomisaria presenta a dos o más legatarios,

(6) Comentario al artículo 163 de la Compilación de Cataluña, en "Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales", tomo XXIX, vol. 1.º, Jaén, 1979, p. 36.

usufructuarios, que, aunque nacidos de un negocio jurídico único, testamento, origina derechos distintos, títulos diversos: un legatario de usufructo como fiduciario, otro segundo como primer fideicomisario (7).

Sin embargo, las diferencias entre la disposición testamentaria que constituye el usufructo sucesivo y la sustitución fideicomisaria son claramente perceptibles cuando se observa el objeto sobre el que recaen y sobre todo si se atiende a las modalidades de usufructo sucesivo, sobre un único derecho de usufructo o sobre varios derechos ya constituidos, a las que tal designación puede acomodarse (8).

A la muerte del último de los usufructuarios lo que se produce para el nudo propietario es la consolidación del dominio y no la adquisición del usufructo disfrutado hasta entonces por los usufructuarios sucesivos.

El llamamiento en usufructo podría calificarse como realizado a título particular aunque nada impide que la voluntad del testador lo haya querido configurar como universal, como por ejemplo en el caso de un usufructo de herencia, como patrimonio universal. Conforme a lo previsto por el artículo 789 del Código civil, las normas sobre la sustitución fideicomisaria son aplicables también a los legados, con lo cual no puede defenderse a ultranza que el llamamiento en sustitución es siempre universal.

Esta adaptabilidad del fideicomiso al llamamiento universal o particular, e incluso a las donaciones, es visible también desde la perspectiva que nos ofrece la sustitución que se denomina fideicomiso "*si sine liberis decesserit*" definida por ROCA SASTRE sobre la base establecida por la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 31 de marzo de 1950 (9), como institución no

(7) "Usufructo sucesivo de cónyuges y cousufructo", R.D.N. enero-marzo, 1967, p. 74.

(8) En terminología utilizada por VENEZIAN, usufructos sucesivos "propios o impropios". *Vid. op. cit.* p. 36.

(9) Tal Resolución, aunque referida a un fideicomiso catalán es aplicable también al Derecho Común: "*El testador instituye heredero al hijo primogénito y para el caso de que éste fallezca sin hijos o que éstos no alcancen la edad para testar, llama a otro hijo y así sucesivamente a los demás hermanos, imponiéndoles el mismo gravamen restitutorio, hasta que se purifique la sustitución en favor de alguno o, en su defecto, llegue a corresponder la herencia al último hijo, el cual será heredero libre*".

contemplada expresamente en el Código civil que cabe en las instituciones hereditarias así como en los legados y en las donaciones y que consiste en una "sustitución vulgar en fideicomiso" (10).

VENEZIAN (11) distingue dos clases dentro de la categoría del usufructo pluripersonal sucesivo: el propio y el impropio.

El usufructo sucesivo propio es aquél en el que existen varios llamamientos a suceder en el único usufructo constituido en su momento, lo que nos obligará a valorar las condiciones de sucesión objetivas y subjetivas atendiendo al tiempo de la muerte del titular anterior, a quien se sucede en la titularidad.

El usufructo sucesivo impropio es un conjunto de usufructos sobre unos mismos bienes a los que son llamadas varias personas, unas después de otras y con independencia entre sí, lo que implica la existencia de tantos llamamientos diferentes como usufructos hay, existiendo un término señalado para que comience el goce efectivo de cada usufructo. Los requisitos de capacidad deben observarse en el momento de la apertura de la sucesión. En esta modalidad, los usufructuarios particulares no son sucesores los unos de los otros, sino todos ellos sucesores del causante y resulta evidente entonces que la sustitución fideicomisaria puede darse únicamente en el llamado usufructo sucesivo propio (12).

Cuando el usufructo se haya constituido en favor de una pluralidad de personas vivas al tiempo de su constitución, en aplicación del artículo 521, el usufructo se encontrará vigente en favor de ellas hasta la muerte del último titular sucesivo, sin que exista límite en el número de personas susceptibles de designación. En cambio, cuando el usufructo se constituye en favor de varias personas que no viven aún en ese momento de nacimiento del derecho, es aplicable el artículo 787 según el cual la disposición en que el testador deje a una persona todo o parte de una herencia y a otra el usufructo será válida, pero si son varios los llamados en forma sucesiva, se estará a lo dispuesto en el artículo 781, lo que nos obliga a considerar que no podrán darse más de dos transmisiones del derecho constituido,

(10) Así lo afirma en "El fideicomiso «*si sine liberis decesserit*»" *op. cit.*, pp. 24 a 27.

(11) "Usufructo, uso y habitación", tomo I editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1928, p. 36.

(12) Así lo entiende VENEZIAN, *op. cit.*, p. 35.

como después se estudiará, dada la interpretación realizada por la jurisprudencia en STS de 23 de junio de 1940 acerca de la expresión "grado" empleada en ese precepto.

Y llegados a este punto nos planteamos las dos siguientes cuestiones: ¿Realmente se extingue el derecho de cada titular usufructuario sucesivo como efecto último de cada llamamiento naciendo un derecho diferente y nuevo para el "grado" siguiente?; ¿El artículo 521 es aplicable tan sólo al usufructo simultáneo o también lo es al usufructo sucesivo?; y en ese caso, ¿puede operar el derecho de acrecer en el usufructo sucesivo propio?.

2.1. La extinción del derecho de cada titular designado y el nacimiento del derecho para el designado en el grado siguiente. Aplicación del artículo 521 del código civil

En cuanto a la primera cuestión, pensamos que en el usufructo sucesivo propio lo que se produce es una sucesión en un derecho constituido en su momento con una vinculación entre los titulares designados y sólo entre ellos, de forma que a la muerte del primero, el derecho real, ya constituido estará bajo la titularidad del siguiente o siguientes en forma escalonada, pero sin que pueda defenderse en modo alguno la extinción del derecho a la muerte de cada titular, pues entonces estaríamos ante varios derechos y no uno sólo (usufructo impropio).

Aparece entonces una diferencia clara entre el sustituto fideicomisario y el usufructuario sucesivo en forma impropia: se adquiere un derecho diferente por cada sujeto sucesivo, mientras que en la sustitución es fundamental la adquisición y posterior transmisión de los mismos bienes o derechos.

Esto último nos lleva a pensar que el artículo 521 contiene una norma de vinculación subjetiva basada en la voluntad del causante y que obliga a mantener la vigencia del mismo derecho hasta la muerte del último de los sujetos designados sucesivamente, por lo que no es únicamente aplicable al usufructo simultáneo, sino también aplicable al que se constituye con designación sucesiva de titulares en la forma que antes denominamos como propia, si que sea aplicable entonces el artículo 513.1.º del Código civil por tratarse de un precepto pensado para el usufructuario simple.

Con ello nos adherimos plenamente a las razones ofrecidas por

MORENO QUESADA (13) en cuanto que en el artículo 521 no se hace distinción alguna y efectivamente el usufructo sucesivo es constituido "en provecho de varias personas" de forma que a la muerte del último sujeto llamado se producirá la extinción del derecho.

Podríamos aportar otro dato que complicaría la solución a estas cuestiones: ¿y si el derecho de usufructo como derecho principalmente personal y esencialmente temporal fue constituido autorizando al usufructuario para su transmisión o disposición "mortis causa" por testamento de cualquiera de sus sucesores? (14).

En cualquier caso, esa posibilidad de transmisión se sujeta al límite de las sustituciones fideicomisarias, dos llamamientos (15), si el llamamiento en usufructo se hace en favor de personas que no viven al tiempo de la muerte del testador, o en favor de personas que viven o están al menos concebidas (16), todo ello por la evidente proximidad de funcionamiento, pero, como también recuerda

(13) "Comentario al Código Civil", tomo I, Ministerio de Justicia. Madrid, 1991. P. 1378. ROYO MARTÍNEZ también considera que las disposiciones de usufructo sucesivo entrañan sustitución fideicomisaria. *Vid. op. cit.* "Derecho Sucesorio...", p. 160.

(14) En este caso se vulneraría la naturaleza temporal del usufructo porque la muerte de la última persona viva al tiempo de su constitución podría no determinar la extinción del usufructo si en el testamento ha dispuesto un legado traslativo de usufructo en favor de un sucesor.

(15) Suficientemente conocida es la interpretación doctrinal del límite del artículo 781 del Código Civil. Ha sido habitual tomar como criterio base el señalado por ROYO MARTÍNEZ, *op. cit.* "Derecho Sucesorio...", pp. 158 y 159 que entiende la referencia al grado como hecha a la sustitución, es decir que habrá dos sustituciones sucesivas, o lo que es lo mismo que habrá tres llamamientos en total cuando se hayan ordenado en favor de personas que no vivían al tiempo de la muerte del testador.

Nos parece más claro el criterio de ALBALADEJO, "Comentarios al Código Civil" tomo X, vol. 2.º, p. 284 a 287, que explica el límite del «segundo grado» como segundo llamamiento con efectividad sustitutoria, por ser acogida doctrinalmente y por la jurisprudencia, en especial, por la STS de 23 de junio de 1940, reiterando la elección de ésta interpretación las de 6 de marzo de 1943, 28 de febrero de 1949 y 19 de noviembre de 1964, y con menos extensión en sus motivos las de 4 de noviembre de 1975 y 31 de enero de 1980.

(16) Recuérdese que el artículo 29 del Código civil contiene la presunción de nacimiento a los efectos que le sean favorables.

MORENO QUESADA (17), siempre que se trate de un usufructo sucesivo propio, es decir, de la transmisión del mismo derecho originario.

Autorizar otra cosa, como también advertimos en su momento sería burlar la naturaleza jurídica no permanente que tiene el usufructo como derecho real limitativo del dominio además de suponer un peligro de desaparición del dominio, que es el derecho principal sobre el que se constituye el usufructo.

Es importante resaltar que la obligación de conservar las cosas usufructuadas recae en los usufructuarios sucesivos por partida doble, ya que es un deber que les incumbe en el usufructo por la vigencia del principio "*salva rerum substantia*" y en el fideicomiso, en orden al siguiente llamamiento.

Si, como hemos declarado, el artículo 521 del Código no sólo es aplicable al usufructo pluripersonal simultáneo sino también al sucesivo, ¿puede resultar aplicable a éste último el derecho de acrecer?.

Por la propia naturaleza del llamamiento creemos que sería aplicable el acrecimiento a los usufructos en los que, al menos uno de los llamados fuere un usufructuario múltiple, es decir, que se tratase de un cusufructo o varios cusufructos realizadores del llamamiento sucesivo. Esto último es evidente a la vista del artículo 521 puesto que se trata de la única vía para que el usufructo, íntegro, cumpla el destino ordenado por el testador y se mantenga vigente hasta la muerte de la última persona que sobreviviere.

Lo que ocurre es que nosotros dudamos seriamente que sea ese acrecimiento, expreso por evidente en el artículo 521, un verdadero derecho de acrecer, sobre todo porque si este derecho es esencialmente sucesorio, en el 521 se incluye todo usufructo sucesivo y no sólo el testamentario.

Creemos que se trata de una consecuencia natural de la constitución colectiva o sucesiva, por no existir un verdadero llamamiento o delación. No obstante, como señala PUIG BRUTAU, habrá que estar a lo que resulte de la interpretación de la voluntad testamentaria pues el problema podría desaparecer radicalmente si se deduce que el testador quiso que el nudo propietario recuperase el contenido del usufructo por muerte de cualquiera de los usufructuarios sucesivos (18).

(17) *Op. cit.*, p. 1378.

(18) "Fundamentos de Derecho Civil" tomo V, vol. 3.º, p. 393. La STS.

Mientras que en el verdadero acrecimiento se contempla el momento de constituirse el derecho, en que faltando uno de los llamados, el resto recibe más, en el acrecimiento del artículo 521 la adquisición de los derechos se produjo al constituirse el usufructo, por lo que no es un verdadero acrecimiento sino más bien un incremento.

Por último y en relación a las causas de extinción de la cotitularidad usufructuaria que darían lugar a un acrecimiento sucesivo conforme al artículo 521 del Código civil, creemos que sólo caben causas de extinción del usufructo que no afecten a la vigencia del derecho constituido para los demás titulares, tales como muerte del usufructuario, llegada del término resolutorio, la renuncia o la prescripción. No resulta aplicable en consecuencia la adquisición de la nuda propiedad por alguno de los usufructuarios, la pérdida o expropiación total de la cosa usufructuada la resolución del derecho del constituyente.

de 24 de abril de 1976 (RA 1924) sin embargo admitió la aplicación del derecho de acrecer sobre la base de los argumentos esgrimidos por nosotros al respecto del artículo 521, estableciendo que de los términos de la disposición testamentaria se deduce que el llamamiento hecho en un sólo usufructo para todos los usufructuarios conjuntamente y por partes iguales (eran sobrinos de la testadora), por lo que es aplicable lo dispuesto en el artículo 982 número 1.º en relación con el 983 apartado 2.º, y si bien los dos usufructuarios que habían fallecido lo hicieron después de la testadora, y no antes que ella, como previene el artículo 982 número 2.º, *"...tal circunstancia no obsta a que tenga lugar el derecho de acrecer en beneficio de los dos usufructuarios sobrevivientes porque entre usufructuarios existe un derecho de acrecer especialísimo, y es el establecido en el artículo 521, precepto que, aunque parece referirse exclusivamente al usufructo simultáneo, es indudable que se refiere también al sucesivo, ya que en ésta especie de usufructo el segundo usufructuario no entra en el disfrute hasta la muerte del primero, y es evidente que al morir el último llamado se extingue el usufructo, que es precisamente lo que ordena dicho artículo..."*.

En esta sentencia el Tribunal Supremo aplicó directamente el derecho de acrecer a dos usufructuarios respecto de la cuota de otros dos que habían fallecido evitando la refundición en la nuda propiedad, sobre la base del artículo 521.

2.2. La designación del nasciturus y del concepturus

Vamos a detenernos un poco en la posibilidad de que el testador constituya un usufructo en su testamento en favor de varias personas vivas al tiempo de su fallecimiento y de alguna que no viva o no esté concebida, al menos, en ese momento: ¿Cuántas personas aún no nacidas o no concebidas pueden designarse?

ALBALADEJO resume de forma clara y sintética las dos posibles soluciones a ésta cuestión de la siguiente forma (19):

Según la primera solución, el testador puede designar un usufructuario vivo y dos usufructuarios que no vivan a su muerte, ya que si el límite del artículo 781 se refiere a dos transmisiones, la primera se produce entre el usufructuario que viviese al morir el causante y tomase el usufructo a su muerte y otro usufructuario que aún no viviese. La segunda transmisión se produce entre ese usufructuario y otro posterior de forma que a la muerte de éste segundo usufructuario, que no vivía al fallecer el causante, el disfrute de la herencia lo vuelve a adquirir el heredero nudo propietario.

La segunda solución consiste en entender que el testador debe designar siempre como primer usufructuario a una persona que viva a su muerte, debiendo admitirse una primera transmisión en favor de persona designada que viviere o estuviere concebida a la muerte del testador, y una segunda transmisión, en favor de un no concebido.

Antes de manifestarnos en favor de una de las soluciones debemos recordar ahora algo que ya pusimos de manifiesto al tiempo de argumentar la viabilidad del legado traslativo del mismo derecho de usufructo: no deben mantenerse separados los derechos de usufructo y nuda propiedad por más tiempo del que aconseje la integridad de su naturaleza jurídica, calificada por nosotros de esencialmente temporal.

Con buen criterio entiende entonces ALBALADEJO (20) que usufructo y propiedad no han de separarse más tiempo del que pueden estarlo la herencia fiduciaria y la herencia fideicomitida, toda vez que es conocido el funcionamiento en nuestro Derecho de la regla "*in dubio*

(19) *Op. cit.* "Comentarios..." tomo X, vol. 2.º, pp. 390 a 393.

(20) *Op. cit.* p. 393.

contra fideicommissum" (21) según la cual en caso de duda acerca de si el testador quiso o no la sustitución fideicomisaria, si no puede conocerse con exactitud su intención, se ha de estimar que no quiso establecerla.

Nos parece que por este motivo debe defenderse la segunda opción aunque la primera, técnicamente sea posible. Y pensamos así, ante todo por la ya indiscutible naturaleza temporal que presenta el usufructo, que podría desvirtuarse si se tiene en cuenta la expectativa de vida de dos usufructuarios que ni siquiera estaban concebidos al tiempo de la muerte del testador y que evitan en un larguísimo período de tiempo la recuperación de los bienes por el que fue instituido nudo propietario o sus causahabientes.

A esta razón ha de añadirse otra de carácter interpretativo puesto que si conforme a lo dispuesto por el artículo 3 apartado 1.º del Código civil resulta exigible interpretar las normas en relación a la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, la primera solución choca con esa realidad social y con el espíritu de los artículos 640 y 781.

El efecto que se produce cuando se superan estos límites no es otro que la nulidad, incluso apreciada de oficio, en lo que superen la segunda transmisión, por ser un acto contrario a una norma prohibitiva al amparo de lo establecido en el artículo 6.3.º del Código; pero es siempre nulidad en cuanto a lo que exceda por el principio de conservación del negocio jurídico y el mantenimiento de la voluntad del testador (22).

(21) Puede consultarse al respecto la importante STS de 13 de diciembre de 1974 (RA 4677), en la que se resumen las condiciones o requisitos generales de funcionamiento del llamamiento al fideicomiso, donde se manifiesta tal preferencia por considerar que si no concurren todos hay que considerar los bienes hereditarios libres de fideicomiso.

En esta Sentencia se relacionan otras de sentido análogo como las de 27 de septiembre de 1930, 2 de marzo de 1935 y 3 de julio de 1963, 2 de diciembre de 1966, 30 de octubre de 1970 y 14 de octubre de 1971.

(22) Así lo entiende ALBALADEJO, en "Comentarios...", cit., p. 290. Véase en el mismo sentido a PUIG BRUTAU, *op. cit.* "Fundamentos...", tomo V, vol. 2.º, p. 567, a ROYO MARTÍNEZ, *op. cit.* "Derecho Sucesorio...", p. 161 y a LACRUZ, "Elementos de Derecho Civil", tomo V, 5.ª edición, Barcelona 1993, p. 298.

3. EL FIDEICOMISO DE RESIDUO Y LA SUSTITUCIÓN PREVENTIVA DE RESIDUO

Antes de abordar el problema que realmente nos interesa en torno al legado constitutivo de usufructo con facultad de disponer y su relación con los fideicomisos, creemos indispensable agrupar conclusiones acerca de las dos figuras mencionadas, que nos ayudarán a situar correctamente después nuestra conclusión.

En el apartado anterior afirmábamos que en la sustitución fideicomisaria se presentaban dos características esenciales, pluralidad de llamamientos y orden sucesivo de los llamados, y una característica natural, la obligación de conservar y entregar los bienes impuesta al fiduciario.

Creemos que las dos primeras características, a la vista del contenido del artículo 781 del Código civil, son indispensables pero no así la tercera, ya que el testador puede autorizar al fiduciario, heredero o legatario, a disponer de los bienes objeto del fideicomiso, tal y como se desprende del apartado 2.º del artículo 783, concretamente de la expresión "salvo que el testador haya dispuesto otra cosa".

La posibilidad de que el testador dispense la obligación de conservar implica que tal deber del fiduciario no es una característica *sine qua non* en la calificación de la sustitución fideicomisaria. Pero, la gran pregunta en relación al fideicomiso de residuo es ¿estamos ante una sustitución fideicomisaria? .

Y en este punto resulta obligada la referencia a CLEMENTE DE DIEGO (23) cuando afirma en primer lugar que no hay encargo de conservar y transmitir la herencia a otro en los términos de artículo 781 del Código ya que con la facultad que recibe el heredero llamado en primer lugar para vender y a veces para disponer "*mortis causa*", se desvanece por completo la obligación de conservar y si actúa tal facultad de disposición sobre la herencia entera no quedará residuo alguno, desapareciendo también la obligación de transmitir, por quedar nada que entregar o restituir.

(23) "Naturaleza jurídica de las disposiciones o cláusulas testamentarias «de residuo»", Publicaciones de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid, 1926.

En segundo término, considera que si la razón fundamental de la sustitución fideicomisaria está, según el artículo 781 en el encargo (entendido como un mandato legal) de conservar y transmitir, se desvanece la proximidad a la sustitución fideicomisaria.

Estas razones llevan a DE DIEGO a considerar que el fideicomiso de residuo no es un caso de sustitución fideicomisaria, pues admitirlas como tales supondría transgredir la voluntad del legislador en lo que él considera una interpretación auténtica (24).

Defendemos que el Código Civil utiliza un criterio selectivo dentro de un conjunto de disposiciones para definir las sustituciones fideicomisarias en el artículo 781, de manera que se refiere allí a algunas de ellas concretamente a las que incluyen las obligaciones de conservar y entregar los bienes fideicomitidos, pero quedando al margen las demás, que pueden tener relevada la obligación de conservación, tal y como se dispone en el artículo 787 apartado 2.º.

Esas otras son, precisamente las sustituciones que el autor llama de residuo, en sus diversas modalidades, "*eo quod supererit*" y "*si aliquid supererit*" (25), tal y como la Jurisprudencia las ha configurado (26).

El llamado fideicomiso de residuo es una sustitución fideicomisaria basándose en argumentos similares a los anteriores, pero, sobre todo en que el deber de conservación no es esencial en ella, a pesar de la falta de regulación concreta que soporta y de los problemas que plantea la aplicación de las normas relativas a las sustituciones fideicomisarias en general dada su deficiente regulación (27).

Debemos mencionar a O'CALLAGHAN, que caracteriza al fideicomiso de residuo afirmando que, en primer lugar supone o contiene una ampliación de los derechos y facultades del fiduciario y que debe

(24) "Naturaleza jurídica de las disposiciones o cláusulas testamentarias de residuo", Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid, 1926. Pp. 60 a 63.

(25) En idéntico sentido se pronuncia VALLET, "Panorama de Derecho de Sucesiones", tomo I, Madrid, 1984, p. 295 y LACRUZ, *op. cit.* "Elementos...", tomo V, p. 307.

(26) Véase la STS. de 7 de enero de 1959, (RA 119) que establece las dos modalidades de fideicomiso de residuo, y el desarrollo posterior de las categorías que se hace en las SSTs. de 29 de enero de 1962, (RA 605) y de 22 de enero de 1969, (RA 199).

(27) Así lo sostiene ALBALADEJO, "Curso de Derecho Civil", tomo V, p. 275.

concretarse a la sustitución fideicomisaria por ser esa su verdadera naturaleza jurídica, ya que la esencia en ella es el llamado "*ordo successivus*" que se mantiene si es de residuo, variando la cuantía del objeto del fideicomiso (28).

Y no podemos dejar de referirnos a DÍAZ ALABART, que abunda en este problema de la regulación no sin antes declarar que la figura es una variante de la sustitución fideicomisaria, manifestando que no es que haya una sustitución fideicomisaria y una figura más o menos análoga, sino que hay una única sustitución con dos variantes, dependientes de que se autorice o no a la disposición, de las que el fideicomiso de residuo es una de ellas (29).

No obstante confirma la aplicación del artículo 787 apartado 2.º y basa su argumentación en criterios jurisprudenciales que resaltan "la elasticidad de esas normas fundamentales y la posibilidad de injertar sobre ellas el llamado fideicomiso de residuo" (30) y el hecho de que se contemple la autorización del testador para disponer de los bienes fideicomitidos en el 783, "que es la que crea el fideicomiso de residuo" (31).

El fideicomiso de residuo, además de ser una sustitución fideicomisaria auténtica es una sustitución pura y no condicional, lo que no excluye a su juicio que se le someta a condición en su caso. El mero hecho de dejar al fideicomisario lo que quede no es una condición en sentido técnico jurídico.

No hay condición que afecte al llamamiento pues el fideicomisario está llamado a suceder en lo que quede, si queda, porque puede no quedar nada, lo que no afectaría al llamamiento, por lo que pensamos que más que una condición estamos ante una peculiaridad intrínseca del llamamiento, de la que no se hace depender su eficacia o resolución, de forma que la incertidumbre sólo afectará a la cuantía que quede o a si queda, en su caso. Defender otra cosa sería confundirse con la incertidumbre que todo llamamiento sucesorio conlleva puesto que ningún llamado sabe con certeza hasta la aper-

(28) *Vid. op. cit.*, "Comentarios...", tomo XXIX, pp. 464 y 465.

(29) "El fideicomiso de residuo. Su condicionalidad y límites". Madrid, 1981, pp. 36 y 37.

(30) Así lo refleja la STS. de 26 de mayo de 1925, citada por la autora en *op. cit.* p. 34.

(31) STS de 6 de abril de 1954, citada por la autora en *op. cit.* p. 35.

tura de la sucesión o incluso hasta momentos jurídicos posteriores si habrá algo que heredar.

3.1. La limitación de no sobrepasar el segundo grado impuesta por el artículo 781 del Código Civil

Acerca de si es aplicable o no al fideicomiso de residuo la prohibición de sobrepasar el segundo grado, contenida en el artículo 781 del Código civil, en consonancia con nuestra opinión sobre la naturaleza de sustitución fideicomisaria, creemos que el precepto se refiere sólo a las sustituciones que imponen el deber de conservar y entregar, no pudiendo aplicarse tal límite a aquellos fideicomisos en los que el fiduciario haya sido eximido de toda obligación de conservar, por quedar configurado el de residuo como un fideicomiso variante de la figura general, fuera del límite del 781.

A nuestro motivo añadimos otros propuestos por DÍAZ ALABART, que se inclina a entender que el límite no es aplicable porque, además de considerar que las prohibiciones han de interpretarse siempre restrictivamente, el riesgo de sustraer los bienes al tráfico no se da en el fideicomiso de residuo, luego no debe alcanzarse una prohibición que lo que persigue es evitarlo (32).

Pero, no se olvide que si el fideicomiso es de residuo y el disponente ha establecido una transitoria obligación de conservar o sólo autorizó a disponer a título oneroso, debe seguir aplicándose el límite del segundo llamamiento a que se refiere el artículo 781 (33).

Por último, baste decir que nuestra doctrina mayoritaria entiende que el fideicomisario de residuo es un sustituto vulgar del fiduciario que adquiere el derecho a la herencia si éste no puede o no quiere heredar, por premoriencia o por no querer o no poder aceptar la herencia (34).

(32) "Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales", tomo X, vol. 2.º, Madrid, 1984, p. 297 y 298.

(33) Así lo considera también ALBALADEJO en *op. cit.* "Curso...", tomo V, p. 279.

(34) Véase a O'CALLAGHAN MUÑOZ en "Compendio de Derecho Civil", tomo V, Derecho de Sucesiones, Madrid, 1982, pp. 226 y 232. Igualmente, DÍAZ ALABART, *op. cit.* "El fideicomiso...", pp. 249 y siguientes.

Como afirma DÍAZ ALABART, no es que la sustitución fideicomisaria en general englobe o implique la sustitución vulgar, sino que es algo que por su propia naturaleza, más amplia que la de la sustitución vulgar aislada, comprende tanto el caso en que un heredero sucede si no lo hace otro como aquél en que el sustituto herede también después de que haya sido heredero el instituido.

Y si esto es así para la sustitución fideicomisaria en general, ha de serlo también para la sustitución fideicomisaria de residuo, categoría de aquélla, ya que carecería de sentido admitir que los herederos intestados pudieran adquirir los bienes fideicomitidos en lugar del fideicomisario en caso de premoriencia del fiduciario respecto al causante (35).

¿Y si el testador autorizó al fiduciario a disponer “mortis causa”?

En ese caso nos encontramos ante las llamadas sustituciones preventivas de residuo, que aunque no cuentan con una regulación expresa en el Código civil, la tienen en el Derecho Catalán, concretamente en los artículos 245.3.º, 250 y 251 del Código de Sucesiones de Cataluña.

Tomando como base esos preceptos, podemos definirla como aquella disposición testamentaria por la que el heredero o legatario resultan expresamente autorizados para disponer libremente de los bienes de la herencia o legado por actos entre vivos y por causa de muerte, designando para después de fallecer aquéllos un sustituto o varios sustitutos, así como cuando el testador, en previsión de que algún heredero o legatario fallezca sin dejar heredero voluntario, llame a una o más personas para que al fallecimiento de aquéllos hagan suyos los bienes que hubieran adquirido con ese carácter del testador y de los cuales no hayan dispuesto a título gratuito.

De esta definición de origen legal se deduce el fin que se persigue, que no es otro que evitar la apertura de la sucesión intestada

(35) La STS de 13 de marzo de 1989 (RA 2039), consideraba sin embargo dudosa la vinculación entre el fideicomiso de residuo y la sustitución fideicomisaria al afirmar que aquél “no encaja del todo” en el marco de ésta. Es interesante el planteamiento en contra de ÁLVAREZ CAPEROCHIPÍ, en “La sustitución fideicomisaria de residuo”, RDO, 1975, pp. 193 y 194, ya reflejado en el mismo título del trabajo.

Esto no obstante, la STS de 22 de julio de 1994 (RA 6578), reclama una interpretación restrictiva en relación a las facultades dispositivas del fiduciario, por considerar excepcional la exención del deber de conservar los bienes.

en cuanto a los bienes residuales que no hayan sido objeto de actos de disposición.

Doctrinalmente ha sido considerada esta figura como un caso de fideicomiso de residuo, cualificado por la autorización para disponer "mortis causa", al que con independencia de la regulación catalana y de su falta de normativa en Derecho Común, el testador puede recurrir como un auténtico caso de fideicomiso de residuo pero con otorgamiento de un mayor poder dispositivo al fiduciario (36).

O'CALLAGHAN MUÑOZ ha señalado que el verdadero fondo de la sustitución que nos ocupa es el interés del fideicomitente en evitar, respecto a los bienes fideicomitidos, la sucesión intestada del fiduciario de manera que, sólo si el fiduciario no ha dispuesto "inter vivos" ni "mortis causa" de los bienes fideicomitidos, los que queden, si quedan, los adquirirá el fideicomisario (37).

Además, ha sido considerada como una sustitución condicional o doblemente condicional (38), pues quedará sin efecto si el sustituto o sustitutos premueren al sustituido y, aunque le sobreviva, si el sustituido ha otorgado testamento válido y eficaz.

La Jurisprudencia ha admitido en numerosas ocasiones esta disposición testamentaria dando por segura su proximidad conceptual con el ordinario fideicomiso de residuo, com el caso de la Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de mayo de 1971 (39), en la que se distinguen las dos modalidades típicas de aquél en ésta sustitución preventiva ("*eo quod supererit*" y "*si aliquid supererit*").

Las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 29 de noviembre de 1962(40) y de 16 de noviembre de 1944 (41), las SSTS de 2 de septiembre de 1987 (42) y de 10 de octubre de 1989 (43) así como la STSJ de Cataluña de 28 de octubre

(36) Por ejemplo, DÍAZ ALABART, en *op. cit.* "Comentarios...", p. 219. o RIVAS MARTÍNEZ, "Derecho de Sucesiones común y foral", tomo II, Madrid, 1992, p. 72.

(37) *Op. cit.*, p. 233.

(38) Así lo caracteriza RIVAS MARTÍNEZ, "Derecho de Sucesiones. Común y Foral" tomo II, Madrid, 1992, p. 73.

(39) RA 2951.

(40) RA 4311.

(41) RA 1386.

(42) RA 6042.

(43) RA 6905.

de 1991 (44), también se ocupan de ésta sustitución y señala que la principal diferencia con el fideicomiso de residuo estriba en que aquélla comprende actos dispositivos "*mortis causa*".

La mencionada Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 28 de octubre de 1991 establece en su segundo fundamento de Derecho, que aunque la estructura externa de ambas figura se confunda dentro del fideicomiso de residuo, no ha de olvidarse que es indispensable para hablar de sustitución preventiva de residuo que expresamente haya conferido el testador poder de disposición "*mortis causa*" al fiduciario.

Para concluir este punto, queremos hacer una breve referencia a una forma de disposición testamentaria mencionada por ROMÁN GARCÍA (45) bajo la denominación de legado de residuo, inspirada en las tesis de DÍAZ CRUZ, que llama a la disposición sucesivamente "cláusula, fideicomiso o legado de residuo" (46).

Según el autor, tiene lugar esta disposición cuando el testador, instituyendo heredero a una persona, deja a otra el legado de residuo, cuyo contenido serán los bienes que queden en el momento del fallecimiento.

Se trata, según afirma, de una disposición diferente de la sustitución fideicomisaria aunque se le puedan aplicar algunas de sus normas porque en ésta última existe una especificación sobre de la parte de herencia o de los bienes en que se establece la sustitución, mientras que en el legado de residuo hay una indeterminación objetiva en cuanto a su contenido, referido a algunos bienes que puedan quedar al fallecimiento del primer llamado.

No podemos mostrar nuestro acuerdo con el autor en cuanto al pretendido carácter condicional que presentaría la disposición testamentaria como fundamento de la ausencia de obligación de conservar para entregar al fideicomisario (47), porque sería confundir el carácter condicional con la consustancial incertidumbre acerca de los bienes que formarán el residuo que será objeto de adquisición.

(44) RA 3911.

(45) En su obra "Las obligaciones testamentarias en el Código Civil Español", Madrid, 1995, pp. 186 a 188.

(46) "Los legados", Madrid, 1951, p. 492 y 493.

(47) Obsérvese que utiliza con frecuencia las expresiones "fiduciario" y "fideicomisario".

Nos parece que ROMÁN GARCÍA se refiere en realidad al fideicomiso de residuo caracterizado como "*eo quod supererit*"; pero lo que sí nos parece interesante recoger de su fundamentación es la idea de que si el testador designa como fiduciario de su herencia a un sujeto y como fideicomisario de residuo a otro, éste último llamamiento, aunque el del fiduciario se haga a título universal es siempre particular o en forma de legado.

Consecuencia principal será que el fideicomisario de residuo así designado no ha de responder de las deudas hereditarias, más que como un simple legatario, es decir, únicamente si se le han impuesto expresamente como carga; lo que el testador le deja no es la herencia como universalidad sino los bienes que queden tras la muerte del fiduciario.

4. LOS FIDEICOMISOS DE RESIDUO Y EL LEGADO DE USUFRUCTO CON FACULTAD DE DISPONER

Conforme a lo dispuesto en el artículo 787 del Código civil, puede el testador disponer de la nuda propiedad del todo o parte de la herencia en favor de un individuo y del usufructo en favor de otro.

Al estudiar en el capítulo II de nuestro trabajo la disponibilidad del usufructo, dedicamos un apartado al legado traslativo del usufructo que al tiempo de su constitución, y de acuerdo con lo establecido en el artículo 467, contenga una autorización del constituyente para disponer de las cosas dadas en usufructo como excepción al principio "*salva rerum substantia*".

El adquirente de un legado traslativo de usufructo adquiere únicamente la titularidad usufructuaria, pero desprovista de la otra facultad que sólo incumbía al primer usufructuario e interesa ahora determinar, sobre la base de un usufructo con facultad de disponer de las cosas usufructuadas constituido "*ex novo*" en testamento, si el legatario usufructuario con facultad de disponer puede acercarse conceptualmente a la figura de un fiduciario de residuo.

Realmente podríamos pensar que un legado de usufructo con facultad de disponer o la institución en el usufructo con tal facultad dispositiva se asemeja a los fideicomisos de residuo, si bien, existen diferencias como las que se han puesto de relieve en las resoluciones jurisdiccionales y registrales que se relacionan a continuación.

La Resolución DGRN de 8 de febrero de 1957 (48), y posteriormente las SSTs de 9 de diciembre de 1970 (49) y de 9 de octubre de 1986 (50) en su segundo fundamento de Derecho, coinciden básicamente a nuestro juicio en las siguientes diferencias:

En primer lugar que el titular de un usufructo con facultad de disponer lo es de un derecho real, un "*ius in re aliena*", mientras que el fiduciario tiene un derecho de uso y disfrute sobre cosas que le pertenecen vía hereditaria.

En segundo lugar, cuando el testador procede a desmembrar el dominio, en usufructo y nuda propiedad, no hace un llamamiento directo o indirecto sobre la misma cosa, sino que distribuye entre distintas personas, de modo inmediato las facultades que integran el dominio.

En tercer lugar, los bienes tendrán diferente destino en caso de ineficacia: los herederos y el nudo propietario, bajo las fórmulas de la "purificación del fideicomiso" y "consolidación del pleno dominio".

Creemos que en el ámbito de la sustitución fideicomisaria de residuo, el fiduciario que ha sido investido, vía testamentaria, del poder de disposición sobre los bienes fideicomitidos, es un propietario, lo que implica el ejercicio de las facultades que normalmente integran el dominio en cuanto al goce y disfrute, disposición, exclusión, transformación y reivindicación.

Esta opinión parece ser la que se mantiene hoy como dominante en nuestra doctrina civil (51), y de ella se derivan importantes consecuencias en torno al ejercicio de acciones personales y reales sobre los objetos comprendidos en la sustitución, así como en cuanto a la legitimación pasiva adquirida frente a terceros que ejerciten su pretensión ante los Tribunales.

(48) RA 543.

(49) RA 5440.

(50) RA 5335.

(51) SÁNCHEZ CALERO, "El usufructo con facultad de disponer" RDP marzo-1982, p. 226; FERNÁNDEZ COSTALES, *op. cit.* "El usufructo voluntario de herencia" Madrid, 1991, p. 90; OSSORIO MORALES, Manual de Sucesión Testada" Madrid, 1957, p. 312.; TRAVIESAS, "Sustituciones hereditarias", RDP, 1927, p. 418

Por otra parte, el usufructuario con facultad de disposición es simplemente el titular del derecho de goce y disfrute, de manera que a él compete el uso y la percepción de frutos así como las facultades dispositivas, dentro de los límites que éstas tienen naturalmente. De esta forma, cuando ejerce la facultad de disponer, lo hace sobre lo que no es de su propiedad, aunque el dueño haya de asumir las consecuencias de tales actos, consecuencias que están basadas en su propia voluntad, manifestada al tiempo de la constitución del usufructo.

SÁNCHEZ CALERO señala otra diferencia que afecta al fideicomisario y al nudo propietario, en relación a la premoriencia: si el fideicomisario fallece antes que el fiduciario, la sustitución queda ineficaz y no se transmite a los herederos del premuerto derecho alguno, mientras que si es el nudo propietario el que premuere al usufructuario, se transmite vía sucesoria ordinaria su derecho a los herederos (52).

Pero en relación a la premoriencia hay otro hecho digno de mención, como es el del fallecimiento del fiduciario o del usufructuario antes que el testador o el nudo propietario, utilizado por la doctrina como elemento diferenciador entre las dos instituciones que ahora estudiamos (53), aunque nosotros creemos que no es admisible como tal.

Defendemos que el fideicomiso de residuo, o mejor la sustitución fideicomisaria de residuo implica, por naturaleza a la sustitución vulgar y en el supuesto planteado sería llamado el fideicomisario a suceder como sustituto. No es comprensible que el testador A haya manifestado su voluntad de que B sea fiduciario de C y que si B premuere al testador los bienes del fideicomiso se transmitan a los herederos "abintestato", sobre todo si se piensa en el contrasentido de que le otorgue, nada menos que facultad de disposición (54).

Y pensamos esto porque si la sustitución fideicomisaria lleva en sí a la sustitución vulgar, y está claro que el que quiere un heredero subordinado a otro, quiere directamente, sin más a aquél si éste

(52) *Op. cit.*, "El usufructo...", p. 227.

(53) Por ejemplo así lo entiende OSSORIO MORALES, en *op. cit.* p. 312.

(54) En contra de este criterio se muestra OSSORIO MORALES, *op. cit.* pp. 312 y 313.

falta y no podremos negarla cuando al fiduciario se le atribuyen más facultades que en el fideicomiso ordinario mismo.

Todavía más infundada resulta en consecuencia la opinión jurisprudencial, ya criticada por nosotros (55), que califica el llamamiento fideicomisario de residuo como condicional, y reclama la aplicación del artículo 759 y no del 784, para impedir la transmisión de derechos del fideicomisario a sus causahabientes (56). Esto sería suficiente para descartar esta situación de premoriencia como diferenciadora.

En cambio debe reconocerse como una diferencia entre el llamamiento en usufructo de disposición y el llamamiento fideicomisario de residuo que sí llega a declararse ineficaz, mientras que el fiduciario, que es entonces el único sucesor designado, adquiere o "purifica" el fideicomiso, el usufructuario no "consolida" su titularidad.

5. EL USUFRUCTO FIDUCIARIO

La última cuestión que debemos abordar en este estudio es la de la disposición testamentaria por la que se designa a un sujeto legatario en usufructo sobre determinados bienes o sobre una cuota pero no se atribuye la nuda propiedad a nadie en testamento, ordenándose que a la muerte del legatario usufructuario adquieran el pleno dominio determinadas personas que vivan en ese momento y que en ese instante se determinarán.

Se plantea aquí el problema del llamado "pseudo-usufructo testamentario", que tantos problemas ha creado en nuestra doctrina.

Ante todo hemos de apuntar que lo que el testador ha constituido es un usufructo testamentario de carácter vitalicio, es decir, que presenta el carácter habitual del usufructo, derecho real al que nosotros calificamos de "principalmente" personal por estar permitido en el título constitutivo que el constituyente disponga su transmisibilidad, que por su carácter esencialmente temporal no admite más de dos trasmisiones.

(55) ALBALADEJO se muestra en contra en su *op. cit.* "Curso...", tomo V, p. 280, así como FERNÁNDEZ COSTALES, *op. cit.* "El usufructo voluntario...", p. 91.

(56) Así lo defiende la STS. de 22 de enero de 1969, (RA 199).

La primera pregunta que nos hacemos es si puede configurarse en testamento un usufructo como figura jurídica independiente y la respuesta es, evidentemente negativa. Como ya hemos tenido ocasión de defender, la nuda propiedad y el usufructo son derechos subjetivos que con diferente naturaleza recaen sobre el mismo objeto. Al decir de CUADRADO IGLESIAS (57), sería un error definir el usufructo únicamente por su efecto limitativo del dominio, ya que se lograría una visión parcial e incompleta de su naturaleza y contenido.

En segundo lugar, debemos preguntarnos ¿qué ocurre con los legitimarios?, porque podrían verse perjudicados al ser preteridos lo que permitiría el funcionamiento del artículo 814, que, de tratarse de hijos o descendientes provocaría la nulidad del legado en usufructo como disposición de contenido patrimonial, salvo que exista renuncia a la legítima, indignidad o premoriencia o si no impugnan la institución en tiempo hábil.

En cualquier caso quedaría el derecho de los legitimarios de pedir la reducción del legado en lo que fuere inoficioso. Realmente no podría alegarse la apertura de la sucesión intestada respecto de la nuda propiedad porque existen sucesores en el pleno dominio, que serán determinados en el momento de abrirse la sucesión, lo que nos plantea si esto es posible.

Algunos autores han defendido que podríamos estar ante un caso de sustitución fideicomisaria auténtico en la que los sujetos fideicomisarios que aún no viven o no están determinados quedan sometidos al límite del segundo llamamiento, siendo el llamado como usufructuario un verdadero fiduciario (58).

Nos cuesta trabajo compartir esta afirmación si recordamos lo dicho por nosotros en cuanto a las evidentes diferencias entre el usufructuario y el fiduciario, incluso teniendo poder de disposición ambos sobre los bienes respectivamente usufructuados o fideicomitados.

No podemos defender un usufructo independiente, porque la nuda propiedad es un derecho existente, real, aunque no se haya atribuido en testamento, como claramente nos hizo ver MORENO QUE-

(57) "Configuración jurídica del llamado «pseudo-usufructo testamentario»", R.D.P. 1971, p. 1067.

(58) GONZÁLEZ PALOMINO, "Diagnóstico y tratamiento del «pseudo-usufructo testamentario»", AA.A.M.N., tomo II, 1946, p.454.

SADA (59) sobre la base de COSSÍO (60), pero como señala CUADRADO IGLESIAS (61) tampoco podemos abiertamente afirmar que el usufructuario sea un fiduciario.

Tampoco podemos reclamar la ineficacia del llamamiento por hacerse en favor de no concebidos o personas no determinadas, ya que la capacidad es requerida a la hora de aceptar o repudiar pero no a la hora de ser designados en testamento, y es claro que en la proposición que hemos formulado no es aplicable el artículo 750 porque existen datos de identificación, precisamente para el momento de la muerte del usufructuario, que según el artículo 758 apartado 1.º es el momento en que ha de valorarse la capacidad del sucesor (62).

GONZÁLEZ PALOMINO descarta radicalmente la posibilidad por no encontrarnos, dice, ante personas, lo que impide cualquier atribución de derechos (63), no siendo válido pensar en una institución condicional, reconocida en el apartado 3.º del artículo 758, porque entiende que aunque al tiempo de cumplimiento de la condición (nacimiento o, al menos concepción) ya tuvieren capacidad, deberían tenerla al tiempo de la muerte del testador, lo que resulta imposible, siendo para él un serio obstáculo.

No compartimos esa vinculación entre los dos momentos marcados respectivamente por los apartados 1.º y 2.º del artículo 758, ya que el primero tiene una aplicación diferente y, como dice DÍEZ PASTOR, no es disparatado afirmar que el no concebido "pueda llegar a adquirir", mediante la institución condicional evidentemente (64)

(59) En su obra el "El usufructo de la nuda propiedad", *op. cit.*, p. 543 y siguientes.

(60) En "La nuda propiedad" ADC julio-septiembre, 1956, p. 751.

(61) "Configuración jurídica del llamado pseudousufructo testamentario", p. 1077.

(62) Tanto CUADRADO IGLESIAS *op. cit.*, p. 1083 como ALBALADEJO en "Comentarios..." tomo X, vol. 2.º, pp. 281 y 282 admiten el llamamiento de persona que no viva en el momento del otorgamiento, si bien éste último en cuanto a la designación como fideicomisario.

(63) *Op. cit.*, "Diagnóstico...", p. 451.

(64) "Las disposiciones testamentarias en favor de los no concebidos", Anales de la Academia Matritense del Notariado, tomo VI, 1952, p. 590.

por permitirse así una identificación futura, opinión compartida por nuestra Jurisprudencia (65).

Concluyendo, GONZÁLEZ PALOMINO defiende que si la premisa mayor es que no hay usufructo sin nuda propiedad, y en la disposición testamentaria no se atribuye a nadie, no hay usufructo sino una sustitución fideicomisaria de manera que el que aparece como tal usufructuario no es más que un propietario gravado con la restitución, o sea un fiduciario.

Para el autor, esto es así aunque no se emplee expresamente la palabra "sustitución" por el testador porque el artículo 784 del Código civil es, a su juicio, una norma no imperativa sino dispositiva, toda vez que puede descubrirse en el testador mucho más que una voluntad tácita de obtener la conservación de los bienes al designar un usufructuario, esto es un falso usufructuario, lo que da lugar a la denominación "pseudo-usufructo testamentario".

Frente a él, DÍEZ PASTOR (66) sostiene que la cláusula que estudiamos tiene una tipicidad propia produciendo efectos jurídicos al margen de la estructura de las sustituciones fideicomisarias, de las que se aleja por su especial naturaleza jurídica.

Y debemos reconocer que, como creemos que hay serias diferencias entre el usufructuario y el fiduciario, pero realmente hay una proximidad entre ambas instituciones, estaría fundamentada la aplicación analógica de las normas de las sustituciones a esta forma de usufructo testamentario, que, es cierto, tiene una virtualidad propia.

Lo que no es menos cierto es que el testador quiso el llamamiento en usufructo, que es titularidad real con un específico contenido, y nada más, por lo que no debemos ir más allá de la voluntad del testador.

En suma, apreciamos la separación conceptual, que no es absoluta y que permite, como lo hizo la Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de noviembre de 1989 (67) en su fundamento de Derecho

(65) Por ejemplo en las STS de 25 de abril de 1963 (RA 1996) y 3 de abril de 1965 (RA 1979).

(66) En "Apéndice pseudopolémico. (Variaciones sobre un tema de Palomino)", *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, 1952, pp. 614 y siguientes.

(67) RA 7847.

tercero, aplicar las normas de la sustitución fideicomisaria "aunque no coincida con ella totalmente", criterio que ya había establecido antes la Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de diciembre de 1975 (68), toda vez que, como ya se ha señalado es la sustitución fideicomisaria la institución excepcional que permite la designación de un *concepturus* como sucesor. Y estas conclusiones han de interpretarse a la luz de lo dispuesto por el artículo 789 del Código civil, en el que se contiene la extensión a los legatarios de la aplicación de las normas de las sustituciones fideicomisarias referidas a los herederos.

Esto nos lleva a defender como posible denominación de esta forma de suceder la de "usufructo fiduciario", que, preservando su naturaleza jurídica como usufructo o *ius in re aliena*, admitiría la aplicación analógica de las normas de las sustituciones fideicomisarias, incluidas las sustituciones fideicomisarias de residuo si el usufructo tuviere atribuida la facultad de disponer.

(68) RA 4324.

APUNTE DE LA RELACIÓN JURÍDICA PRIVADA (*)

Víctor M. Garrido de Palma

La persona, ser social.

Vivimos en sociedad, nos relacionamos, convivimos y como consecuencia se producen efectos que el Derecho establece y regula, y lo hace porque considera de justicia que las relaciones que estima debe atender, no merecen –en aras a la seguridad de los sujetos intervinientes– el no derecho. Y la atención consiste en la norma jurídica: la que regula la conducta del ser humano en sus relaciones sociales, para fijar sus efectos y asegurando su cumplimiento, con las oportunas sanciones.

Selección por el Derecho que configura instituciones o figuras que acota y tipifica –imponiendo si lo hace imperativamente; coadyuvando subsidiariamente si considera que al menos debe normar la institución con carácter dispositivo (la propiedad y dentro de ella las propiedades, la patria potestad, la sucesión mortis causa y dentro de ella la testada, la intestada; la sociedad anónima, la limitada...; el contrato y el despliegue tipificador que no agota la fértil autonomía de la voluntad; la responsabilidad, el procedimiento administrativo, el proceso judicial)–. Con la tamizada urdimbre de los sujetos: cónyuges, convivientes en su caso, padres e hijos, ascendientes y descendientes, demandantes y demandados, autoridades y ciudadanos.

Justicia y Seguridad jurídica que armónicamente se conjugan para que “las normas reguladoras de las conductas humanas” se apliquen y se cumplan: sin excusa ni pretexto (la ignorancia de las leyes no excusa de su cumplimiento; los límites a la exclusión voluntaria de la ley aplicable y la renuncia a los derechos en ella reconoci-

(*) Constituye básicamente el estudio que se contendrá en uno de los volúmenes de las "Instituciones de Derecho Privado", dirigidas por el autor del presente.

dos; la sanción de nulidad –en general– de los actos contrarios a las normas imperativas y a las prohibitivas; la de los actos en fraude de ley; el ejercicio de los derechos subjetivos reconocidos en las leyes ha de ser conforme a la buena fe; la sanción para el ejercicio con abuso del derecho o antisocial; arts. 6 y 7 del Código Civil). Y desde luego el deber inexcusable de los Jueces y Tribunales de resolver en todo caso los asuntos de que conozcan, ex art. 1.7.

Derecho subjetivo: poder jurídico (con sus cargas) y deber jurídico (con su potestad). Vínculo jurídico causalizador (así, en la obligación contraída). Con la posibilidad de renunciar el titular del derecho (para que la renuncia sea válida no ha de contrariar el interés o el orden público ni perjudicar a terceros; art. 6.2 CC). Interés jurídicamente protegido en beneficio del titular, no confundible con la función-potestad como medio para cumplir fines superiores al mero interés individual: así en la patria potestad, por lo que por de pronto a ella no se puede renunciar.

Las Relaciones jurídicas. Derecho Público y Derecho Privado

La relación jurídica privada parte de la consideración como iguales de los seres humanos: no hay relación autoridad-subordinación como en la pública. Se ha podido decir –por GUASP– que el Derecho Privado es el reino de lo inorgánico, lo que no supone desorganizado. Más; el que regula y protege al ser humano, en su radicalidad y esencia íntima es el Derecho Civil. Aquí es donde voy a detenerme.

El autor citado afirma que el Derecho Civil hunde su consistencia propia en las raíces más directas e insuprimibles de la individualidad humana. Y ¿cuáles son éstas?

1. El yo. La estructura orgánica del ser humano. La conservación del yo.

Los derechos de la personalidad son la consecuencia inmediata: el derecho a la vida ante todo –hoy desprotegido penalmente–, el derecho a la integridad corporal; el derecho al nombre, a la imagen física y a la fama (Ley de protección al honor...)

2. La conservación del mundo exterior: las cosas y en cuanto producen utilidad para la persona, bienes. Y las demás personas con las que nos relacionamos y cooperamos. Respectivamente estoy hablando de las relaciones de derecho real y del derecho de obligaciones.

2.1. Ante todo, dentro de los derechos reales (relación directa con la cosa, sin necesidad de intermediario), la propiedad (y su apariencia en imagen, la posesión). Sin ella no cabe una vida individual realmente humana: su protección, civil y penal, exige sentido de responsabilidad por quienes están para preservarla (acción reivindicatoria ante todo; consideración del valor económico de la propiedad formal –escritura pública, inscripción registral– seguridad con tipificación delictiva y sanciones penales). La “obligación pasiva universal” de los que no son propietarios ante el que lo es, y la función social de la propiedad.

A su vera, en torno a la propiedad, los ius in re aliena: de disfrute (el usufructo: los usufructos ante todo), de garantía (la hipoteca y el carácter constitutivo de su inscripción registral) y los de adquisición preferente (tanteo, retracto, opción).

Y dentro del campo de los derechos reales, los negocios de trascendencia real, girando alrededor de la propiedad (la horizontal, los complejos inmobiliarios, y como no la propiedad rústica)

2.2. Las relaciones jurídicas entre personas: la prestación o conducta de unas con otras, dando lugar a la obligación, al Derecho de obligaciones; crédito-deuda. La obligación es –dice BONFANTE– una relación jurídica en la que el acreedor tiene derecho a exigir una prestación, dar, hacer o no hacer alguna cosa, al deudor que tiene que cumplirla y responde con su patrimonio del cumplimiento (ello se deduce de la combinación de los arts. 1.088 y 1.911 CC español)

El campo de las liberalidades (gratuidad; donación) y el de los contratos de cambio estricto (dar, hacer o no hacer alguna cosa; “obligarse a dar alguna cosa o prestar algún servicio”). Pacta sunt servanda, con fundamento en la libertad individual para regular sus intereses (autonomía de la voluntad). Conmutatividad, aletoriedad. “Do ut des, do...” Relatividad de los efectos contractuales (no “erga omnes” como los derechos reales).

3. Miembro de una Familia es la persona: como superación del perecimiento inevitable del ser humano, la reproducción del yo individual (GUASP). Posición primaria a este respecto es la del Matrimonio: la relación conyugal, que hoy con la precariedad del mismo debido a su posible disolución unilateral hace que los deberes

y derechos conyugales, ¿sean solo morales y no en puridad jurídicos?. El incumplimiento de los deberes matrimoniales, ¿no hay que contemplarlos desde la óptica del análisis económico del Derecho poniendo el acento caso de existencia de hijos, así como en el supuesto de que el divorcio empeore la situación del cónyuge ex art. 97 del CC?

Y las relaciones patrimoniales entre cónyuges, con el régimen económico matrimonial, pactado o legal supletorio; sin olvidar los contratos entre ellos (art. 1.323), y claro es los negocios jurídico-familiares ante la crisis matrimonial y específicamente el convenio regulador ex art. 90 y ss., que requiere la aprobación judicial en interés de la familia y dentro de ella protegiendo a los que más lo necesitan.

Y al lado del Matrimonio, las Uniones de hecho cada vez más reguladas, evidenciando como el ordenamiento jurídico atiende y considera situaciones en que los sujetos dan la espalda al Derecho al no acudir –si es que pueden hacerlo– a contraer matrimonio.

4. La relación paterno-filial: tanto la matrimonial como la no matrimonial, así como la adopción, surten hoy los mismos efectos (art. 108 CC).

5. El mundo objetivo que rodea a la persona, en su yo individual, en su proyección exterior patrimonial, en su vida familiar no se extingue con su muerte natural. Por la sucesión mortis causa uno o varios sujetos de derecho ingresan o entran, subrogándose en la posición de su causante en las relaciones jurídicas transmisibles: la herencia comprende –dice el art. 659 CC– todos los bienes, derechos y obligaciones de una persona que no se extingan por su muerte. Testamento, Sucesión abintestato, Legítima (sucesión forzosa) constituyen los cauces para la continuidad de las relaciones jurídicas en la medida y con la importancia que la norma positiva considera (en el régimen del CC se parte del principio de la libertad dispositiva por la vía del testamento –y en su caso, sucesión contractual en los derechos forales–, con la consideración de que si hay “herederos forzosos” tienen derecho a una parte de los bienes de la herencia)

Los expuestos son pilares esenciales de la individualidad, que he tratado de destacar y que constituyen el contenido propio del Derecho Civil. Porque ante todo y sobre todo el ser humano es persona,

sujeto de derecho. Y luego será-es comerciante (empresario, Derecho Mercantil), trabajador por cuenta ajena (Derecho laboral, del Trabajo)... Y el Derecho Penal, no se olvide.

A modo de conclusión: si comencé hablando de la relación jurídica y de su materia o contenido (desde SAVIGNY), siendo su forma la regulación normativa, termino con el apunte de los conceptos jurídicos fundamentales insertos en las posiciones jurídicas en que pueden encontrarse los sujetos en las relaciones jurídicas (estudiados por HOHFELD). Son en resumen y ad exemplum:

1. Tengo el derecho de propiedad de x. Nadie más lo tiene; tienen el deber de abstenerse.

2. Tengo el poder de disponer de x. Lo que produce la sujeción de los demás al mismo.

Y en esta línea de precisión terminológica cabe añadir.

3. Me debes x euros. Si no los pagas te los reclamaré judicialmente (en su caso a los herederos aceptantes de la herencia) y todos tus bienes presentes y futuros garantizan la deuda.

4. Los cónyuges han de compartir las responsabilidades domésticas y el cuidado y atención de ascendientes y descendientes dependientes a su cargo (art. 68 CC; Ley 8-VII-2005).

5. Si se acepta la herencia pura y simplemente –no a beneficio de inventario– se responde de todas las cargas de la herencia no sólo con los bienes de ésta, también con los suyos propios (art. 1.003 CC). Si se repudia la herencia en perjuicio de sus acreedores pueden éstos tratar de cubrir sus créditos con ella y el exceso si lo hubiere no le pertenecerá al renunciante (art. 1.001).

6. La adopción –salvo concretas excepciones– “produce la extinción de los vínculos jurídicos entre el adoptado y su familia anterior” (art. 178 CC).

7. Si las raíces de los árboles vecinos se extienden en el suelo colindante, su dueño puede cortarlas por sí mismo dentro de su he-

redad; si se trata de ramas se tiene el derecho a reclamar que se corten en cuanto se extiendan sobre su propiedad (art. 592 CC; y es que el corte de las ramas debe hacerse "según arte").

