

Estudios de Deusto

Vol. 55/2 Julio-Diciembre 2007

Sumario

Estudios

Los derechos sucesorios del viudo en Vizcaya y Ayala (II)

Manuel Calduch Gargallo

Sucesión internacional y reenvío

Alfonso-Luis Calvo

Caravaca y Javier

Carrascosa González

Modernidad y post-modernidad en Latinoamérica

José G. Vargas Hernández

Congresos

La regulación jurídico-privada de la actividad del transitario en el Derecho Español. Un recordatorio

Carlos Llorente Gómez de Segura

Del sometimiento al imperio de la ley, a la modernidad del arbitraje

Manuel María Zorrilla Ruiz

Jurisprudencia

Doctrina de los juzgados de lo mercantil en sede concursal

Fernando Gómez Martín

Universidad de
Deusto



Estudios de Deusto

Estudios de Deusto

Revista de la Universidad de Deusto

Incluida en el catálogo LATINDEX

Indexada en la base de datos ISOC

Fundada en 1904

Segunda época. Vol. 55/2

Desde su fundación vol. 79

(Fasc. 119)

Julio-Diciembre 2007

Bilbao
Universidad de Deusto
2007

Director:

Ignacio María Beobide

Secretario:

Luis Ignacio Gordillo

Consejo de Redacción:

Ricardo de Ángel	Luis Ignacio Gordillo
Iciar Basterretxea	Gema Tomás
Ignacio María Beobide	Demetrio Velasco
María Pilar Canedo	

Consejo Asesor:

Rosario Besné	Víctor Fernando Manrique
Javier Caño	Ramón Múgica
Jorge Caramés	Fernando Renedo
Juan Echano	Javier San Juan
Aitziber Emaldi	Manuel María Zorrilla
Marta Enciso	

Administración:

Publicaciones
Universidad de Deusto - Apartado 1 - E48080 Bilbao
Tfno.: 944 139 000 Fax: 944 456 817

Distribución:

Ediciones Mensajero
Sancho Azpeitia, 2 - E48014 Bilbao
Tfno.: 944 470 358 Fax: 944 472 630

Precios de suscripción:

Europa	26 €
Otros países	50 \$
Número suelto	14,50 €

Revista incluida en el catálogo LATINDEX.
Indexada en la base de datos ISOC.

Ninguna parte de esta publicación, incluido el diseño de la cubierta, puede ser reproducida, almacenada o transmitida en manera alguna ni por ningún medio, ya sea eléctrico, químico, mecánico, óptico, de grabación, o de fotocopia, sin permiso previo del editor.

Publicación impresa en papel ecológico.

© Publicaciones de la Universidad de Deusto
Apartado 1 - E48080 Bilbao
e-mail: publicaciones@deusto.es

ISSN: 0423 - 4847

Depósito legal: BI - 2.350-93

Impreso en España/Printed in Spain

Sumario

Estudios

- Manuel CALDUCH GARGALLO, *Los derechos sucesorios del viudo en Vizcaya y Ayala (II)* 11
- Alfonso-Luis CALVO CARAVACA y Javier CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Sucesión internacional y reenvío* 59
- José G. VARGAS HERNÁNDEZ, *Modernidad y post-modernidad en Latinoamérica* 123

Congresos

- Carlos LLORENTE GÓMEZ DE SEGURA, *La regulación jurídico-privada de la actividad del transitario en el Derecho español. Un recordatorio* 157
- Manuel María ZORRILLA RUIZ, *Del sometimiento al imperio de la ley, a la modernidad del arbitraje* 185

Jurisprudencia

- Fernando GÓMEZ MARTÍN, *Doctrina de los juzgados de lo mercantil en sede concursal* 215

ESTUDIOS

Los derechos sucesorios del viudo en Vizcaya y Ayala (II)

La extinción del usufructo vidual legal.

Otros derechos de usufructo en favor del viudo: el usufructo universal derivado del poder testatorio, el usufructo poderoso del Fuero de Ayala y el legado de usufructo universal¹

Manuel Calduch Gargallo

Licenciado en Derecho por la Universidad de Valencia
DEA en Derecho Civil por la Universidad de Zaragoza

Recibido: 03.07.06

Aceptado: 10.10.06

Resumen: Dentro de la pluralidad de legislaciones civiles que conviven en España, el modelo vasco se convierte en paradigma de la idea, defendida doctrinalmente, de que en aquellos sistemas en los que el régimen económico matrimonial es el de separación de bienes, suelen concederse amplios derechos sucesorios al viudo, mientras que, en aquellos que parten de un sistema de comunidad, los derechos *mortis causa* que se le conceden o no existen, o son mínimos, puesto que la protección a su posible situación de desvalimiento se obtiene ya a través del régimen económico matrimonial. Éste es el caso del País Vasco, donde rige un sistema legal de comunidad como es el de comunicación foral de bienes. La existencia de este régimen económico matrimonial legal, que concede a los cónyuges medios suficientes para dirigir a la familia en caso de disolución –sobre todo si ésta es debida al fallecimiento de uno de sus miembros y existe descendencia– justifica que los derechos usufructuarios del viudo no tengan por qué ser del alcance de los existentes en Navarra o en Aragón, para permitir una protección suficiente del supérstite.

Pues bien, el presente trabajo pretende examinar con cierta profundidad la naturaleza jurídica del usufructo legal previsto en la legislación foral del País Vasco, sus requisitos, objeto y extinción. Asimismo, se examinan otros derechos usufructuarios viduales previstos en esa norma, como el usufructo universal derivado del poder testatorio, el usufructo poderoso del Fuero de Ayala y el legado del usufructo universal.

Palabras clave: Usufructo legal vidual en Euskadi.

Abstract: *Inside the wide range of Civil Laws which live together in Spain, the Basque regulations are the model for those authors who think that the Marriage Economic Systems of separating goods are accompanied by wide inheritance rights for the widow, whereas in those Marriage Economic Systems with community goods, the mortis causa rights do not exist, or they are fewer because the protection against their hypothetical needy situation can be obtained through the*

¹ *A mi madre, que está en el cielo.*

community goods system. This is the Basque Country case where a Legal Marriage Economic System of common goods, known as «comunicación foral de bienes», is ruled. The existence of this system which gives the spouses enough tools for ruling the family in case of marriage dissolution –above all if this is caused by the death of one of its partners and there are offspring– justifies that widow rights of use and enjoyment do not require to be so extensive that Navarrian’s or Aragonian’s, in order to achieve an adequate protection to the widow.

Therefore this research tries to analyse in depth the right content of the legal use and enjoyment established in the Basque Country Law, its requirements, the enjoyable goods and its extinction. Furthermore, other widow rights of use and enjoyment written in the Law are analysed, like the Full Enjoyment that the Power of Will (the so-called «poder testatorio») provides with, the powerful right of use and enjoyment of the Ayala Law (the so-called «usufructo poderoso del Fuero de Ayala») and the legacy of the Full Enjoyment.

Key words: *Legal widow use and enjoyment in the Basque Country.*

Sumario: I. Introducción.—II. La extinción del usufructo viudal legal. A. Introducción. B. Examen particularizado de las causas de extinción. 1. Las ulteriores nupcias. 2. La unión marital de hecho. 3. Tener un hijo no matrimonial con posterioridad a la disolución del matrimonio por muerte del cónyuge, o a la extinción de la pareja de hecho por fallecimiento del compañero. 4. Las causas de extinción del usufructo ordinario. a) La muerte del usufructuario. b) Cumplimiento del plazo o término consignado en el título constitutivo. c) La consolidación de la nuda propiedad. d) La renuncia. e) La pérdida total de la cosa objeto del usufructo. f) La resolución del derecho del constituyente. g) La prescripción. 5. Las causas de indignidad como determinantes de la extinción de la legítima viudal del artículo 58. a) El atentado contra la vida de ascendientes o descendientes del cónyuge, o compañero, llevados a cabo tras el fallecimiento de éste. b) La falta de denuncia de la muerte violenta del cónyuge, o compañero, cuando el conocimiento de ella por parte del supérstite se produce una vez ha entrado en la posesión de los bienes. c) La suplantación, ocultación o alteración del testamento, llevado a cabo tras el fallecimiento del consorte o compañero.—III. Otros derechos de usufructo en favor del viudo. A. El usufructo universal derivado del poder testatorio. 1. Los presupuestos. 2. La extinción. a) Expiración del plazo fijado para el ejercicio del poder testatorio. b) La muerte, imposibilidad o incapacidad sobrevinida del viudo. c) La presentación de la demanda de separación, divorcio o nulidad matrimonial. d) Las ulteriores nupcias, la vida marital de hecho y el alumbramiento de un hijo no matrimonial. e) La renuncia. f) Las causas de indignidad para suceder. 1.º El abandono, prostitución o corrupción de los hijos. 2.º El atentado contra la vida de ascendientes o descendientes del cónyuge, posteriores a su fallecimiento. 3.º Las demás causas de indignidad. g) Las causas previstas en el poder. h) La revocación. B. Una referencia al usufructo poderoso del Fuero de Ayala. C. El legado de usufructo universal.—IV. Conclusiones.—V. Bibliografía.

I. Introducción

El artículo que se inicia con esta introducción forma parte de un estudio más extenso en el que se analizan las instituciones de carácter usufructuario previstas en favor del viudo de forma específica en la Ley 3/1992, del Derecho Civil del País Vasco, en el ámbito de Vizcaya y Ayala.

La primera parte de dicho estudio –que ya ha sido objeto de publicación en esta revista– se centraba en el análisis de la naturaleza jurídica, los requisitos de acceso y el objeto del usufructo legal del viudo previsto en el artículo 58 de la mencionada ley. Ahora, en esta segunda parte del trabajo, se acomete la valoración de este mismo precepto en relación con las causas de extinción del usufructo viudal, examinando también otras instituciones como son el usufructo universal derivado del poder testatorio, el usufructo poderoso del Fuero de Ayala y el legado de usufructo universal.

Una vez puesto de manifiesto el carácter parcial de este artículo, y resaltada, por tanto, la necesidad de que para su adecuada comprensión deba acudirse a la lectura del artículo ya publicado al que hemos hecho referencia, entro en la materia que ahora nos interesa.

II. La extinción del usufructo viudal legal

II. A. Introducción

Reuniendo los requisitos necesarios para ello², el cónyuge –o compañero– superviviente adquirirá el usufructo viudal. Pero una vez entrado en el disfrute de los bienes del causante puede suceder que el viudo incurra en alguna de las causas que la ley prevé como determinantes de la extinción de su derecho.

En relación con ello, el último párrafo del artículo 58 de la Ley vasca dispone que *«el derecho de usufructo del cónyuge viudo se extinguirá en el caso de ulteriores nupcias o de unión marital de hecho, o de que tuviere durante el matrimonio, o con posterioridad al mismo, un hijo no matrimonial, salvo que el testador haya dispuesto otra cosa»*.

Pero la afirmación efectuada por este precepto debe ser matizada en varios sentidos. En primer lugar, porque –como ya dijimos en su momento– no todas las causas a las que se refiere pueden conceptuarse como «extintivas» del derecho. Me estoy refiriendo al caso de tener, durante el matrimonio –o mientras la pareja de hecho se halle vigente–, un hijo al margen de él. Como ya expliqué al hablar de los requisitos necesarios para poder acceder

² Vid. apdo. II. B. de CALDUCH GARGALLO, M., «Los derechos sucesorios del viudo en Vizcaya y Ayala (I). El usufructo legal del viudo en Vizcaya: naturaleza jurídica, requisitos y objeto», en *Estudios de Deusto*, Vol. 55/1, enero-junio 2007.

al usufructo viudal, el nacimiento de un hijo engendrado con otra persona distinta al cónyuge o pareja, concebido mientras exista el matrimonio o la relación estable, necesariamente se debe producir en vida del premuerto. Tener un hijo no matrimonial durante la vigencia del matrimonio, o de la pareja, es un hecho que se produce mientras estas relaciones perviven, es decir, necesariamente antes del fallecimiento del cónyuge, o compañero, y, por tanto, antes de que el derecho al usufructo viudal haya surgido. En consecuencia, si tal hecho tuvo lugar, y el testador no ha dispuesto otra cosa, el viudo no podrá acceder al usufructo. No nos encontramos, por tanto, ante una causa extintiva de un derecho ya nacido, sino ante la ausencia de un requisito necesario para que pueda ver la luz.

Por otro lado, no sólo tendremos que tener en cuenta las causas de extinción que vienen referidas en la Ley 3/1992. No hemos de olvidar que la legítima viudal del artículo 58 consiste en un usufructo. Y siendo éste su objeto, deberemos acudir a lo dispuesto en el artículo 513 del Código civil³ para determinar, en qué medida, las causas de extinción del usufructo ordinario que allí se contemplan pueden resultar aplicables al caso que nos ocupa. Además, deberemos considerar la posible aplicación de las causas de indignidad como provocadoras de la extinción del usufructo viudal que ya ha nacido. Es decir, tendremos que valorar hasta qué punto aquellos motivos previstos en el artículo 756 del Código civil pueden producirse con posterioridad al fallecimiento del cónyuge o compañero.

II. B. *Examen particularizado de las causas de extinción*

Pasamos a continuación a examinar, individualmente, las causas de extinción del usufructo viudal legal.

II. B. 1. LAS ULTERIORES NUPCIAS

Dice el quinto párrafo del artículo 58 de la Ley del Derecho civil del País Vasco que «*el derecho de usufructo del cónyuge viudo se extinguirá en el caso de ulteriores nupcias (...)*».

Al hablar de la naturaleza jurídica del usufructo viudal vizcaíno hemos acordado su carácter sucesorio. La legítima del viudo es un derecho que nace con la muerte del cónyuge, o compañero, y cuyo objetivo fundamental es proteger al supérstite en su nueva situación. Es decir, tiene básicamente un contenido asistencial de base económica: se trata de conceder al viudo los medios materiales necesarios para que pueda mantener un nivel de vida ade-

³ Vid. CELAYA IBARRA, A., «Comentarios al artículo 58 de la Ley del Derecho civil foral del País Vasco», en ALBADALEJO, M. y DÍAZ ALABART, S., *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, T. XXVI, Edersa, Madrid, 1997, p. 255.

cuado. A esta finalidad, precisamente, responde, en gran medida, la inclusión de esta causa de extinción⁴. Ello, no obstante, no nos debe hacer olvidar que responde, también, a cierta consideración de la «fidelidad» que se deben los cónyuges, o miembros de la pareja de hecho, entre sí⁵. De alguna manera, el legislador quiere dejar fuera del derecho a aquellos que, tras el fallecimiento de su consorte, o compañero, actúan de manera «infiel» a su memoria. A esta conclusión podemos llegar si tenemos en cuenta el resto de causas de extinción previstas en el artículo 58: así, tener un hijo extramatrimonial después de la disolución del matrimonio por muerte del cónyuge o compañero⁶ da lugar a la extinción del derecho en la medida en que, desde la óptica de la ley, es el reflejo de la falta de fidelidad debida al premuerto.

El inciso final del último párrafo del artículo 58 matiza que el derecho de usufructo del cónyuge o compañero viudo se extinguirá «(...) salvo que el testador haya dispuesto otra cosa». A mi juicio, esta puntualización afecta a todos los supuestos que el párrafo contempla. Es decir, es posible que el causante pueda disponer que el nuevo matrimonio no extinguirá el usufructo, y que tampoco lo hará la unión marital de hecho, o la concepción y naci-

⁴ En otros derechos forales, como el navarro, las nuevas nupcias también son contempladas como causa de extinción del usufructo de fidelidad; pero, en mi opinión, en ese ordenamiento, su inclusión refleja la arista más familiar de esa institución. En la Compilación navarra, junto a las nuevas nupcias, se contemplan otras causas de exclusión, extinción o privación, que permiten llegar a ese resultado. Se habla, por ejemplo, de que no tendrá el usufructo legal de fidelidad el cónyuge que hubiera sido privado de la patria potestad de los hijos comunes, o de que puede ser privado del derecho a instancia de los nudos propietarios si corrompiera a los hijos. Igualmente puede perder el derecho si enajena o grava los bienes que está usufructuando o si incumple obligaciones como la de administrar y explotar los bienes con la diligencia de un buen padre de familia. En todo ello puede observarse que el usufructo de fidelidad se concede con una clara finalidad de mantener unido y cohesionado el patrimonio familiar y también con el objeto de dotar de la suficiente autoridad al viudo para poder regir la familia y sus intereses. Y, por esta razón, los comportamientos que van contra esos principios, deben provocar la inexistencia o la extinción del usufructo de fidelidad. En ese marco es en el que hay que interpretar el aspecto más familiar de las nuevas nupcias como determinantes de la extinción del derecho viudal navarro. Un entorno, como vemos, muy diferente al presentado por el Derecho vasco.

⁵ En opinión de CELAYA IBARRA, A., «Comentarios al artículo 58 de la Ley del Derecho civil foral del País Vasco», en ALBADALEJO, M. y DÍAZ ALABART, S., *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, T. XXVI, Edersa, Madrid, 1997, p. 255, las nuevas nupcias –y también el resto de las causas de extinción contempladas en el artículo 58– se encuentran fundadas en el carácter familiar del derecho. En mi opinión, más que hablar del carácter familiar, habría que referirse a su carácter «conyugal o de pareja», pues ya hemos comentado en otro apartado que al legislador vasco lo que le preocupa, ante todo, es la relación de los consortes, o miembros de la unión estable, entre sí. De hecho, todas las causas de extinción contempladas se refieren a elementos que enturbian esa relación. Se dejan al margen los incumplimientos que puedan referirse a otros miembros de la familia.

⁶ Recordemos que, en nuestra opinión, si el hijo extramatrimonial se tiene vigente el matrimonio, o la relación estable, el derecho no llega a nacer.

miento de un hijo que tenga lugar con posterioridad a su fallecimiento. O que tener un hijo extramatrimonial durante la vigencia de la unión no provoca la exclusión del derecho⁷. Por otro lado, y a pesar de que el precepto se refiere al testador, entiendo que la posibilidad de que el premuerto pueda impedir el resultado extintivo, o excluyente, del derecho del supérstite debe referirse tanto al caso de que la sucesión abierta sea testamentaria como al de que lo sea *ab intestato*. No hemos de olvidar que el artículo 58 se encuentra ubicado dentro del capítulo II, del título III, referido a la sucesión forzosa, y que los derechos del viudo vincularán al causante sea la sucesión testada o no lo sea. A mi entender, nada impedirá que por medio de otros instrumentos diferentes al testamento –siempre y cuando la voluntad del premuerto resulte indubitada– pueda perdonarse la concurrencia de la causa de extinción.

Otro problema que puede plantearse en relación con este supuesto es el de determinar cuándo se contraen nuevas nupcias para entender que éstas dan lugar a la pérdida de la legítima del viudo. El artículo 58 de la Ley vasca dispone que el derecho se extinguirá «*en el caso de nuevas nupcias*». En mi opinión, con estos términos, el legislador quiere poner de relieve que lo importante es el hecho de la celebración del matrimonio. Desde el momento en que se contraen las nuevas nupcias se extinguirá el derecho para el supérstite, salvo que el cónyuge, o compañero, premuerto hubiera dispuesto otra cosa. El hecho de que el nuevo vínculo se disuelva o que sea declarado nulo no afectará a ese resultado. A esta conclusión tenemos necesariamente que llegar si tenemos en cuenta que la mera relación marital de hecho determina la extinción de la legítima viudal. Si la relación de aquellos que se conducen como matrimonio pese a no estar casados produce la pérdida del usufructo, también la de los que se comportan como tales y, además, han contraído nupcias –aun cuando éstas se hayan disuelto con posterioridad o hayan sido declaradas nulas– debe originar la misma consecuencia. Aunque se dictara una resolución judicial que estableciera que el matrimonio no llegó a existir –que era nulo desde su celebración misma– lo cierto es que los contrayentes se habrán comportado como tales y su relación, al menos, deberá ser equiparada a la de los que pasan a formar una unión marital de hecho.

Además, debemos entender que es indiferente la forma en que el matrimonio se contraiga. Así, también el matrimonio secreto debe producir la extinción, si bien deberemos esperar a su inscripción para hacerla valer⁸; pero una vez inscrito, sus efectos se retrotraerán al momento de la celebra-

⁷ De opinión contraria es CELAYA IBARRA, A., op. cit., p. 255, quien parece defender que la salvedad del testador sólo puede referirse al supuesto de tener un hijo extramatrimonial, durante o con posterioridad al matrimonio, pero no a los casos de nuevas nupcias o unión marital de hecho. En mi opinión, el texto de la norma no impide el perdón de estas causas de extinción.

⁸ Salvo que pueda demostrarse la previa unión de hecho y, por esa vía, pudiéramos considerar también extinguido el usufructo.

ción. Lo contrario podría jugar en favor de la mala fe del cónyuge o compañero viudo: si éste celebrara un matrimonio secreto podría seguir disfrutando de su legítima y su posible posterior inscripción no afectaría al derecho disfrutado fraudulentamente desde el momento de las nuevas nupcias, hasta la inscripción.

II. B. 2. LA UNIÓN MARITAL DE HECHO

Continúa el párrafo 5.º del artículo 58 señalando que el derecho de usufructo del cónyuge viudo⁹ se extinguirá en el caso de «(...) *unión marital de hecho*».

La motivación de esta causa de extinción es común a la que guiaba al supuesto de celebración de nuevas nupcias: la legítima viudal pretende proteger al viudo, facilitarle los medios económicos suficientes para que pueda mantener un nivel de vida digno. Por ello, en el momento en el que mantiene una relación estable con otra persona que pueda reportarle ya la necesaria garantía patrimonial para su adecuado sustento, deja de tener sentido –desde el punto de vista del legislador– la atribución del usufructo viudal. Junto a ello, podemos también entender que esta causa de extinción responde a la idea de que el derecho previsto por la ley se otorga presuponiendo la fidelidad que debe regir las relaciones entre los cónyuges o compañeros, incluso más allá de la muerte de uno de ellos, consecuencia que podemos extraer si ubicamos esta causa de extinción dentro del conjunto de las previstas por el artículo 58. A este motivo debe responder, sin duda, el prever como causa de extinción el nacimiento de un hijo extramatrimonial y, a él, presumiblemente, debe hacerlo también, en parte, la causa que ahora estamos estudiando.

Es de destacar la equiparación que el legislador vasco hace de la unión marital y de las nuevas nupcias. Este tratamiento idéntico contrasta con el que opera –o, al menos, operaba– en otros ordenamientos jurídicos y que ha sido objeto de diversas críticas¹⁰. En mi opinión, es de justicia que ambas

⁹ Al que, como sabemos, deberemos asimilar el miembro «viudo» de una pareja estable.

¹⁰ En este sentido, en derecho navarro, el nuevo matrimonio es causa de extinción del usufructo de fidelidad, mientras que la unión marital de hecho debe ser puesta de manifiesto por los nudos propietarios para que provoque la privación del derecho, lo que ha llevado a algunos autores a considerar que, en el segundo caso, declarada la existencia de la relación de hecho, el efecto privativo no se retrotrae al momento de inicio de la vida marital, vid. ARREGUI GIL, J., en «Comentarios a las Leyes 261 y 262», en ALBADALEJO, M., y DÍAZ ALABART, S., *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, T XXXVII, vol. 2.º, Edersa, Madrid, 2001, p. 146. Por su parte, en Aragón, la equiparación entre nuevo matrimonio y vida marital estable a estos efectos se ha producido con la nueva Ley 2/2003. Hasta ese momento –y desde la reforma de 1985–, cabía pacto en contrario con respecto al efecto extintivo en el caso del nuevo matrimonio, pero no en el caso de la vida marital estable. Sobre las críticas a la reforma de 1985, vid. SANCHO REBULLIDA, F., y DE PABLO CONTRERAS,

realidades lleven aparejada la misma consecuencia, pues su resultado es *de facto* el mismo: el establecimiento de una nueva relación. En ambos casos, como hemos anticipado, su fundamento es idéntico: el viudo deja de necesitar la protección legal para su sustento, puesto que dicha protección ya se la proporciona la nueva pareja o cónyuge; y, también en las dos causas, puede observarse la misma «infidelidad» al premuerto.

El problema que puede plantearse con esta causa de extinción es el de su prueba. Porque, en mi opinión, la unión marital a que se refiere este artículo no debe quedar reducida única y exclusivamente a aquellos casos de parejas de hecho reguladas por la Ley 2/2003, de 7 de mayo, y que necesariamente deben inscribirse en un Registro para que queden constituidas. A mi juicio, cualquier unión marital de hecho, aunque no sea de las contempladas por esa norma –y aunque su constancia no quede reflejada en ningún organismo público–, debe producir el efecto extintivo sobre el usufructo viudal. Por ello, mientras que en el caso de las nuevas nupcias –y también en el de las parejas de hecho reguladas por la Ley 2/2003– debe existir una constancia registral de su celebración y, en consecuencia, es fácil determinar el momento a partir del cual el derecho se extingue, no sucede lo mismo en el caso de las uniones maritales de hecho que decidan no inscribirse en lugar alguno. En éstas deberá, en primer lugar, probarse su existencia y, además, tendrá que demostrarse el momento a partir del cual existe la relación como unión estable, pues será a partir de entonces cuando deberemos entender que el usufructo llega a su fin.

Con relación al efecto extintivo, hay que insistir en que, en mi opinión, es posible que el causante disponga en sentido contrario. Esta posibilidad forma parte de la equiparación entre el nuevo matrimonio y la unión marital de hecho como determinantes de la extinción del derecho; situación que, a mi juicio –y como ya he anticipado–, es de justicia. En todo caso, este tratamiento idéntico puede llegar a perjudicar al miembro de la pareja estable no amparada en la Ley vasca de parejas de hecho que «enviuda» de su nuevo compañero, si comparamos su situación con la del supérstite que contrae nuevo matrimonio, o constituye una relación de hecho regida por la Ley 2/2003, y enviuda de su nuevo cónyuge o compañero. En este segundo caso, habiéndose salvado por el primer cónyuge o compañero premuerto el efecto extintivo que supuso su nuevo matrimonio o relación de hecho, el supérstite podrá llegar a acumular dos legítimas viuales, una por cada uno de los cónyuges o compañeros de los que ha enviudado. Sin embargo, en el primer caso, al no generarse un nuevo derecho de usufructo sobre la herencia de

P., «Comentarios de los artículos 72 a 88 (La viudedad)», en DELGADO ECHEVERRÍA, J., DGA, *Comentarios a la Compilación del Derecho Civil de Aragón*, vol. II., Zaragoza 1993, pp. 852-853; y ZAPATERO GONZÁLEZ, R., «De la viudedad foral», *Actas de las Jornadas de Derecho Civil Aragonés (Jaca 1985)*, Cortes de Aragón, pp. 239 y ss.

aquél con quien convivió en unión estable no amparada en la Ley 2/2003, solamente se mantendrá este derecho sobre los bienes del primer cónyuge premuerto. No obstante, esta diferencia de tratamiento es la consecuencia lógica del ejercicio de una libre opción del viudo a la hora de formalizar su nueva relación.

II. B. 3. TENER UN HIJO NO MATRIMONIAL CON POSTERIORIDAD A LA DISOLUCIÓN DEL MATRIMONIO POR MUERTE DEL CÓNYUGE, O A LA EXTINCIÓN DE LA PAREJA DE HECHO POR FALLECIMIENTO DEL COMPAÑERO

Dice el apartado 5.º del artículo 58 de la Ley vasca que el derecho de usufructo del cónyuge viudo¹¹ se extingue en el caso «*de que tuviere durante el matrimonio o con posterioridad al mismo, un hijo no matrimonial (...)*».

Como hemos puesto de manifiesto en otros lugares, la razón de esta causa de extinción hay que buscarla en la concepción del legislador de que los cónyuges, o miembros de la pareja, deben ser fieles el uno al otro. De alguna manera, la Ley quiere dejar fuera del derecho a aquellos que, incluso tras el fallecimiento de su consorte o compañero, actúan de manera «infiel» a su memoria. Es por ello por lo que no sólo los hijos no matrimoniales concebidos durante el matrimonio y nacidos con posterioridad a la muerte del cónyuge, o pareja, provocan la extinción del derecho, sino que también producen ese mismo resultado aquellos que se conciben y nacen tras ese óbito. Por lo tanto, no sólo cuenta la fidelidad en vida del causante, sino también la que se produce una vez éste haya fallecido.

Ya hemos afirmado que tener un hijo no matrimonial con persona distinta al cónyuge, o compañero, durante la vigencia del matrimonio, o de la relación de pareja, debe conceptuarse como una causa de exclusión del derecho más que como una causa de extinción. Si el hijo se tuvo vigente el matrimonio o la relación estable, salvo que el premuerto hubiera salvado esa consecuencia, lo que realmente pasaría es que el supérstite no reuniría los requisitos necesarios para adquirir el derecho y, en consecuencia, éste no llegaría a nacer. Es por ello por lo que, en este apartado, nos vamos a centrar en la segunda parte de la frase antes remarcada; es decir, en aquella que dice que se extinguirá el derecho del viudo en el caso de que tuviere con posterioridad al matrimonio –o a la extinción de la relación de pareja por fallecimiento del compañero– un hijo no matrimonial.

En mi opinión, la redacción de esta parte del precepto no es del todo acertada. Poner como referencia temporal «el matrimonio» para determinar qué hijos dan lugar a la extinción del usufructo viudal es desafortunado. El matrimonio no es un momento temporal concreto, sino un lapso, un periodo

¹¹ Al que debemos asimilar el compañero «viudo» en las parejas de hecho.

que está compuesto de citas temporales que son las que propiamente pueden servirnos de referencia para fijar los efectos pretendidos. Podemos hablar así de «la celebración del matrimonio¹²» o de «la disolución del matrimonio¹³», para señalar el instante concreto a partir del cual tener un hijo puede producir como resultado la extinción del usufructo viudal. En este caso, el precepto debería haber afirmado que ese efecto se produce si la descendencia se tiene con posterioridad «a la disolución del matrimonio». Pero, evidentemente, no toda disolución del matrimonio –o extinción de la pareja de hecho– resulta relevante a estos efectos, sino que únicamente lo será aquella que tiene lugar por muerte o declaración de fallecimiento del consorte. No hemos de olvidar que si el matrimonio se ha disuelto por otro motivo diferente –o la pareja se ha extinguido por otra causa–, el usufructo legal a favor del viudo no habrá llegado a nacer, puesto que el propio artículo 59 señala que «*carecerá de derechos sucesorios en la herencia de su consorte el divorciado (...)*». Afirmación que incluso resultaba innecesaria puesto que el usufructo se atribuye por el artículo 58 al cónyuge viudo y esa condición, obviamente, no corresponde ni al que se ha divorciado con carácter previo a la muerte del que hasta el momento del divorcio era su cónyuge, ni al que contrajo matrimonio que fue declarado nulo¹⁴.

Para el precepto, el momento relevante para determinar la extinción del derecho es el del alumbramiento del hijo no matrimonial. Lo importante es que el hijo no matrimonial nazca o durante el matrimonio, o la vigencia de la pareja –lo que provocaría la exclusión del derecho– o con posterioridad a su disolución por muerte del otro cónyuge o compañero –lo que daría lugar a la extinción–. Esto es relevante porque, si atendiéramos al momento de la concepción, los resultados excluyentes o extintivos resultarían diferentes.

Con la redacción vigente, un hijo de persona distinta al cónyuge, o compañero, concebido antes de contraer nupcias, pero nacido tras ellas, daría lugar a la exclusión del derecho, salvo que el premuerto hubiera dispuesto otra cosa. Y un hijo no matrimonial concebido durante el matrimonio, o la vigencia de la unión de hecho, pero nacido con posterioridad al fallecimiento del cónyuge, o compañero, provocaría la extinción del derecho, en lugar de su exclusión; lo que puede resultar relevante si consideramos que, en este segundo supuesto, a pesar de haberse concebido el hijo en vida del consorte, o del otro miembro de la pareja, el viudo puede llegar a entrar en la posesión de los bienes y disfrutar de ellos durante el tiempo que media entre la muerte del causante¹⁵ y el nacimiento del hijo no matrimonial. Quizá, en

¹² A la que deberemos equiparar la inscripción de la pareja de hecho en el Registro pertinente.

¹³ O extinción de la pareja de hecho.

¹⁴ Al divorcio o la nulidad se asimilarán, a estos efectos, la extinción de la pareja por causa diferente al fallecimiento de uno de sus miembros o al matrimonio de ellos entre sí.

¹⁵ Vid. artículo 440 del Código civil.

ambos casos, hubiera resultado más justo atender al momento de la concepción que al del alumbramiento.

Conviene, por último, poner de relieve que el causante puede disponer que el resultado extintivo consecuencia de tener el supérstite un hijo no matrimonial no se produzca. Incluso ha habido quien ha defendido que esta posibilidad en realidad sólo juega para esta causa de extinción y no para las demás señaladas en el artículo 58, postura que no comparto¹⁶.

II. B. 4. LAS CAUSAS DE EXTINCIÓN DEL USUFRUCTO ORDINARIO

El derecho legitimario del viudo, recogido en el artículo 58 de la Ley 3/1992, del Derecho civil del País Vasco, se materializa en un usufructo. Y puesto que esto es así –y no existiendo normas específicas en el Derecho foral vizcaíno relativas al usufructo ordinario– deberemos atender a lo dispuesto en los artículos 467 y siguientes del Código civil para completar el régimen jurídico del derecho del supérstite.

De ese conjunto normativo nos interesa ahora determinar en qué medida son aplicables las causas de extinción que se recogen en su artículo 513. Pasamos a continuación a examinarlas.

II. B. 4. a) *LA MUERTE DEL USUFRUCTUARIO*

Establece el artículo 513.1.º del Código civil que el usufructo se extingue *«por muerte del usufructuario»*.

Hemos puesto de relieve que la configuración legal del usufructo del viudo en el Derecho vasco está orientada a su protección. El legislador ha querido asistir al supérstite de manera que el fallecimiento de su cónyuge, o compañero, no comporte para él un empobrecimiento relevante. Lo ha querido amparar ante el probable desvalimiento económico que pudiera ocasionarle su muerte. En definitiva, la Ley está pensando exclusivamente en el propio supérstite y no en los sucesores de éste. Con ese fundamento, resulta claro que la causa de extinción del usufructo ordinario recogida en el n.º 1 del artículo 513 del Cc es plenamente trasladable al usufructo viudal regulado en el artículo 58 de la Ley vasca. Fallecido el titular del derecho, éste se consolidará en los nudos propietarios de los bienes que formaban el patrimonio relicto del premuerto. Es decir, no se transmite a los sucesores del supérstite, sino que retorna a los que lo eran del premuerto o, en su caso, a los que resulten ser nuevos nudos propietarios de los bienes que constituían el caudal hereditario de éste.

Similar resultado produce la declaración de fallecimiento. No hemos de olvidar que el artículo 195 del Cc establece que *«toda declaración de falle-*

¹⁶ Vid. op. cit., p. 255.

cimiento expresará la fecha a partir de la cual se entienda sucedida la muerte (...); y que el 196 hace depender de dicha declaración consecuencias tan ligadas a esta última como la apertura de la sucesión. Por ello, podemos afirmar que la declaración de fallecimiento queda asimilada a la muerte como determinante de la extinción del usufructo viudal. Eso sí, deberemos tener en cuenta lo preceptuado por el artículo 197 en el sentido de que «*si después de la declaración de fallecimiento se presentase el ausente o se probase su existencia, recobrará los bienes en el estado en que se encuentren y tendrá derecho al precio de los que se hubieran vendido, o a los bienes que con este precio se hayan adquirido, pero no podrá reclamar de sus sucesores rentas, frutos ni productos obtenidos con los bienes de su sucesión, sino desde el día de su presencia o de la declaración de no haber muerto*». En este sentido, si el viudo declarado fallecido reapareciera podrá recuperar el usufructo sobre los mismos bienes sobre los que ejercitaba su derecho antes de aquella declaración. Y si algunos hubieran sido enajenados, lo obtenido a cambio se subrogará en la posición de lo transmitido, de tal manera que a ello se extenderá el usufructo viudal. Lo que no podrá reclamarse son los frutos obtenidos durante el tiempo que medie entre la declaración del fallecimiento y su reaparición.

II. B. 4. b) CUMPLIMIENTO DEL PLAZO O TÉRMINO CONSIGNADO EN EL TÍTULO CONSTITUTIVO

Señala el número 2.º del artículo 513 del Código civil que el usufructo se extingue «*por expirar el plazo por que se constituyó, o cumplirse la condición resolutoria consignada en el título constitutivo*».

El usufructo viudal del artículo 58 de la Ley vasca es un derecho legal que no puede ser suprimido, condicionado, ni limitado temporalmente por el causante. Forma parte de la sucesión forzosa que debe respetarse por el testador en todo caso. Incluso queda fuera de la posibilidad de apartamiento o exclusión del artículo 54, al no quedar recogido el viudo en la relación del artículo 53¹⁷. El título constitutivo del derecho es la propia ley y, sólo por las causas de extinción que en ella misma se contemplan, puede extinguirse.

Por ello, no pudiéndose establecer por el causante condiciones, ni términos a este derecho, no tiene aplicación este apartado como causa de extin-

¹⁷ Ibidem, p. 237. El artículo 53 de la Ley vasca relaciona como herederos forzosos a los hijos y demás descendientes, y a los padres y demás ascendientes. No menciona, por tanto, al cónyuge, o asimilado. Y, por su parte, el artículo 54 permite que el testador pueda distribuir libremente los bienes que integran la sucesión forzosa entre los sucesores relacionados en el artículo 53, apartando a los que quiera de ellos. Al no incluirse al consorte, o compañero, en el artículo 53, es obvio que no cabe el apartamiento referido en el 54, pese a que nos hallamos ante un sucesor forzoso puesto que el artículo 58 configura su usufructo como un derecho legal que no puede ser suprimido.

ción del usufructo viudal legal. La única condición, señalada por la propia ley, podría venir del ejercicio por parte de los tronqueros de la facultad que les otorga el 4.º párrafo del artículo 58, el cual les permite conmutar el usufructo del viudo, en cuanto afecte a los bienes troncales, por un capital de libre disponibilidad. Se trata de una opción concedida a los sucesores tronqueros por la propia ley y, de hecho, no conlleva propiamente la extinción de la legítima del viudo sino su transformación. Si se cumple «la condición» que la propia ley señala y, por tanto, los tronqueros optan por conmutar el usufructo del supérstite, la legítima de éste dejará de consistir en un derecho de disfrute sobre unos bienes determinados y pasará a materializarse en la adjudicación de un capital del que puede libremente disponerse sin quedar sujeto a las causas de extinción que prevé el propio artículo 58.