8. El arrendador –arrendamiento de cosas– está obligado a mantener al arrendatario en el goce pacífico del arrendamiento (art. 1.554.3.º CC).

9. A, en su testamento lega a su esposa B el usufructo universal de la herencia y tras instituir herederos a sus tres hijos por partes iguales faculta a aquélla para distribuir y mejorar en los bienes, durante la vida de la fiduciaria, conforme lo considere en beneficio de la familia, en base al art. 831 CC.

10. Si existen legitimarios ¿han de intervenir de algún modo para que el heredero haga entrega de la posesión de los legados a los favorecidos?

11. En la sociedad civil cada socio puede asociarse a un tercero a su parte, pero el asociado no ingresará en la sociedad sin el consentimiento unánime de los socios (art. 1.696 CC).

12. Si el mandatario –dice el art. 1.717 del CC– obra en su propio nombre es el único obligado con quienes ha contratado, como si el asunto fuera personal suyo, excepto el caso de que se trate de cosas propias del mandante. Ello sin perjuicio de las acciones entre mandante y mandatario.

APUNTE BIBLIOGRÁFICO ESPECÍFICO

Derecho. Jaime GUASP. Madrid, 1971.

Estudios Jurídicos. J. GUASP (Pedro Aragoneses). Civitas, 1996.

El sujeto de derecho y la relación jurídica. Jesús VEGA. (GONZÁLEZ LAGIER). M. Pons. 2015

BIBLIOGRAFÍA ¿MUNDIAL? DE DERECHO DE FAMILIA (2005-2014)

(Parte I)

Gabriel García Cantero

Catedrático Emérito de Derecho Civil
(Universidad de Zaragoza)

SUMARIO

I. NOTA INTRODUCTORIA

1. Presentación
2. Rasgos descriptivos de la presente documentación bibliográfica
3. Visión global del contenido
 - A) Países con información completa
 - B) Países con información limitada
 - C) Países con información ocasional

II. BIBLIOGRAFÍA SOBRE DERECHO DE FAMILIA DE LOS PAÍSES CON INFORMACIÓN COMPLETA

1. Europa: a) Alemania; b) Dinamarca; c) Francia; d) Hungría;
e) Inglaterra y Gales; f) Irlanda; g) Noruega; h) Países Bajos;
i) Polonia; j) Suecia; k) Suiza
2. América: a) Canadá; b) Estados Unidos
3. África: a) Sudáfrica
4. Asia: a) Corea del Sur; b) República Popular China; c) India;
d) Países del Golfo Pérsico.
5. Oceanía: a) Australia; b) Nueva Zelanda

(Parte primera)

I. NOTA INTRODUCTORIA

1. Presentación de la obra

Me he propuesto, en este trabajo, recoger, sistematizar y exponer el contenido fundamental de las crónicas o trabajos publicados en *The International Survey of Family Law* (1) que, referidos a numerosos países de todos los continentes, anualmente edita la *International Society of Family Law* con arreglo a sus estatutos fundacionales [aprobados en la Kongresshalle de Berlín Oeste, el 12 abril 1975 (2)]. Uno de sus objetivos era la recogida y difusión de información

(1) Siglas para facilitar la lectura:

IS=*The International Survey of Family Law*. La sigla IS, seguida del año de edición, identifica el volumen citado: Así IS2014=*The International Survey of Family Law. 2014 Edition*.

La letra p. indica las páginas en que aparece la crónica en la edición considerada.

ISFL=*The International Society of Family Law*.

Las opiniones o comentarios personales del recensor suelen recogerse entre paréntesis en el texto, o en nota a pie de página.

(2) Se inicia esta colaboración al cumplirse 40 años del primer Congreso Internacional organizado por la Sociedad, al que el autor tuvo el honor de asistir en Berlín Oeste, si bien las gestiones fundacionales del prof. Zeev FALK se habían iniciado previamente en la Univ. de Birmingham en 1973. El tema de aquél fue *The Child and the Law*, y mi ponencia *Adoption in Spain*, apareció publicada en el vol. con idéntico título publicado en Nueva York, 1976, p. 283-296. Personalmente asistí luego al 5º Congreso Internacional celebrado en Bruselas (1985), sobre el tema *The Family. The State and the Individual Security*; al 6.º celebrado en Tokyo (1988), sobre *Issues of the Ageing in modern society*; al 7.º celebrado en Croacia (1991) sobre el tema *Parenthood: The legal significance of Motherhood and Fatherhood in a changing society*; al 8º celebrado en Cardiff (1994) sobre *Families across frontiers*; al 9º celebrado en Durban (Sudáfrica) (1997) sobre el *Changing Family Forms: World themes and African issues*. También participé en los Congresos internacionales siguientes: el 13.º celebrado en Viena (2008), el 14.º celebrado en Lyon (2011) y el 15.º en Viena (2014).

A lo largo de los años, el actual *International Survey* ha evolucionado en sus aspectos externos y formales: tuvo una fase previa con diferentes títulos y enunciados, en la que personalmente, con diversas crónicas, también he colaborado: *Spain: Family Law in the Eighties*, en "Journal of Fa-

en el campo del Derecho de familia mediante la publicación de un *Survey* relativo a los desarrollos experimentados por aquél a través del mundo, y la publicación de relevantes materiales sobre Derecho de familia presentados en Congresos organizados por la Sociedad.

Llegado a este punto, un lector medianamente exigente requeriría probablemente que se respondiera a algunas cuestiones previas: ¿Es la familia una institución jurídica universal? y, en caso afirmativo, ¿seguirá siéndolo en el futuro? Si la familia es una institución universal, ¿se debiera aspirar a que estuviera regulada de modo uniforme en todos los países del mundo? En tal hipótesis ¿no corremos el riesgo de realizar un trabajo inútil -o de escasa utilidad-, tanto si el modelo fuera universal como si cada uno de los estados del Planeta elaborara el suyo?

La historia nos enseña que, al menos desde el momento en que se han conservado documentos, la institución familiar ha estado presente en todas las civilizaciones, desarrollando funciones muy variadas (políticas, económicas, sociales, etc,) que han ido evolucionado a lo largo del tiempo, manifestándose unánimemente, al menos, que la familia resulta indispensable para asegurar la supervivencia y socialización de la especie humana. Durante los siglos XIX y XX, la fami-

mily Law" (1988-1989), p. 281-293. *Spain: Artificial insemination and other matters*, en id. (1989-1990) p. 614-618. *Spain: Sex change and the Courts*, en id. 1990-1991, p. 425-429. *Spain: Discrimination, status and choice*, en id. 1991-1992, p. 403-407.

Bajo la actual denominación: *Spain: Law of the protection of minors*. 1996, p. 451-459. *Spain: The Catalan Family Code of 1998 and others autonomous region Laws on "de facto" unions*. 2001 Edition. p. 397-404. *Spain "De facto unions", revisited*. 2003 Edition, p. 403-409. *Chile: Marriage and divorce in Chile*. 2005 Edition, p. 155-172.

De modo habitual he dado a conocer en España las actividades y publicaciones de la ISFL, recensionando en la "Revista Jurídica de Navarra" diversas publicaciones de la Sociedad. Así, el vol. *The changing Family: Family forms and family law*, ed. by Eekelaar and Nhlapo (Oxford 1998) en RJN núm. 27, enero-junio 1999, p. 467-472. Los sucesivos "*International Survey*" fueron recensionados así: 1994, en RJN núm. 21, p. 370-373; 1995, en id., núm. 23 p. 518- 522; 1997, en id., núm. 27, p. 464-466; 2000, en id., núm. 30, p. 513-522. 2001, en id. núm. 32, p. 358-364. 2002, en id., núm. 34, p. 580-598.

En ADC, 1997, p. 1443-1445, publiqué una *Crónica del IX Congreso Mundial de ISFL*.

lia en Europa ha sido objeto de un amplio debate doctrinal, pudiéndose concluir prudentemente del mismo que, a nivel planetario, no puede hablarse hoy de un modelo único, pues aquélla es institución sometida siempre a profundas y decisivas influencias culturales, religiosas, filosóficas, económicas y, últimamente, ideológicas y hasta técnicas y científicas. Siendo de notar, en los últimos decenios y, especialmente, debido a lo ocurrido en el siglo actual, que se manifiestan, con intensidad, poderosas corrientes doctrinales, –basadas en la difusión de las Declaraciones Universales de Derechos que incluyen a la familia en su articulado–, a lo que cabe añadir la importante labor de protección social y de mejora asistencial, desarrollada por la ONU, el Consejo de Europa, la Unión Europea y otras organizaciones regionales supraestatales. Las nuevas tecnologías están facilitando que se tienda a universalizar –y hasta banalizar–, el debate familiar, pero necesariamente ello no parece significar *urbi et orbe*, de modo ineluctable, la unificación conforme a un modelo que deba imponerse universalmente. Nada permite pronosticar, por otra parte, que, en un futuro próximo, la institución familiar vaya a desaparecer del horizonte social, aunque las concretas decisiones que actualmente adoptan los legisladores estatales reformistas pueden, en alguna medida, favorecer u obstaculizar los fines a cuyo servicio aparece, histórica y sociológicamente, destinada la misma.

Dedúcese en consecuencia, *prima facie*, que sí presenta utilidad ofrecer a los lectores españoles la amplia y puntual información mundial sobre Derecho de familia, acumulada en el último decenio (2005-2014) por el *International Survey*, singularmente rica y valiosa.

2. Rasgos descriptivos de la presente documentación bibliográfica

El equipo director del *International Survey* ha variado a lo largo del decenio, y si en 2005 el *General Editor* era el prof. Andrew Bainham, del Christ's College Cambridge, siendo *Associate Editor* para África, el prof. Bart Rwezaura, de la Univ. de Hong Kong, en 2014 el cargo de *General Editor* lo desempeña el prof. Bill Atkin, de la Univ. Victoria de Wellington (Nueva Zelanda), asociado con el prof. Fare-da Banda de la *School of Oriental and African Studies* (Londres). Si bien ello ha supuesto el traslado de la dirección de la revista a centros universitarios situados en nuestras antípodas, se mantiene no obstante dentro de territorios del *Common Law*, es decir, dentro del

mismo grupo de ordenamientos anglosajones; con todo, la visión sociológica de la familia parece haber variado en cierto modo para cada uno de aquellos editores generales.

También sería lícito interrogarse: El *International Survey* ¿es revista que convencionalmente podría calificarse de *conservadora* o *reformista*? ¿tradicionalista o abierta en todo o en parte a soluciones reformadoras o innovadoras?; de ser esto último, al cabo de los años ¿sigue creyendo corporativamente en las reformas progresistas o, de algún modo, sus directores y colaboradores han llegado a encontrarse un tanto decepcionados por determinados fracasos, *hic et nunc*, debido a las aventuradas transformaciones que han sido emprendidas en ciertos continentes y países? A mi parecer, la ideología de la ISFL en cada momento histórico es la de la mayoría que predomina en sus órganos directivos, aunque, en todo caso, con respeto escrupuloso y absoluto a la libertad de opinión de todos sus miembros (que siempre tendrán la posibilidad de expresar su opinión, trabajar por hacerla prevalecer democráticamente o, eventualmente, ejercer la opción de darse de baja de la Asociación). Por otra parte, por razones de edad quedan ya muy pocos miembros fundadores, de modo que normalmente la Sociedad está gobernándose en el siglo XXI por la generación siguiente.

El muestrario que ofrece la doctrina, expresa o implícita, de los autores de las sucesivas crónicas aparecidas en el decenio elegido para la recensión resulta, a este respecto, paradigmático: Son abundantes en él las crónicas que, para entendernos, calificaré de *avanzadas* o *progresistas* (pertenecientes a países, o territorios tales como Holanda, Inglaterra y Gales, Suecia, Noruega, Canadá o Sudáfrica); no faltan, sin embargo, las posiciones más *tradicionales*, de expresa inspiración cristiana (Irlanda, Polonia) o por razones meramente históricas (Hungría); incluso otras manifiestan sus pronósticos sobre el éxito de las reformas familiares. También hay posturas cautas o prudentes, por ejemplo, por razones internas (como la amenaza que implica la posibilidad del referéndum vinculante: Suiza); sin olvidar los serios problemas jurídicos que, en sociedades secularizadas, están planteando con sus actividades los mormones y otros grupos religiosos minoritarios, en USA y Canadá; asimismo, debe subrayarse la exposición generalmente objetiva que se hace de los regímenes familiares propugnados por las diversas escuelas musulmanas del Corán (en países como Irán, Emiratos Árabes o Malasia), o del confucianismo

más tradicional, por ejemplo en orden a las consecuencias jurídicas actuales del adulterio, conservadas en la modernizada legislación familiar de Corea del Sur. Una reiterada propuesta de *convivencia pacífica* entre una profunda diversidad religiosa se nos hace, con insistencia, desde la Federación India, invocando su carácter federal y laico, aunque profundamente respetuosa con las diversas tradiciones del país (hindú, musulmana y cristiana). Y, por otra parte, llama la atención el caso norteamericano (en realidad, USA es un verdadero continente de sistemas familiares adscritos casi unánimemente al *Common law*, con amplias competencias sobre la familia pertenecientes a cada estado, junto a las no menos importantes que corresponden a la federación). Cada año se ha encomendado a un diferente profesor, de distintas Universidades, la redacción de la crónica respectiva, polarizada en algún tema fundamental de la mayor actualidad, con variedad de perspectivas, juicios valorativos y prognosis.

Ha de reconocerse que la información bibliográfica requiere dosis importantes de objetividad en el que la proporciona, y me parece oportuno señalar que en la gran mayoría de crónicas estudiadas aquí prima aquélla destacadamente, sin que, por otra parte, habitualmente cada autor haya renunciado a opinar personalmente sobre los actos del poder legislativo, judicial o administrativo del país en cuestión en relación con el Derecho de familia.

3. Visión global del contenido

Cada crónica, redactada en inglés, está precedida de un breve resumen en francés. Se exponen sucesivamente en cada volumen por orden alfabético, con la terminología inglesa. A una media de 25 colaboraciones por cada número anual del IS, podemos calcular en torno a un total global de 250 las crónicas o trabajos que aquí se van a considerar. Pero sería erróneo suponer que hay coincidencia en la identidad de los países tratados cada año. Se ha aspirado a un difícil objetivo de totalidad representativa, y, al no alcanzarse en cada número, se aspira a la mayor representatividad; así los sucesivos responsables del *International Survey* se han propuesto, cada año, cubrir los fallos o ausencias (3) que reiteradamente advertían, con

(3) En Europa, salvo Francia, que ha seguido un camino propio de elaboración de estas crónicas, dentro del elenco de colaboradores del IS, los

éxito ciertamente diverso. Pero me parece que debe considerarse *hic et nunc* la perspectiva del lector español (acaso no del todo extensible al hispanoamericano). Según la *praxis* de las nuevas generaciones de familiaristas españoles, me parece advertir que éstos prefieren utilizar para sus investigaciones las fuentes directas italianas o francesas. En cambio, es bastante posible que les sea de amplia utilidad la consulta en el *International Survey* de la doctrina alemana u holandesa (o de otros países europeos) en inglés, y casi con seguridad se leerán también con interés los trabajos de especialistas en Derecho de Familia de los mismos países anglosajones (tan variados, como Reino Unido, Irlanda, USA, Canadá, Australia o Nueva Zelanda).

Habitualmente cada número de la revista se ha iniciado en el decenio con una colaboración titulada *Annual Review of International Family Law*, debida a la prof.^a Ursula KILKELLY (Faculty of Law, University College of Cork), quien en 2009 se asocia a la estudiante de doctorado Elaine O'CALLAGHAN, que al año siguiente asume la responsabilidad de la crónica, siendo sustituida en 2013 por la prof.^a Louise Crowley, ambas de la misma Universidad. Crónica que, inopinadamente, desaparece del *International Survey* (¿definitivamente?) en 2014. Cada crónica se ocupaba sucesivamente de la legislación de la ONU, Consejo de Europa, jurisprudencia del TEDH, y normativa emanada de la UE, ofreciendo solvente información. Con

países latinos estamos realmente poco representados, superándonos, por ejemplo, en abundancia informativa los países nórdicos. Los antiguos países del Este europeo están empezando a comparecer en el *International Survey* con bastante regularidad (así Serbia, Hungría, Polonia), aunque resulta llamativa la casi *no presencia* de Rusia. Mientras la América angloparlante está puntualmente representada, los países iberoamericanos apenas si empiezan a darse a conocer (cfr. los recientes intentos de Argentina, Brasil y México). En África son escasas las crónicas fijas en *International Survey* (lo es, puntualmente, Sudáfrica, y a duras penas, Nigeria) siendo algo numerosas las apariciones ocasionales de otros países, pero sin continuidad. En Asia, hay, en el IS, estados fijos (Japón, China, India) y otros más bien ocasionales o circunstanciales (Sri Lanka, Hong-Kong, Singapur, Malasia). En nuestras antípodas, son crónicas fijas las de Australia y Nueva Zelanda, debiendo resaltarse, por encomiable, el propósito de dar a conocer la legislación familiar de los nuevos y dispersos micro-estados del Índico, con nombres para nosotros exóticos, como Tonga, Vanuatu, Islas Fiji, Salomón o Samoa, cuya legislación familiar y sistema jurídico desconocemos habitualmente.

todo pienso que, globalmente, su interés bibliográfico entre nosotros podría ser escaso pues los interesados –fundamentalmente, cultivadores del DIP– manejan habitualmente sus fuentes propias de información.

Como criterio expositivo de las fuentes bibliográficas tenidas en cuenta, las he agrupado en tres grandes grupos:

A) Países con *información completa*

Se trata de países de los que se ofrece información completa, tanto de su sistema jurídico general y del régimen familiar en particular, o que tendencialmente resulta serlo. Los países se agrupan por continentes, y dentro de cada uno de éstos, por orden alfabético español.

B) Países con *información limitada*;

Se trata de países de los que sólo se ofrece una información parcial en ambos aspectos (régimen general y familiar), aunque la promulgación de algún texto normativo o alguna importante sentencia o disposición legislativa, de países del *Common Law*, pueden influir decisivamente en la regulación de determinados sectores familiares.

C) Países con *información ocasional*

Se trata, por último, de países de los que sólo se ofrece información ocasional o circunstancial, a veces con indicaciones generales descriptivas del país en cuestión, en ocasiones, como he advertido, poco conocido entre nosotros.

II. BIBLIOGRAFÍA SOBRE DERECHO DE FAMILIA DE LOS PAÍSES CON INFORMACIÓN COMPLETA

He seleccionado para este grupo inicial un total de 20 países cuyas crónicas ofrecen obviamente abundante información, tanto en general del sistema jurídico vigente, como del Derecho de familia; crónicas cuyo contenido expongo alfabéticamente agrupadas por continentes.

Europa. Es el grupo continental, obviamente, el más numeroso, que incluye a los siguientes países: Alemania, Dinamarca, Francia, Hungría, Inglaterra y Gales, Irlanda, Noruega, Países Bajos, Polonia, Suecia y Suiza.

América: Canadá y Estados Unidos (USA).

África: Sudáfrica.

Asia: Corea del Sur, China, India y Países del Golfo Pérsico.

Oceanía: Australia y Nueva Zelanda.

1. Europa

a) Alemania (4)

No puede olvidarse que el Estado alemán es uno de los modernos países europeos que más transformaciones internas e internacionales ha experimentado, en su entidad, a lo largo del siglo xx por causa del nazismo y del comunismo. Derrotado en ambas guerras mundiales, caído el Imperio, se rigió primero por la Constitución de la República de Weimar, utilizada por algunos Estados europeos como modelo en su época, pero que luego permitió el acceso democrático al poder del partido nazi que instauró un poder totalitario causante del Holocausto y de innumerables violaciones del Estado de derecho; y que desencadenó la II.^a GM sustentada inicialmente por el llamado Eje Berlín-Roma, al que se adhirió el País del Sol Naciente tras el sorpresivo ataque nipón en Pearl Harbour a la escuadra norteamericana. La paz supuso obviamente graves consecuencias para Alemania, –incluyendo los Juicios de Nuremberg contra sus dirigentes, por delitos contra la humanidad–, que vio dividido su territorio entre dos estados independientes, la República Federal con capital provisional en Bonn (BDR), y la República Democrática sujeta a la disciplina de la URSS (DDR). Después de una larga separación, la inesperada caída del Muro de Berlín permitió

(4) El término *Deutschland*, se traduce en español usualmente por *Alemania*, con la misma raíz que en francés *Allemagne*, mientras que en inglés se prefiere *Germany*. Como entidad política Alemania es un estado nacido en el siglo xix, que no comprende, de hecho, a la totalidad de población europea que habla alemán, y que etimológicamente sólo alude a alguno de los pueblos habitualmente denominados *germanos* en las Edades Antigua y Media que ocupaban el norte y centro de Europa; en cambio, parece demasiado genérica la moderna y usual designación inglesa.

una rápida reunificación política y la sucesiva extensión de la legislación democrática alemana occidental al resto del país. Alemania Federal reconstruida había sido miembro fundador del MC firmando el Tratado de Roma de 1957, y en la actualidad es uno de los estados más influyentes de la UE. Jurídicamente es un modelo de Estado de Derecho, regido por la inicial Constitución de Bonn (1947) que estableció una República Federal con precisa distribución de facultades entre los *Länder* y el Gobierno Federal, un Poder Judicial eficaz, prestigioso e independiente, y un respetado TC cuyas decisiones han influido muchas veces en el Poder Legislativo a la hora de modernizar normas concretas y hasta instituciones familiares completas del ya retrasado BGB de 1896 (habiendo sido derogado casi *in toto* y automáticamente la regulación familiar de la DDR al decretarse la *Einheit* política, en 1989).

IS2005 (p. 253-266): Nina DETHLOFF (Univ. Bonn), *Redefining the position of fathers in German Family Law*.

IS2006 (p. 217-235): Nina DETHLOFF and Kathrin KROLL (Univ. Bonn), *The constitutional Court as driver of reforms in German Family Law*.

Se advierte que en Alemania las normas que regulan el Derecho de Familia son más abundantes que en ningún otro sector del Derecho civil. Desde que hace más de medio siglo entró en vigor la *Grundgesetz* (GG, Constitución) de Bonn son numerosos los recursos ante el TC en materias tales como la protección particular del matrimonio en la familia (art. 6.1 GG), los derechos y deberes naturales de los padres respecto del cuidado y educación de los hijos (art. 6.II GG), la igualdad entre los hijos nacidos dentro y fuera del matrimonio (art. 6.IV GG), las garantías de la igualdad entre hombre y mujer (art. 3, II y III GG), y, por último, las libertades individuales formuladas generalmente en el art. 2, I GG. Inicialmente el TC sancionaba las normas que violaban gravemente estos preceptos constitucionales, pero últimamente aquél ha tratado de compatibilizar las normas que comienzan a regular formas alternativas de familia, o bien a sugerir la promulgación de reformas. Así, no se ha declarado inconstitucional la Ley de 2001 (*Gesetz zur Beendigung der Diskriminierung gleichgeschlechtlicher Gemeinschaften*) que brinda a gays y lesbianas una forma legal de unión

(5) que establece un estatuto próximo, aunque diferente, del matrimonio. Pero el legislador ha promulgado al poco su reforma mediante la *Gesetz zur Überarbeitung des Lebenspartnerschaftsrecht* de 15 diciembre 2004, que modifica algunos aspectos (no actúa como impedimento para un matrimonio posterior con otra persona, le aplica el régimen patrimonial de la participación de ganancias, y establece un deber de asistencia, incluso después de la ruptura), pero no otros (no permite adoptar conjuntamente a los miembros de la unión civil, prohibición que ambas autoras critican (IS2006 p. 224 s.) pues impide la asimilación total al matrimonio. En IS2005 (p. 253) se alude a la ampliación de derechos que los tribunales formulan reiteradamente, respecto de los padres no casados, si bien todavía resulta discriminada la madre; si se viola el derecho de visita hay obligación de indemnizar daños y perjuicios; se puede obligar judicialmente al padre no custodio a ejercer aquél.

IS2007 (p.85-99): Kathrin KROLL (Univ. Bonn), *The reform of German maintenance Law*.

Se analiza la *Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des unterhaltsrecht* de 2006 a la vista del cambio de circunstancias. Entre 1950-2004 el índice de matrimonialidad ha descendido del 11 ‰ al 4,8 ‰. En los matrimonios celebrados en 2004 se observa que el 38 % tiene algún miembro divorciado y que carecen de hijos el 50 %. El índice de divorcialidad del periodo 1970-2003, pasa del 15 % al 43 %. En 2004 hay 2,4 millones de uniones de hecho, las cuales en el periodo 1996-2004 han crecido el 34 %. Los 2/3 del mercado laboral están representados por mujeres solas con hijos menores de 3 años. El proyecto contempla especialmente los alimentos de cónyuges divorciados con la finalidad del bienestar del hijo, reforzando el principio de autosuficiencia postdivorcio y la simplificación de la normativa. La autora critica la falta de delimitación del principio de la *solidaridad postdivorcio*

IS2008 (p. 119 ss.): Nina DETHLOFF and Kathrin KROLL (Univ. Bonn), *Strengthening children's rights in German Family Law*.

Analizan las vicisitudes que ha experimentado el Proyecto de reforma sobre el derecho de alimentos, especialmente por varias ss.

(5) El término inglés es *Registered Partnership*.

del TC, y que, una vez aprobado, entraría en vigor el 1.º enero 2008. También se ha modificado el sistema de protección de la juventud. Dado que la GG no habla expresamente de la protección de menores, las autoras proponen como más adecuada actitud práctica la actuación conjunta de la jurisdicción federal, de los *Länder* y de los municipios para asegurar mejor la protección del menor, en espera de la oportuna reforma constitucional.

IS2010 (p. 133-147): Nina DETHLOFF , *Equality, access to justice and the prevention of misuse in Family Law*.

Analizan una pluralidad de normas sectoriales: i) Prevención de abusos en materia de reconocimiento de la paternidad (en vigor en 2008); ii) División de los bienes familiares en caso de divorcio (en vigor en 2009); iii) Guarda y custodia (id); iv) Reforma estructural del ajuste de pensiones de retiro en caso de divorcio; v) Reformas procesales en materia familiar, contenciosas y de jurisdicción voluntaria; y vi) Reforma de sucesiones y prescripción de acciones, en vigor desde 1.º enero 2010.

IS2011 (p. 199-209): Nina DETHLOFF and Alexandra MASHWITS (Univ. Bonn), *Courts strengthening equality and new ways in cross-border matrimonial property questions*.

En aplicación de resoluciones del TEDH y del TC alemán se ha reforzado la posición jurídica de los padres no casados o de aquéllos cuya paternidad no haya sido todavía reconocida. En materia de derecho de visita la jurisprudencia tiende a equiparar a las uniones de hecho con el matrimonio. Además Alemania ha firmado con Francia el Acuerdo de 4 febrero 2010 que establece un régimen legal de bienes común y optativo para los matrimonios mixtos franco-alemanes que se celebren en el futuro.

IS2014 (p. 147-152) : Luise HAUSCHIL (Univ. Bonn), *Reforming the Law on parental responsibility*.

La Ley de 16 abril 2013 modifica los parágrafos 1626 a) y 1672 BGB respecto del *elterliche Sorge* o responsabilidad parental de padres no casados, al haber sido declarados inconstitucionales aquellos preceptos. Se analiza la finalidad de la reforma y sus objetivos fundamentales, así como sus principios inspiradores, haciéndose eco de las primeras críticas de la doctrina y de la práctica. Transcu-

rrido el primer quinquenio de vigencia, el Parlamento examinará los resultados de la aplicación de la nueva ley. La autora recuerda que *the child's best interests need to remain the primary focus of the law* (p.151).

b) Dinamarca

Con carácter general las crónicas danesas no son ni numerosas ni profusas en datos, pero sí aportan los datos suficientes para que el lector compruebe la coincidencia del sentido con las reformas legislativas familiares escandinavas en el decenio considerado, sin perjuicio de que difieran en algunos detalles.

IS2005 (p. 203-215): Ingrid LUND-ANDERSEN (Univ. de Aarhus), *Focus on the legal status between children and parents*.

Las reformas relativas a las relaciones paterno-filiales se inician a partir de 1996. Así en 1999 se otorga al miembro de una pareja no casada registrada el derecho de adoptar al hijo de su compañero, salvo que el menor sea extranjero. En 2001 se atribuye tanto a los casados como no casados la autoridad compartida sobre los hijos, bastando que al tiempo del nacimiento declaren asumir conjuntamente su cuidado. Madre es siempre legalmente la mujer que da a luz al hijo. La paternidad no puede imponerse al donante de espermatozoides a un banco. En 2003 se regula la sustracción de menores, que siempre es causa de divorcio. El legislador trata de reducir la litigiosidad matrimonial, patrocinando un proceso matrimonial flexible, informado y favorable a las soluciones amistosas. En 1997 se regula por primera vez la procreación asistida, inicialmente no accesible a los homosexuales, pero dos años más tarde se les autoriza a utilizarla.

IS2011 (p. 157-164): Ingrid LUND-ANDERSEN, *Registered and unmarried partners in Denmark. Recent legal developments*.

En 2010 se han derogado las normas restrictivas respecto de parejas del mismo sexo en la normativa sobre adopción y derecho de guarda. La autora opina que se abre la vía al reconocimiento legal de tales uniones una vez que el gobierno conservador de centro-derecha pierda las elecciones en beneficio del partido social-demócrata. Sociológicamente: en 1990 se inscribieron 645 parejas del mismo sexo;

en 2009 aparecen inscritas 10.073 hetero y homosexuales; en 2002 había 266 parejas con hijos, mientras que en 2009 se han inscrito 702 parejas de hecho con hijos. En los ámbitos eclesiásticos la Iglesia nacional danesa ha acordado por mayoría que a las parejas homosexuales se les ofrezca una ceremonia diversa de la matrimonial. En materia sucesoria en 2007 se permitió que los miembros de la pareja homosexual pudieran instituirse herederos testamentarios, pero no se les reconoce el derecho a heredar abintestato.

IS2013 (p. 83-89): Marianne HOLDGAARD (Univ. de Aalborg), *Important recent developments in Danish Family Law*.

La autora los agrupa bajo la rúbrica del *derecho del ciudadano a optar o a decidir*: i) Matrimonio homosexual, (con oposición de la Iglesia oficial a que la ceremonia religiosa sea idéntica a la del matrimonio heterosexual); ii) Guarda compartida respecto de los hijos; iii) Derecho del menor a ser oído; iv) Reconocimiento de las relaciones del menor con los terceros, incluyendo el derecho de acudir a los tribunales; v) Inseminación artificial con donante anónimo; vi) Liquidación de bienes comunes en caso de ruptura, que puede acompañarse de la designación judicial de un administrador que gestione la ayuda social al miembro más necesitado; vii) Posibilidad de variar la cuota hereditaria igualitaria al cónyuge o pareja. La *monogamia sucesiva* es común y la familia no es un fenómeno estático sino dinámico. La pluralidad de divorcios aumenta la necesidad de un procedimiento público eficaz para repartir después del divorcio las adquisiciones. A juicio de las autoras, el principio de individualidad y las nuevas formas familiares pueden servir de fundamento para reconocer el derecho a casarse a las parejas homosexuales (p. 89).

c) Francia

Las Crónicas familiares galas han evolucionado en este decenio desde una redacción unipersonal hasta otra de carácter más bien colectivo bajo la supervisión del Director del Centro de Derecho de la Familia (Lyon), sin perjuicio de conservar finalmente la impronta personal de cada autor. Siendo de mencionar el meritorio intento de dicho Director que supuso realizar una edición íntegramente en lengua francesa del IS, lo que sólo se logró durante un año. La calidad de los miembros del Equipo que actualmente elabora cada Crónica

puede estimular su consulta por parte de los numerosos familiaristas españoles.

IS2005 (p. 241-251): Hugues FULCHIRON (Univ. Lyon-3), *The new French Divorce Law*.

Al cumplirse casi treinta años de la Ley de 1975, inspirada por el Decano Carbonnier, se promulga la Ley de 26 mayo 2004, que mantiene el carácter judicial del divorcio y sus causas, en parte coincidentes con las anteriores, pero, en realidad, transformándolas. El legislador quiere modernizar el divorcio con una ley que simplifica y aligera el procedimiento, al tiempo que pacifica los conflictos facilitando los acuerdos entre los cónyuges con la mediación, permitiendo una rápida solución sobre las cuestiones patrimoniales. Se privilegia el divorcio de común acuerdo, y por ruptura irremediable del vínculo conyugal, quedando como residual el divorcio por culpa. Se separan los efectos de las causas o motivos de la ruptura; se flexibilizan las compensaciones económicas; trata de conseguir que el mismo juez que lo pronuncia resuelva todos sus efectos. Concluye el autor (p. 250 s.) afirmando que se elimina el carácter institucional del matrimonio, convirtiéndolo en una cuestión de derechos individuales y libertades. Indirectamente esta nueva concepción de la ruptura legal ha de influir en el concubinato y en el matrimonio homosexual. Esta ley hace derivar el matrimonio desde la esfera pública a la privada.

IS2006 (p. 203-216): Hugues FULCHIRON, *Egalité, vérité, stabilité: The new French Filiation Law after the Ordonnance of 4 July 2005*.

La Ordenanza de 4 julio 2005 ha revolucionado el Derecho francés de la filiación. En nombre de la *legalidad* desaparecen las categorías de *hijo legítimo* e *hijo natural*. Se muestra respetuoso con la verdad biológica, aunque unifica las acciones para impugnar ambas. Pero su propósito de garantizar la estabilidad de la filiación las ha sometido a plazos razonables, cuya extensión se vincula a la ausencia de posesión de estado.

IS2008 (p.105-117), Hugues FULCHIRON, *A new Law for the protection of Adults*.

Muchas voces reclamaban la reforma de la Ley de 1968, de protección jurídica de los mayores, propugnando agilizar el sistema,

facilitando la protección y, sobre todo, permitiendo anticiparla antes de que se precisara efectivamente por el mayor. La nueva Ley de 5 marzo 2007 no altera el esquema general en vigor (la tutela como sistema de representación; la curatela, de asistencia; y la salvaguardia de la justicia que debilita la eficacia jurídica de los actos realizados por la persona protegida). Se añade, a instancia del protegido, el mandato de protección futura. Con ello se coloca a la persona en el centro de su protección, garantizando el respeto de sus derechos y de su dignidad y seguridad.

IS2011 (p. 187-198), Centre de Droit de la Famille de Lyon, sous la supervision de H. FULCHIRON, *Review of Family Law in 2010*.

Los autores de la crónica –miembros del Centro– se hacen eco de los grandes debates desarrollados en Francia en el último decenio por el no reconocimiento del matrimonio entre personas del mismo sexo, opinando que parece probable que el Derecho europeo no obligue a legalizarlo en cada uno de los países miembros. Pero el reconocimiento de las uniones homosexuales celebradas en otros países puede originar graves problemas, especialmente si son comunitarios. Se examinan también otras situaciones similares (concubinato, PACS) y su aproximación al matrimonio al menos en cuanto a ciertos efectos (civiles, fiscales, etc.), el parentesco homosexual, la adopción por homosexuales, la evolución seguida por los Tribunales de Familia, la simplificación del divorcio, así como la prohibida y controvertida maternidad por sustitución.

IS2012 (p. 91-114), Centre de Droit de la Famille de Lyon (Univ. Jean Moulin, Lyon-3), *A Chronique of Family Law in 2011*.

Aunque no hay cambios profundos, a veces algunas resoluciones judiciales pueden ser la premisa de ulteriores modificaciones. Doctrinalmente se sigue debatiendo sobre la aproximación entre las diversas formas de conyugalidad y el constante contencioso judicial sobre la coparentalidad en las familias homosexuales. También los cambios políticos pueden originar importantes reformas legislativas en el futuro. Se destacan algunos puntos: i) La Ley de 10 diciembre 2009 otorga prioridad a la cuestión de constitucionalidad; ii) El Reglamento Roma III sobre la ley aplicable al divorcio y separación de cónyuges ha sido aceptado por 14 estados de la UE; iii) El Cód. Militar de pensiones se aplica sólo a los casados, y no ha sido decla-

rado inconstitucional; iv) Aunque la Ley de 18 marzo 2011 otorga competencias a los Abogados en materia de familia, sin embargo el PACS es monopolio de los Notarios; v) La Ley de 4 marzo 2012 atribuye la autoridad parental conjunta tanto si conviven, o no, los padres; vi) La STDH de 15 marzo 2012, *Gas and Dubois vs. France*, declara conforme a la Convención de 1950 la prohibición a un homosexual de adoptar al hijo de su pareja; vii) La Ley de 7 julio 2011, completando las de 1994 y 2009 sobre procreación asistida, guarda silencio sobre la maternidad subrogada, lo que se interpreta en el sentido de que la prohíbe.

IS2013 (p. 119-132), Centre de Droit de la Famille de Lyon, *A Chronique of French Family Law*.

Los temas desarrollados son: i) Sobre el Proyecto de Ley que autoriza el matrimonio homosexual, se preguntan los autores: ¿meramente simbólico o auténtica revolución jurídica?; ii) Los jueces exigen prueba estricta del cambio de sexo para autorizar su inscripción en el RC; iii) Está emergiendo una interpretación más amplia en materia de prestaciones familiares para permitir que Francia alcance el índice mínimo de fertilidad de 2,1 hijos por mujer; iv) Se formulan algunas reservas al acuerdo franco-alemán sobre régimen económico de matrimonios mixtos.

IS2014 (p. 127-146), Centre de Droit de la Famille de Lyon (6), *A Chronique of French Family Law*.

Después del triunfo de la izquierda en las elecciones de 2012, la admisión del matrimonio homosexual aparece como una de las reformas del Derecho de Familia entre sus proyectos sociales. Además de su valor simbólico, el legislador tiene, en atención al interés de los hijos, el propósito de alinear al Derecho galo con las realidades y aspiraciones de la sociedad. *Marriage for all* fue una consigna, contrarrestada –sorprendentemente– por cientos de miles de ciudadanos que manifestaron, en las calles de París, su adhesión al *matrimonio tradicional*, y, especialmente, su hostilidad hacia las familias homosexuales. Fulchiron recoge ese punto de vista: *the child is entitled to his father and mother; "one child=one dad + one*

(6) Cada apartado de la Crónica aparece personalizado con su autoría.

mom" was the demonstrators motto. Finalmente la Ley de 17 mayo 2013 aprobó el reconocimiento del matrimonio homosexual, siendo rechazado el recurso de inconstitucionalidad, y también se denegó la objeción de conciencia a los funcionarios encargados del Registro Civil, conminándoles, caso de alegación, con sanciones civiles, penales y administrativas. Esta crónica anual ofrece características singulares, iniciándose con la afirmación de que el Derecho francés de familia, desde hacía bastante tiempo, no había conocido un periodo tan agitado, y, así, antiguas problemáticas siguen planteándose mientras surgen otras nuevas –como la Ley aludida– si bien la reforma que todos esperan, la magna ley sobre la familia, sigue retrasándose, difiriéndose, suspendiéndose... La docena de cuestiones encomendadas a cada uno de los miembros del Centro de Lyon se abre con la de su Director que la intitula *Desventuras de la "Gran Ley sobre la familia": Una comedia "a la francesa"*. Sucesivas cuestiones tratadas: i) Es constitucional que se otorgue exclusivamente a la mujer extranjera casada con un nacional galo el permiso de residencia; ii) Se debate una reforma de la ley de aborto con amplias discusiones; iii) Hay propuestas de reforma del procedimiento del divorcio consensual y la simplificación de la PACS que se tramitaría exclusivamente ante el RC; iv) Se trata de mejorar las prestaciones familiares; v) Y de simplificar los certificados exigidos para las inscripciones en el RC con perspectiva europea; vi) Hay dudas de si el matrimonio homosexual puede aplicarse a las relaciones franco-marroquíes, regidas por la Convención bilateral de 10 agosto 1981; vii) No ha variado el criterio del TS sobre el rechazo de la maternidad subrogada practicada por ciudadanos franceses en el extranjero y que pretenden sea reconocida en Francia; viii) En un supuesto sumamente raro, la STS de 4 diciembre 2013 estimó la validez del matrimonio celebrado entre un ex-suegro y una ex-nuera, prohibido por el art. 161 Cc, alegando que había prescrito el plazo de 30 años para impugnarlo.

d) Hungría

Se ha incorporado Hungría a este grupo, pese al retraso en su colaboración bibliográfica por ser un país, de algún modo, paradigmático de la antigua Europa del Este, que después de la caída del Muro se adhiere al sistema jurídico occidental, con una historia singular

y una codificación de la época comunista cuya ulterior reforma se gesta, con diversas vicisitudes, en el decenio considerado.

IS2009 (p. 203-213): Orsolya SZEIBERT (Univ. Eötvös Lorand, Budapest), *Cohabitation, registered partnership and their financial consequences in Hungary*.

El número de parejas de hecho está en constante progresión, lo que lleva a los juristas a estudiar su estatus. El CC húngaro de 1959 reconoce uniones de hecho, homo- y heterosexuales, pero el TC ha declarado reiteradamente que el matrimonio está constitucionalmente protegido, lo que excluye reconocer el matrimonio homosexual. En las actuales discusiones parlamentarias sobre el nuevo CC se refuerza bajo estrictos requisitos la unión de hecho en sus aspectos personales y patrimoniales. En 2007 se aprobó una Ley sobre el partenariado registrado, tanto homo- como hetero-sexual, pero el TC lo anuló en diciembre 2008. En 2009 se ha aprobado una ley aplicable sólo a los homosexuales (requiere diez años de duración, carece de efectos sucesorios y establece un régimen de comunidad de bienes), pero se ha diferido su entrada en vigor.

IS2010 (p. 179-187): Orsolya SZEIBERT, *Maintenance of former spouses, registered partners and cohabitants in Hungary according to the existing rules and in the new Civil code*.

Sintetiza las tres formas de conyugalidad: matrimonial (sólo heterosexual); partenariado inscrito (sólo homosexuales); simple cohabitación (para todos, con reducidos efectos en el CC). La crónica trata de los alimentos: en el matrimonio hay deber recíproco de mantenimiento; en el partenariado, una pretensión alimenticia a favor del ex-partner; entre cohabitantes, la llamada *solidaridad material*. La Ley de 2009 sobre partenariado inscrito ha entrado en vigor en julio de 2009, y en ella se establece un deber alimenticio igual que a los cónyuges. Según el CC los cohabitantes sólo pueden reclamar alimentos en caso de necesidad si ha durado diez años (basta con un año, de haber hijos comunes).

IS2011 (p. 211-220): Orsolya SZEIBERT, *How cohabitants and registered partners can or can not be a child's legal parents in Hungary with a special view to the "pater is est" principle for cohabitants*.

En el último decenio se han regulado las diferentes formas de unión sexual con diversidad de efectos, examinándose, en particular, las relaciones padres-hijos en el partenariado inscrito y en la simple cohabitación. Los cónyuges tienen un régimen que facilita su reconocimiento en calidad de padres y madres. Hay especiales situaciones más difíciles cuando se aplican las reglas *mater semper est* y *pater is est*, o el régimen de la adopción, al partenariado y a la cohabitación. Hay muchas propuestas de reforma para facilitarlas. En algunos casos, como el partenariado o el concubinato no inscritos, la dificultad se convertirá casi en imposibilidad.

IS2012 (p. 115-122): Orsolya SZEIBERT, *Partnerships in Hungary in the blight of the new legal development: Status or contract?*

El título de la crónica trasluce la decepción del autor por el resultado de las reformas familiares, pues si previamente se aceptaba que el concubinato constituía una mera relación contractual, se esperaba que la *registered partnership* se calificase de *status*. Se tiene en cuenta la jurisprudencia sobre el régimen económico del matrimonio, los acuerdos matrimoniales sobre los bienes, y las relaciones que los concubinos mantienen sobre sus bienes. En 2012 entrara en vigor la Ley de protección de la familia y también el CC que incluye la regulación de la familia (a diferencia del CC de 1959). Esta variada legislación ofrece coincidencias, aunque también hay algunas divergencias, en la materia aquí debatida. En abril de 2011 se aprueba la nueva Constitución para entrar en vigor en enero de 2012 y que exalta la función de la familia como principal estructura de la sociedad. Se protege a la familia basada en la unión libremente establecida entre un hombre y una mujer, y que sirve de base a la supervivencia de la nación. También en el Proyecto de CC el matrimonio es la unión sexual privilegiada, junto al cual se regulan, con menores efectos jurídicos, el partenariado inscrito y el concubinato.

IS2013 (p. 143-150): Orsolya SZEIBERT, *Parental responsibilities and the child's best interest in the new Hungarian Civil code.*

Me parece la crónica más relevante de las publicadas por el autor en el decenio, centrada en la aprobación del CC cuya elaboración se inició en 1998 y que se ha aprobado definitivamente por el Parlamento en febrero de 2013, con entrada en vigor el 15 de marzo siguiente, fecha simbólica y significativa para el país, por coincidir

con el primer día de la Revolución de 1848. El texto se ha publicado en la Gaceta Oficial del 26 febrero 2013. Consta de siete libros, dedicándose el IV al Derecho de familia. Una Comisión de expertos, coordinados por el Prof. Lajos Vékás, publicó en 2008 unas Propuestas, aceptadas fundamentalmente como los Principios fundamentales del nuevo CC, a excepción del primero que ha seguido más de cerca lo dispuesto en la Constitución en vigor desde 2008 y en la Ley de 2011 sobre protección de la familia. Los Principios del Libro de la familia son los siguientes: i) Protección del matrimonio y de la familia; ii) Protección del interés del menor; iii) Igualdad de los cónyuges; y iv) Equidad y protección de la parte más débil. En particular la crónica analiza el ejercicio de las responsabilidades parentales que deben ejercerse en interés del desarrollo físico, mental y moral del menor. Sólo excepcionalmente pueden restringirse o suspenderse tales responsabilidades por los tribunales o por decisión del tutor en los casos establecidos en una ley. Se recoge el derecho del menor a ser oído según la Convención de 1989. Compartir estas responsabilidades es la regla general cuando los padres conviven; en otro caso se propone que lo pacten los padres o, en último término, lo imponga el Tribunal. El autor considera insuficiente esta regulación y escasa la aplicación por los tribunales, los cuales, además, pueden extinguirla cuando la cooperación entre los progenitores no es factible. Pueden imponer el recurso a la mediación. El nuevo CC detalla los derechos y obligaciones del progenitor no residente, aunque el incumplimiento de estas últimas a veces carece de sanción. Al ser nuevo el ejercicio compartido de las responsabilidades parentales con la obligación de lograr el mejor interés del menor, estima el autor que se inicia una nueva vía en la aplicación del Derecho de familia que se facilitará con la flexibilidad de las nuevas normas que se adaptarán mejor al cambio de circunstancias sociales.

e) Inglaterra y Gales

Estas crónicas puntualmente publicadas cada año por su autora con atrayente estilo personal –que agradará, incluso, a lectores no juristas–, significan una orientación que suele calificarse de *progresista*, recogida en la rotunda –para no pocos, exagerada– afirmación conclusiva de aquélla al exponer dos leyes inglesas de 2004: *The traditional definition of marriage in "Hyde v. Hyde" 1866 which*

states that marriage is "the voluntary union for life of one man to one woman to the exclusion for all others", is beginning to resemble a dinosaur. Mas adelante propone, incluso, reexaminar el tabú del incesto cuya prohibición actualmente parece ser –todavía–, tema pacífico.

IS2005 (p. 217-240): Mary WELSTEAD (Univ. Buckingham), *Shaping the lives of children.*

La autora propone una visión, no tanto jurídica sino más bien sociológica, al escribir que se incrementa cada vez más la importancia en Derecho de Familia de determinar la identidad de los progenitores, ya sea biológica o social, o decidir con cuál de ellos debe convivir un niño. Otro dato a tener en cuenta es que la autora se mueve en el ámbito del *Common law*, que es preciso diferenciar todavía del *Civil law*. Establecer quiénes son los padres biológicos o sustituirlos por los progenitores sociales (es decir, aquéllos con quienes comparte el hogar y se cuidan cotidianamente de él), son decisiones judiciales que causan un gran impacto en el menor, pues influirán en su personalidad y en la estabilidad psicológica del menor, que es ya, y del adulto que llegará a ser. La autora se propone estudiar el modo con que los tribunales ingleses enfocan este conflicto de parentalidad y sus consecuencias en la vida del menor. A la pregunta de ¿quién es mi padre?, responde analizando detalladamente las nuevas técnicas de reproducción asistida, la residencia del menor, los derechos del progenitor con quien convive, los derechos y deberes del progenitor no residente, el derecho de visita, el llamado "síndrome de alienación parental", los contactos con los padres biológicos después de la adopción, el fenómeno de la sustracción de menores, la relación con los menores y la regulación de la adopción.

IS2006 (p. 185-202): Mary WELSTEAD, *Reshaping marriage and the family. The gender recognition Act 2004 and the Civil partnership Act 2004.*

Ambas leyes van a cambiar la fisonomía del matrimonio y de la familia en el país. La *Gender recognition Act* refleja la voluntad del Gobierno de conformarse con las normas de la Convención europea de 1950, aunque la autora avanza la duda de si se trata más bien de eludir las críticas por no haberla desarrollado antes. La *Civil partnership Act* va a modificar considerablemente el modelo jurídico de familia. Antes de 2004 se calculaba que en el país había más de

5.000 transexuales operados que se encontraban en una especie de *limbo jurídico*, que no lograba eliminar la vacilante jurisprudencia del TEDH. La ley sobre el género de 2004 reconoce a los transexuales el género derivado de la intervención practicada por un experto; la ley no les otorga, sin embargo, derechos nobiliarios (–ipso facto el favoritismo del Gobierno!, afirma–). La autora analiza el contexto sociológico y las consecuencias jurídicas de ambas normas.

IS2007 (p. 67-83): Mary WELSTEAD, *Who are my family?*

Estudio jurisprudencial de casos en los que una persona se convierte en miembro de la familia de otro, o, por el contrario, se le deniega el derecho de visitarla y comunicarse con ella. El ingreso en una determinada relación familiar crea un estado legal y social que implica derechos y obligaciones. Analiza en particular los impedimentos matrimoniales entre afines; los matrimonios entre personas discapacitadas y los matrimonios forzados (*forced marriage: a Wrong not a right*); el derecho a relaciones familiares no biológicas (con base en la *Human Fertilisation and Embryology Act 1990*); la incertidumbre sobre la relación biológica en el llamado parentesco putativo; la adopción por parientes; los derechos familiares de los cohabitantes que pueden haber sido –paradójicamente– perjudicados por la Ley de 2005; los derechos de la familia extensa en relación con los divorcios de ciudadanos hindúes decretados en UK.

IS2008 (p. 61-74): Mary WELSTEAD, *Judicial reform or an increase in discretion. The decision in “Miller vs. Miller”; “Marfarlane vs. Marfarlane”*.

Últimamente Londres ha sido calificada de *Capital mundial de los divorcios* debido a que en la liquidación del régimen económico matrimonial los Tribunales ingleses disfrutaban de una excepcional discrecionalidad. Nadie puede garantizar que se respeten las cláusulas de un contrato matrimonial celebrado, antes o durante el matrimonio. El tema ha sido abordado en la s. de la *House of Lords*, en *Miller vs. Miller*, y en *Marfarlane vs. Marfarlane*, que revocan lo resuelto por *High Court* inspirada en esa mayor discrecionalidad al fijar el fluido concepto de *matrimonial assets*.

IS2009 (p.171-201): Mary WELSTEAD (Prof. Visitante en Harvard), *When did you last see your father?*

Razones prácticas y culturales originan que la gran mayoría de los hijos menores tienden a quedar bajo la guarda de la madre en caso de ruptura, lo que repercute inevitablemente en sus relaciones con el padre. Algunos logran acuerdos amistosos, pero otros no, y con frecuencia los fracasados no intentan hacer valer sus derechos, sea por estar absorbidos por su trabajo o profesión, por disfrutar de mayor libertad o no tener que intentar un nuevo proceso. En todo caso, resulta incontestable que los hijos que mantienen relaciones con su padre obtienen beneficio de ello. La crónica se refiere a resoluciones judiciales que han establecido una relación del menor con la residencia paterna con base en la prueba de la paternidad, del maltrato o cambio de sexo, de la creación de la familia transfronteriza, la residencia habitual o la reinstalación, la residencia en caso de adopción, y las eventuales sanciones. La autora muestra el cúmulo de dificultades que encuentran los progenitores varones para lograrlo.

IS2010 (p.113-131): Mary WELSTEAD (Univ. Harvard and Buckingham), *The family the law forgot*.

Las hermanas gemelas Joyce y Sybil Burden, de 87 y 80 años, han vivido toda su vida íntimamente como cohabitantes, en relación de amor y recíproca ayuda, alegando un trato discriminatorio en orden a la extensión de impuestos sucesorios otorgada a cónyuges y compañeros civiles, o, incluso, a los meros concubinos. La autora propone el reconocimiento jurídico de estas *familias olvidadas*.

IS2011 (p. 165-186): Mary WELSTEAD, *This child is my child; This child is childi; was made for you and me.-Surrogacy in England and Wales*.

La cuestión de las *madres de alquiler* se discutió en la Comisión Warnock (1984) y Brazier (1989), y ha sido considerada en varias sentencias judiciales de Inglaterra y Gales, tanto a nivel nacional como internacional. La autora es resuelta partidaria de su admisión, bien sea reexaminando la Ley en vigor de 1990, bien sea promulgando otra nueva.

IS2012 (p. 69-90): Mary WELSTEAD, *I want go home. Parent and child relocation outside jurisdiction*.

Puede hablarse de una *explosión de relaciones familiares transfronterizas*. Pero si el matrimonio se rompe, ¿quién, y con quién un

hijo menor debe convivir en adelante? Hay padres varones que se oponen a la deslocalización de los hijos comunes temiendo que vayan a perder el contacto con ellos, cuantitativa y cualitativamente; pero hay madres que se los llevan a su país de origen. La sentencia *Payne vs. Payne* ha establecido directrices, ampliamente debatidas por la doctrina. La autora propone, revolucionariamente, que se abandone como criterio básico el bienestar del menor, sustituyéndolo por el acuerdo de los progenitores y, en su defecto, elaborar una serie de principios jerarquizados que aseguren el bienestar de todos los miembros de la familia. Analiza otras resoluciones judiciales posteriores.

IS2013 (p. 91-117): Mary WELSTEAD, *The battle for children souls. The role of religion in parental disputes*.

La educación religiosa del menor después de la ruptura conyugal de sus padres, pertenecientes a distintas confesiones, ha sido abordada recientemente por los Tribunales:

— Re N (A Child; Religion, Jehovah's Witness) 2011. Una testigo de J. se casa con militar anglicano, y después del divorcio vuelve ella a su práctica habitual.

— Re C (A Child) 2012. Se casan dos judíos pero después del divorcio uno de los cónyuges se convierte al anglicanismo.

— Re G (2013). Se trata de dos judíos pertenecientes a diferente Escuela religiosa.

Estos casos ilustran la tarea difícil, casi insoluble, que incumbe a los Tribunales cuando después de la ruptura se invoca la Ley sobre la libertad religiosa de 1989. Los Tribunales consideran el interés del menor y la manera de apreciarlo, que pertenece también a dicho interés. Aunque dejan a salvo el carácter discrecional de la apreciación de los valores por el Juez. Dos sentencias afirman que la Convención de 1950 tiene alcance limitado cuando se invoca el derecho de los padres a educar a sus hijos según sus convicciones.

IS2014 (p. 95-127): Mary WELSTEAD, *The battle for parenthood-lesbian mothers and biological fathers*.

La autora constata que, de hecho, numerosas parejas de lesbianas están viviendo en UK serios conflictos jurídicos con el padre biológico de sus hijos. Estas mujeres esperan llegar a ser legalmen-

te madres y para ello eligen habitualmente la donación de espermatozoides como modo de procreación. Pero algunas prefieren la modalidad de donación anónima con el objetivo de criar a su hijo en un hogar carente de varón. Otras, en cambio, utilizan la vía que consideran más segura y piden colaboración a un varón conocido con la idea de crear una familia autónoma matricéntrica. En la presente crónica he elegido seis casos judiciales que hacen ver cómo los padres varones biológicos, previamente seleccionados por las madres lesbianas, optan por una *paternidad verdadera*, en lugar de ser orillados después de la procreación. Cada uno de estos casos reales revela una auténtica falta de concordancia total entre la inicial intención de sus protagonistas y de su percepción del *proyecto procreativo*, lo que origina una situación caótica tanto para los adultos intervinientes como para los hijos nacidos. Los Tribunales al resolver estos litigios han tratado de acercarse a esas familias lesbianas que consideran un mundo familiar complejo, como resulta de la eficacia jurídica de los acuerdos sobre las funciones parentales, concluidos antes o al tiempo del nacimiento, la oportunidad del modelo familiar heterosexual resultante, misión que puede cumplir el vocabulario cuando se trata de nuevos modelos familiares, la dificultad en definir el interés del menor cuando se obliga a los adultos a continuar vinculados por la filiación, las diferencias entre la variedad de regulaciones que permite la Ley de 1989 y el efecto de la nueva *Human Fertilisation and Embryology Act 2008*. La jurisprudencia muestra la empatía que los Tribunales muestran respecto a las acciones interpuestas por estas mujeres lesbianas, en detrimento de los padres biológicos que querrían mantener vínculos significativos con sus hijos biológicos, y el perjuicio de éstos en no beneficiarse de un modelo parental masculino. Tendencia que, a juicio de la autora, se basa en la discutible idea de que la Ley de 2008 da por supuesto que las familias alternativas sin la presencia de padre responden adecuadamente a las necesidades de los menores.

f) Irlanda

Perteneciente al *Common Law*, es un país independizado del UK a principios del siglo pasado y, dado el catolicismo mayoritario de su población, se caracteriza por haber constitucionalizado inicialmente la indisolubilidad matrimonial y la prohibición del aborto. Por ello, en

cierto modo, se encuentra en las antípodas de la doctrina familiarista que prevalece en Inglaterra y Gales, según se ha expuesto, y que gradualmente y con no pocas resistencias democráticas, se intenta difundir en el país.

IS2005 (p. 355-369): Paul WARD (Univ. College Dublín), *Transsexuals in Irish Law*.

Una mujer irlandesa, después de haber alumbrado a su segundo hijo, experimenta una fuerte impulsión psíquica de cambio de sexo, que es certificado médicamente, pero habiendo solicitado su constancia en el Registro civil, se le deniega y falla en su contra la s. de 9 julio 2002 *Foy vs. An t-Ard Chláraitheoir* de la *High Court*. Dice el autor que el Tribunal no ha seguido los precedentes neo-ze-landeses y australianos (que en realidad se refieren al matrimonio homosexual, aquí no discutido), ni la más reciente jurisprudencia del TDHH en relación con la Convención de 1950 (recaída días más tarde que la s. comentada). Con todo, estima que aquella resolución analiza detalladamente los argumentos que se hacen valer, y espera que sea derogada en el futuro, pues los transexuales, a su juicio, tienen derecho a ejercer los derechos derivados de su nuevo sexo.