II. B. 4. c) LA CONSOLIDACIÓN DE LA NUDA PROPIEDAD

Dispone el artículo 513.3.º que el usufructo se extingue «*por la reunión del usufructo y la propiedad en una misma persona*».

En el caso que nos ocupa, la posibilidad de que tal reunión se produzca afecta a los bienes concretos en los que se produce la consolidación. Es decir, estamos hablando de una causa de extinción del usufructo viudal sobre los bienes concretos a los que la consolidación atañe; y, solamente cuando la reunión de la plena propiedad en unas únicas manos se produzca con respecto a la totalidad del patrimonio usufructuado, podremos contemplar esta causa como extintiva del usufructo viudal en su globalidad.

Puede plasmarse de dos formas diferentes. En primer lugar, puede ocurrir que sea el viudo el que adquiera la nuda propiedad de alguno de los bienes que se encuentra usufructuando. Esto podría ocurrir, por ejemplo, si uno de los herederos transmitiera al viudo la nuda propiedad que pudiera ostentar sobre uno de los bienes concretos usufructuados por el supérstite. En tal caso, dicha adquisición implicará la extinción del usufructo viudal sobre ellos puesto que este derecho se verá absorbido por el más amplio del pleno dominio.

En segundo lugar, podría darse el caso de que la plena propiedad vaya a corresponder a quien, hasta el momento de adquirir el usufructo, ostentaba únicamente la nuda propiedad. Lo más habitual será que esa posición la tenga uno de los herederos del causante. Imaginemos, por ejemplo, que con fundamento en el párrafo cuarto del artículo 58, los herederos tronqueros conmuten el usufructo del viudo sobre los bienes troncales a los que este derecho afecta por una cantidad en metálico. En tal supuesto, se produciría la confluencia en unas solas manos –las del heredero tronquero– de la plena propiedad, pero la extinción del usufructo del viudo sobre el bien concreto se produce, más que por el hecho de la consolidación, como consecuencia directa de la conmutación permitida por la Ley.

También puede suceder que un heredero hubiera transmitido la nuda propiedad de un bien usufructuado por el supérstite, a un tercero. Y puede ser,

además, que ese tercero hubiera acordado con el viudo la renuncia por parte de éste a su derecho, exista o no contraprestación a esa renuncia. Entonces, la consolidación se producirá en la persona del tercero. Pero, al igual que ocurría en el supuesto anterior, la extinción del usufructo no se produce directamente por la consolidación. En este supuesto, será una consecuencia inmediata de la renuncia del viudo a su derecho.

Hemos de repetir que, en cualquier caso, lo que se extingue en todos estos supuestos no es el usufructo del viudo en general, sino el que existe sobre los bienes concretos objeto de la consolidación.

II. B. 4. d) LA RENUNCIA

El párrafo 4.º del artículo 513 del Código civil señala que el usufructo se extingue «*por la renuncia del usufructuario*».

A esta causa de extinción hemos hecho referencia, parcialmente, en el apartado anterior. La renuncia puede implicar la extinción del derecho del viudo en su conjunto o en lo relativo a determinados bienes. En el primer caso, podremos conceptuarla como una causa de extinción del usufructo viudal regulado en el artículo 58 de la Ley vasca y, en el segundo, únicamente como productora de la pérdida del derecho en relación con el bien al que se refiera.

La renuncia es una declaración unilateral de voluntad de carácter no recepticio; es decir, no necesita de aceptación para producir efectos. Sin embargo, nada impide, en mi opinión, que ésta se preste a cambio de una contraprestación, sea cual sea la denominación que se le dé. De hecho, la posibilidad de conmutación del derecho del viudo por una cuantía en metálico, recogida en el artículo 58 de la Ley del Derecho civil foral del País Vasco, permite defender la renunciabilidad del derecho a cambio de una contraprestación: si se puede imponer por ciertos herederos la conmutación del usufructo por un equivalente monetario, con más motivo cabrá que el titular del derecho libremente decida renunciar a él a cambio de nada, o a cambio de lo que considere oportuno. Eso sí, a mi juicio, la renuncia deberá expresarse de forma explícita y a través de un medio que pueda resultar suficiente para valorar su validez. En este sentido, no será necesario que se otorgue en escritura pública pero sí debe existir un instrumento adecuado para valorar su certeza. Para ello habrá que tener en cuenta lo dispuesto en el artículo 326 de la Ley de Enjuiciamiento Civil sobre la fuerza probatoria de los documentos privados, así como lo establecido en los artículos 328 a 334 de ese mismo texto legal.

II. B. 4. e) LA PÉRDIDA TOTAL DE LA COSA OBJETO DEL USUFRUCTO

Dice el número 5.º del artículo 513 del Cc que el usufructo se extingue «*por la pérdida total de la cosa objeto del usufructo*». El Código está pensando en un usufructo sobre bienes determinados. Solamente cuando la pér-

didada afecte a la totalidad de los bienes que están siendo usufructuados por el supérstite podremos hablar de una extinción de la globalidad de su derecho; pero, aun en estos casos, la extinción vendría provocada no por una causa que diera lugar a la pérdida del derecho en su conjunto, sino como resultado de las extinciones particulares de cada uno de sus objetos.

II. B. 4. f) *LA RESOLUCIÓN DEL DERECHO DEL CONSTITUYENTE*

Establece el artículo 513.6.º del Código civil que el usufructo se extingue «*por la resolución del derecho del constituyente*». Esta causa –como sucedía también con la consolidación o con la pérdida del objeto– está pensada para usufructos sobre bienes determinados. Estaríamos hablando, por ejemplo, de aquellos casos en los que la adquisición por parte del causante de los bienes que componen su patrimonio yacente hubiera sido declarada nula con posterioridad a su fallecimiento y a la entrada del viudo en su uso y disfrute. En realidad, en este caso, de lo que se trataría es de que el premuerto no fue en ningún momento propietario del bien en cuestión y, por ello, difícilmente habrá transmitido derecho alguno a sus sucesores. Podríamos decir que el usufructo no habría llegado a nacer.

Otros casos serían aquellos en los que el causante adquiere la propiedad de un bien pero sometida a una condición resolutoria o a un pacto de retro. En tal supuesto, su adquisición es plenamente válida, pero si la condición o el ejercicio del derecho de retracto por parte del vendedor se produce una vez fallecido el premuerto –y, por tanto, tras haber nacido el usufructo del viudo–, quedaría resuelto el derecho del cónyuge, o miembro de la pareja, que ya ha fallecido, y se extinguiría el del supérstite cuya vigencia se encuentra supeditada a aquél.

En definitiva de lo que se trata es de que nadie puede transmitir a otro más derechos de los que él mismo tiene. Por tanto, si la propiedad estaba sujeta a determinadas afecciones, también lo debe estar el usufructo ligado a aquella. Y si la adquisición del derecho de propiedad era nula, también debe serlo la adquisición del uso y disfrute por parte del viudo. En ello consiste esta causa de extinción.

II. B. 4. g) *LA PRESCRIPCIÓN*

Al hablar de la naturaleza jurídica del usufructo viudal en Vizcaya hemos defendido su carácter sucesorio. Existiendo algunos elementos en su regulación que valoran las relaciones entre los cónyuges, o entre los miembros de la pareja estable¹⁸, éstos no eliminan su carácter puramente patrimonial, su

¹⁸ Fundamentalmente en la comprensión como causas de extinción de las ulteriores nupcias, la unión marital de hecho, o el tener hijos extramatrimoniales.

exclusiva finalidad de mantener o mejorar la posición económica del viudo. Lo que realmente interesa al legislador es proteger a éste ante una posible situación de desamparo provocada por la muerte de su cónyuge o compañero. No se encuentra vinculado el mantenimiento del derecho con obligación alguna del viudo con respecto a los hijos o descendientes.

Lo anterior es importante a la hora de permitir la enajenación o el gravamen del derecho del supérstite y conecta con la posibilidad de su prescripción. Siendo que el legislador con esta figura lo que ha pretendido es amparar al viudo ante el probable desvalimiento económico que pudiera ocasionarle la muerte de su consorte o compañero; y siendo que está pensando exclusivamente en el propio viudo y no en sus sucesores, debe permitírsele –a diferencia de lo que ocurre en otros derechos viduales– enajenar o gravar el usufructo del que es titular si esto le resulta provechoso¹⁹. En definitiva, resulta aplicable lo previsto en el artículo 480 del Código civil en el sentido de que el usufructuario puede «*enajenar su derecho de usufructo (...) pero todos los contratos que celebre como tal usufructuario se resolverán al fin del usufructo (...)*»²⁰. Y siendo enajenable, hemos de entender que, igualmente, puede ser objeto de gravamen²¹.

El artículo 1936 del Código civil establece que «*son susceptibles de prescripción todas las cosas que están en el comercio de los hombres*». Habiendo defendido que el derecho contemplado en el artículo 58 es enajenable, deberemos, consecuentemente, entender que es susceptible de prescripción. Lo que implica que, no habiendo entrado en la posesión de los bienes a cuyo disfrute tiene derecho el supérstite, las acciones para reclamar prescribirán en los plazos señalados en los artículos 1961 y ss. del Código civil.

¹⁹ La posibilidad de que los herederos tronqueros conmuten el derecho del supérstite por un capital en efectivo no sujeto a las mismas causas de extinción que el usufructo abunda en la idea de que este derecho puede enajenarse.

²⁰ Es decir, en todo caso, el derecho que haya adquirido el tercero del viudo quedará resuelto por la muerte de éste, que es el momento en el cual tiene fin el usufructo vidual. Sin embargo, en mi opinión, no ocurrirá lo mismo en caso de que la extinción del usufructo se produzca por otra causa: el «fin» del usufructo a que se refiere el artículo 480 del Código civil parece remitir al «término», al «plazo», y éste, en el caso del usufructo vidual, está fijado por la muerte del supérstite. Por lo tanto, no afectarán al usufructo adquirido por el tercero unas posibles nuevas nupcias, una unión marital de hecho o el alumbramiento de un hijo no matrimonial por parte del viudo. A mi juicio, solamente su muerte hará decaer el derecho del tercero.

²¹ De la misma opinión para el usufructo vidual recogido en el Código civil es VALLET DE GOYTISOLO, J., «Comentarios al artículo 834 del Código civil», en ALBADALEJO, M., *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, T. XI, 2.ª Ed., Edersa, Madrid 1982, pp. 457-458.

II. B. 5. LAS CAUSAS DE INDIGNIDAD COMO DETERMINANTES DE LA EXTINCIÓN DE LA LEGÍTIMA VIDUAL DEL ARTÍCULO 58

Al analizar los requisitos que debía reunir el viudo para adquirir el usufructo legal, vimos como, a nuestro juicio, la causa recogida en el número 1 del artículo 756 del Código civil no resultaba aplicable al caso concreto del derecho del viudo. En ese sentido dijimos que, en nuestra opinión, el abandono, prostitución o corrupción de los hijos no podía provocar la exclusión de este derecho, puesto que éste se concibe en Vizcaya como un instrumento para cubrir las necesidades del supérstite y en él se valora, exclusivamente, el desvalimiento en que éste puede quedar con ocasión del fallecimiento de su consorte, o compañero, y la relación de fidelidad debida entre los miembros de la pareja, sin importar las posibles quiebras que pudieran producirse con otros componentes de la familia. El abandono, prostitución o corrupción de los hijos debe dar lugar a la exclusión de la sucesión del padre en la herencia de aquéllos –así son tratados estos comportamientos en el artículo 756.1 del Código civil–, pero no impide, a mi entender, que el viudo pueda adquirir la legítima que le corresponda en la sucesión del premuerto.

Respecto al resto de las causas de indignidad, defendimos su aplicación a este supuesto. Todas ellas provocaban la incapacidad del viudo para adquirir el usufructo; es decir, impedían que éste llegara a nacer. Así, la no prestación de las atenciones debidas al cónyuge o compañero discapacitado determinaba la incapacidad para la adquisición del usufructo vidual. Y, de la misma manera, la existencia de una sentencia de condena por atentar contra la vida del cónyuge –o pareja–, ascendientes o descendientes del premuerto, o por acusar calumniosamente a este último, daba lugar a esa exclusión aun cuando la sentencia recayera con posterioridad al fallecimiento del causante, siempre y cuando el atentado se hubiese producido mientras vivía o hubiera entablado la acción por calumnias antes de su óbito. Sobre la ausencia de denuncia de la muerte violenta del cónyuge –o compañero–, dijimos que, por el juego del artículo 758 del Cc, deberíamos esperar al transcurso del plazo del mes que señala el artículo 756 del mismo texto legal para valorar la capacidad del supérstite, permaneciendo hasta ese momento en suspenso su derecho. Si finalmente se producía esa falta de denuncia pese a su conocimiento, el usufructo no habría llegado a nacer. Y en cuanto a la utilización de la amenaza, fraude o violencia para forzar la voluntad del testador, o para suplantar, ocultar o alterar su testamento, resulta evidente que, si dichos comportamientos se producen con anterioridad a su defunción, deben impedir el acceso al derecho.

Sin embargo, algunos de estos hechos pueden producirse en un momento tal, que no impidan que el usufructo llegue a nacer. Estos supuestos son los que a continuación paso a examinar partiendo de la considera-

ción de que, no obstante no excluir del derecho, sí que van a producir su extinción²².

II. B. 5. a) *EL ATENTADO CONTRA LA VIDA DE ASCENDIENTES O DESCENDIENTES DEL CÓNYUGE, O COMPAÑERO, LLEVADOS A CABO TRAS EL FALLECIMIENTO DE ÉSTE*

Ya hemos dicho que los atentados contra la vida del causante, sus ascendientes o descendientes, producidos antes de su fallecimiento, excluían al que atentó –en este caso al viudo– de su derecho. Y ello, aunque la sentencia de condena por estos hechos haya devenido firme después de su muerte, puesto que el artículo 758 del Código civil lo que dice es que deberemos *esperar*²³ al dictado de esa resolución para determinar si el supérstite tenía capacidad para suceder. Curiosamente, el precepto no establece que debamos *atender* a ese momento –cosa que sí hace en el párrafo anterior–, sino que lo que hace, en mi opinión, es fijar un periodo de espera, transcurrido el cual podremos certificar si el llamado a la sucesión reunía los requisitos necesarios para acceder a ella. Dictada la resolución, sus efectos deberán retrotraerse al momento de la muerte de la persona de cuya sucesión se trata.

No obstante, existe un supuesto que propiamente no excluirá el derecho del viudo a su legítima. Se trata de aquel en el que el atentado contra los ascendientes o descendientes del causante se produce con posterioridad a su fallecimiento. En este caso, el supérstite, en el momento de la apertura de la sucesión, si no incurre en otras causa de las previstas legalmente, reuniría los requisitos de capacidad necesaria para acceder al usufructo legal de viudedad. La indignidad se producirá una vez ya ha entrado en la posesión de los bienes usufructuados. ¿Debe, en tal caso, mantenerse el derecho ya adquirido del viudo, a pesar de que su conducta sea tan reprobable como lo podía haber sido en vida de su pareja? En mi opinión, contestar afirmativamente a esta pregunta no resulta razonable. En este supuesto deberá entrar en juego la indignidad como determinante de la extinción del derecho ya surgido, produciendo sus efectos desde el momento mismo en el que el atentado tuvo lugar²⁴.

²² Comparto la opinión de ALBALADEJO GARCÍA, M., *Curso de Derecho Civil. V Derecho de Sucesiones*, Ed. Bosch, Barcelona, 1982, pp. 87-88, en el sentido de que lo que realmente debe importar es la comisión del hecho indigno y no si ésta ha tenido lugar antes o después de la muerte del causante.

²³ DIEZ PICAZO, L., y GULLÓN BALLESTEROS, A., «La delación de la herencia», *Sistema de Derecho Civil, Volumen IV, Derecho de Familia. Derecho de Sucesiones*, Ed. Tecnos, Madrid, 8.ª Ed., 2003, p. 311, consideran que el empleo del término «esperar» implícitamente supone que los hechos deben haber ocurrido antes de la muerte del testador.

²⁴ Dice ALBALADEJO GARCÍA, M., op. cit., p. 88, que, «*aunque se produzca el atentado bastante después de la muerte del testador, la razón moral contra quien lo comete es del mismo peso para echar sobre él la indignidad, aun en ese caso*». Comparto, con él, la idea de que tal conducta no debe quedar sin el correspondiente castigo de la pérdida del derecho.

II. B. 5. b) *LA FALTA DE DENUNCIA DE LA MUERTE VIOLENTA DEL CÓNYUGE, O COMPAÑERO, CUANDO EL CONOCIMIENTO DE ELLA POR PARTE DEL SUPÉRSITE SE PRODUCE UNA VEZ HA ENTRADO EN LA POSESIÓN DE LOS BIENES*

Por sus propias características, esta causa de indignidad siempre se ha de producir tras el fallecimiento del causante. Pero como ya dijimos, el artículo 758 del Código civil establece un periodo de espera de un mes²⁵ de tal forma que, hasta que transcurra éste, el derecho quedará en suspenso. Transcurrido ese mes, si no se ha procedido de oficio y se demuestra que el supérstite conocía la violencia de la muerte de su pareja antes de la finalización de dicho plazo, el derecho no se llegará a adquirir por incurrirse en causa de indignidad incapacitante. En caso contrario, el derecho se habría adquirido con plenitud retrotrayéndose sus efectos al momento de la muerte del consorte o compañero.

Pero también en relación con esta causa de indignidad existe un supuesto que no impediría que el viudo adquiriera el derecho. Si el supérstite no conocía la violencia de la muerte cuando entró en la posesión de los bienes usufructuados y reunía los demás requisitos necesarios para la adquisición del uso y disfrute, su capacidad para suceder en el momento de la delación

Sin embargo, difiero de la afirmación realizada en la misma página de esa obra de que si el hecho es «cometido después, borra retroactivamente la aptitud para suceder, y, por tanto, la delación recibida». En mi opinión, el derecho debe extinguirse a partir del momento en que se produce el atentado, pero sus efectos no deben afectar al disfrute ostentado mientras el viudo era plenamente capaz. Asimismo, DIEZ PICAZO, L., y GULLÓN BALLESTEROS, A., op. cit., p. 311, parecen admitir la posibilidad de que el atentado posterior a la muerte del causante pueda determinar la indignidad del sucesor, afirmando que, en tal caso, no habrá incapacidad, sino causa de exclusión. Por su parte LACRUZ BERDEJO, J. L., «Indignidad e incapacidad», *Elementos de Derecho Civil V, Derecho de Sucesiones*, Ed. Bosch, Barcelona, 1988, p. 84, también insinúa la posibilidad de que las causas de indignidad sean posteriores al fallecimiento del causante.

²⁵ En otro lugar hemos puesto de relieve como el momento determinante para decidir sobre si el sucesor ha cumplido con su obligación de denunciar dentro del plazo del mes, a los efectos del artículo 756. 4.º del Cc, es el del conocimiento que éste tiene sobre los hechos. Citamos entonces la Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de febrero de 1946 como fundamento de esta opinión. Sin embargo, para fijar el momento hasta el que hemos de esperar para calificar su capacidad conforme al artículo 758 del Código civil, hemos de acudir al de la muerte del causante; es decir, hemos de esperar a que transcurra un mes desde el fallecimiento del premuerto para valorarla, puesto que resulta necesario fijar un punto concreto de partida si no queremos que el derecho de usufructo pueda permanecer indefinidamente en suspenso. Este punto de referencia para el plazo de espera es el que defiende ALBALADEJO GARCÍA, M., «Comentarios al artículo 758 del Código civil» en ALBALADEJO, M., y DÍAZ ALABART, S., *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, T. X, vol. 1, Edersa, Madrid, 1987, p. 250 cuando afirma que, en este supuesto, «(...) la indignidad sólo se consume cuando después de la muerte del causante transcurre un mes sin que la haya denunciado el llamado a la sucesión sabedor del caso».

no debe plantear duda alguna. El problema surgirá cuando ese conocimiento se tiene con posterioridad a ese instante y no se procede a denunciar. A mi juicio, tal actitud resulta tan reprobable como la del que omite la denuncia antes de haber entrado en la posesión de los bienes usufructuados y debe, por tanto, verse castigada con la extinción del derecho. Éste, en tal supuesto, habría nacido y se habría disfrutado con pleno derecho puesto que en el momento de su concepción el viudo desconocía la causa violenta del fallecimiento de su consorte o compañero. Si posteriormente se adquiere ese conocimiento y no se procede a la denuncia en el plazo del mes, parece razonable que su derecho deba extinguirse, sin que, por otro lado, deba verse afectado lo legítimamente disfrutado hasta el momento en que se tuvo conocimiento de la existencia de la violencia. Permitir que el supérstite mantuviera el usufructo pese a la falta de denuncia supondría discriminar las indignidades –en mi opinión, inadecuadamente– por el momento de su producción²⁶.

II. B. 5 c) *LA SUPLANTACIÓN, OCULTACIÓN O ALTERACIÓN DEL TESTAMENTO, LLEVADO A CABO TRAS EL FALLECIMIENTO DEL CONSORTE O COMPAÑERO*

Si la suplantación, ocultación o alteración del testamento llevada a cabo por el supérstite tiene lugar antes del fallecimiento de su pareja, es obvio que se producirá la incapacidad para suceder a que se refiere el artículo 756. Sin embargo, lo más normal en estos casos es que dichos comportamientos se produzcan tras la muerte del causante. Si esto es así, y el viudo ha reunido el resto de requisitos exigidos por la Ley, habrá adquirido, inicial y legítimamente, con la muerte de aquél, el usufructo legal a que se refiere el artículo 58 de la Ley vasca. Pero por la misma razón esbozada en los dos casos anteriores, habiéndose producido con posterioridad a esa defunción la suplantación, ocultación o alteración del testamento, considero que, también aquí, tal acción debe contar con el castigo de la extinción del derecho desde el momento en que dichas conductas se llevan a cabo. La misma reprobación moral merece la suplantación, ocultación o alteración, ya se haya producido antes o lo haya sido después del fallecimiento del cónyuge, o del otro miembro de la pareja estable²⁷.

²⁶ No obstante, debe tenerse en cuenta que la acción para declarar la indignidad del viudo estará sometida al plazo de caducidad de cinco años –a contar desde que el supérstite entró en la posesión de los bienes– a que se refiere el artículo 762 del Código civil.

²⁷ A este supuesto también se refiere ALBALADEJO GARCÍA, M., op. cit., p. 88, si bien –como he dicho en otro lugar– él atribuye a la declaración de indignidad un efecto retroactivo al momento de la muerte del causante. En mi opinión, en estos casos, la declaración de indignidad privará al sucesor del derecho desde el momento en que se produjo la ocultación, alteración o suplantación.

III. Otros derechos de usufructo en favor del viudo

Al comenzar el estudio sobre el usufructo viudal contemplado en el artículo 58 de la Ley del Derecho civil del País Vasco, pusimos de relieve como su contenido se encontraba conectado, de alguna manera, con la amplitud de la comunidad de bienes derivada del régimen económico matrimonial legal regulado en el Título IV, del Libro I de dicha Ley. En ese sentido –decíamos– el modelo vasco se convierte en paradigma de aquellos sistemas que compaginan un régimen económico de comunidad con unos derechos hereditarios a favor del viudo que, comparativamente con los previstos en otros ordenamientos, son limitados²⁸.

Afirmábamos también que, mientras en Navarra o en Aragón, por ejemplo, los usufructos viuales pretenden atribuir al supérstite los suficientes medios para poder continuar con el ejercicio de la autoridad familiar tras el fallecimiento de uno de los cónyuges, de manera que puedan mantener la unidad y la cohesión de la familia y de su patrimonio, al menos hasta que se produzca la muerte del viudo, no ocurre lo mismo en el caso del usufructo contemplado en el artículo 58 de la Ley vasca. En este último se prima la satisfacción de las necesidades patrimoniales del supérstite, su amparo económico ante la situación que se genera por el fallecimiento de su pareja. Prueba de esa diferencia son las causas de exclusión o extinción que se configuran en los distintos supuestos. Así, en Navarra, es relevante el incumplimiento de los deberes familiares o la corrupción de los hijos, conducta esta última igualmente recogida como causa de extinción en el caso aragonés. Sin embargo, en Vizcaya no resultan determinantes los comportamientos del viudo con respecto a los hijos. Lo que se valora es la nueva situación fáctica del supérstite, que es considerada por el legislador como apta para prescindir del soporte del usufructo; o, en todo caso, la actitud infiel con respecto a la pareja, pero, en este supuesto, lo que se valora es la relación de los cónyuges, o compañeros, entre sí, prescindiendo de los demás miembros de la familia.

Y es que la finalidad familiar que en otros ordenamientos persigue el usufructo de viudedad, en Vizcaya, se alcanza a través del régimen económico matrimonial de comunicación foral. Por ello, el artículo 104 de la misma Ley 3/1992 dice que «*cuando el matrimonio se disuelva por la muerte de uno de los cónyuges, dejando hijos o descendientes comunes, se consolida la comunicación foral y se transforma en comunidad de bienes entre el cónyuge viudo, de una parte, y los hijos o descendientes del premuerto, de otra, hasta la división u adjudicación de los bienes*». De esta forma se consigue mantener la unidad patrimonial de la familia, al menos, hasta la división y adjudicación del caudal relicto.

²⁸ Vid. CALDUCH GARGALLO, M., «Los derechos sucesorios del viudo en Vizcaya y Ayala (I). El usufructo legal del viudo en Vizcaya: naturaleza jurídica, requisitos y objeto», en *Estudios de Deusto*, Vol. 55/1, enero-junio 2007.

La cohesión del grupo y la atribución de medios suficientes para salvaguardar la *auctoritas* del supérstite para la gestión de los intereses de la nueva comunidad se conseguirá a través de su designación por el causante como comisario.

En relación con las parejas de hecho, hay que poner de relieve que los artículos 5 y 6 de la Ley del Parlamento Vasco 2/2003, de 7 de mayo, permiten a sus miembros pactar la forma en que deban regirse sus relaciones personales y patrimoniales. Sin embargo, en defecto de tal acuerdo, la norma no establece la aplicación supletoria del régimen económico de comunicación foral, sino que afirma la posibilidad de que aquéllos puedan adherirse a las cláusulas que con carácter general, para las parejas de hecho, se establezcan por la ley. Por tanto, no podemos hablar, en el caso de éstas, de un «régimen económico de comunicación foral» y, en consecuencia, la finalidad familiar a la que éste sirve en el caso de los matrimonios no existe cuando la relación no sea conyugal. Por esa misma razón, aun siendo posible que los miembros de la pareja se nombren recíprocamente comisarios en testamento o pacto sucesorio, tal como prevé el artículo 9.3 de la Ley, tal designación no llevará aparejada –a no ser que se establezca expresamente– la concesión del usufructo universal sobre el caudal relicto. Por todo ello, en mi opinión, las afirmaciones que a continuación se efectúan en relación con este usufructo derivado del otorgamiento del poder testatorio, únicamente son predicables en caso de existir un vínculo matrimonial que, además, se rija por el régimen de comunicación foral.

III. A. *El usufructo universal derivado del poder testatorio*

El artículo 105 de la mencionada Ley 3/1992, al hablar de la disolución del régimen de comunicación foral por muerte de uno de los cónyuges, incide en la unidad del patrimonio relicto. En esa línea señala que «*si el causante hubiera designado comisario, los bienes permanecerán en comunidad hasta que haga la designación de sucesor*»²⁹. Se está refiriendo el precepto a cualquiera que sea la persona designada; es decir, se trate o no del cónyuge, los bienes se mantendrán en comunidad. Y para que, en tal caso, el viudo ostente las suficientes por los herederos, se le atribuye la condición de «*único representante de la herencia y administrador de todo el caudal*». En definitiva, en el supuesto de que el premuerto hubiera designado comisario, el cónyuge dispondrá de los elementos necesarios para mantener la unidad del patrimonio del causante hasta que la herencia sea aceptada.

Pero lo que aquí nos va a interesar es la atribución que la Ley hace al supérstite del usufructo universal del patrimonio relicto, para el caso de que

²⁹ La posibilidad de nombrar comisario para la designación de sucesor se encuentra prevista en los artículos 32 y ss. de la misma Ley.

el designado comisario hubiera sido el propio viudo. En concreto, el segundo párrafo del artículo 105 establece que «salvo disposición en contrario del testador, el cónyuge viudo, designado comisario único o con otras personas, mientras no haga uso del poder testatorio tendrá además el usufructo del caudal, sin obligación de prestar fianza»³⁰. Lo primero que destaca de este precepto es la amplitud del usufructo que se concede. Ya no nos hallamos ante un derecho limitado a la mitad o a los dos tercios de los bienes del causante, como ocurría con la legítima prevista en el artículo 58. Ahora se extiende a la totalidad de los bienes que componen el caudal relicto del cónyuge. El usufructo recogido en el segundo párrafo del artículo 105 es un usufructo universal, como lo son también los previstos en los ordenamientos navarro y aragonés. Esa extensión del objeto, unida a la comunidad de bienes que tras la muerte del consorte se forma entre los hijos y descendientes sucesores del premuerto y el supérstite, va a permitir desarrollar unos objetivos comunes a los que se persiguen con el usufructo de fidelidad en Navarra o con el derecho de viudedad en Aragón, sobre todo si ese usufructo acaba teniendo un carácter vitalicio. De ser así, el viudo va a contar con los medios adecuados para mantener la *auctoritas* que se requiere para defender

³⁰ Cuando la designación como comisarios entre los cónyuges es recíproca el artículo 33 la denomina «*alkar-poderoso*». Esta reducción del contenido de lo que se entiende por «*alkar-poderoso*», ha sido criticada por la doctrina por entender que, tradicionalmente, el concepto venía a extenderse «al viudo al que su cónyuge ha designado comisario, que goza del usufructo universal de los bienes que integran la herencia del cónyuge fallecido y es además el representante y administrador de aquellos bienes con independencia de la forma en que se haya otorgado el poder testatorio (...) o de que la designación se haya hecho o no recíprocamente». Vid., en este sentido, GONZÁLEZ CARAZO, J. L., «El poder testatorio y el testamento por comisario en el Derecho foral de Vizcaya», en VV.AA., *Derechos Civiles de España*, Volumen I, Ed. Aranzadi, 2000, p. 428. Por el contrario, ANGOITIA GOROSTIAGA, V., y GALICIA AIZPURÚA, G., «Las legítimas y la libertad de disposición en la Ley del Derecho civil foral del País Vasco», en VV.AA., *Derechos Civiles de España*, Volumen I, Ed. Aranzadi, 2000, p. 405, entienden que, actualmente, la calificación de «*alkar poderoso*» debe remitirse a la concurrencia de la titularidad del usufructo universal y la representación y administración de los bienes de la herencia por parte del supérstite, con independencia de la forma en que se haga dicha atribución, «sin perjuicio de que el sentido histórico de la figura y la propia etimología del término apunten a la necesidad de la reciprocidad en el nombramiento». En opinión de CELAYA IBARRA, A., «Comentarios al artículo 58 de la Ley del Derecho civil foral del País Vasco», en ALBADALEJO, M. y DÍAZ ALABART, S., *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, T. XXVI, Edersa, Madrid, 1997, p. 175, no es acertada la aclaración que la Ley hace sobre el concepto de «*alkar-poderoso*». Para este autor, el término se utiliza popularmente para referirse al viudo comisario que goza del usufructo universal con independencia de la forma en que se le haya conferido. En todo caso, hay que dejar constancia que la previsión del artículo 33 y, por tanto, el concepto legal de «*alkar poderoso*» debe entenderse extendido actualmente también a las parejas de hecho, pues la posibilidad de que sus miembros se nombren recíprocamente comisarios queda recogida expresamente en el artículo 9.3 de la Ley 2/2003.

los intereses familiares más allá del óbito del premuerto y hasta que él mismo fallezca.

III. A.1. LOS PRESUPUESTOS

Según ese artículo 105, y su ubicación, podemos afirmar que el supérstite debe reunir una serie de presupuestos para acceder por Ley al usufructo universal de los bienes. En primer lugar, hemos de tener en cuenta que este precepto se encuentra incardinado dentro del capítulo III, del título IV, del Libro I, que es el que se refiere a la disolución del régimen de comunicación de bienes. Es por ello por lo que el primer requisito que debe concurrir es el de la aplicación del régimen económico-matrimonial de comunicación foral. Si el matrimonio se rige por un régimen de separación de bienes, o por cualquier otro que hubieran pactado los cónyuges diferente al que supletoriamente establece la Ley, el precepto no será aplicable al viudo.

Además, es necesario que el premuerto haya dejado hijos o descendientes comunes con el viudo –quienes deberán añadir la condición de ser sus sucesores– pues solamente en ese caso se produce la consolidación de la comunicación foral, transformándose en comunidad de bienes entre el cónyuge viudo y esos hijos o descendientes. Y es a esta comunidad de bienes a la que se refiere el artículo 105 al hablar de la designación de comisario por el causante³¹. Esta norma se refiere a que, en tal caso, esa comunidad se mantendrá en tanto no se designe sucesor por el comisario, correspondiendo la representación y administración de la herencia al viudo, salvo disposición en contrario del testador.

Asimismo, se requiere que el supérstite haya sido designado por el premuerto como comisario único o junto con otras personas. En tal caso, no sólo le corresponderá esa representación y administración, sino que también dispondrá en usufructo de los bienes, hasta que se haga uso del poder y se designe sucesor conforme a lo prevenido en los artículos 32 y ss.

Pero también se exige que el causante no haya dispuesto nada en contra de que esto sea así. Es decir, la Ley atribuye el usufructo universal sobre todos los bienes del premuerto al cónyuge casado en régimen de comunicación foral que tenga con él descendencia común, pero siempre y cuando el propio causante no haya manifestado su voluntad contraria a que esto suceda. Por tanto, la voluntad del premuerto para que este derecho pueda nacer juega su papel de dos maneras: en primer lugar, porque mediante la designación que haga del cónyuge como comisario va a permitir que entre en juego

³¹ Vid. GONZÁLEZ CARAZO, J. L., op. cit., p. 438. Igualmente, PIEDRABUENA MOLINA, P., «La comunicación foral de bienes en Vizcaya» en VV.AA., *Derechos Civiles de España*, Volumen I, Ed. Aranzadi. 2000, pp. 357-358. Ambos refieren el usufructo del caudal a este supuesto.

la previsión legal; y en segundo, porque si se pronuncia en sentido contrario, ese efecto inicialmente previsto queda frustrado.

III. A.2. LA EXTINCIÓN

Si se dan todos los presupuestos mencionados en el apartado anterior, el cónyuge ostentará el usufructo universal. Pero otro tema diferente es hasta cuándo. El propio artículo 105 determina que el derecho se disfrutará *«mientras no haga uso del poder testatorio»*, lo que supone que, ejercitado éste, el usufructo llega a su fin. Esto nos conduce a la cuestión de la duración del poder.

Sin embargo, no sólo el uso del poder determinará la pérdida del usufructo. También tendremos que acercarnos a las demás causas de extinción de aquél previstas en el artículo 48, puesto que éstas provocarán que el propio derecho del cónyuge viudo, atribuido en el artículo 105, decaiga.

III. A.2.a) EXPIRACIÓN DEL PLAZO FIJADO PARA EL EJERCICIO DEL PODER TESTATORIO

El artículo 44 de la Ley 3/1992 establece que *«el comitente podrá señalar plazo para el ejercicio del poder testatorio. Si el comisario fuese el cónyuge, el poder podrá serle conferido por plazo indefinido o por los años que viviere»*. Por lo tanto, en primer lugar, para determinar la duración del poder habrá que estar a la voluntad manifestada por el causante. Si éste ha fijado un plazo, a él deberemos atender. Transcurrido éste, tanto el poder como el usufructo, se extinguirán. El número 1 del artículo 48 reitera este carácter extintivo del transcurso del plazo.

Observamos que el legislador ha incluido dentro de este precepto la posibilidad de que el poder tenga carácter vitalicio cuando el comisario designado sea el cónyuge³². Con ello se conecta con la tradición vizcaína de prórroga indefinida del *«alkar-poderoso»*. Si así fuera –si el poder hubiera sido concedido hasta que el supérstite falleciera– la autoridad familiar de éste se vería enormemente reforzada, pues no sólo ostentaría la titularidad de la mitad de la comunidad que le pertenece, sino que, además, sería el representante y administrador de la otra mitad –la que comprende la herencia del premuerto– y tendría, de por vida, su usufructo. La finalidad de mantener unida y cohesionada la familia y su patrimonio, al menos durante el tiempo de vida del supérstite, se habría alcanzado en su plenitud mediante la combinación del régimen económico matrimonial de comunicación foral y el otorgamiento del poder testatorio a favor del viudo con carácter indefinido. Deberemos

³² Posibilidad que, hoy en día, y tras la entrada en vigor de la Ley 2/2003, debe entenderse extendida a las parejas de hecho.

tener en cuenta que el artículo 46 de la Ley vasca permite al comisario ejercitar el poder testatorio por actos *mortis causa*, sin más limitaciones que las impuestas por la ley al testador, lo que va a permitirle –si hace uso de esta facultad, y el «*alkar poderoso*» lo detenta vitaliciamente– disfrutar del conjunto del patrimonio del premuerto hasta el final de sus días.