IS2006 (p. 245-259): Paul WARD, *Ancillary reliefs on divorce. The emerging jurisprudence from the Superior Courts*.

Después del referéndum constitucional de 1995, aprobado por escaso margen de votos (9.114), la Ley de 27 febrero 1997 reguló el divorcio en Irlanda, y aunque durante los nueve años transcurridos ha sido todavía escasa la jurisprudencia significativa en relación con la liquidación de los bienes familiares tras la ruptura, hay algunas sentencias recientes de los Tribunales superiores, relativas a considerables fortunas de los cónyuges, que ofrecen pautas que seguirán los Tribunales en el futuro.

IS2008 (p. 164-182): Paul WARD, *Parental law issues in the twenty-first century*.

Desde 2006 los Tribunales superiores irlandeses han resuelto cuestiones nuevas, a veces difíciles, en materia de derechos y obligaciones parentales. Esta jurisprudencia, a juicio del autor, hace ver la conveniencia de legislar sobre ciertos aspectos de la paternidad

y maternidad en relación con las actuales prácticas médicas y científicas. Muestra también que los Tribunales tienen un margen de actuación efectiva para proteger el bienestar del menor.

En materia de adopción se observa un fuerte crecimiento de la modalidad internacional mientras que la nacional se reduce al mínimo. Irlanda ha firmado la Convención de La Haya. En la sentencia *Dowse vs. An Bord Uchtala* un irlandés y una mujer azerbaijana deciden adoptar en Indonesia al niño Tristán, pero, antes de hacerse cargo del niño, el marido pretende divorciarse y dejar sin efecto la adopción. El tribunal decide ser válida la adopción gestionada internacionalmente, con efectos alimenticios y sucesorios. En otro caso de dos padres biológicos que dan a su hijo en adopción abierta, se resuelve que recuperen la autoridad parental. También se resuelve sobre un caso de embriones congelados de un matrimonio, que luego entra en crisis. En general los Tribunales tratan de mejorar la situación jurídica del padre no casado.

IS2012 (p. 150-169): Maebh HARDING (Univ. Portsmouth), *A softening of the marital family paradigm?*

La *Civil Partnership and certain rights and obligation of cohabitants Act 2010* crea la nueva institución del partenariado civil, en vigor desde 1 enero 2011, introduciendo medidas de protección legal para las parejas que viven en concubinato. Los tribunales han reconocido estas estructuras familiares alternativas y la Comisión de Reformas de Derecho irlandés ha propuesto una reforma del derecho privado de la infancia a fin de facilitar a los padres no casados, a los afines y a los miembros del partenariado civil la potestad de cuidar de sus hijos. El autor se sorprende de que todavía la Constitución muestre su preferencia por la familia tradicional. (El recensor no cree que ambas normas sean incompatibles, pues los hijos nacidos fuera de matrimonio no se ven perjudicados en sus derechos fundamentales si, al mismo tiempo, adecuadamente se desarrolla legalmente su estatus). El autor ejemplifica varios supuestos de la legislación irlandesa, especialmente en materia de procreación asistida, no regulada en aquélla.

IS2013 (p. 175-196): Maebh HARDING, *Constitutional recognition of children rights and paramountcy of welfare.*

En 2012 los irlandeses han votado a favor de la inclusión en la

Constitución (por un margen de 169.868 votos) del explícito reconocimiento de los derechos de los menores, de modo que el Estado se compromete a protegerlos en el futuro, incluso aunque sea necesario penetrar en el interior de las familias. Así será posible que los hijos matrimoniales puedan llegar a ser adoptados y no permanezcan indefinidamente en situación de acogidos. Pero no se resuelven todos los problemas a fin de lograr el equilibrio entre los derechos de los menores, los de los padres y los de la familia matrimonial también protegida por la Constitución. Hasta ahora los Tribunales se servían de presunciones para proteger a los menores, pero ahora será necesario que se utilicen peritos que lo determinen en cada caso, pues se privilegia siempre el interés de aquéllos. Hay un reto para los tribunales irlandeses a la hora de proteger a los menores frente a sus progenitores.

IS2014 (p. 201-225): Maebh HARDING, *Irish abortion law - Legislating to stand still?*

La Constitución reconoce el derecho a la vida del niño por nacer y el derecho a la vida de la madre (art. 40.3.3). La nueva disposición legal, *The protection of life during pregnancy Act 2013*, admite con restricciones el aborto si está en riesgo la vida de la madre. La autora expone la historia de 30 años de debate público sobre el aborto, y considera muy estricta su admisión, comentando algunas resoluciones del TEDH y de los Tribunales superiores irlandeses. Los movimientos *for life* no la aceptan, pero les parece insuficiente a quienes defienden los llamados derechos reproductivos de la mujer y opinan que la Ley de 2013 se limita a legalizar un caso resuelto por los Tribunales en 1992 (resumen en p. 223-225) (7).

g) Noruega

Previamente, algunos datos sociológicos. Noruega tiene 4,5 millones de habitantes. Hasta 1930 había menos de 1000 divorcios cada año. En 1993 alcanzaban 11.000, cifra similar a la de 2004. En 1994 acababan en divorcio el 48 % de todos los matrimonios, porcentaje que en 2004 alcanzaba el 50,4 %. Luego este porcentaje inicia

(7) En mayo de 2015 la prensa informa que en Irlanda se ha aprobado por referéndum el matrimonio homosexual.

su descenso y en 2007 es sólo el 43,4 %. Hace 40-50 años raras veces se vivía públicamente en concubinato. En 1983 había estadísticamente 32.500 uniones de hecho; en 1986 alcanzaba la cifra de 145.000; en 1993 el 25 % de todos los hombres y mujeres mayores de edad cohabitan sin estar casados, calculándose últimamente su número en 462.000. Las uniones homosexuales han progresado en los últimos 20-30 años, favorecidas por la legislación que permite a éstos casarse y beneficiarse de todos los derechos de los casados.

La aportación bibliográfica de este país al IS no es extensa, pero sí lo suficiente para conocer la legislación familiar en vigor, destacando algunos aspectos originales y conclusiones no frecuentes sobre el efecto de las reformas familiares.

IS2006 (p. 321-327): Peter LØDRUP (Univ. Oslo), *Changing paternity*.

El autor es uno de los miembros fundadores de la ISFL y aquí se refiere a su crónica en el *International Survey* publicada en 2003, centrada en las relaciones paterno-filiales, arrancando de la Ley básica de 1981 y de sus reformas en 1997 y 2002, que permitían novedosamente revisar judicialmente una relación parental legalmente declarada, incluso tratándose de sentencias firmes dictadas bastantes años atrás, y ello tanto en relación a la filiación matrimonial como no matrimonial. Las reformas citadas eliminaron todos los obstáculos legales existentes hasta entonces. El legislador estimó que el reconocimiento de una paternidad biológica utilizando las últimas pruebas científicas debía prevalecer cuando la reclamaban, ya sea el hijo, la madre, el padre o el presunto padre biológico. El autor refiere la discusión doctrinal suscitada y resume estadísticamente los resultados judiciales obtenidos en el breve periodo comprendido desde el 1 abril 2003 hasta el 20 abril 2004:

Hubo 237 personas que ejercitaron la acción de revisión con base en la prueba del ADN, siendo resueltos 129. De estos últimos, correspondía la iniciativa al presunto padre en 109 casos; 12 al hijo y 4 a la madre o a un tercero.

Lo revisado de hecho fueron: 40 sentencias firmes, 105 reconocimientos voluntarios, y 66 aplicaciones de la presunción de paternidad del marido.

En cuanto al resultado: En 27 sentencias se confirmó el fallo, y en 13 sentencias, no; en reconocimientos voluntarios, se confirmó

en 71 casos, y en 34 casos, no; en la presunción, se confirmó en 38 casos de hijos matrimoniales, y en 28, no.

Cabe deducir que un tercio de los reconocimientos voluntarios no respondía a la verdad biológica; ni tampoco el 42,5 % de aplicaciones de la presunción legal (pero sí había coincidencia en el 57,5 %), y tampoco coincidían- lo que me parece bastante importante- en el 32,5 % de las resoluciones judiciales que habían impuesto la filiación.

IS2009 (p. 375-384): John ASLAND (Magistrado) and Peter HAMBRO (Univ. Oslo), *New developments and expansion of relationships covered by Norwegian Law*.

En 2008 el Parlamento admite el matrimonio homosexual con facultad de adoptar. Otra ley del mismo año reconoce al mero cohabitante beneficios similares al cónyuge supérstite (cuyos derechos se han incrementando desde hace 150 años), aunque no a todos, originando la especial situación del *cónyuge de hecho*; en la sucesión el cónyuge está exento de impuestos, pero el de hecho debe haber mantenido la convivencia durante dos años; para heredar se le exigen cinco años.

IS2011 (p. 303-312): Tone SVERDRUP (Univ. Oslo), *Equal parent-hood: Recent reforms in child custody cases*.

Los avances de la Psicología y de la Biotecnología han originado gran número de reformas en el ámbito del Derecho del menor. En 2008 las parejas de lesbianas, casadas o no, pueden acceder al estatus de la co-maternidad a través de las técnicas de reproducción asistida. Como el principio de igualdad está sólidamente asentado en la tradición, ha sido bien acogida la reforma de 2010 que atribuye a los padres plena igualdad en materias tales como la residencia alternativa de los hijos, cambio de domicilio en el interior del país, derecho de visitas, tratamiento en caso de violencia contra menores, aunque quedan pendientes de resolver algunos aspectos. En todo caso existe una extensa conciencia social convencida del peligro de una *excesiva judicialización de la vida privada*, pudiendo ésta influir en la evolución psicológica de los menores cuando resultan ser éstos el centro de atención de los conflictos parentales. Por ello se espera desarrollar en el futuro una política social de *mejorar la prevención de los conflictos*.

IS2013 (p. 305-319): Peter HAMBRO (Univ. Oslo), *Future powers of Attorney*.

La primera Ley de tutela, promulgada en 1927, se reforma por Ley de 3 marzo 2010, cuya entrada en vigor se difiere al 1 julio 2013. Se introduce la novedad del mandato permanente, o *enduring/lasting of durable power of Attorney*, que viene a coincidir con la Recomendación 11 del Consejo de Europa de 2009, que propone a los Estados miembros introducir en su legislación a *continuing power of Attorney*, definido como *a mandate given by capable adults with the purpose that it shall remain in force, or enter into force, in the event of the granter's incapacity*. Observa el autor que no siempre este mandato permanente será la solución ideal para todos los ancianos, pues dependerá de si hay esposa o pareja de hecho con hijos comunes, o intervienen hijos de varios matrimonios, incluso un amigo íntimo, pues respecto de alguno de ellos podrá otorgarse tal mandato. La ley establece mecanismos de control con intervención administrativa que puede extinguir el poder permanente.

h) Países Bajos

El CC holandés de 1992 comenzó a promulgarse en 1947 con los primeros libros relativos a la persona y a la familia. Aunque en el momento actual no puede decirse que esté absolutamente concluido, pues se concibió como texto codicial abierto, en los casi sesenta años transcurridos puede afirmarse la total transformación del Derecho de Familia, que, en realidad, ha servido de *laboratorio de ensayo* o *campo de experimentación* del acelerado movimiento de reforma de que la familia está siendo objeto en el mundo occidental. Las crónicas suelen ser extensas, con amplia información sobre el debate que suscitan en la sociedad, en la doctrina jurídica y en los órganos legislativos.

IS2006 (p. 262-304): Ian CURRY-SUMNER (Molengraaf Institut, Utrecht) and Caroline FORDER (Univ. Utrecht), *The Dutch Family Law Chronicles: Continued Parenthood notwithstanding divorce*.

El lema este año en Holanda es "la parentalidad sobrevive al divorcio". Se discute una ley en el Parlamento sobre el procedimiento de divorcio, y otra, en materia sustantiva, sobre las dificultades que, después del divorcio, encuentran los padres, especialmente los

varones, en relación con sus hijos. Se discute sobre la introducción del divorcio administrativo, la conveniencia de promover la mediación, la lucha contra el eslogan *divorciad y destruid*, la presunción de guarda compartida y, las medidas efectivas sobre el derecho de visita. En relación con los alimentos, las estadísticas muestran que las madres sólo las perciben efectivamente entre el 43 y el 65 % de casos. En el ámbito del DIP, la posibilidad de que las parejas homosexuales realicen adopciones internacionales, y otras cuestiones. Se debate sobre la guarda y custodia de los hijos de las parejas de hecho registradas, la prohibición en general de los castigos corporales y el derecho de corrección de los padres. Se alude a la eventual aplicación de la figura de las obligaciones naturales (reguladas en el nuevo CC holandés) a las relaciones patrimoniales entre los cónyuges divorciados. Se ha traducido al inglés el libro de sucesiones del nuevo CC.

IS2007 (p. 207-215): Gregor VAN DER BURGH (Univ. libre Ámsterdam), *Overview of matrimonial developments*.

El impacto patrimonial de la familia y de la vida en común representa una dimensión importante del Derecho de familia. El Cc establece como legal la comunidad universal de bienes y ello aviva la discusión por la elevación del nivel de vida de la pareja casada media y el incremento de divorcios (40 % de matrimonios). El Ministro de Justicia ha anunciado la presentación de un proyecto de ley inspirado en el derecho inglés, que atribuye al Juez facultades equitativas para el reparto de las ganancias obtenidas durante el matrimonio, pero ha fracasado en el Parlamento. Hay muchos partidarios de establecer una comunidad limitada, y muchos matrimonios pactan la llamada *cláusula notarial de Ámsterdam*. Se habla por muchos de una "misión imposible, entre el sueño y la realidad".

IS2008 (p. 253-272): Ian CURRY-SUMNER (Molengraaf Instituut), *Party autonomy and responsibility*.

El TS declara que la isla de Aruba (autónoma) tiene obligación de reconocer el matrimonio homosexual celebrado en Holanda. Se reaviva la discusión sobre la objeción de conciencia para intervenir de Encargado del RC en la celebración de matrimonios homosexuales. El estatuto legal de las madres lesbianas ha sido objeto de un

dictamen, y también el TS se ha ocupado del padre biológico que se relaciona con madres lesbianas. Otros temas discutidos son: los llamados planes parentales, la protección de la juventud, y el rechazo de los castigos corporales como métodos educativos.

IS2009 (p.329-351): Ian CURRY-SUMNER and MJ VONK (Molengraaf Institut), *It all depends on who you ask: Dutch parentage and adoption. Law in four acts.*

Entre 2007 y 2008 se han publicado dos Informes de la Comisión Kalsbeek sobre la parentalidad lesbiana y la adopción internacional, que han suscitado largos debates, objeto de la crónica. La cuestión es saber si la Comisión ha sido realmente objetiva en sus recomendaciones al Gobierno.

Se han promulgado importantes leyes en Derecho familiar: Sobre algunos efectos de la unión registrada (7 octubre 2008). Toda demanda de divorcio debe acompañarse de un plan de parentalidad postdivorcio (25 noviembre 2008). Se permite a un miembro de una pareja de lesbianas adoptar al hijo que la otra mujer va a dar a luz (21 octubre 2008).

El autor analiza diversas posibilidades legales: i) madre genética y biológica, es decir que proporciona el óvulo, gesta y alumbró; ii) madre sólo genética, pues aporta el óvulo pero no gesta; iii) madre gestante, que da a luz, sin emplear su óvulo; iv) madre no biológica, que educa y cuida del niño que no ha engendrado ni gestado; v) padre biológico que aporta semen; vi) padre no biológico que sólo educa y cuida del menor.

El Ministro de Justicia contesta al Informe diciendo que el derecho del hijo a conocer sus orígenes no está suficientemente atendido en el presentado. Por su parte publica otro Informe el 29 mayo 2008 en materia de adopción internacional, especialmente en relación con USA, que es uno de los pocos países extranjeros donde las lesbianas holandesas pueden legalmente adoptar.

IS2011 (p. 259-286): Ian CURRY-SUMNER and Machteld VONK (Molengraaf Institut), *National and international surrogacy: An odyssey.*

Se han producido llamadas de atención por parte de la *Central Authority for International Adoption* y del *Dutch Children Protection Board*, sobre el gran número de subrogaciones mercantilizadas y

colocación ilegal de menores extranjeros en Holanda, lo que ha originado grandes debates públicos e, incluso, parlamentarios. El Ministerio de Justicia ha solicitado un Informe al Instituto Molengraaf de Utrecht, que lo ha emitido en sentido restrictivo reflejando el punto de vista holandés frente a los países que lo autorizan (India, Grecia, Ucrania y USA). Siguen también el criterio restrictivo Bélgica, Reino Unido, Alemania, Francia, Noruega, Polonia y España. Los autores plantean cierto número de interrogantes (p. 279 s.).

IS2012 (p. 235-251): Ian CURRY-SUMNER and Machteld VONK, *Something old, something new, something international and something asked*.

No hay reformas importantes en 2011. Hay un proyecto de ley en discusión parlamentaria que reconoce a dos lesbianas la filiación co-materna legal respecto al hijo concebido mediante semen de donante anónimo durante el matrimonio homosexual. Se ha aprobado la Ley sobre las relaciones patrimoniales entre los cónyuges, con escasas enmiendas. En el ámbito internacional, el 18 junio 2011 ha entrado en vigor el Reglamento de la UE sobre obligaciones alimenticias, y el Protocolo de la Haya sobre el mismo tema. El TEDH en un recurso criticó la actuación del TS, e inmediatamente ha sido corregida. Concluyen los autores que, a veces, el hecho de proceder a un rápido tratamiento legislativo de un aspecto, aminora la calidad de la reforma, y que el tratamiento parcial y fragmentado de los temas debe transformarse en un tratamiento conjunto de la materia.

IS2014 (p. 361-373): Ian CURRY-SUMNER and Machteld VONK, *Dutch co-motherhood in 2014*.

Desde el 1 abril 2014 es posible para las parejas de lesbianas convertirse en co-progenitoras sin pasar por los trámites de la adopción, pues el certificado de nacimiento dará fe de que existe otra co-madre distinta de aquélla que ha dado a luz a la criatura. Se explican los efectos jurídicos de esta normativa, tanto para las mujeres interesadas, como para los hijos y, eventualmente, para otros parientes. En primer lugar se analiza el caso de ser holandesas ambas madres y que la criatura haya nacido en el país. Luego cuando intervienen elementos extranjeros; así niño holandés pero co-madres estadounidenses residentes en Holanda. No estando muy claros los

efectos sociológicos y psicológicos de la reforma se dispone que en marzo de 2016 un Comité estatal analizará sus resultados.

i) Polonia

Se incorpora al final del decenio, pero el hecho de tratarse de uno de los países del Este europeo en su momento sujeto a la URSS, la singularidad de su concepción matrimonial y el hecho de que parece garantizarse la continuidad en la colaboración con el IS, aconsejan su inclusión.

IS2012 (p. 270-281): Anna STĘPIEŃ-SPOREK (Univ. Gdansk), Paweł STOPPA and Margaret RYZNAR (Abogados matrimonialistas), *The rules on the administration of community property in Poland*.

En 2005 hubo importantes cambios en la regulación de la administración de los bienes comunes, pues el régimen anterior, con base en la legislación comunista, se estimó inadecuado en un país de economía capitalista con un desarrollo dinámico. Así la vieja distinción entre actos de ordinaria y extraordinaria administración engendraba problemas prácticos y amenazaba la validez de los actos realizados por uno sin el consentimiento del otro cónyuge. El nuevo régimen se basa en el principio de administración personal y autónoma de cada cónyuge, salvo en los supuestos más importantes, lo que resulta más adecuado, aunque todavía perfectible.

IS2013 (p. 321-331): Anna STĘPIEŃ-SPOREK, Paweł STOPPA and Margaret RYZNAR, *Divorce law in Poland: A new regime needed?*.

Entre 2001 y 2010 hubo en total 593.900 divorcios, que se concentran mayoritariamente en las zonas urbanas (en 2001, 45.300; en 2005, 67.600 y 61.300 en 2010). Una cierta tendencia al alza, con alguna estabilización. Pero los autores creen que el matrimonio sigue siendo, en la sociedad polaca, una institución popular y familiar y uno de los valores más importantes del país. ¿Qué debiera significar en el sentido de que la ley tuviera en cuenta los cambios sociales? ¿Habría que ratificar la facilidad para divorciarse (juicios más fáciles, más rápidos)? ¿O bien que la sociedad debe seguir protegiendo a la familia pese a las estadísticas, y mantener con inflexibilidad la actual ley de divorcio? Algunos opinan que la actitud polaca ante el matrimonio está *demodée*. Sin embargo, ello permite

replantearse el problema del divorcio, analizando inconvenientes y ventajas de la actual legislación. La conclusión resulta moderada y matizada (p. 329-331). En 2013 el Parlamento rechazó una propuesta de introducción del matrimonio homosexual.

IS2014 (p. 419-429): Anna STĘPIEŃ-SPOREK-SPOREK and Margaret RYZNAR (Univ. de Indiana, USA), *Separation of assets with equalisation of accrued gains (accruals): A marital property regime for the modern family?*

La separación de bienes con reparto de adquisiciones es uno de los regímenes matrimoniales adoptados en la reforma de 2005, pero no es el preferido por los ciudadanos, pues, en general, los contratos matrimoniales no son populares y falta en los medios informativos un criterio sobre el mismo. La crónica presenta las líneas generales del régimen de participación, sugiriendo algunas reformas e informando sobre el uso que se hace del mismo en USA y en los países de la UE.

j) Suecia

Otro ejemplo de un país escandinavo que, conforme a la Sociología y a las estadísticas, va reformando su Derecho de familia, paso a paso, mediante normas especiales, hasta que se plantea la necesidad de definir legalmente el matrimonio, lo que, sin embargo, no realiza dando un rodeo.

IS2005 (p. 503-509): Åke SALDEEN (Univ. Uppsala), *Cohabitation outside marriage or partnership*.

En 2003 el Parlamento ha aprobado una nueva ley relativa a los que cohabitan sin estar casados. Su número se ha incrementado progresivamente. La crónica expone la legislación anterior y sus diferencias con la nueva, aplicable tanto a hetero- como homosexuales. Aquella comenzó a regir desde 1974 y se vio reforzada por la *Cohabitees Act* de 1987 aplicable a los homosexuales que no habían registrado su unión.

IS2006 (p.439-444): Åke SALDEEN, *Legislation on forced marriage and intercountry adoption*.

En 2004 se ha aprobado la Ley que contiene medidas en rela-

ción con el matrimonio, la patria potestad y la tutela que impiden aplicar la legislación extranjera que admita matrimonios celebrados por menores que puedan ser de carácter forzoso; por ello, deberá aplicarse la legislación sueca, que requiere autorización. Ningún extranjero menor de 18 años podrá casarse válidamente en Suecia sin autorización. Se impone un control especial de tales matrimonios de modo que si ya se han celebrado, el MF podrá solicitar el divorcio.

En relación con la adopción se sabe que en el periodo 1969-2003 han entrado en Suecia 43.000 niños, procedentes de China, Corea del Sur y Colombia, siguiendo las reglas de la adopción internacional, y continúa el flujo a base de un millar al año. En 1 enero 2005 entra en vigor una nueva legislación que trata de proteger mejor el bienestar del menor adoptado. Se ha creado una Autoridad sueca supervisora de Adopción internacional, que intenta de cumplimentar lo dispuesto en la Convención de 1989 y en los Acuerdos de la Haya de 1993, garantizando una ética y transparente adopción que se apruebe *in the best interest of the child*.

IS2008 (p. 435-442): Anna SINGER (Univ. Uppsala), *Adjusting to reality-Awareness of domestic violence calls for changes in Swedish Family Law*.

Entre 2006 y 2007 se han producido modificaciones menores en materia de guarda y liquidación postdivorcio de bienes conyugales inspiradas en la creciente toma de conciencia de la violencia doméstica y cierto fracaso de los procesos sobre crisis conyugales. El Código de padres e hijos obliga a las autoridades locales y a los Tribunales, cuando determinen el mayor interés del menor, a tener en cuenta el riesgo del menor o de otro familiar a ser víctima de abuso, de ser sustraído o retenido ilegítimamente o de sufrir cualquier otro perjuicio. Otra disposición prevé que los Tribunales deben estar particularmente atentos a la capacidad y aptitud de los padres para cooperar a la hora de establecer la custodia compartida. En cuanto a la liquidación de bienes la primera regla debe ser que cada cónyuge tiene derecho a la mitad del valor total de los bienes comunes, deducidas las deudas; pero se pueden excluir las indemnizaciones recibidas por daños personales; y si un cónyuge ha sido condenado a la confiscación de ciertos bienes, ello no perjudicará al otro.

IS2010 (p. 393-399): Anna SINGER, *Equal treatment of same-sex couples in Sweden*.

La Ley de reforma de 2009 modifica el art. 1.º del Código del matrimonio, que anteriormente decía: "El matrimonio es la unión de un hombre y una mujer. Las dos personas que se casan devienen cónyuges". Ahora dice: " Este Código contiene las disposiciones que conciernen a la vida en común en matrimonio". Se trata de un reforma meramente técnica pues la Ley de 1983 sobre partenariado inscrito ya estableció su igualdad de efectos con el matrimonio. La autora opina que es un paso simbólico adelante, –quizá el definitivo–. Se ocupa de los efectos en materia de adopción, procreación asistida, no aceptación por las Iglesias del matrimonio homosexual. Queda la diferencia de la presunción de paternidad, inaplicable a este último en el caso de matrimonio de dos gays.

IS2012 (p. 369-375): Anna SINGER, *Parental influence-More and less*.

El Derecho sueco de la familia se ha reformado y adaptado en función de la evolución (sociológica) de la familia. Paulatinamente las relaciones padres-hijos se han modificado en el sentido de un desarrollo de los derechos del hijo, y del reconocimiento de su autonomía e independencia. Paralelamente las obligaciones parentales han evolucionado hacia una mayor responsabilidad del padre y de la madre por los hechos cometidos por sus hijos, con el fin de proteger a terceros. La autora ve aquí cierta contradicción pues la mayor autonomía impone mayor responsabilidad. Una reforma de 2010 hace a los padres responsables civilmente hasta de la quinta parte del total de daños ocasionados o según el baremo aplicable. Una s. de un Tribunal de Apelación de 2013 exonera a los padres que reiteradamente acudieron a los órganos administrativos de protección de menores, dadas las inclinaciones delictivas de su hija de 16 años, que, de hecho, vivía independientemente.

k) Suiza

Desde 1970 el Derecho suizo de familia se ha ido reformando por etapas. La adopción en 1973, la Ley de Menores en 1978, el matrimonio en 1988, y el divorcio en el año 2000. A ellas deben añadirse las que se expondrán en sucesivas crónicas. Su metodo-

logía difiere de la holandesa o de la anglosajona, con algún menor protagonismo de la doctrina y la circunstancia de tratarse de un estado federal en el que, con frecuencia, el partido de la oposición acude a la consulta popular para aprobar o rechazar leyes de impacto social.

IS2008 (p. 443-471): Ingeborg SCHWENZER (Univ. Basel) and Anne-Florence BOCK (Univ. Basel), *New Statutory rules on registered partnership and protection against domestic violence*.

Previo la realización de sucesivos referéndums cantonales, el 1 enero 2007 entró en vigor la Ley federal sobre el partenariado homosexual registrado. El 1 julio 2007 lo hicieron las normas que refuerzan la protección frente a la violencia doméstica. Sobre el partenariado se analiza: la formación, régimen patrimonial, derechos que otorga, especialmente los parentales, el derecho fiscal y de la Seguridad Social, y normas de DIP. Los autores consideran, en principio, aceptables algunos aspectos relacionados con el matrimonio, pero precipitados en cuanto a la unión homosexual diferente del matrimonio, así como a las facultades paternales de esta última. No pueden adoptar ni utilizar las técnicas de reproducción asistida, y sólo se disuelven con intervención judicial.

IS2011 (p. 397-408): Ingeborg SCHWENZER, *Ten years divorce reform in Switzerland*.

El país ofrece un elevado índice de divorcialidad, que gira en torno al 50 % de matrimonios (con 2/3 en ciudad). En 2009 el divorcio afecta a 13.789 menores. Decrece el índice de matrimonialidad y se incrementa el de hijos nacidos fuera de matrimonio (en 2009 llega al 18%, habiéndose triplicado desde 1990). De hecho son las madres las que cuidan de los hijos después de la ruptura (a diferencia de otros países, en 2008 sólo el 3,7 % de menores se encomiendan a niñeras, mientras lo hacían el 73 % en Dinamarca, el 45% en Holanda y el 44 % en Suecia). Las mayores facilidades para educar en casa a los menores podían deducirse de que, en 2009, mientras el 89 % de los padres divorciados trabajaban *full time*, sólo lo hacía el 15 % de las madres divorciadas; en cambio, a tiempo parcial lo hacía el 7 % de los padres y el 61 % de las madres. En el año 2000 el 90 % de progenitores que vivían solos con sus hijos eran mujeres.

El 1 enero 2000 ha entrado en vigor la nueva ley de divorcio, después de trabajos parlamentarios que han durado más de veinte años. La crónica estudia las causas o motivos de divorcio (de acuerdo o sin acuerdo; por separación de hecho o por imposibilidad de reanudar la convivencia); los efectos (reparto –*splitting*– de las pensiones concertadas durante el matrimonio; tendencia a desaparecer las pensiones alimenticias; responsabilidad parental compartida que se estrenó el primer año en el 14,7 % de casos, llegando en 2009 al 39,4 %; derecho del menor a ser oído, a partir de cumplir 6 años según el TS –aunque los tribunales se resisten a concederlo–). La autora advierte de los graves problemas procesales derivados de ser cantonal el Derecho procesal civil.

IS2012 (p. 377-391): Ingeborg SCHWENZER and Tomie KELLER (Univ. Basel), *New Swiss Code of civil procedure: special proceeding in matrimonial and Family Law matters*.

Hasta ahora había 26 leyes procesales cantonales, además de algunas reglas contenidas en el CC y de Obligs. El nuevo Código uniformiza el Derecho procesal en toda Suiza, deroga expresamente aquéllas (siendo el último país europeo en llevarlo a cabo) y, con leves modificaciones, incorpora al Código civil procesal federal algunas reglas contenidas en el CC y de Obligs. No hay Tribunales especiales de familia, pero se establece la especial protección del menor, y se facilita la conciliación y la mediación. La crónica estudia las normas generales de carácter procesal, así como la transposición de las medidas de los arts. 172-179 que trataban de salvaguardar la unión conyugal con medidas provisionales y temporales (p. 381), los procesos de divorcio, las medidas en favor de los hijos y la mediación familiar introducida por primera vez. Las autoras lamentan que no se haya aprovechado la ocasión de mejorar el Derecho sustantivo de familia.

IS2013 (p. 375-386): Ingeborg SCHWENZER and Tomie KELLER, *A new Law for the protection of Adults*.

Esta ley entra en vigor el 1 enero 2013 y afecta a los arts. 360-456 CC. Desde su promulgación sólo se había reformado en 1981 el art. 397, introduciendo los apartados letras a) a f), al objeto de adecuarlo al Convenio europeo de 1950. Ahora para respetar el derecho a la autodeterminación del adulto se prevén reglas en ma-

teria de mandato y de prescripciones médicas, actuando, en su ausencia, la solidaridad familiar. El consentimiento, en lugar de por el adulto inhábil, se prestará por el cónyuge o el cohabitante inscrito y, en su defecto, el no inscrito, un hijo u otro pariente. Si el adulto se aloja en un establecimiento el centro debe legalmente detallar los servicios y los medios de asistencia que puede prestarle, en un contrato por escrito. Si la persona no está ingresada y carece de adecuada protección, la nueva Autoridad que protege a menores y adultos debe formalizar un plan de intervención individualizado, pudiéndose designar a un representante social, figura legal de la que existen modalidades con diversidad de poderes. Esta nueva Autoridad creada en cada cantón debe ser profesionalizada, especializada e interdisciplinar. Las autoras expresan algunas dudas sobre la efectividad de esta reforma.

IS2014 (p. 457-470): Ingeborg SCHWENZER and Tomie KELLER, *New rules on parental responsibility in Switzerland*.

Las nuevas normas sobre responsabilidad parental han entrado en vigor en 2014, después de casi 40 años de debate. Su objetivo es que la regla general sea la responsabilidad compartida, con independencia de la situación conyugal de los padres. Equiparados ya ambos sexos, se trata de hacerlo igualmente con los hijos de padres separados o divorciados, y también con los nacidos fuera de matrimonio. Pero subsisten algunas diferencias de trato pues a los padres casados se les inviste automáticamente de la responsabilidad parental conjunta, mientras que los padres solteros deben cumplir otros requisitos. Se estima, con todo, que la nueva ley significa un paso adelante para eliminar la discriminación hacia los hijos nacidos fuera de matrimonio y para alcanzar más eficazmente el bienestar del menor.

2. América

Hay hasta ahora una notable laguna en la información bibliográfica del IS en relación con los países de América Central que, pese a intentarlo, no se ha logrado colmar. En sucesivos apartados se resumirán crónicas parciales o limitadas de algunos países, de los que cabe afirmar que su interés por el derecho español parece haberse incrementado en los últimos años (obtención del Doctorado en Universidades españolas).

a) Canadá

Mientras en Europa los Países Bajos desempeñan, de algún modo, la función de *laboratorio familiar*, en el continente americano desde el siglo pasado viene a corresponderle tal papel a Canadá, miembro de la *Commonwealth* que reúne la circunstancia de incluir en su territorio la provincia de Québec, perteneciente al *Civil law*, al tiempo que se estructura como federal su organización territorial, con singular reparto de competencias en materia civil y familiar. Además ha ido recibiendo sucesivamente diversas e importantes oleadas de inmigrantes (chinos inicialmente, luego iberoamericanos y europeos, y, actualmente, procedentes de todo el mundo sin excluir a los musulmanes), algunos por motivos de persecución política o religiosa en sus países de origen (sectas judaicas, mormones, aborígenes norteamericanos), originando una notable pluralidad y hasta efervescencia de doctrinas familiaristas y, a veces, la presencia de legislaciones contradictorias, en ocasiones estimuladas por –audaces– decisiones jurisprudenciales de los Tribunales superiores.

IS2005 (p. 133-153): Martha BAYLEY (Univ. Kingston, Ontario), *Resuscitating the significance of marriage*.

La autora comenta una resolución del TS de Canadá según la cual está permitido constitucionalmente excluir a las parejas no casadas del régimen legal de los bienes de los casados. Asimismo –y es lo más destacable–, ha legalizado en tres provincias la unión matrimonial homosexual, alentando la autora su esperanza de que se autorice en las restantes, pese a la resistencia de la provincia de Alberta. Lo que, a su juicio, constituiría una etapa histórica en el Derecho familiar canadiense y explicaría el significado simbólico del título de la crónica. La tradicional concepción del matrimonio y la familia *has been replaced by tailor-made family forms*. Por ello augura que *same-sex marriage is likely to be the dominant focus of Canadian Family Law over the next years*. También el TS permite a los padres infligir un castigo razonable a sus hijos menores, pero lo prohíbe a los profesores.

IS2006 (p.131-143): Martha BAILEY, *Same-sex marriage and faith-based arbitration of Family Law disputes*.

Desde junio de 2003 las parejas del mismo sexo tenían la facul-

tad de casarse en tres provincias, por decisión de sus tribunales que entendían que prohibírselo era contrario a la igualdad. Tras un enconado debate, desde julio de 2005 una ley federal lo permite en todo el país. También ha interesado a la opinión pública el tema de la posible instauración de tribunales religiosos competentes en materia familiar y sucesoria. El punto de partida eran algunos matrimonios islámicos que habían aceptado someterse en el futuro, en caso de conflicto, a un tribunal arbitral religioso en el país. Ello se planteó por el Gobierno de Ontario, a iniciativa del Instituto Islámico de Justicia civil establecido en 2003, y después de una amplia encuesta, proponiendo una reforma legislativa que delimitase los supuestos de una opción conyugal para someter las diferencias al arbitraje, regulado en la provincia desde 1991. Así planteado el tema, el legislador provincial, con diversas alternativas, ha tenido que mantener un equilibrio entre el respeto a la autonomía familiar y la vulnerabilidad de la mujer que puede resultar de estos acomodamientos requeridos por razones religiosas, y, en definitiva, no ha autorizado que el arbitraje se resuelva conforme a la legislación islámica. El TS también se ha pronunciado sobre la *Child support guidelines*, simplificando su normativa.

IS2007 (p. 53-66): Martha BAILEY, *Marriage and Morals*.

En 2006 ha vuelto a discutirse el tema del matrimonio homosexual, debido al triunfo del partido conservador en las elecciones de enero 2006. Pero su proyecto de modificar la Ley de 2005 fue rechazado el 7 diciembre 2006 en el Congreso. También se ha abierto una polémica sobre la admisión de los matrimonios poligámicos, alegándose que las mujeres y los menores de ciertos grupos fundamentalistas musulmanes podrían ser sus víctimas. Tampoco hay acuerdo sobre eventuales sanciones penales por el delito de bigamia. El TS ha resuelto casos de culpabilidad conyugal en materia de alimentos y de retroactividad de las ordenanzas en materia de alimentos a menores.

IS2009 (p. 139-156): Martha BAILEY, *Reform not Revolution*.

En los últimos decenios el Derecho familiar canadiense ha conocido profundas reformas familiares, originadas especialmente por la estimación de recursos de inconstitucionalidad basados en la discriminación por razón del sexo, la orientación sexual o el estatuto ma-

rimonial. En adelante la autora opina que seguirán las reformas con más calma en las siguientes direcciones: i) Ampliar el tratamiento igualitario de las parejas hetero- y homosexuales; ii) Garantizar la primacía del interés del menor sobre el de los padres; y iii) Garantizar la igualdad de los sexos. Principios que están inspirando a la reciente jurisprudencia. Adviértase que la provincia de Quebec, con la tasa más elevada de uniones no matrimoniales, en todo el Canadá y, al parecer, en el resto del mundo, no aplica las reglas de los efectos de la ruptura matrimonial a la de las uniones de hecho.

IS2010 (p. 95-111): Martha BAILEY, *Limits on autonomy*.

Dos sentencias del TS de 2009 han ampliado la función protectora que ejercen los Tribunales señalando los límites de la autonomía individual. En el caso *Rich vs. Brandsema* se amplían las facultades que tenían aquéllos de no cumplir los acuerdos previos de cónyuges en una separación amistosa cuando resultaban lesivos para la parte vulnerable. En el caso *Miglin vs. Miglin* ha confirmado la constitucionalidad de una ley que permite a los tribunales obligar a los *menores maduros* a someterse a cuidados médicos (en particular, una transfusión de sangre) cuando se considera que el interés del joven paciente lo justifica. *In both cases, the result of this judicial creativity was to expand the role of courts to protect vulnerable persons and save them from the consequences of their own decisions* (p. 111).

IS2011 (p. 123-145): Martha BAILEY, *Polygamy and unmarried cohabitation*.

La provincia canadiense de la Columbia Británica acoge al grupo fundamentalista mormón de USA que practica el *matrimonio múltiple* conforme a sus creencias religiosas. El Gobierno provincial ha recurrido el precepto del Código penal que prohíbe la poligamia por estimar dudosa su constitucionalidad. Las preocupaciones relativas a los posibles abusos y a la explotación de los menores han provocado peticiones a favor de una aplicación más rigurosa de la ley penal. La autora hace un extenso estudio (p. 124-138) de la poligamia en Canadá, partiendo del carácter monogámico de su matrimonio [¿requisito de orden público, nacional, internacional ...?], lo que no obsta a que las relaciones sexuales consentidas entre mayores no sean punibles. Aunque sí lo sea la bigamia tradicionalmente, que se

diferencia de la poligamia en que la misma persona casada lo está simultáneamente con otra. Los extranjeros no se someten a las leyes penales canadienses [en España, sí: art. 8.1 CC]. No reconocer validez civil al matrimonio polígamo entre canadienses no significa criminalizar a los extranjeros polígamos que visitan Canadá.

El TS ha dictado una resolución que interesa a las parejas de hecho de bastantes provincias canadienses, aplicándoles por interpretación las reglas de la fiducia, y otra de 24 marzo 2011 relativa a la provincia de Quebec reconociendo a los cónyuges de hecho el deber recíproco de alimentos. Esta resolución tiene importancia práctica porque según el censo de 2006 el 28,8 % de las familias en Quebec son parejas no casadas. Con ello se aparta de la sentencia de 2002 que declaró constitucional la norma que limitaba a las personas casadas la aplicación íntegra del régimen económico matrimonial.

IS2012 (p. 43-52): Martha BAILEY, *Tourist marriages, separation agreements and polygamy*.

El Derecho familiar canadiense ha estado marcado en 2011 por tres cuestiones: 1.^a Una regla de conflicto de leyes con la consecuencia de declarar inválidos ciertos matrimonios celebrados en Canadá, dado que en su país de origen no se les autoriza a casarse, como ocurre con frecuencia con la unión homosexual. Los cónyuges han practicado el *turismo matrimonial*, y al intentar obtener el divorcio, el tribunal canadiense declara inválido el matrimonio celebrado y declara su incompetencia para pronunciar el divorcio. El Gobierno ha presentado un proyecto de ley para evitar estos efectos no deseados, de modo que un matrimonio celebrado en Canadá y cuya validez es conforme al derecho canadiense, lo será a todos los efectos aunque la legislación de uno cualquiera de los cónyuges no lo autorice. 2.^a Una resolución del TS clarifica los principios en materia de revisión de ordenanzas que prohíben una convención sobre la prestación de alimentos entre ex-cónyuges. 3.^a Finalmente el TS de la provincia de Columbia Británica ha reconocido la constitucionalidad del Cód. penal que prohíbe la poligamia, lo que podrá facilitar investigaciones por esta vía.

IS2014 (p. 33-43): Martha BAILEY, *Unmarried cohabitation in Quebec-“Liberté ou égalité”*.

Hasta mediados del siglo pasado Québec era reconocida como

una *sociedad distinta* dentro de Canadá, al tratarse de una provincia única en razón a su historia, idioma, cultura y derecho. Canadá es un país bilingüe (francés e inglés), casi un tercio de los 34 millones de habitantes habla francés, y para el 22 % de toda la población es el idioma materno. Pero los francófonos se concentran en Québec y la mayoría de sus ciudadanos lo son. Canadá tiene un sistema jurídico mixto *Civil Law-Common Law*, y Quebec ha codificado su legislación civil. Se diferencian el matrimonio y la familia en la sociedad de Quebec y de Canadá. Aunque las provincias carecen de plena competencia legislativa en materia matrimonial, en 2002 unánimemente se aprobó una ley que permitía a las parejas del mismo o de distinto sexo registrar una *unión civil* que tendría los mismos derechos y obligaciones que los casados en el derecho provincial. Ello ocurrió tres años antes que el legislador federal aprobara con menor entusiasmo y menor unanimidad la legislación que autorizaba celebrar matrimonio a las parejas del mismo sexo. El censo de 2011 registraba en todo Canadá el 16,7 % de cohabitantes, el 67 % de casados y el 16,3 % de padres solos con hijos. En Quebec los cohabitantes alcanzaban el 31,5 %, mientras los casados descendían al 51,9 %, mientras que los padres solos casi coincidían. El estatuto jurídico de los cónyuges de hecho en esta provincia es paradójicamente distinto a lo que ocurre en otras provincias pues carecen del deber recíproco de alimentos y de régimen de bienes, que se deja a la libre elección de los interesados. Tal regulación no obedece a razones discriminatorias sino al respeto de la autonomía de los cohabitantes. La constitucionalidad de esta discriminación se ha impugnado, nuevamente sin éxito, ante el TS de Canadá en 2013.

También se ocupa la autora de la situación jurídica de un grupo religioso jasídico ultraortodoxo judío denominado *Lev Tahor* (*corazón puro*). Han intervenido los Servicios de Protección de Menores de Quebec, pero entretanto los menores habían sido ya trasladados a otras provincias y, probablemente, a un país centroamericano. Se intenta repatriarlos.

b) Estados Unidos

Salvo el enclave de la Louisiana, Estado que ha heredado un Cc de la breve época franco-española, y el Estado libre asociado de

Puerto Rico, que posee un sistema mixto por haber sido colonia española, el resto del vasto territorio de USA, que está organizado federalmente, pertenece al sistema de la *Common Law*. Es uno de los países más fieles en su colaboración bibliográfica al IS, con variada intervención de autores y de temas, a veces reiterados y que también muestran el pluralismo doctrinal vigente en USA.

IS2005 (p. 529-554): Margorie ENGEL (especialista en Der. Familia), *Stepfamily tribulations under United State Laws and social policies*.

Con una perspectiva sociológica la autora afirma que los Estados Unidos parecen no ver que hay diferencias entre el primero y el segundo matrimonio de una persona, de modo que muchas leyes y políticas sociales en vigor penalizan a las familias recompuestas. Por regla general se ignora cualquier relación entre los nuevos cónyuges y los hijos nacidos de un matrimonio anterior, que resultan totalmente marginados. Las llamadas *familias recompuestas* –que están a punto de convertirse en el tipo predominante de familia en USA–, deben soportar una carga extremadamente confusa en todo el país. La autora estudia el impacto en las familias recompuestas de una muestra de leyes y políticas sociales en vigor. Se comprueba que en las estadísticas no se las toma en consideración, lo que parece representar un factor disuasorio para su establecimiento. Analiza luego el impacto de la adopción, el estatuto parental, la responsabilidad patrimonial, la imposición tributaria, sus aspectos sucesorios y el matrimonio celebrado por el hijo de un matrimonio anterior. Existe una *Stepfamily Association*. Sugiere determinadas reformas.

IS2006 (p. 481-496): J. Thomas OLDHAM (Univ. Houston), *Development in the US-The struggle over the creation of a status for same-sex partners*.

Hasta ahora, y con retraso respecto a otros países, en USA no se había creado un estatus jurídico para las uniones entre personas del mismo sexo. En algunos estados les otorgaban ciertos beneficios, pero el matrimonio les era inaccesible. Cuando el TS de Vermont declaró que su Constitución obligaba a su Gobierno a crear una institución similar al matrimonio para los homosexuales en el año 2000, se inició un movimiento que afectaría al Derecho de familia norteamericano, pues creó la unión civil. En 2005 California modificó

la unión civil para identificarla sustancialmente con el matrimonio. Connecticut ha seguido los pasos de Vermont en 2005. Pero la decisión más importante ha sido la sentencia del TS de Massachusetts de 2004. Advierte el autor que se trata de una fase muy turbulenta y complicada, no exenta de incertidumbres (¿también para los no residentes? ¿causas de disolución?).

IS2007 (p. 309-332): Sanford N. KATZ (Univ. Boston), *Protecting children through state and federal laws*.

Los abusos sobre menores por sacerdotes salieron a la luz pública a fines del siglo xx, ya que, a juicio del autor, estaban ocultos o velados al incluirse en la historia social americana tras las sevicias cometidas sobre menores por quienes se encontraban respecto de ellos en posición de autoridad (recuérdense las imágenes estereotipadas de *the children of the orphan trains*). Los menores fueron explotados en general desde el siglo xviii, hasta principios del xx por el mero hecho de ocupar, en el campo y en la ciudad, empleos que hoy reputaríamos inapropiados. Principales protectores públicos de menores han sido, más tarde, los Servicios Sociales, los legisladores y los Tribunales. Por mandato del legislador federal los legisladores estatales han creado Servicios de protección de menores, financiándolos. El autor se ocupa de estas Instituciones Públicas de Protección de Menores, centrándose en las instituciones jurídicas de protección de la infancia. Históricamente se había autorizado a los padres a educar a sus hijos según su propio criterio, impidiendo que se les hicieran reclamaciones civiles y penales en relación con conductas que hoy, acaso, serían abusivas. A partir de los años 1960-1970, la violencia familiar fue considerada problema de salud pública hasta el punto de convertirse en tema primordial para el legislador federal, promulgando leyes que han servido del modelo que deberá ser desarrollado por los estados. Un Departamento especial (actualmente denominado de la Salud y de los Servicios prestados a las personas) ha abierto una vía de protección a los menores víctimas de la violencia familiar. Además, el Congreso ha adoptado una legislación que financia programas que cumplan las peticiones que les son dirigidas por aquél, de modo que las víctimas de abusos pueden ser colocadas en familias de acogida, privando de la patria potestad a los padres, si fuera necesario, declarándoles indignos de ejercerla, en un procedimiento justo y equitativo.

En sucesivos capítulos se ocupa del concepto de *punishment*, la definición del abuso del menor, la función que desempeña en el tema el Gobierno Federal, las dificultades que plantea la descripción legal del abuso del menor que debe ser reprimido (en USA se adquirió conciencia de su existencia en la sociedad con anterioridad al abuso de la mujer, y se trata de un fenómeno *in crescendo* conforme a las estadísticas: según el *US Census Bureau*, de 669.000 abusos en 1976 se ha pasado a tres millones en 1996, aumentando cada año medio millón de denuncias); hay otros modelos legales aprobados en 1974, 1980 y 1997. Finaliza analizando un famoso caso del TS que resolvió la sentencia de 1989, *De Shaney vs. Winnebago County Department of Social Services*.

IS2008 (p. 479-494): Ann Laquer ESTIN, (Univ. Iowa), *Divergent paths: Same-sex partnership rights in the United States*.

Se constata que en USA se siguen caminos divergentes al tratar de las relaciones entre las personas del mismo sexo. Hay un grupo de estados que se califica de más liberal, el cual de una u otra forma reconoce un estatuto legal a las parejas del mismo sexo. Otros más conservadores, con leyes y apoyándose en la Constitución, levantan barreras a cualquier forma de reconocimiento. Cada uno representa a una parte importante de USA. El debate es enorme, y el mapa resultante es fluido y cambiante. Es improbable, en un futuro previsible, el triunfo de cualquiera de ellos. Hay aquí un reto para el DIP y para el régimen federal.

IS2009 (p.491-515): Barbara ATWOOD (Univ. Arizona), *Child protection in a pluralist society: Challenges and opportunities*.

Analiza algunos desarrollos recientes en el campo de la protección de los menores en USA, que descubren los retos a que deben enfrentarse los sistemas de protección de menores en una sociedad multicultural y pluralista. Parte la crónica de los principios constitucionales aplicables y de las obligaciones impuestas por el poder federal a los estados, como requisito para obtener financiación. Describe sumariamente la Ley de 2008, *Fostering connexion to success and increasing Adoption*, que tiene por objetivo mejorar los sistemas estatales y autóctonos de protección de menores, especialmente facilitando el ejercicio de la responsabilidad paterna por miembros de la familia, garantizando la financiación directa de los programas de

acogimiento del menor en medios autóctonos. Dicha ley promueve de modo permanente la transformación del acogimiento, si bien la autora observa que no en todos los casos ello redundaría en el mejor interés del menor.

Se ocupa del caso surgido en Texas (2008) al ordenarse por la Administración la retirada de varios centenares de menores que vivían en la comunidad fundamentalista *Yearning for Zion Ranch*. Los Tribunales, sin embargo, han anulado la mayoría de medidas administrativas adoptadas en su protección, aun reconociendo la existencia de abusos sexuales (niñas de 14 años que han dado a luz hijos) judicialmente. El Tribunal ha considerado problemática la retirada colectiva de menores, y sugiere prudencia a las Agencias de Protección de Menores, ya que hay que demostrar, caso por caso, el perjuicio del menor. También se ocupa de la *Indian Child Welfare Act*, la cual durante 30 años de aplicación ha supuesto la separación de su familia de varios centenares de menores de raza india, con efectos perjudiciales denunciados ahora por sus familias.

IS2010 (p. 401-418): Barbara J. Cox (Univ. San Diego, California), *Same-sex couples seek federal benefits and interstate recognition of their relationship*.

Prosiguiendo un tema de anteriores crónicas, la autora enfatiza sobre las decisiones administrativas federales que otorgan igualdad de derechos a los hijos, autorizan el cambio de nombre en el pasaporte, o derechos profesionales con limitaciones a los cónyuges del mismo sexo. Igualmente las posturas que favorecen el reconocimiento legal, entre estados, de las parejas del mismo sexo (como entre California y Nueva York). Se hace también eco de diversas resoluciones favorables a su reconocimiento a nivel federal, negando o flexibilizando la aplicación de la *Defense of Marriage Act* (DOMA), por las autoridades federales. Concluye que 2009 *is to be seen as important year in expanding rights for same sex couples in legal relationships*.

IS2011 (p. 409-424): Barbara BENNETT WOODEHOUSE (Univ. Emory, Atlanta, Georgia), *Constitutional rights of parents in child protective investigation*.

Su punto de partida es un equilibrio entre la legitimidad de investigar en el marco de la protección del menor cuando se alega violencia, y el derecho a la vida privada y la autonomía familiar

que tienen valor constitucional. Incluso aunque se trate de casos de delincuencia juvenil, o sea cuando el menor es eventual culpable y no víctima. En el caso *Camreta vs. Green*, que se analiza en profundidad, se trataba de un menor interrogado en la escuela por un investigador del Servicio de Protección de la Infancia, acompañado de un agente de policía, y ello sin mandato judicial o autorización paterna, lo que puede violar la 4.^a enmienda que prohíbe las investigaciones injustificadas. Pero el TS en s. de 26 marzo 2011 considera un recurso injustificado y encomienda la resolución del caso a los Tribunales inferiores.

IS2012 (p. 405-415): J Thomas OLDHAM (Univ. Houston), *Premarital agreements in the United States*.

Desde hace 40 años los Tribunales norteamericanos han aceptado que los cónyuges puedan, en el marco de los contratos prenupciales, modificar las reglas de la liquidación y división de bienes, en caso de divorcio. Pero no hay consenso en si se aplica el régimen general de contratos, o si debieran actuar las normas de protección de la parte más débil. Se proponen dos importantes reformas: i) Las partes debieran negociar tales acuerdos con alguna antelación a la celebración del matrimonio (*before the wedding festivities begin*), lo que les daría más tiempo para reflexionar sobre la oportunidad de celebrar este contrato. Ello supondría un cambio muy importante sobre el derecho vigente, ya que en numerosos estados tales compromisos son inmediatamente ejecutivos aunque apenas si alguna de las partes les dio un vistazo la víspera de la boda; ii) Prohibir a las partes que renuncien recíprocamente a la pensión alimenticia cuando haya hijos comunes durante el matrimonio. Ello permitiría discutir o negociar al cónyuge que durante algún tiempo se dedicó exclusivamente a la crianza de los hijos comunes, con perjuicio de sus ingresos laborales en el mismo periodo de tiempo.

Son reglas generales de los *premarital agreements*: Voluntariedad, información sobre la situación financiera de cada cónyuge, asistencia o no de letrado para comprender mejor el alcance del acuerdo (la experiencia demuestra que, en caso de divorcio, la parte más rica trata de ocultar bienes al otro). Sólo Iowa y Nuevo México prohíben que los alimentos se restrinjan en estos acuerdos. En Colorado se anula la cláusula si el cónyuge no puede atender a sus necesidades. Indiana e Illinois requieren una situación de extrema pobreza

IS2013 (p. 387-398): June CARBONE (Univ. of Missouri, Kansas City) and Naomi CAHN (Univ. of G. Washington), *The past, present and future of the marital presumption*.

La presunción de paternidad del marido está profundamente arraigada en el derecho angloamericano. Con la aparición de sofisticados tests genéticos, el divorcio sin culpa y la evolución de las estructuras familiares, en los estados USA se interrogan sobre la validez de la presunción, ya que la paternidad puede establecerse biológicamente con certeza, habiendo desaparecido, en buena parte, la estigmatización de las circunstancias del nacimiento. Algunos presentan la presunción como una ficción carente de significado, aunque sigue confiriendo un estatus paternofilial. La crónica explora el modo con que los diversos estados se esfuerzan por conciliar las políticas sociales en favor del matrimonio con los nuevos conocimientos relativos a los hechos biológicos. Hay incertidumbre sobre la función actual de la presunción.

IS2014 (p. 471-490): Lynn D. WARDLE (Univ. Brigham Young, Provo, Utah), *Developments in Family Law in the United States of America in 2013*.

En 2013 se han resuelto varios casos muy controvertidos que afectan a la definición del matrimonio y a las relaciones familiares alternativas. No sólo implican a las relaciones de la pareja entre sí, sino también de los padres con sus hijos. Tales resoluciones judiciales se orientan a conceder a las relaciones familiares no tradicionales y a las cuasi-familiares un estatus familiar legal y formal equivalente al de las parejas casadas. Las relaciones familiares convencionales han sido objeto de una remodelación, y así los diferentes órganos legislativos deberán regular relaciones imperfectas, que a su vez deberán ser juzgadas por los tribunales norteamericanos en un futuro próximo. Queda por saber si el reconocimiento de estas relaciones familiares no tradicionales, así como su inclusión en el ámbito de las formas familiares conocidas por los Tribunales de Familia, van a alterar los derechos y deberes tradicionales entre marido y mujer, por un lado, y entre padres e hijos, por otra, así como la responsabilidad parental. Todo ello requiere conocer que el sistema judicial norteamericano consta de dos partes, casi independientes entre sí (al menos, interdependientes): uno federal y otro estatal. La gran mayoría de asuntos de familia se tramitan en la parte estatal, siendo

muy pocos los que llegan a los tribunales federales. En la mayoría de estados hay tres niveles: *trial courts*, *intermediate courts of appeals*, *supreme court*. En los Tribunales federales acostumbran a abstenerse de calificar el asunto. Desde 2007 el número de asuntos domésticos en los tribunales estatales está creciendo, debido al aumento de divorcios y a la crisis económica. El autor analiza minuciosamente un número importante de resoluciones judiciales que en 2014 se han pronunciado reconociendo relaciones familiares alternativas (matrimonio homosexual, relación de maternidad dual de lesbianas que han acudido a la inseminación artificial, etc.) y se pregunta finalmente (p. 490) si esa jurisprudencia no ha dañado irreparablemente a la tradicional familia norteamericana. Importante reto para el futuro (8).