El artículo 44 sigue afirmando que «*a falta de señalamiento de plazo, éste será de un año desde la muerte del testador, o desde la declaración judicial de su fallecimiento, si todos los sucesores fueren mayores de edad; en otro caso, desde que alcanzaren la mayoría de edad todos ellos, sin que sea suficiente, a estos efectos, la emancipación*». Es decir que, ante el silencio del comitente, debe entenderse que el plazo para poder designar sucesor –y, por tanto, para que, en su caso, se extinga el usufructo universal que hubiera podido corresponder al viudo– es de un año³³. Éste, dependiendo de si los descendientes comunes que sean sucesores del premuerto son o no mayores de edad, se contará o desde la muerte o declaración del fallecimiento del causante, o desde el momento en que el menor de esos descendientes cumple los dieciocho años. Llegado ese día se extingue el poder testatorio y, por ende, el usufructo universal. Digamos, sin embargo, que la extinción de este usufructo universal por la expiración del plazo establecido para su ejercicio, no es óbice para el mantenimiento de la legítima que corresponde al cónyuge conforme a lo prevenido en el artículo 58, si se dan los presupuestos para ello.

Habrà que tener en cuenta, también, que la Disposición Transitoria Tercera señala que si los poderes testatorios entre los cónyuges se otorgaron antes de la entrada en vigor de la Ley, la designación de comisario a favor del cónyuge implica la atribución del usufructo vitalicio aun después de utilizado el poder. Aun no existiendo plazo fijado por el comitente y, conforme a la arraigada tradición vizcaína, el deseo de conceder el usufructo con carácter universal debe entenderse implícito en aquellos poderes otorgados a favor del cónyuge antes del 7 de noviembre de 1992. Pero, además, el uso del poder en esos casos –y a diferencia de lo previsto con carácter general en el artículo 105– no extinguirá el derecho del viudo³⁴.

III. A.2.b) LA MUERTE, IMPOSIBILIDAD O INCAPACIDAD SOBREVENIDA DEL VIUDO

Si estas tres causas se producen con anterioridad a que el viudo haga uso del poder testatorio, éste se extinguirá. Y si el poder se extingue hay que con-

³³ GONZÁLEZ CARAZO, J. L., op. cit., pp. 446-447, califica este plazo de caducidad.

³⁴ Por otro lado, esta Disposición Transitoria no limita su alcance. Por ello, podría interpretarse que, en todo caso, existiendo un nombramiento de comisario a favor del viudo, con independencia del régimen económico matrimonial que lo rija y de la existencia de descendencia común, el supérstite gozará del usufructo universal. La Ley parece presumir, en estos supuestos, la existencia de un legado de usufructo universal de contenido parejo al previsto en su artículo 61.

siderar que también debe hacerlo el usufructo universal recogido en el artículo 105, puesto que para que éste entre en juego, el cónyuge debe tener la condición de comisario. Perdida ésta por declinación del poder, también decae el usufructo. En el caso de la muerte, la consecuencia deriva directamente de este hecho. En los otros dos supuestos se tratará de un efecto producido por la desaparición de las condiciones necesarias para desempeñar la labor de comisario. Y puesto que el usufructo va directamente ligado al ejercicio de tal función, la imposibilidad o la incapacidad para llevarla a cabo deben provocar su extinción³⁵. La capacidad que deberá tener el cónyuge comisario es la general para contratar y obligarse. Y, conforme a lo dispuesto en el artículo 34 de la Ley vasca, el momento relevante para valorarla será el del ejercicio del poder testatorio. Por tanto, si tras el otorgamiento del poder testatorio, y antes de su ejercicio, el supérstite es declarado incapaz, se producirá una causa sobrevenida que extinguirá el mencionado poder y, con ello, el usufructo.

III. A.2.c) *LA PRESENTACIÓN DE LA DEMANDA DE SEPARACIÓN, DIVORCIO O NULIDAD MATRIMONIAL*

El apartado 3 del artículo 48 de la Ley 3/1992 recoge un supuesto de extinción del poder específico para el caso del cónyuge comisario. En concreto, se trata de «*la presentación de la demanda de separación, divorcio o nulidad matrimonial después de otorgado el poder testatorio*».

Recordemos aquí que el artículo 59 de la Ley vasca determina la carencia de derechos sucesorios del consorte divorciado o separado por causa a él imputable. Y que, por otro lado, el artículo 58 refiere el derecho de usufructo legitimario al viudo; en consecuencia, se exige la vigencia de la relación en el momento de la muerte del cónyuge. Por tanto, la declaración de nulidad determinará también la inexistencia de esa legítima.

Para el caso del poder testatorio –y, por ende, para el del usufructo universal contemplado en el artículo 105– las exigencias son mayores. No será necesario que exista una sentencia firme de divorcio, nulidad o separación. Y, además, será indiferente la culpabilidad o inocencia del supérstite en esta última. Bastará con que cualquiera de los dos cónyuges haya presentado la demanda con posterioridad al otorgamiento del poder para que éste se entienda extinguido y no haya lugar para el usufructo universal contempla-

³⁵ GONZÁLEZ CARAZO, J. L., op. cit., pp. 451-452, considera que no existe causa de extinción del poder testatorio cuando existan varios comisarios y la muerte, incapacidad o imposibilidad no afecta a todos. Siendo esto cierto, en mi opinión, si el afectado es el comisario cónyuge, para él sí que se extinguirá el poder y, en consecuencia, también debe decaer el usufructo que a él va unido. Ello con independencia de que la posibilidad de designar sucesor por los demás comisarios pueda llevarse a efecto.

do en el artículo 105³⁶. Y ello con independencia del resultado final del pleito, porque lo que el legislador parece estar valorando es la confianza que debe reinar entre poderdante y apoderado. Sin embargo, si la concesión del poder ha sido posterior a la presentación de la demanda deberemos entender que el supérstite podrá hacer uso, en su momento, del poder testatorio³⁷. Y si, finalmente, en tal caso, el proceso no termina con sentencia que determine la nulidad o disolución del matrimonio, podrá también conservar el usufructo universal³⁸.

Si, pese a haberse extinguido el poder –y, por tanto, el usufructo–, se cumplen los presupuestos necesarios, podrá el viudo acceder a la legítima del artículo 58. Es decir, tendrá derecho a ella si finalmente no hay sentencia firme que declare la nulidad, divorcio o separación por causa a él imputable.

III. A.2.d) *LAS ULTERIORES NUPCIAS, LA VIDA MARITAL DE HECHO Y EL ALUMBRAMIENTO DE UN HIJO NO MATRIMONIAL*

También el número 4 del artículo 48 recoge un supuesto exclusivamente predicable del cónyuge comisario. En concreto establece que se extingue el poder testatorio de éste cuando «*contraiga ulteriores nupcias, lleve vida marital de hecho o tenga un hijo no matrimonial, salvo que el testador hubiera dispuesto expresamente lo contrario*».

Vemos que la causa de extinción del poder testatorio coincide, en parte, con la prevista en el último párrafo del artículo 58 en relación con la legítima usufructuaria del viudo, cuando dispone que el derecho se extingue «*en el caso de ulteriores nupcias o de unión marital de hecho o de que tuviere durante el matrimonio, o con posterioridad al mismo, un hijo no matrimonial, salvo que el testador haya dispuesto otra cosa*».

³⁶ En realidad nos encontramos ante un supuesto en el que el usufructo universal no llegaría a nacer puesto que la causa de extinción del poder testatorio se daría con anterioridad al fallecimiento del causante.

³⁷ Coincido con GONZÁLEZ CARAZO, J. L., op. cit., p. 452, en que si las demandas son anteriores al poder, no existe causa de extinción «*ya que el testador habría otorgado el poder a su cónyuge sabiendo que alguno de ellos ha presentado ya demanda de separación, divorcio o nulidad*».

³⁸ No hay que olvidar que el artículo 105 concede el usufructo del caudal al cónyuge viudo. Por tanto, si existiera sentencia de nulidad o divorcio –aun cuando se mantuviera el poder testatorio por haberse otorgado con posterioridad a la presentación de la demanda– no podrá accederse al usufructo por carecer de la condición de «viudo» en el momento de la muerte del causante. Sin embargo, en el supuesto de encontrarnos ante una demanda de separación presentada con anterioridad a la concesión del poder, aun cuando la sentencia acordara la separación, en mi opinión, deberá mantenerse el derecho del supérstite al usufructo universal, pues el vínculo no estaría disuelto y, por tanto, subsistiría la condición de «cónyuge viudo».

En consecuencia, las nuevas nupcias y la vida marital provocarán la extinción tanto de la legítima del viudo, como del poder testatorio que se le hubiera podido otorgar y el usufructo universal que a él iría acompañando.

La diferencia entre ambos preceptos la hallamos en la consideración del alumbramiento de un hijo no matrimonial. En mi opinión, lo relevante para la extinción del poder testatorio y el usufructo universal no es que el cónyuge tenga un hijo no matrimonial, sino que lo tenga sin conocimiento del causante. Si en el momento en el que el comitente nombra a su cónyuge comisario es conocedor de que éste tiene un hijo no matrimonial, y pese a ello le otorga el poder, no podrá alegarse que el alumbramiento produce la extinción puesto que, *de facto*, el causante habrá dispuesto expresamente dicho otorgamiento a pesar del conocimiento de la existencia de un hijo extramatrimonial de su consorte. Para que ésta tenga lugar, deberemos encontrarnos ante un hijo no matrimonial tenido con posterioridad al fallecimiento del causante, o, si es con anterioridad, con desconocimiento de éste. Sin embargo, el artículo 58 hace relevante la tenencia del hijo no matrimonial tanto antes, como después del matrimonio, y sin aludir al conocimiento que el causante pueda tener de los hechos³⁹. Si el premuerto quiere evitar tal resultado, así lo deberá establecer expresamente. En caso contrario, se producirá la extinción. Podríamos, por ello, encontrarnos con la extraña circunstancia de que existiendo un hijo no matrimonial anterior al otorgamiento de un poder testatorio, el viudo se viera excluido de la legítima usufructuaria del artículo 58 y, sin embargo, mantuviera el derecho más amplio –que, *de facto*, absorbe al anterior– del usufructo universal que pudiera corresponderle con base en el artículo 105 de la Ley vasca.

En los tres casos –nuevo matrimonio, vida marital de hecho, y tenencia de un hijo no matrimonial–, se admite que el causante impida la extinción de los derechos afectados si así lo dispone expresamente⁴⁰.

III. A.2.e) LA RENUNCIA

Esta causa de extinción del poder testatorio es común con la que prevé el artículo 513.4.º del Código civil como causa de extinción del usufructo

³⁹ Vid. las críticas a esa redacción en apdos. II. B.3 de CALDUCH GARGALLO, M., «Los derechos sucesorios del viudo en Vizcaya y Ayala (I). El usufructo legal del viudo en Vizcaya: naturaleza jurídica, requisitos y objeto», en *Estudios de Deusto*, Vol. 55/1, enero-junio 2007, y, sobre todo, II. B.3 de este artículo.

⁴⁰ Ésta parece ser la opinión de GONZÁLEZ CARAZO, J. L., op. cit., p. 453, con relación al poder testatorio –y, en consecuencia, debe entenderse también que con relación al usufructo universal–, criterio que comparto. Como dijimos ya en otro lugar, no es del mismo pensamiento en relación con la legítima del artículo 58.

CELAYA IBARRA, A., op. cit., p. 255, parece entender que esta posibilidad sólo cabe para el caso de tener hijos no matrimoniales. Ya manifesté, en su momento, mi desacuerdo con esta interpretación.

ordinario y que, conforme a lo indicado en su momento, también puede provocar la extinción de la legítima del viudo regulada en el artículo 58 de la Ley vasca, razón por la cual lo expresado entonces debe aplicarse aquí con las necesarias adaptaciones⁴¹.

Como dispone el artículo 39 de la Ley 3/1992 «*el cargo de comisario es, en todo caso, voluntario (...)*». Y, siendo esto así, es lógico que quepa su renuncia. Nada establece el artículo 48 sobre la forma en que debe prestarse pero, en mi opinión, bastará cualquier medio siempre que éste permita acreditar adecuadamente su voluntad inequívoca⁴².

En todo caso, la renuncia al poder determinará la extinción del usufructo universal que le acompaña, conforme al artículo 105, pero en modo alguno condiciona el derecho legitimario que pudiera corresponder al viudo.

III. A.2.f) LAS CAUSAS DE INDIGNIDAD PARA SUCEDER

La configuración de las causas de indignidad para suceder como determinantes de la extinción del poder testatorio en el artículo 48 pone de relieve la idea, antes apuntada, de la confluencia de objetivos entre el sistema de disolución previsto en el régimen de comunicación foral cuando existen hijos o descendientes comunes y se otorga el mencionado poder a favor del cónyuge –sobre todo si éste tiene carácter vitalicio–, y las instituciones viuales de otros ordenamientos forales. En concreto, el apartado 6 de este precepto dispone que se extingue el poder testatorio –y, en consecuencia, también el usufructo universal a él adherido– «*por incurrir el comisario, para con el causante o sus descendientes, en alguna de las causas que dan lugar a la indignidad para suceder*».

Ya hemos visto que la Ley 3/1992 no hace referencia a las causas de indignidad como provocadoras de la extinción del usufructo legal del artículo 58. Su aplicación la hemos tenido que deducir del carácter sucesorio de la institución. Pero afirmada esa naturaleza estrictamente sucesoria, que incide fundamentalmente en la satisfacción de intereses patrimoniales del supérstite, también dedujimos que la indignidad relevante para determinar esa extinción era aquella en la que incurría el viudo en relación con el causante. Dijimos entonces que lo que importaba al legislador era el comportamiento que había mantenido el supérstite con su pareja, y no cualquier otro tipo de actitud que pudiera referirse a otros miembros de la familia de éste⁴³.

A diferencia de lo anterior, la Ley sí se refiere a las causas de indignidad como causantes de la extinción del poder testatorio. Muy probablemente el

⁴¹ Vid. apdo. II. B. 4. d) de este trabajo.

⁴² GONZÁLEZ CARAZO, J. L., op. cit., pp. 453, admite, incluso, la renuncia tácita.

⁴³ Salvo –claro está– la que consistiera en el atentado contra la vida de descendientes y ascendientes del cónyuge, pues ésta sí que se encuentra prevista en el artículo 756.1 como determinante de la indignidad para suceder al propio causante.

legislador ha considerado necesario incluir expresamente esta referencia, dado que el otorgamiento del poder no atribuye, de por sí, directamente, un derecho sucesorio al apoderado y, en consecuencia, era conveniente aclarar su aplicación a este supuesto. Sin embargo, hemos de tener en cuenta que, para el caso de que el comisario sea el cónyuge, la concesión del poder sí que lleva aparejada la concesión de un derecho que, a nuestro juicio, es de naturaleza sucesoria, como es el caso del usufructo universal al que se refiere el artículo 105. Este hecho determinaría que, aunque no se hubiera previsto la indignidad como productora de la extinción del poder testatorio, a nuestro entender, hubiéramos tenido que contemplarla como determinante, al menos, de la pérdida del usufructo que aquel poder hace nacer para el viudo.

Pero lo que, en mi opinión, resulta realmente de destacar en la incorporación de esta causa de extinción es la referencia que en ella se hace a los descendientes del causante. Según dispone el artículo 48, el poder testatorio se extingue no sólo por incurrir en indignidad para con el causante, sino también por hacerlo con respecto a «*sus descendientes*». Con ello se introduce un elemento diferenciador con relación al normal funcionamiento de las causas de indignidad; circunstancia que, para el caso de que el comisario sea el cónyuge, incide en la finalidad familiar perseguida por la comunidad formada entre el supérstite y los hijos y descendientes comunes del causante, máxime cuando se nombra comisario al propio cónyuge, y aún más si el poder tiene carácter vitalicio. Si el supérstite es indigno con respecto a los hijos o descendientes del causante⁴⁴, no es sólo que no tenga capacidad para sucederles, sino que tampoco podrá mantener el poder que le confirió el premuerto para designar sucesor y, por ende, perderá el usufructo universal que pudiera estar ostentando sobre su patrimonio relicto. Vemos, por tanto, un cierto componente familiar en la combinación de estas tres instituciones⁴⁵, que las diferencia del estrictamente sucesorio que caracteriza a la legítima del artículo 58.

Siendo esto así, resultará que todas las causas de indignidad contempladas en el artículo 756 del Código civil determinarán la extinción del poder testatorio y, en consecuencia, provocarán que el usufructo universal que a él va unido o no llegue a nacer, o se extinga. No verá la luz el usufructo contemplado en el artículo 105 de la Ley vasca si la causa que provoca la extinción del poder testatorio tiene lugar con anterioridad al fallecimiento del causante⁴⁶. Y

⁴⁴ Hemos de entender que es indiferente que sean comunes o no, pues la ley no hace, en este caso, tal distinción.

⁴⁵ Régimen de comunicación foral habiendo hijos o descendientes comunes, poder testatorio y usufructo universal.

⁴⁶ Y, además, se producen o con posterioridad al otorgamiento del poder, o –en el supuesto de que lo sea con anterioridad a ese momento– con desconocimiento del poderdante, pues, de no ser así, debería entenderse que media el perdón a que se refiere el artículo 757 del Cc.

si, por el contrario, la indignidad se produce tras la muerte del consorte, por regla general, la extinción del poder llevará consigo la del usufructo universal que, en principio, ya habrá nacido. En mi opinión, para el caso que nos ocupa, se despejan todas las dudas que existen en el derecho sucesorio general sobre la viabilidad de la aplicación de las causas de indignidad producidas tras el fallecimiento del causante⁴⁷: si son relevantes para determinar la extinción del poder testatorio las causas de indignidad incurridas para con los descendientes del premuerto, es evidente que éstas pueden tener lugar una vez éste haya fallecido. Y no hay que olvidar que la extinción del poder testatorio lleva aparejada la del usufructo universal.

Una vez planteado cuándo las causas contempladas en el artículos 756 del Código civil privarán del acceso al usufructo universal y cuándo determinarán su extinción, no voy a hacer un recorrido exhaustivo sobre la relación recogida en ese precepto. Sí que conviene, sin embargo, referirse a aquellos casos cuya aplicación era dudosa para el supuesto de la legítima viudal contemplada en el artículo 58 de la Ley 3/1992, y que tienen consecuencias seguras sobre el usufructo universal referido en el 105 de esa misma Ley.

⁴⁷ Por ejemplo, DIEZ PICAZO, L., y GULLÓN BALLESTEROS, A., op. cit., p. 308, dice que «en los supuestos en los que la causa de indignidad se dé con posterioridad a la muerte del causante, no habrá incapacidad para suceder sino causa de la exclusión de la herencia si se ha aceptado ya (...)», pareciendo admitir, por tanto, la posibilidad de que las causas de indignidad sean relevantes aunque se produzcan tras el fallecimiento del causante. Sin embargo, en la pág. 311 de la misma obra afirma que la enumeración de las excepciones a la regla general fijada en el artículo 758 de que hay que atender al tiempo de la muerte de la persona cuya sucesión se trate «parece que cierra toda posibilidad de que existan otras causas de indignidad posteriores a su muerte», pero añade al final de esa misma página que parece admitirse «la hipótesis de que la causa de indignidad puede ocurrir una vez muerto el testador» en los casos de los números 1.º, 2.º, y 6.º del artículo 756. Por su parte, LACRUZ BERDEJO, J. L., «Indignidad e incapacidad», *Elementos de Derecho Civil V, Derecho de Sucesiones*, Ed. Bosch, Barcelona, 1988, p. 84, considera que la indignidad como tal no impide el acceso a la condición de heredero, sino que determina la resolución de esa posición. Es decir, para este autor, la indignidad funciona siempre como causa de extinción, puesto que el derecho a la herencia ya se habría adquirido. Ahora bien, en pág. 79, op. cit., reconduce la posibilidad de que las causas de indignidad se produzcan tras la apertura, o incluso aceptación de la herencia, al supuesto contemplado en el artículo 756.4.º. Sin embargo, en la pág. 84, parece admitir la opción de que se produzcan tras la muerte del causante, cuando dice que «(...) evidentemente hay delación cuando la causa de indignidad se produce tras la muerte del causante». No hay que olvidar que este autor defiende que la indignidad no impide que haya delación y, con esta última frase, nos quiere dejar claro que esto es aún más evidente en los casos en los que la causa se produce tras la muerte del causante. Por su parte, ALBALADEJO GARCÍA, M., *Curso de Derecho Civil. V Derecho de Sucesiones*, Ed. Bosch, Barcelona, 1982, pp. 88-89, sí que admite la posibilidad de que determinadas causas de indignidad se produzcan con posterioridad a la muerte del causante.

III. A.2.f) 1.º *EL ABANDONO, PROSTITUCIÓN O CORRUPCIÓN DE LOS HIJOS*

El primero de esos supuestos es el contemplado en el número 1.º del artículo 756 Cc, que es el que habla de la indignidad de «*los padres que abandonaren, prostituyeren o corrompieren a sus hijos*». Entendimos en su momento que esta causa no determinaba la incapacidad para adquirir la legítima viudal, puesto que estaba pensada para aquellos casos en los que los padres que han abandonado, prostituido o corrompido a sus hijos son llamados a la sucesión de éstos. Por ello, y entendiendo que la legítima del artículo 58 de la Ley vasca es un derecho sucesorio cuya finalidad es la de proteger al viudo de sus posibles necesidades económicas, y que no está concebida como un instrumento para el mantenimiento de la cohesión y la unidad familiar, concluimos su inaplicación para aquel supuesto.

La situación, sin embargo, es absolutamente diferente para el usufructo universal ligado al otorgamiento del poder testatorio. Y ello porque la indignidad para suceder al descendiente determina la extinción del poder; y produciendo este resultado debe también, o impedir el nacimiento, o extinguir el usufructo universal del artículo 105. Si el supérstite ha corrompido, abandonado o prostituido a los hijos o al resto de descendientes del causante, no sólo será indigno para suceder a éstos, sino que, conforme a lo dispuesto en el artículo 48.6 de la Ley 3/1992, verá extinguido el poder testatorio que le concedió el premuerto. Lo que ineludiblemente afectará a su posible derecho al usufructo universal.

III. A.2.f) 2.º *EL ATENTADO CONTRA LA VIDA DE ASCENDIENTES O DESCENDIENTES DEL CÓNYUGE, POSTERIORES A SU FALLECIMIENTO*

En relación al número 2.º del artículo 756, también defendimos que el único supuesto que no funcionaba como una causa determinante de que el derecho del viudo al usufructo legitimario del artículo 58 no llegara a nacer, era el de los atentados contra la vida de los ascendientes o descendientes del cónyuge⁴⁸ llevados a cabo tras el fallecimiento de éste. Dijimos que, en tales supuestos, el viudo ya había entrado en posesión de los bienes usufructuados puesto que era capaz en el momento de la apertura de la sucesión; y, por tanto, el posterior atentado contra la vida de los ascendientes o descendientes del premuerto no habrían impedido su acceso al usufructo. Para concluir que, al menos, sí debían provocar su extinción, tuvimos que considerar que esa conducta resultaba tan reprochable se hubiera realizado antes o después del fallecimiento del causante y que, en consecuencia, no resultaba razonable concluir lo contrario⁴⁹.

⁴⁸ Al que asimilábamos, en aquel supuesto, el compañero de la pareja estable.

⁴⁹ Vid. apdos. II. B.4.b) de CALDUCH GARGALLO, M, «Los derechos sucesorios del viudo en Vizcaya y Ayala (I). El usufructo legal del viudo en Vizcaya: naturaleza jurídica, requisitos y objeto», en *Estudios de Deusto*, Vol. 55/1, enero-junio 2007, y II. B.5.a) de este artículo.

El problema es radicalmente diferente en el caso que nos ocupa, y la solución ofrecida por el artículo 48 de la Ley vasca elimina cualquier tipo de duda sobre el efecto extintivo que los atentados contra los ascendientes o los descendientes del cónyuge, producidos tras el fallecimiento de éste, producen sobre el poder testatorio y, por ende, sobre el usufructo universal que necesariamente le acompaña.

Así, y en virtud del propio artículo 48, la indignidad en relación con los descendientes del causante –se produzca antes o después del fallecimiento de éste– determina la extinción del poder testatorio, perdiéndose, con ello, la condición de comisario, e impidiéndose así la aplicación del segundo párrafo del artículo 105. Por ello, el atentado contra la vida de esos descendientes –ratificado por la correspondiente condena en juicio como exige el artículo 756.2.º– necesariamente producirá ese resultado. Pero, además, el atentado contra los ascendientes de ese descendiente del cónyuge –que son también los ascendientes de éste– producirá ese mismo resultado, puesto que, conforme al 756.2.º, esas acciones hacen a su autor indigno de suceder a los descendientes y, por tanto, de acuerdo con el artículo 48.6 de la Ley vasca, provocan la extinción del poder testatorio otorgado por el premuerto y el fin del usufructo universal. En definitiva, la relevancia de los atentados contra los descendientes del cónyuge, y también la de los llevados a cabo contra sus ascendientes (por serlo también de sus descendientes), deriva directamente de la previsión del artículo 48 de la Ley 3/1992: si el poder testatorio (y el correspondiente usufructo universal) se extingue por incurrir en causa de indignidad con respecto a los descendientes del cónyuge, los atentados contra la vida de ese descendiente –y también los atentados contra sus ascendientes conforme al artículo 756.2.º del Código civil– provocarán esa extinción.

III. A.2.f) 3.º *LAS DEMÁS CAUSAS DE INDIGNIDAD*

Con respecto al resto de las causas de indignidad, su funcionamiento como determinantes de la extinción del poder testatorio –y por tanto, del usufructo universal– es similar al que tienen como provocadoras de la frustración del nacimiento de la legítima del artículo 58 de la Ley vasca. Por ello, nos remitimos para su estudio a lo dicho con relación a ésta. Únicamente hay que hacer hincapié en las dos características específicas de su configuración:

- 1.º) La primera, que el artículo 48 determina que no solamente sea relevante la indignidad del viudo con respecto al premuerto, sino también aquella que se refiera a los descendientes de éste. Por lo tanto, no sólo se extinguirá el poder –provocando los ineludibles efectos sobre el usufructo universal a él unido– cuando el cónyuge comisario hubiera acusado calumniosamente al causante de un delito castigado con pena grave de prisión, sino también cuando tal declaración se hubiera referido a alguno de sus descendientes. Y lo mismo cabe

decir de la falta de denuncia de la muerte violenta, o de la utilización de la amenaza, fraude o violencia para obligar a hacer testamento, cambiarlo, revocarlo, impedir hacerlo, o suplantarlo, ocultarlo o alterarlo. O de la no prestación de las atenciones debidas reguladas en los artículos 142 y 146 del Código civil con respecto al cónyuge o a un descendiente discapacitado. Todas estas conductas producen el resultado de la extinción del poder testatorio –y su correspondiente consecuencia sobre el usufructo universal – ya se refieran al propio consorte premuerto, ya se refieran a cualquiera de sus descendientes. Recordemos que, en el caso de la legítima viudal, la indignidad relevante era la del supérstite en relación con su cónyuge, pero no la que pudiera existir con respecto a otros miembros de la familia.

- 2.º) La segunda característica peculiar del funcionamiento de las causas de indignidad en el artículo 48 se encuentra estrechamente ligada a la anterior. Si resulta relevante la indignidad con respecto a los descendientes, aquellos actos que quepa calificar de indignos respecto a éstos que se produzcan tras el fallecimiento del causante deben necesariamente provocar la extinción del poder y del usufructo universal. Con ello se supera, en cierta medida, la polémica doctrinal existente sobre la trascendencia de las causas que se hubieran llevado a cabo tras la muerte del causante. El legislador vasco ha entendido que, al menos, determinados comportamientos ejecutados una vez fallecido el consorte deben provocar la pérdida del poder y del derecho. Si se llevan a cabo antes de la muerte del cónyuge, impedirán el nacimiento del usufructo universal y, si tienen lugar tras ella, darán lugar a su extinción. No existe, por tanto, duda alguna de que ciertos comportamientos posteriores al fallecimiento del causante tienen relevancia sobre la pervivencia de este derecho.

III. A.2.g) *LAS CAUSAS PREVISTAS EN EL PODER*

El número 7 del artículo 48 de la Ley 3/1992 hace referencia a las causas fijadas por el propio comitente en el poder, como determinantes de la extinción. De la misma forma que el artículo 44 le permite señalar un plazo para su ejercicio –transcurrido el cual debe entenderse extinguido–, también se le permite fijar las condiciones y parámetros que estime convenientes para encauzar el uso del poder. Así, el causante puede señalar otras causas de extinción diferentes a las fijadas por la propia ley que provoquen la extinción del poder y que, en consecuencia, frustren el nacimiento del usufructo viudal o causen su extinción si es que su alumbramiento ya había tenido lugar.

III. A.2.h) *LA REVOCACIÓN*

Es el número 8 y último de la ley el que se refiere a la revocación como causa de extinción del poder. Se trata de una causa de extinción que es

común al resto de apoderamientos. Si existe la posibilidad de revocar cualquier tipo de mandato, también debe caber esa opción con el poder testatorio.

El precepto no exige una forma específica para la revocación, razón por la cual deberá admitirse cualquier medio para llevarla a cabo, siempre y cuando quede constancia de la voluntad incontrovertible del causante en este sentido⁵⁰.

III.B. *Una referencia al usufructo poderoso del Fuero de Ayala*

El artículo 140 de la Ley del Derecho civil del País Vasco, ubicado dentro del Título I del Libro II que es el dedicado al Fuero de Ayala⁵¹, dispone que *«el usufructo poderoso atribuye al usufructuario, además del contenido propio del derecho de usufructo, la facultad de disponer a título gratuito, “inter vivos” o “mortis causa”, de la totalidad o parte de los bienes, a favor de todos o algunos de los hijos o descendientes del constituyente del usufructo»*.

Partiendo de esta descripción, vemos que el llamado usufructo poderoso del Fuero de Ayala tiene importantes concordancias con el poder testatorio cuando éste es otorgado a favor del cónyuge en el caso de matrimonio con descendencia común que se rige por el régimen económico matrimonial de comunicación foral. Sin embargo, como vamos a ver a continuación, entre ambas instituciones existen también importantes diferencias.

La primera diferencia que observamos se encuentra en el papel de la voluntad del causante sobre la atribución del usufructo. En el caso vizcaíno, el premuerto ha procedido a nombrar comisario al consorte, y por este solo hecho la Ley determina en su artículo 105 que, salvo disposición contraria del propio testador, el viudo tendrá la administración y representación del caudal hereditario hasta que no se acepte la herencia por aquellos que hayan sido designados sucesores por el comisario. Asimismo, tendrá el usufructo de todo el caudal mientras no haga uso del poder testatorio. En el caso ayalés, sin embargo, es el propio causante el que atribuye el usufructo y la facultad de disposición; es decir, el usufructo no es una consecuencia que deduzca la Ley del otorgamiento del poder y la existencia de un régimen de comunicación foral –como ocurre en Vizcaya– sino que lo concede directamente el causante.

Una segunda divergencia la encontramos en el titular del derecho. En el caso vizcaíno el usufructo universal únicamente corresponde al cónyuge⁵². Sin

⁵⁰ Vid. GONZÁLEZ CARAZO, J. L., op. cit., p. 454, quien se refiere a las capitulaciones matrimoniales, pacto sucesorio, testamento notarial, ológrafo e incluso *«hil-buruko»*.

⁵¹ Conforme al artículo 131, el Fuero de Ayala se aplica en todo el término de los municipios de Ayala, Amurrio y Okondo, y en los poblados de Mendieta, Retes de Tudela, Santa Coloma y Sojoguti, del municipio de Artziniega.

⁵² Y, como hemos dicho repetidamente, no a todo cónyuge sino sólo al casado en régimen de comunicación foral con descendencia común con el premuerto.

embargo, en derecho ayalés, puede recaer en cualquier persona con independencia de los vínculos familiares que le relacionen con el constituyente. Podemos decir que, con ello, se desvincula esta institución del componente familiar que históricamente la había caracterizado, y se refuerza su esencia sucesoria⁵³. Por lo tanto, este usufructo no es una institución específica del viudo ayalés sino que alcanza a cualquier persona que pueda ser designada por el causante. Incluyendo, también, al miembro «viudo» de la pareja de hecho.

La tercera diferencia se encuentra en el ámbito personal de aquellos que pueden resultar destinatarios de los bienes que componen el caudal hereditario. En el caso del poder testatorio vizcaíno, el comisario puede disponer de los mismos bienes con las mismas atribuciones que el causante. Debe respetar las legítimas establecidas en los artículos 55 y 56, y la troncalidad del artículo 57, pero puede distribuir libremente los bienes entre los sucesores forzosos, atribuyendo todo a uno y apartando a los demás. Y, por supuesto, podrá atribuir los bienes de libre disposición como tenga por conveniente. Sin embargo, en el caso del usufructo poderoso, si nada establece el causante, solamente podrá disponerse entre los hijos y descendientes de éste. Y sólo si expresamente así lo ha establecido el premuerto, conforme al artículo 141, podrá atribuir bienes a otras personas que estén fuera de ese grupo, pero siempre y cuando sean de las señaladas por el causante.

Dado que la institución de la que estamos hablando no es exclusiva del viudo y, además, no es consecuencia de una atribución legal sino de la voluntad del causante, no vamos a profundizar más sobre ella, pues su ámbito queda fuera de lo que perseguimos con este estudio.

III. C. *El legado de usufructo universal*

Aun cuando el objeto de este trabajo es analizar las fórmulas previstas por la Ley para proteger al viudo al margen de la voluntad del causante –caso de la legítima del artículo 58–, o dependiendo de ésta pero como consecuencia de una previsión estrictamente legal –supuesto del usufructo universal concedido por la Ley en su artículo 105 si el causante hubiera decidido nombrar comisario al cónyuge–, resulta necesario realizar una escueta referencia a la figura del legado. Y ello por dos razones fundamentales: la de la equiparación que la ley establece sobre las causas de extinción de este legado con las establecidas para el usufructo legitimario; y la de la conexión del origen de su previsión legal, con los inconvenientes que puede presentar el otorgamiento del poder testatorio⁵⁴.

⁵³ ANGOITIA GOROSTIAGA, V. y GALICIA AIZPURÚA, G., «Las legítimas y la libertad de disposición en la Ley del Derecho civil del País Vasco», en VV.AA., *Derechos Civiles de España*, Volumen I, Ed. Aranzadi. 2000, p. 381.

⁵⁴ Resulta, además, curiosa la ubicación legal de la regulación de este legado dentro del capítulo II, del Título III, que se refiere a la sucesión forzosa, siendo que el derecho que por

En este segundo sentido, una de las principales críticas que ha recibido el *alkar poderoso* como institución foral que permite el mantenimiento del usufructo universal sobre los bienes del premuerto, y su representación y administración, mientras no se hiciera uso del poder, era la de fomentar el no ejercicio de éste. Si el cónyuge superviviente mantiene el usufructo únicamente en el supuesto de que no proceda a designar sucesor, será muy probable que se retraiga de llevar a cabo tal designación y retrase dicha decisión hasta su propio testamento. Con el fin de permitir compaginar el nombramiento de sucesor, con el otorgamiento de un usufructo universal que proteja al viudo ante la nueva situación generada por el fallecimiento de su consorte, sin necesidad de designarle comisario, la Ley de Derecho civil del País Vasco posibilita en su artículo 61 legar ese derecho de uso y disfrute, con independencia de que se haya nombrado o no comisario al cónyuge⁵⁵. Hay que tener en cuenta, además, que el otorgamiento de un legado de usufructo universal es perfectamente viable, en nuestra opinión, en el caso de que la relación entre causante y legatario no tenga carácter conyugal sino que responda a la constitución de una pareja de hecho conforme a los parámetros de la Ley 2/2003, de 7 de mayo. No hay que olvidar que el artículo 9 de esta norma equipara éstas a las casadas con relación al régimen sucesorio y, por tanto, sirve de soporte al otorgamiento de tal legado en favor del miembro superviviente de la pareja estable. Insistimos, no obstante, en la conveniencia de proceder a una nueva redacción de los preceptos de la Ley del Derecho Civil Foral del País Vasco afectadas por la Ley de 2003.

En concreto, dispone ese precepto que *«el testador podrá legar a su cónyuge el usufructo universal de sus bienes, que se extinguirá por las mismas causas que la legítima del artículo 58. Este legado será incompatible con el legado de la parte de libre disposición, pero si el testador los dispusiere de modo alternativo, la elección corresponderá al cónyuge viudo»*. Conviene

él se concede no es una imposición de la Ley al testador sino que es el resultado directo de la voluntad del causante. Quizá el hecho de su incompatibilidad con el legado de la parte de libre disposición y la obligación impuesta por el legislador al viudo de tener que elegir entre uno de los dos en caso de que el testador los haya dispuesto de modo alternativo, puedan motivar la decisión de tratar aquí un asunto como éste.

⁵⁵ Así lo ponen de relieve CELAYA IBARRA, A., «Comentarios al artículo 105 de la Ley del Derecho civil foral del País Vasco», en ALBALADEJO, M. y DÍAZ ALABART, S., *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, T. XXVI, Edersa, Madrid, 1997, p. 478, y GONZÁLEZ CARAZO, J. L., «El poder testatorio y el testamento por comisario en el Derecho foral de Vizcaya», en VV.AA., *Derechos Civiles de España*, Volumen I, Ed. Aranzadi. 2000, pp. 438-439. Por su parte, ANGOITIA GOROSTIAGA, V., y GALICIA AIZPURÚA, G., op. cit., pp. 396-397, consideran esta figura como una *«innovación que amplía el ámbito de la libre disposición del causante vizcaíno (...) a fin de consolidar la situación material del cónyuge superviviente en todos aquellos supuestos en que, por ser otro el régimen de bienes del matrimonio, la disolución de éste por muerte de uno de los cónyuges no conlleva la consolidación de la comunicación foral»*.

resaltar que el posible usufructo que puede atribuirse al consorte –o al miembro de la pareja estable asimilado a él– con base en este precepto no se encuentra limitado –como ocurre en el que acompaña al poder testatorio– a los supuestos en los que el matrimonio se rige por el régimen de comunicación foral de bienes y deja, a la muerte de uno de ellos, descendencia común. El legado de usufructo universal es posible concederlo a cualquier cónyuge, con independencia de si se ha pactado un régimen económico de separación de bienes u otro cualquiera diferente al previsto por la ley en defecto de acuerdo. Y también, como hemos visto, es posible concederlo al compañero de la pareja de hecho.