3. África

No puede sorprender la ausencia casi total de países africanos que ofrezcan información completa de su Derecho familiar. A falta de fuentes escritas sobre su derecho ancestral, la información bibliográfica puede proceder, sea de los países colonizadores, sea de los juristas autóctonos que normalmente se han formado en aquellos. Se deja aparte el caso de los países de credo musulmán.

a) Sudáfrica

Era difícil encontrar, en el decenio examinado de IS, algún país africano que ofreciera iguales o parecidos caracteres bibliográficos similares a los incluidos en el continente europeo. La descolonización, en África, llegó –para la mayoría– bien avanzada la mitad del siglo xx. Si se atiende al Derecho privado, además del nuevo Derecho que están promulgando los países recién llegados a la independencia, sigue siendo determinante el sistema jurídico a que pertenecía el país colonizador, que también continúa habitualmente formando a la clase dirigente (*Civil law*, *Common Law*, *Derechos islámicos*). Sin olvidar el habitualmente marginado *Derecho africano consuetudinario*, escasamente investigado y conocido hasta ahora, fuera de

(8) En 2015 el Tribunal Supremo, en funciones de Tribunal Constitucional, ha declarado la constitucionalidad del matrimonio homosexual.

sus aspectos etnológicos (9). Pero en Sudáfrica han confluído otras circunstancias singulares: Ha sido el único territorio africano que recibió directamente el Derecho romano a través del *Dutch Law* y la influencia de la *Escuela elegante*. La posterior conquista inglesa que originó un sistema jurídico mixto. Las drásticas consecuencias derivadas del *Apartheid*, finalmente superado pacíficamente. Es de considerar, también, la actual posición singular de Sudáfrica como la principal economía del continente, de modo que, por un lado, el país está contribuyendo al desarrollo económico de otros países africanos, y, por otro, debe consolidar su precaria e inestable unidad nacional. La ocupación holandesa se produce en 1652, seguida de la inglesa en 1806 con intención de establecer allí una colonia. Su consolidación y temprana independencia ocurre en 1910, convertido en República en 1961. El Derecho propiamente indígena está excluido desde sus primeras etapas, de modo que el sistema jurídico que se gesta es exclusivamente de matriz europea y trata de impedir a toda costa que sea amenazado por aquél. Cuando en los años 60 del s. xx, la ONU condena el régimen del *apartheid*, Sudáfrica expulsa jurídicamente a toda la población negra, declarándola ciudadana del *Bantustan*, es decir, grupos tribales de base étnica, formalmente independiente en el interior del estado, con sistemas jurídicos diversos (*zulu*, *shosa*, *swazi*, *sotho*, etc.), diversos especialmente del sudafricano de origen europeo. La caída del *apartheid*, a fines de los años 80, fue para Sudáfrica un acontecimiento similar a la caída del Muro de Berlín (10). Después de la Constitución provisional de 1993, en todo el territorio de Sudáfrica sólo existe un estado único en el que sus ciudadanos disfrutan de los mismos derechos y obligaciones, aunque todavía subsisten no pocas instancias autonomistas, e incluso secesionistas. Abolidos el *Bantustan* y las leyes segregacionistas está en curso un proceso de integración, con no pocos problemas políticos, económicos y sociales, así como el imperativo constitucional de incorporar, por vez primera en su historia, el

(9) Destaca por la amplitud de su información general, el elevado nivel doctrinal de sus planteamientos, y el riguroso tratamiento en equipo obedeciendo a idénticas premisas metodológicas, el vol. *Il diritto africano*, dirigido por R. SACCO, incluido en el "Trattato di Diritto Comparato", dirigido por el mismo autor, publicado por la Utet (Torino 1995).

(10) Así GUADAGNI, en SACCO, *Il diritto africano*, cit. p. 352.

Derecho consuetudinario sudafricano. Se está, probablemente, en presencia de un sistema jurídico por (re-) construir.

IS2007 (p. 271-289): Robbie ROBINSON (Univ. Nord-West South Africa), *Family and Child Law in South Africa: Common Law vs. Constitutional norms and values* (2007).

La *Carta de Derechos* (1990), añadida a la Constitución, representa un factor de cambio fundamental, también en materia de personas y familia. Se ocupa de las siguientes cuestiones resueltas por el TC: i) La aplicación a la responsabilidad por accidente de la regla romana *nasciturus pro iam nato habetur*; una s. de 1963 permitía que el concebido pudiera reclamar por si los daños inferidos durante el embarazo, pero otra s. de 2005 exige el nacimiento efectivo para reclamar tales perjuicios; ii) aunque las relaciones surgidas de una relación de hecho tienen semejanza con las matrimoniales, hay entre ellas diferencias importantes; iii) se declara que la *Matrimonial property Act 1984* contiene un trato discriminatorio a los casados bajo el régimen de comunidad de bienes al privarles de reclamar daños y perjuicios por violencia doméstica; iv) los hijos nacidos fuera de matrimonio pueden reclamar alimentos contra sus abuelos paternos. El 30 noviembre 2006 ha entrado en vigor la *Civil union Act* que reconoce el matrimonio entre personas del mismo sexo. Recoge la declarada postura del TC de fomentar siempre una interpretación amplia y no restrictiva de los derechos constitucionales, a fin de construir en el país una verdadera democracia (finalidad, en sí misma, loable; pero ¿suficiente?).

IS2008 (p. 395 ss.): June SINCLAIR (Univ. Pretoria), *A new definition of marriages: Gay and Lesbian couples may marry*.

Esta crónica recoge los motivos, implicaciones y ciertos problemas planteados por la *Civil union Act of 2006*, que fue impuesta por una s. del TC que quizá se anticipó a declarar inconstitucional la definición legal del matrimonio que excluía a las parejas del mismo sexo. Se argumentó que tal exclusión se basaba en la orientación sexual del ciudadano, lo que suponía una discriminación. La nueva y controvertida legislación obliga a explicar la naturaleza de esa *unión civil* creada legalmente, pues se ha dejado a la libre elección de los interesados el que su unión sea un matrimonio o un partenariado civil. El autor analiza esta extraña situación ya que el régimen del

matrimonio no se ha alterado legalmente, y se ha olvidado de la unión civil no registrada. En una sociedad azotada por el sida, la pobreza y un sistema minimalista de seguridad social, tal olvido refleja –acaso–, un cínico desinterés por las mujeres vulnerables y de los niños que no pueden afrontar sus necesidades vitales. Además, se ha hecho más innecesariamente complejo el Derecho de familia, por lo cual el autor propugna su simplificación

IS2009 (p. 455-467): June SINCLAIR (Univ. Pretoria), and Trynie DAVEL (id), *Poverty, welfare and the Family: South Africa's miracle transition at risk*.

La Constitución y la Carta de Derechos han incidido en la obligación alimenticia basada en el matrimonio y en el parentesco biológico, a lo que se suma ahora el matrimonio homosexual legalizado en 2006. La jurisprudencia ha ampliado su contenido: a) así, abuelos por afinidad respecto de los nietos afines, y a los cónyuges del matrimonio musulmán (en un matrimonio polígamo cualquiera de las esposas puede reclamar una compensación por haber perdido el derecho a ser sustentada bajo el concepto de "persona dependiente"), así como el derecho del cónyuge superviviente, aplicable al homosexual. Esta jurisprudencia se basa en el principio de igualdad para evitar discriminaciones inaceptables. Los autores denuncian cierto retraso en el legislador en relación con el matrimonio musulmán. Hay algunos eslóganes que –en el lector–, causan temor: *Our nascent democracy is at risk* (11).

IS2012 (p. 333-345): Ann SKELTON (Univ. Pretoria), *Kinship care and cash grants: In search of sustainable solution for children living with members of their extended families in South Africa* (2012).

Tras diversas vicisitudes, la *Children's Act 38 of 2005* (conocida por sus siglas SALRC), no ha llegado a establecer la figura del kin-

(11) Aunque hay estadísticas que muestran el progreso experimentado por Sudáfrica: Se han construido 2,6 millones de viviendas; el 87,2 % tienen acceso al agua corriente. Desde 1998 se ha doblado el número de viviendas con acceso a la electricidad. Pero hay datos negativos, pues ha surgido la xenofobia frente a los emigrantes ilegales. En 2007, el 41 % de la población no alcanza el mínimo vital. En 2005 hay 118.500 menores que viven en hogares dirigidos por ellos mismos, y se incrementa la explotación sexual de las niñas.

ship care, pero arbitra un complejo y ambicioso sistema de ayuda a la infancia que acoge al menor necesitado que vive en situación de pobreza. Las estadísticas que se ofrecen son descarnadas. De una población de 49,4 millones de habitantes en 2009, hay en torno a 18 millones que son menores de 18 años, cuya situación se distribuye así: Algo menos de seis millones conviven con ambos padres; 6'9 millones viven con su madre; 5'6 habitan con otros parientes, o solos. Globalmente se considera que el 61 % del total de menores (es decir, 11,3 millones) se encuentran en situación de pobreza. La SALRC toma por modelo la familia de acogida, designada por un Tribunal y supervisada por los Servicios Sociales. Se beneficia de la remuneración que le asignan estos últimos, mientras que si se hace cargo otro miembro de la familia sólo puede reclamar alimentos. Se observa que la nueva familia de acogida no pocas veces entra en conflicto con la asistencia tradicionalmente prestada por la familia extensa. A la vista del elevado porcentaje de niños huérfanos y de niños víctimas de abusos, la autora propone una compatibilización de sistemas de asistencia a menores

IS2013 (p. 343-362): Helen KRUUSE (Univ. Rhodes), *You reap what you sow: Regulating marriages and intimate partnership in a diverse post-apartheid society*.

Comienza afirmando tajantemente que Sudáfrica no puede vanagloriarse de su historia, pues el *Apartheid* ha tenido consecuencias devastadoras en todos los sectores de la sociedad, especialmente en la familia. El principio *separados, pero desiguales*, originó que el matrimonio blanco, occidental y monogámico fuese el único reconocido por el Estado, dejando en la sombra otras formas de conyugalidad (matrimonio consuetudinario, musulmán, homosexual, de hecho, etc.). Derrumbado el *Apartheid*, el legislador se ha esforzado por regularlas igualitariamente a todas ellas. La autora se pregunta si sigue oculta la cuestión clave en cada una de ellas, la protección de las personas vulnerables en el interior de cada pareja. La evolución legislativa posterior es del mayor interés, siendo sus principales etapas: i) El reconocimiento de los matrimonios consuetudinarios por la Ley 120 de 1998; ii) La Ley de matrimonio civil, núm. 17 de 2006; iii) El Proyecto de Ley de partenariado doméstico, pendiente de aprobar; iv) El Proyecto de matrimonio musulmán de 2010. Todo

ello adornado con curiosos casos resueltos recientemente por el TC sudafricano.

4. Asia

El jurista europeo es consciente de la (relativa) *juventud* de su propia cultura frente a la *vetustez* de las tradicionales culturas asiáticas cuyos sistemas jurídicos aparecen, en principio, profundamente inspirados en normas o reglas de carácter religioso o filosófico de antiguo origen. No han faltado invasiones, guerras y relaciones culturales entre nuestros respectivos continentes. Pero durante mucho tiempo el acercamiento recíproco fue un adentrarse en lo exótico y lo difícilmente comprensible, siendo escasos los logros obtenidos. Añádase, –para Europa–, el hecho de interponerse con Asia el difícil mundo eslavo, tan esquivo al sistema jurídico romano-germánico. Es verdad que entre 1237 y 1480, los pueblos mongoles invaden Rusia, pero no parece que ello influyera en el Derecho privado del territorio –y mucho menos en el de otros países continentales–, constituido fundamentalmente hasta entonces el Derecho eslavo por costumbres, y en materia matrimonial básicamente por el Derecho canónico de la Iglesia de Oriente (12). Relaciones económicas entre ambos continentes, podemos decir que no han dejado de existir en cualquier época, y se intensificaron a partir del siglo xvii cuando las potencias europeas inician una presencia colonial en Asia (Portugal, España, Francia, Holanda, Inglaterra). En el siglo xix se intensifica el comercio internacional a través del régimen privilegiado instalado en los puertos asiáticos de mayor tráfico. En aquel continente son frecuentes las guerras entre los imperios japonés y chino, a veces con extrañas alianzas. Las potencias coloniales llevan su derecho civil al territorio que dominan (el CC francés se aplica en Indochina, el CC portugués de 1867 en Goa, Damao, Diu y Macao, el primer CC holandés se aplica en Indonesia –y parece que todavía sigue allí en vigor–; el Derecho inglés se introduce en la India, y el CC español en Filipinas a fines del siglo xix). La caída revolucionaria del Imperio chino va a suponer la recepción del BGB alemán en la nueva República, reducido

(12) Véanse las sugestivas páginas que al tema del Derecho privado en Rusia y Ucrania dedica Sacco, *Sistemi Giuridici comparati*, 3.^a ed. (Milano 2008) p. 316-319. Y al origen del eslogan, Moscú, *la Tercera Roma*.

su territorio últimamente a la isla de Taiwán; mientras que, en Japón, por decisión de la dinastía *Meiji* se iniciará una profunda recepción del Derecho europeo, –y alemán en particular–, también a fines del siglo XIX, que la derrota en la II.^a GM culminará con la recepción global del Derecho público norteamericano, que convertirá al otrora temible imperio nipón en un país pacifista y modélico, en no pocos aspectos, de los integrantes de la ONU. En términos generales, no hay sistemas jurídicos propiamente asiáticos, sino legislaciones más o menos impregnadas por su religión, tradición y costumbres, que tratan de actualizarse y modernizarse ¿siguiendo escrupulosamente los modelos occidentales? La respuesta no puede ser unívoca: Hay países cerradamente comunistas que no admiten comparación alguna (Corea del Norte). Hay países comunistas que han iniciado una notable y sorprendente evolución (China, Vietnam) y que empiezan a (re-)contemplarse en el espejo jurídico occidental. Hay países que han salido íntegramente de la órbita soviética y buscan su sistema propio. No cabe olvidar la presencia de países musulmanes, en todo o en parte, que siguen siendo fieles a la Sharia (Irán, Pakistán). En las Constituciones de algunos países se invoca la tolerancia, pero gobernados por regímenes federales no siempre se impone aquélla ante los tribunales inferiores. He elegido cinco países, en mi opinión, bastante representativos: Corea del Sur, República Popular de China, Emiratos del Golfo, India y Japón.

a) Corea del Sur;

IS2008 (p. 237-252): Whasook LEE (Yonsey Univ.), *Transformation of Korean Family Law 2008*.

El CC coreano de 1960, modificado en 1990, ha sido reformado en marzo de 2005, de forma calificada de revolucionaria debido a la declaración de inconstitucionalidad de varias normas aprobadas en el periodo 1996-2006. Tras agitados debates se ha eliminado el sistema patriarcal, basado en la figura del *jefe de familia*, y también se ha reformado la modalidad de adopción plena. El divorcio por mutuo consentimiento se ha modificado en 2007 para proteger a las personas vulnerables, especialmente a los hijos menores víctimas de la ruptura de sus padres. Estas reformas tratan de reflejar los cambios sociales, y se augura como próxima la del régimen económico matrimonial que tradicionalmente es el de separación.

IS2010 (p. 313-335): Dong-Jin PARK, *Korean divorce law: Can a spouse guilty of marital misconduct get a divorce without the consent of the other spouse?*

De todos los ámbitos del Derecho de Familia es el del divorcio el que refleja mejor las estructuras sociales y el espíritu de una sociedad. Desde 1990 la tasa de divorcialidad ha crecido y con ello se incrementan los problemas sociales derivados de la ruptura del matrimonio. La reforma de 2007 incide en el divorcio por mutuo acuerdo, otorgando al Tribunal mayor intervención en el procedimiento, pudiendo aconsejar a las partes que acudan a abogados especialistas antes de iniciarlo. También se ha introducido un plazo de reflexión (de tres meses si hay hijos menores, o de uno no habiéndolos), del que cabe prescindir si existe violencia doméstica o cuando de la continuidad resultarían grandes sufrimientos para una de las partes. Pero la reforma legal no ha resuelto la duda de si el Tribunal puede pronunciar divorcio cuando lo solicita el cónyuge culpable. La mayoría de los autores estiman que la demanda debería rechazarse, fuera de concurrir circunstancias excepcionales. El TS ha sentado la regla de que el cónyuge culpable no puede solicitar el divorcio. Con todo, posterior jurisprudencia va introduciendo algunas excepciones cuando el demandado puede considerarse como responsable principal de la ruptura. También se observa que algunos Tribunales parecen interesarse más en verificar las posibilidades de reconciliación conyugal que la cuestión de la culpa conyugal; por ej. en las separaciones prolongadas ya no parece interrogarse sobre el culpable de la misma. Por ello quizá debiera introducirse la modalidad del divorcio sin culpa. El primer criterio debiera ser verificar que ha cesado la comunidad de vida de los cónyuges y que no hay posibilidades de reconciliación. Así cuando se prueba el fracaso de la vida en común no debería denegarse el divorcio por el simple motivo de que el demandante haya cometido una falta conyugal. La experiencia demuestra que, en la mayoría de divorcios, ambos cónyuges tienen parte de responsabilidad en la ruptura irremediable de la pareja. Además cada divorcio obedece a múltiples causas y resulta difícil determinar quién detenta mayor responsabilidad en la ruptura. Sólo en circunstancias muy particulares que permiten asegurar que el divorcio producirá sobre uno de los cónyuges o sobre los hijos, efectos psicológicos, sociales o económicos desastrosos, en tal caso el Tribunal denegará el divorcio [*cláusula de dureza*]. Se

propone que, con carácter general, se admita la demanda de divorcio presentada por el cónyuge culpable, y que excepcionalmente las graves circunstancias concurrentes lo desaconsejen.

IS2011 (p. 383-396): Youmee KIM (Univ. de Ulsan), *The adoption system of Korea and its problems*.

El sistema coreano conoce tres formas de adopción: la llamada *común* y la *plena* reguladas en el CC, y la ASPPA (regulada por la Ley especial sobre casos relativos a la promoción y procedimiento de adopción). La adopción común se realiza mediante un acuerdo entre adoptante y adoptado, y se considera generalmente que esta modalidad no sirve realmente al interés del menor y sus efectos son limitados pues no adquiere los apellidos del adoptante; por otra parte suele realizarse entre personas adultas. En 2005, cediendo a las presiones, el Gobierno aprueba la adopción plena, que ha entrado en vigor el 1 enero 2008. La adopción regulada por la ASPPA resulta todavía más simplificada pues no requiere la intervención judicial. Ninguna de las tres modalidades de adopción respeta el derecho del menor a ser oído, y la intervención judicial es escasa. La adopción común debería exigir aprobación judicial, que, por el contrario, sí se requiere en la adopción plena. Tal control judicial debiera establecerse en las adopciones anónimas realizadas en el marco de la ley especial. Si se anulara la adopción plena, con el consiguiente retorno a la familia de origen, ello debería requerir igualmente aprobación judicial. Se concluye la crónica afirmando que la adopción requiere necesariamente la intervención judicial en su tramitación y vicisitudes, y que el interés del menor debe reconocerse al menos en el derecho a ser oído sobre la misma a partir de cierta edad. Se anuncian próximas reformas.

IS2013 (p. 363-373) : Jinsu YUNE (Univ. de Seúl), *The reform of adoption law in Korea*.

El 4 agosto 2011 se promulgó la nueva Ley especial sobre adopción (SAA). También el 10 febrero 2012 se modificó considerablemente el capítulo sobre adopción del CC, para entrar en vigor el 1 julio 2013. Estas reformas tratan de servir mejor al interés del menor y armonizar el derecho coreano con la Convención de 1989. En adelante, la adopción debe aprobarse por el Tribunal de familia. Se deroga la norma anterior que permitía revocar una adopción vi-

gente por mero acuerdo con un adoptado menor de edad. Se hace un estudio pormenorizado de estas sucesivas reformas, y se llega a la conclusión de que la adopción debe servir al bien del adoptado, y no a los intereses de la familia o de los adoptantes, lo que supone un hito en la historia familiar del país, y facilitará la ulterior adhesión a la Convención. Si hasta ahora se acusaba a Corea de haberse convertido en *país exportador de niños adoptados*, ello resultaba de las convicciones sociales de ser la adopción un medio de conservar la familia biológica, con la consecuencia de rechazar a un adoptado que no fuese de la misma sangre. Además los adoptantes mantenían en secreto la adopción si recaía sobre un extraño. Se llegaba incluso a simular un alumbramiento. Por todo ello había prejuicios sociales para adoptar. Las nuevas reformas parece que facilitarán un cambio de mentalidad (p. 373).

IS2014 (p. 275-308): Anna BLACK (Beirne School of Law) and Kwang-Soo JUNG (investigador), *When a revealed affair is a crime, but a hidden one is a romance: An overview of adultery law in the Republic of Korea*.

La República de Corea del Sur se considera como de una de las potencias emergentes del sudoeste asiático, con categoría de potencia mundial. Se ha acuñado la expresión *El milagro del río Han* para explicar su reciente industrialización y su desarrollo, que han originado que 50 millones de habitantes posean un grado elevado de formación, sean ricos, urbanizados y bien dotados de tecnología. Además son herederos de una rica historia y de tradiciones jurídicas que provienen de hace cuatro milenios. Ciertamente, la modernidad no ha supuesto desprenderse de dicha herencia cultural. En particular, el neo-confucianismo típico del país continúa informando la vida de los ciudadanos, sobre todo en el seno de las relaciones familiares, y los conceptos de moralidad, conveniencia y ética. Las normas jurídicas sobre el adulterio se encuentran en la encrucijada de la tradición y de la modernidad. El espíritu comunitario coreano y la prioridad de los valores familiares tienen el mismo valor que los modernos valores individualistas, como el respeto a la vida privada, a la libertad sexual y a la felicidad, que aparecen todos ellos inscritos en la Constitución. El TC coreano trata de ponderar estos intereses divergentes, y desde su establecimiento en 1988, el delito de adulterio es una de las materias cuya constitucionalidad se impugna rei-

teradamente. La crónica analiza las cuatro sentencias que ya se han pronunciado en la materia, situándolas en su contexto histórico, en cuanto infracción penal y fuente de responsabilidad civil. Cada uno de estos aspectos se expone jurisprudencialmente, especialmente desde el TS, y bajo la legislación penal y civil. Se alude al intenso debate doctrinal de la cuestión en medios judiciales y académicos, así como en los medios de comunicación, concluyendo que si bien el aspecto penal pudiera cambiar en un próximo futuro (13), el aspecto civil permanecerá sin cambios.

b) República Popular China

El interés general que en Europa, y en Occidente en general, ha suscitado China ha originado que siempre hayan existido especialistas europeos sobre el sistema jurídico de aquel gran país, con independencia del color político de su gobierno. Los IS muestran este hecho, pues la crónica de 2005 se fecha en Londres por un autor occidental, si bien las restantes corren a cargo de profesores que enseñan en el país asiático. En todo caso, estimo valiosa la información que proporcionan.

IS2005 (p. 173- 201): Michael PALMER, *Marriage reform and population control: Changing Family Law in contemporary China*.

El autor se ocupa de las reformas familiares del periodo 1999-2004. En 2001 se clarifican las causas de nulidad y anulación del matrimonio tal como se regulan en la Ley de 1980, que, a su vez, sustituyó a la Ley de 1950 que fue la primera norma familiar del régimen comunista; la necesidad de establecer un registro matrimonial con efectos retroactivos; la necesidad de disponer de algún concepto legal del concubinato, que es práctica que no deja de crecer en el país; iniciar a fondo la reforma el divorcio y sus efectos, tales como la guarda de hijos, y la liquidación de bienes; finalmente es necesario acometer por primera vez la regulación de la violencia doméstica. La reforma matrimonial ha sido acompañada de un anima-

(13) Se hace notar que si bien en Europa ha desaparecido la incriminación penal del adulterio, que se relega al ámbito de la reprobación social o moral, en Asia se incrementa poco a poco el número de los estados que lo penalizan.

do debate popular. En cambio, la Ley sobre la población y el control de nacimientos no ha suscitado apenas interés, discutiéndose más bien confidencialmente la posibilidad de la Ley de 2001 de tener un segundo hijo en circunstancias concretas, que se considera cuestión más administrativa que civil, y que será ulteriormente desarrollada por los reglamentos regionales de planificación. Adviértase que las descritas reformas legales han sido ratificadas por dos versiones oficiales del TS Popular en 2001 y en 2003, y desarrolladas por un Reglamento del RC del último año. A modo de conclusiones afirma el autor (p. 200 y s.) que China, partiendo de un régimen familiar establecido en 1980, en el que la ley regía íntegramente el matrimonio y la familia, sujetándolo a su control, mediante un instrumento administrativo, llega a la situación actual en que tales controles se están aflojando, hasta que, poco a poco, las leyes reflejen mejor el existente deseo social de cambio. Esta evolución es difícil debido a la existencia de cierto conservadurismo moral, a las notables diferencias entre los valores propugnados por las diversas generaciones, así como a las grandes disparidades económico-sociales entre las diversas regiones de este inmenso país.

IS2006 (p. 145-164): Chen WEI (Univ. of South West), *Recent developments in the marital property system of the People's Republic of China*.

El régimen económico matrimonial de 2001 ha sido objeto de dos interpretaciones –vinculantes– del TS, una en diciembre de 2001 y otra que entró en vigor en abril 2004. Esta interpretación jurisprudencial añade nuevas reglas al sistema vigente con la finalidad de enmarcar más adecuadamente la reforma. La crónica profundiza en las reformas, analiza los obstáculos que encuentra en su aplicación y sugiere algunas mejoras que podrían mejorar la situación actual que se sintetizan en un elenco decenal de propuestas (p. 162 s.), y en una breve y útil referencia bibliográfica en inglés publicada en Beijing, Taiwán y Londres.

IS2011 (p. 147-155): Wang WEI (Instituto de Administración, Dongguan), *Gender mainstreaming in the Family Law of the People's Republic of China*.

La igualdad entre el hombre y la mujer no es sólo la meramente formal, sino también y sobre todo la real en su esencia y resulta-

do. El Derecho de familia vigente basado en la igualdad posee un gran valor para promover la integración del género e incrementar la igualdad entre los sexos. Pero actualmente la igualdad de géneros no es perfecta, sobre todo si examinamos la realidad. Por ello en la crónica se considera oportuno presentar la igualdad de género sobre la base de ejemplos. El varón puede casarse a los 22 años, y la mujer a los 20. Pero en la práctica se sigue la concepción tradicional según la cual se respeta al varón y se ignora a la mujer. El varón *puede* casarse con mujer menor que él, pero la mujer *deberá* buscar siempre un marido mayor que ella. Si el marido eligiera a una mujer de más edad que él, ello sólo significaría salirse de la costumbre, pero la mujer no podría hacerlo en ningún caso. En cuanto a la unión de hecho, los tribunales la ignoran y no pueden proteger a la mujer que entra en tal relación. Según la concepción tradicional, después de un divorcio los hijos se encomiendan a la madre, lo que dificulta que pueda volver a casarse. Se propugna que junto a la igualdad de sexos, establecida en la Constitución, se declare la igualdad de género en sentido moderno, por ej. facilitando la prueba de los hechos que suponen desigualdad de trato para la mujer.

IS2012 (p. 53-67): Chen WEI (Univ. of South-West), *Present legislation on adoption in China and its reform proposals*.

En 1991 entró en vigor la Ley de adopción, enmendada en 1998, e interpretada por abundante jurisprudencia, completada por normas administrativas sobre su inscripción en 1999, que la someten a un control rígido. Para que la regulación responda a Tratados y Convenciones internacionales se proponen diversas reformas inspiradas en el derecho internacional y comparado: i) Incluir expresamente *the best interest of child*, en general y para menores; ii) que se eleve de 14 a 18 años la edad máxima para poder ser adoptado, y que el adoptante carezca de hijos, posea aptitud para educar, haya cumplido 28 años y disponga de un certificado de infertilidad al menos un año después de casarse; iii) estricto procedimiento adoptcional (seis meses de acogimiento preadoptivo, con rigurosas inspecciones administrativas que emitan informes favorables); iv) control ulterior de la adopción ya constituida; v) posibilidad de suspenderla si el adoptante incumple sus obligaciones; y vi) necesidad de que el acuerdo de extinguir la adopción con un menor sea aprobado por el Tribunal popular.

IS2014 (p. 51-70): Chen WEI, Lei SHI and Wenjun HE (Univ. Chongqing), *Empirical research on judicial practice of the post-divorce relief system- Targeted on sampled cases handed in a grass-roots People's Court in Chongqing in the 2010-2012*.

Se exponen los resultados de un estudio sociológico realizado sobre la jurisprudencia del Tribunal Popular de Chongqing en el periodo 2010-2011, en el punto relativo a la carencia de asistencia postdivorcio. Como marco general, las estadísticas oficiales registran en 2012 un total de 3.104.000 divorcios en China. En el mismo año, en el distrito de Chongqing se celebraron un total de 293.000 matrimonios y se dictaron 105.000 sentencias de divorcio (lo que supone el 35,8 %). Hay plena libertad para que los ciudadanos puedan divorciarse, y debe haberla también para analizar los efectos negativos que la elevada divorcialidad causa en los interesados y en la sociedad. Del análisis sociológico realizado deducen algunas sugerencias para mejorar el sistema judicial de asistencia postdivorcio: reforzar la formación de los jueces en lo relativo a la doctrina del género; establecer Jueces y Tribunales de Familia; facilitar la carga de la prueba en lo relativo a los daños producidos por el divorcio; redefinir el concepto de *dificultades de la vida* para aplicar la ayuda financiera postdivorcio; por último, ampliar el campo de aplicación de la compensación económica después del divorcio (14).

c) India

Probablemente las crónicas sobre el sub-continente indio constituyen una de las más atractivas fuentes de información sobre el Derecho familiar de esta República federal, democrática, laica, soberana y socialista, que comprende en su extenso territorio varias sociedades multiculturales que profesan y practican varias religiones, que coexisten y conviven, no sin algunas contradicciones. La igualdad constitucional entre los ciudadanos concurre, de hecho, con la dramática subsistencia de castas. La discriminación de la

(14) Nota del autor: Una adecuada valoración del trabajo sociológico extractado requeriría, además, conocer la situación geográfica del distrito judicial objeto de la encuesta, con el fin de valorar la posible extensión de sus conclusiones a otras regiones chinas. El cuestionario parece directamente influido por las conclusiones de anteriores crónicas.

mujer sigue siendo una realidad (se afirma que la subsistencia fáctica de la dote en el matrimonio, –pese a la prohibición legal– representa una amenaza social). La Constitución Federal de 1949 supuso la reunión de 28 estados federados y siete territorios, con un total de 3,28 millones de km cuadrados, una población actual aproximada de 1.100 millones de habitantes, y alrededor de 30 millones de hindúes residentes en el extranjero. Partiendo de su pertenencia al sistema del *Common law*, hay un *Supreme Court*, con jurisdicción sobre todos los Tribunales del país, y un *High Court*, con jurisdicción en cada uno de los estados. La Constitución garantiza, entre otras, la libertad de religión y de profesarla libremente, practicarla y difundirla. También impone al Estado la tarea de asegurar a los ciudadanos un Cc único para todo el territorio de la India, aunque, hoy por hoy, sea mera aspiración programática. La gran mayoría de las crónicas del IS se deben a dos juristas prácticos que mantienen una actitud casi siempre crítica ante las sucesivas respuestas del ordenamiento y de las autoridades hindúes, a su parecer casi siempre insuficientes, ante los nuevos problemas familiares. El panorama que ofrecen resulta extraordinariamente variado.

IS2005 (p.275-314): Anil MALHOTRA (abogado y ex-prof. de la Univ. de Penjab) and Ranjit MALHOTRA (Abogado y representante de la International Bar Association), *Divorce, nullity and related matters under the hindu Marriage Act 1955*.

Amplio estudio de las causas de divorcio de la Ley matrimonial hindú de 1955, así como de algunas cuestiones procesales. EL TS de la India recomienda y anima a la solución negociada de los pleitos matrimoniales. También se ocupa de la nulidad y anulabilidad matrimonial, del divorcio por mutuo consentimiento y del reconocimiento de sentencias extranjeras. Concluye la conveniencia de prestar mayor atención a los alimentos postdivorcio, cuya cuantía fijada judicialmente resulta insuficiente para muchas esposas en situación de miseria. El tema de la concesión de esta pensión y el mayor interés de los hijos debiera focalizar la actuación de los tribunales en el futuro.

IS2007, Parte 1.^a (p. 101-120): Anil and Ranjit MALHOTRA, *Hindu law and uniform code-The Indian experience*. Parte 2.^a (p. 121-

128): Florence LAROCHE-GISSEROT (Univ. Paris-Evry), *Women's inheritance according to the amended Hindu 2005 succession Act*.

La parte 1.^a representa un alegato en favor de un Cc uniforme para la sociedad multicultural y religiosa, que reconoce constitucionalmente la libertad de religión. Se preguntan los autores: ¿Cómo se puede armonizar el Derecho y la Religión en una república democrática, laica, socialista y soberana? ¿Qué dicen los Tribunales hindúes? ¿El sistema hindú acepta los Tribunales religiosos y las instancias extrajudiciales? ¿Es sólo una ilusión la propuesta de un Código civil uniforme para toda la India? ¿Sería posible un activismo judicial en tal sentido? ¿Cómo se resuelven efectivamente los conflictos familiares extra-patrimoniales? ¿Se acepta la costumbre contra ley? ¿Debe regularse jurídicamente el traslado de los hijos menores en las rupturas matrimoniales? ¿Que ocurre cuando los hindús residentes fuera del país invocan normas de derecho extranjero contrario al derecho patrio? ¿Pueden aplicarlo automáticamente los tribunales hindúes? La parte 2.^a es un aspecto complementario, pues se ocupa de la igualdad de los sexos a la hora de heredar, incluso en relación con las fincas rústicas, pese a lo cual siguen en vigor costumbres contrarias (Ley de 1956, modificada en 2005).

En materia matrimonial la mayoría de la población que vive en la India está sometida o a la legislación hindú o a la musulmana. Pero la realidad normativa es bastante compleja. En 1955 se promulgó la Ley matrimonial hindú, que establece una forma religiosa de celebración y un registro opcional. Se aplica a todo hindú, budista, jaina o sij, y a cualquier otra persona que no sea musulmán, cristiano, parsi o judío de religión. Obliga también a los nacionales hindúes que viven en el extranjero. Hay también un Derecho hindú de sucesiones de 1956, una Ley sobre Minoría de edad y tutela y otra sobre adopción y alimentos del mismo año. Antes se había promulgado una ley especial de matrimonio en 1954, que parece constituir una forma civil del mismo, con inscripción obligatoria, aplicable a hindúes y no hindúes así como a los extranjeros que se casan en la India; así pueden casarse los ciudadanos sin referencia a la religión que profesan. En 1936 se promulgó una ley de matrimonio y divorcio aplicable a los parsis, modificada en 1988. En 1872 se promulgó la Ley del matrimonio cristiano con la finalidad de reforzar su forma solemne, estando reguladas las causas de divorcio por ley de 1869, modificada en 2001. En 1937 se promulga la ley personal de los

musulmanes, en 1939 la del matrimonio musulmán, y en 1986 la relativa a las mujeres musulmanas. En cada una de las mencionadas leyes matrimoniales se establece la competencia judicial, cuya aplicación origina no pocos problemas. Como subsisten de hecho las castas, los matrimonios que no las respetan originan con frecuencia los *honour killings*, pese a las enérgicas declaraciones reprobatorias del TS. También están al margen de la ley algunos tribunales religiosos que intervienen en crisis matrimoniales. Con todo, la conclusión de los autores es esperanzadora. Lograr una codificación civil unificada puede ser el último objetivo. Mientras tanto insisten en que es posible poner de acuerdo o pacificar a las religiones y al ordenamiento jurídico. Si la unidad de la India existe en su diversidad, los juristas a veces no buscan la paz. Hay tribunales que están realizando una tarea hercúlea para encontrar soluciones. Ha llegado el momento de que el legislativo y el ejecutivo contribuyan a esta pacificación. La India –en resumen–, es una confluencia y no un choque de civilizaciones (p. 120).

IS2008 (p. 137-161): Anil and Ranjit MALHOTRA, *Inter-country parental child removal and the Law*.

La amplia población hindú residente en el extranjero está originando una nueva modalidad de conflictos conyugales y familiares. El frecuente desplazamiento de menores hacia la India obliga a respetar el marco internacional, transformando cada caso en algo que trasciende lo local o nacional. Las medidas requieren la colaboración de Tribunales de varios países, lo que parece imposible si la India no suscribe la Convención de la Haya de 1980 para el caso de sustracción de menores. Sirve de ejemplo Pakistán, que ha firmado un Tratado bilateral con Gran Bretaña. Los autores examinan diversos casos y subrayan que *the cruel abduction of children for the purposes of forced marriages will also be checked* (p. 161).

IS2009 (p. 215-240): Anil and Ranjit: MALHOTRA, *Conflict of laws in inter country adoption: The Indian perspective with special reference to the position after India ratified the Hague Convention on adoptions*.

Los autores analizan los principios del conflicto de leyes y del procedimiento en materia de adopción internacional en la India. También se ocupan de la legislación aplicable a los extranjeros y a

los indios expatriados que quieren adoptar a niños de su país. Ninguna ley especial las regula. Se permite solamente entre hindúes, de modo que los extranjeros no pueden adoptar a menores hindúes, aunque sí se admite que puedan tutelarlos (ulteriormente, en el país de destino los Tribunales transforman la tutela en adopción). Entre miembros de otras comunidades religiosas, lo permite la costumbre. La adhesión en 2003 al Convenio de la Haya parece que no ha originado efectos positivos para la práctica de la adopción internacional. En 2006 se ha publicado una Guía administrativa para aquellas adopciones. Mientras la adopción internacional se encuentra, de hecho, paralizada, los progresos científicos han permitido que en la India se establezcan unas 200.000 clínicas en las que se practica la maternidad por sustitución, no regulada legalmente, pero prácticamente autorizada, y que ofrece una dimensión internacional.

IS2010 (p. 189-215): Anil and Ranjit MALHOTRA, *Alternative dispute resolution in Indian Family Law-Realities, practicalities and necessities*.

Otro ejemplo de solución alternativa propuesta por los autores de la crónica ante una precisa orientación de la legislación interna. En efecto, se pone el acento por los tribunales hindúes en la necesidad de la mediación y reconciliación conyugal con carácter obligatorio, mientras que se desconoce el fracaso irremediable del matrimonio como causa de divorcio. Por ello las sentencias de divorcio pronunciadas en el extranjero respecto de ciudadanos hindúes, sin haber sido precedidas de una tentativa obligatoria de reconciliación, no encuentran el favor ni de la población ni de los tribunales en la India. La ley hindú debería reconocer que el fracaso irremediable de la unión cuando solicitan conjuntamente el divorcio debería admitirse como causa legal del mismo, lo que probablemente influiría en la disminución de su número ya que bastantes cónyuges elegirían la vía alternativa. Debiera legislarse con carácter general pues tales problemas se agravan con la sustracción de menores, las reclamaciones de pensiones alimenticias y la liquidación del régimen económico. También se propone la creación de servicios de ayuda a las parejas en crisis en el interior de la India al objeto de que la solución aceptada en cualquier caso no sea contraria a la legislación matrimonial interna. El legislador debe armonizar la situación jurídica familiar entre los ciudadanos residentes fuera y dentro del país.

IS2011 (p. 221-246): Anil and Ranjit MALHOTRA, *Custom as an important source of Hindu law: Its usage in international family migration*.

Excelente crónica sobre la importancia del Derecho consuetudinario hindú en materia matrimonial y de divorcio tal como lo reconoce la Ley de matrimonio hindú de 1955, y la abundante jurisprudencia, tanto del TS como de los *High Courts*. Se aspira al reconocimiento del mismo, no sólo a nivel interno, sino en el ámbito de la emigración internacional. Se constata, en ocasiones, que algunos funcionarios diplomáticos hindúes lo desconocen (p. 245 s.).

IS2012 (p. 123-150): Anil and Ranjit MALHOTRA, *Missing children in India: Suggestions, remedies and solution*.

Es preocupante el incremento de la desaparición de niños en la India, pues en razón a su edad o sexo son particularmente vulnerables. En muchas jurisdicciones superiores se propugna la formación de grupos de investigadores especializados en la sustracción de menores, compuestos por agentes que posean conocimientos con profundidad del tema. Aporta algunas estadísticas recientes, analiza medidas legales a adoptar y propone reforzar la competencia de la policía, así como la colaboración de los medios de comunicación, junto a los más eficaces procedimientos de información interna. Como tarea prioritaria se requiere la puesta en marcha eficaz de la Comisión para la protección de los derechos de los menores de la Ley de 2005. Entre 2008-2010 se denunció la desaparición de 117.480 menores, permaneciendo todavía casi un tercio de ellos en la misma situación. La India no ha firmado la Convención de 1980 sobre sustracción de menores por sus progenitores.

IS2013 (p. 151-174): Anil and Ranjit MALHOTRA, *Law and surrogacy arrangements in India*.

La gestación por sustitución es práctica habitual en la India, atrayendo a numerosas parejas extranjeras que quieren tener un hijo. Se les aplica el Derecho contractual, incluso cuando media remuneración. Pero la ley hindú prohíbe adoptar al niño así *comprado* a menos que se trate de un ciudadano hindú. Un Tribunal puede autorizar la constitución de la tutela sobre el menor y así autorizar la salida del menor con pasaporte. Doctrina confirmada por el TS en el caso de una pareja nipona que, en su país, decide separarse antes de nacer la criatura. La madre del padre que había aportado el semen

se hizo cargo del menor en calidad de tutora, y lo trasladó a Japón. Es de suponer que esta doctrina estimulará a parejas homosexuales a firmar este tipo de contratos. El parlamento vacila a la hora de regularla, y parece que la Administración endurecerá los requisitos al exigir un *certificado médico*, en vez de *turístico*, acompañado de otra certificación del país de destino que establezca el reconocimiento legal de la maternidad por sustitución y garantice la entrada en él de la criatura.

IS2014 (p. 165-179): Anil and Ranjit MALHOTRA, *Surrogacy for single and unmarried foreign persons: A challenge under Indian law*.

La crónica pone en contraste las grandes dificultades que la legislación hindú pone a la adopción internacional, pese a los 12 millones de huérfanos existentes en el país, mientras que paradójicamente se ha desarrollado la *reproductive tourism industry* –que acaso pudiera incluso tener precedentes mitológicos hindúes (p. 166)–, fomentada últimamente por ese gran número de parejas en búsqueda de hijos que recorren el mundo y llegan a un país que, desde 1978, ha llegado a establecer más de 200.000 clínicas que ofrecen servicios de inseminación artificial, fertilización in vitro y gestación por sustitución. Se analizan varios casos resueltos por el TS (en 2008, pareja japonesa divorciada antes del alumbramiento; 2008 y 2010, pareja gay israelí) y 2010 (pareja alemana no casada). Como se había previsto, en 9 julio 2012 se han dictado ordenanzas administrativas por el Ministerio del Interior, que autorizan su utilización sólo a hombres y mujeres casados, exigiendo que el matrimonio que lo solicite lleve, al menos, dos años casado sin prole, cerrando el paso a que la usen los solteros y a las parejas no casadas. Los autores opinan que exceden de la competencia de este Ministerio, dado que corresponden al de la Salud y Bienestar de la Familia y, además, a su juicio, son inconstitucionales (p. 179).

d) Países del Golfo Pérsico

IS2010 (p. 162-178): Lynn WELCHMAN (Univ. Londres), *First time Family Law codification in three Gulf States*.

El autor es especialista en Derechos orientales y africanos (15), y

(15) Lynn WELCHMAN, *Egypt: New Deal on divorce*, IS2004 (p. 123-142);

en el último decenio ofrece una interesante y documentada crónica informativa sobre el Derecho de familia de tres países árabes del Golfo Pérsico, que en el quinquenio 2004-2009 han legislado en la materia. Se trata de los Emiratos Árabes Unidos en 2005, Qatar en 2006 y Bahrein en 2009. Estas legislaciones presentan muchos puntos comunes con las de Kuwait y Omán, por estar todas inspiradas en el Corán, pero en otros puntos difieren con ellas, y también entre sí debido a estar influidas por las diversas escuelas musulmanas de jurisprudencia (sunitas, malekitas, hambalíes, sufitas y hannafitas). Los textos legales básicos son: Ley federal de EAU núm. 28 de 2005, de 19 noviembre sobre el estatuto personal; Ley qatarí de Derecho de Familia, núm. 22 de 2006, de 28 agosto; y Ley bahraní núm. 19 de 2009, de promulgación de las Leyes predominantes de la familia (1.^a parte). En 1984 comenzó Kuwait, y en 1996 los Estados pertenecientes al Consejo de Cooperación del Golfo, la tarea de elaborar el *Muskat Document* sobre la regulación común del estatuto personal. Arabia Saudí era el único país del Golfo que carecía de legislación en la materia.

El autor analiza en particular la regulación de las siguientes materias de los tres primeros Estados mencionados: Formas de celebración del matrimonio; Edad, capacidad e intervención del tutor de la mujer; Poliginia (o matrimonio plural de un varón con número limitado de mujeres, regulado muy prudentemente pues su práctica está en disminución); Relaciones personales entre cónyuges; Divorcio; Guarda y custodia de los hijos; Paternidad y maternidad; y *Kafala*.

9. Oceanía

a) Australia

Las crónicas familiares del decenio se distribuyen entre el Prof. Frank Bates –un veterano colaborador de IS (16)– (años 2005-

Women and Muslim family laws in Arab States. A comparative overview of textual development and Advocacy (Amsterdam Univ. Press, 2007).

(16) Véase la crónica del autor en el ya lejano 1995: Frank BATES, *Australia. In the shadow of change-Australian Family Law in 1995* p. 29-49. En 2002 hubo de superar una grave enfermedad, pudiendo luego redactar

2011), y la Prof^a. Lisa Young (2012-2014), cada uno con su propia concepción familiarista, y los métodos de reforma a emplear, sin perjuicio de amplias y sustanciales coincidencias. El sub-continente australiano es un extenso estado federal perteneciente al sistema de la *Common Law*, con estricta aplicación del *Judge made law*, enmarcado en una compleja organización judicial y una típica distribución competencial. Lo que debe tenerse en cuenta a la hora de valorar reformas en profundidad sobre el Derecho de familia, en buena medida inspiradas desde Europa. Es inevitable que se produzcan reiteraciones doctrinales, cambios en la interpretación jurisprudencial, o promulgación de leyes con escasos beneficios prácticos para los ciudadanos.

IS2005 (p. 41-67): Frank BATES (Univ. de Newcastle), *A direction enforced -Immigration and Australian FL in 2003*.

En primer término la crónica se ocupa de la emigración hacia Australia de familias que huyen de una vida insoportable en su país, cuya solución judicial ha consistido durante 2003 en la aplicación estricta de las leyes que imponen la detención y eventualmente su expulsión, con olvido de obligaciones internacionales asumidas por Australia. El DF australiano es, en parte, responsable –a juicio del autor– de la complejidad del problema pues infringe normas del Convenio de los derechos del menor de 1989 suscrito por el Estado. También se ocupa de resoluciones en materia patrimonial y procesal. El Plenario del Tribunal de la Familia en *Re Kevin* (2003) confirma la capacidad de una mujer transexual, convertida en varón, de celebrar matrimonio válido en cuanto tal; resolución ampliamente controvertida (p. 63-65).

IS2006 (p. 59-91): Frank BATES, *There was movement at the (Family Law) station Australian Family Law in 2004*.

Con este simbólico enunciado de la crónica el autor se ocupa de las considerables transformaciones experimentadas en 2004, a todos los niveles –legislativo, judicial y administrativo– en los ámbitos esenciales del Derecho de Familia (DF). Así en la creación y reco-

la crónica *Australia, Children and the role of the Family Court of Australia: Australian FL in 2002* (IS 2004, p. 37-65). Sobre aquella circunstancia, p. 37, nota *.

nocimiento del vínculo matrimonial (*Marriage Act Amendment Act 2004*; y la s. re *Alex, Hormonal treatment for gender identity dysphoria 2004*, permitiendo que una menor de 14 años se transforme en varón a todos los efectos jurídicos), relaciones entre padres e hijos (el gubernamental *Report of the inquiry into child custody arrangements in the event of family separation*), relaciones patrimoniales y administración de bienes (s. del pleno de Tribunal de Familia re *Coventry vs. Coventry and Smith 2004*, en que intervienen los trusts), y en los aspectos procesales y prácticos. Pronostica que el dinamismo de la reforma continuará en años sucesivos, recordando que el DF desde la *Family Law Act 1975* nunca ha permanecido en situación estática pues constituyó una legislación revolucionaria en su momento, aunque hoy haya dejado de ser considerada como tal.

IS2007 (p. 23-52): Frank BATES, *Finances and facilitations. FL 2005*.

En 2005 el DF australiano se ha centrado en dos aspectos. Primero en relación con el ejercicio del poder discrecional concedido a los tribunales en la parte VIII de la Ley de 1975, especialmente en materia de pensiones de jubilación. Segundo, intentos de facilitar el acceso a los Tribunales mediante el desarrollo de los *Family Relationship Centres*, promovidos por la Administración con apoyo de entidades privadas, que ayudan a los matrimonios que tratan de separarse. En el ámbito del DIP los tribunales australianos han aplicado la cláusula del *forum non conveniens* a un matrimonio australiano domiciliado en Hong Kong, en donde había desarrollado durante muchos años actividades económicas y solicitado ante sus tribunales el divorcio por el marido, mientras que la mujer acude a los tribunales australianos (*S. Cashel in Corr, 2005*).

IS2008 (p. 21-59): Frank BATES, *Blunting the sword of Salomon-Australian FL in 2006*.

La patria potestad compartida (*the shared parental responsibility*) representa una de las reformas más importantes de la ley de 1975, al poner el acento en la implicación continuada de los padres respecto a la educación de los hijos, cualquiera sea el contexto familiar (obsérvese la alegoría veterotestamentaria del título de la crónica). Finalidad que el autor considera muy loable aunque choca con la intervención administrativa que suelen reclamar padres insatisfechos. De aquí

la inicial incertidumbre sobre la viabilidad de la reforma. También hay resoluciones judiciales respecto de menores víctimas de abusos, de cambios de domicilio de menores y de alimentos sobre hijos mayores de edad. Por ello concluye que parece más un punto de partida que un punto final de la potestad compartida.

IS2009 (p. 65-92): Frank BATES, *The faces of the full Court- Family Law in Australia*.

El año 2007 representa más bien un compás de espera, de tanteos y aproximaciones al nuevo principio de la potestad parental compartida. Tuvieron que pronunciarse reiteradamente sobre ella los *Family Courts of Australia*, y también el *High Court of Australia* en todas sus secciones y con relación a todas las materias del DF. En la crónica se tratan sus aspectos prácticos y procesales, la evolución relativa al matrimonio (en *Re Taylor 2007*, respecto a la prueba del matrimonio se afirma que si las partes habían vivido juntos durante un largo periodo de tiempo, habiéndose probado que los demás les consideraban casados, surge una presunción de la existencia del matrimonio que sólo puede ser destruida mediante una prueba clara de no haberse celebrado), los hijos, los aspectos financieros y la propiedad.

IS2010 (p. 23-50): Frank BATES, *Notions of parenting emerge at last-Australian FL in 2008*.

Empiezan a hacerse notar los efectos de la reforma de 2006 sobre la responsabilidad parental compartida o conjunta, así como las diferentes nociones de parentalidad que está obteniendo la jurisprudencia de aquélla (p. 24-40). En el régimen de bienes –regulado con óptica diversa al sistema del *Civil Law*– se analizan las consecuencias de las aportaciones de bienes de cada cónyuge durante el matrimonio, resultando no pocas veces confusión sobre los acuerdos prematrimoniales, como era previsible. Se observa que siguen reclamándose pensiones alimenticias entre cónyuges, pese a que los Tribunales sugieren que se incluyan en la liquidación de bienes matrimoniales. Prosigue la tendencia de reducir la discrecionalidad judicial reconocida en la Ley de 1975.

IS2011 (p. 51-86): Frank BATES, *"Reality is the beginning..." Australian FL in 2011*.

En 2009 la jurisprudencia ha sido innovadora especialmente en la interpretación de la Ley de 1975 bajo la última de las recientes reformas, y en la resolución de pleitos sobre el derecho de propiedad y las obligaciones alimenticias, tanto en relación con las uniones heterosexuales como homosexuales, dedicándose la crónica especialmente a estas últimas.

En materia internacional, se ha reconocido a efectos de emigración el matrimonio celebrado en las Islas Fiji por un natural con una mujer australiana. También varios casos de sustracción de menores se han resuelto según el Convenio de 1980. *The FL Amendment 2008, De facto financial matters and other measures*, aplica las reglas de 1975 a las parejas homosexuales de hecho (así, en caso de ruptura el compañero que se queda con el hijo menor puede reclamar alimentos al otro). En materia de relaciones patrimoniales hay varias resoluciones jurisprudenciales en caso de incurrir en quiebra uno de los cónyuges, lo que implica que pertenecen a las clases más elevadas de la sociedad (p. 70-84).

IS2012 (p. 1-25): Lisa YOUNG (Univ. of Murdoch), *Reflections on the shared parenting experience*.

La percepción de que los menores sufren por la disminución de sus contactos con alguno de los progenitores –generalmente, el padre– en caso de crisis de la pareja, dio lugar a que en 2006 se promulgara una ley estableciendo la coparentalidad en caso de separación. Aunque las investigaciones muestran que, en realidad, las cosas son más complejas que lo enunciado, puede afirmarse sin temor a error que la promoción de una sana relación con el padre beneficiará, en la mayoría de casos, al menor. Es oportuno hacer ya el balance de la ley. En efecto, tanto los investigadores independientes como los que trabajan por cuenta del Gobierno han estado muy activos en la evaluación de la reforma. Tales investigaciones han encontrado indudables aspectos positivos, pero también puntos inquietantes. También se analizan los resultados de la legislación reciente sobre las víctimas de la violencia familiar y se hace una breve evolución histórica de la misma. La experiencia demuestra que no en todos los casos de violencia doméstica la coparentalidad es beneficiosa para los menores (p. 14 ss.). La historia muestra cuán difícil es proteger a las mujeres y a los menores, en cualquier lugar y tiempo, de los varones violentos. No

pocas investigaciones ignoran estos datos de modo que el tema debe considerarse abierto. Algo similar se deduce al analizar la mediación familiar cuando hay menores (p. 20 s.). Por ello se advierte que la responsabilidad compartida sólo resulta eficaz si se aplica en su contexto específico, sin olvidar, en último término, los aspectos económicos. Finaliza con la exposición de las dificultades que encuentra la legalización del matrimonio homosexual.

IS2013 (p. 61-82): Lisa YOUNG, *New frontiers for FL 2013*.

La crónica trata de exponer la actitud de los tribunales australianos ante los temas familiares más debatidos en muchas partes del mundo: i) Evolución hacia la legalización del matrimonio homosexual, partiendo de la clásica definición de la ley federal de 1961 según la cual *marriage is the union of a man and a woman to the exclusion of all others, voluntarily entered into for life*, exponiendo los argumentos constitucionales que ofrecen las legislaciones estatales y federal a este respecto, así como el debate doctrinal; ii) La legislación federal de 2009 relativa a las uniones de hecho comprendiendo las homosexuales y los matrimonios múltiples, resultando más avanzada que las legislaciones estatales, y que obliga a replantear la relación entre el matrimonio y la unión de hecho tal como resulta de la totalidad de tribunales australianos (17); iii) Por último se analizan con amplitud (p. 71-81) las perturbaciones de la identidad sexual de la persona cuyo tratamiento se discute si requiere autorización judicial; la complejidad del tema, su semejanza con las perturbaciones mentales de los menores, obliga con frecuencia a los padres a solicitar tal autorización. Concluye que si bien los tribunales se han inspirado frecuentemente en *the best interest of child*, cabe prever que en el futuro también deberán ocuparse, además, de los criterios para repartir las ganancias adquiridas por cualquiera de los cónyuges durante el matrimonio.

(17) Australia posee varios Tribunales familiares especializados, comprendiendo *Family Court of Australia* (FCA), *Family Court of Western Australia*, y *Federal Circuit Court of Australia*; algunas cuestiones pueden plantearse, además, ante los *Magistrates' Courts* (p. 1, nota 1).

IS2014 (p. 1-21): Lisa YOUNG, *Gender identity dysphoria update and developments in property settlement law 2014*.

El tratamiento de los menores afectados de disforia de género ha sido resuelto por s. *Re Jamie* 2013 –superando las ss. *Re Marion* (1994), y s. *Re Alex* (2004)– distinguiendo el nivel 1 (por medicación, y de carácter reversible) que no precisa autorización judicial, del nivel 2 (quirúrgico e irreversible, y que precisa consentimiento del menor), ya que requiere capacidad suficiente en el interesado para consentir el tratamiento. A continuación la crónica se ocupa de la liquidación de bienes matrimoniales en supuesto de grandes fortunas, que se ha regido por la jurisprudencia de la *High Court* en 1984 y 1993, y sentencias posteriores. La autora se pregunta: *Big money cases-where to now?* (18). La autora analiza la s. de la FCA *Re Bulleen and Bulleen* (2010), que ofrece diversos criterios para resolver un *big money* (19), y no considera un elogio afirmar que durante una década el tema no ha estado claro ante los tribunales australianos. Hay por delante mucho que aclarar sobre las aportaciones no exclusivamente financieras realizadas por los cónyuges durante su unión.

b) Nueva Zelanda

Laudable es el empeño de asegurar anualmente la crónica bibliográfica de este país insular –por lo general, extensa y bien documentada–, y aunque en el decenio intervienen hasta cuatro autores diversos, el cese de Bill Atkin en 2008 se debe a asumir dicho profesor la dirección del IS, todo lo cual contribuye en su conjunto a proporcionarnos una excelente información global de un pequeño país situado en nuestras antípodas. Por otra parte, el aparente riesgo del mimetismo con las reformas familiares que se producen en el país vecino, cede finalmente a la realidad de una diversa sociedad con menor nivel de vida (por ej. el grave problema de la *child poverty* que se subraya en la crónica de 2014). A lo que no obsta la pertenencia de ambos a la *Common Law*.

(18) P. 11.

(19) P. 17 s.

IS2005 (p. 417-431): Bill ATKIN (Univ. Wellington), *Institutional changes and challenges*.

La crónica recae sobre los acontecimientos ocurridos en 2003, se deben, más bien a los cambios institucionales que a los jurisprudenciales. A juicio del autor las reformas familiares se politizan en exceso (así lo reitera en la conclusión, p. 431). Se ha creado por ley una *Families Commission*, financiada por el gobierno, a instancia del partido centrista de intensa inspiración cristiana, parece que a cambio de seguir apoyando al gobierno laborista. Se ha reformado la institución del *Commissioner for children*, dotándola de mayor autonomía. Está discutiéndose el proyecto del *Care of children Bill*, que sustituirá a la ley sobre tutela (uno de los puntos más debatidos es si las sesiones del Tribunal de la familia deben seguir siendo reservadas o abiertas al público).

IS2006 (p. 305-320): Bill ATKIN, *Landmark Family Legislation*.