En principio, nada impide que el legado conceda el derecho con carácter temporal. En tal caso, a mi juicio, la extinción del usufructo por el transcurso del plazo de concesión debe dar paso al mantenimiento del derecho de uso y disfrute sobre la mitad de todos los bienes del causante o sobre los dos tercios de ellos, dependiendo de si existen o no ascendientes o descendientes con los que se concurra en la sucesión. Esto debe ser así porque la única incompatibilidad explícitamente declarada por el artículo 61 es la del legado que en él se contempla con el de la parte de libre disposición. No se trata, por tanto, de que el sucesor deba optar entre la legítima y el legado de usufructo universal: el primer derecho forma parte de la sucesión forzosa y, en consecuencia, debe respetarse en el caso de que el usufructo universal tenga límite temporal. Pero si el legado se otorga con carácter vitalicio, la incompatibilidad con la legítima del artículo 58, es absoluta, dado que su amplio contenido absorbe el más restringido de esta última.

Quizá sea esta estrecha relación entre la legítima del viudo y el legado de usufructo universal la que haya determinado que las mismas causas que dan lugar a la extinción de la primera, sean recogidas por el artículo 61 como determinantes de la pérdida del segundo. Esta absoluta equiparación se fundamenta en la idéntica razón de ser de ambas instituciones: la fidelidad y confianza mutua que debe regir la relación de la pareja⁵⁶ y la necesidad de proteger al viudo ante la nueva situación económica que le puede generar el fallecimiento de su cónyuge o compañero. Por ello, las nuevas nupcias, la unión marital de hecho o el alumbramiento de hijos no matrimoniales provocan la extinción tanto de la legítima viudal como del legado de usufructo universal. Para su estudio reconduzco al lector a lo dicho al hablar de los supuestos y las causas de extinción del usufructo legitimario⁵⁷.

⁵⁶ Vid. CELAYA IBARRA, A., «Comentarios al artículo 61 de la Ley del Derecho civil foral del País Vasco», en ALBADALEJO, M., y DÍAZ ALABART, S., *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, T. XXVI Edersa, Madrid, 1997, p. 262.

⁵⁷ Vid. Apdos. II. B.3 de CALDUCH GARGALLO, M., «Los derechos sucesorios del viudo en Vizcaya y Ayala (I). El usufructo legal del viudo en Vizcaya: naturaleza jurídica, requisitos y objeto», en *Estudios de Deusto*, Vol. 55/1, enero-junio 2007, y II. B. 1, 2 y 3 del presente trabajo.

Pero la ley introduce un motivo más que puede dar lugar a la extinción del legado. Esta causa añadida queda a disposición de la voluntad del viudo, quien puede elegir entre conservarlo o darlo por extinguido si sus preferencias se orientan hacia el legado de la parte de libre disposición. En concreto, la norma dice que *«es incompatible con el legado de la parte de libre disposición, pero si el testador los dispusiere de modo alternativo la elección corresponderá al cónyuge viudo»*⁵⁸. De la lectura de este texto, parece desprenderse que la posibilidad de opción del supérstite únicamente existirá en el caso de que el premuerto hubiera previsto ambos legados de modo alternativo. Sin embargo, en mi opinión, no hará falta que el testador haga una expresa disposición de forma alternativa. El simple hecho de que haya previsto un legado de usufructo universal y otro de la parte de libre disposición, ambos a favor del viudo –aunque lo hubiera previsto de forma acumulativa– obligará a éste a tener que ejercitar la opción. De otra manera no puede resolverse la incompatibilidad que, en todo caso, opera entre ambos legados, según el tenor literal del precepto.

Hay que recordar aquí que, según el artículo 55 de la Ley 3/1992, los bienes de libre disposición en Derecho vizcaíno alcanzan a una quinta parte de la totalidad de los bienes del testador si existen descendientes y si hay bienes no troncales suficientes para cubrir tal porcentaje. Si no hay descendientes, pero sí ascendientes, dispone el artículo 56 que los bienes de libre disposición alcanzan la mitad del caudal hereditario, siempre que esos bienes no sean troncales. Todo ello determinará que, según sea el importe de los bienes de libre disposición, pueda interesar más o menos al viudo ejercitar la opción sobre un legado u otro.

IV. Conclusiones

A continuación vamos a realizar una recapitulación sobre las principales conclusiones a las que hemos llegado en este artículo y que –no lo olvidemos– son una continuación de las ya expresadas en el precedente artículo publicado en esta misma revista sobre la naturaleza jurídica, requisitos y objeto del usufructo vidual legal de Vizcaya.

- En relación con la extinción del usufructo vidual legal, lo primero que cabe destacar es que ni todas las causas contempladas en el artículo 58 de la Ley 3/1992 pueden catalogarse como extintivas del derecho (pues tener un hijo no matrimonial durante la vigencia del matrimonio es un hecho que necesariamente se produce antes de que el derecho de usu-

⁵⁸ Referencia que deberá entenderse que incluye al miembro supérstite de la pareja de hecho.

fructo viudal haya surgido y, en consecuencia, no es una causa de extinción de éste, sino un elemento impeditivo de que el derecho mismo llegue a nacer), ni son sólo las allí recogidas las que pueden provocar la extinción (pues debe también considerarse la posible aplicación de las causas de extinción del usufructo ordinario contempladas en el artículo 513 del Código civil, y las causas de indignidad del artículo 756 del mismo texto legal).

- Con respecto al análisis concreto de las causas, la primera de las que habla el artículo 58 de la Ley 3/1992, es la de contraer nuevas nupcias. En relación con este tema hemos defendido la posibilidad de que el premuerto haya podido disponer en sentido contrario al efecto extintivo según la referencia recogida en el inciso final del último párrafo del artículo 58 que entendemos aplicable a todos los supuestos previamente enumerados. También hemos afirmado que lo que efectivamente determina la extinción del derecho es el acto de celebración del matrimonio, con independencia de que éste, posteriormente, fuera declarado nulo.
- El mismo tratamiento que las nuevas nupcias recibe la unión marital de hecho. En nuestra opinión, la unión marital no debe quedar reducida, en este caso, a la relación de pareja de hecho regulada por la Ley 2/2003, sino a cualquier otra siempre y cuando pueda probarse su existencia y el momento a partir del cual funciona como tal relación estable.
- También dice el apartado 5.º del artículo 58 que el derecho de usufructo del cónyuge viudo se extingue en el caso de que durante el matrimonio o con posterioridad a él se tenga un hijo no matrimonial. Ya hemos dicho al respecto que si se tiene durante el matrimonio, en realidad, no estamos ante una causa de extinción sino ante el incumplimiento de un requisito necesario para que el derecho llegue a nacer. También hemos destacado lo desafortunado de la redacción del precepto que debería haber hablado no de tener un hijo con posterioridad «al matrimonio», sino de tenerlo con posterioridad «a la disolución del matrimonio». Además también hemos puesto de relieve que la redacción vigente atiende al momento del alumbramiento del hijo, lo que puede provocar determinadas situaciones paradójicas que se hubieran evitado si el punto de referencia no fuera el del alumbramiento sino el de la concepción. Por último, como hemos puesto de relieve en los dos casos anteriores, el premuerto también puede disponer que no se produzca el resultado extintivo del derecho de usufructo como consecuencia de tener el supérstite un hijo no matrimonial.
- En relación con las causas de extinción del usufructo ordinario contempladas en el artículo 513 del Código civil, entendemos que la muerte del supérstite provoca la extinción del usufructo legal del viudo, no transmitiéndose el derecho a sus sucesores, sino a los que lo eran del

- viudo. Y el mismo resultado produce la declaración de fallecimiento, si bien teniendo en cuenta la aplicación de lo preceptuado en el artículo 197 del Cc.
- No parece, sin embargo, que tenga aplicación al caso del usufructo legal del viudo la expiración del plazo o el cumplimiento de la condición resolutoria (art. 513.2.º Cc) que no puede ser condicionado ni limitado temporalmente por el causante.
 - En cuanto a la consolidación de la nuda propiedad, efectivamente puede suceder que usufructo y nuda propiedad pasen a coincidir en unas únicas manos, dando como resultado la extinción del derecho si bien lo que se extinguirá propiamente será el usufructo sobre los bienes concretos que hayan sido objeto de consolidación y no el usufructo viudal en general.
 - La renuncia al derecho, para que sea efectiva como extintiva de éste debe, en mi opinión, expresarse de forma explícita y a través de un medio que pueda resultar suficiente para demostrar su validez, ya sea escritura pública, ya sea otro tipo de documento con fuerza probatoria con arreglo a los artículos 326 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil.
 - La pérdida total de la cosa determinará la extinción del usufructo viudal en su conjunto únicamente cuando afecte a la totalidad de los bienes usufructuados.
 - En cuanto a la resolución del derecho del constituyente, se trata de que nadie puede transmitir a otro más derechos de los que él mismo tiene. Al igual que la causa anterior, es un supuesto de extinción de usufructo sobre bienes determinados.
 - Entendemos, por último, que el viudo puede enajenar o gravar su derecho si esto le resulta provechoso puesto que su finalidad es la de ampararle económicamente. En consecuencia, siendo un derecho enajenable y gravable, hemos considerado que es prescriptible, siendo los plazos para reclamarlo los señalados en el art. 1961 y siguientes del Cc.
 - En cuanto a la aplicación de las causas de indignidad al usufructo viudal, ya fue tratada su aplicación como excluyente del derecho al hablar de sus requisitos en el precedente artículo publicado en esta misma revista sobre la naturaleza jurídica, requisitos y objeto del usufructo viudal legal de Vizcaya. Como determinantes no de la exclusión sino de la extinción del derecho ya nacido podemos decir lo siguiente:
 - a) En cuanto al atentado contra la vida, el único supuesto que no funciona como excluyente sino como extintivo del derecho ya nacido es el del atentado contra los ascendientes o descendientes del causante producidos con posterioridad al fallecimiento de éste.
 - b) La falta de denuncia de la muerte violenta del cónyuge o compañero sólo funciona como extintiva del derecho cuando el conocimiento de ella por parte del supérstite se produce una vez ha entrado en

- la posesión de los bienes. En caso de que ese conocimiento hubiera tenido lugar en un momento anterior funcionaría como excluyente del derecho por lo que éste no habría llegado a nacer.
- c) La suplantación, ocultación o alteración del testamento sólo tendrán trascendencia como extintivas del derecho ya nacido cuando tengan lugar tras el fallecimiento del cónyuge o compañero; en los demás casos habrán provocado que el derecho no llegue a nacer.
- d) Los demás supuestos contemplados en el artículo 756 del Cc, o no tienen aplicación para el caso del usufructo legal del viudo (supuesto del 756.1), o sólo tienen trascendencia, por su propia idiosincrasia, como excluyentes del derecho.
- Por lo que se refiere al usufructo universal del poder testatorio, entendemos que su virtualidad sólo se da cuando la relación del premuerto con el viudo era matrimonial (no, por tanto, en los casos de pareja de hecho reguladas por la Ley 2/2003), habiéndose generado hijos comunes entre ambos y cuyo régimen económico matrimonial fuera el de comunicación foral. Pues bien, en estos casos, si el testador hubiera nombrado comisario al viudo, éste tendrá un usufructo que ya no se encuentra limitado a la mitad o los dos tercios de los bienes del causante –como ocurría en el usufructo del artículo 58 de la Ley 3/1992– sino que abarca la totalidad de sus bienes con lo que se consigue dotar al viudo de un instrumento fundamental para la defensa de los intereses familiares. Y esa posición la mantendrá mientras el comisario no designe sucesor en la herencia del causante.
- El usufructo viudal derivado del poder testatorio se extingue –como acabo de decir– por la designación del sucesor y, además, por una serie de causas contempladas en el artículo 48 de la Ley 3/1992 en virtud de las cuales el propio poder del que se deriva el usufructo también se extingue. Sobre estas causas hay que destacar lo siguiente:
- a) Sobre la fijación del plazo para ejercer el poder: el legislador ha previsto la posibilidad de que el poder tenga carácter vitalicio cuando así lo haya decidido el testador y el comisario sea el cónyuge, situación que enlaza con la tradición vizcaína de prorroga indefinida del *alkar-poderoso*. Si el causante no hubiera señalado plazo debe entenderse que éste será el de un año a contar desde su muerte o la declaración de su fallecimiento si los sucesores fueran mayores de edad, o en otro caso, desde que todos ellos alcanzaran la mayoría de edad.
- b) Sobre la muerte, imposibilidad o incapacidad sobrevenida del viudo: si estas causas se dan antes del ejercicio del poder testatorio, éste quedará extinguido y también lo hará el usufructo universal recogido en el artículo 105 de la Ley 3/1992, puesto que para que éste se mantenga el cónyuge debe tener la condición de comisario.
- c) Frente al requisito genérico para que el supérstite pueda acceder a los derechos sucesorios de que los cónyuges no se encuentren divor-

ciados o separados por causa imputable al viudo, la Ley introduce mayores exigencias en el caso del poder testatorio y, por tanto, del usufructo universal que lo acompaña. En este caso no será necesario que exista una sentencia firme de nulidad, divorcio o separación, sino que bastará con que cualquiera de los dos cónyuges haya presentado la demanda con posterioridad al otorgamiento del poder para que éste se extinga y, por tanto, no haya lugar al usufructo. Y ello con independencia de la culpabilidad o inocencia del superviviente. Ahora bien, si el poder testatorio se ha otorgado con posterioridad a la presentación de la demanda, el apoderado podrá hacer uso de él en su momento y, si, finalmente, no hubiera recaído sentencia de nulidad ni divorcio, también podrá acceder al usufructo universal.

- d) Salvo que el testador hubiera dispuesto lo contrario, las nuevas nupcias y la vida marital de hecho provocan la extinción tanto de la legítima del viudo como del poder testatorio que se le hubiera podido otorgar y del usufructo universal que a él iría acompañado. El número 4 del artículo 48 habla también de la extinción como consecuencia de tener un hijo no matrimonial. En mi opinión, lo relevante para la extinción del poder testatorio no es que el cónyuge tenga un hijo no matrimonial, sino que lo tenga sin conocimiento del causante, ya sea por haberlo tenido con posterioridad a su fallecimiento, en cuyo caso provocará la extinción del usufructo universal, ya sea porque habiéndolo tenido con anterioridad, el causante lo desconocía, en cuyo caso se puede decir que el derecho al usufructo universal no habrá llegado a nacer. El tratamiento en este punto es diferente al que efectúa el artículo 58 en relación con la extinción de la legítima usufructuaria, lo que literalmente podría llevar a la extraña circunstancia de que, existiendo un hijo no matrimonial anterior al otorgamiento de un poder testatorio, el viudo se viera excluido de la legítima del artículo 58 y, sin embargo, mantuviera el más amplio derecho del usufructo universal que pudiera corresponderle en virtud del artículo 105.
- e) Al contrario de lo que sucede en el artículo 58 de la Ley 3/1992 en relación con el usufructo legal del viudo, el artículo 48 menciona expresamente que el poder testatorio –y, en consecuencia, el usufructo universal a él ligado– se extingue por incurrir el comisario en causa de indignidad para suceder. Es de destacar en este punto que la ley hace relevante no sólo la indignidad del comisario en relación con el causante sino también la indignidad en relación con sus descendientes, circunstancia que para el caso de que el comisario sea el cónyuge incide en la finalidad familiar perseguida por el régimen de comunicación foral. Del estudio que hemos realizado hemos concluido que todas las causas de indignidad (incluida la del 756.1 del

Código civil) van a resultar relevantes a la hora de determinar la extinción del poder testatorio, y que este hecho puede originar o que el usufructo universal no llegue a nacer –supuesto en que la causa de indignidad tenga lugar con anterioridad al fallecimiento del causante– o que se extinga –caso de que la causa de indignidad tenga lugar después de su muerte–, posibilidad esta última que tiene absoluto respaldo en el tenor literal del artículo 48.6 de la Ley foral.

- El artículo hace también referencia al usufructo poderoso del Fuero de Ayala, institución que tiene concordancias con el poder testatorio pero que también mantiene diferencias con esa figura. La primera de ellas radica en que el usufructo que aquí se concede no es una consecuencia que la ley deduzca del otorgamiento de un poder, sino que lo concede directamente el causante. La segunda estriba en que el usufructo ayalés puede recaer en cualquier persona, con independencia de sus vínculos familiares con el causante. Además, en el caso del Fuero de Ayala, la facultad de disponer atribuida al usufructuario sólo lo es en favor de los hijos y descendientes del causante, salvo previsión expresa del premuerto conforme al artículo 141 de la Ley 3/1992.
- Por último se ha querido también dejar constancia de la previsión por parte del artículo 61 de la Ley de Derecho civil del País Vasco del denominado legado de usufructo universal, figura que va a depender de la voluntad del causante pero que tiene la virtualidad –frente al poder testatorio– de permitir compaginar el nombramiento de sucesor, con el otorgamiento de un usufructo universal a favor del viudo y de poder extender su aplicación a un abanico de supuestos más amplios que los acogidos bajo el usufructo universal derivado de aquel poder, tales como los matrimonios no regidos por el régimen económico matrimonial de comunicación foral, o las relaciones de pareja de hecho acogidas a la Ley 2/2003.

V. Bibliografía

- ALBALADEJO GARCÍA, M., *Curso de Derecho Civil. V Derecho de Sucesiones*, Ed. Bosch, Barcelona, 1982, pp. 82-88.
- , «Comentarios a los artículo 756, 757 y 758 del Código Civil», en ALBALADEJO M., *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, dirigidos por, T. X, vol. 1.º, Edersa, Madrid, 2001 pp. 196-254.
- ANGOITIA GOROSTIAGA, V. y GALICIA AIZPURÚA, G., «Las legítimas y la libertad de disposición en la Ley del Derecho civil del País Vasco» en VV.AA., *Derechos Civiles de España*, Volumen I, Ed. Aranzadi. 2000, pp. 373-410.
- ARREGUI GIL, J., «Comentarios a las Leyes 253, 261 y 262 de la Compilación navarra» en ALBALADEJO, M. y DÍAZ ALABART, S., *Comentarios al*

- Código civil y Compilaciones forales*, T XXXVII, vol. 2.º, Edersa, Madrid, 2001, pp. 30-54 y 132-150.
- CELAYA IBARRA, A., «Comentarios a los artículo 32 al 48, 53 al 64 y 104 a 107 de la Ley del Derecho civil foral del País Vasco», en ALBALADEJO, M. y DÍAZ ALABART, S., *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, T. XXVI, Edersa, Madrid, 1997, pp. 161-202, pp. 226-269 y pp. 471-484.
- DÍEZ PICAZO, L. y GULLÓN BALLESTEROS, A., «La legítima y la mejora», *Sistema de Derecho Civil, Volumen IV, Derecho de Familia. Derecho de Sucesiones*, Ed. Tecnos, Madrid, 8.ª Ed., 2003, pp. 417-447.
- , «La delación de la herencia», *Sistema de Derecho Civil, Volumen IV, Derecho de Familia. Derecho de Sucesione*), Ed. Tecnos, Madrid, 8.ª Ed., 2003, pp. 303-319.
- GONZÁLEZ CARAZO, J. L., «El poder testatorio y el testamento por comisario en el Derecho foral de Vizcaya», en VV.AA., *Derechos Civiles de España*, Volumen I, Ed. Aranzadi. 2000, pp. 411-455.
- GULLÓN BALLESTEROS, A., «El párrafo 3.º del artículo 820 del Código civil», *Anuario de Derecho Civil*, 1961, pp. 875-895.
- , «La conmutación del usufructo legal del cónyuge viudo», *Anuario de Derecho Civil*, 1964, pp. 583-619.
- LACRUZ BERDEJO, J. L., «Cuestiones fundamentales de viudedad foral navarra», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, año XL, septiembre-octubre 1964, núm. 436-437, pp. 553-584.
- , en «La legítima del cónyuge viudo», *Elementos de Derecho Civil V. Derecho de Sucesiones*, Ed. Bosch, Barcelona, 1988, pp. 500-506.
- , «Indignidad e incapacidad», *Elementos de Derecho Civil V, Derecho de Sucesiones*, Ed. Bosch, Barcelona, 1988, pp. 78-85.
- LATORRE MARTÍNEZ DE BAROJA, E., «Comentarios a los artículos 72 a 86», en ALBALADEJO, M., *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, T XXXIII, vol 2.º Edersa, Madrid, 1990, pp. 282-404.
- PIEDRABUENA MOLINA, P., «La comunicación foral de bienes en Vizcaya», en VV.AA., *Derechos Civiles de España Volumen I*, Ed. Aranzadi. 2000, pp. 341-361.
- PUIG BRUTAU, J., «Incapacidad, prohibición e indignidad para suceder», *Fundamentos de Derecho Civil*, Tomo V, vol. 1, 2.ª Ed., Ed. Bosch, Barcelona, 1975, pp. 126-150.
- SANCHO REBULLIDA, F. y DE PABLO CONTRERAS, P., «Comentarios a los artículos 72 a 88 (La viudedad)» en DELGADO ECHEVERRÍA, Jesús, DGA, *Comentarios a la Compilación del Derecho Civil de Aragón*, vol. II, Zaragoza, 1993.
- VALLET DE GOYTISOLO, J., «Comentarios a los artículos 807 y 834 a 857 del Código Civil», en ALBALADEJO, M., *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, T. XI, 2.ª Ed., Edersa, Madrid 1982, pp. 30-48 y 446-516.

ZABALO ESCUDERO, M.^a E., *La situación jurídica del cónyuge viudo en el Derecho internacional privado e interregional*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 1993.

ZAPATERO GONZÁLEZ, R., «De la viudedad foral» en *Actas de las Jornadas de Derecho Civil Aragonés (Jaca 1985)*, Cortes de Aragón, 1986, pp. 239 y ss.

Sucesión internacional y reenvío

Alfonso-Luis Calvo Caravaca

Catedrático de Derecho internacional privado
Universidad Carlos III de Madrid

y

Javier Carrascosa González

Profesor titular de Derecho internacional privado
Universidad de Murcia

Recibido: 27.04.07

Aceptado: 15.06.07

Resumen: Las recientes sentencias de los tribunales españoles en materia sucesoria han vuelto a cuestionar el papel del reenvío en dicho contexto. Una norma tan parca como el art. 12.2 Cc. ha sido objeto de un desarrollo judicial de alta calidad que ha llevado a cabo el Tribunal Supremo. En dicha línea, el reenvío confirma que puede ser empleado para potenciar la mejor localización de las sucesiones en los casos internacionales. En este trabajo se proporciona una visión sobre el reenvío en materia sucesoria que concilia las aparentemente contradictorias sentencias del Tribunal Supremo en la materia y que pone de relieve los ciertos y errores de la jurisprudencia de las Audiencias en torno a la cuestión. El debate sobre la intensidad con la que el reenvío puede y/o debe ser empleado está más abierto que nunca. Dicha situación no sólo no es perniciosa, sino que es saludable. En DIPr. las ideas fluyen, se intercambian, evolucionan. El dogmatismo no tiene sitio en el mundo de los conflictos de Leyes.

Palabras clave: Sucesión *mortis causa*. Reenvío. Testamentos. Conflicto de Leyes. Ley nacional.

Abstract: *The last judgments of the Spanish Courts have given a relevant role to the so called renvoi. As an instrument of Justice in the world of Conflicts of Laws, renvoi can be used as legal device to improve localization of «international» successions. This essay shows how the three most remarkable decisions of the Spanish Supreme Court concerning renvoi in the field of succession can be listened like three different movements played by one single orchestra. Renvoi in favor of the Spanish Substantive Law may be accepted when the deceased's last domicile was in Spain and all the immovables involved in the succession are situated in Spain. In any case, renvoi can not provoke the legal splitting of the succession, because under Spanish Law, succession must be governed by one single Law only.*

Key words: *Renvoi. Succession. Last domicile. Lex rei sitae. Testaments. National Law. Conflict of Laws.*

Sumario: I. Introducción: los problemas de la sucesión internacional.—II. Ley aplicable a la sucesión en Derecho internacional privado español.—III. Sucesión internacional y reenvío en Derecho internacional privado español: antecedentes históricos. 1. El caso *Forgo* y el debate doc-

trinal sobre el reenvío. 2. El reenvío en Derecho internacional privado español antes de 1974. 3. El reenvío en Derecho internacional privado español desde 1974 a 1996.—IV. El reenvío de primer grado en materia sucesoria: los arts. 9.8 y 12.2 del Código Civil. 1. El reenvío como herramienta al servicio del art. 9.8 del Código Civil. 2. Supuestos en los que procede acoger el reenvío. A) Primera circunstancia: la unidad legal de la sucesión. B) Segunda circunstancia: un índice positivo de reenvío. a) Primer índice: el reenvío como mecanismo para resolver un «falso conflicto de leyes». b) Segundo índice: el reenvío como «ajuste de la localización». 3. Aspectos irrelevantes para aceptar o negar el reenvío. A) La «armonía internacional de soluciones» en sentido conflictual. B) El contenido material de las Leyes en conflicto. C) La voluntad del testador. D) El tipo de conexión empleado por la norma de conflicto extranjera. 4. Aplicación de las normas de conflicto extranjeras en materia de sucesión *mortis causa*. 5. Reenvío y conflicto de sistemas.—V. Los tribunales españoles y el reenvío en materia sucesoria desde 1996. 1. Doctrina del Tribunal Supremo sobre el reenvío en materia sucesoria. 2. Los tribunales inferiores y el reenvío en materia sucesoria desde 1996.—VI. Conclusión.

I. Introducción: Los problemas de la sucesión internacional

1. Reflexionar sobre las relaciones entre el reenvío y las sucesiones en Derecho internacional privado (DIPr.) es pisar suelo sagrado en el templo de los conflictos de Leyes. El reenvío es un clásico de los conflictos de Leyes. Un clásico sobre el que los expertos debaten desde hace más de ciento cincuenta años. Por ello, toda reflexión que se realiza en este contexto debe estar presidida por la prudencia y el diálogo entre las propuestas jurídicas. Las páginas que siguen constituyen un conjunto de modestas observaciones sobre la operatividad del reenvío en materia sucesoria en DIPr. español.

2. Las sucesiones constituyen un sector eternamente controvertido del DIPr. Ya en el siglo XIX escribía el gran maestro francés A. LAINÉ, quien sintetizó en una obra clave la aportación del «movimiento estatutario» en DIPr., que las sucesiones conforman «una de las cuestiones más arduas del Derecho internacional privado»¹. La complejidad de la regulación jurídica de las sucesiones en DIPr. deriva de varios factores: a) Las sucesiones se sitúan en la «intersección» entre el Derecho de la persona y de la familia, por un lado, y el derecho de los bienes por el otro, como ha puesto de relieve numerosa doctrina (M. REVILLARD, A. RODRÍGUEZ BENOT, A. MIAJA DE LA MUELA,

¹ A. LAINÉ, *Introduction au droit international privé, contenant une étude historique et critique de la théorie des status*, (dos vols.), París, 1888, (reimpresión facsímil de Topos Verlag, Frankfurt am Main), 1970, p. 279.

H. BATTIFOL, H. LEWALD, entre otros muchos²). Ello complica su régimen jurídico; b) Las sucesiones son el mejor banco de pruebas para observar todas las cuestiones clásicas del DIPr. En las sucesiones aparecen con extrema frecuencia problemas de calificación, reenvío, orden público internacional, fraude de Ley internacional, remisión a sistemas plurilegislativos *ad extra* y *ad intra*, prueba del Derecho extranjero, conflicto internacional transitorio, adaptación y cuestión previa internacional (A.-L. CALVO CARAVACA³); c) Las sucesiones suscitan no sólo cuestiones de DIPr., sino también, en España, cuestiones de Derecho interregional.

3. A lo anterior se añade, en lo que atañe al Derecho español, un dato sociológico. La movilidad internacional de las personas, de los capitales y de las inversiones ha multiplicado el número y la complejidad de las sucesiones «internacionales». Y ha hecho del sector sucesorio, un sector del DIPr. español también profundamente «multicultural» (P. DIAGO DIAGO⁴). Por ello, cada vez es más frecuente que el patrimonio del causante se encuentre en Estados distintos, que el causante ostente nacionalidad extranjera o que tenga su residencia habitual en otro país, que el testamento se otorgue o redacte en país extranjero, y que existan herederos con residencia en diferentes países. Y cada vez es más frecuente la necesidad de ejecutar en España sentencias extranjeras en materia sucesoria y de hacer valer en España actos notariales extranjeros en materia sucesoria, y también es cada vez más frecuente la ejecución en el extranjero de sentencias y actos notariales españoles en materia sucesoria.

4. Una de las cuestiones más debatidas y más complejas que suscitan las sucesiones internacionales es el célebre fenómeno conocido como el «reen-

² M. REVILLARD, *Droit international privé et communautaire: pratique notariale*, Defrénois, 6.^a ed., Paris, 2006, pp. 301-425, esp. pp. 301-304; H. LEWALD, «Questions de droit international des successions», *RCADI*, 1925, vol. 9, pp. 15-225, esp. pp. 21-22; A. RODRÍGUEZ BENOT, «Sucesión *mortis causa* y modelos de familia en el tráfico jurídico externo», en A.-L. CALVO CARAVACA / E. CASTELLANOS RUIZ (Dir.), *El Derecho de Familia ante el siglo XXI: aspectos internacionales*, Colex, Madrid, 2004, pp. 675-704; A. MIAJA DE LA MUELA, *Derecho internacional privado II*, 1987, pp. 521-543 (revisado por N. BOUZA VIDAL); H. BATTIFOL, «Réflexions sur la loi applicable aux successions», *RabelsZ.*, 1958, pp. 791-801.

³ A.-L. CALVO CARAVACA en J. D. GONZÁLEZ CAMPOS Y OTROS, *Derecho internacional privado parte especial*, 6.^a ed., Eurolex, 1995, pp. 393-422; ID., «Art. 9.8 Cc.», *Com.Cc. y Comp.For.*, 2.^a ed., 1995, pp. 350-391; ID., «La sucesión hereditaria en el Derecho internacional privado español», *RGD*, 1986, pp. 3103-3138.

⁴ P. DIAGO DIAGO, «La sucesión y el fenómeno migratorio desde la perspectiva del Derecho internacional privado español», en J. L. COLLANTES GONZÁLEZ / F. SERRANO MIGALLÓN, *El Derecho español y europeo, Derecho civil a 200 años del Código de Napoleón*, Ed. Porrúa – UNAM, México, 2005, pp. 671-692.

vío»⁵. Surge el reenvío, como es bien sabido, cuando la norma de conflicto del DIPr. del país cuyos tribunales conocen del asunto remite, para la regulación del caso, a un Derecho extranjero, ordenamiento que contiene una norma de conflicto que, a su vez, remite la regulación de la situación privada internacional al Derecho de otro país, que puede ser el Derecho del país cuyos tribunales conocen del asunto o el Derecho de un tercer país⁶.

5. Sobre la conveniencia de aceptar o rechazar el reenvío se han escrito auténticas montañas de libros, artículos doctrinales, estudios, trabajos, comentarios variopintos, tesis doctorales, notas de jurisprudencia y todo lo imaginable⁷. Esta situación se explica porque el reenvío presenta la virtud, o

⁵ El más completo y profundo estudio sobre la cuestión del reenvío en materia sucesoria y su relación con los principios de universalidad y unidad de las sucesiones es, en la doctrina española, el firmado por E. CASTELLANOS RUIZ, *Unidad vs. pluralidad legal de la sucesión internacional*, Granada, Comares, 2001. La autora ha actualizado este trabajo con estudios posteriores. *Vid. ad ex.*: E. CASTELLANOS RUIZ, «Art. 9.8 Cc.», *Legislación de Derecho internacional privado, comentada y con jurisprudencia*, Madrid, Colex, 2002, pp. 57-69; ID., «Reenvío, unidad de la sucesión y armonía internacional de soluciones en el Derecho sucesorio», *Internacional Law. Revista Colombiana de Derecho Internacional*, diciembre-2003, pp. 211-259; ID., «Reenvío, unidad de la sucesión y armonía internacional de soluciones en el Derecho sucesorio: antes y después de la STS de 23 septiembre 2002», en A.L. CALVO CARAVACA/ E. CASTELLANOS RUIZ (dirs.), *El Derecho de familia ante el siglo XXI: aspectos internacionales*, Madrid, Colex, 2004, pp. 239-269.

⁶ El *status quaestionis* actual sobre el reenvío puede seguirse en A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho internacional privado*, vol. I, Granada, Comares, 8.ª ed., 2007, pp. 240-250.