En 2004 ha habido importantes modificaciones del DF. La *Care of children Act 2004*, que sustituye a la *Guardianship Act 1968*, introduciendo novedades como establecer una serie de principios que sirvan para clarificar el concepto del bienestar del menor; y la autorización a una pareja de lesbianas a convertirse en progenitores de un niño. La *Human assisted reproductive technology Act 2004*, que establece un nuevo marco para la reproducción médicamente asistida. Finalmente la *Civil union Act 2004* que autoriza a las parejas de hecho, del mismo o de distinto sexo, a inscribir su unión, de modo que su estado civil se alinea, en lo esencial, junto al de las parejas casadas. Observa el autor (p. 320) que la nueva ley facilita a los homosexuales el acceso a una unión legal próxima al matrimonio, y a los heterosexuales les brinda una alternativa familiar. Pero no denomina aquella como matrimonio; ¿es mera cuestión terminológica? La nueva ley, a su juicio, prepara el camino al matrimonio homosexual.

IS2007 (p. 217-244): Bill ATKIN, *Reflection on new Zealand's property reforms 'five years on'*.

El régimen de liquidación y división de bienes se adoptó en 1976, pero cambios importantes se adoptaron en 2001. Pese a haber transcurrido un quinquenio desde su entrada en vigor, todavía no se ha hecho notar su efecto total y se esperan las resoluciones de los tribunales competentes. Hay, sin embargo, una intensa actividad

judicial en varias cuestiones: su aplicación a las relaciones no matrimoniales y la inclusión de los cónyuges supervivientes en el nuevo régimen; las normas que prevén la conversión de bienes propios en bienes comunes; la importancia de los negocios fiduciarios entre familiares; la perspectiva de los autóctonos Maoríes; y las nuevas facultades discrecionales atribuidas a los tribunales a la hora de atribuir sumas compensatorias en caso de desequilibrio económico entre las partes (aspecto quizá el menos satisfactorio, el más litigioso y mayor creador de inseguridad jurídica).

Se incluyen algunas estadísticas: Mientras los datos del censo de 2006 no son fáciles de interpretar, en 1981 –que estrenó la pregunta– en NZ se declararon en total 87.960 personas viviendo en relaciones de hecho, mientras que en 2001 se han declarado 300.846 personas en tal situación; de ellas, 10.134 del mismo sexo; y anteriormente, en 1996, un total de 6.520 personas (p. 221). También se advierte de la extendida utilización del *family trust* en NZ por razones negociales y profesionales, basada en la creencia de ofrecer mayor seguridad a los hijos y devengar menos impuestos, y aunque la legislación ha variado, en la práctica sigue usándose (p. 231 ss).

IS2008 (p. 273-290): John CALDWELL (Univ. Canterbury), *Children: New developments*.

La crónica se centra en la aplicación de la *Care of children Act 2004*, que pone el acento en la patria potestad conjunta y promueve los derechos del menor. Hay cambios perceptibles en el derecho de participación del menor, incluso del más pequeño. Sin embargo, el principio del *the best interest of child* apenas ha influido en la intervención judicial en casos como la autorización del cambio de domicilio, o la responsabilidad parental conjunta. Hay un vivo debate sobre la supresión de la corrección punitiva de los menores.

IS2009 (p. 353-393): John CALDWELL, *Developments in dispute resolution and achieving fairness in property division*.

En septiembre 2008 la Cámara de Representantes de NZ ha adoptado la *Family Court Matters Bill 2007*, la ley más significativa del último bienio pues contiene vías procedimentales importantes para los conflictos entre los titulares de la autoridad parental, así como el empleo de la mediación. Por otra parte ha terminado el ensayo del *Parenting hearings programme* (PHP) que establecía un

procedimiento claramente inquisitorial para los litigios urgentes y aparentemente insoluble, que ha durado durante dos años, y que ahora se somete a evaluación. Cabe prever que el modo tradicional vigente hasta ahora en NZ de resolver los litigios sobre los menores desaparecerá pronto. Se espera con impaciencia que la *Court of Appeal* decida sobre la compensación discrecional por disparidades económicas entre los cónyuges (equivalente a la prestación compensatoria). Finalmente se trata de un importante proceso tramitado en dicho tribunal a propósito de los *trusts* ficticios y de los denominados *alter ego trusts*. El *levantamiento del velo* de cientos de miles de *trusts* constituidos permitirá hacerlos menos vulnerables a las reclamaciones de los miembros de una pareja separada (p. 368-373)

IS2010 (p. 237-254): Mark HENAGHAN (Univ. Otago), *How New Zealand FL deals with power imbalance*.

Parte el cronista de su convicción de que la función del DF es paliar los desequilibrios de poderes en el seno de las familias, y así ocurre –a su juicio– en los supuestos de violencia contra los menores. De modo creciente la potestad para llevarlo a cabo se había atribuido al Estado. Reciente jurisprudencia trata de la pérdida de poder económico de uno de los cónyuges, y muestra que todavía hay un camino a recorrer antes de lograr aquel objetivo, a saber asegurándolo cuando la esposa o la compañera toman a su cargo la casa y los hijos menores. Hasta ahora las estadísticas muestran que se ha preferido la vía penal, y así en 2007 se concedieron 6400 órdenes de protección penal a los menores según la Ley de 1905. Estima el autor que insistir en esa vía puede devaluar la acción civil (p. 254).

IS2011 (p. 281-301): Mark HENAGHAN, *Discretion, status and money: The essence of FL in NZ*.

El autor completa así su personal concepción sobre los conceptos básicos del DF, los cuales en 2010 han girado en NZ en torno a la discrecionalidad judicial, el *status* y el patrimonio. Resulta inevitable que las decisiones sobre menores incluyan juicios de valor, lo que –a su juicio– supone algo aleatorio en el proceso decisorio de los Tribunales. Del *status* dependen la autoridad y los poderes. Históricamente los ha designado el estado, pero estima que hay aquí una

discriminación frente a la que debe combatirse sin descanso, ya que hoy el dinero constituye el nervio del litigio matrimonial. Así ocurre que los pudientes pueden contratar abogados que, por medio de utilizar los diferentes órganos judiciales, harán triunfar a sus clientes. En este punto analiza diversas resoluciones judiciales en materia de desalojo del padre custodio, adopción y obligación alimenticia, que le sirven para aclarar aquellos conceptos básicos (20).

IS2012 (p. 253-271): Mark HENAGHAN, *The changing politics of FL in NZ*.

El autor analiza las relaciones entre la política y el DF bajo la perspectiva de cuatro reformas familiares que se proponen: i) La revisión del funcionamiento de los Tribunales familiares a la vista de su elevado costo; ii) El Libro Verde del Gobierno conteniendo posibles soluciones para mejorar la situación de los menores vulnerables, pero sin incremento de gastos; iii) Revisión detallada de la pensión alimenticia de los menores, introduciendo un *Child support amendment Bill*, con el objetivo de establecer un sistema más justo y más moderno; y iv) A propuesta de la Comisión de Leyes, proponer una Ley del *Trust*, teniendo en cuenta la litigiosidad suscitada con base en la Ley de la propiedad de 1976 (21). Concluye que

(20) En sus conclusiones (p. 300 s.) describe una descarnada situación fáctica que parece ser habitual en NZ: "El Derecho de familia es algo inherente al Derecho de la persona que impacta muy profundamente en las vidas individuales. Un amplio poder discrecional de los jueces deja a los individuos a merced de los mismos en la vida cotidiana. Ello crea una atmósfera de incertidumbre y anima a la población a encontrar su propia vía procesal a través de la jerarquía judicial de NZ hasta encontrar aquel juez que acepte los hechos que alega en su favor". El autor insiste en que sería mejor solución que se reduzca la discrecionalidad del juez y se ofrezcan líneas o guías de actuación para las situaciones familiares.

(21) Tema recurrente en crónicas anteriores. Conviene saber que constituye la mayor industria del país, habiéndose constituido más de 245.800 *trusts* (uno por cada 17 habitantes). Primariamente se han utilizado para proteger a las ganancias del matrimonio de las reclamaciones de los acreedores de éste; o para asegurarse beneficios fiscales, o para reducir el pago de alimentos a los hijos de una pareja separada; o para excluir la propiedad de algún inmueble que debiera repartirse por igual. Si durante tres años después de la separación, divorcio o muerte, el *trust* no se modifica, se excluye del reparto.

las reformas familiares no debieran basarse sólo en preocupaciones presupuestarias y políticas sino más bien en la mejor forma de ayudar a las familias en crisis, es decir, eficaz y eficiente.

IS2013 (p. 291-304): Mark HENAGHAN and Ruth BALLANTYNE (Univ. Otago), *A time of change in NZ FL-Marriage equality, international surrogacy and ongoing changes to the Family Courts*.

El año 2013 es un año de importantes reformas en DF. La igualdad aplicada al matrimonio y sus consecuencias en materia de adopción. La paternidad y ciudadanía de los niños nacidos como resultado de la subrogación internacional. La posible transformación del sistema de Tribunales de Familia. El 13 marzo 2013 se aprobó una enmienda a la definición de matrimonio, con voto en conciencia (77-44). También se aprobó una enmienda que permite adoptar a cualquier matrimonio o unión de hecho (hetero- u homosexual). En cambio, los llamados *international commercial surrogacy arrangements* parece que pueden tener dificultades ser incluidos en la reforma de la *Ley of the care of the children*. En la reforma sobre los Tribunales familiares, a punto de cumplir su periplo legislativo, los autores ven diversos aspectos positivos en lo relativo a los casos de violencia doméstica (p. 304).

IS2014 (p. 377-394): Mark HENAGHAN and Ruth BALLANTYNE, *Child poverty in NZ- Definitions, consequences, and possible legislative responses*.

Una crónica familiar inspirada –a juicio del recensor– en el realismo más descarnado. Los autores reconocen que la pobreza infantil es endémica en NZ, en la que se encuentra inmersa aproximadamente la cuarta parte de la población infantil (en torno a 270.000 viven en condiciones precarias); fenómeno que va creciendo, si bien se reconoce que no hay criterios unánimes a la hora de describirlos, ni de identificar sus causas ni de predecir su ulterior evolución. Proponen que NZ promulgue un completo plan de medidas legislativas para combatirla. En la última parte se analizan varias propuestas y proyectos de ley (*White Paper for vulnerable children* sobre la reducción y eliminación de la pobreza infantil; la alimentación en la escuela; y el Proyecto de ley sobre la infancia vulnerable). En sus conclusiones hablan de los efectos devastadores de la pobreza infantil a corto y largo plazo (p. 394).

**DICTAMINA,
QUE ALGO QUEDA**



DICTAMINA, QUE ALGO QUEDA

Víctor M. Garrido de Palma

LA DONACIÓN CON RESERVA DE LA FACULTAD DE DISPONER (ART. 639 CC)

La RFD de algunos de los bienes donados:

I. EL ENFOQUE DE D. IRURZUN

La ley reconoce la facultad de donar si es con limitada reserva de la facultad de disponer como atenuación del principio de irrevocabilidad.

La RFD de todo lo donado choca con este principio, formulado en la conocida máxima *Donner et retenir ne vaut*.

¿Y si se dona con RFD casi total?; así donando 100 Ha. con la RFD de 99, ¿existe voluntad de donar; no es como decir que el donante dona si quiere, *si volem*? En puridad, no convence la aplicación del fraude de ley: debe admitirse la donación de residuo de todos los bienes donados, aunque el donatario no adquiriera nada en el momento de otorgarse la donación.

EL ENFOQUE DE RODRÍGUEZ ADRADOS

El artículo 639 amplía la autonomía de la voluntad de los particulares sin que pueda extenderse más allá de sus límites: una reserva casi total supone un fraude de ley. Una donación con RFD de todo lo donado no es donación porque falta la definitiva voluntad de donar.

Excepción: si la reserva total consiste en actos dispositivos onerosos con subrogación real, esto es, con adquisición de la contraprestación por el donatario.

Y si la donación es de un solo objeto, la reserva parcial es siempre posible; incluso si el objeto es indivisible cabe limitar la reserva a una parte indivisa o la constitución de un derecho real.

II. LAS DOS TESIS EN ESTUDIO

Tesis de D. IRURZUN GOICOA

La donación con RFD no transmite el dominio de los bienes afectados por la reserva. El donatario solo adquiere el mismo si el donante fallece sin hacer uso de la facultad reservada.

Y es que: quien tiene la facultad de disponer en nombre propio y en interés propio tiene el dominio, o al menos tiene algo tan sustancial del dominio que impide calificar de dueño a cualquier otro titular. Ello porque el precepto legal establece que "si el donante muriese sin haber hecho uso de este derecho –el de disponer– pertenecerán al donatario los bienes que se hubiese reservado". "Pero si..."

Tesis de A. RODRÍGUEZ ADRADOS

En puridad no puede hablarse de reserva: estamos en la donación con RFD ante una donación pura, no condicional, que no se resuelve, ni parcialmente, por el ejercicio de sus facultades por el donante; que transmite la propiedad de las cosas donadas al donatario, pero esta propiedad está afecta a una causa de revocación, la realización del acto dispositivo por el donante.

La naturaleza del derecho del donante no es el *jus disponendi*; éste, con la propiedad, pasó al donatario: es un derecho creado en la misma donación, un derecho subjetivo de naturaleza real y como tal inscribible en el Registro de la Propiedad. Innominado (*numerus apertus* en la creación de derechos reales). Derecho personalísimo del mismo donante y sobre los mismos bienes donados.

En consecuencia, es un derecho vitalicio, intransmisible por actos *mortis causa* a los herederos del donante, o por actos *inter vivos*; no es susceptible de ejercicio por los acreedores mediante la acción subrogatoria, y tampoco es susceptible de embargo.

Finalmente se trata de un derecho potestativo, o de modificación jurídica, que genera un poder para disponer de bienes ajenos, legitimando al donante para realizar, en nombre propio, actos dispositivos con plenos efectos en un patrimonio ajeno, el del donatario o de los que de él traigan causa.

III. CONCRECIÓN DE LA NATURALEZA DE LA DONACIÓN CON RFD ¿CONDICIONALIDAD?

Posición de IRURZUN GOICOA

Estamos ante una donación de objeto temporalmente indeterminado, donación de residuo, con suspensión no condicional de sus efectos.

La donación, por la RFD, ve suspendidos sus efectos típicos, no va a producir inmediatamente sus naturales efectos traditorios, pero el donatario está investido de una expectativa instaurada por la norma con carácter preliminar y que una vez concretado el objeto de la donación, producirá el ingreso de modo inmediato y automático en la titularidad de la situación efectual.

Pero no se trata de una expectativa condicional: en la donación la RFD produce el efecto de que la voluntad del donante sigue siendo dueña y señora, y su simple arbitrio, ejerciendo o no el poder dispositivo, fijará el objeto actual de la donación. No existe por ello ninguna medida cautelar que el Derecho establece caso de expectativa condicional a fin de sustraer las vicisitudes del acto del mero arbitrio de una de las partes; exigencia sustancial caso de condición suspensiva y que aquí carece de razón de ser, por lo que en puridad no existe condicionalidad en la donación con reserva en estudio.

Posición de A. RODRÍGUEZ ADRADOS

A diferencia de los derechos francés e italiano, en nuestro Derecho la donación con RFD es válida y para la doctrina quizá dominante se trata de una donación sujeta a condición resolutoria: antes que el donante ejercite la facultad de disponer, valen las normas dictadas para la pendencia de la condición. Si el donante ejercita su derecho, recobra la propiedad en un momento puramente intelectual y contemporáneamente pasan a la propiedad del tercero.

Lo anterior, expresa RODRÍGUEZ ADRADOS, es tan artificioso y tan contrario al texto legal que hay que rechazarlo. El tercero adquiere únicamente del acto dispositivo del donante, pero además el objeto pasa directamente del patrimonio del donatario al patrimonio del tercero, *recta via*, sin ese rodeo por el patrimonio del donante, innecesario y contrario a la misma voluntad de las partes, porque

el donante no se reservó la facultad de resolver la donación y recuperar el bien (art. 641), sino de disponer de él (art. 639); aunque a determinados efectos (así, caso de disposición gratuita al efecto de la colación en la herencia, la del donante) el tercero traiga causa del donante, y no del primer donatario.

En puridad, pues, no existe reserva del *ius disponendi*; se trata de un derecho creado en la misma donación, que implica una causa de revocación de la donación si se ejercita.

IV. DONACIÓN CON RESERVA DE LA FACULTAD DE DISPONER Y CON PROHIBICIÓN DE DISPONER

Como incidentalmente apunta RODRÍGUEZ ADRADOS “la prohibición de disponer en la escritura pública impide que aparezca un tercero. La misma no produce ninguna ventaja económica para el donante, y es más, puede basarse en el interés del donatario mismo, rectamente entendido.”

Exacto. Cuando la escritura pública de donación con RFD contiene también la prohibición para el donatario de disponer de lo donado, además de que cabe abarcar todo el contenido de la donación con tal prohibición, puede estar contemplándose fundamentalmente el interés del donatario, su protección –a juicio del donante– en definitiva.

La limitación legal a algunos, las dudas jurídicas por quienes asesoran en el caso real concreto, acerca de la naturaleza y de la figura y sus efectos prácticos, llevan en ocasiones a acudir a la fórmula, pero reforzada –en intención de los que la promueven– con la prohibición dispositiva al donatario con eficacia *erga omnes*.

Jurídicamente la impresión que lo anterior produce es que se está partiendo de la premisa de que el donatario adquiere la propiedad de lo donado, sin limitación, pero con la prohibición de disponer, lo que produce efecto *erga omnes* al inscribirse en el Registro de la Propiedad. Así lo apunto sin más. Y luego, ¿cabe la renuncia en escritura pública por el donante? Evidentemente: si puede sin duda renunciarse tanto a la reserva de la facultad de disponer en todo o en parte de lo donado con la misma como a la prohibición dispositiva por parte del donatario, es factible la renuncia a aquélla o a ésta únicamente.

La renuncia a la RFD está indicando que no le es imprescindible o que ha menguado el interés del donante por disponer del bien o bienes donados con ella, pero considera que es conveniente mantener la prohibición de disponer el donatario. El acento es distinto –en la intención del donador– si se deja sin efecto la prohibición dispositiva, pero la reserva de la facultad dispositiva se mantiene.

La realidad muestra que –dentro de la escasa experiencia mostrable sobre lo anterior– es más frecuente la posterior renuncia a la facultad de disponer reservada, manteniendo la prohibición de disponer.

V. LA DONACIÓN DE BIENES GANANCIALES CON RESERVA DE LA FACULTAD DE DISPONER

Fue precisamente este supuesto el que ha dado origen al estudio que estoy realizando: ¿podemos favorecer a mi hija donándole nuestro piso pero cubriéndonos mi esposa y yo las espaldas por si el día de mañana lo necesitamos?

Es evidente que la donación de bien privativo con la RFD por el donante y además concediéndosela también a su cónyuge, supérstite, supone supuesto fáctico diferente con problemática específica, pero aquí y ahora planteo el supuesto de la donación de bienes (por ejemplo el del piso referido, con la RFD y además con el mobiliario, la plaza de garaje , sin la reserva en estudio) ganancial.

RODRÍGUEZ ADRADOS plantea la cuestión y la soluciona con maestría y visión realista: la donación por ambos cónyuges, si en vida de ambos no se ha ejercitado el derecho potestativo creado en la misma donación (enfoque jurídico del autor, como ya expuse con anterioridad), puede ser ejercitado por el supérstite en su totalidad. Ello es más acorde con las normas que rigen la mancomunidad en instituciones como el albaceazgo y con la propiedad en mano común, y sobre todo, por llegar a resultados más justos, especialmente si el donante dispone y la contraprestación que recibe –si la RFD se hizo en interés de los donantes mismos para asegurarles un posible medio de subsistencia– se adiciona a la liquidación de la sociedad conyugal.

El último efecto, consecuencia de la regla de la subrogación total, es evidente. Forma parte del sustrato del supuesto fáctico y da solución armónica a la temática.

Con lo expuesto he plasmado lo que a mi entender constituye la esencia de los dos enfoques doctrinales y lo he hecho con transcripción de los términos literales que emplean. Creo que la ocasión es idónea para profundizar en la figura a fin de calar hondo en las posibilidades de aplicación efectiva, real, práctica; por ello me introduzco en lo que a continuación planteo.

Y AHORA EL NUEVO DICTAMEN

En puridad, estudio y respuesta fundada en Derecho de los interrogantes siguientes.

1. Algunos ¿Cabe aplicar la doctrina del fraude de ley si la RDF es de casi la totalidad de lo donado: de 999 sobre 1000 ?
2. ¿Qué fundamentación tiene el criterio de la no aplicabilidad de la condición. De la condición suspensiva. De la condición resolutoria?
3. Por qué se habla de causa de revocación del dominio.
4. Por qué de derecho potestativo o de formación jurídica. Por qué se afirma que es un derecho personalísimo e intransmisible.
5. Diferencia de la donación con RFD y de la donación con cláusula de reversión. Separación de la donación con RFD y de la reserva de usufructo.
6. ¿Existen Sentencias o Resoluciones sobre la problemática de la figura en estudio?
7. Aplicaciones prácticas de la donación con RFD de algunos de los bienes donados.

SEIS HORAS

victor@garridodepalma.es

RECENSIONES



DERECHO DE MONTES Y PROPIEDAD PRIVADA

M. M. Karrera Egialde

Volumen de 319 pp.

Ed. Reus, col. Derecho Agrario y Alimentario

Madrid, 2015

José María de la Cuesta Saenz

Catedrático de Derecho Civil. Universidad de Burgos

La monografía arriba referenciada inaugura una nueva colección de la Editorial Reus titulada Derecho Agrario y Alimentario, que dirige el Prof. Dr. D. Francisco MILLÁN SALAS, lo que constituye un motivo de congratulación para los cultivadores del Derecho Agrario y Alimentario, y para el conjunto de los juristas, merecedor de los mejores augurios.

Y, desde luego, la obra que nos ocupa, debida a la pluma de un civilista-agrarista consagrado, constituye un excelente comienzo, no sólo por la oportunidad, y necesidad, de tratar monográficamente un tema en el que hoy se entrecruzan competencias normativas comunitarias, estatales y autonómicas, lo que siempre genera una gran complejidad que retrasa la aparición de un marco nítido para el derecho de propiedad sobre los montes, sino también porque el tema de las titularidades reales sobre los montes en sí mismo, pese a no contemplarse como una propiedad especial en nuestro Código civil, siempre se hizo acreedor de un tratamiento particularizado.

La referencia a la tardanza con la que comienzan a mostrarse con claridad los contornos de la propiedad sobre los montes, no se explica solamente por el entrecruzamiento de competencias normativas europeas, estatales y autonómicas en el caso español, sino que también puede guardar relación con la propia lentitud y duración del ciclo biológico arbóreo que no requiere de decisiones tan perentorias como las que se imponen en materia de cultivos herbáceos o de producciones ganaderas, y, principalmente porque la ocupación del suelo por los montes marca muy profundamente el derecho de propiedad.

Buen ejemplo de ello lo encontramos en las normas europeas: en las que integran las sucesivas reformas de la Política Agrícola Común acaecidas desde el año 1992, el desarrollo y aplicación es muy rápido, mientras que por el contrario, los desarrollos de la Directiva de Habitats en materia fores-

tal están completándose aún, pese a haber transcurrido más de veinte años desde la entrada en vigor de tales normas.

Si además tenemos en cuenta que el instituto jurídico desde el que se contempla la normativa de montes es ni más ni menos que la propiedad privada, es fácil comprender la magnitud del esfuerzo emprendido por un iusprivatista como el Profesor Karrera, en un terreno en el que el civilista, al igual que el propietario de montes, está sometido al asedio de normas jurídico públicas –de trazo grueso por no decir lisa y llanamente que de brocha gorda– y no cuenta con muchas alianzas para defender su terreno como teórico.

Pero el autor se desenvuelve desde el comienzo de su trabajo con loable maestría al configurar con claridad el verdadero significado que cabe atribuir a la manida función social de la propiedad, si bien parece respetar el ingenuo apriorismo de que el poder público velará más eficazmente por un destino del suelo más conforme con los intereses generales, lo que resulta una idea muchas veces desmentida por los hechos, en el doble sentido de que a veces resulta desprotegido el interés general, y de que también resulta, en otras o en las mismas ocasiones, desprotegida la propiedad privada.

La III parte la dedica el autor a la delimitación de la propiedad forestal, aspecto este en el que la complejidad normativa y el retraso en cumplir las propias previsiones legales, conduce a la inexistencia de un prometido estatuto de la propiedad forestal. Por lo demás, la ordenación de los montes es un terreno en el que se debe proceder mediante planes forestales, y así se desprende de la vigente normativa estatal (Ley 42/2007 de 13 de Diciembre) y de sus correlatos a nivel de comunidades autónomas, que regulan los Planes de Ordenación de Recursos Naturales, que no dejan de ser un modo de traducir al Derecho público y respecto de cualquier titular, las concreciones del principio *salva rerum substantia* que en materia de usufructo de montes establecen los artículos 483 a 485 del Código civil.

Hoy día señala el autor que se prioriza el elemento medioambiental, como ocurre en otras leyes estatales del año 2007 (Ley 26/2007 de 25 de octubre de Responsabilidad Medioambiental y Ley 45/2007 de desarrollo Sostenible del Medio Rural).

En lo que atañe a la propiedad privada, los planes delimitarán las facultades de goce, disfrute y disposición, aunque lo cierto es que pocos montes de propiedad privada cuentan hoy con ese instrumento de gestión forestal que es obligatorio.

Seguidamente la conceptualización y calificación legal de los montes, tanto públicos como privados o “particulares”, con especial mención de los llamados montes protectores a los que se refiere el artículo 24 de la Ley de Montes, y recuerda que las comunidades autónomas pueden establecer otras clasificaciones con sus correspondientes consecuencias jurídicas en materia de protección, en este caso no de protección de los cauces públicos, sino de los montes en sí. De acuerdo con tales premisas tanto los montes protectores como los protegidos en razón de sus valores singulares, y sus aprovechamientos deben ser seguidos y vigilados por las CCAA, estando

dotados de un régimen registral especial, así como de un régimen de planificación y gestión.

También estudia el autor el régimen de los montes vecinales en mano común, con sus importantes desviaciones de la propiedad privada, y en cuanto al dominio público también el autor se ocupa de sus especialidades en la medida en que algunas de ellas, como la facultad de deslinde, puede afectar a la propiedad privada de los terrenos colindantes.

Y no escapa a la atención del autor en materia de dominio público el hecho sin duda anómalo de que las vías pecuarias, que tienen tal calificación de bienes demaniales conforme a su norma rectora, la Ley 3/1995 de 23 de Marzo, hayan sido en no poca extensión reforestadas por sus administraciones titulares, en lugar de proceder a promover su aprovechamiento o al menos su uso ganadero.

Esta anomalía supone una desafectación de hecho del uso público al que venían estando afectas (art. 339 1.º del CC), lo que comporta en cierto modo su conversión en bienes patrimoniales, ya que de hecho se explota esa riqueza forestal, y desde luego constituye un contrasentido en la medida en que la plantación los convierte en terrenos vedados de pastos, haciéndoles inservibles para su función originaria de tránsito de ganados. Todo ello dice muy poco de la racionalidad de las reformas en este régimen del dominio público, y de las actuaciones de las administraciones competentes.

También aborda el autor con acierto la regulación de las superficies mínimas y de los derechos adquisición preferente, que tiene cierto paralelismo con los regímenes vigentes en materia estrictamente agroalimentaria, pese a la dificultad que supone determinar las reglas autonómicas vigentes. Señala con acierto el autor que especialmente las reglas sobre derechos de adquisición preferente de montes por las administraciones públicas se regulan y se ejercen en su caso sobre la base de una notable desconfianza hacia la propiedad privada, poco o nada justificada a día de hoy, en el que los atropellos de montes se deben sobre todo a la ordenación del territorio y el urbanismo, es decir, a otros planeamientos, más que a una actividad privada que resulta ancilar y posterior respecto del planeamiento. Y por si no fuera poco este cúmulo de amenazas, todavía señala el autor con acierto, la tendencia a extender esos regímenes a fincas colindantes cultivables, sin justificación alguna de semejante expansionismo.

En fin, tiene el lector ante sus ojos una obra necesaria, novedosa, y no simplemente encaminada a la descripción de un conjunto abigarrado de normas, sino también a su sistematización y su crítica, lo que convierte esta monografía en un componente altamente recomendable para cualquier biblioteca que quiera ofrecer una adecuada comprensión del régimen de esta peculiar, poco conocida e importante parte del suelo español que son los montes de propiedad privada.

**ACCADEMIA DEI GIUSPRIVATISTI
EUROPEI. CODICE EUROPEO
DEI CONTRATTI**

Progetto preliminare

Coordinatore Giuseppe Gandolfi.

Libro secondo, 2, Dei contratti d servizi

Edizioni italiana

Milano-Dott. A. Giuffré Editore-2014, 270 pp.

Gabriel García Cantero

Catedrático Emérito de Derecho Civil (Universidad de Zaragoza)

1. En la historia de la codificación civil europea, el Proyecto Gandolfi o Proyecto del Código europeo de Contratos de Pavía ha logrado un bien acreditado prestigio nacional e internacional y un lugar de honor entre los protagonistas de aquella. En primer lugar, por su *anticipación*, ya que cuando en Europa apenas si el Proyecto Lando hacía oír su voz, con dificultad, en el marco de una doctrina civilista continental escasamente abierta a trascender sus propias fronteras, se celebró en Pavía (1990) un Congreso internacional con la presencia de ilustres juristas provenientes de los entonces 12 Países-miembros de la UE (sin Portugal, incorporado al poco a esta tarea, y con profesores de Suiza y, hasta de la antigua DDR), cuyo animador y convocante, el Prof. GANDOLFI logró que se alcanzaran unas eficientes conclusiones que, al poco tiempo, dieron vida a la constitución de una *Academia de Giusprivatistas Europeos*, que puso en marcha un plan para la elaboración de un ambicioso y novedoso Código europeo de contratos. Durante unos años de fecundo trabajo científico, medio centenar de académicos lograron culminar una Parte General de aquél, que se presentó ante la opinión pública europea y oficialmente a la UE. Precisamente, en los años finales del siglo xx se producirá en Europa occidental un cambio radical en el interés por el tema, favorecido, sin duda, por la nueva política que los órganos comunitarios se proponen desarrollar a partir de entonces, a la que invitan a participar activamente a todos los agentes interesados. Se inicia así la que puede calificarse de *etapa de confirmación y consolidación* de la idea codificadora europea. El Grupo Lando considera finalizada su labor pionera con la publicación de tres series de *Principios de Derecho europeo*, y a su extinción surge otro Grupo –el Grupo Von Bar, que viene a

ser su continuador, e incorpora buena parte de sus miembros–, y que tratará de desarrollarlos, apareciendo además otros Equipos investigadores, en diversos países, con objetivos generales o particulares relacionados con la codificación europea, con frecuencia coincidentes entre sí. La encomiable política que se había llevado a cabo anteriormente por los organismos europeos en la materia del Derecho del consumo, servirá de apoyo para prolongarla con vistas a la creación –en particular–, de un Derecho contractual europeo, si bien, con el paso del tiempo, no dejan de surgir dudas e incertidumbres sobre alguna de las propuestas oficiales de Bruselas. Por ej. no todos entienden la misma cosa por el concepto técnico-jurídico de Marco Común de Referencia (*Common Frame of Reference*=CFR) , y aparecen discrepancias entre los diversos Grupos de investigación y la UE. Es de notar que durante este ya largo periodo de tiempo transcurrido, la Academia de Pavía también ha experimentado algunos cambios. Así, ha ampliado su proyección internacional, llegando a multiplicar por cuatro su composición original de miembros, debido a que actualmente forman parte de la misma juristas procedentes de todo el continente europeo y de toda América, así como de algunos países asiáticos, incluyendo los provenientes de aquellos otros países europeos que ulteriormente han ingresado en la UE; resulta que el Proyecto de Pavía interesa ahora también en Iberoamérica (1), y en algunos países anglosajones. El material comparativo que se maneja se ha visto enormemente incrementado para el trabajo de los miembros de la Academia. Pero lo más destacable es la *fidelidad* a sus orígenes, tanto en lo relativo al método seguido en su actividad como a sus objetivos, aunque haya disminuido, de algún modo, la atención exterior que se le presta por la marcha de sus trabajos.

2. El Prof. GANDOLFI, en el volumen que recensiono, y a modo de explicación del trabajo ya elaborado, bajo el enunciado de *Premessa*, reiterando lo que sostuvo en años anteriores, escribe ahora (2):

“Este *Codice europeo dei contratti*, desde las primeras fases de su redacción se presenta como ‘proyecto preliminar’ . Y, en efecto, es una propuesta dirigida, además de a los juristas, a los políticos, economistas, exponentes del mundo de los negocios y del trabajo. Como tal se está discutiendo en el Parlamento Europeo y ha sido tomado en consideración por la Comisión Europea, en función de la armonización del Derecho europeo de los contratos, prevista en el Tratado de Roma como ‘medida necesaria al funcionamiento del mercado común’. A este ‘proyecto’ la Comisión Europea le dedicó el Congreso que se desarrolló en Roma los días 19 al 20 de mayo 2006, con la colaboración de la Universidad de Roma ‘La Sapienza’, y de las

(1) Véase la nota de actualidad de G. C. “Il ‘Codice europeo dei contratti’ nelle prospettive di unificazione del Diritto contrattuale nell’America latina”, en “*Annales du Droit Privé*” (2012-2013) p. 419 s.

(2) Pp. IX-XI.

Universidades de Cambridge, Madrid 'Complutense', Milán, Munich, Nápoles-2, París 'Pantheon-Asas', Pavía y Salzburg. En esta ocasión el 'proyecto' fue presentado oficialmente por la Vicepresidenta de la Comisión Europea como "instrumento de facilitación de las transacciones transfronterizas" y también en cuanto potencial "símbolo de la aspiración de una Comunidad de identidad compartida ... trascendiendo así su utilidad práctica y favoreciendo el nacimiento de una cultura jurídica europea".

"El Libro I de este Proyecto, sobre *Los contratos en general* y el Libro II, Tít. I, sobre *La venta y los contratos colaterales*, se ultimaron –respectivamente– en 1999 y en 2006, y luego traducidos a las principales lenguas europeas, y publicados, no sólo en Europa".

"La elaboración el presente Tit. II, Libro II, sobre *I contratti di servizi*, llevada a cabo con financiación de la Comisión Europea comenzó a discutirse en la Convención académica de Pavía de junio 2009, y se ha concluido recientemente. Su redacción se basa en investigaciones específicas del grupo de trabajo académico, así como de las ponencias y propuestas de los miembros de la Academia y de los juristas vinculados con ella, y, por último, de las observaciones expuestas en las discusiones durante los diferentes Congresos".

"El texto normativo que se publica será objeto de atentas discusiones en el próximo Congreso Académico. Es, por tanto, susceptible de enmiendas, integraciones, replanteamientos, sobre la base de las propuestas que se formulen por los miembros de la Academia así como por las observaciones que provengan de juristas, políticos, economistas y personas pertenecientes al mundo de los negocios y del trabajo" (3).

"En sede de revisión no podrá desconocerse que la adopción de un Código europeo de contratos de la UE se ha propuesto por las instituciones comunitarias en cuanto medida necesaria para hacer operativo el 'mercado interior' sobre la base de lo previsto en el Tratado de Roma. De hecho se advierte con preocupación en las decisiones comunitarias que, sobre todo, las pequeñas y medianas empresas, y los consumidores, se muestran reacios a establecer relaciones transfronterizas por causa de los obstáculos derivados de la diversidad de leyes nacionales."

"Si tal es la función que debe asumir un código europeo de contratos, dedúcese de ello que también su estilo y estructura deben responder a tales exigencias. Esta es la idea en que se inspira el grupo académico redaccional".

"Además, imbuido por el impacto de las legislaciones, doctrina y jurisprudencia más evolucionadas, y abierto a las exigencias de la práctica, tal código deberá expresarse en definitiva, en la forma de dirigirse, no tanto a los juristas, cuanto sobre todo a los empresarios, y, obviamente, a los ciu-

(3) Con ello se destaca y subraya el carácter *preliminar* del proyecto que ahora se hace público, pues se anuncian ulteriores discusiones, modificaciones y cambios, probablemente para recoger las opiniones extraacadémicas, que anteriormente no era posible.

dadanos. Pero ello, sin que la imprescindible claridad del lenguaje obligue a expresarse en un idioma popular y corriente. Los conceptos normativos deberán resultar de una terminología rigurosamente apropiada para no originar dudas e incertidumbres, sin que tampoco se excluya el auxilio eventual de alguna ejemplificación, aunque evitándose aquellas fórmulas implícitas de cuño doctrinal admisibles en sede nacional, pero no en un área tan vasta y tan compleja, como la comunitaria" (4).

"Puede parecer oportuno tener en cuenta la renuncia a aquellas estructuras sistemáticas de matriz tradicional que en algunos códigos obstaculizan la búsqueda de la norma aplicable (5)".

"Para un codificador europeo debiera entenderse obligado que, en cualquier regulación relativa a determinada relación jurídica, se incluyan, no solo los aspectos esenciales, sino indicar de manera razonablemente exhaustiva las diversas posibilidades de empleo y sus efectos y remedios, a fin de que las partes contratantes puedan encontrar ya en el Código las primeras respuestas a las usuales preguntas que se plantean en sus relaciones cotidianas, sin necesidad de consultar obligatoriamente a un abogado."

"Resultaría de ello que debe facilitarse la solución amistosa de eventuales reclamaciones, considerándose deseable la disminución del trabajo judicial. Esta aspiración traería la consecuencia de que algunos artículos del código alcanzarían inevitablemente mayor extensión que el habitual o tradicional. Lo que ya está sucediendo con algunas Directivas europeas y en el Derecho que las desarrolla. De aquí se deriva que son cosas diferentes el artículo o el párrafo de una ley, y la norma en sentido propio; son entidades diversas y tienen funciones diferentes. El artículo es una especie de *container*, un contenedor que, al igual que el título, el capítulo o la sección de un código, pueden permitir el reagrupamiento orgánico y la fácil búsqueda de normas en él coordinadas. Por su parte la norma, aunque se inserte en un párrafo del precepto, debe ser una proposición ágil y sintética, en la que el rigor se conjuga con la claridad".

(4) El recensor se complace en subrayar el exquisito equilibrio manifestado en la utilización del idioma mayoritariamente usado hasta ahora –como se sabe, el francés–, habitualmente utilizado por los académicos y empleado para redactar el texto oficial, aun al costo no desdeñable de resultar el articulado del Proyecto un tanto frío, distante e impersonal.

(5) El autor refiere lo que ocurre en Italia con quien ha reparado una máquina y no ha recibido sus emolumentos, y quiere saber si puede conservar en garantía la cosa reparada hasta recibir su remuneración; sin la ayuda de un abogado no podrá encontrar la norma aplicable, pues se trata de un sector del CC diverso del que regula su actividad como trabajador autónomo (p. X).

3. La categoría de los contratos de servicios en el Proyecto.

El Tít. 2.º del Libro II se rotula “De los contratos de servicios” (arts. 230-298), y representa, a mi juicio, la formulación de una novedosa –y, sin duda, ambiciosa– categoría de los contratos en particular, inspirada en la literatura y codificaciones más recientes, y que viene a confirmar el propósito de abarcar en el Proyecto lo habitualmente considerado civil o mercantil, tanto en los códigos estatales separados como unitarios, tal como puede comprobarse examinando su contenido:

- cap. I: Disposiciones comunes;
- cap. II: Del mandato;
- cap. III: De la comisión;
- cap. IV: De la agencia de comercio;
- cap. V: De la mediación en los negocios;
- cap. VI: Del contrato de obra (*appalto*);
- cap. VII: Del contrato de servicio;
- cap. VIII: De las prestaciones intelectuales y de las profesiones liberales;
- cap. IX: Del depósito;
- cap. X: Del contrato de destinación;
- cap. XI: Del transporte.

Algunas de las dudas o interrogantes que al lector suscita el elenco transcrito se disipan consultando la regulación que se ofrece en el cap. respectivo. Otras requieren, sin embargo, una detallada lectura de las Disposiciones comunes. En la Convención académica de 2009 ya se manifestó la oportunidad de incluirlas en el Proyecto, para proporcionar a modo de una *summa* de práctica e inmediata consulta, de las reglas aplicables a todos los supuestos de hecho negociales del Tít. en cuestión. Así los derechos y obligaciones esenciales de cada parte contratante, antes y después de la conclusión del contrato, durante y después del cumplimiento del mismo. Sirve también para colmar preventivamente, eventuales lagunas que la práctica pueda descubrir en los capítulos sucesivos. Sobre todo se propone garantizar en cualquier fase contractual un recíproco propósito de cooperación mutua entre las partes, previendo que todos los contratos pertenecen a la clase de los de prestaciones corresponsivas. En el Libro I del Proyecto (arts. 75 párr. 3.º; 94, párr. 3.º, 62, párr. 3.º) todos los contratos regulados en el Tít. producen ‘obligaciones de resultado’, salvo disposición en contrario establecida en la normativa negocial correspondiente. Por último, con tales disposiciones generales se proponen a la doctrina y a la jurisprudencia puntos de reflexión sobre la regulación de tales tipos contractuales, y, en general, sobre aquellas situaciones anómalas que pueden introducirse en la práctica en ausencia de previsiones normativas. En particular, la forma de los actos jurídicos, el uso de las lenguas nacionales en las relaciones transfronterizas, la relevancia de la gratuidad y la presunción que se admite en el

art. 234, el incumplimiento de las promesas de prestación de mera cortesía (art. 235), los efectos de las promesas dirigidas al público en general en sede o con finalidades políticas, científicas, o culturales; la esponsorización (art. 236); y el contrato constitutivo de un patrimonio separado o *trust* (art. 237).

4. Opinión personal.

Aparte de ser el autor de este volumen, el padre de la idea del Proyecto, pilotando con gran acierto y mano diestra sus sucesivas etapas, y singularmente su *modus procedendi* de poner en acción a un heterogéneo equipo de medio centenar de juristas europeos de origen y formación diversas, hasta lograr que alumbraran un texto que no desmerece, sino mejora las modernas codificaciones más aplaudidas en su momento, he de reconocer que –a mi juicio–, el Prof. GANDOLFI, en la presente e interesantísima propuesta de los contratos de servicio, se ha superado a sí mismo. Como comparatista consumado logra una actualización de fuentes apenas iniciada todavía en los últimos Manuales especializados. Como europeísta convencido muestra el puntual seguimiento del no siempre rectilíneo Derecho contractual de la UE. Como romanista e historiador del Derecho avezado, sabe manejar *nova et vetera*, es decir, lo ya consagrado por el transcurso del tiempo que avala su actual invocación para modernizarlo. Valgan algunos ejemplos extraídos de la extensa Relación del Coordinador (p. 101 ss.).

Así, junto a la obligada y habitual cita de los Códigos civiles francés, austriaco, alemán, suizo, italiano (1942), portugués (1966), y seguidores, – que, por ej. se manejaron habitualmente en la redacción del Libro I –, se mencionan ahora reiteradamente, con oportunidad y acierto, los siguientes: el maltés, el nuevo CC holandés de 1992, y los códigos húngaro, polaco, lituano, letón, eslovaco, de Québec o de Uruguay.

El Proyecto de Pavía siempre ha seguido paso a paso la evolución del Derecho comunitario, especialmente en materia de consumo, al que se remite y toma en consideración, en no pocos lugares de su articulado. Los redactores son conscientes de que este último posee interna dinámica y tiene vocación de efectiva vigencia, por encima y al lado de los derechos nacionales. Por ello son constantes las referencias a Reglamentos y Directivas hoy en vigor, previéndose su evolución e impacto; lo mismo respecto del *Draft Commun Frame of Reference*. También a los Convenios y Tratados aprobados por la ONU, aunque su implementación difiere del comunitario.

Por último séame permitido mencionar el tratamiento singularizado –casi monográfico diría– que GANDOLFI ofrece del *Trust*, en derecho anglosajón (p. 129 ss.); la evolución del depósito en Derecho romano y común desde su inicial realidad a su actual configuración mayoritariamente consensual (p. 229 ss.), o la sugestiva exposición del contrato de transporte en el derecho actual (p. 245 ss.).

RECENSIÓN AL LIBRO “LA MEDIACIÓN EN ASUNTOS MERCANTILES”

AA.VV, Boldó Roda, C. (dir.),
Andreu Martí, M. (Coord.) (1)

Alfredo Sánchez Cerezo

Doctorando en Derecho Mercantil
Universitat Jaume I

Debido a la promulgación en España de la Ley 5/2012, de 6 de julio de Mediación en Asuntos Civiles y Mercantiles, se da entrada en nuestro ordenamiento a la Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2008, sobre ciertos Aspectos de la Mediación en Asuntos Civiles y Mercantiles. Esta Ley establece un régimen general de la mediación en asuntos civiles y mercantiles con la intención de desarrollar dicha institución en aras a complementar la función de la Administración de Justicia, con la finalidad de reforzar la garantía de la tutela judicial efectiva de los derechos de los ciudadanos. En este mismo sentido, se aprueba también el Real Decreto 980/2013 de 13 de diciembre, por el que se desarrollan determinados aspectos de la Ley 5/2012, de 6 de julio.

La aprobación de la Ley y del Real Decreto anteriormente indicados, denota la presencia de un hecho que viene acaeciéndose en nuestra sociedad desde, aproximadamente, los años setenta, cada vez con mayor frecuencia: este hecho no es otro que el recurso a sistemas alternativos de resolución de conflictos, tales como la mediación. En virtud de lo anterior, es necesario que juristas e interesados en intervenir en el sistema judicial centremos la atención en las posibilidades que existen para la mediación dentro del ámbito de nuestro ordenamiento y, especialmente, en el ámbito del Derecho Mercantil, además de tener a nuestra disposición los instrumentos necesarios para una formación completa e idónea como mediadores. Estos objetivos son los que persigue el libro sobre el que versa la presente recensión.

La obra titulada “La mediación en asuntos civiles y mercantiles” ha sido dirigida por la catedrática Carmen BOLDÓ RODA y coordinada por la profesora M.^a del Mar ANDREU MARTÍ, participando en ella diversos autores de reconocido prestigio. El libro tiene un total de 509 páginas, divididas en dieciséis capítulos precedidos de un prólogo. Los capítulos de la obra vienen divididos

(1) Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, 509 pp.

en tres bloques diferenciados. El primer bloque, integrado por los capítulos desde el primero al sexto, viene titulado “Los aspectos generales de la mediación en asuntos mercantiles” y, como puede deducirse del mismo título, nos ofrece una visión general de la mediación en materia mercantil, tratando aspectos como los principios de la mediación, el estatuto jurídico del mediador, su responsabilidad civil, el procedimiento de mediación, la ejecución de acuerdos, la mediación electrónica y, finalmente, los efectos de la mediación intrajudicial en el proceso civil. El segundo bloque, integrado por los capítulos comprendidos desde el séptimo al decimotercero, tiene como título “Derecho Mercantil y mediación”. En este bloque se procede a tratar la mediación en relación con determinados aspectos concretos del Derecho Mercantil, tales como: el Derecho de la Competencia, la propiedad industrial, el Derecho de Sociedades, el Derecho del Consumo, los contratos mercantiles, la contratación internacional y, por último, la responsabilidad social corporativa. Finalmente, el tercer y último bloque, integrado en este caso por los capítulos decimocuarto, decimoquinto y decimosexto, trata el tema de la mediación en Derecho Concursal, haciendo especial referencia al acuerdo extrajudicial de pagos y al concurso consecutivo.

La apertura de la primera parte de la obra le corresponde al capítulo primero, que lleva por título “Mediación y Derecho Mercantil”. En el mismo, su autor, el profesor José Miguel EMBID IRUJO, trata de forma genérica la mediación en el ámbito del Derecho de Sociedades, con un último apunte referido al Derecho Concursal. Asimismo, el autor nos ilustra con una breve introducción mediante la cual procede al tratamiento de los métodos alternativos de resolución de conflictos desde el origen del Derecho Mercantil hasta la actualidad. Continúa tratando los modos de incorporación de la mediación en el ámbito de las sociedades, esto es, a través de cláusulas que podrán ser incorporadas a los estatutos sociales, o bien, a pactos parasociales, haciendo referencia, en este último caso, a la importancia de dichos pactos en el ámbito de las sociedades familiares, ya que el protocolo familiar asume esta forma. Posteriormente, el autor procede al estudio del ámbito de la mediación, haciendo especial hincapié en el ámbito objetivo, subjetivo y temporal de la misma. Para finalizar, tal y como hemos indicado al inicio del presente párrafo, elabora un último apunte sobre la mediación en materia concursal, tema que se tratará en el último bloque de la obra con mayor profundidad, en la que indica que, pese a estar ante un área en la que el juez del proceso es la máxima autoridad y, por tanto, la autonomía de la voluntad tiene una menor cabida que, por ejemplo, en el Derecho Mercantil común, podría aplicarse la mediación en ciertos aspectos concretos, tales como la resolución de controversias entre el deudor y los acreedores, o bien en el ámbito del convenio o en los aspectos referentes a los efectos que tendría la declaración del concurso sobre los contratos vigentes.

El capítulo siguiente lleva por título “Estatuto jurídico del mediador. Principios informadores y normas de actuación”. Su autora, la profesora María Isabel GRIMALDOS GARCÍA, considerando que el mediador constituye la figura esencial en la mediación, centra su estudio en determinados aspectos de

esta figura que constituyen el estatuto jurídico del mismo. El tratamiento del tema objeto del capítulo tiene su origen, como no podía ser de otra manera, en los requisitos necesarios que deben concurrir en el mediador. Estos requisitos son cinco: persona natural, en pleno ejercicio de sus derechos civiles, sin impedimento legal de profesión, función o cargo, con cualificación académica y con formación necesaria para ejercer el cargo de mediador. Este último requisito viene dotado de un especial tratamiento, pues la autora procede al estudio de dicha formación, haciendo especial referencia a la formación inicial y la formación continua, así como a los requisitos necesarios que deben cumplir los centros de formación. A continuación, en el apartado correspondiente al estudio del registro de mediadores e instituciones de mediación, se indica claramente que el objetivo de los mismos es la publicidad de mediadores e instituciones para permitir a los ciudadanos el acceso a la mediación, estableciéndose en el mismo apartado, las circunstancias que rodean la inscripción, así como las causas de baja del mismo. El estudio de la autora ahonda también en los principios informadores de la mediación, siendo de especial tratamiento los principios de voluntariedad, igualdad e imparcialidad, neutralidad y confidencialidad. Para finalizar, centra la atención en el ambiguo tema de los costes de la mediación, indicando el momento en el que el mediador debe informar a las partes del coste de sus servicios (en la primera sesión informativa), además del modo en el que las partes deberán sufragar los gastos, haciendo especial referencia a la posibilidad de establecer una provisión de fondos para asegurar que las partes puedan hacer frente a los gastos.

“Mediación y responsabilidad civil” es el título del capítulo tercero de la obra, en el que el catedrático Javier PLAZA PENADÉS realiza un pormenorizado estudio sobre la responsabilidad civil de los mediadores y de las instituciones de mediación. De acuerdo con lo establecido en el Real Decreto 980/2013, de 13 de diciembre, tanto mediadores como instituciones de mediación deben suscribir un seguro o garantía equivalente para cubrir la responsabilidad civil derivada de su actuación. En cuanto a la responsabilidad del mediador, tal y como indica el autor, surge en el momento de la aceptación de la mediación y no se deriva de una responsabilidad de resultado, sino de lo que se hubiese obligado en el contrato de mediación y de lo que se derive de su actuación profesional. Para exigirle responsabilidad, bastaría con la existencia de culpa o negligencia, sin que fuese necesaria la existencia de mala fe, temeridad o dolo. En lo que respecta a las instituciones de mediación, su responsabilidad viene derivada de la culpa “in eligendo” o “in vigilando”, debiendo determinar, sin embargo, si nos encontramos ante una responsabilidad “ex delicto” o no para poder aplicar la normativa correspondiente. Cabe la posibilidad de entablar acción directa contra las mismas cuando la mediación se produzca a través de ellas, por lo que se les podría exigir responsabilidad directa sin necesidad de exigirla al mediador, sin embargo, es interesante observar al respecto, que la responsabilidad de estas entidades se puede modular a través de su normativa interna. Finalmente, indica el autor, que al mediador le es aplicable tanto la

responsabilidad civil extracontractual prevista en el art. 1902 del Código Civil, como la responsabilidad contractual prevista en el art. 1101 del mismo Código. En el caso de la mediación electrónica, se impone a los mediadores e instituciones que hayan contratado con un proveedor de servicios electrónicos la responsabilidad derivada del procedimiento de mediación por medios electrónicos, esta responsabilidad surgirá por incumplimiento de las obligaciones establecidas, consistentes, a grandes rasgos, en garantizar la seguridad, el buen funcionamiento, privacidad, integridad, secreto, confidencialidad y cumplimiento de lo previsto en la normativa de protección de datos durante el procedimiento. El presente capítulo también determina el régimen administrativo sancionador en materia de mediación previsto en algunas normativas autonómicas que vienen a reforzar el sistema de responsabilidad civil, así, se indica el régimen sancionador de la Ley Catalana de Mediación y de la Ley Reguladora de la Mediación Familiar en el ámbito de la Comunidad Valenciana.

En el capítulo “Procedimiento y ejecución de acuerdos”, la autora y abogada Raquel SÁNCHEZ HERNÁNDEZ analiza las distintas fases en las que consiste el procedimiento de mediación para, posteriormente, finalizar con el tratamiento de la eficacia del acuerdo obtenido mediante dicho procedimiento. Respecto a la primera parte del capítulo, la autora estudia las distintas fases que podemos encontrar en el procedimiento de mediación, siendo estas las siguientes: inicio del procedimiento, sesión informativa, sesión constitutiva, actuaciones y terminación del procedimiento. La mediación puede iniciarse, bien de común acuerdo entre las partes, o bien por una de ellas en cumplimiento de un pacto previo de sometimiento a arbitraje, sin embargo, hay que añadir un tercer modo de iniciar la mediación, pues los tribunales pueden invitar a las partes a que intenten un acuerdo que ponga fin al proceso a través de este método alternativo. Una vez iniciado el mismo, la siguiente fase consistiría en la sesión informativa en la que el mediador informa a las partes de ciertos extremos, tales como: características del mediador, posibles causas de imparcialidad, coste de la mediación o plazo, entre otros. La falta de asistencia de alguna de las partes a esta sesión reviste especial importancia, pues se considerará un desistimiento del procedimiento. En el caso en que las partes decidiesen continuar, tendría lugar la sesión constitutiva, en la que se levantará acta de constitución confeccionada por el mediador y firmada por las partes. En cuanto a las actuaciones a llevar a cabo en el procedimiento de mediación no están totalmente delimitadas por la Ley, ésta, lo único que indica al respecto es que la mediación deberá ser lo más breve posible y desarrollarse en el menor número de sesiones. Posteriormente tendrá lugar la terminación del procedimiento que podrá ser con acuerdo o sin él, sin embargo, en ambos casos el mediador deberá dictar el acta final, indicando tanto la causa de finalización como los acuerdos adoptados entre las partes. En lo referente a la última parte del capítulo, correspondiente a la eficacia del acuerdo obtenido a través de la mediación, la autora indica los requisitos necesarios para que dicho acuerdo tenga eficacia ejecutiva, esto es, deberá elevarse a escritura pública, aunque si el

procedimiento de mediación se inició con posterioridad a un procedimiento judicial, dicha eficacia podrá ser otorgada a través de la homologación del acuerdo por medio de un auto dictado por el tribunal competente. Finalmente, se procede al tratamiento de los acuerdos transfronterizos, teniendo especial interés dos casos: ejecución en el extranjero de los acuerdos alcanzados en España y ejecución en España de acuerdos alcanzados en el extranjero.

La profesora María del Mar ANDREU MARTÍ, tiene como objetivo profundizar en el procedimiento de la mediación electrónica desarrollando el quinto capítulo del libro, denominado “La mediación electrónica como instrumento”. Para ello procede al tratamiento de la esta modalidad de mediación en un primer momento, para finalizar con el estudio del procedimiento simplificado de mediación por medios electrónicos. En cuanto a la primera parte del capítulo, la autora nos facilita una definición de mediación electrónica indicando que es *“aquel medio de solución de controversias, cualquiera que sea su denominación, en el que dos o más partes intentan voluntariamente alcanzar un acuerdo por sí mismas con la intervención de un mediador, desarrollándose todas o alguna de sus actuaciones por medios electrónicos”* (2). El legislador intenta fomentar esta mediación, sobre todo, en aquellos casos de reclamaciones dinerarias que no superen los 600 euros, pues es una opción que permite ahorrar tiempo y dinero. Respecto a los medios electrónicos a utilizar, indica la autora, podrán consistir en cualquier herramienta electrónica, sin embargo, deben cumplir dos requisitos: que permitan garantizar la identidad de los intervinientes y que respeten los principios informadores de la mediación. Para finalizar se procede al estudio del procedimiento simplificado de mediación por medios electrónicos, haciendo hincapié a las particularidades del mismo mediante la explicación de sus fases y de las actuaciones que en ellas acontecen.

El primer bloque de la obra finaliza con el capítulo sexto, en el que bajo la rúbrica “Los efectos de la mediación intrajudicial en el proceso civil”, la profesora Vanessa MARTÍ MOYA consigue analizar los aspectos relevantes de la mediación iniciada con posterioridad a un procedimiento judicial. Como bien indica, la mediación se configura como un procedimiento auxiliar y complementario de la administración de justicia. La Ley, por tanto, contiene medidas promotoras de este método alternativo de resolución de conflictos, pues como hemos visto supra, el juez puede invitar a las partes a iniciar una mediación con posterioridad a la iniciación de un proceso judicial. Si las partes decidiesen aceptar la invitación, se suspenderían tanto los plazos de caducidad como de prescripción y el acuerdo obtenido a través de la mediación podría adquirir fuerza ejecutiva a través de la homologación del juez. En caso de imposibilidad de llegar a un acuerdo, cualquiera de las partes

(2) ANDREU MARTÍ, M., “La mediación electrónica como instrumento”, en AAVV, *La mediación en asuntos mercantiles*, (Dir. BOLDÓ RODA, C.) , Valencia, Tirant lo Blanch, 2015, p. 153

puede solicitar la continuación del proceso judicial dividiéndose el coste de la mediación por mitad. La autora finaliza haciendo referencia a los efectos de la mediación extrajudicial en el proceso, indicando que los acuerdos obtenidos con anterioridad al proceso judicial, si guardan estrecha relación con la tutela que se pretende obtener, no se refieren a actividad prohibida por la Ley y no se han vulnerado Derechos fundamentales en su obtención, serán admisibles en el proceso.