⁷ La bibliografía sobre el reenvío es inmensa y completamente inabarcable. Todos los manuales y tratados generales sobre el DIPr., antiguos y modernos, dedican unas páginas, con frecuencia muy sugestivas, al reenvío. Por lo que se refiere a los estudios específicos sobre el reenvío, puede verse, en la doctrina española: M. AGUILAR NAVARRO, «De nuevo sobre el reenvío», *REDI*, vol. III, 1950, pp. 803-838; P. BLANCO-MORALES LIMONES, «¿Existe en nuestro Derecho una acción para pedir la declaración de la aplicación de la Ley española a la sucesión de un inglés fallecido en España?», *RGD*, núms. 613-614, oct.-nov. 1995, pp. 11341-11347; A. BORRÁS RODRÍGUEZ, «Art. 12.2 Cc.», *Com.Cc. Min. Justicia*, 1991, pp. 140-142; ID., *Calificación, reenvío y orden público en el Derecho interregional español*, Bellaterra, UAB, 1984, pp. 55-68; N. BOUZA VIDAL, «Art.12.2 Cc.», *Com.Cc. y Comp.For.*, 2.ª ed., 1995, pp. 880-894; J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, «Nota a la SAP Badajoz 11 julio 1995 (sucesión hereditaria)», *REDI*, vol. XLVIII, 1996, pp. 312-321; J. A. CARRILLO SALCEDO, «Art. 12.2 Cc.», *Com.Cc. y Comp.For.*, 1978, pp. 433-437; L. GESTOSO TUDELA, «La teoría de la referencia en Derecho internacional privado», *Anales de la Universidad de Murcia*, Curso 1946-1947, pp. 193-203; J. L. IRIARTE ÁNGEL, «Doble reenvío y unidad de tratamiento de las sucesiones», *RGD*, 1989, núm. 537, pp. 3561-3580; A. MARÍN LÓPEZ, «El reenvío en el Derecho español», *REDI*, 1956, vol. IX, pp. 677-687; ID., «Las cuestiones generales de Derecho internacional privado en las recientes codificaciones europeas, el reenvío», *AC*, núm. 47, 18-24 diciembre 1995, pp. 941-957; A. MIAJA DE LA MUELA, «Un caso de aplicación de reenvío de primer grado en España», *REDI*, 1958, vol. XI, pp. 573-585; ID., «Cuestiones referentes a la norma de conflicto. El reenvío», *Estudios sobre el Título Preliminar*

el pecado, según se mire, de «desactivar» todo el sistema de normas de conflicto. En efecto, si opera el reenvío, la Ley reguladora de una sucesión inter-

del Código civil, vol. II, Jaén, Edersa, 1977, pp. 307-366, concr. pp. 339-439; J. PÉREZ MONTERO, «Consideraciones sobre el reenvío», *Anuario AIHLADI*, 1959, pp. 183-200; ID., «La contribución del profesor Maridakis a la doctrina sobre el reenvío en el Derecho internacional privado», *Eranion en honor Prof. Maridakis*, vol. III, Atenas, 1964, pp. 247-321; ID., «Art. 12.2 Cc.», *Com.Ref.Cc.*, 1977, pp. 592-638; E. PÉREZ VERA, «Un caso reciente de Derecho internacional privado, la sucesión de un argentino domiciliado en España. Nota sobre la sentencia del Tribunal Supremo de 27 de mayo de 1968», *REDI*, 1968, vol. XXII, pp. 561-570; A. PÉREZ VOITURIEZ, «El reenvío en el Derecho internacional privado español: una interpretación actualizada», *Revista Jurídica del Notariado*, núm.13, enero-marzo 1995, pp. 257-337; M. SÁINZ LÓPEZ NEGRETE, «Problemas de reenvío en la sucesión de inmuebles de extranjeros en España», *Boletín Ilustre Colegio Notarial de Granada*, abril 1993, pp. 879-893; S. SÁNCHEZ LORENZO, «Reenvío», *EJB*, 1995, pp. 5645-5646; J. SUAY MILIO, «Una solución jurisprudencial inglesa: el doble reenvío», *REDI*, 1956, vol. IX, pp. 87-122; E. THOMAS DE MAURICE, «El heredero inglés. El proceso sucesorio inglés y los problemas de las normas de conflicto de la ley inglesa», *Boletín Ilustre Colegio Notarial de Granada*, noviembre 1993, pp. 2651-2655; J. D. TRIAS GIRÓ, «De la théorie du renvoi devant les tribunaux espagnols», *JDI Clunet*, 1901, pp. 905-921; ID., «La solución de retorno (Renvoi) ante los Tribunales de España», *RJC*, 1901, pp. 173-189. En la doctrina extranjera, pueden consultarse, entre otros muchos, los siguientes estudios: E. H. ABBOT, «Is the Renvoi a Part of the Common Law?», *The Law Quarterly Review*, 1908, pp. 133-146; P. ARMINJON, «Le Renvoi», *RCDIP*, 1922/1923, pp. 565-587; T.M.C. ASSER, «Quelques observations concernant la théorie ou le système du renvoi», *JDI Clunet*, 1905, pp. 40-43; J.-F. AUBERT, «Renvoi in Swiss Law», *AJCL*, 1956, pp. 478-486; ID., «Une révision du droit international privé: la "Théorie du renvoi" de M. Francescakis», *Schweizerisches Jahrbuch für internationale Recht*, 15, 1958, pp. 187-214; G. BALLADORE-PALLIERI, «Il concetto di rinvio formale e il problema del diritto internazionale privato», *Rivista di Diritto civile*, 1929, pp. 413-425; T. BALLARINO, «Rinvio (Diritto internazionale privato)», *EdD*, 1989, vol. XL, pp. 1005-1113; C. L. VON BAR, «Die Rückverweisung im internationalen Privatrecht», *Zeitschrift für internationale Privatrecht und Strafrecht mit besonderer Berücksichtigung der Rechtshilfe*, 8, 1898, pp. 177-188; G. BARILE, «In tema di rinvio di diritto internazionale privato», *RDI*, 1964, pp. 489-494; E. BARTIN, «Les conflits entre dispositions législatives de droit international privé. Théorie du renvoi», *RDILC*, 1898, pp. 129-159; G. BEITZKE, «Zuständigkeitsrückverweisung und versteckte Rückverweisung in Adoptionsachen», *RabelsZ.*, 37, 1973, pp. 380-393; ID., «Rück- und Weiterverweisung im Internationalen Deliktsrecht», *Walter Wilburg zum 70 Geburtstag*, 1975, pp. 31-39; N. BENTWICH, «De la théorie du renvoi dans la jurisprudence anglaise», *JDI Clunet*, 1912, pp. 716-727; A. BERNARDINI, *Produzione di norme giuridiche mediante rinvio*, Milan, Giuffrè, 1966; E. BORIOLI, *La notion du renvoi en droit positif suisse*, Genève, 1967; A. BRIGGS, «In Praise and Defence of renvoi», *ICLQ*, 1998, pp. 877-884; A. BUCHER, «Über die räumlichen Grenzen der Kollisionsnormen», en *Festschrift Frank Vischer*, Zürich, 1983, pp. 93-105; W. CHEN, *Rück- und Weiterverweisung (Renvoi) in staatsvertraglichen Kollisionsnormen*, Frankfurt am Main, Lang, 2004; J. DERRUPPÉ, «Plaidoyer pour le renvoi», *TCFDIP*, 1964-1966, pp. 181-107; C. T. EBENROTH Y U. EYLES, «Der Renvoi nach der Novellierung des deutschen Internationalen Privatrechts», *IPrax*, 1989, pp. 1-12; A. ELKIM, «La doctrine du renvoi en droit anglais», *JDI Clunet*, 1934, pp. 577-601; J. D. FALCONBRIDGE, «Le renvoi et la loi du domicile», *RCDIP*, 1948, pp. 45-71; J. D. FALCONBRIDGE, «Renvoi, Characterisation and Acquired Rights», *Canadian Bar Review*, 1939, vol. 17, pp. 379-ss.; A. FERRER-CORREIA, «La question du renvoi

nacional no será ya la Ley nacional del causante, como indica el art. 9.8 Cc., sino otra Ley, la Ley que señalen las normas de conflicto del país del que es

dans le nouveau code civil portugais», *Miscellany in honor of Ch. Fragistas*, vol. II, Tesalónica, 1967, pp. 337-368; P. FIORE, «Du conflit entre les dispositions législatives de droit international privé. Théorie du renvoi», *JDI Clunet*, 1901, pp. 424-439 y 681-698; L. J. FOYER, «Requiem pour le renvoi?», *TCFDIP*, 1980-1981, pp. 105-120; P. FRANCESKAKIS, *La théorie du renvoi et les conflits de systemes en droit international privé*, París, Sirey, 1958; ID., «Renvoi», *E. Dalloz DI*, vol. II, 1969, pp. 751-759; C. GRASSETTI, «La dottrina del rinvio in diritto internazionale privato e la common law anglo-americana», *RDI*, 1934, pp. 1-41, 233-261 y 350-375; ID., «Questione pregiudiziale e dottrina del rinvio», *RDIPP*, 1965, pp. 87-107; E.D. GRAUE, *Internationales Privatrecht Rück- und Weiterverweisung*, Berlín, Schweitzer, 1981; ID., «Rück- und Weiterverweisung (renvoi) in den Haager Abkommen, Grandeur et déclin du renvoi dans les Conventions de Haye», *RabelsZ.*, 1993, pp. 26-62; R. H. GRAVESON, «Le renvoi dans le droit anglais actuel», *RCDIP*, 57, 1968, pp. 259-265; E. N. GRISWOLD, «Renvoi revisited», *Harvard Law Review*, 1938, pp. 388-426; O. HARTWIEG, *Der Renvoi im deutschen Internationalen Vertragsrecht*, Frankfurt a.M., Berlín, 1967; W. HÖHN, *Die Frage der Rückverweisung im internationalen Privatrecht*, Diss. Bern, 1944; M. A. JAGMETTI, *Die Anwendung fremden Kollisionsrechtes durch den inländischen Richter*, Zürich, 1961; E. JAYME, «Zur 'versteckten' Rück- und Weiterverweisung im IPR», *Zeitschrift für Rechtsvergleichung*, 1970, pp. 253-269; ID., «Zur Rückverweisung durch staatsvertragliche Kollisionsnormen», *IPrax*, 1981, pp. 17-29; F. KAHN, «Der Grundsatz der Rückverweisung im deutschen bürgerlichen Gesetzbuch und auf dem Haager Kongress für internationales Privatrecht», *Jherings Jahrbücher*, 1896, pp. 366-392; U. KARTZKE, «Renvoi und Sinn der Verweisung», *IPrax*, 1988, pp. 8-13; W. J. KASSIR, *Réflexions sur le renvoi en droit international privé comparé (contribution au dialogue des cultures juridiques nationales à l'aube du XXI^{ème} siècle)*, Bruylant-Delta-LGDI, 2002; G. KEGEL, *Die Grenze von Qualifikation und Renvoi im Internationalen Verjährungsrecht*, Köln, Opladen, 1962; L. KRAMER, «Return of the Renvoi», *New York University Law Review*, 1991, pp. 979-1044; G. KUHNE, «Der Anwendungsbereich des Renvoi im Lichte der Entwicklung des internationalen Privatrechts», *Festschrift für Murad Ferid*, 1988, pp. 251-267; A. LAINÉ, «La théorie du renvoi en droit international privé», *RCDIP*, 1906, pp. 605-643, 1907, pp. 313-339, 1908, pp. 661-674, 1908, pp. 729-758 y 1909, pp. 12-40; Y. LEQUETTE, «Le renvoi de qualifications», *Mélanges dédiées a Dominique Holleaux*, París, Litec, 1990, pp. 249-262; P. LEREBOURS-PIGGEONNIÈRE, «Observations sur la question du renvoi», *JDI Clunet*, 1924, pp. 877-903; H. LEWALD, «La théorie du renvoi», *RCADI*, 1929-IV, vol. 29, pp. 519-616; ID., «Renvoi Revisited?», en *Fragen des Verfahrens- und Kollisionsrechtes*, *Festschrift Hans Fritzsche*, Zürich, 1952, pp. 165-180; M. LIGEIOX, «La théorie du renvoi et la nature juridique du droit international privé», *JDI Clunet*, 1903, pp. 481-498, y 1904, pp. 551-567; E.G. LORENZEN, «The Renvoi Doctrine in the Conflict of Laws – Meaning of 'the Law of a Country'», *Yale Law Journal*, 1917/18, pp. 509-534 (también en ID., *Selected Articles on the Conflict of Laws*, New Haven, 1947, pp. 54-79); P. LOUIS-LUCAS, «Vue simplifiée du renvoi», *RCDIP*, 53, 1964, pp. 1-14; G. S. MARIDAKIS, «Le renvoi en droit international privé (Rapports provisoire, définitif et supplémentaire)», *Annuaire IDI*, 1957, vol. II, pp. 17-53, 1-16, 54-125, y vol. I, 1963, pp. 497- 509; G. MASCH, «Der Renvoi. Plädoyer für die Begrenzung einer überflüssigen Rechtsfigur», *RabelsZ.*, 1997, pp. 285-312; L. MIGLIORINO, «La questione del rinvio e le soluzioni accolte nelle convenzioni internazionali», *RDIPP*, 1996, pp. 499-512; J. MAURY Y J. DÉRRUPÉ, «Le renvoi», *Juris Classeur droit international*, fascículos 532A, 1962, 532 B (1962) y 532 C (1965); A. T. VON MEHREN, «The Renvoi and its Relation to Various Approachs to the Conflict-of-Law Problem», *XX Century Compara-*

nacional del causante. El reenvío puede, así, «dinamitar» todas las normas de conflicto del país cuyas autoridades conocen del asunto. Por ello, por el hecho de que el reenvío puede «desactivar» las normas de conflicto como un auténtico *deus ex machina*, el reenvío es polémico. El reenvío se ha convertido en un campo de batalla de espectaculares enfrentamientos entre los expertos en DIPr., y también entre diferentes corrientes jurisprudenciales.

tive and Conflicts Law. Legal Essays in Honour of H.E. Yntema, Leyden, Sijthoff, 1961, pp. 380-394; L. MIGLIORINO, «La questione del rinvio e le soluzioni accolte nelle convenzioni internazionali», *RDIPP*, 1996, pp. 499-512; KL. MÜLLER, «Zum Problem der Gesamtverweisung», en *Rechtsvergleichung und Rechtsvereinheitlichung. Festschrift Institut für ausländisches und internationales Privat- und Wirtschaftsrecht der Universität Heidelberg*, Heidelberg, 1967, pp. 191-212; F. NAVARRETE, *El reenvío en el Derecho internacional privado*, Santiago, Editora Jurídica de Chile, 1969; R. DE NOVA, «Considerazioni sul rinvio in diritto inglese», *RDI*, 1938, pp. 388-426; ID., «Il rinvio in Froland e Boullenois», *DI*, 1966, pp. 361-368; A. E. VON OVERBECK, «Renvoi in the Institute of International Law», *AJCL*, 1963, pp. 544-548; ID., «Les questions générales du droit international privé à la lumière des codifications et projets récents», *RCADI*, 1982-III, t.176, pp. 127-167; M. PAGENSTECHER, *Der Grundsatz des Entscheidungseinklangs im internationalen Privatrecht. Ein Beitrag zur Lehre des Renvoi*, Wiesbaden, 1951 (también en Akademie der Wissenschaft und Literatur in Mainz, *Abhandlungen der geistes- und sozialwissenschaftlichen Klasse*, 1951, pp. 353-420); ID., «En quel cas le juge allemand est-il obligé de respecter le renvoi au premier degré? Remarques critiques sur le problème du renvoi», *RHDI*, 1953, pp. 207-230; J. PIERROUD, «Encore la question du renvoi», *RCDIP*, 1937, pp. 492-506; M. PHILONENKO, «L'affaire Forgo (1874-1882). Contribution à l'étude des sources du droit international privé français», *JDI Clunet*, 1932, pp. 281-322; ID., *La théorie du renvoi en droit comparé*, Paris, Librairie du droit, 1935; P. PICONE, «Il rinvio nel diritto internazionalae privato italiano», *Estudos em homenagem à Professora Doutora Isabel de Magalhães Collaço*, vol. I, Almedina, Portugal, 2002, pp. 585-603; A. PILLET, «Contre la théorie du renvoi», *RCDIP*, 1913, pp. 1-14; W. RAEBURN, «The 'Open Offer' Formula and the Renvoi in Private International Law», *BYBIL*, 25, 1948, pp. 211-230; P. A. REICHART, *Der Renvoi im schweizerischen IPR: Funktion und Bedeutung*, Zürich, 1996; J. G. SAUVEPLANNE, «Renvoi», *IECL*, vol. III, chapter 6, 1990 (37); A. F. SCHNITZER, «Der Renvoi. Rück- und Weiterverweisung im Internationalen Privatrecht», *Schweizerische Juristen-Zeitung*, 1973, pp. 213-219; E. O. SCHREIBER, «The Doctrine of Renvoi in Anglo-american Law», *Harvard Law Review*, 1917-1918, pp. 523-571; C. SCHRODER, «Vom Sinn der Verweisung im Internationalen Schuldvertragsrecht», *IPrax*, 1987, pp. 90-92; I. SCHWANDER, «Einige Gedanken zum Renvoi», en *Liber amicorum Adolf F.Schnitzer*, Genève, 1979, pp. 411-424; M. SCHWIMANN, «Angloamerikanische lex-fori-Regel als 'versteckte Rückverweisung'», en *Festschrift Friedrich Wilhelm Bosch*, Bielefeld, 1976, pp. 909-917; M. SONNENTAG, *Der Renvoi im Internationalen Privatrecht*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2001; G. SPERDUTI, «A proposito di una recente concezione semplificata del rinvio», *Comunicazione e Studi*, XII, 1966, pp. 677-687; H. VALLADAO, «Conflitos no espaço das normas de direito internacional privado. Renúncia e devolução», *Revista dos Tribunais*, Sao Paulo, 1965, pp. 7-21; P. VENTURI, «Sul c.d. rinvio 'in favorem' nel sistema italiano di diritto internazionale privato», *RDIPP*, 1999, pp. 525-556; M. VIRGÓS SORIANO, «Derecho de sucesiones y reenvío: la respuesta del sistema español», *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, n. 42, 2004, pp. 181-210; W. WENGLER, «Die Beachtlichkeit des fremdem Kollisionsrecht. Eine Bestandsaufnahme und Besinnung zum Renvoi Probleme», *Internationales Recht und Diplomatie*, 1956, pp. 56-80.

Además, no hay especialista en Derecho internacional privado que se precie de ello que no tenga su propia opinión sobre el reenvío. Ya a principios del siglo XX ello era perceptible gracias a la exhaustiva obra E. POTU, que pasó revista a la opinión de cerca de doscientos autores y tuvo presentes unos trescientos cincuenta estudios jurídicos de todo tipo sobre el reenvío⁸. Y eso fue en 1913. Ahora, casi cien años después de la obra de E. POTU, el número de estudios sobre el reenvío y la sutileza de los argumentos empleados sobre el controvertido instituto se han multiplicado de modo exponencial. Algunos ejemplos de la polémica emotiva sobre el reenvío pueden extraerse de la intensidad con la que algunos autores se refieren al reenvío. J. G. VERPLAETSE recordaba a «Hans Lewald, que sólo una vez provocó el ‘aplausos de pies’, tan característico de las universidades alemanas, siendo ésta cuando habló de los herederos bávaros bajando de sus montes para reivindicar contra el Estado francés la herencia de Forgo»⁹. El gran tratadista G. C. CHESIRE escribía con flema británica que «ojalá Forgo nunca hubiera nacido, o en caso contrario, quedase enterrado para siempre»¹⁰. Y los australianos DAVIES, RICKETSON y LINDELL han escrito que «el reenvío es una materia amada por los profesores, odiada por los alumnos, e ignorada –cuando la perciben–, por los abogados y los jueces»¹¹. Y tienen una gran parte de razón. De todos modos, en la pasión que envuelve el debate sobre el reenvío suele olvidarse que discutir no es dialogar. En la discusión los contendientes tratan de vencer y no de convencer. De la discusión se extrae un nulo aprovechamiento científico. Por ello, como ya escribían los clásicos, debe recordarse que las disputas excesivas hacen desaparecer la verdad (*nimum altercando veritas amittitur*) y que es mejor dialogar que discutir.

II. Ley aplicable a la sucesión en Derecho Internacional Privado español

6. La Ley aplicable a las sucesiones en DIPr. español se determina con arreglo al art. 9.8 Cc. El precepto contiene tres soluciones diferentes.

a) Regla general: «La sucesión por causa de muerte se regirá por la ley nacional del causante en el momento de su fallecimiento cualesquiera que sean la naturaleza de los bienes y el país donde se encuentren».

b) Regla específica 1: «Sin embargo, las disposiciones hechas en testamento y los pactos sucesorios ordenados conforme a la ley nacional del tes-

⁸ E. POTU, *La question du renvoi en droit international privé*, Dijon, Jouve, 1913.

⁹ J. G. VERPLAETSE, *Derecho Internacional Privado*, Madrid, 1954, p. 88.

¹⁰ CHESIRE AND NORTH, *Private International law*, Butterworths, London-Dublin, Edinburgh, 12.^a ed., 1992, pp. 58-73.

¹¹ DAVIES / RICKETSON / LINDELL, *Conflict of Laws: Commentary and Materials*, 1997, parágrafo 7.3.1, citado por A. BRIGGS, «In Praise and Defence of renvoi», *ICLQ*, 1998, pp. 877-884, esp. p. 878.

tador o del disponente en el momento de su otorgamiento conservarán su validez, aunque sea otra la ley que rija la sucesión, si bien las legítimas se ajustarán, en su caso, a esta última».

c) Regla específica 2: «Los derechos que por ministerio de la ley se atribuyan al cónyuge superviviente se regirán por la misma ley que regule los efectos del matrimonio, a salvo siempre las legítimas de los descendientes». Esta regla segunda específica se añadió al art. 9.8 Cc. por la Ley 11/1990 de 15 de octubre.

7. Los rasgos fundamentales del art. 9.8 Cc. son los siguientes¹²: a) concepción personalista de la sucesión; b) concepción unitaria de la sucesión; c) regulación del fondo de la sucesión; d) Lucha contra el conflicto móvil; e) necesidad de precisar la nacionalidad del causante; f) solución general y soluciones específicas; g) ámbito material amplio del art. 9.8 Cc.

¹² En torno a las sucesiones en DIPr. español, *vid.* A.-L. CALVO CARAVACA, «Art. 9.8 Cc.», *Com.Cc. y Comp.For.*, 2.ª ed., 1995, pp. 350-391; *Id.*, «La sucesión hereditaria en el Derecho internacional privado español», *RGD*, 1986, pp. 3103-3138; E. CASTELLANOS RUIZ, *Unidad vs. pluralidad legal de la sucesión internacional*, Granada, Comares, 2001; *Id.*, «Art. 9.8 Cc.», *Legislación de Derecho internacional privado, comentada y con jurisprudencia*, Madrid, Colex, 2002, pp. 57-69; *Id.*, «Reenvío, unidad de la sucesión y armonía internacional de soluciones en el Derecho sucesorio», *Internacional Law. Revista Colombiana de Derecho Internacional*, diciembre-2003, pp. 211-259; *Id.*, «Reenvío, unidad de la sucesión y armonía internacional de soluciones en el Derecho sucesorio: antes y después de la STS de 23 septiembre 2002», en A.-L. CALVO CARAVACA/ E. CASTELLANOS RUIZ (dirs.), *El Derecho de familia ante el siglo XXI: aspectos internacionales*, Madrid, Colex, 2004, pp. 239-269; *Id.*, «Sucesión hereditaria» en A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (Directores), *Derecho internacional privado*, vol. II, Granada, Comares, 8.ª ed., 2007, pp. 250-299; M. AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO, «Art. 9.8.º Cc.», *Com.Cc. y Comp.For.*, 1978, pp. 189-194; M. DE ANGULO RODRÍGUEZ, «Art. 9.8 Cc.», *CRef.Cc.*, 1977, pp. 481-489; L. ARECHEDERRA ARANZADI, «Art. 9.8 Cc.», AA.VV. (Coordinador, R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO), *Comentarios a las reformas del Código civil (Desde la ley 21/1987 de 11 de noviembre a la ley 30/1991, de 20 de diciembre)*, Tecnos, Madrid, 1993, pp. 470-504; A. BORRÁS RODRÍGUEZ, «Art. 9.8 Cc.», *Com.Cc. Min.Justicia*, 1991, pp. 95-98; A. BORRÁS RODRÍGUEZ / J. GONZÁLEZ CAMPOS, «Sucesión hereditaria (DIPrivado)», *EJB*, IV, 1995, pp. 6405-6409; P. DIAGO DIAGO, «La sucesión y el fenómeno migratorio desde la perspectiva del Derecho internacional privado español», en J. L. COLLANTES GONZÁLEZ / F. SERRANO MIGALLÓN, *El Derecho español y europeo, Derecho civil a 200 años del Código de Napoleón*, Ed. Porrúa – UNAM, México, 2005, pp. 671-692; A. LAMARCA I MARQUÈS, «Veinatge civil, determinació del règim econòmic matrimonial i llei aplicable a la successió. Check-list i criteris d'actuació professional», *Revista jurídica de Catalunya*, 2007, núm. 1, pp. 1-74; A. MARÍN LÓPEZ, *Las sucesiones en Derecho internacional privado, con especial referencia al Derecho español*, Granada, 1957; V. L. SIMÓ SANTONJA, *Derecho sucesorio comparado. Conflicto de leyes en materia de sucesiones*, Madrid, 1968; *Id.*, «Normas de Derecho civil internacional sobre donaciones y sucesiones», *Academia matritense del Notariado. Estudios*, tomo I, vol. II, Madrid, 1977, pp. 41-82. A. RODRÍGUEZ BENOT, «Sucesión mortis causa y modelos de familia en el tráfico jurídico exterior», en A.-L. CALVO CARAVACA / E. CASTELLANOS RUIZ (Dir.), *El Derecho de Familia ante el siglo XXI: aspectos internacionales*, Colex, Madrid, 2004, pp. 675-704.

8. a) Concepción personalista de la sucesión. La sucesión por causa de muerte se rige por la Ley personal del causante. En DIPr. español, como es notorio, la Ley «personal» es la Ley «nacional». Lo dice de modo clarísimo el art. 9.1 Cc. En cualquier caso, el art. 9.8 Cc. se refiere, directamente, a la Ley «nacional» y no a la Ley «personal» del causante. En los supuestos de Derecho interregional, cubiertos también por el art. 9.8 Cc. (= porque así lo indica el art. 16 Cc.), la nacionalidad del causante viene reemplazada por la «vecindad civil» del causante (SAP Zaragoza 10 noviembre 2004 [causante aragonés y consorcio], STS 29 marzo 1892, STS 5 julio 1893, STS 7 febrero 1899, STS 14 diciembre 1901, STS 16 diciembre 1904). Esta opción en favor de la «Ley nacional del causante» se explica por varias razones.

Primera. España ha sido, tradicionalmente, un país de emigración. Pues bien, con el art. 9.8 Cc., los herederos de los emigrantes españoles que partían a América y otros países, quedaban protegidos con arreglo al rígido sistema de legítimas del Derecho español (P. DIAGO DIAGO¹³). Ello presentaba, además, cierta lógica en los casos en los que el emigrante español dejaba no sólo a sus familiares en España, sino que dejaba también una parte relevante de su patrimonio en España (STS 30 enero 1960 [sucesión de ciudadano español cuyo patrimonio principal radicaba en Méjico]). Sin embargo, varias observaciones son precisas: (a) Cuando el litigio sucesorio o la sucesión misma se abre en país extranjero, los tribunales y autoridades de dichos países aplican sus propias normas de conflicto. Tales normas de conflicto no tienen por qué coincidir con lo que expresa el art. 9.8 Cc. Y por tanto, la Ley aplicable a la sucesión puede ser una Ley estatal o varias y diferentes Leyes, que bien pueden no ser la Ley nacional del causante. Por tanto, en dichos casos, la protección de los descendientes de los causantes españoles no está, en absoluto, garantizada (G. BALLADORE PALLIERI¹⁴); (b) En la actualidad, la justificación de la «protección de los herederos de los emigrantes españoles» ha perdido peso específico. España es ahora un país de inmigrantes cuyas autoridades y tribunales se ven obligados a aplicar las Leyes extranjeras de causantes extranjeros que residen y poseen bienes en España. Ello carece de sentido, sobre todo cuando la sucesión comprende bienes inmuebles sitos en España y, por tanto, las resoluciones españolas en materia sucesoria están llamadas a producir efectos exclusivamente en España y no en el Estado del que es nacional el causante (I. A. CALVO VIDAL¹⁵). En suma: la aplicación de

¹³ P. DIAGO DIAGO, «La sucesión y el fenómeno migratorio desde la perspectiva del Derecho internacional privado español», en J. L. COLLANTES GONZÁLEZ / F. SERRANO MIGALLÓN, *El Derecho español y europeo, Derecho civil a 200 años del Código de Napoleón*, Ed. Porrúa – UNAM, México, 2005, pp. 671-692.

¹⁴ G. BALLADORE PALLIERI, *Diritto internazionale privato*, en «Trattato di diritto civile e commerciale», Ed. Giuffrè, 1974, pp. 199-209.

¹⁵ I. A. CALVO VIDAL, «Nota a RDGRN de 18 enero 2005 (sucesiones)», *REDI*, 2005, pp. 1028-1033.

la Ley nacional del causante produce, hoy día, con extrema frecuencia, el «vértigo de la Ley nacional» del que expresivamente habló con pasión J. P. NIBOYET: una desmesurada e injustificada extensión de las cuestiones regidas por la Ley nacional de la persona que alcanza, también, a las cuestiones sucesorias¹⁶. Y además, se verifica la «paradoja de la nacionalidad» (A. FLESSNER)¹⁷: cuanto más integrado en España está el sujeto, más frecuentemente debe aplicarse su Ley nacional. Lo que revela que, con extrema frecuencia, la Ley nacional del causante no es la Ley del país más estrechamente vinculado con el supuesto sucesorio.

Segunda. En Derecho español se sigue un sistema de sucesión romana. Lo relevante es, en dicho sistema, la «persona del causante», que debe ser «reemplazada» por otra persona (= el heredero) en sus derechos y obligaciones (= el heredero «recoge» y «asume» todas las relaciones y/o posiciones jurídicas [*universitas juris*] de las que el causante era titular y que son transmisibles [*hereditas sustinet personam defuncti*]). Por ello se establece que la Ley que rige la sucesión es la Ley nacional del causante.

9. b) Concepción unitaria de la sucesión. La sucesión se regula siempre por una sola Ley estatal. Por ello, como dice expresamente el art. 9.8 Cc., no es relevante que la sucesión afecte a bienes muebles o inmuebles y tampoco es relevante el lugar de situación de los bienes que cubre la sucesión. El TS ha subrayado de forma terminante que el art. 9.8 Cc. exige que la sucesión debe quedar siempre sujeta a una sola y única Ley (STS 14 diciembre 1901, STS 11 diciembre 1892, STS 11 diciembre 1893, STS 5 julio 1893, STS 27 octubre 1900, STS 7 febrero 1899, STS 16 diciembre 1904, STS 23 octubre 1915, STS 15 noviembre 1996, STS 21 mayo 1999, STS 22 septiembre 2003, RDGRN 18 junio 2003, RDGRN 11 marzo 2003). Ahora bien, algunas observaciones son necesarias.

1.º) *La «ilusión óptica» de la unidad de la sucesión.* Si la sucesión se resuelve ante autoridades extranjeras, éstas aplicarán sus propias normas de conflicto, que pueden diferir del art. 9.8 Cc. y pueden seguir, incluso, un sistema de fraccionamiento legal de la sucesión. En tal caso, el hecho de que

¹⁶ J. P. NIBOYET, *Principios de Derecho internacional privado*, Madrid, Ed. Reus, 1930, pp. 550-557. También J. D. GONZÁLEZ CAMPOS, «Les liens entre la compétence judiciaire et la compétence législative en droit international privé», *RCADI*, vol. 156, 1977, pp. 233-376, esp. pp. 284-290, así como M. A. AMORES CONRADÍ en J. D. GONZÁLEZ CAMPOS Y OTROS, *Derecho internacional privado, parte especial*, Eurolex, 1995, 6.ª ed., p. 349.

¹⁷ La «paradoja de la nacionalidad» viene explicada por A. FLESSNER, «Fakultatives Kollisionsrecht», *RabelsZ.*, 1970, vol. 34, pp. 547-584; ID., *Interessenjurisprudenz im internationalen Privatrecht*, Tübingen, 1990, p. 147. Se trata de un fenómeno ya avanzado años antes por la doctrina que había puesto de relieve la pérdida de valor de la nacionalidad como vínculo que demuestra dependencia de las *personas* respecto a un *Estado*. Así, J. F. REZEK, «Le droit international de la nationalité», *RCADI*, 1986, vol. 198, pp. 333-400.

los tribunales españoles apliquen el art. 9.8 Cc. no garantiza, en absoluto, la aplicación de la misma Ley a toda la sucesión (E. VITTA, R. MONACO, E. BETTI¹⁸). En numerosos supuestos, y diga lo que diga el art. 9.8 Cc., la sucesión de los bienes inmuebles sitos en el extranjero se regirá por la Ley de ese Estado si tal país sigue un sistema territorial y si el problema sucesorio se resuelve ante los tribunales o autoridades de dicho país (M. DE LASALA LLANAS, M. MOYA ESCUDERO¹⁹). Y el objetivo de la «unidad legal de la sucesión», perseguido por el art. 9.8 Cc., será, en tal caso, sólo una «ilusión óptica» (P. MAYER / V. HEUZÉ²⁰). Para evitar dicha espejismo legal, ciertos sistemas extranjeros de DIPr. siguen un criterio más práctico. Emplean una regla de «conflicto de sistemas» (T. BALLARINO / A. BONOMI²¹): la Ley aplicable a la sucesión será la determinada por las normas de conflicto del país donde los bienes se hallaren o por las normas de conflicto del país donde el causante tenía su último domicilio (art. 91.1 LDIPr. Suiza, art. 3.3 EGBGB Alemania).

2.º) *Eliminación de problemas calificatorios*. La «unidad legal de la sucesión», sin distinción entre sucesión respecto de bienes «muebles» e «inmuebles», evita gravísimos problemas de calificación de los bienes hereditarios.

Estos problemas son muy frecuentes en los países que siguen el modelo escisionista, como Francia (M. REVILLARD, F. MÉLIN²²). En efecto, existen activos sucesorios, como los créditos, las rentas, los derechos de propiedad a tiempo parcial, e incluso las colmenas de miel, que son considerados «muebles» en unos países e «inmuebles» en otros países. En efecto, las colmenas de miel son consideradas «bienes inmuebles» por destino en Derecho francés, pero «muebles» en Derecho holandés (P. LAGARDE²³). Además, en los países que emplean una norma de conflicto para determinar la Ley aplicable a la sucesión de los bienes inmuebles, y otra norma de conflicto para determinar la Ley aplicable a la sucesión de los muebles, la doctrina está

¹⁸ E. VITTA, *Corso di Diritto internazionale privato e processuale*, Torino, UTET, 3.ª ed., 1989, pp. 291-307, esp. p. 292, con cita de las opiniones de E. BETTI y R. MONACO.

¹⁹ M. DE LASALA LLANAS, *Sistema español de Derecho civil internacional e interregional*, Ed. Rev. Derecho privado, Madrid, 1933, pp. 5-56; M. MOYA ESCUDERO, «Nota a la SAT Granada 22 diciembre 1988», *REDI*, 1990, vol. XLII, pp. 635-637.

²⁰ P. MAYER / V. HEUZÉ, *Droit international privé*, París, Montchrestien, 8.ª ed., 2004, pp. 583-604, esp. p. 586.

²¹ T. BALLARINO / A. BONOMI, *Diritto internazionale privato*, 3.ª ed., Cedam, 1999, pp. 501-540, esp. pp. 504-506.

²² F. MÉLIN, *Droit international privé*, 2.ª ed., Gualino éditeur, París, 2005, pp. 193-196; M. REVILLARD, *Droit international privé et communautaire: pratique notariale*, Defrénois, 6.ª ed., París, 2006, pp. 308-312.

²³ P. LAGARDE, «Successions», *E.Dalloz DI*, vol. II, 1969, pp. 876-895; ID., «Partage», *E.Dalloz DI*, vol. II, 1969, pp. 560-568; P. LAGARDE, «La nouvelle convention de La Haye sur la loi applicable aux successions», *RCDIP*, 1989, vol. 78, pp. 249-275.

dividida. Algunos autores opinan que la calificación de tales bienes se debe realizar con arreglo a la Ley del país de su situación física (P. LEREBOURS-PIGGEONNIÈRE, J. HÉRON²⁴), posición seguida por algunos legisladores extranjeros (art. 3 LDIPr. Rumanía 1992, art. 3078 Código civil Québec, art. 3525 Código civil Louisiana, y jurisprudencia en Alemania e Inglaterra), por respeto a la «Soberanía territorial extranjera». Pero otros autores defienden que la calificación de los bienes como «muebles» o «inmuebles» debe realizarse con arreglo a la *Lex Fori* (TGI Seine 12 enero 1966, J. P. NIBOYET, H. BATIFFOL / P. LAGARDE, M. REVILLARD²⁵).

10. c) Regulación del fondo de la sucesión. El art. 9.8 Cc. establece la Ley aplicable, exclusivamente, al «fondo» o «sustancia» de la sucesión. Ello obliga a distinguir entre «cuestiones sucesorias de fondo» (= sujetas al art. 9.8 Cc.), y «cuestiones sucesorias de forma» y de «capacidad», excluidas del art. 9.8 Cc. Para practicar tal distinción, es necesario llevar a cabo una «calificación» de la cuestión debatida. La calificación para decidir la norma de conflicto aplicable debe realizarse siempre con arreglo al Derecho material español (art. 12.1 Cc.). Con arreglo a dicho criterio de calificación *lege fori*, puede afirmarse lo siguiente (E. VITTA²⁶).

1.º) Son cuestiones sucesorias de «forma» no reguladas por el art. 9.8 Cc. todas aquellas cuestiones que se refieren al modo de exteriorizar o manifestar la voluntad de los sujetos que intervienen en una sucesión (B. BAREL / ST. ARMELLINI²⁷): testamento ológrafo, cerrado, abierto, mancomunado, oral, sacramental, testamento contractual, forma de la partición hereditaria, de la aceptación, etc. (RDGRN 6 marzo 1997).

2.º) Son cuestiones sucesorias de «capacidad» no regidas por el art. 9.8 Cc. las que se refieren a la capacidad jurídica (*Rechtsfähigkeit*) o aptitud para ser sujeto de derechos y obligaciones y también las que se refieren a la capacidad de obrar «general» (*Handlungsfähigkeit*), es decir, las relativas a la idoneidad para realizar eficazmente actos jurídicos. Debe subrayarse que el

²⁴ P. LEREBOURS-PIGGEONNIÈRE, «Observations sur la question du renvoi», *JDI Clunet*, 1924, pp. 877-903; J. HÉRON, *Le morcellement des successions internationales*, París, 1986, pp. 23-24.

²⁵ H. BATIFFOL / P. LAGARDE, *Droit international privé*, t. I, 8.ª ed., LGDJ, París, 1993, pp. 480-486; M. REVILLARD, *Droit international privé et communautaire: pratique notariale*, Defrénois, 6.ª ed., París, 2006, pp. 308-312; J. P. NIBOYET, *Traité de droit international privé français*, París, Sirey, 1944; J. P. NIBOYET, *Principios de Derecho internacional privado* (traducción española por A. Rodríguez Ramón), 1.ª ed., Madrid, Ed. Reus, 1930, pp. 719-720 y 356-360.

²⁶ E. VITTA, *Corso di Diritto internazionale privato e processuale*, Torino, UTET, 3.ª ed., 1989, pp. 291-307, esp. p. 292; ID., *Diritto internazionale privato* (vol. II), 1979, pp. 101-203.

²⁷ B. BAREL / ST. ARMELLINI, *Diritto internazionale privato*, 2006, pp. 173-182.

Derecho sucesorio está plagado de circunstancias como las incapacidades relativas o prohibiciones de suceder, incapacidades absolutas y causas de desheredación y de indignidad. Todas estas cuestiones son limitaciones o prohibiciones legales para suceder. No afectan a la «capacidad» y sí al régimen de la sucesión, razón por la que deben estar sujetas al art. 9.8 Cc. y a la *Lex Successionis* (A.-L. CALVO CARAVACA²⁸). El art. 9.1 Cc. es inaplicable a estas cuestiones.

11. d) Lucha contra el conflicto móvil. El art. 9.8 Cc. emplea la conexión «nacionalidad del causante». Pero «congela» dicha circunstancia en el tiempo. En efecto: la nacionalidad relevante es la nacionalidad del causante «en el momento de su fallecimiento». Con ello se logra un claro objetivo: evitar problemas de «conflicto móvil». En efecto, aunque el causante haya ostentado diferentes nacionalidades durante su vida, sólo una es relevante a efectos de determinar la Ley que rige su sucesión: la nacionalidad que ostenta al momento de su fallecimiento (nacionalidad *tempore mortis*). Esta «congelación en el tiempo» de la nacionalidad del causante solventa los problemas de conflicto móvil que generaba el antiguo art. 10.2 Cc. (versión de 1889), precepto que no concretaba el momento temporal en el que había que considerar la nacionalidad del causante.

12. e) Necesidad de precisar la nacionalidad del causante. Es muy frecuente que los tribunales españoles deban concretar la nacionalidad del causante en supuestos extremadamente complejos (SJPI Calatayud 23 diciembre 1985, SAT Zaragoza 10 abril 1987, SJPI núm. 1 Pamplona 16 julio 1986, STS 19 julio 1989). Al respecto cabe afirmar lo que sigue: 1.º) La precisión de la nacionalidad «española» del causante se debe llevar a cabo, exclusivamente y siempre, con arreglo al Derecho «español» de la nacionalidad. 2.º) La precisión de la nacionalidad «extranjera» del causante debe realizarse siempre y exclusivamente con arreglo al Derecho «extranjero» del país cuya nacionalidad se discute si ostentaba o no dicho causante en el momento de su fallecimiento. 3.º) El art. 9.8 Cc. se refiere a la Ley «nacional» del causante, no a su Ley «personal». En primer término, esta distinción no parece relevante en DIPr. español, porque Ley «personal» equivale a Ley «nacional» (art. 9.1 Cc.). Pero en segundo término sí que lo es, porque toda persona tiene una Ley «personal» aunque carezca de nacionalidad. Es por ello por lo que, en el caso de causante apátrida, debe detectarse cuál es la Ley «personal» del causante sin nacionalidad. A tal efecto debe estarse al art. 12.1 de

²⁸ A.-L. CALVO CARAVACA, «Art. 9.8 Cc.», *Com.Cc. y Comp.For.*, 2.ª ed., 1995, pp. 350-391; ID., «Sucesión hereditaria», en J. D. GONZÁLEZ CAMPOS Y OTROS, *DIPr: parte especial*, 1995, pp. 393-422; ID., «La sucesión hereditaria en el Derecho internacional privado español», *RGD*, 1986, pp. 3103-3138.

la Convención de Nueva York, de 28 septiembre 1954 sobre estatuto de los apátridas, que indicará cuál es la Ley personal del causante, que conduce a hacer aplicable la Ley del país de su domicilio, y en defecto de éste, la Ley del de su mera residencia *de facto* incluso aunque sea una residencia «no habitual». 4.º) En el caso de causante no apátrida pero con nacionalidad indeterminada, se aplica el art. 9.10 Cc., que conduce a hacer aplicable la Ley del país de residencia habitual del causante. 5.º) En el caso de causante con múltiple nacionalidad, se estará a los Convenios internacionales aplicables y en su defecto, al art. 9.9 Cc., para precisar la «nacionalidad prevalente» del causante (STS 27 mayo 1968, *Bosch vs. Campomar*, si bien anterior al actual art. 9.9 Cc.).