La segunda parte del libro, destinada al análisis de la mediación en aspectos concretos del Derecho Mercantil, comienza con el capítulo séptimo, que lleva por título “Mediación en el ámbito del Derecho de la Competencia”. El autor, Miguel GIMENO RIBES, determina en sus líneas la compleja función de la mediación en este ámbito del derecho, pues, tal y como indica, en el área del Derecho Antitrust y de la competencia desleal, este procedimiento alternativo de resolución de conflictos se encuentra con una difícil tarea, ya que concurren una pluralidad de órganos intervinientes en la aplicación de diversas normas. Respecto a la posibilidad de sometimiento a mediación de la materia, el autor indica que tendremos que atender a las peculiaridades propias de la misma, distinguiendo entre Derecho de la Competencia y Derecho Antitrust, ya que es requisito indispensable para dicho sometimiento que la materia sea disponible. El autor analiza el procedimiento de mediación adaptado al Derecho de la Competencia, distinguiendo entre sus distintas fases y finalizando el capítulo haciendo referencia a las mediaciones en conflictos transfronterizos, considerando este tema de gran transcendencia, debido a la regulación específica del Derecho de Defensa de la Competencia en la Unión Europea.

El capítulo octavo se denomina “Mediación en el ámbito de la propiedad industrial”. Su autor, el profesor Ángel VELERDAS PERALTA, inicia el mismo indicando lo que se entiende por propiedad industrial, para continuar repasando los antecedentes históricos de la misma seguido de un estudio sobre su tutela. Respecto a la mediación en este área, considera que la materia exige unos métodos adecuados para la resolución de conflictos debido a sus peculiares características, pues la materia tiene una gran repercusión transfronteriza debido a su globalización, existiendo normativa muy dispar en los distintos estados, además de otro tipo de obstáculos, tales como la larga duración de los procesos internacionales o la inseguridad, entre otros. La mediación podría ser idónea para resolver los conflictos en el ámbito de la propiedad industrial por dos razones, por un lado, por la elección del mediador por las partes en función de la especialización de la materia y, por otro, por la rapidez del procedimiento. Teniendo en cuenta, además, los principios que rigen la mediación, haciendo especial referencia a la confidencialidad, nos parece lógico que muchas organizaciones, tanto nacionales como extranjeras, hayan promovido su utilización en esta materia. En el último apartado del capítulo, el autor centra su estudio en el análisis de las medidas cautelares en el procedimiento de mediación, dichas medidas quedan sujetas a la Ley de Enjuiciamiento Civil, a salvo las peculiaridades de la Ley 5/2012, de 6 de julio.

En el capítulo “Mediación en el ámbito del Derecho de Sociedades”, el profesor Luis HERNANDO CEBRIÁ se encarga del tratamiento de la mediación en el ámbito societario indicando, asimismo, que debido a las características propias de este método alternativo, puede ser muy útil en la resolución de conflictos en la materia, pues es necesaria la obtención de una mayor satisfacción de las partes enfrentadas en un conflicto, lo que hace indispensable una autotutela de las relaciones surgidas en las sociedades. En cuanto a la configuración de la mediación, el autor determina las distintas vías a las que podemos optar en aras a la introducción de este método en el ámbito del Derecho de Sociedades, así, podemos hablar de mediación estatutaria (la que se introduce a través de una cláusula de sometimiento a mediación prevista en los estatutos), mediación protocolaria (introducción a través de previsiones incluidas en el protocolo familiar), mediación parasocial (introducción a través de pactos parasociales), mediación intragrupo (transciende de una sociedad a otras del mismo grupo a razón de haber sido introducida a través de contratos de dominio o de formación del grupo) y, por último, mediación orgánica en sociedades cotizadas (incorporación de este método alternativo en la interpretación y aplicación de los reglamentos de la junta general y del consejo de administración, así como en la formación de sociedades de accionistas). El autor finaliza su capítulo con el apartado destinado a analizar el ámbito de aplicación de la mediación societaria en el que se encarga de determinar, por un lado, los conflictos que pueden surgir en las sociedades y los efectos que dicho método alternativo puede aportar sobre ellos y, por otro, los límites de la mediación. En cuanto a los conflictos, los hay de varios tipos, esto es, conflictos entre los socios, en junta general y dimanantes del órgano de administración. La mediación es susceptible de ser aplicada en cada uno de ellos y, de hecho, puede aportar satisfacción a las partes en muchas ocasiones. En cuanto al último apartado, correspondiente a los límites de la mediación, entran en juego varios factores que pueden afectar a la aplicación de este método alternativo como, por ejemplo, la disponibilidad de la materia.

El estudio de la “Mediación en el ámbito del Derecho del Consumo” viene desarrollado en la obra por la profesora Ana Isabel LOIS CABALLÉ, encargada de analizar en el capítulo décimo las vicisitudes propias de la materia. Indica al respecto que en el ámbito del Derecho del Consumo, los métodos alternativos de resolución de conflictos tienen una gran relevancia, debido a que la mayoría de los casos no suelen sobrepasar los 2.000 euros, por lo que el acceso a la vía judicial tiende a ser infrecuente. Reviste especial importancia en esta materia la existencia del arbitraje de consumo, por lo que habrá conflictos que requerirán una mediación especializada. La autora determina las materias que pueden ser objeto de este tipo de mediación citando lo dispuesto en el art. 1.2. del Real decreto 231/2008, de 15 de febrero por el que se regula el Sistema Arbitral de Consumo, esto es: *“los conflictos surgidos entre consumidores o usuarios y las empresas o profesionales en relación a los derechos legal o contractualmente reconocidos al*

consumidor" (3). Finalmente, en el apartado correspondiente a la "reclamación extrajudicial y mediación en conflictos de consumo" la autora trata las distintas vías susceptibles de resolver un conflicto entre un consumidor y un empresario, siendo estas la conciliación (que puede ser judicial o extrajudicial en función de si ha tenido lugar previamente un juicio o no), la mediación (sería el primer paso a seguir en caso de fracasar la conciliación, siendo además más flexible que ésta) y la mediación en el procedimiento de arbitraje de consumo. La Ley 5/2012, de 6 de julio, excluye la mediación en esta materia, puesto que el Real Decreto 231/2008, de 15 de febrero, dispone que dentro del procedimiento de arbitraje del consumo cabe la posibilidad de una mediación especializada que tiene ciertas particularidades que difieren de la mediación "ordinaria" prevista en la Ley y que son tratadas con detenimiento por la autora.

La profesora Lourdes FERRANDO VILLALBA expone, en el capítulo undécimo titulado "Mediación en el ámbito de los contratos mercantiles" la materia correspondiente al tratamiento de este método de resolución de conflictos en el área de la contratación mercantil. Comienza indicando la existencia de la mediación con anterioridad a la Ley 5/2012, de 6 de julio, estableciendo dos ejemplos de la misma con amplia tradición en nuestro país, por un lado, la mediación en el ámbito de la propiedad industrial y, por otro, la actividad mediadora de las cámaras de comercio. Posteriormente, se procede a la determinación de los aspectos generales de la mediación en los contratos mercantiles. En este apartado se limita a tratar dos puntos, por un lado, la formación del mediador del que extraemos como principal conclusión que no se exige como requisito para el cargo el ser experto en la materia, por otro, la confidencialidad en la mediación, clara ventaja en el ámbito de los contratos mercantiles. Finalmente, la autora centra su análisis en la introducción de cláusulas de mediación en los contratos mercantiles, haciendo especial relevancia a la eficacia de las mismas y las consecuencias de su incumplimiento, además de determinar que en el caso de ser introducidas en un contrato de adhesión como condiciones generales de la contratación no podrían considerarse, a priori, abusivas, teniendo en cuenta que la mediación es voluntaria.

Bajo el título "Mediación en el ámbito de la contratación internacional", el profesor Rafael JORDÁ GARCÍA desarrolla el capítulo duodécimo. En el ámbito de la contratación internacional, indica, se ha producido un desarrollo de los sistemas alternativos de resolución de conflictos, ello es debido a que diversos factores, tales como la globalización de la economía, o bien, la proliferación de relaciones comerciales internacionales provocan el surgimiento de conflictos que conllevan la aparición de problemas específicos que el derecho estatal no puede solucionar. La mediación viene dotada de múltiples ventajas, tales como la inmersión de las partes en la resolución

(3) España. 2008. Real Decreto 231/2008, de 15 de febrero por el que se regula el Sistema Arbitral de Consumo. Disponible en http://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2008-3527

de sus diferencias permitiendo que sean ellas las que lleguen a un acuerdo idóneo para ambas sin necesidad de adoptar la solución impuesta por un tercero, ostentando en todo momento el control de la situación, además de potenciar el diálogo y la negociación. Sin embargo, éste método de resolución de conflictos no está exento de inconvenientes, pues cabe la imposibilidad de llegar a un acuerdo, teniendo, por tanto, que acudir a la vía judicial para intentar solucionar la controversia. La mediación permite a las partes la aplicación de reglas que consideren convenientes, sin que exista necesidad de aplicar una ley concreta, aunque es conveniente que al incluir una cláusula de mediación en los contratos internacionales se abogue por una concreta Ley estatal de mediación para que, de este modo, se puedan resolver las diferencias entre las partes, en caso de que las hubiere. Continúa el autor analizando la controvertida cuestión suscitada en esta materia referente a la ejecución del acuerdo, pues nos encontramos en un área en la que frecuentemente se intentará la ejecución del mismo en un país distinto del que se obtuvo. En este sentido, se considera fundamental la eficacia internacional del acuerdo, siendo necesario para la obtención de dicha eficacia que tenga fuerza ejecutiva en el país en el que se haya obtenido. Por todo lo anterior, tanto en el caso de ejecución de acuerdos en el extranjero obtenidos en España, como en el caso de ejecución de acuerdos en España obtenidos en el extranjero, deberán cumplir ciertos requisitos previstos en las normas españolas, normas de la UE y convenios correspondientes. A continuación, el autor considera lo que se entiende por un conflicto transfronterizo, de acuerdo con lo establecido en la Ley 5/2012 de 6 de julio, entendiendo que un conflicto será de este tipo cuando las partes tengan su domicilio en estados distintos y sea necesario acudir a mediación, o bien, cuando una mediación se haya llevado a cabo y, con posterioridad, una de las partes haya cambiado de domicilio a otro estado y pretenda ejecutar el acuerdo allí. Para finalizar, el autor considera que en caso de introducir cláusulas de mediación en contratos internacionales, las partes, además de someterse a mediación, deberán determinar los distintos extremos del procedimiento, tales como el idioma, lugar u otras características que consideren convenientes.

La segunda de las partes en las que se divide la obra concluye con el capítulo decimotercero en el que bajo el título "Mediación y responsabilidad social corporativa", la profesora Linda NAVARRO MATAMOROS nos ofrece un estudio pormenorizado de la materia. La responsabilidad social corporativa, indica, puede definirse como "*la contribución activa y voluntaria al mejoramiento social, económico y ambiental por parte de las empresas, generalmente con el objetivo de mejorar su situación competitiva y valorativa y su valor añadido*" (4). Las normas reguladoras de esta materia son normas de

(4) NAVARRO MATAMOROS, L.: "Mediación en responsabilidad social corporativa" en AAVV. *La mediación en asuntos mercantiles*, (Dir. BOLDÓ RODA, C.) , Valencia, Tirant lo Blanch, 2015, p. 372

soft law, esto es, normas no vinculantes consistentes en meras recomendaciones. Respecto de la relación entre la mediación y la responsabilidad social corporativa, la autora indica que las finalidades de ambas guardan ciertos paralelismos, así, las empresas que desarrollan dicha responsabilidad son más proclives al uso de la mediación, además, el fomento de la mediación es una acción de responsabilidad social corporativa. Ambos conceptos tienen como finalidad mejorar la situación de la empresa.

En el tercer y último bloque de la obra, titulado “en especial, la mediación en derecho concursal” los autores se encargan de ilustrar al lector en la tarea de conectar la mediación y el derecho concursal. Esta parte consta de tres capítulos, en los dos primeros se aborda el acuerdo extrajudicial de pagos, siendo el capítulo decimocuarto el encargado de desarrollar los aspectos procedimentales y el decimoquinto el que desarrolla la naturaleza jurídica, contenido y efectos del mismo. Por último, el capítulo decimosexto procede al tratamiento del concurso consecutivo. La catedrática Carmen BOLDÓ RODA y la profesora Carmen PASTOR SEMPERE son las autoras que desarrollan el apartado correspondiente a los acuerdos extrajudiciales de pagos en sus capítulos “el acuerdo extrajudicial de pagos. Aspectos procedimentales” y acuerdos extrajudiciales. Naturaleza jurídica, contenido y efectos” de los que son autoras una y otra, respectivamente.

La profesora BOLDÓ RODA nos indica que el acuerdo extrajudicial de pagos supone la calificación de concursal, pues en él intervienen todos los acreedores en la búsqueda de un posible acuerdo. Se parte de una situación de insolvencia del deudor y el objetivo consiste en flexibilizar los pagos a los acreedores. Estamos ante una alternativa al concurso, por lo que este acuerdo es incompatible con la admisión a trámite de la solicitud del mismo. Las características consisten en que estamos ante un procedimiento extrajudicial facultativo para el deudor al que se pueden acoger deudores insolventes determinados, que no tiene carácter preceptivo de la declaración del concurso y que, finalmente, se trata de un procedimiento personalísimo. La autora continúa indicando las diferencias existentes entre la mediación concursal y la mediación ordinaria, pues tanto difieren la una de la otra que se ha llegado a insinuar que el mediador concursal, debido a las diferentes funciones que ostenta y debido también a que la intención del procedimiento es evitar el concurso, ni es mediador ni es concursal. Respecto del ámbito de aplicación, el procedimiento viene destinado a deudores insolventes, sin embargo, la Ley establece ciertos requisitos que deben cumplir los mismos, así como ciertas prohibiciones. El siguiente aspecto a tratar por parte de la autora en la obra es el desarrollo del procedimiento: este se inicia con una solicitud de designación de mediador por parte del deudor, la competencia para resolver dicha solicitud corresponderá, en los casos en los que el deudor sea empresario o entidad inscribible, al Registrador mercantil, en el resto de los casos, al Notario de su domicilio que tenga por oportuno. Posteriormente a la designación se le comunicará la misma al mediador que deberá aceptar el cargo en el plazo de 5 días desde la notificación, en caso de no hacerlo, la designación caducará. Una vez producida la aceptación del

mediador, el registrador o notario procederán a dar publicidad al procedimiento. En el plazo de diez días desde la aceptación del cargo, el mediador examinará los créditos del deudor y convocará una reunión con el deudor y los acreedores para determinar la viabilidad de un acuerdo de pagos. El mediador, por tanto, es el responsable de convocar la reunión y de enviar el plan de pagos elaborado por el deudor. La propuesta inicial de pagos comprende un plan de pagos y un plan de viabilidad, los acreedores pueden realizar propuestas a este plan de pagos inicial, transcurrido el plazo para ello, el mediador enviará la propuesta final y el plan de viabilidad aceptada por el deudor a los acreedores, a salvo la posibilidad de modificarla en la reunión a excepción de los puntos aceptados por los acreedores en la propuesta inicial. Nada dice la Ley sobre la reunión, sin embargo, el objetivo de la misma es obtener un acuerdo de pagos. Para la aprobación del plan de pagos se requerirá el voto favorable de, al menos, el 60 % del pasivo, o bien, el 75 % si el plan contempla cesiones de bienes en pago, además del voto favorable de los acreedores con garantía real sobre bienes afectados. Este acuerdo deberá formalizarse en escritura pública. En caso de no llegarse a un acuerdo se pondrá esto en conocimiento del registrador o notario para que pongan fin al procedimiento sin acuerdo. El cumplimiento del acuerdo extrajudicial de pagos deberá ser supervisado por el mediador y en caso de impugnación, se hará mediante un procedimiento judicial de doble instancia ante el juez competente para la declaración del concurso por los trámites del incidente concursal común.

En el capítulo siguiente, tal y como he indicado anteriormente, la profesora Pastor Sempere continúa tratando el acuerdo extrajudicial de pagos. Dicho capítulo contiene tres apartados diferenciados procediéndose a tratar, en cada uno de ellos, los aspectos aparecidos en el título del mismo, esto es, la naturaleza jurídica, el contenido y los efectos en el marco de los acuerdos extrajudiciales. En cuanto a la naturaleza jurídica, la autora elabora un pormenorizado estudio en el que se dedica a tratar diversos aspectos interesantes relacionados con este tipo de acuerdos, siendo estos la autonomía de la voluntad, el concepto, la diferenciación de figuras afines y la función económica. Podemos resumir dicho estudio con la conclusión de que los acuerdos extrajudiciales de pagos se consideran acuerdos privados en la forma y el fondo. Por otro lado, continuando con el esquema del capítulo, nos encontramos con el apartado correspondiente al contenido, del cabe destacar que el plan de pagos debe incluir una propuesta de negociación de las condiciones de los préstamos y créditos a los que el deudor debe hacer frente, sin embargo, hay contenido prohibido para el plan de pagos, entre el que se encuentran los convenios liquidativos y los convenios de continuación mediante los cuales se podría enajenar parte del activo para pagar, con su liquidación, a los acreedores. Finalmente, en el último apartado del capítulo, la autora hace referencia a los efectos de los pagos en el marco de acuerdos extrajudiciales, entendiendo que para entender dicho efecto, lo mejor es ponerse en situación de incumplimiento. Asimismo, el incumplimiento del acuerdo extrajudicial conlleva la desaparición de los efectos

novatorios del mismo con el mantenimiento de los efectos ya consumados, por lo que, en virtud de esto, los acreedores volverán a concurrir al concurso consecutivo de sus créditos. En caso de dación, esta conlleva efectos extintivos, al contrario de lo que ocurre en caso de cesión, que no produce estos efectos hasta que los acreedores no cobren la totalidad del crédito, salvo que se acuerde lo contrario.

La obra termina con el tratamiento de la materia correspondiente al concurso consecutivo. La encargada de desarrollar dicha materia es la profesora Rosalía ALFONSO SÁNCHEZ en el capítulo decimosexto. Este concurso tiene lugar, de acuerdo con lo indicado por la autora, en el caso en que no se aprobase el plan de pagos, o bien, se incumpliese o anulase el acuerdo extrajudicial de pagos, pues en estos casos el mediador deberá solicitar al juez competente la declaración del mismo. Estamos ante un nuevo tipo de concurso, ágil y rápido, regulado en reglas especiales previstas en la Ley concursal. La declaración puede solicitarse por el mediador, el deudor, los acreedores, o bien, ser declarado de oficio, sin embargo, deben darse los presupuestos necesarios para ello siendo, además, requisito indispensable que, en caso de solicitud por parte del mediador, la insolvencia del deudor sea real, sin embargo, en caso de solicitud por parte del deudor, la insolvencia puede ser inminente. El juez, cuando concurren estos requisitos, declarará el concurso a través de un auto que deberá recoger los pronunciamientos previstos en la Ley y, simultáneamente, se procederá a la apertura de la fase de liquidación, salvo insuficiencia de la masa activa, pues en estos casos se declarará la conclusión del concurso. Es interesante tratar en este punto un hecho estudiado por la autora, pues en este tipo de concurso tiene lugar la conversión del mediador en administrador concursal, conversión que realizará el juez, salvo que exista justa causa para evitarla. En el apartado correspondiente a la retribución del administrador concursal se determina que el administrador podrá percibir dos tipos de indemnizaciones, esto es, puede recibir una retribución ordinaria, que no podrá ser mayor a la fijada en el expediente de arreglo extrajudicial, o bien, una extraordinaria fijada por el juez. La autora, para finalizar el capítulo, procede al estudio de las particularidades propias del concurso consecutivo, estas son cuatro: la consideración como créditos contra la masa de los gastos derivados del procedimiento extrajudicial, el *dies a quo* del plazo de dos años para llevar a cabo acciones de reintegración, los casos especiales en los que se produce el reconocimiento de créditos previsto en el art. 242. 2.4.º de la Ley Concursal o la previsión de un mecanismo de exoneración de deudas para el empresario persona física.

En conclusión, el recurso a los sistemas alternativos de resolución de conflictos que está acaeciendo en nuestra sociedad, cada vez con mayor frecuencia, lleva aparejado un incremento de la importancia de la mediación, tanto a nivel estatal como en el ámbito de la Unión Europea. Es indispensable, por tanto, tener a nuestra disposición instrumentos que nos permitan tener una formación idónea y completa en la materia. Es por ello que la obra recensada deviene imprescindible para todos aquellos

operadores y estudiosos del derecho hoy en día, constituyendo un valioso trabajo al combinar los numerosos estudios pormenorizados que sus cualificados autores combinan con valiosas reflexiones sobre distintos aspectos relacionados con la mediación en el tratamiento de los temas encontrados en el desarrollo del libro. Consideramos la obra de interés para todo jurista, tanto profesionales ejercientes como estudiosos e investigadores, debido a su indudable valor académico y doctrinal, por tratar, además, un tema original, idóneo, de rabiosa actualidad en el ámbito jurídico, con la virtualidad de aportar una información necesaria, útil y totalmente actualizada sobre uno de los temas de mayor relieve en el ámbito del derecho hoy en día.

COMENTARIOS A SENTENCIAS Y RESOLUCIONES



LA TUTELA DE LOS ACREEDORES EN LA ESCISIÓN PARCIAL

Comentario a la Sentencia del Tribunal
Supremo de 3 de febrero de 2015
(núm. 8/2015)

Miguel Gimeno Ribes

Becario de Investigación FPI-MINECO
(Acr. Prof. Contratado Doctor)
Universidad de Valencia

Partes: BANCO DE VALENCIA, S. A. (demandante y recurrido en apelación y casación) y GUTIÉRREZ Y MARTÍN GRUPO INMOBILIARIO, SL (demandado y recurrente en apelación y casación).

Ponente: Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo.

Resumen Fallo: Desestimación del recurso de casación por entender que la sociedad parcialmente escindida respondía solidariamente de las deudas integradas en el pasivo de la beneficiaria tras la escisión.

Fuente: IdCendoj: 28079110012015100073.

Disposiciones legales aplicadas: Arts. 70 y 80 LME.

A) HECHOS

En el mes de junio de 2005, BANCO DE VALENCIA, SA concedió a INVERSIONES Y APLICACIONES TÉCNICAS, SA un préstamo garantizado mediante una hipoteca establecida sobre un inmueble de la propiedad de la compañía prestataria, cuya devolución debía tener lugar, a lo largo de diversas anualidades, a través del abono de los sucesivos términos amortizativos calculados con arreglo al sistema y al interés pactados en el contrato crediticio. Ante el incumplimiento de las obligaciones consistentes en el abono de las antedichas cuantías monetarias por parte de la sociedad concesionaria del préstamo, el prestamista reclamó de forma sucesiva y, finalmente, optó por la resolución del negocio jurídico en diciembre de 2009. A principios del mes de enero de 2010, la sociedad GUTIÉRREZ Y MARTÍN GRUPO INMOBILIARIO, SL absorbió a la prestataria, siendo aquélla posteriormente objeto de una escisión parcial. La mencionada sociedad de responsabilidad limitada continuaría existiendo, pero una parte de su patrimonio sería transmitido a dos compañías beneficiarias, como eran, respectivamente, LUNESA EJIDO 2009, SL e INVERYATEC EJIDO, SL. La finca hipotecada en garantía del préstamo pasaría a formar parte, tras la referida modificación estructural, del patrimonio de la primera de las beneficiarias.

Ante la falta de respuesta de ninguna de las sociedades, un año más tarde, en enero de 2011, BANCO DE VALENCIA, SA optó por iniciar un procedimiento de reclamación de cantidad contra la sociedad parcialmente escindida, requiriéndole la totalidad de la deuda contraída por la compañía que previamente había sido objeto de absorción. La pretensión fue estimada en primera instancia por el órgano judicial competente e, interpuesto el recurso de apelación por la sociedad demandada, la Audiencia Provincial confirmó el sentido de la primera resolución judicial, ante lo que GUTIÉRREZ Y MARTÍN GRUPO INMOBILIARIO, SL interpuso recurso de casación ante el Tribunal Supremo.

B) DOCTRINA

1. Con independencia de que la transmisión de unidad económica y, con ella, de un determinado bien, con ocasión de una escisión

parcial a una sociedad beneficiaria, acarree también la sucesión en la posición deudora respecto de un determinado crédito vinculado con el referido activo patrimonial, las reglas sobre tutela de los acreedores de este tipo de modificación estructural resultan plenamente aplicables.

2. Dado que una escisión parcial tiene como consecuencia el mantenimiento de la personalidad jurídica de la sociedad escindida, el patrimonio de ésta se encuentra afecto al repago de determinadas deudas y constituye, consecuentemente, una garantía frente a acreedores. En particular, la mencionada compañía responde solidaria e ilimitadamente por las deudas contraídas por ésta con anterioridad a la modificación estructural.

3. El carácter subsidiario de la responsabilidad de la sociedad escindida no ha de ser interpretado en el sentido de dar lugar a una suerte de beneficio de excusión, como sí ocurre en la fianza civil. Por el contrario, el incumplimiento de la obligación por parte de alguna de las sociedades beneficiarias es fundamento bastante para que quede activada la aludida subsidiariedad.

C) COMENTARIO

1. Sobre las modificaciones estructurales en general y la escisión en particular. Constituyen las modificaciones estructurales, como es sabido, un tipo de decisión societaria que afecta de manera especialmente notable a la vida de la compañía, teniendo una incidencia muy relevante en la configuración que la sociedad pueda tener tras el cambio efectuado (1). La circunstancia económica o el plantea-

(1) No puede dejar de consultarse la panorámica sobre la materia y, en concreto, sobre la delimitación de lo que efectivamente constituye una modificación estructural, así como la determinación de sus elementos característicos que llevó a cabo, mucho antes de la publicación de la LME, EMBID IRUJO, J. M., "En torno a las modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles (fusión, escisión y otros procedimientos similares)", *CDC*, núm. 9, 1991, pp. 13-38. Tras la publicación de la norma legal aludida, puede verse el interesante trabajo relativo al concepto de modificación estructural elaborado por SÁNCHEZ ÁLVAREZ, M. M., "La Ley de Modificaciones Es-

miento empresarial que pueden motivar o propiciar una actuación de dichas características serán de diversa índole, pero estarán desde luego imbuidas de una estrategia, sea ésta a consecuencia de un planteamiento de *management* con cierto recorrido, sea, quizá inversamente, fruto de una coyuntura adversa que aconseje actuaciones de calado como las que aquí se describen (2).

En todo caso, desde el punto de vista societario, una modificación estructural tiene como implicación directa la necesidad de seguimiento de un procedimiento legalmente establecido que incorpora una serie de cautelas de imposible soslayo que tienen como fin esencial la tutela de determinados bienes o intereses jurídicos que se pueden ver afectados en la actuación considerada (3). Así,

tructurales y el concepto de modificación estructural”, en RODRÍGUEZ ARTIGAS, F. *et al.* (Dirs.), *Modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles*, vol. 1, Cizur Menor, Aranzadi, 2009, pp. 39-86. Entiende el citado autor que quizá hubiese sido oportuno haber realizado una suerte de teoría general sobre modificaciones estructurales desde un punto de vista legal (p. 64). El planteamiento, desde luego certero desde un punto de vista de sistematización legal, acarrearía no obstante alguna que otra dificultad a la hora de incorporar el traslado de domicilio internacional, que expresamente extrae la propia Exposición de Motivos de la LME del concepto referido, y que —advierte—, como es sabido, se incluye por razones de tutela de determinados sujetos.

(2) Al respecto, EMBID IRUJO, J. M., “Principios de tratamiento de las modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles en el derecho español”, *CDC*, núm. 28, 1999, pp. 31-46, específicamente, pp. 35-36. En términos generales, sobre la escisión, ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, A., “La escisión de sociedades”, en ALONSO UREBA, A./ CHICO ORTIZ, J. M./ LUCAS FERNÁNDEZ, F., *La reforma del derecho español de sociedades de capital (reforma y adaptación de la legislación mercantil a la normativa comunitaria en materia de sociedades)*, Madrid, Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 1987, pp. 663-709, particularmente, pp. 666-667. Véase, en especial, sobre la motivación relacionada con las coyunturas adversas, particularmente PÉREZ TROYA, A., “Las modificaciones estructurales como técnicas de reestructuración preventivas o alternativas del concurso. Consideraciones sobre su régimen general y el régimen especial de las entidades de crédito”, en GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, J. A. (Dir.), *Los acuerdos de refinanciación y de reestructuración de la empresa en crisis: autonomía de la voluntad e insolvencia empresarial*, Barcelona, Bosch, 2013, pp. 423-464.

(3) Ambos son elementos esenciales prototípicos de este tipo de operaciones societarias, como certeramente advirtió EMBID IRUJO, J. M., “Notas

dichas particularidades o exigencias reforzadas tienen diversos ejes distintivos. De un lado, se establece la competencia orgánica de la Junta General (4), requiriéndose, al tiempo, una mayoría relevante, generalmente superior a la procedente para la adopción de acuerdos ordinarios, que garantice, de algún modo, el respeto a la voluntad de posibles minorías de cierta envergadura que, en otro caso, verían que la sociedad en la que han realizado las oportunas inversiones experimenta cambios relevantes pese a su opinión contraria. De otro, forman parte de los requisitos ineludibles una serie de obligaciones informativas que exceden notablemente las que son de necesaria satisfacción en supuestos de adopción de acuerdos ordinarios –posibilidad de consultar determinados documentos y otras tantas–. En particular, se impone la elaboración, en términos generales, de un proyecto, así como de una serie de informes, de administradores y de experto independiente, que pretenden contribuir a eliminar, en la medida de lo posible, las asimetrías informativas entre el socio o bloque societario de control y los administradores, de un lado, y los socios minoritarios, determinados acreedores y los trabajadores, de otro (5).

Parece claro, así, que, en tanto categoría, las modificaciones estructurales encuentran elementos comunes que les son prototípicos

para el estudio de las modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles”, en AAVV, *Derecho Mercantil de la Comunidad Económica Europea: Estudios en homenaje a José Girón Tena*, Madrid, Civitas, 1991, pp. 291-302, concretamente, p. 294. Véase monográficamente para los accionistas, para la fusión, PÉREZ TROYA, A., *La tutela de los accionistas en la fusión de sociedades*, Madrid, Civitas 1998, así como, en la bibliografía alemana, tanto en relación con la fusión como con la transformación, KLÖHN, L., *Das System der aktien- und umwandlungsrechtlichen Abfindungsansprüche*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2009, esencialmente, pp. 207-209.

(4) Véase EMBID IRUJO, J. M., “Notas para el estudio...”, cit., p. 296.

(5) Ha analizado las concretas particularidades de los diferentes documentos preceptivos en una fusión, con posterioridad a la LME, MARTÍ MOYA, V., *El procedimiento de fusión de las sociedades mercantiles: preparación, adopción e impugnación del acuerdo*, Granada, Comares, 2010, en particular, el Capítulo II en su integridad. Específicamente, SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., “Informe de los administradores y de los expertos independientes. Balance de fusión”, en RODRÍGUEZ ARTIGAS, F. et al. (Dirs.), *Modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles*, vol. 1, Cizur Menor, Aranzadi, 2009, pp. 489-526.

y que responden, entre otras, a una voluntad de tutela crediticia, lo que tiene particular incidencia a los efectos de un análisis apropiado del presente asunto litigioso. A tal efecto, resulta particularmente relevante tener en cuenta los diferentes institutos jurídicos que, en tal sentido, el régimen legal pone a disposición de los particulares *stakeholders* a los que nos referimos. De entre las modificaciones estructurales, tanto por su importancia práctica, como por el número de preceptos a ella dedicada, destaca de forma evidente la fusión, fórmula de concentración empresarial en la que se produce la unión de patrimonios de las compañías intervinientes y la extinción de la personalidad jurídica de algunas o todas ellas, según si se trata de una absorción o de una fusión por creación de nueva sociedad (6). Frente a ella, la escisión ha sido entendida en la doctrina como la operación inversa de la fusión (7), en la medida en que el patrimonio unívoco se disgrega, integrándose en los de al menos dos sociedades, sean éstas ya existentes, en cuyo caso opera una absorción, sean de nueva creación (8). Particular relevancia tiene, en este sentido, y, de forma especial, en la medida en que aparece en el caso de autos, la escisión parcial, en la cual la compañía que se escinde mantiene su personalidad jurídica y, consecuentemente, al menos una mínima parte de su patrimonio, que será el mínimo requerido, en su caso, para las sociedades de capital.

Cabe llamar la atención, en todo caso, sobre la idea de la concepción como operación inversa de la fusión y, en tal sentido, llevar a cabo una suerte de replanteamiento de la afirmación (9). Sien-

(6) Téngase en cuenta, con carácter reciente, SEQUEIRA MARTÍN, A., “El concepto de fusión y sus elementos componentes”, en RODRÍGUEZ ARTIGAS, F. *et al.* (Dirs.), *Modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles*, vol. 1, Cizur Menor, Aranzadi, 2009, pp. 375-420.

(7) ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, A., “La escisión...”, cit., p. 665 advierte, con todo, de que en la escisión no necesariamente se produce un incremento de personas jurídicas, por oposición a la fusión, sino que el planteamiento de antítesis con esta segunda modificación estructural no resulta exacta en todo caso.

(8) La escisión ha sido estudiada monográficamente, entre otros, por GUASCH MARTORELL, R., *La escisión de sociedades en el derecho español. La tutela de los intereses de socios y acreedores*, Madrid, Civitas, 1993, así como por OLEO BANET, F., *La escisión de la sociedad anónima*, Madrid, Civitas, 1995.

(9) Ampliamente crítico puede verse CERDÁ ALBERO, F., *Escisión de la*

do éste el caso, la regulación de la escisión podría limitarse, hasta cierto punto, a una remisión genérica a la de la fusión en términos estrictos, a imagen y semejanza del art. 73 LME. La realidad legal, con todo, parece divergir, siquiera parcialmente, de lo hasta ahora advertido (10). Ello es así, entre otras cuestiones, porque, como habrá oportunidad de tener en cuenta más adelante, en materia de tutela crediticia, el instituto jurídico propio de la fusión y, por extensión, el de las modificaciones estructurales, esto es, el derecho de oposición de los acreedores, debe ser adecuadamente cohonestado con el de la responsabilidad solidaria de las compañías intervinientes en la operación, objeto de análisis, en último término, del presente comentario (11).

En el asunto litigioso aquí considerado entran en juego diversas instituciones que encuentran una relevancia más o menos dispar en el proceso económico al que se asiste en el transcurso de los hechos. Así, producido el incumplimiento de las obligaciones crediticias que afectaban a la sociedad originariamente deudora, así como la posterior reclamación, aquélla fue absorbida por una compañía que, tiempo después, se escindió. Esta segunda modificación estructural fue de tipo parcial (art. 70 LME), de manera que una parte de su patrimonio fue transmitido a dos sociedades beneficiarias, mientras que la otra permaneció en el haber de la compañía absorbente. De entre los activos que formaron parte del patrimonio de una de las sociedades beneficiarias se encontraba el bien que había sido hipotecado en garantía de la deuda contraída. Responsable principal del pago, por la titularidad de la deuda, era, consecuentemente, esta

sociedad anónima, Valencia, Tirant Lo Blanch, 1993. También GUASCH MARTORELL, R., *La escisión*, cit., pp. 81-82.

(10) Véase sobre el particular, el desarrollo del concepto de escisión desarrollado por RODRÍGUEZ ARTIGAS, F., “Escisión. Concepto. Función económica y clases. Requisitos”, en RODRÍGUEZ ARTIGAS, F., et al. (Dir.), *Modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles*, Vol. 2, Cizur Menor, Aranzadi, 2009, pp. 173-207.

(11) Una consideración de dicha convivencia puede verse en QUIJANO GONZÁLEZ, J./ ESTEBAN RAMOS, L. M., “Tutela de los acreedores: la responsabilidad de las sociedades que participan en la escisión”, en RODRÍGUEZ ARTIGAS, F. et al. (Dir.), *Modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles*, Vol. 1, Cizur Menor, Aranzadi, 2009, pp. 553-626, específicamente en la p. 566.

última compañía; cuestión a dilucidar es la posible responsabilidad de otros sujetos por la misma obligación.

2. Sobre la escisión parcial y sus implicaciones desde el punto de vista de la personalidad jurídica y del patrimonio. Constituye la escisión parcial, junto a la total y a la segregación, uno de los tipos de escisión del catálogo legal existente en el ordenamiento español (art. 68 LME). Se distingue ésta de la total por la supervivencia de la sociedad originaria, llamada escindida, cuya personalidad jurídica se mantiene (12) y cuyo patrimonio permanece. Se diferencia, a su vez, de la llamada segregación, figura de reciente incorporación normativa, por no dar lugar a una transacción, en el sentido de ser receptora la compañía originaria de una serie de títulos en los que se encuentra dividido el capital de las beneficiarias (13). Así, cabe considerar, separadamente, ambas cuestiones o elementos de disparidad de esta subespecie de modificación estructural, como son, respectivamente, la personalidad jurídica (14) de las compañías y el aspecto patrimonial de las mismas.

Por lo que se refiere a la primera de ellas, es de notar que la sociedad escindida continúa manteniendo su existencia en tanto

(12) Véase sobre la cuestión CORTÉS DOMÍNGUEZ, L. J., “La escisión de sociedades anónimas”, en ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, A. (Dir.), *La reforma de la Ley de Sociedades Anónimas*, Madrid, Civitas, 1987, pp. 389-405, donde advierte de la voluntad de evitación de operaciones fraudulentas que parece colegirse del marco regulatorio establecido en sede comunitaria (pp. 403-404).

(13) Las mismas categorías se pueden apreciar en el Derecho alemán, como se puede colegir del § 123 UmwG (“Aufspaltung”, “Abspaltung” y “Ausgliederung”). Véase KALLMEYER, H./ SICKINGER, M., “§ 123”, en KALLMEYER, H. (Hrsg.), *Umwandlungsgesetz. Kommentar*, 4. Auflage, Köln, Otto Schmidt, 2010, pp. 712-727, particularmente, pp. 719-720; de manera extensiva, TEICHMANN, A., “§ 123”, en LUTTER, M./ BAYER, W./ VETTER, J. (Hrsg.), *Umwandlungsgesetz. Kommentar mit systematischer Darstellung des Umwandlungssteuerrechts und Kommentierung des SpruchG*, 5. Auflage, Köln, Otto Schmidt, 2014, pp. 1687-1710, particularmente, pp. 1699 y ss.

(14) Véase MARINA GARCÍA-TUÑÓN, A., “Una aproximación al análisis del régimen de la escisión parcial: especial referencia al art. 253 del TRLSA”, *RdS*, núm. 3, 1994, pp. 53-98, en particular, p. 68, quien, por su parte, entiende que en la compañía han de mantenerse los oportunos bienes como para que, dada la permanencia de la personalidad jurídica, pueda ser continuada una cierta actividad empresarial, dado que, de otro modo, no tendría sentido el hecho de que la escisión fuese parcial.

persona jurídica (15), sin perjuicio, evidentemente, de que las compañías beneficiarias la mantengan –si existían con anterioridad a la operación– o la hayan obtenido *ex novo* (16). Tal condición permite el establecimiento de un centro de imputación, en su caso, por deudas contraídas por la propia sociedad escindida que venimos considerando y que, en otro caso, al carecer de capacidad jurídica, no podría quedar sujeta a relación jurídica alguna. Corolario de dicha circunstancia en las sociedades de capital parece ser, como se advertía con carácter previo, la necesidad de cumplir con los mínimos de capital exigidos, más allá de lo cual, en su caso, pudiera acontecer que la compañía escindida supérstite contara con un patrimonio relativamente ínfimo (17).

Lo anterior se encuentra en íntima relación con el aspecto patrimonial, que en la operación de la que nos venimos ocupando supone la división del conjunto de bienes obrante en la compañía y su integración en el todo o en una parte del de las aludidas sociedades beneficiarias (18). Particular relevancia puede tener esta cuestión des-

(15) Al respecto TEICHMANN, A., “§ 123”, cit., p. 1701.

(16) Véase, en términos generales, sobre la novedad que constituyó la regulación de la transmisión patrimonial por sucesión universal y las fórmulas existentes de escisión total y parcial, SCHMIDT, K., “Universalsukzession kraft Rechtsgeschäfts. Bewährungsproben eines zivilrechtsdogmatischen Rechtsinstituts im Unternehmensrecht”, *AcP*, núm. 191, 1991, pp. 495-525, en concreto, p. 511. Entre nosotros, véase ALONSO LEDESMA, C., “Algunas consideraciones en torno a la sucesión universal como rasgo caracterizador frente a la aportación de rama de actividad”, en AAVV, *Derecho de sociedades: libro homenaje al profesor Fernando Sánchez Calero*, Vol. 4, Madrid, McGraw-Hill, 2002, pp. 4927-4962. Últimamente, ALONSO UREBA, A./ RANCERO SÁNCHEZ, A., “La viabilidad de la aportación de una unidad económica tras la introducción de la segregación por la ley de modificaciones estructurales”, *RdS*, núm. 34, 2010, pp. 271-278, en concreto, pp. 274 y ss.

(17) Véase en tal sentido SANTOS MARTÍNEZ, V., “La escisión de sociedades en el Derecho Comunitario Europeo”, en AAVV, *Derecho Mercantil de la Comunidad Económica Europea: Estudios en homenaje a José Girón Tena*, Madrid, Civitas, 1991, pp. 959-1040, concretamente, p. 1005.

(18) Siendo el reverso de la moneda, en cierto sentido, la conversión de los socios de la compañía escindida en equivalentes de alguna o todas de las sociedades beneficiarias. Véase sobre la cuestión DUQUE DOMÍNGUEZ, J., “La escisión de sociedades”, en en AAVV, *Estudios de Derecho Mercantil en homenaje a Rodrigo Uría*, Madrid, Civitas, 1978, pp. 125-155, concretamente, p. 139.

de un punto de vista tipológico, en la medida en que las sociedades personalistas (19) no cuentan con una exigencia mínima de capital. Si en tanto sociedad escindida, puede ocurrir que sea conminada al pago de la deuda de una tercera sociedad –beneficiaria–, es posible que ésta sea una compañía prácticamente vacía. La responsabilidad recaería, en tal caso, en los socios cuya responsabilidad fuera ilimitada. Es una realidad, en todo caso, que los bienes del patrimonio asignado a cada una de las sociedades intervinientes en la operación de escisión llevarán aparejadas, a consecuencia de la misma, una serie de obligaciones pecuniarias relacionadas con los antedichos. Advierte la norma legal, en tal sentido, que lo que se transmite a una o varias sociedades beneficiarias debe responder a la esencia de una unidad económica.

3. Sobre los conceptos de unidad económica y de empresa. El elemento definidor de las características de la parte del patrimonio transferido de la sociedad escindida a la sociedad beneficiaria viene dado por la indicación del propio art. 70 LME, según el cual, las referidas partes deberán formar una unidad económica (20). La problemática que la delimitación del concepto encierra resulta particularmente relevante en la medida en que constituye la primera cuestión controvertida que figuraba en el recurso de casación y que es traída a colación en la resolución judicial objeto de análisis. Sin perjuicio de que, dada la aplicación del art. 80 LME, el Tribunal Supremo no realiza consideración alguna relativa a la relación entre deuda y activo que la garantiza, parece oportuno llevar a cabo alguna valoración sobre el particular. El concepto de unidad económica no es sino un

(19) E, incluso, en cierto sentido, la sociedad de responsabilidad limitada de formación sucesiva, por cuanto no se le requiere el desembolso inmediato de un capital mínimo característico de este tipo de compañías capitalistas (cfr. art. 4 bis TRLSC).

(20) Se ha discutido la aplicabilidad del régimen de la escisión parcial y de la segregación a la llamada aportación de rama de actividad, habida cuenta, notablemente, de la imperatividad de la legislación sobre modificaciones estructurales y de las implicaciones, que, a consecuencia de la misma, tendría la aplicación del régimen. Véase al respecto las consideraciones, a favor de dicha extensión, de RODRÍGUEZ ARTIGAS, F., “Escisión parcial, segregación y aportación de rama de actividad”, *AAMN*, núm. 50, 2010, pp. 443-461, en su totalidad y, particularmente, en las pp. 449-450.

elemento que debe ser analizado en relación con la idea de empresa (21). Parece, en todo caso, que nos encontramos ante un conjunto de bienes, deudas y otras relaciones jurídicas de índole diversa que permitirían que el bloque que se separa de la sociedad escindida pudiera continuar realizando una actividad económico-empresarial con posterioridad de manera autónoma y sin necesidad de sufrir modificaciones sustanciales. Responde este planteamiento, como es sabido, a la idea de empresa en sentido ecléctico, esto es, no de una suma de bienes inconexos o vinculados, pero sin actividad continuada (22). Se trata, por el contrario, de una realidad plural que integra activos, pasivos y otros elementos que contribuyen a que la producción de bienes o servicios propia de dicha unidad económica integrada originariamente en la sociedad escindida pueda ser continuada. Todo ello es así, sin perjuicio, claro está, de las posibles sinergias o economías de escala que puedan generarse en caso de incorporación a sociedades ya existentes y activas en el mercado. Ha de advertirse, en todo caso, que una interpretación en sentido contrario difícilmente casaría con la idea de que las beneficiarias fueran de nueva creación, puesto que no parece que la actividad empresarial pudiera ser en tal caso perpetuado.

Cabe traer a colación en tal sentido una institución extraída del propio Derecho de sociedades –y, por extensión, del Derecho Mercantil–, como es el de empresa, cuya consideración parece quizá ser de ayuda en la labor de determinación conceptual de la unidad económica. Piénsese, así, en la llamada aportación de empresa a

(21) La diferencia entre las teorías eclécticas, unitarias y atomistas sobre la empresa ha sido tratada en la doctrina española, entre otros, por BROSETA PONT, M., “La transmisión de empresa: compraventa y arrendamiento”, *RDM*, núm. 107, 1968, pp. 59-106, particularmente, p. 67. En cierto sentido, por su parte, conviene tener en cuenta también las consideraciones de FERNÁNDEZ-NOVOA RODRÍGUEZ, C., “Reflexiones preliminares sobre la empresa y sus problemas jurídicos”, *RDM*, núm. 95, 1965, pp. 7-40.

(22) Es una realidad, con todo, como pone de manifiesto RODRÍGUEZ ARTIGAS, F., “Escisión parcial, segregación...”, cit., p. 450, que existe una referencia a la unidad económica en el apartado primero del precepto considerado y otra a la empresa en el segundo, lo que, a su entender, supondría considerar que el primero de los conceptos fuese el “género” y, el segundo, la “especie”. En nuestra opinión, ello no parece ser óbice o precisamente refuerza la idea de que pueden serle aplicables las mismas consideraciones en términos de los elementos que los integran, a ambos conceptos legales.

sociedad (23) (art. 66 TRLSC), que la legislación societaria toma en consideración a los efectos de su incorporación a la sociedad como fondo propio de alguno de los socios. En tanto parte de un negocio jurídico oneroso como es el de sociedad, obliga el referido precepto al saneamiento de la empresa en su totalidad cuando ésta constituye la aportación en cuestión. Entiende el texto legal, así, indirectamente, la empresa como unidad no dispersa en cierto modo asimilable al concepto de unidad económica propio de la regulación de la escisión (24).

En la concreta interpretación que de dicha alusión debe hacerse en materia de escisión, resulta de especial relevancia el propio art. 70 LME en su apartado segundo. Advierte este inciso que, con las empresas que fueran transmitidas como consecuencia de la operación de modificación estructural analizada, serán transferidas también las deudas que hubiesen sido contraídas por la escindida con el fin de financiar la actividad de las antedichas (25). La lectura del indicado apartado segundo lleva a formular dos consideraciones relativas a la problemática estudiada. Por un lado, se alude en este punto a la posibilidad de transmisión de una empresa (26), de lo que cabría entender cierta distinción entre la unidad económica, que podría abarcar más de una empresa o que podría coincidir con una unidad. Cabría plantear, en todo caso, la posibilidad de que ésta, sin

(23) Extensamente puede verse la monografía de RUBIO VICENTE, P. J., *La aportación de la empresa en la sociedad anónima*, Valladolid, Lex Nova, 2001.

(24) ALONSO UREBA, A./ RONCERO SÁNCHEZ, A., “La viabilidad de la aportación de una unidad económica...”, cit., p. 272 utilizan ambos conceptos de manera indistinta.

(25) Véase cómo llama la atención sobre la cuestión RODRÍGUEZ ARTIGAS, F., “Comentario al Proyecto de Ley sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles. Escisión”, *RdS*, núm. 31, 2008, pp. 55-68, concretamente, pp. 58-59, lo que parece tener que ver, en buena medida, con una lógica de continuidad de la empresa en la sociedad beneficiaria.

(26) Elemento al que hace alusión OLIVENCIA RUIZ, M., “Fusión y escisión de sociedades y restricciones estatutarias a la libre transmisibilidad de las acciones”, en AAVV, *Estudios de derecho mercantil en homenaje al profesor Manuel Broseta Pont*, Vol. 2, Valencia, Tirant Lo Blanch, 1995, pp. 2602-2650 para sostener la diferenciación entre empresa y unidad económica, siendo esta segunda una suerte de “*universitas*” que, en todo caso, es transmitida mediante sucesión universal (pp. 2631-2632).

embargo, no fuera una empresa propiamente dicha, como hemos sostenido al realizar una suerte de interpretación integradora de ambas realidades. En tal caso, quizá la idea de unidad económica no necesariamente respondería a una realidad ecléctica (27), pero sí a un conjunto organizado de bienes que, incluso, podría llevar a cabo una actividad productiva en términos eficientes, pero que, en su caso, no hubiese consolidado un fondo de comercio (28). En todo caso, da la impresión de que la idea de la introducción conceptual de la unidad económica tiene un objetivo esencialmente preventivo. Se trataría, así, de evitar situaciones pretendidamente fraudulentas (29) que tuvieran lugar como consecuencia de una división de elementos patrimoniales, manteniendo las deudas en sociedades notablemente faltas de liquidez y trasladando los activos a compañías de nueva creación perfectamente saneadas (30).

(27) No obstante subyacente en esa idea de autonomía y organización exigida en la unidad económica, como trae a colación GARRIDO DE PALMA, V., "La escisión de sociedades mercantiles", *RJN*, núm. 81, 2012, pp. 147-166, concretamente, p. 155. Ambos requisitos son traídos a colación por LÁZARO SÁNCHEZ, E. J., "Artículo 253", en ARROYO MARTÍNEZ, I./ EMBID IRUJO, J. M./ GÓRRIZ LÓPEZ, C. (Coords.), *Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas*, vol. 3, 2.^a Edición, Madrid, Tecnos, 2009, pp. 2419-2423, concretamente, p. 2420.

(28) Advierte MARINA GARCÍA-TUÑÓN, A., "Una aproximación al análisis...", cit., pp. 83-84 de las dificultades sistemáticas –dada la dualidad, homónima a la actual, existente entre los diferentes apartados del art. 253 TRLSA– para realizar la equiparación entre los conceptos de unidad económica y empresa, todo ello con independencia de la lógica conceptual que en su identidad se apreciaría.

(29) Véanse las consideraciones en tal sentido de ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, A., "La escisión...", cit., p. 691. Véase, igualmente, la extensa exposición al respecto desarrollada por HERNANDO CEBRIÁ, L., "Levantamiento del velo de una operación compleja con escisiones parciales y afección de la deuda a la sociedad beneficiaria por sucesión universal de la rama de actividad internacional", en EMBID IRUJO, J. M. (Dir.)/ ALFONSO SÁNCHEZ, R./ ANDREU MARTÍ, M. M. (Coords.), *Archivo Commenda de Jurisprudencia Societaria 2013-2014*, Granada, Comares, 2015, pp. 245-253, en concreto, pp. 246-247.

(30) Pese a que probablemente existe una mayor autonomía de la voluntad en este punto en el Derecho alemán, no deja de apreciarse cierta limitación con vistas a evitar actuaciones en fraude de acreedores, como ya advirtiera KLEINDIEK, D., "Vertragsfreiheit und Gläubigerschutz im künftigen Spaltungsrecht nach dem Referentenentwurf UmwG", *ZGR*, núm. 21, 1992, pp. 513-533, concretamente, p. 516.

Por otro lado, y en relación con lo anterior, cabe llamar la atención sobre la aludida referencia a las deudas que incorpora el mencionado apartado segundo del precepto considerado. Es una realidad que, precisamente en aras de una adecuada tutela de los acreedores, el criterio legal de vinculación entre activos y deudas transmitidas parece ser el de tipo funcional, en la medida en que no se relaciona estrictamente la obligación pecuniaria contraída con la adquisición de determinados bienes (31). Por el contrario, nos encontramos ante una suerte de adecuación de otro tipo; piénsese, por lo demás, que el grueso de la deuda vinculada a una actividad empresarial de las varias a las que se dedique una sociedad podría ser de carácter comercial y no bancario. Se trataría, así, de deudas con proveedores antes que de obligaciones con garantía real contraídas con entidades financieras como fondos destinados a la adquisición de bienes inmuebles. Cabe plantear, no obstante, a los efectos del asunto litigioso que nos ocupa, si el criterio podría responder a una relación puramente real, esto es, de vinculación según el inmueble establecido como garantía hipotecaria del bien transmitido a una u otra compañía beneficiaria. Lo cierto es que éste no parece ser el criterio que se colige de la lectura literal del precepto, en la medida en que el bien hipotecado en garantía de la deuda en cuestión no será necesariamente el adquirido, siendo éste, en último término, el que fue comprado con el fin de ser destinado a la actividad empresarial realizada por la unidad económica transferida a la beneficiaria (32). Pero existe en todo caso un ulterior argumento, y es que, con independencia de la titularidad final del bien, si de uno u otro empresario social, el acreedor hipotecario podrá exigir en el procedimiento judicial al efecto la ejecución del bien. En este sentido, y pese a que la resolución judicial analizada no se manifieste al respecto, cabe entender que el primer motivo de casación no debiera ser estimado. Procede analizar, con todo, aquellos supuestos en los

(31) Con carácter general, con ocasión de la entrada en vigor de la LME, FERRANDO VILLALBA, M. L., “La escisión de sociedades en la LMESM de 2009: las pretendidas novedades de una reforma incompleta”, *NotUE*, núm. 309, 2010, pp. 25-40, específicamente, p. 29.

(32) En todo caso, la preterición de un elemento del activo, dada la naturaleza parcial de la escisión, debería dar lugar a la permanencia del mismo en la sociedad escindida, como sugiriera con ocasión de la Sexta Directiva, SANTOS MARTÍNEZ, V., “La escisión...”, cit., pp. 1011-1012.

que no exista garantía alguna, lo que pasa por estudiar las fórmulas legales de tutela crediticia existentes en sede de escisiones.

4. Sobre la relevancia de la tutela de los acreedores en las modificaciones estructurales, así como sobre los mecanismos destinados a garantizar la misma. Se ha advertido con anterioridad de que en la concreta modificación estructural objeto de análisis conviven diversas normas destinadas a la tutela de los acreedores que encuentran su fundamento en una situación patrimonial determinada que es resultado directo de la operación societaria que tiene lugar. La protección del crédito es una constante en las modificaciones estructurales (33), dado que los cambios que se producen en la estructura patrimonial y financiera u obligacional de la sociedad en cuestión exigen ciertas cautelas que han sido incorporadas en la ley. Así, como se ha apuntado con carácter previo, cabe en primer término traer a colación el general derecho de oposición, incorporado como fórmula preventiva a disposición de los acreedores en el art. 44 LME. Establece el precepto, como es notorio, que aquellos que tuvieran créditos contra la sociedad y que tras el conocimiento de los documentos propios de la modificación estructural –en particular, de la fusión– consideraran que los cambios en la estructura patrimonial de algún modo cuestionaran la futura satisfacción de la deuda con ellos contraída, tendrán derecho a oponerse a la modificación estructural (34). La compañía afectada debería, en tal caso,

(33) Véase, con carácter general, VARA DE PAZ, N., “La protección de los acreedores en la fusión y escisión de sociedades”, en AAVV, *Derecho Mercantil de la Comunidad Económica Europea: Estudios en homenaje a José Girón Tena*, Madrid, Civitas, 1991, pp. 1097-1123, especialmente a partir de la p. 1108. Entre los autores alemanes, esencialmente ha de tenerse en cuenta el clásico trabajo de SCHMIDT, K., “Gläubigerschutz bei Umstrukturierungen”, *ZGR*, núm. 22, 1993, pp. 366-395.

(34) Sobre el particular, primigeniamente entre nosotros, ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, A., “La fusión de sociedades anónimas”, en ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, A. (Dir.), *La reforma de la Ley de Sociedades Anónimas*, Madrid, Civitas, 1987, pp. 345-387, específicamente, pp. 376 y ss., así como, ya tras la entrada en vigor de la integral reforma de la legislación sobre sociedades anónimas, EMBID IRUJO, J. M., “Caracteres generales de la fusión en la nueva Ley de Sociedades Anónimas”, *NotUE*, núm. 76, 1991, pp. 21-28, en concreto, pp. 26-27. Monográficamente, CORTÉS DOMÍNGUEZ, L. J./PÉREZ TROYA, A. “El derecho de oposición de los acreedores a la fusión de sociedades (art. 243 LSA)”,

garantizar, bien a través del establecimiento de garantía real, bien mediante fianza solidaria, el referido crédito. Frente a la sanción que de posible nulidad pudiera derivarse en coordinación de lo establecido en el art. 47 LME en relación con el antedicho precepto (35), tras la Ley 1/2012, la falta de actuación por parte de la sociedad en relación con el acreedor que se hubiese opuesto no dará lugar a una sanción en los términos referidos (36). Por el contrario, el acreedor tendrá la facultad de exigir la incorporación de anotación en el Registro Mercantil, siéndole posibilitado el ejercicio de la oportuna acción judicial que tenga como pretensión la prestación de la mencionada garantía por parte de la sociedad resultante. En segundo lugar, la regulación sobre la escisión incorpora una institución específica para

RdS, núm. 16, 2001, pp. 39-69. Tras la entrada en vigor de la LME puede tenerse en cuenta ESCRIBANO GÁMIR, C., "Derecho de oposición de los acreedores sociales", en RODRÍGUEZ ARTIGAS, F. et al. (Dirs.), *Modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles*, Vol. 1, Cizur Menor, Aranzadi, 2009, pp. 589-644. Sobre el § 22 UmwG resulta interesante KOPPENSTEINER, H. G., "Zum Gläubigerschutz bei der Verschmelzung von Aktiengesellschaften", en ADERHOLD, L. et al. (Hrsg.), *Festschrift für Harm Peter Westermann zum 70. Geburtstag*, Köln, Otto Schmidt, 2008, pp. 1157-1170.

(35) En relación con la nulidad, pueden verse los trabajos clásicos de MARTÍNEZ SANZ, F., "La nulidad de la fusión en la Ley de Sociedades Anónimas", *RDM*, núm. 195, 1990, pp. 65-93 y ANDREU MARTÍ, M. M., *La nulidad de la fusión de sociedades*, Cizur Menor, Aranzadi, 2002, así como, con carácter general para las diversas modificaciones estructurales, EMBID IRUJO, J. M., "En torno a la nulidad de la fusión y de la escisión en la nueva Ley de Sociedades Anónimas", *RGD*, núms. 550-551, 1990, pp. 5605-5618. Con carácter reciente, con posterioridad a la entrada en vigor de la LME, téngase en cuenta MARTÍ MOYA, V., *El procedimiento de fusión*, cit., a lo largo de su cuarto capítulo. En el derecho alemán, antes de la UmwG, HOMMELHOFF, P., "Zur Kontrolle strukturändernder Gesellschafterbeschlüsse", *ZGR*, núm. 19, 1990, pp. 447-476.

(36) Da cuenta de ello ESTEBAN RAMOS, L. M., "El derecho de oposición de los acreedores sociales en las operaciones de modificación estructural tras la reforma operada por la Ley 1/2012, de 22 de junio, de simplificación de las obligaciones de información y documentación de fusiones y escisiones de sociedades de capital", *RdS*, núm. 39, 2012, pp. 243-255, particularmente, p. 246. Igualmente, cabe tener en cuenta DÍAZ MORENO, A./ JUSTE MENCÍA, J., "Apuntes de urgencia sobre la ley 1/2012, de 22 de junio, de simplificación de las obligaciones de información y documentación de fusiones y escisiones de sociedades de capital", *RdS*, núm. 39, 2012, pp. 199-228, concretamente, pp. 221-223.

esta modificación estructural consistente en la responsabilidad solidaria de las sociedades beneficiarias respecto de las deudas de las demás, siempre con el límite del activo neto a ellas transferidas por la escindida (37). En el caso de escisión parcial, también la última de las compañías aludidas tendrá responsabilidad solidaria, pero, en este supuesto, sin el límite aplicable a las antedichas (38).

El problema principal que se deriva de esta convivencia de instrumentos de tutela crediticia tiene que ver, en esencia, con la concreción del que es aplicable en cada caso. En orden a dilucidar adecuadamente la problemática en cada supuesto parece necesario, con carácter previo, considerar, siquiera brevemente, los cambios patrimoniales que se producen en las diversas modificaciones estructurales del catálogo legal para, con posterioridad, analizar casos concretos con ciertas particularidades, como son las del asunto litigioso en cuestión. Si se comparan las dos modificaciones estructurales a las que hasta ahora hemos venido aludiendo, a saber, fusión y escisión, se observa que el efecto en la situación patrimonial y financiera como consecuencia de ambas es ciertamente dispar. En este sentido, en la primera de ellas, que tiene por objeto la concentración empresarial, el riesgo para los acreedores viene dado por el posible incremento del nivel de endeudamiento de la sociedad resultante. Así, puede ocurrir que, de entre las compañías participantes en la fusión, una de ellas tenga un nivel de apalancamiento mucho mayor, lo que dé lugar a que se produzca un incremento del riesgo financiero para los acreedores de otra de las sociedades intervinientes, que vería cómo la solvencia de su deudor era objeto de una grave

(37) Resulta de interés el originario trabajo de ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, A., "La escisión...", cit., pp. 707-709. Antes de la LME, véase ESTEBAN RAMOS, L. M., "La responsabilidad de las sociedades participantes en la escisión como instrumento de tutela de los acreedores sociales", *RdS*, núm. 22, 2004, pp. 161-182. Con posterioridad, RODRÍGUEZ SÁNCHEZ, S., "Instrumentos de tutela de los acreedores sociales en las operaciones de escisión", *RdS*, núm. 39, 2012, pp. 19-49. Entre los autores alemanes puede verse IHRIG, H. C., "Verschmelzung und Spaltung ohne Gewährung neuer Anteile?", *ZHR*, núm. 160, 1996, pp. 317-342, particularmente, pp. 337-338.

(38) Véase sobre la específica cuestión, bajo el régimen del TRLSA, LÁZARO SÁNCHEZ, E. J., "La tutela de los acreedores de la sociedad anónima parcialmente escindida. Reflexiones a la luz del derecho y doctrina españoles", *RDM*, núms. 211-212, 1994, pp. 163-196.

minoración tras la fusión. En la escisión, por el contrario, y sin perjuicio de que pueda darse también el efecto recién descrito en caso de que alguna de las beneficiarias fuera una sociedad preexistente gravemente endeudada, lo cierto es que el problema es precisamente el inverso. El patrimonio viene dividido y, consecuentemente, el incremento del riesgo financiero no viene dado por el aumento del número de acreedores de la compañía, sino por la reducción de activos que puedan responder (39).

Cabe plantearse si la vía fáctica a través de la cual se produce la minoración de la solvencia tiene alguna incidencia a la hora de que sea de aplicación uno u otro instituto tuitivo o si, por el contrario, la elección de su uso recaiga en la mera voluntad del acreedor en cuestión. Lo cierto es que la remisión a la regulación de la fusión contenida en el art. 73 LME advierte de que se aplicará la normativa para la modificación estructural por excelencia con las salvedades establecidas para la escisión. Da la impresión, consecuentemente, de que no existe exclusión alguna de determinados institutos por razón de la existencia de otros que tengan por objeto bienes jurídicos similares. En el caso de la tutela crediticia, consecuentemente, habida cuenta de que nada se dice en los arts. 68-80 LME sobre el derecho de oposición, la fórmula quedaría como elemento añadido de protección del acreedor junto a la responsabilidad solidaria, específica de la escisión. Ello no deja de plantear dudas, en la medida en que constituye una duplicidad si la interpretación literal se lleva hasta las últimas consecuencias (40).

Cabría pensar, inversamente, que por aplicación del principio de especialidad, el derecho de oposición constituyese tan sólo una fórmula supletoria de tutela crediticia, siendo preferente el recurso a la responsabilidad solidaria. Así, sólo en supuestos particulares de escisión sería posible la aplicación del art. 44 LME, notablemente en las escisiones parciales para las sociedades escindidas, en la medida en que el art. 80 LME no otorga derecho subjetivo de la índole

(39) Con inclusión de reducción de capital en su caso, tal y como pone de manifiesto ESTEBAN RAMOS, L. M., "La responsabilidad de las sociedades participantes...", cit., p. 168.

(40) Por otra parte, ampliamente aceptada en la doctrina. Véase, en tal sentido, por muchos, EMBID IRUJO, J. M., "En torno a las modificaciones estructurales...", cit., p. 31.

descrita para los acreedores de las mismas (41). Es de notar que, en una escisión parcial, el efecto de minoración de la solvencia no sólo se puede producir en las beneficiarias, sino también en la sociedad escindida. Especialmente ocurrirá esto cuando las unidades económicas transferidas incorporen una cantidad porcentual elevada de bienes y, por el contrario, un reducido número de deudas de las existentes en la compañía originaria continúen obligando a ésta. Sorprendentemente, los acreedores no contarían con la responsabilidad solidaria del resto de beneficiarias, lo que parece hacer pensar que aquí en todo caso sería aplicable el derecho de oposición (42). De hecho, si se piensa en el ejercicio del referido derecho en este particular supuesto de escisión, da la impresión de que es donde más apropiado resulta (43). En la interposición de la demanda en el plazo de seis meses establecido en el apartado cuarto del art. 44 LME para supuestos de no prestación de garantía para el acreedor que se opuso, la remisión del art. 73 LME resulta especialmente adecuada. Así, si según el precepto, las referencias a la sociedad resultante se entenderán realizadas a las beneficiarias, parece lógico que la tutela que no se dispensa a través del art. 80 LME a los acreedores de la escindida venga dada por vía del derecho de oposición al

(41) LÁZARO SÁNCHEZ, E. J., "La tutela de los acreedores...", pp. 182-183 entiende que parece ser necesaria una diferenciación entre los supuestos de escisión parcial en los que se produzca una reducción de capital y aquellos otros en los que no, dando así, una mayor relevancia, a la situación financiera de la sociedad. Sin dejar de ser ello cierto, parece que las mutaciones de dicha situación pueden tener otras causas que difieran de la tradicional reducción, lo que quizá nos deba situar en un plano de mayor flexibilidad interpretativa. A ello se añade, por lo demás, el hecho de la inexistencia de tutela derivada de la responsabilidad solidaria para los acreedores de la compañía escindida, lo que ocurría, a nuestro juicio, no sólo en el actual art. 80 LME, sino en el originario art. 259 TRLSA. Da la impresión de que el autor llega a la conclusión referida dando por hecho una interpretación integradora, esto es, que los acreedores de la escindida también tendrían a su disposición el beneficio de la responsabilidad solidaria de las beneficiarias, lo que, a nuestro parecer, desde una lectura literal, no puede sostenerse.

(42) Como acertadamente han entendido QUIJANO GONZÁLEZ, J./ ESTEBAN RAMOS, L. M., "Tutela de los acreedores...", cit., pp. 581-582, hubiera sido quizá preferible haber hecho aplicable también la tutela dispensada en el referido art. 80 LME a los acreedores de la sociedad parcialmente escindida.

(43) Véase, en tal sentido, RODRÍGUEZ SÁNCHEZ, S., "Instrumentos de tutela de los acreedores...", cit., p. 42.

ser las beneficiarias las legitimadas pasivas (44). Con todo, no deja de sorprender que se exija una mayor diligencia a los acreedores de una de las sociedades –la parcialmente escindida–, los cuales deberán ejercitar el derecho de oposición para garantizarse la tutela futura, en su caso, y no ocurra lo mismo con las beneficiarias, que dispondrán de la responsabilidad solidaria en todo caso.

El anterior planteamiento se completa si se atiende a la posición de los acreedores de las beneficiarias. El derecho de oposición ejercitado por éstas tan sólo alcanzaría al resto de aquéllas, siendo posible, desde luego, que no hubiese otras de la misma clase y dándose quizá la circunstancia de que la solvencia de su nuevo deudor principal quedase ciertamente en entredicho. Frente a la imposibilidad de satisfacción de su crédito, la estricta aplicación del apartado primero del art. 73 LME conduce a la inexistencia, de hecho, de protección alguna. A mayor abundamiento, el ejercicio de la acción de nulidad de conformidad con el art. 47 LME por vulneración del art. 44 LME queda vedado si, como se ha dicho, se atiende al apartado cuarto del precepto. Ello da lugar a una situación ciertamente insólita, especialmente si se le compara con el supuesto de novación del art. 1205 CC, que para el cambio de la identidad del deudor exige la anuencia del acreedor (45). Ante dicha circunstancia parece actuar la responsabilidad solidaria establecida en el art. 80 LME, incluso, y por la totalidad de la deuda transferida, como indica su tenor literal, para la compañía parcialmente escindida. Se comprueba, en este sentido, que pese a la apriorística apreciación de los institutos de tutela crediticia como duplicidad en el sistema de la escisión (46), éstos no

(44) Lo que contrasta con la referencia del segundo inciso del apartado primero del § 133 UmwG, donde la prestación de garantía, en su caso, tan sólo podrá serle exigida al deudor principal, que en este caso sería la escindida. Véase sobre el particular, SCHÜRNBRAND, J., *Der Schuldbeitritt zwischen Gesamtschuld und Akzessorität*, Berlin, Duncker & Humblot, 2003, p. 125.

(45) Advierte ESTEBAN RAMOS, L. M., “La responsabilidad de las sociedades participantes...”, cit., p. 167 de que, precisamente, el derecho de oposición ha de ser entendido como compensación de la inaplicabilidad de la necesidad de consentimiento en el cambio de deudor que exige el art. 1205 CC. En el mismo sentido, LÁZARO SÁNCHEZ, E. J., “La tutela de los acreedores...”, pp. 190-191.

(46) Duplicidad que podría plantearse, también, en relación con el efecto de reducción del capital que se produce en la sociedad escindida en caso de escisión parcial de tales características. Algún autor ha sostenido

operan sino de manera complementaria (47), lo que no puede hacer-nos ignorar, con todo, las existentes asimetrías en las posiciones de los diferentes acreedores.

Éstas pueden justificarse si se atiende a las divergentes causas de minoración de la solvencia del deudor anteriormente descritas. En la fusión, por su parte, se puede producir un aumento de los pasivos y, consecuentemente, es el efecto derivado de la *par conditio creditorum* el que puede resultar perjudicial para los acreedores de aquellas compañías intervinientes que estuvieran menos endeudadas. En la escisión, por el contrario, el incremento del riesgo financiero tiene lugar como consecuencia de la merma del patrimonio disponible para la satisfacción del crédito en cuestión (48). El mecanismo de tutela, consecuentemente, debe operar de manera distinta. En la fusión, lo relevante es frenar o contrarrestar el efecto de la *par conditio creditorum*, lo que tiene lugar a través de la garantía del crédito, bien por la afectación real de determinados bienes, bien mediante la introducción de una fianza solidaria. Frente a ello, en la escisión cabe llevar a cabo la actuación oportuna para revertir el efecto de la dispersión patrimonial. En tal sentido, la afectación al pago de la totalidad de los activos obrantes en la sociedad originaria

que el derecho de oposición asistiría a los acreedores de la aludida compañía, precisamente, por el efecto de reducción de capital, por lo que serían de aplicación las reglas sobre la referida modificación estatutaria (LÁZARO SÁNCHEZ, E. J., “La tutela de los acreedores...”, cit., pp. 183-184). ESTEBAN RAMOS, L. M., “La responsabilidad de las sociedades participantes...”, cit., p. 168, por su parte, ha considerado que se produce una suerte de duplicidad entre el derecho de oposición propio de las modificaciones estructurales y aquél de las reducciones de capital, produciéndose la preponderancia de tal instituto en el primero de los casos y siendo así “*absorbido*” el que asiste en la modificación estatutaria.

(47) Advertía ya en origen VARA DE PAZ, N., “La protección de los acreedores...”, cit., p. 1121 de que ambas instituciones destinadas a la tutela de los acreedores en las modificaciones estructurales, y en la fusión y la escisión de manera particular, tenían ámbitos de aplicación diferenciados, razón por la cual resultaba estéril entrar en la discusión de la aplicación cumulativa o no de las mismas.

(48) Véase, sobre las alteraciones del patrimonio y, consecuentemente, del capital, como consecuencia de una escisión parcial, OLEO BANET, F., “La escisión de sociedades”, *NotUE*, núm. 152, 1997, pp. 99-120, concretamente, p. 108.

a través del establecimiento de la responsabilidad solidaria de las beneficiarias y de la parcialmente escindida persigue la referida finalidad (49). Llevada hasta sus últimas consecuencias, con todo, la presente consideración acabaría quebrando. Como se ha dicho, dada la configuración legal, el acreedor de la escindida queda abocado al ejercicio del derecho de oposición, no siéndole posible la invocación de la responsabilidad solidaria de las beneficiarias, siendo notorio que aquí el problema se deriva de la reducción del patrimonio y no del incremento de los acreedores. Parece oportuno, quizá, requerir, *de lege ferenda*, una revisión del art. 80 LME en lo tocante a la tutela de la posición de los acreedores de la sociedad parcialmente escindida y a la posible extensión a estos últimos del beneficio de la responsabilidad solidaria.

Particular relevancia tiene el supuesto en que una deuda concreta se encuentra garantizada mediante hipoteca, como ocurría en el supuesto de hecho de la resolución judicial objeto de estudio. Como se ha advertido, es una realidad que, con independencia de la mayor o menor solvencia de las sociedades –escindida o beneficiarias– la satisfacción del crédito concreto parece encontrarse especialmente vinculada a la existencia de una garantía real, la identidad de cuyo propietario, por otra parte, es irrelevante. Parece lógico entender que, en cualquiera de las modificaciones estructurales, el posible ejercicio del derecho de oposición –que por otra parte parece que podría ser limitado al acreedor en este punto, pese a que no exista una previsión en el art. 44 LME similar a la del apartado segundo del art. 334 TRLSC (50)– sería, incluso en parte, fácilmente desvirtuado mediante la mera indicación por la sociedad –resultante o beneficiaria según el caso– de la preexistencia de una garantía real.

(49) Sobre el particular, véase QUIJANO GONZÁLEZ, J./ ESTEBAN RAMOS, L. M., “Tutela de los acreedores...”, cit., pp. 566. También, ESTEBAN RAMOS, L. M., “La responsabilidad de las sociedades participantes...”, cit., p. 174.

(50) El apartado segundo del art. 334 TRLSC establece la imposibilidad de ejercitar el derecho de oposición frente a la modificación estatutaria que constituye la reducción de capital en caso de que la deuda se encontrase lo suficientemente garantizada. Con todo, parece lógico entender que la inexistencia de una referencia similar en el régimen de la fusión no obsta para que el derecho pueda ser hasta cierto punto limitado en caso de que la garantía establecida tan sólo alcance a asegurar el abono de una parte del crédito a devolver.

Consecuentemente, para el caso del acreedor en una sociedad participante en una fusión o de una sociedad parcialmente escindida, la exigencia de tutela crediticia resultaría redundante (51). La cuestión resulta, sin embargo, mucho más vidriosa en el supuesto de un acreedor de una de las sociedades beneficiarias, dado que, como se ha sostenido, el mecanismo que resulta idóneo es el de la responsabilidad solidaria. En la resolución judicial en cuestión, el Tribunal Supremo no entra a valorar la situación generada, en buena medida porque no le viene planteado en el recurso de casación. La duda que surge es la de si, en caso de haber sido alegado, habría habido una respuesta diferente. El tenor literal de la norma no hace distingo alguno en este punto y, no encontrándose involucrada la prestación de garantía real alguna, como sí que es el caso, en ocasiones, en el derecho de oposición, no parece que el intérprete deba realizar diferencias en este punto. La responsabilidad solidaria seguirá operando como fórmula tuitiva incluso si el crédito estuviese garantizado mediante hipoteca.

5. Sobre algunos aspectos de carácter tipológico y sistemático de la tutela de los acreedores y sobre los paralelismos existentes entre determinados institutos jurídicos. Para la correcta comprensión de la configuración de la tutela crediticia en las distintas modificaciones estructurales y, en particular, en la cuestión que plantea la concreta figura relevante en el asunto litigioso analizado, resulta procedente trazar determinadas similitudes con otras instituciones de Derecho societario que se sirven de los mismos mecanismos tuitivos. Del mismo modo, cabe tener en cuenta la posible relevancia que la tipología societaria puede tener en la materia analizada. Así, cabe traer a colación, en primer término, la reducción de capital, en la que se establecen determinados mecanismos de protección de los acreedores que, por otro lado, difieren según la tipología de la socie-

(51) Entendía, con todo, OLEO BANET, F., “La escisión...”, cit., p. 113, que la apreciación de la adecuada garantía –y consecuentemente de la pérdida de legitimación para el ejercicio del derecho de oposición- resultaba ciertamente complicada. A nuestro juicio, la duda tan sólo se generaría, en su caso, en supuestos en los que, pese a no existir garantía real o personal alguna, se entendiera que la solvencia y la disponibilidad patrimonial o liquidez de la compañía fuese tal que hiciese innecesaria cualquier ulterior consideración.

dad capitalista en cuyo seno tiene lugar, esto es, sociedad anónima o sociedad de responsabilidad limitada.

El derecho de oposición se encuentra presente en la reducción de capital social en la sociedad anónima (arts. 334-337 TRLSC), mientras que la responsabilidad solidaria, en este caso, no de sociedades, sino de exsocios beneficiarios –reembolsatarios– es la configuración utilizada para la sociedad de responsabilidad limitada (art. 331 TRLSC). El sistema se completa con la posibilidad de utilización, a elección de la sociedad, de una reserva indisponible en lugar de la aludida responsabilidad (art. 332 TRLSC), así como, finalmente, la facultad de introducir estatutariamente un derecho de oposición (art. 333 TRLSC). Si atendemos de manera comparada a la contraposición entre el derecho de oposición y la responsabilidad de los socios reembolsatarios o de las sociedades beneficiarias y parcialmente escindida en sede de modificaciones estructurales y de reducción de capital respectivamente, son varias las cuestiones que surgen a partir de la lectura de los preceptos. En primer lugar, cabe llamar la atención sobre la distinción según la tipología societaria y no a partir de cualquier otro considerando. Tenido esto en cuenta, parece oportuno plantearse la relación que pudiera justificar la mayor proximidad de una operación de fusión con la reducción de capital en la sociedad anónima y la escisión con la misma modificación estatutaria producida, esta vez, en el seno de una sociedad de responsabilidad limitada. Nótese que, en este segundo caso, el derecho de oposición aparece como algo, bien supletorio, bien potestativo, lo que no ocurre a la inversa, esto es, ni en la regulación de la fusión ni en las normas aplicables a la sociedad anónima existe alusión alguna a la mencionada responsabilidad solidaria.

Cabe pensar, iniciando el planteamiento desde el punto de vista de la sociedad de responsabilidad limitada (52), que la posible reducción de capital, dado el menor tamaño –sugerido al menos tipológicamente– y la mayor concentración del capital de esta compañía, dará lugar a una minoración del patrimonio que, en términos

(52) Para una consideración pormenorizada de los instrumentos de tutela de los acreedores en la reducción de capital en la sociedad de responsabilidad limitada, puede verse BONARDELL LENZANO, R./ CABANAS TREJO, R., *La reducción del capital social en la sociedad de responsabilidad limitada*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2009, pp. 60-74.

relativos, será mayor a la de una sociedad anónima. Ello puede llegar a aproximar funcionalmente dicha merma patrimonial a la escisión, por lo que, ante realidades económicas similares, parece lógico que los acreedores dispongan de fórmulas tuitivas similares, con independencia de que la división del patrimonio dé lugar a la responsabilidad solidaria de personas físicas o jurídicas. Nótese, a mayor abundamiento, que la limitación que introduce el apartado segundo del art. 331 TRLSC resulta idéntica a la del art. 80 LME, puesto que constituye en ambos casos lo que la sociedad –que se escinde o que reduce su capital– habría entregado a los socios reembolsatarios o a las sociedades beneficiarias. En todo caso, y para el supuesto de que la envergadura de la compañía en cuestión no sea la de su conceptualización característica en la tipología legal, la propia norma establece la oportuna flexibilidad mediante el derecho estatutario de oposición. Ello permite comprender también la posible utilización, como se ha dicho, matizada o residual, del derecho de oposición en la escisión. No se requiere en este caso que aquélla estuviese previamente contemplada estatutariamente, por oposición al caso de la reducción de capital, toda vez que, en los supuestos de modificación estructural, a determinados acreedores –los de la sociedad escindida– les viene vedada la posibilidad de invocar la responsabilidad solidaria.

Por lo que se refiere a la sociedad anónima, no es posible trazar un paralelismo tan evidente entre la modificación estructural –fusión– y la reducción de capital concreta, lo que hace necesario buscar la razón de ser del diseño regulatorio en otro lugar. Así, es una realidad que el establecimiento de una responsabilidad solidaria resulta especialmente gravoso para los socios, incluso aun encontrándose limitada en el tiempo, y resulta, desde luego, poco operativo, en la medida en que el número de socios, nuevamente desde un punto de vista esencialmente tipológico, será superior al existente en la sociedad de responsabilidad limitada. A la vista de lo anterior, la consideración del derecho de oposición parece más oportuno, pese a las particularidades que se encuentran si se las compara con su regulación homónima en sede de modificaciones estructurales.

Entre las distinciones más relevantes cabe diferenciar entre la responsabilidad solidaria y el derecho de oposición. Por lo que respecta a la primera, resulta especialmente notoria la limitación temporal existente en sede de reducción de capital, que impide la invo-

cación de la responsabilidad pasados cinco años y que no encuentra paralelismo en el art. 80 LME (53). Por su parte, en relación con el derecho de oposición, cabe considerar la posible razón para una disparidad en las consecuencias de su incumplimiento, que en un caso, el de la reducción, paralizan la actuación societaria, mientras que en el otro, por el contrario, tan sólo posibilitan la demanda judicial en la que se exija garantizar el crédito. En el supuesto en el que la reducción de capital se llevase a cabo pese a no haber atendido la oposición de algún acreedor, parece lógico entender que el acuerdo de modificación estatutaria sería impugnabile por contrario a la legalidad. Ello plantea una notable distinción, especialmente evidenciada con posterioridad a la entrada en vigor de la Ley 1/2012, y es que el legislador parece favorecer la continuidad de las modificaciones estructurales, especialmente por las dificultades prácticas que tiene su reversión. El ámbito extremadamente limitado del art. 47 LME resulta, así, más estricto si cabe en los casos de no atención al derecho de oposición de los acreedores.

6. Sobre la solidaridad, la subsidiariedad y el beneficio de excusión en la responsabilidad por deudas de terceros. Delimitada la configuración del sistema de tutela crediticia en las modificaciones estructurales y, en particular, en la escisión, procede, a renglón seguido, deslindar el específico funcionamiento de los mecanismos legales establecidos al efecto. En tal sentido, procede descender en el análisis a los aspectos particulares de la responsabilidad solidaria de las sociedades beneficiarias y de la compañía parcialmente escindida en esta modificación estructural en concreto y hacerlo desde el punto de vista de la problemática surgida en el asunto litigioso dilucidado en la resolución judicial que nos atañe. De particular interés resulta el planteamiento relativo al surgimiento de esta responsabi-

(53) Lo que contrasta notablemente con la fórmula utilizada por el legislador alemán que, contrariamente, sí que establece una limitación temporal quinquenal en la responsabilidad solidaria propia de la escisión (§ 133 UmwG); véase al respecto SCHWAB, M., “§ 133”, en LUTTER, M./ BAYER, W./ VETTER, J. (Hrsg.), *Umwandlungsgesetz. Kommentar mit systematischer Darstellung des Umwandlungssteuerrechts und Kommentierung des SpruchG*, 5. Auflage, Köln, Otto Schmidt, 2014, pp. 1855-1906, particularmente, pp. 1863 y ss. De manera sintética, SCHÜRNBRAND, J., *Der Schuldbeitritt*, cit., pp. 43-44.

lidad por imperativo legal y, consiguientemente, de los presupuestos que deben concurrir y de los condicionantes que encuentra la misma.

Con voluntad didáctica, conviene traer a colación la institución de la fianza, para así poder realizar las oportunas comparaciones con la responsabilidad a la que aquí se atiende. Tradicionalmente se ha diferenciado en la regulación entre aquellas fórmulas de garantía personal de carácter solidario y subsidiario, siendo un hecho que el art. 1830 CC establecía la regla supletoria de la subsidiariedad, otorgando al fiador los beneficios de división y excusión en la responsabilidad por deudas de terceros para el caso de no existir pacto en contrario (art. 1831 CC). Por el contrario, en sede mercantil, dado que el art. 439 CCom nada dice sobre la naturaleza solidaria o subsidiaria del mismo, ante el silencio del legislador, resultaría aplicable la regla civil, al descender en el orden de fuentes del art. 2 CCom, con la excepción de que existiese en un determinado sector empresarial un uso del comercio del que se infiriese lo contrario. Sin embargo, la jurisprudencia del Tribunal Supremo (54) ha venido realizando una interpretación de la fianza mercantil como solidaria. Ha considerado el Alto Tribunal que, por aplicación de la interpretación sistemática que posibilita el art. 3.1 CC, resulta oportuno entender que sobre los sujetos que realizan actos de comercio recae una exigencia mayor, lo que en buena medida podría desprenderse de las reglas generales sobre obligaciones mercantiles contenidas en los arts. 50 y ss. CCom. Atendidas las consideraciones previas y sin perjuicio del mayor o menor acierto de las consideraciones del Tribunal Supremo sobre el particular, lo cierto es que existe una distinción característica entre subsidiariedad y solidaridad en el afianzamiento en buena medida advertida en el propio art. 1830 CC, que remite a las reglas sobre obligaciones solidarias contenidas en el mismo cuerpo normativo. Los tipos de responsabilidad por deudas de terceros se distinguen, así, de un lado, por la posibilidad que asiste al fiador subsidiario de ejercitar el derecho de excusión (art. 1832 CC) y, de otro, por la facultad de que dispone el acreedor frente al fiador –en realidad deudor– solidario de exigirle el pago de la totalidad de la deuda sin necesidad de reclamar cantidad alguna

(54) Véanse, a tal efecto, las Sentencias del Tribunal Supremo, de 7 de marzo de 1992 –rec. núm. 176– y de 14 de febrero de 1997 –núm. 89–.

al deudor principal (art. 1144 CC). Quedará a salvo, como es natural, la facultad de repetición del fiador contra aquél (55).

Con independencia de la proximidad que pueda observarse en su fisonomía entre la institución de la fianza y la responsabilidad solidaria de las sociedades beneficiarias y de la compañía parcialmente escindida (56), lo cierto es que este mecanismo de tutela crediticia constituye una fórmula que contiene determinadas particularidades. Se pueden apreciar en ella ambos elementos, de solidaridad y de subsidiariedad, cuya convivencia jurídica requiere alguna atención. Cabe considerar, en primer término, que tanto en la rúbrica, como en el propio texto del art. 80 LME, se hace alusión a la necesidad de incumplimiento de las obligaciones de las que sea deudora principal una de las beneficiarias (57). Esta circunstancia hace pensar en una suerte de subsidiariedad, dado que la responsabilidad para el resto de sociedades involucradas no surgiría hasta el momento en el que la beneficiaria afectada no realizara el concreto abono. Sin embargo, es cierto, en todo caso, que una vez se ha producido el incumplimiento (58), la responsabilidad, como se desprende del tenor literal de la norma, es solidaria, lo que tiene como implicación directa la

(55) Véase, entre los autores alemanes, con carácter general, HABER-SACK, M., "Der Regreß bei akzessorischer Haftung", *AcP*, núm. 198, 1998, pp. 152-170.

(56) Ha entendido RODRÍGUEZ SÁNCHEZ, S., "Instrumentos de tutela de los acreedores...", cit., p. 38 que, propiamente, las compañías responsables solidarias no serían fiadoras de las deudas impagadas por una de las beneficiarias. Para OLEO BANET, F., "La escisión...", cit., p. 114, por el contrario, la estructura de la responsabilidad solidaria se correspondería, en cierta medida, con la de la fianza.

(57) Atiende a la cuestión, de manera específica, bajo la vigencia del art. 259 TRLSA, ESTEBAN RAMOS, L. M., "La responsabilidad de las sociedades participantes...", cit., p. 171, quien lo compara con el régimen del art. 255 TRLSA, que constituye, indirectamente, también una fórmula de tutela crediticia que, sin embargo, no se activa como consecuencia de un incumplimiento en el pago de una obligación, sino que es aplicable cuando resulta dudosa la identidad del deudor principal de la obligación.

(58) Véase DUQUE DOMÍNGUEZ, J., "La escisión de sociedades en el Anteproyecto de reforma parcial del Derecho de sociedades", *CDC*, núm. 2, 1987, pp. 7-49, específicamente, p. 43.

posibilidad, desde luego hasta el límite establecido, de que el acreedor se dirija contra cualesquiera de las restantes compañías (59).

Surgen, así, dos dudas de interpretación del precepto. Por un lado, cabe plantearse si es necesaria la reclamación de la deuda, como de hecho ocurrió en el asunto litigioso, o el mero incumplimiento sería suficiente para activar la responsabilidad. No parece que el texto de la norma indique nada al respecto ni que sugiera que se deba exigir una previa reclamación para que el acreedor tenga el beneficio de la responsabilidad solidaria de las sociedades beneficiarias y de la parcialmente escindida. A ello se añade, por otro lado, el efecto inmediato de la morosidad derivado del incumplimiento de la obligación a su vencimiento que establece el art. 63 CCom, con carácter general, para las obligaciones mercantiles.

Por otro lado, cabe cuestionarse sobre las exigencias para el acreedor a la hora de reclamar la deuda a las sociedades beneficiarias o, en caso de escisión parcial, como ocurre en el asunto litigioso considerado, contra la compañía parcialmente escindida. Se plantea la duda, en todo caso, de contra quiénes se debe dirigir el acreedor una vez incumplida la obligación al vencimiento de la misma y, particularmente, cuando existiese un bien como garantía real. A nuestro parecer, la solidaridad a la que hace alusión el propio art. 80 LME debe ser entendida en el mismo sentido que la definida en el art. 1144 CC, debiéndose llevar hasta sus últimas consecuencias, con la única excepción de las particularidades concretas que el propio precepto indica. Así, de un lado, cabe entender que el acreedor podrá dirigirse contra cualesquiera obligados solidarios con el único límite del activo neto recibido (60). De otro, la imposibilidad de aplicar el

(59) Véanse ampliamente las consideraciones realizadas por RODRÍGUEZ SÁNCHEZ, S., "Instrumentos de tutela de los acreedores...", cit., p. 37, quien da cuenta del surgimiento de la solidaridad tras el incumplimiento, razón por la cual serían íntegramente aplicables las reglas relativas a las obligaciones de estas características. Téngase en cuenta también ESTEBAN RAMOS, L. M., "La responsabilidad de las sociedades participantes...", cit., pp. 175-176.

(60) Ha entendido HABERSACK, M., "Grundfragen der Spaltungshaftung nach §133 Abs. 1 S. 1 UmwG", en WESTERMANN, H.-P. et al. (Hrsg.), *Festschrift für Gerold Bezzenberger zum 70. Geburtstag am 13. März 2000*, Berlin, DeGruyter, 2000, pp. 93-110, en concreto, pp. 96 y ss., que la solidaridad tan sólo se apreciaría en las relaciones entre los responsables con excepción del deudor principal, siendo de carácter subsidiario entre este último y

beneficio de excusión (cfr. art. 1831 CC) parece sugerir que incluso cuando existiese un bien que actuase como garantía real de una específica deuda, el deudor solidario no podrá oponer la existencia de tal para evitar ser compelido al pago (61).

7. Sobre el alcance de la responsabilidad solidaria de la sociedad parcialmente escindida. Resta en último lugar dilucidar cuál deba ser la extensión de esta responsabilidad solidaria de las sociedades que resultan de una escisión, para lo que resulta especialmente relevante la exégesis de lo previsto en el propio art. 80 LME, así como del resto del texto legal en el que el referido precepto se encuentra incardinado sistemáticamente. Cabe plantearse, en primer término, las concretas deudas que puedan ser objeto de esta responsabilidad solidaria, pareciendo evidente, que éstas deberán ser aquéllas existentes o surgidas con anterioridad al momento en el que la escisión hubiese tenido lugar. La *asunción* a la que alude el art. 80 LME debe ser entendida como el efecto que produjo la modificación estructural en la beneficiaria, con independencia de que ésta preexistiera o no. Parece, así, que si se produjo una asunción, dichas obligaciones se encontraban con anterioridad en la originaria sociedad que luego se escindió. No procede entender, así, que la asunción de deudas se refiera a cualesquiera que, desde su existencia, obligaran a la sociedad beneficiaria en cuestión, y ello incluso para el caso de que hubiesen sido contraídas por una compañía que existiera a la escisión con anterioridad a esta última.

En segundo lugar, cabe determinar el alcance de la responsabilidad de los concretos sujetos obligados, como son, de un lado, las sociedades beneficiarias y, de otro, en caso de escisión parcial, la

los demás. Sobre la discusión relativa a la solidaridad o subsidiariedad de la responsabilidad, con ocasión de la elaboración del texto legislativo de la UmwG, véase TEICHMANN, A., “Die Spaltung von Rechtsträgern als Akt der Vermögensübertragung”, ZGR, núm. 22, 1993, pp. 396-419, concretamente, p. 417.

(61) Lo que, por el contrario, no se daría en el caso del derecho de oposición, en la medida en que, como acertadamente ha sostenido ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, A., “La escisión...”, cit., p. 705, la sociedad contra quien se ejercite el mencionado derecho tan sólo estará obligada a prestar garantía cuando ya existiese un bien hipotecado hasta la parte no cubierta por el referido activo y no en relación con la totalidad de la deuda.

compañía parcialmente escindida. A tal efecto, el propio art. 80 LME lleva a cabo una diferenciación entre las aludidas, de manera que las primeras responderán hasta el límite del activo neto (62) transferido como consecuencia de la escisión, mientras que la segunda lo hará por la totalidad. Como activo neto cabe entender el patrimonio neto en sentido estricto, esto es, el resultado o la diferencia existente entre los activos obrantes en la compañía y las deudas asumidas. Sorprende en todo caso la disparidad en el tratamiento de la responsabilidad para con las diferentes sociedades, especialmente si se tiene en cuenta que, como consecuencia de la escisión, se produce una reducción del patrimonio de la parcialmente escindida. Si las sociedades beneficiarias responden tan sólo hasta la parte del activo neto transferido, parecería lógico aplicar la misma regla a la escindida, es decir, que el límite se encontrase en el activo neto del originario patrimonio de la compañía que permaneciese en la sociedad. En todo caso, no ha sido ésa la voluntad del legislador, que ha optado por extender la solidaridad en la responsabilidad para la escindida a la totalidad de la deuda impagada, lo que, desde luego, resulta especialmente gravoso, tanto para los acreedores de la misma, como, particularmente, para el propio desarrollo empresarial futuro de ésta.

Queda la duda, finalmente, y a consecuencia de lo anterior, de la posición que deben tener los acreedores de la escindida en este aspecto concreto. Como se ha indicado con anterioridad, dado que el art. 80 LME no contempla la posible afectación de los acreedores de la escindida, ha de recurrirse, habida cuenta de la remisión del art. 73 LME, al derecho de oposición contemplado en la regulación sobre la fusión. En la medida en que el aludido precepto advierte de que lo aplicable a la resultante de la fusión lo será a las beneficiarias de una escisión, resulta adecuado entender, como se ha puesto de manifiesto, que el referido derecho de oposición se ejercite contra ellas. Siendo esto así, cabe preguntarse si las beneficiarias deberán asumir la garantía de la totalidad de la deuda, lo que a nuestro parecer debe ser respondido de forma negativa, puesto que lo contrario resultaría excesivamente gravoso e inconsistente con el espíritu del

(62) Una primera referencia sobre el particular, con ocasión de la Sexta Directiva, puede verse en DUQUE DOMÍNGUEZ, J., "La escisión de sociedades...", cit., p. 42.

propio art. 80 LME. Por el contrario, la interpretación debe realizarse, en nuestra opinión, en línea con el precepto antedicho; es decir, caso de ejercitar el derecho de oposición frente a alguna de las sociedades beneficiarias, éstas deberán prestar garantía hasta el límite del activo neto que hubiesen recibido.

D) CONCLUSIÓN

En la escisión parcial se conjugan dos mecanismos que tienen por objeto la tutela crediticia. De un lado, tiene especial relevancia el elemento prototípico de este tipo de modificaciones estructurales, como es la responsabilidad solidaria del resto de las sociedades beneficiarias y de la sociedad escindida. De otro, ante la imposibilidad legal de que los acreedores de esta última puedan recurrir a este mecanismo, procede tener en cuenta la remisión del art. 73 LME a la regulación de la fusión y, en particular, contemplar la aplicación también en este caso, del derecho de oposición, que será ejercitado contra las sociedades beneficiarias. La coordinación de ambos instrumentos tuitivos parece esencial para la adecuada aplicación de los preceptos legales dispuestos al efecto.

En el concreto asunto litigioso, con todo, se plantean dos cuestiones esenciales, como son, de un lado, el destino de los diversos bienes con ocasión del acaecimiento de la escisión, y, de otra, la concreta responsabilidad de la sociedad parcialmente escindida en este supuesto. Por lo que se refiere a la primera de las cuestiones, que no queda resuelta por el Tribunal Supremo, cabe advertir que el destino de los bienes, si se atiende a la idea de unidad económica, no debe realizarse según el bien que garantiza una determinada deuda, sino teniendo en cuenta la relación entre los activos y la financiación destinada a los mismos. La posibilidad de ejecutar una garantía real sigue existiendo, sin embargo, con independencia de quien ostente la titularidad del bien hipotecado. En cuanto a la segunda de las cuestiones a dilucidar, parece evidente del propio texto legal que la sociedad escindida responde solidariamente por la totalidad de la deuda contraída, pese a que ello resulte a todas luces excesivamente gravoso si se le compara con la limitación de dicha responsabilidad existente para el resto de compañías. Dicha solidaridad es aplicable, en todo caso, incluso cuando existiera un

bien hipotecado en garantía de la obligación, habida cuenta de que la misma debe regirse por las reglas de las obligaciones solidarias y, en particular, por el art. 1144 CC. Ello plantea la cuestión ulterior de la necesidad de la reclamación de la deuda por parte del acreedor impagado; parece que el hecho de incurrir en morosidad de manera inmediata llegado el vencimiento de una obligación mercantil, en el sentido del art. 63 CCom, hace suponer que dicha reclamación no sea necesaria.

EXTENSIÓN DE CLÁUSULA DE SOMETIMIENTO A ARBITRAJE A LAS SOCIEDADES DEL GRUPO PARTICIPANTES EN LA EJECUCIÓN DEL CONTRATO

Aplicación de las doctrinas de los actos propios, de la buena fe, del alzamiento del velo de la personalidad jurídica y de la apariencia de grupo “notorio”.
Comentario a la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana (Sección 1.^a) de 19 de noviembre de 2014 (núm. 12) (*)

Luis Hernando Cebriá

Profesor Ayudante doctor de Derecho mercantil
(acreditado a Profesor Titular)
Universidad de Valencia

Palabras clave: arbitraje, extensión subjetiva, grupo de sociedades, actos propios, buena fe, levantamiento del velo de la personalidad jurídica, representación aparente, grupo “notorio”.

Resumen: Acción de anulación de un laudo arbitral por considerar las partes demandadas que no suscribieron el llamado “acuerdo comercial para el mercado español-acuerdo comercial de los accionistas de las compañías fusionadas” y que, por lo tanto, no quedaban sometidas al procedimiento arbitral y al laudo emitido. Desestimación con base en las

(*) Trabajo integrado en el proyecto de investigación de excelencia “La renovación tipológica en el Derecho de sociedades contemporáneo” (DER2013-44438P), concedido por el Ministerio de Economía y Competitividad, del que es investigador principal el Prof. Dr. D. José Miguel EMBID IRUJO.

doctrinas de los actos propios y del levantamiento de velo de la personalidad jurídica de las sociedades integrantes del grupo.

Fuente: Id Cendoj: 46250310012014100032.

Disposiciones legales aplicadas: artículos 8.5, 22-3, 40, 41 y 43 de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje; y artículo 73.1.c) de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.

A) HECHOS

Con fecha de 17 de enero de 1995 se protocolizó en escritura pública el acuerdo de 30 de septiembre de 1994 entre FRANCISCO ROS CASARES SA y GARNIRO SA, por una parte, y THYSSEN HANDELSUNION, AG, por otra, de venta del 50 % de la totalidad de las acciones de la entidad mercantil Servicios Siderúrgicos de Corte y Aplanado SA (SERSIDER). Sus anexos incluyen diferentes operaciones societarias indispensables para el buen fin del contrato, y en particular un anexo 16 titulado “Acuerdo comercial de los accionistas de las compañías fusionadas THYSSEN ROS CASARES y SERSIDER (GRUPOS FRC y GRUPO THU) y GRUPO TST y TSU-ESPAÑA. Acuerdo comercial para el mercado español”, con referencias a THYSSEN como grupo.

El acuerdo de 30 de septiembre de 1994 contenía una estipulación XVIII, 6, sobre arbitraje, que establecía que “Las partes intervinientes acuerdan, libre y voluntariamente, que todas las desavenencias, divergencias o cuestiones litigiosas que se deriven de este contrato serán resueltas definitivamente mediante arbitraje, de acuerdo con el Reglamento de la Corte de Arbitraje de Valencia, instituida en la Cámara de Comercio, Industria y Navegación de Valencia (COCIN), comprometiéndose expresamente a cumplir el laudo arbitral que se dicte”. En fase de ejecución de esta relación contractual, por un lado, la sociedad THYSSENKRUPP MATERIALS IBERICA S.A. (TKMI) reclamó en fecha 6 de febrero de 2013 a GRUPO ROS CASARES, SL (GRC) el importe de 192.432 euros y requirió la entrega de una carta de crédito para poder entregar material. De otro, la sociedad THYSSENKRUPP STAHL-SERVICE CENTES GMBK (TKSC) en fecha 25

de febrero de 2013 remitió a GRUPO ROS CASARES SL (GRC) y a THYSEN ROS CASARES SA (TRC) una carta en la que se daba por enterada de un impago, requería el pago de una factura por importe de 538.119,35 euros y mostraba su rechazo a ciertas actividades de “trading”. THYSSENKRUPP STAHL-SERVICE CENTER GMBK (TKSC), es dueña del 50 % de las acciones de TRC (participada al 50 % por el Grupo Ros Casares y Thyssen) y pertenece al Grupo Thyssen; THYSSENKRUPP MATERIALS IBERICA SA (TKMI) también pertenece al Grupo Thyssen.

Tras ser sometida la cuestión a arbitraje, THYSSENKRUPP STAHL-SERVICE CENTER GMBH (TKSC) y THYSSENKRUPP MATERIALS IBERICA SA (TKMI), de conformidad con el artículo 22-3 de la Ley de Arbitraje, excepcionan la falta de competencia de la Corte Arbitral por inexistencia de convenio que las vinculara al procedimiento arbitral instado por GRUPO ROS CASARES SL y ROS CASARES CENTRO DEL ACERO SA, que da lugar a la presente acción de anulación del laudo arbitral. Consideran tales partes demandadas que no suscribieron el llamado “acuerdo comercial para el mercado español-acuerdo comercial de los accionistas de las compañías fusionadas”, por lo que la excepción no afecta a la existencia o validez de la cláusula arbitral, sino a su extensión subjetiva, pues no habían sido parte contratante en el acuerdo de 30 septiembre 1994, aunque sí estuvieran integradas en el grupo societario THYSEN. En suma, TKMI y TKSSC consideran que tienen personalidad jurídica propia y diferenciada de la mercantil que suscribió el acuerdo, por lo que no se encuentran vinculadas a la cláusula arbitral.

Por su parte, GRUPO ROS CASARES SL y ROS CASARES CENTRO DEL ACERO SA alegan que TKMI Y TKSSC se hallan integradas en un grupo societario del cual la mercantil alemana THYSSENKRUPP AG es matriz o sociedad cabecera; que el convenio arbitral extiende su eficacia a los grupos societarios a los que se refieren los documentos contractuales y anexos suscritos que conforman un acuerdo marco, con las notas de generalidad y amplitud; que las dos demandadas no sólo forman parte de un conglomerado societario de 720 entidades mercantiles, sino que han tenido participación directa en la ejecución de los acuerdos en los que se integra al convenio arbitral y su posición está vinculada al entramado jurídico creado por tales compromisos contractuales, por lo que consideran que el convenio arbitral les es extensible; y que la posición de rectora del grupo que

actualmente ostenta THYSSENKRUPP AG, la tuvo en la fecha de suscripción del acuerdo, esto es, en 1994, la sociedad THYSSEN HANDELSUNION AG, que fue la que suscribió el acuerdo y sus anexos.

B) DOCTRINA

1. El principio de relatividad de los contratos es de aplicación al convenio arbitral y vincula a los que lo firmaron. Sin embargo, en los procedimientos arbitrales se plantea el problema de la extensión “*ratione personae*” que vincula a una sociedad no firmante que resulta integrada en la estructura societaria de la que es matriz la sociedad signataria del contrato donde se inserta la cláusula arbitral.

2. En el contexto del arbitraje comercial internacional y en alguna legislación estatal se ha aplicado dicha extensión con apoyo en teorías como la del “grupo de sociedades”, el “levantamiento del velo” o el “alter ego”. Para que tenga lugar la ampliación subjetiva de la cláusula arbitral a una sociedad no firmante, la doctrina de la unidad económica del grupo exige, con alguna excepción aislada, el requisito de la participación efectiva de dicha sociedad en la relación contractual litigiosa a la cual aparezca referida la correspondiente cláusula arbitral. En ocasiones se sobrepasa esta personalidad jurídica independiente, considerándose a las sociedades del grupo afectadas en virtud del levantamiento del velo social como un mismo sujeto de derecho. Aunque la constitución de un grupo no denote necesariamente una voluntad de fraude, cada vez es más frecuente que un grupo se sirva de las sociedades que lo componen, como personas jurídicas independientes, para perpetrar un abuso de derecho o un fraude, esto es, para llevar a cabo determinadas maniobras evasivas de responsabilidad. Sin embargo, la Ley 60/2003 no desarrolla esa cuestión y no existe un tratamiento jurisprudencial sobre la extensión subjetiva de una cláusula arbitral a terceros o a sociedades no firmantes pero integradas en el mismo grupo.

3. El “estoppel” o la doctrina de los actos propios, según la cual ninguna de las partes está legitimada para alegar una postura opuesta a las posiciones adoptadas, expresa o implícitamente, con anterioridad, tutela a la parte que ha confiado en una determinada

situación, y por consiguiente, se fundamenta en el principio de la buena fe. Dicha participación puede tener lugar en cualquiera de las fases o etapas del contrato, esto es, en su negociación, en su ejecución y/o en su terminación. En el caso que se enjuicia resultan acreditados todos los requisitos para que pueda extenderse subjetivamente a las sociedades del grupo participantes la cláusula arbitral asumida por la sociedad matriz.

C) COMENTARIO

1. Clausula arbitral y sometimiento de las distintas entidades pertenecientes al grupo. El fenómeno grupal. En el supuesto planteado confluyen dos doctrinas del Derecho de sociedades y del Derecho contractual en lo que se podría denominar el “cabo de hornos” de la relatividad: una, la de la relatividad de los contratos consagrada en el artículo 1257 del código civil; y otra, la relatividad de la personalidad jurídica de las sociedades que pregonan los artículos 35 del código civil y 116 del código de comercio. Ambas entran en colisión en el particular ámbito de la extensión “*ratione personae*” de un cláusula compromisoria de sometimiento a arbitraje dentro del llamado “grupo de sociedades”.

Desde la perspectiva de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje, según su artículo 9, que además exige la forma escrita, bien sea como cláusula incorporada a un contrato o como acuerdo independiente, el convenio arbitral “deberá expresar la voluntad de las partes de someter a arbitraje todas o algunas de las controversias que hayan surgido o puedan surgir respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no contractual”. En consecuencia, el principio de relatividad de los contratos limita la vinculación del convenio arbitral a las partes que lo suscriban (1). Asimismo, la

(1) Véase la Sentencia del Tribunal Constitucional, Sala Primera, de 2 de diciembre de 2010 (núm. 136/2010), con sustento en una consolidada doctrina, cuando señala que “Este Tribunal ha reiterado, en relación con el sometimiento de controversias al arbitraje, que si bien el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) tiene carácter irrenunciable e indisponible, ello no impide que pueda reputarse constitucionalmente legítima la voluntaria y transitoria renuncia al ejercicio de las acciones en pos de unos beneficios cuyo eventual logro es para el interesado más ventajoso que el

personalidad jurídica atribuida a la sociedad delimita, dentro de los fines sobre los cuales se sustenta este expediente técnico para el desarrollo de actividades económicas, la extensión de la asunción de obligaciones por su actuación en el mercado respecto de otros centros de imputación distintos, como los socios o cualesquiera otras sociedades o entidades con las que guarde cualquier tipo de relación.

Sin embargo, la toma de intereses en otras sociedades, verbigracia mediante la participación en su capital, puede llevar, a través de concepto relacional del control, a la formación de “grupos de sociedades”. Aparecen así sociedades dominantes y dominadas que, si bien mantienen su autonomía formal y jurídica, quedan sometidas a situaciones de dependencia (2). A día de hoy nuestro Derecho de sociedades, a diferencia de otros de nuestro entorno y a la espera de un régimen jurídico sistemático del fenómeno, solo contiene normas episódicas de la figura, con particular significación en el artículo 18 del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital, en relación con las reglas de orden contable que se contienen en el artículo 42 y siguientes del Código de comercio (3). El recono-

que pudiera resultar de aquel ejercicio. A esos efectos, se ha incidido en que dicha renuncia debe ser explícita, clara, terminante e inequívoca y si bien, por la protección que se debe dispensar a la buena fe, se ha declarado que la renuncia puede inferirse de la conducta de los titulares del derecho, no es lícito deducirla de una conducta no suficientemente expresiva del ánimo de renunciar”.

(2) Entre nosotros, ampliamente, EMBID IRUJO, J. M., *Introducción al Derecho de los Grupos de Sociedades*, ed. Comares, Granada, 2003, *pássim.*; y DE ARRIBA FERNÁNDEZ, M. L., *Derecho de grupos de sociedades*, ed. Civitas, Madrid, 2009, *pássim.*

(3) La Exposición de Motivos del Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital manifiesta “el deseo de ser superado pronto (...) con la creación de un Derecho sustantivo de los grupos de sociedades, confinados hasta ahora en el régimen de las cuentas consolidadas y en esas normas episódicas dispersas por el articulado”. Junto a ello, se ha de resaltar el movimiento legislativo que balancea la regulación entre los conceptos de “control” y de “unidad de decisión”, particularmente en la dicción del apartado primero del artículo 42.1 del Código de Comercio, tras la Ley de 62/2003, que pasó del criterio rector del “control” al de la “unidad de decisión”, para posteriormente volver, mediante la Ley 16/2007, de 4 de julio, a una definición del grupo basada en concepto de “control societario”, que se mantiene

cimiento de esta realidad, por otro lado, cuestiona que la cláusula compromisoria únicamente vincule a la sociedad matriz que firmó el acuerdo, de modo que, bajo ciertos parámetros, pueda tener cabida una extensión “*ratione personae*” a las sociedades integradas en el “grupo de sociedades” (4).

Pues bien, los grupos de sociedades, como concepto polimórfico, se manifiestan en la realidad del mercado mediante diversas modalidades de estructuras sociales: unas veces de forma descentralizada donde, junto a la autonomía formal, cada sociedad mantiene su independencia funcional respecto del conjunto del que forma parte; otras, mediante relaciones jerárquicas entre las sociedades que se insertan en el conjunto a través de una “dirección unificada” desde la sociedad matriz. Esta indeterminación del grado de “centralización” de las relaciones dificulta la captación del fenómeno como una realidad autónoma, e incluso, superior respecto de las sociedades que, como personas jurídicas independientes, se insertan, por diferentes vías, en el perímetro del “control societario”. Además, nuestra actual regulación de sociedades de capital no contempla un “interés del grupo de sociedades” como valor superior que permita discriminar, en determinadas circunstancias, el interés de la sociedad filial (5).

con el actual artículo 18 LSC. Al respecto, EMBID IRUJO, J. M., “Un paso adelante y varios atrás: sobre las vicisitudes recientes del concepto legislativo del grupo en el ordenamiento español”, *Revista de Derecho de Sociedades*, 2008, pp. 19-31, p. 19 ss.

(4) En el ámbito del arbitraje, sobre la admisión, en determinadas condiciones de integración o dependencia económica, de extender los efectos de la cláusula arbitral a las sociedades del grupo no firmantes del contrato, que sirve de referencia doctrinal para la *ratio decidendi* de la Sentencia, véase AGUILAR GRIEDER, H., “Arbitraje comercial internacional y grupos de sociedades”, *Cuadernos de derecho transnacional*, vol. 1, núm. 2, 2009, pp. 5-29, p. 10 ss.

(5) Trata de superar estas limitaciones el régimen de los grupos de sociedades contenido en los apartados del artículo 291 del Anteproyecto de Ley de Código mercantil de 30 de mayo de 2014 (ALCM), que se inserta en el ámbito más amplio de las “uniones de empresas”, junto con las “agrupaciones de interés económico” y las “uniones temporales de empresas”. Sobre el anterior texto contenido en la Propuesta de Código mercantil, EMBID IRUJO, J. M., “Los grupos de sociedades en la propuesta de Código mercantil”, *Revista de derecho mercantil*, núm. 290, 2013, pp. 53-68.

En consecuencia, la existencia de un “grupo de sociedades” no puede ser suficiente *per se* para admitir la extensión del acuerdo “*ratione personae*” de la sociedad matriz a las sociedades integradas en el mismo (6). Tampoco en principio la existencia de la doctrina de la unidad económica del grupo permite su aplicación al tercero cuando no se manifieste en la relación contractual, esto es, cuando no se pueda acreditar la participación de la sociedad filial o dependiente (7). En tal sentido podría ser admisible la plasmación de la unidad a través de una remisión en el contrato de la sociedad con el tercero a ulteriores “contratos de grupo”, sean de dominación o no, por los cuales se delimiten las esferas de actuación de las sociedades afectadas. Así, el control sobre la empresa social puede dar lugar a contratos de grupo, o incluso, de dominación con asunción de las medidas de tutela previstas para los sujetos afectados por el ejercicio de una “dirección económica unificada” que rijan la vida de la sociedad por mor de su inserción en esta realidad de corte contractual (8). Ciertamente la publicidad de esta situación favorecería la seguridad del tráfico jurídico en este ámbito, si bien se ha de admitir que, dentro de la libertad de pactos que inspira nuestro sistema, el tercero y en particular los representantes de la sociedad matriz puedan aceptar la extensión de la cláusula compromisoria que les une al resto de sociedades filiales con base, a su vez, en contratos de grupo que autoricen el cambio de fuero (9).

(6) Así, acerca de la legitimidad del grupo como estructura jurídicamente no unitaria, sin la necesidad del reconocimiento de una personalidad jurídica distinta de la de cada una de sus sociedades integrantes, EMBID IRUJO, J. M., *Introducción al Derecho*, cit., p. 28 ss.; y GIRGADO PERANDONES, P., *La responsabilidad de la sociedad matriz y de los administradores en una empresa de grupo*, ed. Marcial Pons, Madrid, 2002, p. 79 ss.

(7) Sobre los distintos grados de integración de las empresas dentro del grupo, que exigen atender al caso concreto, por muchos, GIRGADO PERANDONES, P., *La responsabilidad de la sociedad matriz*, cit., p. 139; DE ARRI-BA FERNÁNDEZ, M. L., *Derecho de grupos de sociedades*, ed. Bosch, Madrid, 2004, p. 161 ss.; y FUENTES NAHARRO, M., *Grupos de sociedades y protección de acreedores (una perspectiva societaria)*, ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2007, p. 284 ss.

(8) Sobre el “contrato de grupo” como marco jurídico estable en la resolución de conflictos y para la fijación de criterios de legitimación del grupo jerárquico, EMBID IRUJO, J. M., *Introducción al Derecho*, cit., p. 54 y ss.

(9) Sobre el beneficio que reportaría al tráfico jurídico la publicidad

2. Grupo de sociedades y contratos: limitaciones de la doctrina del alzamiento del velo de la personalidad jurídica, la participación de sociedades del grupo en las fases negociales del contrato y la relevación de la principio de relatividad contractual. Reconocidas las limitaciones de la “doctrina de los grupos de sociedades” tanto para excepcionar el principio de la personalidad de las sociedades individualmente consideradas como la regla de la relatividad de los contratos, la evaluación de la extensión de la cláusula compromisoria debe tomar en consideración otros aspectos de la relación con el tercero afectado. En principio, la dirección económica unificada del grupo ha de trascender a la actuación en el mercado de las sociedades dependientes, pero ello no obsta para que esta dirección necesariamente se haya de manifestar en una relación con el tercero, que se puede limitar a ciertos aspectos en un orden meramente organizativo o interno del grupo, incluso de mera coordinación (10).

del grupo, SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., “Las obligaciones específicas de los administradores de sociedades integrantes de un grupo”, en la *Jornada sobre normas y recomendaciones en el gobierno corporativo de las sociedades mercantiles y de las entidades no lucrativas: nuevas exigencias y propuestas recientes*, celebrada en San Sebastián el día 18 de junio de 2015, p. 6. Sobre la publicidad del grupo en el informe de gestión y, en su caso, en la página web de cada una de las sociedades, y su inscripción en cada una de las hojas abiertas de las sociedades del grupo en el correspondiente Registro mercantil, vid. arts. 291-6 y 7 del ALCM.