13. f) Solución general y soluciones específicas. El art. 9.8 Cc. contiene una «solución general» que consiste en la aplicación, a la sucesión *mortis causa*, de la Ley nacional del causante en el momento de su fallecimiento. Pero junto a esta solución general, el precepto recoge otras «soluciones específicas»: (a) solución para los casos de sucesión testada y contractual en los que el testador ostentaba una nacionalidad en el momento de otorgamiento del testamento, pero ostentaba otra nacionalidad diferente en el momento de su fallecimiento; (b) solución para determinar la Ley aplicable a los derechos sucesorios del cónyuge viudo.

14. g) Ámbito material amplio del art. 9.8 Cc. El art. 9.8 Cc. utiliza como supuesto de hecho un «concepto amplio de DIPr.»: la «sucesión por causa de muerte». Ello permite incluir en el precepto toda cuestión sucesoria de fondo, con independencia del tipo de sucesión de que se trate e incluso en el caso de un tipo de sucesión desconocida en Derecho español. Así, el «supuesto de hecho» del art. 9.8 Cc. cubre las donaciones *mortis causa* (STS 4 octubre 1982, RDGRN 6 marzo 1997) (E. VITTA, M. REVILLARD²⁹), el *trust* sucesorio en sus diferentes e imaginativas variedades, la sucesión contractual, testamentaria, intestada, etc. Todos estos supuestos afectan al fondo de la sucesión, por lo que se encuentran cubiertos por la expresión «sucesión por causa de muerte» y por el art. 9.8 Cc.

²⁹ M. REVILLARD, *Droit international privé et communautaire: pratique notariale*, Defrénois, 6.ª ed., París, 2006, p. 328; E. VITTA, *Corso di Diritto internazionale privato e procesuale*, Torino, UTET, 3.ª ed., 1989, p. 309; Id., *Diritto internazionale privato*, (III vols.), UTET, 1979 pp. 101-203.

III. Sucesión internacional y reenvío en Derecho Internacional Privado español: antecedentes históricos

1. El caso Forgo y el debate doctrinal sobre el reenvío

15. En DIPr. español, sólo el reenvío de primer grado es posible (art. 12.2 Cc.). Son excepciones los arts. 98 y 162 de la Ley cambiaria y del cheque, sin incidencia alguna en los casos sucesorios, que admiten el reenvío «de segundo grado»³⁰. Pues bien: se trata ahora de concretar si, en materia sucesoria, procede aceptar el reenvío de primer grado que las normas de conflicto extranjeras hacen en favor de las normas materiales españolas. Las normas de conflicto de los distintos países del mundo utilizan puntos de conexión muy diferentes en materia de sucesiones *mortis causa*³¹. Ello explica que el «reenvío» sea muy frecuente en esta materia.

³⁰ La explicación de la existencia de estas normas específicas que admiten el reenvío de segundo grado es sencilla. Se trata de normas directamente copiadas del *Derecho cambiario ginebrino* (art. 2.I *in fine* del Convenio destinado a reglamentar ciertos conflictos de leyes en materia de letras de cambio y de pagarés a la orden hecho en Ginebra el 7 junio 1930 y del Convenio de Ginebra de 19 marzo 1931 destinado a reglamentar ciertos conflictos de leyes en materia de cheques, Convenios nunca ratificados por España). Estos preceptos fueron, efectivamente, copiados por el legislador de 1985 en la LCCh. sin que los parlamentarios españoles advirtieran su falta de sintonía con el art. 12.2 Cc. Por otro lado, la lógica de un reenvío de segundo grado en el contexto de un Convenio internacional es clara, pues se alcanza una armonía internacional de soluciones conflictuales. Así es, porque todo tribunal de los Estados parte que conozca del caso aplicará la misma Ley. Sin embargo, fuera de tal contexto convencional (= como ocurre en los preceptos citados de la Ley cambiaria y del cheque), el reenvío de segundo grado carece de sentido y supone una desviación de la regla general (art.12.2 Cc.), difícilmente justificable, como explican A. BORRÁS RODRÍGUEZ, «Art. 12.2 Cc...», 1991, p. 141, J. D. GONZÁLEZ CAMPOS, «Las normas sobre conflictos de leyes en materia de letra de cambio, pagaré y cheque: presupuestos, soluciones y problemas», *Estudios sobre la ley cambiaria y del cheque* [dir. A. MENÉNDEZ MENÉNDEZ], Madrid, 1991, pp. 965-968; N. BOUZA VIDAL, «Art. 12.2 Cc.», *Com. Cc. y Comp. For.*, 2.^a ed., 1995, pp. 880-894, esp. p. 884.

³¹ Los distintos sistemas de DIPr. de los diferentes Estados siguen uno de estos tres modelos conflictuales: a) Sistema de la sucesión germánica. La sucesión se concibe como una cuestión cuyo centro son los bienes dejados por el causante y no la persona del causante. Los bienes inmuebles se localizan en el territorio donde se hallan sitios (*immobilia regentur lege loci*), y los bienes muebles, difíciles de localizar físicamente, se consideran situados, normalmente, en el territorio del Estado donde el causante tuvo su último domicilio (*mobilia sequuntur personam*). La sucesión se rige por la Ley del país en el que se encuentran los bienes. En realidad, hay tantas sucesiones como países de situación de los bienes (*quot territoria tot hereditates – tot hereditates quot patrimonía, diversis territoriis obnoxia*). b) Sistema de la sucesión romana. La sucesión se concibe como un sistema legal de sustitución de la persona del causante por otra persona o personas. Estas personas «recogen» y «asumen» todas las relaciones y/o posiciones jurídicas (*universitas juris*) de las que el causante era titular y que son transmisibles (*hereditas sustinet personam defuncti*). Lo importante, para este sistema sucesorio, es el reemplazo de una persona por otra persona (*successio*

16. Es cierto que existían algunos precedentes sobre el problema del reenvío antes de 1878 en la jurisprudencia extranjera³². Pero eran precedentes inconexos que nunca atrajeron la atención de doctrina y jurisprudencia de un modo relevante. Por ello hay que admitir, sin duda razonable alguna, que el reenvío nació, como problema propio y como objeto de estudio, precisamente, en torno a un caso de sucesión internacional de un bávaro en Francia en el siglo XIX: el famosísimo, celebrísimo y comentado hasta el infinito *caso Forgo* (Sent. *Cour de Cassation* francesa de 24 junio 1878, *Forgo*). El supuesto fue el siguiente: J. Forgo, súbdito de nacionalidad bávara, falleció sin testamento en Francia, país donde había vivido casi toda su vida. Al no dejar herederos, la Administración francesa sostuvo que le correspondía el caudal hereditario, fundándose en el art. 768 del Código civil francés, precepto que afirma que, a falta de descendientes o cónyuge superviviente, la sucesión de los hijos ilegítimos corresponde al Estado. Forgo era hijo ilegítimo. Frente a esta postura, unos parientes bávaros de J. Forgo (los Ditchl) sostenían la aplicación de una norma de conflicto francesa a cuyo tenor la sucesión mobiliaria queda sujeta a la ley del domicilio legal del causante, que J. Forgo había siempre mantenido en Baviera hasta su muerte. El Tribunal de Pau desestimó la pretensión de los parientes bávaros, y éstos apelaron al Tribunal de Burdeos, y obtuvieron sentencia favorable. La Administración francesa recurrió en casación, y la *Cour de Cassation* afirmó que la remisión hecha por la norma de conflicto francesa debía entenderse efectuada en favor de la norma de conflicto bávara en materia de sucesiones, que a la sazón,

in jus defuncti). En consecuencia, la sucesión se rige por una sola Ley, que se determina con arreglo a «puntos de conexión personales» (= el último domicilio del causante, la nacionalidad del causante al tiempo de su fallecimiento, etc.). c) Sistema de la *Professio Juris*. Para este sistema lo relevante es que la sucesión es un acto de disposición del causante de carácter fundamentalmente patrimonial. En los casos internacionales, el causante ordena su sucesión con arreglo a la Ley que prefiera de entre las Leyes de los países conectados con el supuesto sucesorio. El causante elige la Ley aplicable mediante una declaración al efecto o *Professio Juris*. Ejemplos: art. 25.2 EGBGB, art. 46.2 Ley Italia DIPr. 1995, art. 3098.2 Código Civil Quebec 1991, art. 90.2 Ley DIPr. Suiza 1987, art. 79 Código Belga DIPr. 2004, y Convenio de La Haya de 1 agosto 1989 [Ley aplicable a las sucesiones por causa de muerte].

³² Así lo detallan A. MARÍN LÓPEZ, *Derecho internacional privado* I (parte general), 1994, pp. 251-252; A. MIAJA DE LA MUELA, *Derecho internacional privado* I, 1985, p. 319; M. AGUILAR NAVARRO, *Derecho internacional privado*, vol. I, tomo II, parte 2.^a, 1975, pp. 160-162; J. A. TOMÁS ORTIZ DE LA TORRE, *Derecho internacional privado* II, 1990, pp. 101-105; J. P. NIBOYET, «Froland, les questions de qualifications et la question du renvoi», *RCDIP*, 1926, pp. 1-25; R. DE NOVA, «Il rinvio in Froland e Boullenois», *DI*, 1966, pp. 361-368; M. PHILONENKO, *La théorie du renvoi en droit comparé*, París, Librairie du droit, 1935, pp. 177-178. La mejor exposición de los perfiles históricos de la polémica doctrinal relativa al reenvío puede seguirse, sin duda, en PH. FRANCESCAKIS, *La théorie du renvoi et les conflits de systèmes en droit international privé*, París, Sirey, 1958 (con referencias doctrinales muy abundantes), esp. en pp. 97 y 261.

declaraba aplicable la ley del Estado correspondiente al *domicilio de hecho* del causante, que estaba en Francia, por lo que aplicó el Derecho material francés y los bienes fueron definitivamente adjudicados al Estado francés. La solución dada al asunto se basó en un reenvío en favor del Derecho francés, *–reenvío de primer grado*, esto es, en favor de la Ley del foro. Es curioso constatar que Forgo prestó –por un error administrativo–, el servicio militar en Francia –lo que explicaría que se le denegase el permiso de residencia, que era para los extranjeros–. Y también sorprenden ciertas circunstancias *de Derecho* en el *caso Forgo*, como el que los tribunales franceses aplicasen de oficio el Derecho extranjero, en una época en que el Derecho extranjero era tratado procesalmente, de manera unánime, como un *hecho*, o que se supiese que dos normas de conflicto –la francesa y la bávara–, literalmente muy semejantes, se referían, sin embargo, al domicilio *de derecho* o *de hecho* respectivamente. Probablemente, como explica M. PHILONENKO, haya que atribuir ambas cuestiones a la presencia en el transcurso del litigio del prof. AUBRY, consejero de los tribunales, profesor de la Universidad de Estrasburgo y excelente conocedor del Derecho alemán³³.

17. Tras el caso Forgo, las opiniones sobre el reenvío fueron de lo más dispar. Partidarios y adversarios del reenvío se enzarzaron en una inmisericorde contienda doctrinal que todavía persiste. Varias etapas pueden distinguirse.

18. a) *Primera época: reacción contra el reenvío*. En un primer momento, el reenvío suscitó las críticas y el rechazo de la inmensa mayoría de la doctrina. La mayor parte de los autores se apresuró a expedir una *lettre de cachet* para condenar sin juicio previo al reenvío. Así, el gran internacionalista A. PILLET escribió «yo me cuento entre los espíritus atrasados que no aciertan a percibir la belleza de esta doctrina del reenvío inventada por la Administración para asegurar al fisco una herencia disputada»³⁴. Y el no menos sagaz E. BARTIN afirmaba que el reenvío «es la bestia imaginaria de los copleros del medioevo, la bestia que se come las patas»³⁵. El IDI, en dos

³³ M. PHILONENKO, «L'affaire Forgo (1874-1882). Contribution a l'étude des sources du droit international privé français», *JDI Clunet*, 1932, pp. 281-322. La solución dada al asunto *Forgo* por la *Cour de Cassation* gala se basó, como es fácil apreciar, en un reenvío en favor del Derecho francés *–reenvío de primer grado*, esto es, en favor de la ley del foro. Los casos más antiguos de reenvío operaron en un *contexto publicista* del DIPr.: se estimaba que un país hacía una «concesión» a otro país cuando declaraba la aplicación de la Ley de ese otro país, por lo que resultaba lógico que si la Ley dicho país no aceptaba su propia aplicación y remitía a su vez a la Ley del primer país, se proclamase la aplicación del Derecho del Foro.

³⁴ A. PILLET, «Contre la doctrine du renvoi», *Revue de droit international privé et de droit penal international*, 1913, pp. 1 y ss., también reproducido en *Mélanges Pillet*, II, París, 1924, pp. 129 y ss.

³⁵ E. BARTIN, «Encore le renvoi», *JDI Clunet*, 1931, p. 1260.

resoluciones de 1898 y de 1900, condenó el reenvío. En general, el reenvío fue atacado por varios motivos: (a) el reenvío provocaba inseguridad jurídica (= la Ley aplicable a un caso internacional ya no es la señalada por la norma de conflicto de la *Lex Fori*, sino otra Ley, la que señalen las normas de conflicto de la *Lex Causae*, lo que oscurece la precisión de cuál será, realmente, la Ley reguladora de la sucesión *mortis causa*); b) era un artificio para evitar la aplicación de la Ley designada por la norma de conflicto (= lo que destruía la «Justicia conflictual» inscrita en el punto de conexión de la norma de conflicto de la *Lex Fori*); (c) no reportaba ninguna ventaja material (= el reenvío era un «mecanismo ciego» que no atendía para nada ni al contenido de la Ley finalmente aplicable al caso, ni a la finalidad de las Leyes en conflicto, ni al resultado concreto derivado de la aplicación de una u otra Ley al supuesto concreto); (d) conducía a una «cadena de remisiones» que se interrumpía arbitrariamente (= pues nada autoriza a «detener» el reenvío en algún momento y aplicar un concreto Derecho material); (e) suponía una renuncia a la Soberanía del Estado cuyos tribunales conocían del asunto, ya que implicaba no aplicar su norma de conflicto, sino aplicar una norma de conflicto extranjera (= lo que se entiende en un contexto en el que los conflictos de Leyes reciben la lectura de un «conflicto entre Estados» para dilucidar la Ley aplicable a una situación privada internacional).

19. b) Segunda época: reacción en favor del reenvío. Ya en el siglo XIX y primeros años del siglo XX, el reenvío contraataca y atrae a numerosos partidarios. Además, la jurisprudencia, por razones muy diversas, lo admitió en muchos países (= generalmente porque, de ese modo, se evitaba aplicar normas de conflicto de escasa calidad y/o porque se potenciaba la aplicación de la *Lex Materialis Fori*). El mismo IDI aceptó con ciertas limitaciones el reenvío en relación con la capacidad de la persona (Oslo 1932). En su defensa se utilizaron, fundamentalmente, estos argumentos: 1.º *El reenvío como remedio a los conflictos de Soberanía*. Se estimaba que si un país hacía una «concesión» a otro país cuando declaraba la aplicación de la Ley de ese otro país, era lógico que si la Ley de dicho país no aceptaba su propia aplicación y remitía a su vez a la Ley del país cuyos tribunales conocían del asunto, se proclamase la aplicación del Derecho de este último país (J. WESTLAKE³⁶). Un Derecho estatal no debe ser aplicado contra la voluntad del legislador que lo ha promulgado, pues ello sería un atentado contra la Soberanía del Estado extranjero (J. P. NIBOYET³⁷). No obstante, este argumento basado en la

³⁶ J. WESTLAKE, *A treatise On Private International Law, with Principal Reference to Its Practical Application in England*, 1880, 2.ª ed., 1880, p. 237, en relación con la doctrina de la «Proper Law».

³⁷ J. P. NIBOYET, «Froland, les questions de qualifications et la question du renvoi», *RCDIP*, 1926, pp. 1-25.

Soberanía extranjera hoy resulta totalmente obsoleto, pues se ha abandonado la idea de que el DIPr. resuelve «conflictos legislativos entre Estados» (J. G. SAUVEPLANNE³⁸). 2.º) *El reenvío-coordinación*. El reenvío puede conducir a una «armonía internacional de soluciones» (H. BATIFFOL³⁹): si se admite el reenvío, el juez español que conoce del asunto resuelve la cuestión de igual modo a como lo haría el juez extranjero, pues aplica la norma de conflicto extranjera. La «relatividad del DIPr.» desaparece y se facilita la eficacia de la sentencia en el país extranjero al que remite la norma de conflicto del país cuyos tribunales conocen del asunto. 3.º) *El reenvío como remedio contra el Bad Forum Shopping*. Gracias al reenvío, los litigantes no podrán eludir la aplicación de la Ley que hubiera aplicado el tribunal del país más vinculado con el caso (A. BRIGGS⁴⁰).

20. c) *Tercera época: el «reenvío funcional» o «reenvío-expediente»*. En la segunda mitad del siglo XX comienza a imponerse otra óptica en relación con el reenvío. Las nuevas Leyes de DIPr. de los diferentes países, la jurisprudencia más cuidada y la doctrina más moderna estiman que el reenvío no debe operar como una regla «automática» ni como una regla «general»⁴¹. Y ello por distintas razones.

1.º) *El reenvío no garantiza, en todos los casos, una «armonía internacional de soluciones» de DIPr.* En efecto, la admisión del reenvío supondría, teóricamente, que la solución dada a la situación sería igual tanto si conociese del mismo caso un tribunal español como si conociese del mismo caso el tribunal extranjero correspondiente al Derecho al que remite la norma de conflicto española (P. LEREBOURS-PIGGEONNIÈRE⁴²). Así, el tribunal español aplicaría, gracias al reenvío, la norma de conflicto extranjera, que es la misma que aplicaría el tribunal extranjero. Ello garantiza que el Derecho aplicable a la situación privada internacional sea el mismo, sin que dependa de cuál sea el tribunal competente.

Pero mucho cuidado: para que se produzca una «armonía internacional de soluciones de DIPr.», es preciso que el Derecho extranjero no admita el reenvío, ya que, en tal supuesto, la solución que darían al caso los tribunales extranjeros sería contraria, nuevamente, a la suministrada por los tribunales

³⁸ J. G. SAUVEPLANNE, «Renvoi», *IECL*, vol. III, chapter 6, 1990, p. 3.

³⁹ H. BATIFFOL, «Réflexions sur la coordination de systèmes nationaux», *RCADI*, 1967, vol. 120, pp. 165-188.

⁴⁰ A. BRIGGS, «In Praise and Defence of renvoi», *ICLQ*, 1998, pp. 877-884.

⁴¹ B. AUDIT, «Le caractère fonctionnel...», 1984, pp. 327-333; PH. FRANCESCARIS, *La théorie du renvoi...*, 1958, pp. 261-262; A.E.VON OVERBECK, «Les questions générales...», 1982, p. 167; H. BATIFFOL / P. LAGARDE, *Droit international privé I*, 1993, pp. 506-509.

⁴² P. LEREBOURS-PIGGEONNIÈRE, «Observations sur la question du renvoi», *JDI Clunet*, 1924, pp. 877-903.

españoles (E. VITTA, H. LEWALD, J. DERRUPPÉ, P. COURBÉ⁴³). Sólo el reenvío de segundo grado sirve, en ciertas condiciones, para alcanzar esta armonía internacional de soluciones (L. RAAPE, J. DERRUPÉ, E. CASTELLANOS RUIZ⁴⁴).

2.º) *El reenvío comporta una ignorancia del mandato material de la norma de conflicto*. Ejemplo: la norma de conflicto española (art. 9.8 Cc.) indica que la Ley nacional del causante debe regir la sucesión. Pues bien: admitir el reenvío supone que la sucesión ya no será regulada por la Ley nacional del causante, sino por «otra Ley estatal», la Ley designada por las normas de conflicto del Derecho del país de la nacionalidad del causante. Por tanto, el reenvío «destruye» la solución que el legislador ha considerado «justa» a la hora de indicar la Ley aplicable a una situación privada internacional (E. BARTIN, A. PILLET, A. BORRÁS RODRÍGUEZ, M. DE LASALA LLANAS⁴⁵), como indica la SAP Alicante 7 junio 2001.

3.º) *El reenvío provoca inseguridad jurídica*. La admisión del reenvío hace «imprevisible» la Ley aplicable al supuesto. La precisión de la Ley aplicable a la situación privada internacional resulta difícil y compleja, pues debe conocerse y aplicarse la norma de conflicto del país cuyos tribunales conocen del asunto y las normas de conflicto del Derecho extranjero al que el DIPr. español remite (H. LEWALD⁴⁶). El reenvío lleva a las normas de con-

⁴³ H. LEWALD, «La théorie du renvoi», *RCADI*, 1929-IV, vol. 29, pp. 519-616; J. DERRUPPÉ, «Plaidoyer pour le renvoi», *TCFDIP*, 1964-1966, pp. 181-107; E. VITTA, *Corso di Diritto internazionale privato e processuale*, Torino, UTET, 3.ª ed., 1989, p. 166; P. COURBE, *Droit international privé*, Colin-Dalloz, París, 2000, p. 85.

⁴⁴ J. DERRUPPÉ, «Plaidoyer pour le renvoi», *TCFDIP*, 1964-1966, pp. 181-107; L. RAAPE, «Les rapports juridiques entre parents et enfants comme point de départ d'une explication pratique d'anciens et de nouveaux problèmes du droit international privé», *RCADI*, 1934, vol. 50, pp. 405-544, concr. p. 413, donde expone su famosa tesis de la *roca de bronce*, roca contra la que se estrellarían, según su defensor, y con fatal resultado, los adversarios del reenvío; E. CASTELLANOS RUIZ, *Unidad vs. pluralidad legal de la sucesión internacional*, Granada, Comares, 2001, pp. 40-41; ID., «Art. 9.8 Cc.», *Legislación de Derecho internacional privado, comentada y con jurisprudencia*, Madrid, Colex, 2002, pp. 57-69; ID., «Reenvío, unidad de la sucesión y armonía internacional de soluciones en el Derecho sucesorio», *Internacional Law. Revista Colombiana de Derecho Internacional*, diciembre-2003, pp. 211-259; ID., «Reenvío, unidad de la sucesión y armonía internacional de soluciones en el Derecho sucesorio: antes y después de la STS de 23 septiembre 2002», en A.-L. CALVO CARAVACA/ E. CASTELLANOS RUIZ (dirs.), *El Derecho de familia ante el siglo XXI: aspectos internacionales*, Madrid, Colex, 2004, pp. 239-269.

⁴⁵ E. BARTIN, «Les conflits entre dispositions législatives de droit international privé. Théorie du renvoi», *RDILC*, 1898, pp. 129-159; E. BARTIN, *Principes de droit international privé selon la loi et la jurisprudence françaises*, vol. I, París, 1930, pp. 1-69; A. PILLET, «Contre la théorie du renvoi», *RCDIP*, 1913, pp. 1-14; A. BORRÁS RODRÍGUEZ, «Art. 12.2 Cc...», 1991, p. 140; M. DE LASALA LLANAS, *Sistema español de Derecho civil internacional e interregional*, Madrid, 1933, pp. 247-248, en relación, específicamente, con la sucesión.

⁴⁶ H. LEWALD, «La théorie...», 1929, pp. 565 y 615.

flicto a una situación límite próxima a la «teoría del caos»: para conocer el Derecho aplicable a una sucesión, el tribunal español debería tener presentes las normas de conflicto de los sistemas extranjeros a los que pudiera remitir la norma de conflicto española, y quizás ulteriores remisiones. Además, considerar en su conjunto el Derecho extranjero al que remite la norma de conflicto española lleva a una cadena de reenvíos sin final, a una «sala de los espejos» (F. KAHN⁴⁷), a un «ping-pong internacional» (C. BUZZATI⁴⁸), a un tiiovivo o *Merry-go Round* internacional (J. G. SAUVEPLANNE⁴⁹), o a concebir un fiero animal que se muerde su propia cola (E. BARTIN⁵⁰).

Resultado: los sistemas de DIPr. más modernos y la doctrina actual entienden que el reenvío no debe operar como «regla general». En efecto, posturas muy radicales en favor incondicionado del reenvío, como las que sostuvieron algunos de los primeros autores que reflexionaron sobre el asunto, tales como J. WESTLAKE y J. P. NIBOYET, y posturas radicalmente contrarias al reenvío en todo caso, como las que sostienen algunos autores contemporáneos⁵¹, ignoran que en el arte del Derecho, el justo término (*ne quid nimis, est modus in rebus*) suele ser la regla más razonable y útil. Ello permite recoger los beneficios del reenvío pero, al mismo tiempo, permite eliminar sus consecuencias indeseables. Actualmente, doctrina, legislación y jurisprudencia conciben el reenvío como un mero instrumento que sólo debe operar para conseguir un resultado más justo en el caso concreto. Es el «reenvío funcional» o «reenvío-expediente», ya anunciado por la doctrina durante el siglo XX (H. LEWALD, PH. FRANCESCAKIS, P. COURBÉ⁵²).

⁴⁷ F. KAHN, «Der Grundsatz der Rückverweisung im deutschen bürgerlichen Gesetzbuch und auf dem Haager Kongress für internationales Privatrecht», *Jherings Jahrbücher*, 1896, pp. 366-392.

⁴⁸ C. BUZZATI, *Il rinvio nel diritto internazionale privato*, Milano, 1959, p. 77.

⁴⁹ J. G. SAUVEPLANNE, «Renvoi», *IECL*, vol. III, chapter 6, 1990, (37 pp.), esp., pp. 2-4.

⁵⁰ E. BARTIN, *Principes de droit international privé selon la loi et la jurisprudence françaises*, vol. I, París, 1930, p. 211.

⁵¹ *Ad ex.* S. SÁNCHEZ LORENZO, «Ámbito del reenvío en la determinación de la Ley aplicable a la sucesión hereditaria», *Anuario Español de Derecho internacional privado*, 2004, pp. 1144-1146.

⁵² H. LEWALD, «La théorie du renvoi», *RCADI*, 1929-IV, vol. 29, pp. 519-616; ID., «Renvoi Revisited?», en *Fragen des Verfahrens- und Kollisionsrechtes, Festschrift Hans Fritzsche*, Zürich, 1952, pp. 165-180; J. FAUBERT, «Renvoi in Swiss Law», *AJCL*, 1956, pp.478-486; ID., «Une révision du droit international privé: la 'Théorie du renvoi' de M.Francescakis», *Schweizerisches Jahrbuch für internationales Recht*, 15, 1958, pp.187-214; P. FRANCESCAKIS, *La théorie du renvoi et les conflits de systèmes en droit international privé*, París, Sirey, 1958, pp. 55-56; ID., «Renvoi», *E.Daloz DI*, vol. II, 1969, pp. 751-759; B. AUDIT, «Le flux et reflux de la crise des conflits de lois», *TCFDIP*, 1988, pp. 59-7, esp. p. 70. En el mismo sentido se orienta la Resolución del IDI sobre la aplicación del DIPr. extranjero de 23 agosto 1999 (*RCDIP*, 2000 p. 135).

P. COURBÉ, *Droit international privé*, Colin-Dalloz, París, 2000, pp. 87-88.

2. El reenvío en Derecho internacional privado español antes de 1974

21. Aunque la cuestión del reenvío era conocida por la doctrina española en 1889, lo cierto es que la redacción originaria del Código Civil de dicho año guardó un total silencio sobre el reenvío. En general, las normas de DIPr. contenidas en la redacción originaria del Código Civil eran muy pocas, insuficientes y poco brillantes. Por ello, no debe extrañar que el reenvío fuera ignorado de modo lapidario por el legislador. Esta situación condujo a la presencia de enormes dudas sobre la admisión del reenvío en la práctica de los tribunales españoles⁵³ y en la doctrina⁵⁴. En efecto, hasta nada menos que 1996, el TS nunca se manifestó, en ningún caso, de forma clara sobre la cuestión del reenvío. En general, el TS ignoraba con total tranquilidad los problemas de reenvío (STS 10 febrero 1926, STS 21 febrero 1935, STS 27 mayo 1968, STS 6 junio 1969, STS 5 noviembre 1971). Por otro lado, el llamado *Proyecto Yanguas* de 25 enero 1944 para la reforma del Código Civil negaba el reenvío por influjo del entonces reciente art. 30 del Código civil italiano de 1942, al que el profesor YANGUAS profesaba una indisimulada devoción. Pero el texto se quedó en un mero Proyecto. El posterior *Proyecto Trías* de 14 noviembre 1962 admitía el reenvío de retorno a través de una fórmula idéntica a la finalmente consagrada en el hoy vigente art. 12.2 Cc. El ponente de dicho Proyecto, el Prof. J. M. TRÍAS DE BES, acogió las tesis del Profesor J. D. TRÍAS GIRÓ, padre del primero, que había emitido una opinión⁵⁵ que fue decisiva para aceptar el reenvío en el muy célebre y pionero caso del Auto del Juzgado de distrito del Hospital de Barcelona de 3 agosto 1900 [reenvío de la Ley escocesa a la español-

⁵³ Al respecto, *vid.* J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, «Comentario al art. 9.8 Cc.», en *Jurisprudencia civil comentada. Código Civil* (Dir. M. PASQUAU LIAÑO), Ed. Comares, Granada, 2000, pp. 190-201; J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, «Comentario al art. 12.2. Cc.», en *Jurisprudencia civil comentada. Código Civil* (Dir. M. PASQUAU LIAÑO), Ed. Comares, Granada, 2000, pp. 345-352.

⁵⁴ L. GESTOSO TUDELA, «La teoría de la referencia en Derecho internacional privado», *Anales de la Universidad de Murcia*, Curso 1946/1947, pp. 193-203; A. MARÍN LÓPEZ, *Derecho internacional privado I*, 1994, pp. 268-269; M. AGUILAR NAVARRO, *Derecho internacional privado*, vol. I, t. II, parte 2.ª, 1975, pp. 179-182; M. DE LASALA LLANAS, *Sistema español de Derecho civil internacional e interregional*, Ed. Rev. Derecho privado, Madrid, 1933, pp. 5-56 y pp. 247-248.

⁵⁵ J. D. TRÍAS GIRÓ, «De la théorie du renvoi devant les tribunaux espagnols», *JDI Clu-net*, 1901, pp. 905-921; *Id.*, «La solución de retorno (Renvoi) ante los Tribunales de España», *RJC*, 1901, pp. 173-189; J. M. TRÍAS DE BES, *Derecho internacional privado*, Madrid, Ed. Reus, 1934, Barcelona, pp. 32-34: «*El caso resuelto por dicha sentencia era el siguiente: don T. A. escocés, súbdito británico, otorgó testamento, en 23 junio de 1898, ante notario de esta ciudad [Barcelona], donde tenía establecida su industria y en donde había adquirido inmuebles de importancia, Falleció en 1899, conservando su nacionalidad británica, pero habiendo residido cincuenta años en Barcelona, lugar de su última residencia.*».

la]⁵⁶. Fue precisamente este caso, el primer caso sobre reenvío en España, el que marcó la pauta. El juzgador se pronunció a favor del reenvío y, a falta de norma positiva expresa que autorizara dicho reenvío y a falta de toda jurisprudencia, se apoyó en la costumbre y en los principios generales del Derecho. Ello fue decisivo, pues visto que *bis dat cui cito dat*, quedó diseñada una clara línea muy proclive al reenvío en el proceder de los tribunales españoles.

3. El reenvío en Derecho internacional privado español desde 1974 a 1996

22. En 1974, el legislador español se ocupa, por fin, del reenvío en DIPr. español. El nuevo art. 12.2 Cc. es el precepto clave. En efecto, dicha norma fue introducida por el Decreto 1836/1974, de 31 de mayo, por el que se sanciona con fuerza de ley el texto articulado del Título Preliminar del Código civil (BOE núm. 163, de 9 de julio de 1974), que siguió las líneas marcadas por la Ley 3/1973, de 17 de marzo, de bases para la modificación del Título Preliminar del Código civil (BOE núm. 69, de 21 marzo de 1973).

23. El texto del art. 12.2 Cc., que como se ha recordado, data de 1974, afirma lo siguiente: «*La remisión al Derecho extranjero se entenderá hecha a su ley material, sin tener en cuenta el reenvío que sus normas de conflicto puedan hacer a otra ley que no sea la española*». Pero hay que afirmar desde ya que el art. 12.2 Cc. (= que teóricamente venía a arrojar luz sobre el tema del reenvío), sembró más dudas que otra cosa. Una brevísima exégesis del precepto muestra este balance.

1.º) El precepto presenta una caótica redacción: a) Una afirmación contradictoria: si la remisión al Derecho extranjero, se dice, lo es en favor de su Ley material, ¿cómo se afirma, acto seguido, que se pueden «tener en cuenta» las normas de conflicto extranjeras si remiten al Derecho español? Resulta entonces que la «declaración de principios» del art. 12.2 Cc. (= remisión a la Ley material extranjera), es, simplemente, falsa o como mal menor, es sólo una afirmación de principios pero con un alcance muy relativo⁵⁷; b) Una

⁵⁶ Auto del Juzgado de distrito del Hospital de Barcelona de 3 agosto 1900: «*la ley escocesa (...) no acepta la competencia que le atribuye la ley española (...) y se remite a su vez a ésta, fundada en que habiendo dejado el difunto sus bienes muebles y raíces en Barcelona, a la ley de este territorio es la que debe regular la sucesión de aquél (...) considerando que, no habiendo en España ley que resuelva tal conflicto, debe acudir a la costumbre o a los principios generales del Derecho, según el art. 6.º del expresado Código civil, y en este caso, vista la opinión de varios tratadistas y el dictamen del catedrático de Derecho internacional de esta Universidad, don Juan de Dios Trías, que obra en este expediente, no queda duda alguna de que la sucesión de don Tomás A. debe regularse por la ley de Cataluña por radicar en Barcelona los bienes dejados por aquél*». Vid. J. M. TRIAS DE BES, *Derecho internacional privado*, Madrid, Ed. Reus, 1934, Barcelona, pp. 32-34.

⁵⁷ J. PÉREZ MONTERO, «Art. 12.2 Cc.», *CRef.Cc.*, 1977, pp. 592-638.

«doble negación»: no se tendrán en cuenta las normas de conflicto extranjeras que no remitan al Derecho español. Peor redactado, imposible.

2.º) El objetivo del art. 12.2 Cc. es aceptar, exclusivamente, el «reenvío de retorno» o «reenvío de primer grado». Cuando la norma de conflicto española remite a una Ley extranjera, se puede aceptar la remisión hecha por las normas de conflicto extranjeras en favor de la Ley sustantiva española (erróneamente: SAP Alicante 7 junio 2001). Y nunca se aceptará la remisión que las normas de conflicto de la *Lex Causae* puedan realizar en favor del Derecho de un Estado que no sea España.

3.º) El art. 12.2 Cc. admite el reenvío de primer grado, dentro de ciertos límites, en relación, teóricamente, con cualquier norma de conflicto y en cualquier materia: contratos, sucesiones, régimen económico del matrimonio, etc. El precepto, realmente, no contiene ningún límite al respecto.

4.º) El precepto no es claro en torno a la espinosa cuestión del carácter facultativo o imperativo del reenvío. Hasta 1996 las dudas eran muy profundas en los tribunales españoles: si la norma de conflicto extranjera reenvía al Derecho español, ¿debe aceptarse obligatoriamente dicho reenvío? ¿O puede el tribunal tomar en consideración ciertos datos para decidir si procede o no aceptar el reenvío en favor de la Ley española en relación con el caso concreto?

24. Sin embargo, la jurisprudencia española, fiel a sí misma, no varió un ápice su postura sobre el reenvío tras el nuevo art. 12.2 Cc. de 1974. Los pronunciamientos de los tribunales inferiores eran poco concluyentes y más bien oscuros. Y lo más importante: el TS, tras 1974, siguió en silencio en torno al asunto del reenvío hasta la STS 15 noviembre 1996. En definitiva, antes de la entrada en escena del TS en la citada STS 15 noviembre 1996, la jurisprudencia española sobre el reenvío de primer grado en materia sucesoria era oscilante, imprecisa y sospechosa.

1.º) La mayor parte de los pronunciamientos jurisprudenciales eran favorables al reenvío (Auto Juzgado de distrito del Hospital de Barcelona de 3 de agosto de 1900 [reenvío de la Ley escocesa a la española], RDGRN 30 junio 1956 [reenvío de la Ley argentina a la española]⁵⁸, SJPI núm.10 Madrid 18 febrero 1974, SAT Granada 22 diciembre 1988 [reenvío de la Ley de Maryland a la Ley española, en perjuicio de la unidad y universalidad de la sucesión], SAP Málaga 18 diciembre 1996 [reenvío de la Ley inglesa a la española que afectaba exclusivamente a inmuebles sitios en España], SAP Alicante 19 noviembre 1991 [reenvío de la Ley escocesa en favor de la Ley española, pues los bienes inmuebles se hallaban en España, aunque ello com-

⁵⁸ RDGRN 30 junio 1956 (AnDGRN, pp. 40-48): «*dado que (...) el art. 7 del Código civil argentino otorga la preferencia a la Ley del domicilio, que la causante tenía establecido en territorio español, procede aplicar la ley española...*».

portaba el fraccionamiento legal de la sucesión, sentencia confirmada, sin consideraciones expresas sobre el reenvío, por la STS 23 octubre 1992]).

2.º) Ciertas resoluciones, en posición muy minoritaria, rechazaron el reenvío en materia sucesoria (SAT Palma de Mallorca 17 febrero 1965 [aplicación de la Ley sustantiva argentina], o se mostraron muy reacias a ello, aunque realmente, no se pronunciaran sobre la cuestión (SAP Badajoz 11 julio 1995 [sucesión de causante inglés con domicilio en España y bienes inmuebles en España⁵⁹]).

3.º) Otras sentencias pudieron emplear el reenvío de retorno en materia sucesoria, pero no tomaron posición sobre el particular (STS 11 mayo 1989 [sucesión testada de causante venezolano relativa a inmuebles sitios en España], STS 27 abril 1978 [sucesión de causante mejicano con inmuebles en España], STS 17 diciembre 1991 [sucesión regida por el Derecho marroquí, que hubiera provocado un reenvío en favor del Derecho español, lo que al final no ocurrió porque el TS estimó que el DIPr. marroquí no se había probado], STS 23 octubre 1992 [el TS bendice el criterio adoptado por la SAP Alicante 19 noviembre 1991, que había aceptado el reenvío en favor de la Ley española aunque dicho reenvío provocó un fraccionamiento legal de la sucesión]).

4.º) Pero hasta 1996, la jurisprudencia española sobre el reenvío era también sospechosa. En efecto, se podía apreciar que, antes de la STS 15 noviembre 1996, la jurisprudencia precedente de los tribunales inferiores había seguido, como denunciaba la doctrina, una solución nacionalista y legeforista. El reenvío se aceptaba con el solo propósito de hacer aplicable la Ley española, sin más consideraciones⁶⁰. Las palabras de J. DE YANGUAS MESSÍA eran certeras: *«la única, inconfesable razón creadora del reenvío, fue la disimulada atracción de todos los casos de Derecho internacional privado a la ley del juez, bajo la apariencia de una correcta aplicación de la ley extranjera declarada competente, para regirlos, por la propia Lex Fori»*⁶¹.

25. Otro factor de complicación se añadió durante los años ochenta del pasado siglo al ya de por sí confuso asunto del reenvío: la incidencia de los Convenios internacionales que contienen normas de conflicto y que fueron ratificados por España a partir de la década de los años ochenta. Estos Con-

⁵⁹ SAP Badajoz 11 junio 1995: *«El causante no quería dejar nada a sus hijos, con arreglo a la Ley inglesa podía hacerlo, no cabe pues nada más que formalmente en pensar en problemas de desheredación o de preterición y de aquí surge la conclusión de que no siempre el reenvío es aconsejable y de que este supuesto es uno de los que exigirían mayor meditación»*.

⁶⁰ A. BORRÁS RODRÍGUEZ, «Art.12.2 Cc...», 1991, p. 141; A.-L. CALVO CARAVACA en UNED, *Derecho internacional privado I*, 1993, pp. 146-148.

⁶¹ J. DE YANGUAS MESSÍA, *Derecho internacional privado*, 1970, Reus, Madrid, pp. 288-289.

venios internacionales hacen inaplicable el art. 12.2 Cc. en las materias que regulan. En este sentido, existen tres grupos de Convenios internacionales desde la perspectiva del reenvío (L. MIGLIORINO⁶²).

a) *Convenios internacionales que rechazan el reenvío.* La mayor parte de los Convenios internacionales de DIPr. rechazan el reenvío. Explicación: no todos los Estados partes lo admiten en sus sistemas de DIPr. de producción interna. Estos Convenios niegan el reenvío a través de diferentes bases jurídicas. Primero: algunos Convenios indican que la Ley aplicable es la «Ley interna» de un Estado. Con ello se excluye la consulta de las normas de conflicto extranjeras y se evita todo reenvío. Ejemplo 1: el art. 4 Convenio de La Haya de 2 octubre 1973 (Ley aplicable a las obligaciones alimenticias) indica que «la ley interna de la residencia del acreedor de alimentos regirá las obligaciones alimenticias a que se refiere el art. 1». El precepto evita todo reenvío, porque está prohibido consultar las normas de conflicto del país de residencia del acreedor de alimentos. Ejemplo 2: el reenvío es también imposible, por la misma razón, en el Convenio de La Haya de 4 mayo 1971 (accidentes de circulación por carretera), cuyo art. 3 dispone que «la Ley aplicable será la ley interna del Estado en cuyo territorio haya ocurrido el accidente». Segundo: otros Convenios prohíben de modo expreso el reenvío. Ejemplo: el art. 15 Convenio de Roma 19 junio 1980 (Ley aplicable a las obligaciones contractuales) indica que «cuando el presente Convenio prescriba la aplicación de la Ley de un país, se entenderá por tal las normas jurídicas en vigor en ese país, con exclusión de las normas de Derecho internacional privado». El precepto prohíbe expresamente todo reenvío. Tercero: otros Convenios prohíben el reenvío de modo implícito. Tales Convenios sólo contienen una «causa tasada» de inaplicación de la Ley designada por la norma de conflicto convencional, la contrariedad de la Ley designada con el orden público internacional del Estado de que se trate. La Ley extranjera no puede dejar de aplicarse en virtud de un reenvío. Ejemplo: el Convenio de Munich de 5 septiembre 1980 (ley aplicable a los nombres y apellidos) nada dispone sobre el reenvío. Pero la única causa que el convenio admite para no aplicar el Derecho extranjero designado por la norma de conflicto es su contrariedad con el orden público internacional. *A sensu contrario*, un posible reenvío no puede ser causa de inaplicación de la Ley designada por la norma de conflicto recogida en el Convenio.

b) *Convenios internacionales que parecen aceptar el reenvío.* Dos Convenios internacionales –de los vigentes para España– parecen admitir el reenvío. Pero es una impresión engañosa. En el fondo, no admiten ningún

⁶² L. MIGLIORINO, «La questione del rinvio e le soluzioni accolte nelle convenzioni internazionali», *RDIPP*, 1996, pp. 499-512.

tipo de reenvío (E. D. GRAUE⁶³): (a) El art. 42 Convenio de Washington de 18 marzo 1965 (arreglo de diferencias relativas a inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados) parece admitir el reenvío. Pero esta impresión, como se ha dicho, es un espejismo (A. GIARDINA⁶⁴). Dicha norma indica el «sistema de DIPr.» aplicable y no el «Derecho estatal» aplicable, por lo que resuelve un «conflicto de sistemas», no un «conflicto de Leyes». (b) El art. 3 Convenio de La Haya de 25 octubre 1980 (secuestro internacional de menores) parece admitir el reenvío. Pero tampoco es verdad (A. E. ANTON, G. CARELLA⁶⁵). La norma indica el «DIPr. aplicable», por lo que resuelve un «conflicto de sistemas» y no un «conflicto de Leyes».

c) *Convenios internacionales que admiten el reenvío.* Algunos Convenios internacionales, escasos, admiten el reenvío. Incluso el reenvío de segundo grado. Ejemplos: art. 5 Convenio de La Haya 14 marzo 1978 (Ley aplicable a los regímenes matrimoniales) y art. 4 Convenio de La Haya de 1 agosto 1989 (Ley aplicable a las sucesiones por causa de muerte). Ello se debe a la mediocridad de los redactores de ambos Convenios, que no tuvieron presentes los inconvenientes de esta solución (Y. LEQUETTE⁶⁶). Pero debe subrayarse de modo terminante que, por fortuna, ninguno de estos Convenios internacionales está en vigor para España. Así que menos problemas.

IV. El reenvío de primer grado en materia sucesoria: los arts. 9.8 y 12.2 del Código Civil

1. *El reenvío como herramienta al servicio del art. 9.8 del Código Civil*

26. El reenvío de primer grado en favor de la Ley sustantiva española (art. 12.2 Cc.) es un «instrumento accesorio» de la norma que determina la Ley reguladora de la sucesión, que es el art. 9.8 Cc. El art. 12.2 Cc. es una «norma de aplicación» que está «al servicio» del art. 9.8 Cc., que es una

⁶³ E. D. GRAUE, *Internationales Privatrecht Rück- und Weiterverweisung*, Berlín, Schweitzer, 1981, pp. 55-56; ID., «Rück- und Weiterverweisung (renvoi) in den Haager Abkommen, Grandeur et déclin du renvoi dans les Conventions de Haye», *RebelsZ.*, 1993, pp. 26-62.

⁶⁴ A. GIARDINA, «L'exécution des sentences du Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements», *RCDIP*, 1982, pp. 273-293.

⁶⁵ A. E. ANTON, «The Hague convention of international child abduction», *ICLQ*, 1981, vol. 30, pp. 537-567; G. CARELLA, «La convenzione dell'Aja del 1980 sugli aspetti civili della sottrazione internazionale di minori», *RDIPP*, 1994, pp. 777-794.

⁶⁶ Y. LEQUETTE, «Le renvoi de qualifications», *Mélanges dédiés à Dominique Holleaux*, París, Litec, 1990, pp. 249-262 ; ID., «Le Droit international privé de la famille à l'épreuve des Conventions internationales», *RCADI*, 1994-II, pp. 51-99.

«norma de conflicto» (A.-L. CALVO CARAVACA⁶⁷). El reenvío es un puro instrumento al servicio de una mejor aplicación de las normas de conflicto. El art. 12.2 Cc. es una norma auxiliar o ancilar respecto de las normas que indican el «Derecho aplicable» (A.-L. CALVO CARAVACA, A. MARÍN LÓPEZ, H. BATIFFOL / P. LAGARDE⁶⁸). El reenvío no puede «traicionar» el sentido de las normas de conflicto, sino facilitar su correcta aplicación. El reenvío desarrolla una «función instrumental». Esta «concepción instrumental del reenvío» no es una invención de la doctrina y/o de la jurisprudencia. Es una concepción perfectamente construida sobre diversos argumentos legales: 1.º el art. 12. Cc es una «norma de aplicación» y no una «norma de regulación», y es sabido que las primeras están «al servicio» de las segundas (E. VITTA⁶⁹); 2.º se respeta la norma principal (= la norma de conflicto), lo que refuerza la seguridad jurídica; 3.º el reenvío es una «excepción» al normal funcionamiento de la norma de conflicto. Por ello, debe operar sólo en casos tasados, justificados, motivados, es decir, sólo cuando se acredita la presencia de un conjunto de circunstancias que son, precisamente las que permiten apartarse de la «regla general» (= la norma de conflicto) para acoger una solución distinta (= aplicación del Derecho sustantivo español en virtud de reenvío de retorno). Y como excepción que es, el reenvío debe interpretarse de modo restrictivo, al igual que sucede con otras excepciones contempladas en el art. 12 Cc., como el orden público internacional (art. 12.3 Cc.) o el fraude de Ley internacional (art. 12.4 Cc.).

⁶⁷ A.-L. CALVO CARAVACA, «Art. 9.8 Cc.», *Com.Cc. y Comp.For.*, 2.ª ed., 1995, pp. 350-391, esp. p. 359, texto y nota [7]: «Finalmente, debe observarse que los principios de unidad y universalidad de la sucesión, que constituyen el eje alrededor del cual gira nuestro sistema: (...) b) Operan como un límite al reenvío de retorno del art. 12.2 del Código Civil, que no será admisible cuando conduzca a la fragmentación de la sucesión mortis causa, como sucede cuando el causante deje bienes inmuebles en España y en el extranjero, supuesto en el que habrá que estar a una sola Ley –la nacional del difunto– y no a varias leyes, según la situación de los bienes» (...) «las normas de aplicación o de funcionamiento –y el art. 12.2 Cc. es una de ellas–, no pueden ser entendidas aisladamente, sino que deben ser interpretadas conjuntamente con las normas reguladoras –y el art. 9.8 Cc. es una de ellas–: es decir, sirven para resolver los problemas de aplicación que estas últimas suscitan, no para destruir los principios –como los de unidad y universalidad de la sucesión mortis causa– en ellas formulados»; ID., «Sucesión hereditaria», en J. D. GONZÁLEZ CAMPOS Y OTROS, *Derecho internacional privado, parte especial*, 6.ª ed., Eurolex, Madrid, 1995, pp. 393-422; ID., «La sucesión hereditaria en el Derecho internacional privado español», *RGD*, 1986, pp. 3103-3138.

⁶⁸ A.-L. CALVO CARAVACA en UNED, *Derecho internacional privado I*, 1996, pp. 147-148 y obras citadas en la nota inmediatamente anterior; A. MARÍN LÓPEZ, *Derecho internacional privado I*, Granada, 1994, pp. 258-259; H. BATIFFOL / P. LAGARDE, *Derecho internacional privé I*, 1993, pp. 506-509.

⁶⁹ E. VITTA, *Corso di Diritto internazionale privato e processuale*, Torino, UTET, 3.ª ed., 1989, p. 119.

27. Esta «concepción instrumental del reenvío» comporta diversas consecuencias de extrema importancia.

1.º) *El reenvío es un instrumento meramente facultativo.* El reenvío que las normas de conflicto extranjeras hacen en favor de la Ley sustantiva española no debe aceptarse de manera «automática». En Derecho español, el reenvío no es obligatorio para los tribunales, sino «facultativo»⁷⁰. El carácter facultativo del reenvío se deduce de dos concretas previsiones de legislador. Primera: el art. 12.2 Cc. no indica que el juez español debe «aplicar» las normas de conflicto extranjeras que remiten al Derecho español. Lo que dice el art. 12.2 Cc. es que el juez español debe «tener en cuenta» las normas de conflicto extranjeras si remiten a la Ley española. Y naturalmente, «tener en cuenta» no es lo mismo que «aplicar» las normas de conflicto extranjeras (STS 15 noviembre 1996⁷¹). Segunda: el art. 12.6 Cc. indica que sólo las normas de conflicto «del Derecho español» son imperativas y por tanto de inexcusable aplicación por los jueces y autoridades españolas. Por tanto, *a sensu contrario*, las normas de conflicto «del Derecho extranjero», que son las que provocan el reenvío, nunca son de aplicación imperativa para los tribunales españoles. Éstos pueden, facultativamente, «tener en cuenta» tales normas de conflicto extranjeras, pero no están obligados a «aplicar» dichas normas⁷². En suma: el reenvío no es «obligatorio».

2.º) *El reenvío debe comportar consecuencias razonables y justas.* El reenvío sólo debe aceptarse si a través de él se «mejora» la aplicación de las normas de conflicto españolas y, de ese modo, se alcanzan soluciones satis-

⁷⁰ El carácter facultativo del reenvío fue señalado por ciertos autores antes de la STS 15 noviembre 1996. Vid. A.-L. CALVO CARAVACA, «Art. 9.8 Cc.», *Com.Cc. y Comp.For.*, 2.ª ed., 1995, pp. 350-391, esp. p. 359, texto y nota [7]; ID., «Sucesión hereditaria», en J. D. GONZÁLEZ CAMPOS Y OTROS, *Derecho internacional privado, parte especial*, 6.ª ed., Eurolex, Madrid, 1995, pp. 393-422; ID., «La sucesión hereditaria en el Derecho internacional privado español», *RGD*, 1986, pp. 3103-3138; P. RODRÍGUEZ MATEOS, «Una perspectiva funcional del método de atribución», *REDI*, 1988, vol. XL, 1988, pp. 79-126; M. VIRGÓS SORIANO, *El comercio internacional en el nuevo Derecho español de la competencia desleal (un análisis del art.4 de la Ley española de competencia desleal de 1991)*, Civitas, Estudios de Derecho Mercantil, Madrid, 1993, p. 131.

⁷¹ STS 15 noviembre 1996: «La frase 'tener en cuenta' no equivale a que deban aplicarse nuestras normas sucesorias de modo inexorable, puesto que en español (Diccionario de la Real Academia) 'tener en cuenta' quiere decir 'tener presente, considerar', y ello es lo que debe hacer esta Sala: considerar si el reenvío (que ya ha sido alguna vez admitido por nuestros Tribunales de instancia) ha de aceptarse en el presente caso, en virtud de lo dispuesto en la norma de conflictos del Estado de Maryland, que utiliza como punto de conexión el lugar de situación de los inmuebles para determinar la norma de derecho material por la que ha de regirse la sucesión de sus ciudadanos».

⁷² A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho internacional privado*, vol. I, Granada, Ed. Comares, 8.ª ed., Granada, 2007, pp. 5-6.

factorias, razonables y justas (STS 15 noviembre 1996⁷³, STS 21 mayo 1999⁷⁴). El juez debe demostrar que el reenvío conduce a resultados justos en relación con el caso concreto porque «mejora» y «perfecciona» la solución general contenida en el art. 9.8 Cc. El juez español puede emplear el reenvío de primer grado o no emplearlo. Pues bien: lo utilizará sólo y exclusivamente si dicho reenvío resulta útil para alcanzar soluciones satisfactorias, razonables y justas en el caso concreto. El operador jurídico debe demostrar que el reenvío conduce a resultados justos (= el reenvío exige un «plus de motivación» por parte del tribunal, precisamente porque su utilización es facultativa). A tal efecto, deben ponderarse los elementos del caso concreto y los resultados que comporta el reenvío en dicho caso concreto.

2. Supuestos en los que procede acoger el reenvío

28. Los casos en los que el reenvío resulta útil y conveniente porque «mejora» y «perfecciona» la solución general contenida en el art. 9.8 Cc. son aquéllos en los que se verifican, cumulativamente, estas circunstancias (A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ⁷⁵): 1.º) primera circunstancia: el reenvío respeta la unidad legal de la sucesión, la sucesión se rige por una sola Ley estatal; 2.º) segunda circunstancia: concurre un «índice positivo de reenvío», un conjunto de datos o circunstancias que aconsejan admitir tal reenvío porque, de tal manera, no sólo se respeta la unidad legal de la sucesión, sino que, además, se alcanzan resultados razonables y justos.

A) PRIMERA CIRCUNSTANCIA: LA UNIDAD LEGAL DE LA SUCESIÓN

29. El reenvío debe respetar los «principios básicos» de la norma principal, que es el art. 9.8 Cc., norma de conflicto que señala la Ley aplicable a la sucesión *mortis causa*. Es absolutamente necesario, para aceptar el reenvío de primer grado, que éste no vulnere los «principios inspiradores» de la norma de conflicto española. El art. 12.2 Cc. es una «norma instrumental» que debe respetar la «idea de Justicia» que vertebrata la norma principal, que

⁷³ STS 15 noviembre 1996: «El reenvío, por último, debe entenderse como un instrumento de armonización de sistemas jurídicos de los Estados, como un instrumento respetuoso con los principios que los inspiran».

⁷⁴ STS 21 mayo 1999: «lo que debe añadirse que en este supuesto la solución que se alcanzaría con esa aplicación [de la Ley sustantiva española en virtud de reenvío de retorno] tampoco puede afirmarse que entrañe una mayor justicia en relación con los intereses en juego».

⁷⁵ A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho internacional privado*, vol. I, Comares, 8.ª ed., Granada, 2007, pp. 240-250; J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, «Comentario al art. 9.8 Cc. y al art. 12.2 Cc.», en *Jurisprudencia civil comentada. Código Civil* (Dir. M. PASQUAU LIAÑO), Ed. Comares, Granada, 2007, 2.ª ed. (en prensa).

es la «norma de conflicto» española (= en este caso, el art. 9.8 Cc.). Pues bien, el principio básico que opera como columna vertebral del art. 9.8 Cc. es la «unidad y universalidad legal de la sucesión». Dicho principio significa que toda sucesión *mortis causa* debe quedar sujeta a una sola Ley reguladora, con independencia de la naturaleza de los bienes y de los países en los que se encuentren tales bienes. Por tanto, si el reenvío de primer grado comporta la consecuencia de que la sucesión de ciertos bienes queda sujeta al Derecho sustantivo español, pero la sucesión de otros bienes de la misma sucesión queda sujeta a un Derecho extranjero, el reenvío en favor del Derecho español no se aceptará y la sucesión quedará sujeta, enteramente, a la Ley nacional del causante (art. 9.8 Cc.). En conclusión: el reenvío nunca puede aceptarse si comporta un «fraccionamiento legal de la sucesión». Esta postura fue defendida por A.-L. CALVO CARAVACA antes de que el TS entrara en acción y la hiciera propia incluso con las mismas palabras (= y con el TS, todos los demás órganos jurisdiccionales inferiores españoles)⁷⁶.

30. Hoy día es indiscutido que el reenvío no puede aceptarse si comporta como consecuencia que la sucesión quede dividida en «segmentos de bienes» regidos por Leyes diferentes. Toda la jurisprudencia española se orienta con claridad en esta dirección. Lo dice, sin fisuras, y con contundencia el mismo TS (STS 15 noviembre 1996, *Lowenthal*⁷⁷, STS 21 mayo 1999, *Denney*⁷⁸, STS

⁷⁶ A.-L. CALVO CARAVACA, «Art. 9.8 Cc.», *Com.Cc. y Comp.For.*, 2.ª ed., 1995, pp. 350-391, esp. p. 359, texto y nota [7]: «*los principios de unidad y universalidad de la sucesión, que constituyen el eje alrededor del cual gira nuestro sistema: (...) b) Operan como un límite al reenvío de retorno del art. 12.2 del Código Civil, que no será admisible cuando conduzca a la fragmentación de la sucesión mortis causa, como sucede cuando el causante deje bienes inmuebles en España y en el extranjero, supuesto en el que habrá que estar a una sola Ley –la nacional del difunto– y no a varias leyes, según la situación de los bienes*». Idéntica postura en J. D. GONZÁLEZ CAMPOS Y OTROS, *Derecho internacional privado, parte especial*, Eurolex, Madrid, 6.ª ed., 1995, pp. 393-422. El trabajo pionero que defendía la subordinación del reenvío al pleno respeto a la unidad y universalidad de la sucesión fue publicado ya en 1986: A.-L. CALVO CARAVACA, «La sucesión hereditaria en el Derecho internacional privado español», *RGD*, 1986, pp. 3103-3138. En igual sentido, también antes de la STS 15 noviembre 1996, M. MOYA ESCUDERO, «Nota a la SAT Granada 22 diciembre 1988», *REDI*, 1990, vol. XLII, pp. 635-637: «*En ningún caso creo que la finalidad que la norma persigue, su carácter unitario en la regulación, pueda romperse por llegar a un sistema de régimen fraccionado*».

⁷⁷ STS 15 noviembre 1996: «*El derecho español entiende preponderante la ley nacional del 'de cuius'; al propio tiempo, el sistema hereditario español es de carácter universalista, esto es, sostiene el criterio de unidad del régimen sucesorio*».

⁷⁸ STS 21 mayo 1999: «*La aplicación del reenvío en los términos pretendidos en la demanda, es contrario al principio de universalidad de la herencia que rige nuestro Derecho sucesorio e impide dar un tratamiento jurídico distinto a la sucesión mobiliaria y a la inmobiliaria*».

23 septiembre 2002, *François Marie James W.*⁷⁹). La jurisprudencia de tribunales inferiores también sigue férreamente este principio: 1.º) SAP Málaga 18 diciembre 1996 [se acepta el reenvío que efectúa la Ley inglesa en favor de la Ley española pues dicho reenvío no supone ningún fraccionamiento legal de la sucesión: la sentencia fue confirmada por la STS 23 septiembre 2002]; 2.º) SAP Alicante 7 junio 2001 [se rechaza el reenvío de la Ley inglesa a la española porque provocaba un fraccionamiento legal de la sucesión, ya que existían bienes sucesorios litigiosos en Inglaterra y en España]; 3.º) SAP Asturias 1 septiembre 2005 [se acepta el reenvío en favor de la Ley española efectuado por las normas de conflicto del Estado de Pennsylvania, EE.UU., tanto porque no quedaron acreditadas tales normas de conflicto como porque el reenvío no provocaba ningún fraccionamiento de la sucesión]; 4.º) SAP Badajoz 11 julio 1995 [el reenvío es desaconsejable cuando comporta fraccionamiento legal de la sucesión de ciudadano británico⁸⁰]; 5.º) SAP Granada 19 julio 2004 [se rechaza el reenvío porque la norma de conflicto irlandesa conducía al fraccionamiento legal de la sucesión]. Y no está de más recordar que la idea de la universalidad y unidad legal de la sucesión en los casos internacionales aparece ya muy claramente en la más que centenaria pero certera STS 14 diciembre 1901 como un principio capital del DIPr. sucesorio español⁸¹.

⁷⁹ STS 23 septiembre 2002: «*En efecto, la sentencia recurrida da como probado que los únicos bienes del causante son los inmuebles sitos en España de los cuales dispuso testamentariamente, por lo que en modo alguno se produce una fragmentación de la regulación de la herencia, en cuyo caso, la norma general (no específica para la sucesión mortis causa) del art. 12.2 Cód. civ. impondría la no aceptación del reenvío de la ley inglesa por contraria a aquellos principios. Éste es el criterio de esta Sala, y a él responden las declaraciones contenidas en su sentencia de 15 de noviembre de 1996, que no aceptó el reenvío que la ley nacional del causante hacía a la ley española en cuanto a los inmuebles por estar sitos en España, lo mismo que las contenidas en su sentencia de 21 de marzo de 1999. Por tanto, si como en este litigio ocurre, la herencia del causante se compone únicamente de bienes inmuebles sitos en España, no hay ningún inconveniente en la aceptación del reenvío de la ley inglesa, pues será la española la única que regula toda sucesión del causante (...). El motivo se desestima, pues la aplicación de la ley española, a la que se reenvía el derecho inglés, que es la ley personal del causante, respecto de los inmuebles sitos en España, no es contraria a los principios de unidad y universalidad de la sucesión, que es a lo que obedecen la regla del art. 9.1 Cód. civ.*».

⁸⁰ SAP Badajoz 11 junio 1995: «*El causante no quería dejar nada a sus hijos, con arreglo a la Ley inglesa podía hacerlo, no cabe pues nada más que formalmente en pensar en problemas de desheredación o de preterición y de aquí surge la conclusión de que no siempre el reenvío es aconsejable y de que este supuesto es uno de los que exigirían mayor mediación.*».

⁸¹ STS 14 diciembre 1901: «*...si bien la transmisión de bienes inmuebles por título singular y cuando se trata de cosas determinadas se rige por la Ley del territorio o estatuto real, al que se atiende igualmente para la determinación y clasificación de los derechos inherentes a dichos intereses, es doctrina establecida por este TS, de acuerdo con los más equitativos principios del Derecho internacional privado, inspirados en la conveniencia de la unidad de la sucesión y en la necesidad de que, a quien se concede adquirir en determinados territorios bienes raíces, se le otorga la facultad de disponer de ellos, según la Ley*

31. La unidad legal de la sucesión se refiere a la «sucesión litigiosa» en España, y no necesariamente a «toda la sucesión» (SAP Málaga 18 diciembre 1996⁸²). Lo importante es que la sucesión que ha motivado el litigio ante tribunales españoles quede sujeta a una sola Ley reguladora. Cabe por tanto afirmar, al respecto, lo siguiente: 1.º) Es irrelevante que existan bienes sucesorios no litigiosos. 2.º) Si un tribunal español conoce de un litigio relativo, exclusivamente, a la sucesión de los bienes inmuebles del causante, debe asegurarse de que la sucesión de tales inmuebles quede sujeta a una sola Ley estatal. Pero es indiferente cuál sea la Ley reguladora de la sucesión de los bienes muebles, si ésta es cuestión no litigiosa ante los tribunales españoles y/o ha sido o va ser resuelta por tribunales extranjeros (M. VIRGÓS SORIANO⁸³). 3.º) Si el litigio sucesorio afecta exclusivamente a los bienes inmuebles sitos en España, es también indiferente el hecho de que existan bienes inmuebles sitos en el extranjero que no han suscitado litigio alguno ante tribunales españoles. El destino sucesorio de tales bienes bien puede resolverse ante tribunales extranjeros. En todos estos casos, la «unidad legal de la sucesión litigiosa en España» está garantizada y el reenvío es posible.

32. Algunos autores (J. L. IRIARTE ÁNGEL, J. A. TOMÁS ORTIZ DE LA TORRE, I. AYALA CARDIÑANOS) han sostenido que el «fraccionamiento legal» de la sucesión, producto del reenvío de primer grado, puede admitirse⁸⁴. Así lo hizo, de hecho, la SAP Granada 22 diciembre 1988 (= corregida de modo muy severo por la STS 15 noviembre 1996, que resolvió el caso en casación⁸⁵). Argumento: el mismo art. 9.8 Cc. admite, en ciertos supuestos, una «escisión legal» de la sucesión. Y así *parece* ser, porque la Ley aplicable a la sucesión es la Ley nacional del causante en el momento de su fallecimiento,

que autoriza su testamentificación activa –derivación esta ineludible de la capacidad civil, regida siempre por el estatuto personal y doctrina ahora corroborada por el art. 10 CC».

⁸² SAP Málaga 18 diciembre 1996, texto en *REDI*, 1998 II vol. L, pp. 244-248 y *nota* de I. AYALA CARDIÑANOS.

⁸³ M. VIRGÓS SORIANO, «Derecho de sucesiones y reenvío: la respuesta del sistema español», *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, n. 42, 2004, pp. 181-210; M. VIRGÓS SORIANO / E. RODRÍGUEZ PINEAU, «Succession Law and Renvoi: the Spanish Solution», *Festschrift Erik Jayme*, vol. I, Munich, 2004, pp. 977-992.

⁸⁴ J. L. IRIARTE ÁNGEL, «Doble reenvío y unidad de tratamiento de las sucesiones», *RGD*, 1989, núm. 537, pp. 3561-3580; J. A. TOMÁS ORTIZ DE LA TORRE, «¿Anular por reenvío la voluntad del testador?», *La Ley*, núm. 5845, 9 septiembre 2003 (versión *on line*); ID., «El reenvío ante el Tribunal Supremo: historia y reapertura de la vieja polémica en el Derecho internacional privado español», *Actualidad Civil*, núm. 40, semana 1-7 noviembre 1999, pp. 1261-1295; I. AYALA CARDIÑANOS, «Nota a la SAP Málaga 18 diciembre 1996», en *REDI*, 1998-II vol. L, pp. 244-248. Simpatiza con tal postura también A. BORRÁS RODRÍGUEZ, «Art. 12.2 Cc.», *Com.Cc. Min.Justicia*, 1991, pp. 140-142.

⁸⁵ SAT Granada 22 diciembre 1988, *RGD*, núm. 543, 1989, pp. 8651-8654; M. MOYA ESCUDERO, «Nota a la SAT Granada 22 diciembre 1988», *REDI*, 1990, vol. XLII, pp. 635-637.

pero si el causante otorgó testamento en momento anterior con arreglo a la Ley del país cuya nacionalidad ostentaba entonces, la validez de dicho testamento se rige por la Ley nacional anterior del causante, mientras que el «resto de la sucesión» se rige por la Ley nacional posterior del causante. Ahora bien: este presunto argumento no puede compartirse. En efecto, esta previsión del art. 9.8.II Cc. es una excepción para preservar la validez del testamento. Pero con ello el art. 9.8.II Cc. no admite, realmente, una división de la herencia en «segmentos de bienes» regidos por Leyes estatales diferentes. Por tanto, el art. 9.8 Cc. no admite, en ningún supuesto, el fraccionamiento legal de la sucesión. Como se ha visto, el TS ha rechazado explícita y categóricamente, en diversas ocasiones y sin excepción alguna, que una misma sucesión litigiosa pueda quedar sujeta a varias Leyes estatales.

B) SEGUNDA CIRCUNSTANCIA: UN ÍNDICE POSITIVO DE REENVÍO

33. Sin embargo, para aceptar el reenvío en favor del Derecho material español, no basta con que dicho reenvío respete la unidad y universalidad de la sucesión. No se trata, como se ha escrito en una inteligente «nota», de aceptar el reenvío cuando la sucesión no resulte fragmentada legalmente como consecuencia del reenvío y de no aceptarlo, sin más, en el caso contrario⁸⁶. La construcción es más sutil. En efecto, acreditado que el reenvío no rompe la unidad legal de la sucesión, es preciso que, además, concurra algún «índice positivo de reenvío», es decir, algún dato que demuestre que el reenvío es útil, en el caso concreto, para producir resultados justos. La doctrina ha discutido en profundidad en torno a los «índices» que deben ser relevantes para acoger o no el reenvío. En línea de principio, los «índices positivos de reenvío» que resultan admisibles son los siguientes.

a) *PRIMER ÍNDICE: EL REENVÍO COMO MECANISMO PARA RESOLVER UN «FALSO CONFLICTO DE LEYES»*

34. Si el Derecho sucesorio material extranjero y el Derecho sucesorio material español se inspiran en los mismos principios generales, el reenvío se convierte en una herramienta que puede ser aconsejable. En tal caso, realmente, es indiferente aplicar Derecho extranjero o Derecho material español. Pues bien: el reenvío de primer grado permite aplicar el Derecho material español, lo que facilita la actividad judicial y, posiblemente, también disminuye el «nivel de litigación» de los particulares. Por tanto, el reenvío es aconsejable y positivo cuando, gracias él, se resuelve un «falso conflicto de

⁸⁶ I. AYALA CARDIÑANOS, «Nota a la SAP Málaga 18 diciembre 1996», en *REDI*, 1998-II vol. L, pp. 244-248.

Leyes» (*False Conflict*⁸⁷). La jurisprudencia confirma este índice positivo de reenvío (STS 15 noviembre 1996, STS 21 mayo 1999, SAP Málaga 13 marzo 2002, SAP Alicante 10 marzo 2003⁸⁸). Es lo que el TS llama «armonía internacional de soluciones».

35. Ahora bien, esta «armonía internacional de soluciones» se entiende, naturalmente, en un sentido «material»: el contenido material de la Ley nacional del causante y de la Ley española es muy similar. Por el contrario, cuando el Derecho sucesorio sustantivo extranjero está construido sobre principios totalmente distintos a los que inspiran el Derecho sucesorio sustantivo español, el reenvío en favor del Derecho sustantivo español podría ser contemplado como una «falta de respeto» o menosprecio al Derecho extranjero y a su modo de regular la sucesión *mortis causa* (J. CARRASCOSA GONZÁLEZ⁸⁹).

36. En todo caso, hay que recordar que el TS ha admitido este índice positivo de reenvío (= el reenvío para resolver de manera sencilla un «conflicto negativo de Leyes»), pero lo ha hecho sólo *obiter dicta* y *a sensu con-*

⁸⁷ Los *False Conflicts* son muy queridos por la doctrina norteamericana, que ha teorizado muy en profundidad sobre este mecanismo (= pues se trata de una artulugio recurrente para no aplicar Derecho extranjero y dejarse caer en los cálidos brazos de la *Lex Fori*). *Vid. ad ex.*, B. CURRIE, *Selected Essays on the Conflict of Laws*, Durham, N.C., 1963, pp. 183-184; *Id.*, «Comment on *Babcock v. Jackson*, A Recent Development in Conflict of Laws», *Columbia Law Review*, vol. 63, 1963, pp. 1233 y ss., *concr. p.* 1242; *Id.*, «The Disinterested Third State», *Law and Contemporary Problems*, vol. 28, 1963, pp. 754 y ss.; D. F. CAVERS, *The Choice of Law Process*, Ann Arbor, 1965, p. 75; P. KAY WESTEN, «False Conflicts», *California Law Review*, vol. 99, 1967, pp. 74-122; R. A. LEFLAR, «Conflict of Laws», *Annual Survey of American Law*, 1968/69, p. 43.

⁸⁸ STS 15 noviembre 1996: «*El reenvío, por último, debe entenderse como un instrumento de armonización de sistemas jurídicos de los Estados, como un instrumento respetuoso con los principios que los inspiran y si el derecho americano se apoya en una gran libertad de testar, y no reconoce las legítimas de los hijos, en nada armonizaría la coexistencia de los derechos respectivos, la aplicación por esta Sala del derecho español a la sucesión del causante de este litigio*»; STS 21 mayo 1999: «*Por otra parte, como señala la sentencia de esta Sala de 15 de noviembre de 1996, ante supuesto análogo al actual, la aplicación al caso del reenvío de retorno no conseguiría la finalidad que se asigna a este instrumento jurídico, de armonización de los sistemas jurídicos de los Estados, a lo que debe añadirse que en este supuesto la solución que se alcanzaría con esa aplicación tampoco puede afirmarse que entrañe una mayor justicia en relación con los intereses en juego. Por todo ello, debe concluirse que la sucesión del causante don Iván se rige por su ley nacional, es decir, por la Ley inglesa reconocedora de la libertad de testar a sus nacionales y, en consecuencia, procede la desestimación de la demanda, con revocación de la sentencia de primera instancia*».

⁸⁹ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, «Comentario al art. 9.8 Cc. y art. 12.2 Cc.», en *Jurisprudencia civil comentada. Código Civil* (Dir. M. PASQUAU LIAÑO), Ed. Comares, Granada, 2007, 2.ª ed. (en prensa).

trario. El TS, curiosamente, jamás ha utilizado este primer índice positivo de reenvío para solventar un litigio sucesorio internacional. Es decir, el TS jamás ha aceptado el reenvío en favor del Derecho sustantivo español sobre la base de un «falso conflicto de Leyes». En efecto, el TS aludió a este índice positivo de reenvío en la STS 15 noviembre 1996⁹⁰ y en la STS 21 mayo 1999⁹¹, pero en ninguno de tales pronunciamientos el TS aceptó el reenvío en favor del Derecho material sucesorio español porque éste era «muy similar» al Derecho material sucesorio del país de la nacionalidad del causante.

37. Varios ejemplos pueden ilustrar con claridad cómo debe, o no, operar este primer índice positivo de reenvío.

Ejemplo 1: si el Derecho sucesorio extranjero correspondiente a la nacionalidad del causante está construido sobre el principio básico de «libertad absoluta de testar» sin sujeción a legítimas (= como sucede en Derecho inglés), pero el DIPr. extranjero reenvía al Derecho civil común español, que se inspira en el principio contrario (= el respeto a las legítimas), entonces no existe ningún «falso conflicto de Leyes». No concurre este índice positivo de reenvío.