(10) Esta preocupación late en el principio segundo y en la correlativa recomendación segunda del Código de buen gobierno de las sociedades cotizadas de 2015, que señala la necesidad de establecer “las medidas adecuadas para proteger los legítimos intereses de todas las partes involucradas y solventar los eventuales conflictos de intereses. Los grupos de sociedades se caracterizan por la unidad de dirección y por su estrategia natural de la maximización del interés del grupo, que no implica siempre, sin embargo, la del interés de cada una de las sociedades que lo integran. En ocasiones, los objetivos del grupo y de las sociedades que lo integran no están alineados y surge un potencial conflicto. El problema se plantea especialmente con las operaciones vinculadas «intra-grupo» en las que participan sociedades filiales con accionistas externos distintos a los de la sociedad dominante. Por ello, resulta oportuno que, en el caso de que coticen varias sociedades integradas en un mismo grupo se delimiten claramente las respectivas áreas de actividad de las distintas sociedades, se defina un protocolo para la aprobación de sus negocios mutuos y, en general, se cree un marco de reglas apto para atajar los potenciales conflictos”, por lo cual recomienda “que cuando coticen la sociedad matriz y una sociedad depen-

Ciertamente, la integración de una sociedad en un grupo puede tener como efecto el “desplazamiento funcional de los órganos sociales” y, con ello, un reajuste de sus competencias, que puede llevar a reconocer una “permeabilidad de las estructuras formales de los órganos sociales”. Esto nos conduce a una “reticularización” de las relaciones en el seno de las empresas colectivas complejas, a través de la injerencia sistemática en la esfera de gestión de la sociedad dominada, que a su vez sirva para reconocer una alta centralización en el funcionamiento del grupo (11). Sobre esta base fáctica, que no puede ser apreciada apriorísticamente por el legislador, en las relaciones con terceros la aplicación del Derecho al caso concreto permite extender el centro de imputación que constituye la sociedad, bien a otras sociedades, bien al entero grupo de sociedades.

Todo esto se extiende más allá de la doctrina del “levantamiento del velo”, como mecanismo jurisprudencial para soslayar la utilización de la personalidad jurídica de las entidades con una intención fraudulenta del privilegio de la limitación de las pérdidas a las aportaciones efectuadas. Así, la relación de control lleva a que, frente a terceros, la utilización fraudulenta recaiga, como regla general, sobre la sociedad filial dominada y no así *pollice verso* respecto de la sociedad matriz dominante. Sin embargo, en el caso presente, la extensión se pretende de las sociedades filiales respecto de un contrato celebrado entre el tercero y la sociedad matriz del grupo (12).

diente, ambas definan públicamente con precisión: a) Las respectivas áreas de actividad y eventuales relaciones de negocio entre ellas, así como las de la sociedad dependiente cotizada con las demás empresas del grupo. b) Los mecanismos previstos para resolver los eventuales conflictos de intereses que puedan presentarse”. En particular, sobre la centralización de la tesorería, en el llamado “cash pooling”, FUENTES NAHARRO, M., “El contrato de “cash pooling””, *Revista de derecho mercantil*, núm. 291, 2014, pp. 233-266.

(11) Al respecto, EMBID IRUJO, J. M./ GIRGADO PERANDONES, P., “Aproximación al significado jurídico de los órganos del grupo de sociedades. Especial referencia al papel de la Junta general”, en *Las competencias de los órganos sociales en las sociedades de capital* (Coord. J. M. EMBID IRUJO), Valencia, 2005, p. 286.

(12) AGUILAR GRIEDER, H., “Arbitraje comercial internacional”, *cit.*, p. 21, advierte que la posición jerárquica que dentro del grupo asuma la sociedad a la que se pretende la extensión de la cláusula compromisoria puede ser relevante, siendo más sencillo cuando se trate de la sociedad matriz. En tal sentido, el artículo 291-9.1 del ALCM sobre la facultad de los administra-

Con todo, la falta de cumplimiento de los presupuestos que dan lugar a la aplicación de la doctrina del “levantamiento del velo” de la personalidad jurídica, cuando no concurre un aprovechamiento ilegítimo de la delimitación de los centros de imputación reconocidos legalmente, tampoco puede negar de plano la realidad material que conforma el “grupo de sociedades”. Así se aprecia en supuestos donde la dependencia derivada de una situación de control se materializa en una “dirección económica unitaria” que permite que otra sociedad del grupo participe en la relación contractual. Por otro lado, desde una perspectiva meramente contractual, la intervención de una empresa del grupo en cualquiera de las instancias negociales, esto es, en los tratos preliminares, la ejecución o la terminación de la relación, admite la extensión subjetiva de los efectos queridos o nacidos al tiempo de la celebración del contrato (13).

dores de la sociedad dominante de impartir instrucciones a los administradores de la dependiente y el régimen de responsabilidad y las eventuales compensaciones entre las partes por el perjuicio causado. También en el distinto régimen de garantías y su ineficacia cuando, con carácter general, sean prestadas por las sociedades dependientes, según se desprende del artículo 291-14 del ALCM.

(13) En la práctica arbitral internacional constituye un referente obligado el laudo de la Cámara de comercio en el asunto *Dow Chemical vs. Isover Saint Gobain* (caso ICC núm. 4131, 1984) cuando declara que “la cláusula arbitral expresamente aceptada por determinadas sociedades del grupo económico debe obligar a las otras que, en virtud del rol que les cupo en la celebración, ejecución o rescisión de los contratos que contienen la cláusula arbitral y de acuerdo con la común intención de todas las partes del juicio arbitral, parecen haber sido verdaderas partes en los contratos o estuvieron ampliamente comprometidas en ellos y en los conflictos que de ellos surgieron”, que fuera confirmado por la *Cour d'Appel* de París, que declaró la inexistencia de motivos suficientes para anularlo, al entender que los árbitros entendieron que la dominante había sido parte en los contratos a pesar de no haberlos firmado. Sigue su tenor, en el sentido aquí indicado de la extensión de cláusula firmada por la sociedad dominante a sus filiales, el laudo núm. 4972 de 1989. Sobre esta base, respecto de la extensión de la cláusula arbitral a la sociedad no suscriptora que haya participado efectivamente en la correspondiente relación contractual litigiosa, AGUILAR GRIEDER, H., “Arbitraje comercial internacional”, *cit.*, pp. 11 y 23, y SANDROCK, O., “Arbitration Agreements and Groups of Companies”, *Festschrift Pierre Lalive*, Basilea- Frankfurt, 1993, pp. 625-647, pp. 628-9.

En consecuencia, las teorías de la representación o de los actos en beneficio de un tercero introducen diferentes vías para autorizar la pretendida aplicación de las cláusulas contractuales a otras sociedades del grupo que participen en otras fases negociales; en particular en aquellos contratos complejos con prestaciones de tracto sucesivo y prestaciones con diferentes características en los que intervengan efectivamente entidades vinculadas a la parte contratante (14). Pese a sus aportaciones, las doctrinas aludidas, de inspiración contractual, presentan ciertas limitaciones en atención a las prestaciones recíprocas, en el caso de los actos en beneficio de un tercero, o de la falta de una única conformación del grupo sobre el criterio identificador de la “dirección unificada”, en relación con la aplicación del “mandato tácito”.

3. Grupos de sociedades “aparentes” y “notorios” y su incidencia en las relaciones con terceros. No obstante, se ha de admitir que la representación de la sociedad dominante pueda, a través de sus manifestaciones contractuales, y aun cuando falte el refrendo de un contrato de grupo o de dominación, crear la apariencia de una actuación unitaria del conglomerado de empresas. Puede verse, como un aspecto indicativo de lo anterior, en el caso enjuiciado, que el “Acuerdo comercial para el mercado español” incluya referencias a THYSSEN como grupo (15).

(14) Al respecto, AGUILAR GRIEDER, H., “Arbitraje comercial internacional”, *cit.*, p. 24. Con todo, en el marco reglado de los contratos administrativos, el artículo 227 Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, en su apartado octavo excluye “cualquier acción directa de los subcontratistas frente a la Administración contratante por las obligaciones contraídas con ellos por el contratista como consecuencia de la ejecución del contrato principal y de los subcontratos”; si bien en su número segundo se ha de hacer constar que también excluye del requisito del cómputo del porcentaje de prestaciones parciales que pueden ser objeto de subcontratación a las “empresas vinculadas al contratista principal”, para lo cual acude al artículo 42 del Código de Comercio, referido a los grupos de sociedades.

(15) En relación con la “imagen del grupo”, la recomendación 32 del Código de buen gobierno de las sociedades cotizadas de 2015 reclama que “Que los consejeros sean periódicamente informados de los movimientos en el accionariado y de la opinión que los accionistas significativos, los inversores y las agencias de calificación tengan sobre la sociedad y su grupo”.

Con fundamento en la teoría de la representación aparente, que ha sido relacionada con el mandato tácito por actos concluyentes del artículo 1710 del código civil, la actuación del representante puede generar en el tercero la convicción de que actúa como tal, aun cuando carezca de tal facultad. Ahora bien, para dar validez a esta situación, *ad extra*, en la relación con el tercero, se ha de crear una apariencia jurídica que exige una evaluación de su buena fe (16). *Ad intra*, en la relación con el representado, la mera apariencia, como situación objetiva para admitir la imputación de lo actuado sin poder suficiente exige, no la contribución del principal en la creación de tal situación, sino, cuanto menos, su tolerancia (17). Con todo, la intervención efectiva de la sociedad en la ejecución del entramado contractual ha de ser en nombre propio o en provecho de un pretendido interés del grupo. De otro modo, si actuara como mera mandataria de la sociedad signataria, y así fuera aceptado o apreciado por el tercero, en principio no le serían atribuibles las obligaciones asumidas por la sociedad mandante (cfr., arts. 1725 CC, y 247 Cco., en el contrato de comisión mercantil) (18).

(16) También el Tribunal Supremo alemán ha adoptado esta postura en sentencia de 8 de mayo de 2014 (III ZR 371/12), comendada por SCHWEDT, K./ GROTHAUS, J., "When Does an Arbitration Agreement Have a Binding Effect on Non-Signatories? The Group of Companies Doctrine vs. Conflict of Laws Rules and Public Policy" en *kluwerarbitrationblog.com*, así como el Tribunal Supremo suizo en sentencia de 7 de abril de 2014 (Decision 4A_450/2013), a partir de la buena fe que resulta de la intervención de una sociedad del grupo en la ejecución de un contrato o en la posición que resulta de un contrato para la sociedad signataria del mismo; sentencia comendada ibídem por VON SEGESSER, G., "Swiss Supreme Court Extends Arbitration Agreement to a Third Party: Potential Risk for Corporate Groups".

(17) Véase, con amplias referencias doctrinales sobre la representación aparente y el mandato tácito, DEL VAL TALENS, P., "Validez del precontrato celebrado por representante sin poder suficiente: Promesa bilateral de compraventa válidamente celebrada por representante carente poder suficiente. Principio de protección de la apariencia jurídica: entre representación aparente y mandato tácito por actos concluyentes. Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 20 de noviembre de 2013 (núm. 695)", en esta revista, núm. 90-91, 2014, pp. 609-618. Sobre el recurso a la "*contemplatio domini* tácita", también AGUILAR GRIEDER, H., "Arbitraje comercial internacional", *cit.*, p. 25.

(18) Postura compartida con AGUILAR GRIEDER, H., "Arbitraje comercial internacional", *cit.*, p. 22.

Pero véase asimismo que, desde un perfil netamente mercantil, la representación aparente puede provenir de una “unidad de dirección notoria” en el mercado, cuando cree la confianza en el tercero de que la contratación lo es con todo el grupo en sí considerado, aun cuando en su nombre solo actúe el representante de la sociedad dominante. Su intervención, por lo tanto, en atención al interés superior del grupo permite encontrar un centro de imputación colectivo o grupal por las deudas de las sociedades que formen parte de él (19). En este sentido, la existencia de un “común denominador” en el nombre comercial o en las denominaciones sociales de las sociedades pertenecientes al grupo, en particular en los grandes conglomerados, puede constituir un indicador relevante de la unicidad de actuación y de la existencia de “empresas policorporativas” que encuentran amparo bajo el manto del grupo como “estructura empresarial de riesgo” (20).

Adicionalmente, junto a la inclusión de elementos comunes en la denominación, el nombre comercial o, especialmente de un signo distintivo notorio en el mercado que identifique al conjunto de sociedades, la publicidad material del grupo como unidad, atendidas las circunstancias concurrentes por la confianza depositada por los terceros ante tales manifestaciones, también puede crear una apariencia (21). Con ello, frente a terceros, el fenómeno grupal aparece

(19) Por todos, EMBID IRUJO, J. M., *Introducción al Derecho*, cit., p. 54 ss.

(20) Con distinta terminología, como “superempresa”, “empresa policorporativa” o “empresa polisocietaria”, “macroempresa” o “empresa de grupo”, entre otros, MOLINA NAVARRETE, C., *Persona jurídica y disciplina de los grupos de sociedades*, ed. Real Colegio de España, Bolonia, 1995, p. 145 ss.; y GIRGADO PERANDONES, P., *La empresa de grupo y el Derecho de sociedades*, ed. Comares, Granada, 2001, p. 219. Se refiere a una “estructura empresarial de riesgo”, más recientemente, EMBID IRUJO, J. M., “Los grupos de sociedades en la propuesta”, cit., *pássim*.

(21) Constituye una presunción legal de control, según se desprende de las letras e y f del artículo 291-3.1 del ALCM que “una sociedad haya incluido en la denominación elementos significativos de la denominación o del anagrama de otra sociedad o de signo distintivo notorio o registrado a nombre de ésta o de cualquier otra sociedad perteneciente al grupo” y “cuando una sociedad haya hecho constar en la documentación o en cualquier clase de publicidad la pertenencia de la misma al grupo”. En esta línea, el artículo 291-13 ALCM tutela una eventual “responsabilidad por apariencia”, de modo que “la sociedad dominante responderá subsidiariamente de

constituido como una realidad afectada por el Derecho del mercado, cuya relevancia es reconocida a través de la “consolidación” contable, y donde se pueden identificar a su vez “grandes” grupos de sociedades (22). En este esquema cabe ubicar el caso presente, en el que THYSSENKRUPP AG, como sociedad matriz o cabecera, se hallaba en la cúspide de un conglomerado societario formado por más de setecientas entidades mercantiles (23).

3. Aplicación de la doctrina de los actos propios y de la buena fe. Todo ello nos lleva, por otro lado, a considerar la actuación de las sociedades filiales en el desarrollo de las obligaciones derivadas del acuerdo marco, del cual se desgajan diversos documentos contractuales y anexos, de ejecución prolongada en el tiempo y con prestaciones complejas. Como resulta acreditado, las sociedades demandadas tuvieron participación directa en la ejecución de los acuerdos asumidos por la sociedad matriz, con lo cual adoptaron una posición contractual dentro del entramado jurídico que resulta del contrato marco. Esto no supone ninguna cesión contractual, novación o contrato en favor de tercero, fuera de los supuestos en los que así se consienta de forma expresa por las partes, sino que más

las deudas de la sociedad dependiente, cuando se hubiera generado en el acreedor, por las circunstancias concurrentes, la apariencia de que la dominante asumía tal responsabilidad” y, en el ámbito de nuestro Derecho interno, cuando “la sociedad dominante no tuviera su domicilio en España, las demás sociedades del grupo que tengan el domicilio en territorio español serán subsidiariamente responsables de las deudas de la sociedad dependiente”. Con antecedente en la “confianza defraudada”, FUENTES NAHARRO, M., *Grupos de sociedades*, cit., p. 424 ss.

(22) La recomendación 42 del Código de buen gobierno de las sociedades cotizadas de 2015 incluye, entre las funciones de la comisión de auditoría, la supervisión del proceso de elaboración y la integridad de la información financiera relativa a la sociedad y, en su caso, al grupo, mediante la comprobación del cumplimiento de los requisitos normativos, de la adecuada delimitación del perímetro de consolidación y de la correcta aplicación de los criterios contables.

(23) Sobre la figura del “grupo aparente”, en el que la unidad de decisión se traduce en el convencimiento por parte de terceros, SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., “Las obligaciones específicas”, cit., p. 5. También sobre la necesidad de protección de la apariencia creada, AGUILAR GRIEDER, H., “Arbitraje comercial internacional”, cit., p. 27.

bien parece que sea la doctrina de los actos propios la que despliegue sus efectos para autorizar la extensión subjetiva de la cláusula arbitral (24).

Por lo tanto, la consideración del grupo como realidad operante en el mercado permite que la sociedad perteneciente al mismo, y que participe en la ejecución de los acuerdos, quede sometida al convenio arbitral. Solo de este modo se puede considerar integrada la falta de consentimiento expreso en aplicación de los principios de autonomía de la voluntad y de relatividad de los contratos que excuse el derecho al fuero legal en virtud del principio arbitral *Kompetenz-Kompetenz* (25). A su vez, en el plano internacional o anacional se ha de relacionar con la figura del “estoppel”, como principio general del Derecho por el que ninguna de las partes está legitimada para alegar una postura opuesta a las posiciones adoptadas expresa o implícitamente con anterioridad (26).

(24) En relación con el consentimiento implícito, PARK, W. W., “Non-signatories and International Contracts: An Arbitrator’s Dilemma”, en *Multiple Party Actions in International Arbitration*, 2009, pp. 1-25, pp. 8-9, contempla los supuestos en los que la sociedad no firmante aparece sin embargo mencionada en los contratos, los contratos complejos formados por diferentes documentos, y los casos de aceptación implícita o expresa de la entidad no firmante.

(25) En el ámbito interno del grupo también es frecuente en los Estados Unidos de Norteamérica el recurso al *minitrial* o “mini juicio”, como modalidad arbitral para la resolución de los conflictos resultantes de las relaciones entre sociedades filiales de un mismo grupo o respecto de la matriz, tal y como advierte RODRÍGUEZ ROBLERO, M. I., *Impugnación de acuerdos sociales y arbitraje*, Tesis, Madrid, 2010, p. 109, nota 12.

(26) En sede arbitral internacional SANDROCK, O., “Arbitration Agreements”, *cit.*, pp. 632 ss., acude a las doctrinas de la agencia, de los contratos en beneficio de tercero, de la representación, tácita o aparente, de los actos propios y del alzamiento del velo, dentro del complejo fenómeno de los grupos de sociedades, como medidas de extensión de las cláusulas compromisorias a las entidades no signatarias; WHITESELL, A. M., “Non-Signatories in ICC Arbitration”, 13.^a *ICCA Congress Series*, 2007, p. 366-374, a la incorporación contractual por referencia, a la asunción, a la agencia, al levantamiento del velo y a los actos propios; PARK, W. W., “Non-signatories and International Contracts”, *cit.*, pp. 1-25, al consentimiento implícito, en el que incluye los actos propios y las “cadenas de transacciones” o cesiones contractuales, y al levantamiento del velo, que comprende la falta de personalidad *ab initio* y el fraude o el abuso de la forma societaria; y DAUJO-

Sin necesidad de la importación de la figura anterior, la doctrina de los actos propios (*nemo potest contra proprium actum venire*) goza de una consolidada tradición entre nuestra jurisprudencia, y en conexión con la aludida representación aparente, cumple una función tuitiva de la parte que ha confiado en una determinada situación jurídica (27). Reconocida la insuficiencia de la doctrina del levantamiento del velo de la personalidad jurídica para amparar estas conductas, que carecen de finalidad fraudulenta, el reconocimiento del grupo de sociedades, como realidad operante en el mercado, exige encontrar en el principio de la buena fe el sustento de la protección del tercero (28). De este modo, las entidades no signatarias, pero pertenecientes al grupo, que hayan participado en cualquiera de las fases o etapas del contrato, no pueden excusar la inaplicabilidad de la cláusula compromisoria cuando de sus actuaciones resulte implícitamente aceptado el marco contractual en el que desarrollen su actuación. La seguridad del tráfico jurídico, donde se presentan estructuras sociales y negociales cada vez más complejas, así lo exige.

D) CONCLUSIÓN

El principio de relatividad de los contratos entre quienes los hayan celebrado o quienes hayan de sucederles encuentra ciertas fricciones cuando en la práctica se presenta la intervención los llamados "grupos de sociedades". Pero esta figura polimórfica, que

TAS, R., "Non-Signatories and Abuse of Corporate Structure in International Commercial Arbitration", 2012, SSRN: <http://ssrn.com/abstract=2148900>, a la figura del alzamiento del velo, a los contratos a favor de terceros, a las relaciones de agencia y a la doctrina de los actos propios.

(27) Doctrina de los actos propios contenida con carácter general, entre otras, en SSTs de 16 de junio (RJ 3246) y 5 de octubre de 1984 (RJ 4758), de 22 de junio (RJ 4545) y de 5 de octubre de 1987 (RJ 6717), de 4 y 10 de mayo de 1989 (RJ 3585 y 3752) y de 5 de marzo de 1991 (RJ 1718).

(28) También distingue entre el grupo como unidad y el fraude o el abuso, en relación con el principio de la buena fe, AGUILAR GRIEDER, H., Arbitraje comercial internacional", *cit.*, pp. 6 y 11.

puede adoptar distintos perfiles en consideración a la integración de actividades empresariales, a la existencia de coordinación de actividades o a una cierta “dirección económica unitaria”, no autoriza *sic et simpliciter* la extensión subjetiva de los contratos que celebre una de las sociedades al resto de las que formen parte del grupo. La plasmación normativa de los “contratos de grupo”, que podrían ser referenciados en los contratos con terceros, dotaría de una cierta legitimación a la figura para la traslación de las relaciones *intuitu personae* con el tercero al perímetro grupal. De este modo, aunque el grupo de sociedades carezca de personalidad propia, tal remisión dotaría a la relación de un cierto componente *intuitu instrumenti* en relación con la ejecución contractual por cualquiera de las sociedades que se integraran subjetivamente en la “empresa policorporativa”.

Aun sin él, la existencia de un grupo jerárquico centralizado constituye una realidad que debiera merecer el correspondiente tratamiento jurídico, mediante el reconocimiento de esta figura, que proviene de la práctica económica y de las relaciones de dependencia de las sociedades en el mercado. En este ámbito se habría de conceder una cierta “preferencia a la substancia respecto de la forma”. De este modo, junto a la identificación de denominaciones sociales y nombres comerciales compartidos, que constituyen un potente indicador ante el mercado de la vinculación entre las sociedades, la intervención de las sociedades del grupo en diferentes instancias negociales permite extender el centro de imputación, al menos, a las sociedades participantes.

La doctrina arbitral internacional, caracterizada por la flexibilidad en la adaptación de soluciones a la práctica negocial, ha sido sensible a esta realidad y a través de distintas técnicas jurídicas, con mayor o menor acierto, ha tratado de dar encaje a la extensión *ratio personae* de las cláusulas compromisorias. Parece que la doctrina de los grupos de sociedades, insuficiente *per se* para llevar a cabo esta extensión subjetiva, sí que sirva, en particular a través de la doctrina de los actos propios y la buena fe, con atención a la *ratio materiae* de la participación de la sociedad del grupo en el desarrollo negocial, para excusar el principio de la relatividad de los contratos. Se admite así implícitamente que la intervención de sociedades del grupo en el entorno del desarrollo y ejecución de la relación, dentro de estructuras contractuales complejas, conlleva la asunción de los

compromisos asumidos, entre los que se puede ubicar una cláusula de sometimiento de las controversias a arbitraje o a otros mecanismos de resolución alternativa de conflictos. Ello obliga al jurista, a la postre, en toda aproximación a la integración de la sociedad dentro de un grupo de sociedades, en cada caso, a “estudiarla, sondearla, ir levantando poco a poco el velo de su personalidad” (29).

(29) Licencia literaria tomada de JARDIEL PONCELA, E., *Pero... ¿hubo alguna vez once mil vírgenes?*, ed. Cátedra, 1988, p. 301.

CONFLICTO DE INTERÉS Y DISPENSA AL APODERADO EN LAS SOCIEDADES DE CAPITAL

Comentario a la RDGRN 6078/2015,
de 28 de abril

Paula del Val Talens

Investigador en formación MINECO (1)
Universidad de Valencia

Partes: Notario recurrente y registrador Mercantil y de Bienes Muebles II de Palma de Mallorca

Resumen Fallo: La DGRN exige la autorización de la Junta general para que los apoderados puedan actuar en supuestos de autocontrato o conflicto de interés, por aplicación de los artículos 229 y 230 LSC, en materia de conflictos de interés y dispensa del deber de lealtad de los administradores sociales, así como de la doctrina jurisprudencial y registral sobre autocontrato.

Palabras clave: representación voluntaria, representación orgánica, autocontrato, conflicto de interés, apoderado, administrador, autorización, dispensa.

Disposiciones legales aplicadas: arts. 229 y 230 LSC. 1259 y 1713 CC.

Fuente: BOE núm. 130, de 1 de junio de 2015, pp. 46763-46768.

(1) Ayudas para contratos predoctorales para la formación de doctores 2014, Ministerio de Economía y Competitividad/FSE. Proyecto DER2013-44438-P "La renovación tipológica en el Derecho de sociedades contemporáneo", cuyo investigador principal es el Prof. José Miguel EMBID IRUJO.

A) HECHOS

Los dos únicos administradores solidarios de una sociedad limitada otorgan ante notario un poder general mercantil en favor de una concreta persona física. Junto a la enumeración de facultades que incluye el poder, se incorpora una cláusula que, bajo la rúbrica "Autocontrato", dispone que las facultades conferidas podrán ser ejercitadas "aun cuando aparezca la figura jurídica de la autocontratación o exista conflicto de intereses". El registrador inscribe parcialmente el apoderamiento, rechazando la incorporación al registro de la referida cláusula, por entender que los administradores carecen de la facultad de autocontratar, así como de actuar en conflicto de interés en tanto que, para ello, precisan de la autorización de la Junta general. Por esta razón y en aplicación de la doctrina del centro directivo en la materia, tampoco pueden otorgar tales facultades a un tercero. El notario autorizante interpone recurso frente a la calificación, sosteniendo la inaplicabilidad al supuesto de la doctrina invocada, al mismo tiempo que apela a la necesidad de que sea revisada por su falta de coherencia con el régimen del artículo 230 LSC en materia de dispensa del deber de lealtad. Mantenida su postura por el registrador, la DGRN confirma la calificación al pronunciarse en sentido desfavorable al recurrente.

B) DOCTRINA

1. Los administradores sociales no pueden otorgar a un tercero la facultad genérica para autocontratar o actuar en situaciones de conflicto de interés, sino que su autorización o dispensa corresponde a la Junta general. De acuerdo con la DGRN, no se trata de un problema de suficiencia del poder de representación de los administradores, sino de inexistencia, pues, en tales supuestos, ellos mismos se encuentran en una situación de conflicto.

2. El régimen previsto en el artículo 230.2 LSC se refiere a la dispensa singular de los administradores, pero el centro directivo extiende su aplicación a los apoderados. Además, integra el silencio legal en materia de dispensa general por medio de la aplicación de las reglas generales sobre representación. De esta forma, por mor

del artículo 1259 CC, la Junta general puede otorgar una dispensa general al apoderado o, empleando la expresión propia del Derecho civil, concederle la autorización para concluir operaciones en situaciones de autocontrato y conflicto de interés.

C) COMENTARIO

1. Coexistencia de representación orgánica y voluntaria en las sociedades de capital. En las sociedades mercantiles y, en particular, las de naturaleza capitalista, la representación orgánica y voluntaria coexisten pacíficamente. La primera viene ordenada con detalle por la Ley de Sociedades de Capital para garantizar que, en todo momento, la sociedad pueda manifestar y ejecutar la voluntad social a fin de realizar su objeto. Por este motivo, encontramos en la legislación variedad de previsiones que anticipan una respuesta normativa para aquellos supuestos en los que exista el riesgo de que la sociedad quede privada de exteriorizar su voluntad (paralización de los órganos sociales, autointegración del consejo a través de la cooptación, etc.). También por esta razón, el órgano de administración tiene, en virtud de la ley, la totalidad de facultades representativas cuyas limitaciones internas, además, carecen de efectos frente a terceros de buena fe. Pero, que la ley imponga la existencia de un órgano con plenitud de facultades representativas no excluye la representación voluntaria, esto es, que la sociedad pueda también actuar a través de sujetos distintos de los titulares del cargo orgánico (2). Es cierto que la forma en que ambas clases de representación se articulan depende, en cada caso, de la estructura escogida para organizar la gestión social, a saber, designando un administrador único, varios administradores solidarios o mancomunados o atribuyendo tales funciones a un consejo de administración (ex art. 210 LSC) (3).

En esta materia, el tratamiento que la Ley de Sociedades de Capital brinda a la representación voluntaria no permite establecer un

(2) Por todos, Díez-PICAZO, L., *La representación en el Derecho Privado*, Ed. Civitas, Madrid, 1979, en especial, pp. 69 y ss.

(3) ESTEBAN VELASCO, G., "Modalidades de atribución y ejercicio del poder de representación", *RGD*, 1991, pp. 305-324.

régimen coordinado de ambas clases de representación. Y es que, en sede de administración social, encontramos apenas dos menciones a la representación voluntaria, a saber, los artículos 231.2 y 249.1 LSC (4). En el primero, la ley presume que los apoderados generales del administrador persona jurídica son personas vinculadas al ente titular del cargo. Por su parte, en el artículo 249.1 LSC, al regular la delegación de facultades del consejo, se establece que ésta se otorgará sin perjuicio de los apoderamientos que el consejo pueda conferir a cualquier persona. Del primero de ellos poco se puede extraer en relación con esta materia, más allá de la acertada presunción de proximidad entre el ente administrador y su apoderado general. Mayor interés reviste el segundo, no sólo por reconocer la posibilidad misma de que exista representación voluntaria en la sociedad, sino porque, además, atribuye la competencia para designar apoderados al propio consejo de administración. Pero el consejo no es sino una de las cuatro formas que puede adoptar el órgano administrativo, por lo que, una exégesis del precepto que partiera de su ubicación sistemática podría conducir a la errónea interpretación de que sólo cuando se opta por formar un consejo, puede el órgano administrativo otorgar apoderamientos (5).

Por supuesto, no se trata de que la legislación societaria ordene la representación voluntaria, sino de hallar las claves, en ella o en su interpretación, para una correcta coordinación con la de naturaleza orgánica. En ausencia de previsión legislativa, esta tarea ha correspondido a la DGRN con ocasión de los recursos planteados en supuestos de denegación o suspensión de inscripciones registrales de apoderamientos y nombramientos de administradores.

(4) Excluimos, por ahora, dada la nomenclatura utilizada el por legislador, la referencia a las personas que realicen funciones de la más alta dirección (art. 236.4 LSC) de este concepto, sin perjuicio de un análisis posterior. Véase *infra* 4.

(5) Cuando, en realidad, esta facultad corresponde al órgano, cualquiera que sea la forma que adopte y, de acuerdo con POLO SÁNCHEZ, E., *Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles. Los administradores y el consejo de administración de la sociedad anónima (Artículos 123 a 143 de la Ley de Sociedades Anónimas)* (Dir. URÍA GONZÁLEZ, R., MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A., OLIVENCIA RUIZ, M.), Ed. Civitas, Madrid, 1992, p. 490, con independencia de que ésta sea o no colegiada.

2. Competencia exclusiva de los administradores para otorgar apoderamientos. Entre las cuestiones que la DGRN se ha visto obligada a resolver, se encuentra la competencia misma para el otorgamiento de poderes en el seno de las sociedades capitalistas. En efecto, antes de plantear la licitud de cada una de las diferentes formas de combinar ambas formas de representación, se hacía necesario situar el otorgamiento de poderes en el marco competencial de la sociedad de capital. El centro directivo ha contribuido a esta tarea por medio de reiteradas resoluciones en las que es categórico al atribuir la competencia, con carácter exclusivo, al órgano de administración (6). Tal es así que, cesado el administrador, subsisten los apoderamientos conferidos por aquél que, además, no pueden ser revocados por la Junta, sino por el nuevo administrador en el cargo. Sobre esta regla, sustentada en sede de consejo de administración en el artículo 249.1 LSC, se apoya la resolución de un gran número de supuestos en los que interactúan la representación orgánica y la voluntaria. Así, por ejemplo, el administrador único no puede conferirse a sí mismo apoderamientos, entre otras razones, porque ello podría generar un problema operativo innecesario derivado del riesgo de que, cesado el administrador, subsistiera el poder que él mismo se hubiera conferido (7). La atribución de la competencia al órgano de administración también afecta al tratamiento que reciben las previsiones estatutarias que ordenan la representación voluntaria y, en su caso, atribuyen a la Junta general la competencia para designar y cesar a determinados representantes voluntarios (8).

(6) Con enorme claridad expositiva, RDGRN de 24 de noviembre de 1998 (RJ 1998/9448), especialmente, FD III. Antes, RRDGRN de 8 de febrero de 1975, de 16 de julio de 1984 (RJ 19984/3854) y de 9 de junio de 1986 (1986/3839). Esta opción, elimina el riesgo de representación "paralela" por representantes orgánicos y voluntarios, al quedar los primeros subordinados a los administradores. Así, CANO FERNÁNDEZ, E., "Representación de Sociedades Anónimas", *RCDI*, 598 (1990), pp. 1053-1116, en concreto, p. 1103.

(7) RDGRN de 24 de noviembre de 1998 (RJ 1998/9448).

(8) Admisible, siempre que no generen un vaciamiento de la competencia de los administradores. MONTERO GARCÍA NOBLEJAS, M.^a P., "Límites y eficacia del apoderamiento otorgado por el administrador de una sociedad. Estudio de la doctrina jurisprudencial a propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de marzo de 2012", *RdS*, núm. 420, 2013, pp. 387-413, en concreto, p. 396.

Aunque esta posibilidad parece contraria a la consolidada doctrina del centro directivo, la DGRN la ha admitido en el caso del director general estatutariamente regulado (9). En un plano similar se situarían los acuerdos en los que la Junta ordena a los administradores otorgar un apoderamiento en favor de un tercero (art. 161 LSC).

La competencia exclusiva del órgano de administración alcanza tanto a los supuestos en que los apoderamientos son conferidos a terceros ajenos al órgano, como a aquellos casos en los que recaen sobre un titular orgánico. En general, la atribución de poderes a favor de los administradores despierta mayores recelos por cuanto es susceptible de alterar el régimen de actuación de los administradores sociales. En algunos casos, la referida alteración no resulta especialmente relevante; por ejemplo, porque cuando se trata del consejo de administración, la propia ley prevé un mecanismo orgánico de atribución de funciones específicas, como es la delegación de facultades (art. 249 LSC). En otros, en cambio, las modificaciones en la forma de actuación de los administradores pueden suponer una contravención de la voluntad de los socios manifestada al escoger una determinada forma de organizar la gestión. Es el caso de la administración mancomunada, respecto de la que, sin embargo, la DGRN no tiene problema en admitir que el apoderamiento recaiga sobre uno solo de los administradores (10).

3. La autorización a los apoderados para autocontratar y actuar en situaciones de conflicto de interés: licitud y alternativas interpretativas. Sentadas las premisas sobre las que se desarrollará el análisis (coexistencia de ambas clases de representación y competencia exclusiva del órgano administrativo en la materia), el supuesto controvertido consiste en el otorgamiento de un poder general en favor del tercero no administrador, que incluye la facultad genérica de autocontratar y actuar en conflicto de interés. Dejando de lado,

(9) FERNÁNDEZ-TRESGUERRES GARCÍA, A., ARANGUREN URRIZA, F. J., "El poder de representación en la sociedad anónima: Poder orgánico y apoderamiento", AAMN, núm. 30-2, 1991, pp. 265-364, en concreto, p. 350.

(10) Recela de esta interpretación PÉREZ RAMOS, C., "El administrador mancomunado nombrado apoderado general de la sociedad", CdC, núm. 50, 2008, pp. 161-178, especialmente, p. 163, precisamente, por la alteración en la forma de actuación de los administradores escogida por los socios.

en su caso, la cuestión competencial, se hace necesario determinar, con carácter previo, si los apoderados en las sociedades de capital pueden ser autorizados, genéricamente, a autocontratar y actuar en situaciones de conflicto de interés. Lo cierto es que su estatuto jurídico como representantes voluntarios no puede ser equiparado al de los administradores sociales, representantes orgánicos de la sociedad y titulares de deberes fiduciarios que se concretan en la obligación de evitar conflictos de interés (art. 229 LSC) y seguir determinadas pautas de conducta cuando resulte inevitable incurrir en ellos (art. 229.3 y 230 LSC). Asimismo, su régimen legal supletorio nos remite a las normas generales en materia de representación y, en ausencia de una regulación general de la institución, a las propias del mandato y la comisión. Por tanto, la respuesta no puede ser la regla especial ofrecida por el artículo 230 LSC para los administradores, que sólo admite la dispensa singular, sino el artículo 1259 CC y la doctrina jurisprudencial y registral, según la cual, basta la autorización del principal para que el representante pueda autocontratar, incluso incurriendo en conflicto de interés.

El problema, también advertido por la DGRN, es que, conjugando esta solución con la competencia exclusiva de los administradores en materia de representación voluntaria, resulta que éstos podrían apoderar a otro, autorizándolo a actuar en situaciones en las que ellos mismos deben abstenerse (11). Pero no es tanto esta posibilidad, en la medida en que los propios administradores pueden permitir que otro titular orgánico actúe en tales situaciones en virtud del artículo 230.2.3 LSC, sino el hecho de que con la mera intervención del órgano se faculte a un tercero para concluir cualquier operación en conflicto o de autocontrato con la sociedad. Detectado este efecto, se abren dos posibilidades interpretativas radicalmente opuestas. La primera pasa por aceptar el resultado como consecuencia de la interacción de las normas sobre representación volun-

(11) En similares términos se pronunciaba DELGADO TRUYOLS, Á., "La doble o múltiple representación y el autocontrato: delimitación de supuestos", *RJN*, núm. 39, 2001, pp. 343-352, en concreto, p. 348 al afirmar que el incurso en conflicto no puede eludir la prohibición (legal de actuar) otorgando poder a un tercero para hacerlo. También RDGRN de 27 de febrero de 2003 (RJ 2003/3053), aunque referida a un supuesto de apoderamiento del administrador, en ella se recuerda que éstos no pueden conceder a un tercero facultades de las que carecen.

taria y orgánica y remitir las posibles consecuencias derivadas del abuso del representante (o, en su caso, de los administradores) al sector normativo correspondiente. En efecto, como apunta el notario recurrente, el hecho de que los administradores autoricen al apoderado a autocontratar no significa que de ello se vaya a beneficiar el administrador por permitirle eludir la aplicación de los artículos 229 y 230 LSC (12), lo que constituiría una falta de lealtad resarrible por la vía de las acciones derivadas de la infracción de este deber. Desde luego, se trata de una solución en pro de la agilidad del tráfico, que soslaya los inconvenientes derivados de consultar a la Junta. Desde la perspectiva dogmática, acoger esta solución evita abrir una discusión sobre el reparto competencial en materia de representación voluntaria, que permanece reservada al órgano de administración. Además, con ella se predica un tratamiento de la representación voluntaria separado del propio de la representación orgánica, que respeta la relación fiduciaria entre la sociedad y los administradores, quienes reciben plenas facultades representativas, incluida la de conceder autorizaciones para aucontratar y actuar en conflicto de interés.

El inconveniente se halla en que se permita a los administradores otorgar a un tercero una dispensa general para autocontratar, que ellos mismos no pueden, siquiera con intervención de la Junta, obtener. Por este motivo, la segunda postura extrema es entender que existe identidad de razón que justifica la aplicación analógica a los apoderados del estricto régimen de dispensa del deber de lealtad ex artículo 230 LSC, previsto para los administradores. A favor de esta tesis pivotaría la tendencia a extender el régimen de responsabilidad de los administradores al personal directivo, que puede concentrar la condición de representante voluntario. Esta posibilidad está ya prevista en la Ley de Sociedades de Capital para los supuestos en que no exista delegación de facultades, extendiéndose en tales casos el régimen de responsabilidad a quienes ejerzan funciones de alta dirección (13). La solución limita los riesgos derivados de que

(12) FD III RDGRN de 28 de abril de 2015.

(13) Tendencia ya apuntada, especialmente a partir del artículo 89.3 TRLSA, por JUSTE MENCÍA, J., "En torno a la aplicación del régimen de responsabilidad de los administradores al apoderado general de la sociedad. Nota a las SSTs de 26 mayo de 1998 [RJ 1998 4004] y 7 junio de 1999 [RJ 1999

quien controle la sociedad no participe en el órgano de administración y se haga designar apoderado general, recibiendo plenas facultades para autocontratar (14). Pero la aplicación de este régimen elimina la viabilidad de una dispensa general para autocontratar a los apoderados, ampliamente aceptada por la doctrina y también por la DGRN, incluida la resolución ahora analizada (15). Y así, establecer como cautela la prohibición de autorizar la autocontratación por aplicación de un régimen legal cuyo alcance subjetivo es, en principio, otro, no parece la solución más acertada. De esta forma se ofrece tutela, quizá excesiva, a los socios minoritarios o externos, pero, en cambio, se condiciona la operativa empresarial cuando las situaciones de conflicto se verifiquen con frecuencia, especialmente aquéllas que no ponen en riesgo el interés de socio alguno por existir identidad subjetiva (o simplemente de intereses) entre socios y apoderados generales o, en su caso, administradores.

Lo cierto es que, entre someter al apoderado al régimen de dispensa singular del artículo 230 LSC y otorgar plena libertad a los administradores sociales para conferir facultades de autocontratación, se abren varias posibilidades interpretativas *intermedias*, en las que aparece la Junta general como órgano del que dependen los administradores (su nombramiento, cese y el ejercicio de acciones de responsabilidad) y cuyas decisiones tienen cierto grado adicional de legitimidad (16).

Esta solución se deriva de la consideración de que, si los propios administradores no pueden actuar libremente en situaciones como la que nos ocupa, tampoco podrán facultar a un tercero para que

509] y de la AP de Valencia de 27 de septiembre de 1999)", *RdS*, núm. 14, 2000, pp. 441-458, en concreto, p. 450. En el mismo sentido, LATORRE CHINER, N., "El apoderado en la Ley Concursal", *RDCP*, núm. 19, 2013, pp. 65-80, en particular, p. 73.

(14) Utilizando el apoderamiento voluntario para colocar el centro de decisión y, por tanto, de responsabilidad en un lugar distinto al que la ley prevé. Así, JUSTE MENCÍA, J., "En torno a la aplicación del régimen de responsabilidad de los administradores al apoderado general de la sociedad...", cit., p. 443.

(15) ESTRUCH ESTRUCH, J., "Eficacia e ineficacia del autocontrato", *ADC*, vol. 66, núm. 3, 2013, pp. 985-1043, en particular, p. 1027.

(16) RUIZ-RICO RUIZ, C., *Autocontrato societario*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2002, p. 99.

lo haga. De modo que, la concreta facultad que los administradores conceden no se encuentra integrada en su ámbito de poder por cuanto ellos mismos no están autorizados, al menos automáticamente, a representar a la sociedad en aquellos supuestos en los que incurran en conflicto de interés. Así planteado, el obstáculo a la concesión de esta facultad sería un problema de suficiencia o alcance del poder, lo que choca con la premisa de que los administradores ostentan la totalidad de facultades representativas de la sociedad (17). El centro directivo no acoge esta concepción y, en cambio, entiende que los propios administradores, a la hora de conferir a un tercero tales facultades, incurren en conflicto de interés que pone en marcha el régimen previsto en los artículos 229 y 230 LSC. Pero, aunque de esta forma se logra la solución material que parece más adecuada (el sometimiento de la cuestión a la Junta general), se alcanza aplicando al apoderado a normas previstas exclusivamente para los administradores e integrando el silencio legal sobre la dispensa general por aplicación del 1259 CC. De esta forma, se llega a un resultado interpretativo contrario al que la doctrina mayoritaria sostiene para los administradores sociales.

Es posible hallar un último argumento a favor del sometimiento a la Junta de esta cuestión, en supuestos de naturaleza similar, pero referidos exclusivamente al otorgamiento de poderes a los administradores. En general, se ha considerado que el establecimiento de una relación representativa de estas características, cuyo negocio jurídico subyacente es típicamente un mandato o una comisión, debe recibir idéntico tratamiento a la prestación de servicios y, por tanto, no existe óbice a la aplicación del artículo 220 LSC (18). Estando de acuerdo en el resultado de esta interpretación (el sometimiento a la Junta), esta tesis, igual que la propia de la DGRN, plantea el problema de remitir el apoderamiento al órgano privado de competencia para otorgarlo (19). Anticipando nuestra posición,

(17) Por este motivo *POU AMPUERO, F.*, "Autocontrato", *RJN*, núm. 55, 2005, pp. 211-218, en concreto, p. 216 afirmaba que el administrador posee todas las facultades representativas, incluida la de autocontratación.

(18) Así, *PÉREZ RAMOS, C.*, "El administrador mancomunado nombrado apoderado general de la sociedad", cit., p. 171.

(19) *ID*, p. 172, aunque ello no le impide reivindicar el sometimiento a la Junta (p. 174); sin ánimo de profundizar en el debate, el obstáculo nos parece salvable si nos plegamos a la letra de la ley, que se refiere sólo a la

parece que se hace necesario cierto tratamiento *ex casu* de esta clase de supuestos, que tome en cuenta la estructura del capital (existencia de socios minoritarios) y del órgano de administración, así como la identidad del apoderado (si es o no socio o administrador). Ante lo poco esclarecedor que resulta predicar el tratamiento individualizado de los supuestos como pauta general, la solución ideal es aquélla que confiera cierta protección a intereses no representados en el órgano de administración, si existieran, al tiempo que ofrezca la tan reclamada agilidad en la actuación.

4. Rechazo de la aplicación analógica de las normas en materia de conflicto de interés a los apoderados. La DGRN sugiere la existencia de un conflicto que justifica acudir al artículo 230 LSC para su dispensa, aunque la letra de la ley sugiere que ésta sólo puede tener carácter singular y, por consiguiente, no cabe una dispensa general del deber de lealtad (20). Por tanto, no nos parece aceptable el recuso a una norma especial de distinto ámbito subjetivo, para después integrarla con normas generales que ofrecen una respuesta radicalmente contraria a la que la doctrina societarista obtiene a partir de una interpretación sistemática de los deberes fiduciarios de los administradores.

Es cierto que el alcance subjetivo del régimen de responsabilidad de los administradores juega a favor de la postura de la DGRN. En efecto, a partir del numeral tercero del artículo 236 LSC se extiende el ejercicio de acciones derivadas de la infracción del deber de lealtad al administrador de hecho, a la persona física representante del administrador persona jurídica, así como a quienes tengan atribuidas las facultades de *más alta dirección* de la sociedad. Cabalmente,

autorización de la Junta para establecer la relación correspondiente, no a que su establecimiento sea competencia de este órgano.

(20) Comparte esta interpretación JUSTE MENCÍA, J., "Artículo 230. Régimen de imperatividad y dispensa", JUSTE MENCÍA, J. (coord.), *Comentario de la reforma del régimen de las sociedades de capital en materia de gobierno corporativo (Ley 31/2014). Sociedades no cotizadas*, Ed. Civitas, Madrid, 2015, pp. 413-425, en concreto, pp. 417-418. La excepción, en este punto, la representa la RDGRN de 3 de diciembre de 2004 (RJ 2004/7933) que aplica analógicamente a los administradores el criterio admitido para los apoderados generales, consintiendo la dispensa genérica para autocontratar emitida por la Junta general.

puede sostenerse que la extensión del régimen de responsabilidad por infracción del deber de lealtad a estos sujetos sólo puede admitirse como correlato de la existencia a su cargo del referido deber, incluida la obligación de evitar conflictos de interés y someterse al régimen de dispensa. Aunque consistente, esta tesis desconoce que cuando el legislador quiere hacer plenamente aplicables también los deberes a los sujetos responsables, lo menciona expresamente, como en el caso del representante del administrador persona jurídica. Frente a ello se podrá manifestar que esta referencia expresa a los deberes del representante del administrador persona jurídica no puede servir como argumento, en la medida en que sólo pretende arrojar luz sobre una cuestión históricamente controvertida en nuestro Derecho de sociedades (21).

En cualquier caso, el artículo 230.4 LSC se presenta como potencialmente aplicable al apoderado general en los casos en que resulte acreditable que ejerce funciones de la más alta dirección, por lo que vendría a atajar los supuestos en que el socio de control se coloca en esta posición, eludiendo la representación orgánica (22). Pero la literalidad del precepto puede llevar a cuestionar su aplicabilidad a casos como el presente, en tanto exige que no exista delegación de facultades del consejo en uno o varios consejeros delegados. Se plantea, pues, si la ausencia de delegación de facultades legalmente relevante debe ser el resultado de la voluntad de quienes dominan la sociedad o también puede estar relacionada con una imposibilidad jurídica, esto es, porque la estructura escogida para el órgano de administración no permita recurrir a ella. Los argumentos anteriores podrían justificar la aplicación a quienes ejerzan funciones de la más alta dirección en la sociedad (incluido, a nuestro juicio, el apoderado general) de las exigencias derivadas del deber de lealtad y, sobre esta base, cabría ensayar la aplicabilidad del artículo 230 LSC a los apoderados. Pero el centro directivo no construye su argumentación sobre tal premisa, sino que se limita a verificar un conflicto de interés y resolverlo acudiendo a los referidos precep-

(21) Por todos, HERNÁNDEZ SAINZ, E., *La administración de sociedades de capital por personas jurídicas, Régimen jurídico y responsabilidad*, Ed. Civitas, Madrid, 2014, p 371.

(22) Obviamos en este punto profundizar en el debate sobre si este supuesto es, en realidad, una manifestación de la administración de hecho.

tos, con las consecuencias que se han señalado, principalmente, la alteración de las normas en materia de reparto competencial y la extensión injustificada del ámbito subjetivo del artículo 230 LSC.

5. Propuesta interpretativa: el otorgamiento al apoderado de la facultad de autocontratar como situación de conflicto de interés de los administradores y su dispensa singular. La DGRN pone de manifiesto la existencia de un conflicto en el caso de que los administradores sociales quieran otorgar a un tercero no administrador facultades para autocontratar, pero la resuelve aplicando al beneficiario de tales facultades los artículos 229 y 230 LSC. Se plantea en este punto un problema conceptual previo sobre el que ya nos hemos pronunciado, pero que la DGRN no recoge en su resolución y es que, sólo si son los administradores quienes se hallan en conflicto, debe aplicarse el régimen de dispensa. En efecto, si se conceptualiza el supuesto como un caso de conflicto de interés de los administradores, lo que debe resolverse es precisamente el supuesto conflictivo que culminará en la obtención o no de una dispensa (de carácter singular) para actuar, pero referida a los administradores, no al apoderado. En este punto nos separamos de la argumentación de la DGRN, pues el centro directivo acude a los artículos 229 y 230 LSC para el otorgamiento de la autorización genérica al apoderado.

Hecha esta advertencia, procede continuar con el tratamiento de los hechos como si de un conflicto de interés del administrador se tratara. A tal efecto, se hace necesario, en primer lugar, determinar si es posible calificar tal situación como de conflicto para los administradores. Es cierto que el catálogo enumerado en el artículo 229.1 LSC no debe concebirse como un *numerus clausus*, por lo que cabría considerar otras situaciones como de conflicto para los titulares orgánicos a las que este régimen fuera aplicable. Pero, además, cuando la ley insta al administrador a abstenerse de realizar transacciones con la sociedad, una interpretación teleológica de esta previsión debería incluir la autorización a terceros para la realización de transacciones que el mismo no pueda realizar. A esta propuesta hermenéutica puede oponerse que el apoderado general de la sociedad no recibe la tipificación de persona vinculada al administrador (ex art. 231 LSC) y, por tanto, la extensión subjetiva de la disposición en este sentido es incorrecta. Pero no se trata ahora de una concreta transacción en la que el beneficiario es el apoderado, de

forma que el administrador queda libre de la presunción de conflicto por no tratarse de una persona a él vinculada (*ex artículo 229.2 LSC a sensu contrario*) (23). En cambio, nos hallamos ante una actuación del propio administrador por la que autoriza a otro a autocontratar y actuar incurriendo en conflicto de interés con la sociedad.

El siguiente paso lógico sería remitirse al precepto en materia de dispensa para determinar si el conflicto puede ser salvado y, en su caso, cuál es el órgano competente para hacerlo. A tal efecto acudimos al artículo 230 LSC para comprobar que el supuesto no encaja en ninguna de las previsiones de sometimiento a la Junta del apartado segundo (obtener una ventaja, afectar a una transacción cuyo valor sea superior al diez por ciento de los activos o casos asistencia financiera a los administradores en la sociedad limitada). La consecuencia es que, entonces, corresponde a los propios administradores otorgar la dispensa. Pero el conflicto de interés en particular afecta a todos los administradores por igual (dos solidarios en este caso), porque supone para ellos autorizar la realización de transacciones con la sociedad que ellos mismos no pueden concluir (*ex art. 229.1.a) LSC*, de acuerdo con la interpretación sugerida). Por tanto, todos se hallan afectados y de ninguno de ellos puede predicarse la independencia exigida por el artículo 230.2.2 LSC para otorgar la dispensa. Por consiguiente, al afectar el conflicto a la totalidad de sus miembros no será posible que la dispensa proceda del propio órgano, lo que nos obliga a integrar el silencio normativo al respecto y remitir la cuestión la Junta general. En otros términos, si todos los administradores se encuentran en conflicto y, por estricta aplicación de la ley, ninguno de ellos puede actuar, la cuestión debe ser sometida a los socios. De nuevo, conviene recordar que este órgano deberá emitir no una dispensa general para el apoderado, sino una dispensa singular para este supuesto, que consiste en que los administradores puedan otorgar a otro facultades de autocontratación.

(23) Entendemos que, ello es así, aun a pesar de que las operaciones vinculadas hayan sido definidas como aquéllas que, si fueran concluidas por el propio administrador, supondrían para él incurrir en situación de conflicto. RIBAS FERRER, V., "Artículo 231 LSC. Personas vinculadas a los administradores", *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital*, (Dir. ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, Á., BELTRÁN SÁNCHEZ, E. M.), t. I, Ed. Civitas, Madrid, 2011, pp. 1659-1663, en concreto, p. 1660.

Así, se logra que la Junta general esté informada de la existencia de representantes voluntarios con facultades de autocontratación, pero dependientes, en todo caso, del órgano de administración.

El planteamiento puede parecer enrevesado, pero aún a los condicionantes que, con carácter previo, se habían exigido a la solución interpretativa idónea. Primero, porque no se aplica el régimen derivado del deber de lealtad a los representantes voluntarios, sino a la actuación de los orgánicos. Además, la solución conjuga el respeto a la competencia exclusiva del órgano para otorgar apoderamientos con la especial delicadeza de la situación que justifica su remisión a la Junta. Igualmente, mantiene la posibilidad de una autorización -término más preciso por referirse al apoderado y evitar la confusión con la *dispensa* a los administradores- general al apoderado, pues sólo exige someter la cuestión una única vez a la Junta. De esta forma, cada vez que los administradores quieran conferir a un tercero facultades para autocontratar deberán recabar la dispensa de la Junta antes de emitir, por sí mismos, la autorización. La solución no obstaculiza el tráfico por cuanto exige una única reunión de los socios; por ello, en los casos en que no existe conflicto o riesgo de conflicto (socios minoritarios discrepantes) el requisito de autorización de la Junta no se perfila demasiado oneroso. De hecho, si se reivindica esta solución como excesivamente formalista por existir identidad subjetiva entre socios y administradores, lo cierto es que la celebración de una Junta general universal se perfila tan "onerosa" como la comparecencia de todos los administradores (24).

Es cierto que la construcción es susceptible de crítica por generar un cierto rodeo para la obtención de la autorización del principal al exigir la interacción de los dos órganos. También puede parecer que ignora que, en nuestro ordenamiento, el autocontrato está permitido siempre que no exista conflicto real o potencial con los intereses del principal o, existiendo, medie autorización (25). Pero,

(24) En el supuesto analizado, el notario recurrente pone de manifiesto estas circunstancias; véase FD 6 RDGRN de 28 de abril de 2015.

(25) DÍAZ DE ENTRE-SOTOS FORNS, M., *El autocontrato*, Ed. Tecnos, Madrid, 1990, pp. 110. NAVARRO VIÑUALES, J. M., "Autocontratación y conflicto de intereses: Especial referencia a la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado", *AAMN*, núm. 41, 2003, pp. 41-128, en particular, pp. 109-110.

si la propia obtención de la autorización no está sometida a las debidas cautelas, se corre el riesgo de que a través de ella se eliminen formalmente los conflictos de interés, sin auténtica voluntad del representado, esto es, subsistiendo el conflicto material. Por ello es necesario admitir que el principal, la sociedad, tiene sus facultades de actuación escindidas, de acuerdo con el reparto competencial legalmente predeterminado. Y así, la referida autorización toma en este caso la forma de dispensa al representante, a través de un acuerdo de la Junta, para que sea éste quien, en ejercicio de las competencias que le corresponden, faculte a otro a autocontratar.

D) CONCLUSIONES

En las líneas que preceden se ha pretendido realizar un ejercicio silogístico que contribuya a situar, en el esquema normativo, los supuestos en que se autoriza a un apoderado a autocontratar. Para ello se ha tomado como referencia la resolución objeto de comentario, en previsión de que la DGRN mantenga el criterio de aplicar el régimen de los artículos 229 y 230 LSC a los casos en que los administradores deseen otorgar facultades de autocontratación a un tercero o, en su caso, a otro titular orgánico. Nos parece que la solución propuesta, esto es, el tratamiento de estos supuestos como conflictos de interés de todos los administradores de necesario sometimiento a la Junta, aúna la necesidad de una operativa orgánica ágil con la protección de intereses de socios externos. Precisamente porque lo que se somete a la Junta no es cada operación en la que el apoderado incurra en autocontratación, sino el otorgamiento de esta facultad general por parte de los administradores a los representantes voluntarios, se respeta también la normativa en materia de representación voluntaria, evitando colocar al apoderado en la posición fiduciaria del administrador. Por último, la solución no altera la competencia exclusiva del órgano de administración sobre los apoderamientos, que se mantienen bajo su autoridad.