Ejemplo 2: si el Derecho sucesorio extranjero correspondiente a la nacionalidad del causante se asienta en el principio básico de libertad absoluta de testar sin sujeción a legítimas, y tal DIPr. extranjero reenvía al Derecho foral navarro, en el que existe plena libertad (material) de testar, sí que existe un «falso conflicto de Leyes». Concorre este índice positivo de reenvío. El reenvío es aconsejable y la sucesión debería regirse por el Derecho navarro.

38. Este primer índice positivo de reenvío (= reenvío para solventar un falso conflicto de Leyes) responde a un principio de «facilitación» de la labor

⁹⁰ STS 15 noviembre 1996: «El reenvío, por último, debe entenderse como un instrumento de armonización de sistemas jurídicos de los Estados, como un instrumento respetuoso con los principios que los inspiran y, si el derecho americano se apoya en una gran libertad de testar, y no reconoce las legítimas de los hijos, en nada armonizaría la coexistencia de los derechos respectivos, la aplicación por esta Sala del derecho español a la sucesión del causante de este litigio».

⁹¹ STS 21 mayo 1999: «Por otra parte, como señala la sentencia de esta Sala de 15 de noviembre de 1996, ante supuesto análogo al actual, la aplicación al caso del reenvío de retorno no conseguiría la finalidad que se asigna a este instrumento jurídico, de armonización de los sistemas jurídicos de los Estados, a lo que debe añadirse que en este supuesto la solución que se alcanzaría con esa aplicación tampoco puede afirmarse que entrañe una mayor justicia en relación con los intereses en juego. Por todo ello, debe concluirse que la sucesión del causante don Iván se rige por su ley nacional, es decir, por la Ley inglesa reconocedora de la libertad de testar a sus nacionales y, en consecuencia, procede la desestimación de la demanda, con revocación de la sentencia de primera instancia».

judicial y de la litigación de los particulares. Es un argumento de comodidad más que de Justicia. Por eso no escapa a críticas (A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ⁹²). En efecto: en todo caso, la precisión de cuál es el Derecho estatal que debe regir y que rige la sucesión es una operación jurídica totalmente necesaria. Afirmar que es «indiferente» aplicar la Ley material sucesoria española o la Ley material sucesoria correspondiente a la nacionalidad del causante no es exacto. Así es, porque determinar qué concreto «Derecho estatal» rige el supuesto sigue siendo siempre preciso por varios motivos: 1.º Conocer el Derecho que regula el fondo de la sucesión es un derecho subjetivo de las partes, que sólo de este modo pueden, en su caso, interponer un recurso jurídicamente bien construido (= sólo si los litigantes conocen las normas jurídicas específicas que ha aplicado un tribunal se puede recurrir contra la decisión de éste con esperanzas de éxito). 2.º Determinar qué concreto Derecho estatal rige una sucesión de carácter internacional es necesario para solventar problemas de formación de la jurisprudencia. Si el tribunal aplica la Ley material española, lo que exprese el tribunal se incorpora a la jurisprudencia nacional. Pero si el tribunal aplica una Ley material sucesoria extranjera, lo que diga el tribunal español no se incorpora a la jurisprudencia, porque no es «doctrina legal» en el sentido del art. 1.6 Cc. (STS 4 julio 2006)⁹³. 3.º Precisar el concreto Derecho estatal aplicable a la sucesión *mortis causa* es necesario, también, porque sólo el Derecho extranjero debe ser probado (art. 281.2 LEC). 4.º La afirmación de que dos Derechos estatales son «idénticos» o «sustancialmente similares» raramente se verifica en la práctica. Ciertas diferencias siempre existen entre dos ordenamientos jurídicos y con mayor razón en un sector jurídico tan técnico como el Derecho sucesorio. En Derecho inglés no existen las legítimas y tampoco existen, desde un prisma material, en Derecho sucesorio navarro. Pero la regulación de la sucesión *mortis causa* en Derecho inglés no es «igual», ni «idéntica» a la regulación de la sucesión *mortis causa* en Derecho navarro. Por tanto, este índice positivo de reenvío se construye sobre una aventurada hipótesis que esconde, como antes se ha avanzado, un argumento de comodidad más que Justicia. Aunque este primer índice positivo de reenvío sea defendido a capa y espada por el TS mismo, debe recordarse que *barba non facit philosophum*. Por ello, si el argumento es débil, débil siempre será incluso aunque lo defienda el TS.

⁹² A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho internacional privado*, vol. I, Comares, 8.ª ed., Granada, 2007, pp. 20-22.

⁹³ Art. 1.6 Cc.: «La jurisprudencia complementará el ordenamiento jurídico con la doctrina que, de modo reiterado, establezca el Tribunal Supremo al interpretar y aplicar la ley, la costumbre y los principios generales del derecho». La referencia que este precepto hace a la «Ley, la costumbre y los principios generales del Derecho» se entiende realizada en favor de la Ley «española», la costumbre vigente y observada «en «España», y los principios generales del Derecho «español».

b) *SEGUNDO ÍNDICE: EL REENVÍO COMO «AJUSTE DE LA LOCALIZACIÓN»*

39. En ocasiones, la sucesión queda regulada por un Derecho extranjero porque así lo ordena el art. 9.8 Cc.: la Ley nacional del causante. Sin embargo, el juez español puede apreciar que la «conexión real» de dicha situación con tal ordenamiento extranjero es muy débil. Con otras palabras: todos los datos del supuesto lo vinculan con España, salvo el punto de conexión «nacionalidad del causante», empleado por el art. 9.8 Cc. Es un causante extranjero, pero residía habitualmente en España y todos los bienes del caudal hereditario radican y se localizan en España, los herederos habitan también en España y el causante ha testado también en España. Puede entonces afirmarse que el art. 9.8 Cc. localiza «incorrectamente» la sucesión en el marco de un Derecho extranjero, ya que éste no es el Derecho del país más vinculado con la sucesión. Y puede afirmarse también que, en dicho caso, la nacionalidad del causante en el momento de su fallecimiento se convierte en un punto de conexión «vacío de potencial localizador»⁹⁴.

40. El legislador emplea, normalmente, «puntos de conexión» que conducen a una Ley cuya aplicación al caso concreto resulta perfectamente previsible para los particulares implicados en la situación privada internacional. Puntos de conexión que conducen a la Ley del país más estrechamente vinculado con la situación. Esta idea, con distintos nombres (= principio de proximidad [P. LAGARDE], centro de gravedad de la relación jurídica [jurisprudencia anglosajona], Ley propia de cada institución legal [*The Proper Law Doctrine*] diseñada por J. WESTLAKE], sede la relación jurídica [F. K. VON SAVIGNY]), es una constante en la Historia del DIPr. Pues bien, en el caso de la sucesión *mortis causa*, el legislador arranca de un presupuesto: el art. 9.8 Cc. indica que la Ley nacional del causante en el momento de su fallecimiento debe regir la sucesión porque, en la mayor parte de los casos, es la Ley del país más vinculado con la situación jurídica. En otras palabras, el legislador español arranca de la idea de que, en principio, el país más vinculado con una sucesión «internacional» es el país cuya nacionalidad ostenta el causante (= lo que no es casualidad en un país, como España, que ha sido durante muchos años, un país exportador de emigrantes deseosos de regresar a España, país donde dejaron familia y quizás bienes, aunque hoy día este escenario, como señala P. DIAGO DIAGO, ya no se corresponda con la realidad⁹⁵).

⁹⁴ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Desarrollo judicial y Derecho internacional privado*, Comares, Granada, 2004, pp. 151-156.

⁹⁵ P. DIAGO DIAGO, «La sucesión y el fenómeno migratorio desde la perspectiva del Derecho internacional privado español», en J. L. COLLANTES GONZÁLEZ / F. SERRANO MIGALLÓN, *El Derecho español y europeo, Derecho civil a 200 años del Código de Napoleón*, Ed. Porrúa – UNAM, México, 2005, pp. 671-692.

41. Sin embargo, como se ha avanzado, pueden surgir casos difíciles. En relación con tales casos la «idea regulativa general» (= toda sucesión está más estrechamente vinculada con el país de la última nacionalidad del causante), puede fallar. Y puede fallar porque en ciertos casos, el país más estrechamente vinculado con una concreta sucesión internacional puede no ser el país de la nacionalidad del causante en el momento de su fallecimiento. En efecto, los casos difíciles aparecen cuando el punto de conexión no presenta un ligamen real entre el caso específico y un país concreto. Puede afirmarse que el punto de conexión pierde su «razón de ser» (= ya no proporciona «seguridad jurídica internacional» ni «previsibilidad de la Ley aplicable»). El punto de conexión se aparta de la *ratio* de la norma. Y se convierte en un punto de conexión «vacío de potencial localizador». Es, entonces, un punto de conexión que queda «privado de su justificación interna», como ha subrayado la doctrina (C. CAMPIGLIO⁹⁶, M. VIRGÓS SORIANO⁹⁷).

42. En las sucesiones *mortis causa* en las que la nacionalidad del causante se ha convertido en un punto de conexión «vacío de potencial localizador», se aprecia que existe un «conjunto de circunstancias» que revelan un «contacto más fuerte» de la sucesión con otro país, distinto al país de la nacionalidad del causante. Por ello, el mismo causante y las demás partes implicadas en la sucesión (= herederos, terceros) prevén la aplicación de la Ley de «otro país» que no es la Ley nacional del causante (= Ley a la que conduce el art. 9.8 Cc.). En otros términos, el art. 9.8 Cc. puede, en ocasiones, apuntar en favor de una Ley que resulta imprevisible a los particulares implicados porque su aplicación depende de «hechos anecdóticos». Los particulares implicados, por ello, no pueden prever la aplicación de esa Ley indicada por el art. 9.8 Cc. Lo que suele ocurrir, realmente, es que, en ciertos supuestos sucesorios, el único vínculo de la sucesión con un país es, precisamente, el vínculo retenido como «punto de conexión» por el legislador

⁹⁶ C. CAMPIGLIO, «L'esperienza svizzera in tema di clausole d'eccezione: l'art. 14 del progetto di riforma del diritto internazionale privato», *RDIPP*, 1985, pp. 47-88, esp. p. 51: «in definitiva la regola ordinaria perde il proprio carattere vincolante solo qualora il risultato a cui condurrebbe la sua applicazione sia, nella fattispecie, in assoluta contraddizione con la 'ratio' della regola stessa e non rispetti in tal modo gli interessi in gioco» («la regla ordinaria pierde su propio carácter vinculante sólo cuando el resultado al que conduciría su aplicación estuviera, en el caso concreto, en absoluta contradicción con la ratio de la misma regla y no respete, por ello, los intereses en juego»).

⁹⁷ M. VIRGÓS SORIANO, *El comercio internacional en el nuevo Derecho español de la competencia desleal (un análisis del art. 4 de la Ley española de competencia desleal de 1991)*, Civitas, Estudios de Derecho Mercantil, Madrid, 1993, pp. 100-101: «la conexión no se ajusta a un determinado grupo de casos y la subsunción en la norma de DIPr. es formalmente posible pero contradice la propia 'ratio' que la justifica». En tal caso, «es posible hablar de una laguna legal, que consiste en la 'ausencia de restricción'. Si el juez aplicara la norma, en su decisión 'realizaría la forma' pero no el 'contenido' de la ley».

en la norma de conflicto (= la nacionalidad del causante). Todas las demás circunstancias del caso vinculan al supuesto con otro país (= país realmente más vinculado con el supuesto internacional). Por ello, los particulares esperan ver aplicada la Ley de ese «otro país», y no la Ley nacional del causante.

43. Pues bien, en tales casos, el reenvío puede operar para «corregir», «reajustar» y «perfeccionar» la localización y hacer así aplicable la Ley del país más conectado con la sucesión, que es la Ley española. A tal efecto, se utiliza la norma de conflicto extranjera, que localiza la sucesión en España y ordena aplicar el Derecho sucesorio material español. La localización que lleva a cabo la norma de conflicto extranjera es más perfecta, más atinada, más exacta, que la localización que lleva a cabo el art. 9.8 Cc. Por ello es preferible.

44. Los datos que denotan una más estrecha localización del supuesto sucesorio con España que con el país de la nacionalidad del causante pueden ser de distinta naturaleza: contactos personales y territoriales. Ahora bien: debe resultar de manera muy clara y evidente la «más estrecha vinculación del supuesto con España». Y ello ocurrirá, sin duda, cuando el causante hubiera tenido su último domicilio o residencia habitual en España y cuando, además, todos los bienes inmuebles sucesorios estuvieran sitos en territorio español (A.-L. CALVO CARAVACA⁹⁸). La mera existencia aislada de algún bien inmueble en España no parece ser un dato suficiente que denote mayor vinculación del supuesto con España, como bien señala la STS 15 noviembre 1996. Y la mera y aislada residencia habitual del sujeto en España tampoco parece reflejar una vinculación más estrecha con España. De tal

⁹⁸ A.-L. CALVO CARAVACA, «Sucesión hereditaria», en J. D. GONZÁLEZ CAMPOS Y OTROS, *Derecho internacional privado, parte especial*, 6.ª ed., Eurolex, Madrid, 1995, pp. 393-422, esp. p. 397: «En relación con este supuesto particular, una solución acorde con el principio que inspira el art. 9.8 Cc., podría ser la siguiente: excluir el reenvío de retorno del art. 12.2.º Cc. cuando el causante fallezca domiciliado en el extranjero; acogiéndolo, en cambio, cuando tenga su domicilio en España. Así, en el primer caso, se salvaguarda la aplicación de la ley nacional, sin romper la unidad de la sucesión, aun cuando el inmueble sito en España quede regido por la ley nacional (extranjera) del causante. Y, en el segundo, el reenvío es utilizado, tras la referencia inicial a la ley nacional (extranjera) del causante, para afirmar el principio que inspira el art. 9.8 Cc. solución que puede justificarse, de otra parte, en atención a la más estrecha vinculación del causante con el ordenamiento español, en atención a su domicilio y al hecho de poseer inmuebles en España». Precedente muy claro en este sentido (= inmuebles en España + domicilio del causante en España, equivalen a «conexión más estrecha del caso sucesorio con España»), es el famoso y pionero Auto del Juzgado de distrito del Hospital de Barcelona de 3 agosto 1900. Como indica J. M. TRIAS DE BES, *Derecho internacional privado*, Madrid, Ed. Reus, 1934, Barcelona, pp. 32-34, el causante, escocés él, había vivido cincuenta años en Barcelona, hasta su fallecimiento, y todos sus bienes inmuebles, incluidas sus industrias, se hallaban en Cataluña.

modo, dicho dato aislado no justifica un reenvío para «afinar» y «perfeccionar» la localización, en particular si existen inmuebles sitios fuera de España.

45. Para escapar de una «localización legal rígida» efectuada por puntos de conexión «vacíos de potencial localizador», el reenvío puede resultar muy útil. El reenvío se convierte, así, en un «elemento flexibilizador» del rígido sistema de conflicto de Leyes (P. M. PATOCCHI, P. RODRÍGUEZ MATEOS, C. H. PETERSON, B. AUDIT, P. LAGARDE, P. RÉMY-CORLAY, J. CARRASCOSA GONZÁLEZ⁹⁹).

46. El reenvío, en esta perspectiva, resulta interesante porque representa un «ejercicio de humildad» del legislador español. A la hora de precisar la Ley aplicable a la sucesión en los casos internacionales, los legisladores de los diferentes países del mundo adoptan ópticas distintas. Todos los legisladores «localizan» la sucesión en uno u otro país cuando señalan la «Ley aplicable» a la sucesión en sus normas de conflicto. El legislador inglés localiza la sucesión de los inmuebles en su país de situación, mientras que el legislador español localiza la sucesión de los inmuebles en el país de la nacionalidad del causante en el momento de su fallecimiento. Ambos «localizan». La «localización» de las situaciones privadas internacionales en un país, cuya Ley regirá el supuesto, es un arte, un ejercicio de prudencia jurídica. No es aritmética. La aritmética es igual en España, en Londres, en Sebastopol y en Vancouver. Pero la «localización» (= la determinación de la Ley aplicable a las situaciones privadas internacionales) no es una ciencia exacta. Ni es álgebra ni es geometría euclidiana. Por ello, cada legislador intenta «localizar» la sucesión del mejor modo posible y pone en movimiento, a tal efecto, no sólo un *esprit de géometrie* sino un *esprit de finesse*. Pues bien, como la localización no es una tabla de aritmética, sino un auténtico arte, es algo discutible y opinable. Puede existir una localización más correcta que otra, ya que

⁹⁹ P. M. PATOCCHI, *Règles de rattachement localisatrices et règles de rattachement a caractère substantiel (De quelques aspects récents de la diversification de la méthode conflictuelle en Europe)*, Ginebra, Georg, 1985, pp. 284-ss.; P. RODRÍGUEZ MATEOS, «Una perspectiva funcional del método de atribución», *REDI*, 1988, vol. XL, 1988, pp. 79-126, esp. p. 100; C. H. PETERSON, «Private International Law at the End of the Twentieth Century: Progress or Regress?», *AJCL*, 46, 1998, pp. 197-227, esp. 219-221; B. AUDIT, «Le caractère fonctionnel de la règle de conflit (Sur la «crise» des conflits de lois)», *RCADI*, 1984, vol. 186, 1984, pp. 219-398, esp. pp. 326-342; P. LAGARDE, «Les principes du droit international privé hier, aujourd'hui et demain», en *Principios, objetivos y métodos del DIPr. Balance y perspectivas de una década. IV jornadas DIPr.*, Madrid, CESSJ R.Carande, 1995, pp. 17-33, p. 24; P. RÉMY-CORLAY, «Mise en oeuvre et régime procédural de la clause d'exception dans les conflits de lois», *RCDIP*, 2003-I, pp. 37-76, esp. p. 40; J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Desarrollo judicial y Derecho internacional privado*, Comares, Granada, 2004, pp. 184-186.

existen distintos modos de llevar a cabo la localización (= a través de puntos de conexión diferentes). Y aquí se encuentra la clave: el legislador español puede tomar conciencia de que «su» localización de la sucesión (= en las manos de la Ley nacional del causante en el momento de su fallecimiento, art. 9.8 Cc.) es «menos exacta» que la localización que realiza un legislador extranjero (= el legislador del país de la nacionalidad del causante). Y tomada conciencia del asunto, el legislador español utiliza el reenvío de primer grado y admite que la localización que realiza el legislador extranjero es «mejor» que la localización que él mismo realiza, y admite la localización que realiza la norma de conflicto extranjera.

47. Un ejemplo ilustrará este «diálogo entre localizaciones». Tómese el caso de un causante inglés cuya sucesión litigiosa se abre en España, y cuyos bienes se hallan, en su totalidad, sitos en España, causante que tenía su residencia habitual en España desde hacía veinte años, que estaba casado con española, y que no tenía intereses económicos en Inglaterra. El legislador español localiza esta sucesión en Inglaterra, cuya Ley debe regir dicha sucesión (= art. 9.8 Cc.: Ley nacional del causante en el momento de su fallecimiento). Sin embargo, el legislador inglés localiza esta misma sucesión en España, cuya Ley debe regir, según las normas de conflicto inglesas (= normas de conflicto consuetudinarias de creación jurisprudencial), dicha sucesión (= la sucesión de los muebles se rige por el Derecho del país del último *domicile* del causante y la sucesión de los inmuebles se localiza en el país de situación de tales bienes). Parece evidente que, en este caso, la «localización inglesa» en favor de la Ley material sucesoria española es «más correcta» y «más precisa» que la «localización española» en favor de la Ley material sucesoria inglesa. La sucesión está más «estrechamente vinculada» con España que con Inglaterra. Precisamente por ello, todos los implicados, incluido el mismo causante, esperan ver aplicada la Ley inglesa y no la Ley española. El legislador inglés «localiza mejor» que el legislador español. El legislador español es consciente de que sus normas de conflicto son, como todas las normas de conflicto de todos los países del mundo, verdaderas «propuestas de localización» (= tentativas de señalar el país más estrechamente vinculado con la situación fáctica), más que dogmáticas localizaciones inmutables, como opina algún autor¹⁰⁰. Por ello, el legislador español es consciente de que sus normas de conflicto son, en todo caso, normas perfectibles y mejorables en todo caso. Y por ello, acepta que la «localización inglesa» de la sucesión puede ser más exacta que la «localización española» de la sucesión contenida en el art. 9.8 Cc., y a través del reenvío de primer grado, admite la aplicación de la Ley material sucesoria española.

¹⁰⁰ *Ad ex.* S. SÁNCHEZ LORENZO, «Ámbito del reenvío en la determinación de la Ley aplicable a la sucesión hereditaria», *Anuario Español de Derecho internacional privado*, 2004, pp. 1144-1146.

48. Entendido como un mecanismo para «perfeccionar la localización», el reenvío de primer grado opera como una escotilla que facilita el «diálogo entre ordenamientos» (= en muy feliz expresión de A. QUIÑONES ESCÁMEZ¹⁰¹). Dicho diálogo arranca de un dato fundamental. La localización es un arte difícil: es conveniente escuchar y tener en cuenta «cómo se practica la localización» en otros ordenamientos jurídicos para aceptar, en su caso, la localización más correcta llevada a cabo por las normas de conflicto extranjeras. Un artista aprende de otros artistas. Naturalmente, el ajuste de la localización exigiría aceptar no sólo el reenvío de primer grado, sino también el reenvío de segundo grado, como se admite en otros países (= es el caso de Francia¹⁰²). El legislador español no llega a tanto, y se limita a aceptar el reenvío de primer grado y prohíbe el reenvío de segundo grado.

49. El «reajuste», la «afinación» y el «perfeccionamiento» de la localización de la sucesión recogida en el art. 9.8 Cc. garantiza las expectativas de los sujetos y la seguridad jurídica. En efecto, los particulares implicados en la sucesión esperan ver aplicado el Derecho español, que es el Derecho del país más vinculado a la sucesión. España es, en dicho caso, el país donde la sucesión produce sus «efectos principales». La aplicación de la Ley española es previsible para todos los implicados en el supuesto sucesorio. Y ello por varios motivos: 1.º) los datos concretos del caso lo conectan con España de modo evidente y no con el Estado del que era nacional el causante, visto que tal vínculo puede haber quedado reducido a un mero «contacto formal» (= la mera nacionalidad formalmente ostentada por el causante en el momento de su fallecimiento); 2.º) las Leyes sucesorias extranjeras suelen declarar su propia «no aplicación» a casos en los que el causante poseía bienes inmue-

¹⁰¹ Si bien, referida a la operatividad del «orden público internacional». Vid. A. QUIÑONES ESCÁMEZ, *Derecho e inmigración: el repudio islámico en Europa*, Barcelona, 2000; ID., «Limitaciones infundadas al *jus nubendi*: el repudio revocable. En torno a la RDGRN 14 junio 2001 sobre autorización de matrimonio civil», *Homenaje R. Arroyo*, Madrid, 2003, pp. 297-304.

¹⁰² Un famoso caso de reenvío de segundo es el conocido como *caso Patiño*, fallado por el Tribunal Civil del Sena por Sentencia de 28 junio 1950. Con ocasión de una demanda de divorcio presentada en Francia por A. Patiño, nacional boliviano, el juez francés aplicó el art. 3.3 del Código civil francés, norma de conflicto que remitía la regulación del caso a la ley boliviana. Ésta, a su vez –concretamente el art. 24 de la ley de 15 abril 1932–, establecía que la disolución del matrimonio celebrado en el extranjero puede llevarse a cabo si la ley del país en que ha sido celebrado el matrimonio admite la disolución del vínculo matrimonial. Como el matrimonio se había celebrado en España, y según la ley vigente en España en dicho momento no se permitía el divorcio, el juez francés desestimó la demanda de divorcio en virtud del mecanismo del *reenvío de segundo grado* (RCDIP, 1964, vol. LIII, pp. 532-543, con *nota* de P. LAGARDE). La doctrina francesa, no obstante, suele convenir que en el caso citado, el reenvío de segundo grado se reconoce en circunstancias equívocas, ya que la ley del tercer Estado no fue aplicada, sino simplemente tenida en consideración por el tribunal francés. Vid. P. MAYER, *Droit international privé*, 1994, pp. 151-152.

bles en España y/o poseía último domicilio en España. Así lo indica la *Inheritance (Provision for Family and Dependents) Act* inglesa de 1975: el legislador inglés ha estipulado que dicha Ley no debe aplicarse a sujetos cuyo domicilio está fuera de Inglaterra¹⁰³. Aplicar dicha Ley contra lo establecido por el legislador inglés «sorprendería» a los sujetos implicados en la sucesión. Y naturalmente, comportaría una «desnaturalización de la Ley inglesa», que se haría aplicable a casos expresamente excluidos por el legislador inglés del ámbito de aplicación de la Ley inglesa relativa a las sucesiones. Es el clásico argumento de R. QUADRI en favor del unilateralismo¹⁰⁴.

50. El TS ha aceptado expresamente este índice positivo de reenvío (STS 23 septiembre 2002 [se aplicó Derecho material español a la sucesión testada de un inglés porque el supuesto estaba más estrechamente vinculado con España que con Inglaterra¹⁰⁵]) y se ha referido a él también en la STS 15 noviembre 1996 (el TS rechaza el reenvío porque el supuesto está más estrechamente vinculado con Maryland State del que era ciudadano el causante norteamericano, que con España¹⁰⁶).

¹⁰³ Muy bien explicado por I. AYALA CARDIÑANOS, «Nota a la SAP Málaga 18 diciembre 1996», en *REDI*, 1998-II vol. L, pp. 244-248 y por J. PÉREZ MILLA, «De nuevo el TS matiza el ámbito del reenvío de retorno en materia sucesoria (nota a la STS 21 mayo 1999)», *AEDIPR*, 2001, pp. 1094-1097.

¹⁰⁴ R. QUADRI, *Lezioni di diritto internazionale privato*, 5.ª ed., Nápoles, Liguori, 1969, pp. 183-203.

¹⁰⁵ En el FJ primero de la STS 23 septiembre 2002, el TS subraya, uno tras otro, los elementos fácticos del caso que ponen de relieve que el supuesto sucesorio concreto aparece más estrechamente conectado con España que con Inglaterra, a pesar de ser inglesa la ciudadanía del causante: «*Son hechos básicos para la resolución de este recurso los que siguen. El ciudadano británico D. José Pedro contrajo matrimonio en 1.968, con la española D.ª Frida, del que nacieron dos hijos. Desde 1985 convivió con la española D.ª Eugenia, aunque no formalizó la separación o divorcio de su matrimonio. De esa convivencia nació Victoria el 24 de enero de 1986, reconocida por el Sr. José Pedro. Dicho Sr. residió en España en los ocho anteriores a su muerte, teniendo su domicilio en Nerja (Málaga), que ocurrió en 29 de enero de 1992. Era propietario de diversos bienes inmuebles adquiridos en España*». Es decir: ciudadano británico pero casado con española, padre de hija, nacida en España, habida con otra ciudadana española y propietario de inmuebles sitios todos ellos en territorio español.

¹⁰⁶ STS 15 noviembre 1996: «*El reenvío, por último, debe entenderse como un instrumento de armonización de sistemas jurídicos de los Estados, como un instrumento respetuoso con los principios que los inspiran (...) [y] en nada armonizaría la coexistencia de los derechos respectivos, la aplicación por esta Sala del derecho español a la sucesión del causante de este litigio, que no ha conservado con España ni la residencia ni el domicilio*». A *sensu contrario*, el TS afirma que el reenvío hubiera estado perfectamente justificado en este supuesto si el causante (= que era nacional norteamericano y ciudadano del *State* de Maryland), hubiera tenido su domicilio «en España». Lo que no sucedía *in casu*.

3. Aspectos irrelevantes para aceptar o negar el reenvío

A) LA «ARMONÍA INTERNACIONAL DE SOLUCIONES» EN SENTIDO CONFLICTUAL

51. Algunos autores han defendido la idea de que el reenvío podría ser aconsejable si, a través de dicho mecanismo, se logra que la Ley aplicable a la sucesión sea la misma, ya conozca del caso un tribunal español o un tribunal del Estado a cuya Ley remite el art. 9.8 Cc. Es el «reenvío-coordinación» (H. BATIFFOL¹⁰⁷), un mecanismo que potencia la seguridad jurídica internacional y favorece el reconocimiento de sentencias españolas en el extranjero.

52. Sin embargo, este índice positivo de reenvío es criticable. Por varios motivos.

Primero: aceptar el reenvío porque conduce a una armonía internacional de soluciones es más complicado de lo que parece. En efecto, como antes se ha indicado, para que se produzca una verdadera «armonía internacional de soluciones conflictuales» (= distintos tribunales estatales potencialmente competentes pero misma Ley rectora de la sucesión), es preciso que el Derecho extranjero (= Ley nacional del causante como *Lex Causae*) no admita el reenvío, ya que en tal supuesto, la solución que darían al caso los tribunales extranjeros sería contraria, nuevamente, a la solución que brindarían los tribunales españoles. El tribunal español debería, por tanto, analizar en primer término, la norma de conflicto extranjera y en segundo término la postura de ese DIPr. extranjero sobre el reenvío.

Segundo: el legislador español no emplea el reenvío en el art. 12.2 Cc. como instrumento al solo servicio de la «armonía internacional de soluciones». Si así fuera, el legislador aceptaría el reenvío de segundo grado. Y es sabido que dicha modalidad de reenvío, sin embargo, está radicalmente prohibida por el art. 12.2 Cc. (E. RODRÍGUEZ PINEAU, P. JIMÉNEZ BLANCO¹⁰⁸). Como consecuencia de ello, el TS nada ha indicado sobre este índice positivo de reenvío basado en una armonía internacional de soluciones «conflictuales» en el ámbito de la sucesión *mortis causa*. Para el TS, sólo es relevante la armonía internacional de soluciones pero «de tipo material»: la Ley material nacional del causante es similar a la Ley material española y en ese caso sí es aconsejable aceptar el reenvío. Por tanto, este tercer índice posi-

¹⁰⁷ H. BATIFFOL / P. LAGARDE, *Droit international privé*, t. I, 8.ª ed., LGDJ, París, 1993, pp. 491-503.

¹⁰⁸ P. JIMÉNEZ BLANCO, «Nota a STS 23 septiembre 2002», *REDI*, 2003, pp. 42424-42435; E. RODRÍGUEZ PINEAU, «Nota a STS 15 noviembre 1996», *REDI*, 1997, pp. 264-268; E. RODRÍGUEZ PINEAU, «Nota a STS 21 mayo 1999», *REDI*, 1999, pp. 7576-7760; J. PÉREZ MILLA, «De nuevo el TS matiza el ámbito del reenvío de retorno en materia sucesoria (nota a la STS 21 mayo 1999)», *AEDIPR*, 2001, pp. 1094-1097.

vo de reenvío es, hasta hoy, una mera propuesta doctrinal que, además, parece poco recomendable.

B) EL CONTENIDO MATERIAL DE LAS LEYES EN CONFLICTO

53. Algunos autores indican también que el reenvío podría ser aconsejable, en general, cuando conduce a resultados materiales que optimizan los valores constitucionales. Ejemplos: el reenvío debería aceptarse si a través de él se provoca la aplicación de la Ley material española, Ley que permite la determinación de la filiación del hijo (*favor filii*), o la disolución del matrimonio por divorcio (*favor divortii*). Este índice positivo de reenvío («reenvío *in favorem*») ha sido acogido por otros sistemas extranjeros de DIPr. (art. 13.3 LDIPr. Italia 1995 en materia de establecimiento de la filiación).

54. En este sentido, y ya en materia sucesoria, algunos autores han subrayado que el reenvío debe emplearse para potenciar una «localización centrada en valores materiales» en la regulación de la sucesión (M. GUZMÁN ZAPATER¹⁰⁹). De este modo, debe aceptarse o negarse el reenvío para lograr la aplicación a la sucesión litigiosa, de la Ley estatal cuyo «contenido material» sea más «justo». Por ejemplo, para lograr que la hija no matrimonial del causante alcance sus ansiados y presuntamente merecidos derechos sucesorios por vía de la generosa «legítima española» (I. AYALA CARDIÑANOS¹¹⁰).

55. Sin embargo, esta posición es más un *coup de théâtre* que un argumento sólido. No es compartible. En efecto, el contenido sustancial de una Ley sucesoria extranjera no es motivo para aceptar o negar el reenvío en favor de la Ley española. Por varias razones: 1.º) Las Leyes sucesorias de los distintos países del mundo siguen principios muy diferentes e incluso opuestos. Todas las Leyes sucesorias del mundo representan un modo «justo» de regular el fenómeno sucesorio, salvo contradicción, naturalmente, con el orden público internacional español (art. 12.3 Cc.). ¿Es «justo» el sistema sucesorio inglés o el navarro, en los que las legítimas no existen? ¿O es más «justo» el sistema italiano en el que tales legítimas sí que existen pero son diferentes en su cuantía y características, a las legítimas «españolas»? ¿Es justo el sistema sucesorio inglés en el que se considera que existe y es válido el testamento ológrafo aunque haya sido escrito no de puño y letra del testador siempre que venga firmado por éste? ¿O es más justo el sistema sucesorio español, en cuyo contexto el art. 788.II Cc. exige que «para que sea válido este testamento [ológrafo] deberá estar escrito todo él y firmado por

¹⁰⁹ M. GUZMÁN ZAPATER, «Reenvío», en E. PÉREZ VERA (DIR.), *Derecho internacional privado*, 2.ª ed. rev., Madrid, UNED, 2000, p. 153.

¹¹⁰ I. AYALA CARDIÑANOS, «Nota a la SAP Málaga 18 diciembre 1996», en *REDI*, 1998-II vol. L, pp. 244-248.

el testador (...)? Este debate, además de inútil, es improcedente. Ni el art. 9.8 Cc. entra en este debate ni el TS ha utilizado jamás el reenvío para descartar un Derecho sucesorio material, español o extranjero, porque se estimara más o menos «justo». Si así fuera, el DIPr. español operaría con un notable «menosprecio» al Derecho extranjero o con un injustificado vasallaje al Derecho material sucesorio extranjero (= que se aplicaría por ser «más justo» que el Derecho material sucesorio español, lo que resulta absurdo). 2.º) Aceptar el reenvío para evitar la aplicación de una Ley extranjera de «contenido inaceptable» supone confundir reenvío con orden público internacional, lo que es improcedente e innecesario (P. JIMÉNEZ BLANCO¹¹¹). Si la Ley extranjera presenta un contenido «inaceptable» (= contrario a principios básicos del ordenamiento jurídico español), debe entonces utilizarse el «orden público internacional», que para eso está. De ese modo se excluye la aplicación de la Ley extranjera y se provoca la aplicación de la Ley sustantiva española (*Lex Fori*). 3.º) Negar el reenvío porque el Derecho sucesorio material extranjero es «diferente» o incluso «opuesto» al Derecho sucesorio material español, pero más justos que éste, supone un «juicio negativo de injusticia» sobre el Derecho sucesorio español (= existirían Derechos sucesorios «más justos» que el Derecho sucesorio español), lo que no es sostenible.

C) LA VOLUNTAD DEL TESTADOR

56. Algunos autores han subrayado que el reenvío no puede emplearse en el caso de sucesión testada si el testamento es válido con arreglo a la Ley nacional del causante, pero nulo con arreglo a la Ley española. Argumento: debe respetarse la voluntad del testador (M. VIRGÓS SORIANO, E. RODRÍGUEZ PINEAU, A. PÉREZ VOITURIEZ, I. AYALA CARDIÑANOS¹¹²).

57. Ahora bien, esta tesis es rechazable. El hecho de que la sucesión sea testada o intestada no debe influir para nada en la aceptación o rechazo del reenvío. Por varias razones: 1.º) El art. 9.8 Cc. no acoge el punto de conexión de la «autonomía de la voluntad» del causante. Por tanto, el causante no

¹¹¹ P. JIMÉNEZ BLANCO, «Nota a STS 23 septiembre 2002», *REDI*, 2003, pp. 42424-42435.

¹¹² M. VIRGÓS SORIANO, «Derecho de sucesiones y reenvío: la respuesta del sistema español», *Anales de las Academia Matritense del Notariado*, n. 42, 2004, pp. 181-210; M. VIRGÓS SORIANO / E. RODRÍGUEZ PINEAU, «Succession Law and Renvoi: the Spanish Solution», *Festschrift Erik Jayme*, vol. I, Munich, 2004, pp. 977-992; E. RODRÍGUEZ PINEAU, «Nota a STS 15 noviembre 1996», *REDI*, 1997, pp. 264-268; E. RODRÍGUEZ PINEAU, «Nota a STS 21 mayo 1999», *REDI*, 1999, pp. 7576-7760; A. PÉREZ VOITURIEZ, «El reenvío en el Derecho internacional privado español: una interpretación actualizada», *Revista Jurídica del Notariado*, núm.13, enero-marzo 1995, pp. 257-337. Con más matices, I. AYALA CARDIÑANOS, «Nota a la SAP Málaga 18 diciembre 1996», en *REDI*, 1998-II vol. L, pp. 244-248.

puede elegir la Ley que rige su sucesión. La existencia de testamento no significa que haya que respetar la «Ley elegida por el causante», porque, simplemente, no hay ninguna Ley elegida por el causante, ya que el art. 9.8 Cc. no concede tal facultad al *de cuius*¹¹³. El TS, expresamente, ha indicado que el reenvío es perfectamente posible en el caso de sucesión testada y de testamento válido con arreglo a la Ley nacional del causante, pero inválido con arreglo a la Ley española (STS 23 septiembre 2002, *François Marie James W.*). 2.º) En ciertos casos, el causante otorga testamento con arreglo a su Ley material nacional, pero, en el mismo testamento, el causante indica que otorga su testamento «sin perjuicio de los derechos legitimarios que pudieran corresponder a sus descendientes», como se aprecia en el caso fallado por la STS 23 septiembre 2002, *François Marie James W.* Por tanto, no está tan claro que la voluntad del causante fuera testar íntegramente con arreglo a su Ley nacional¹¹⁴. 3.º) En otros casos, el causante otorga testamento pero no especifica que lo hace bajo una concreta Ley estatal. Ello revela que en muchos casos no existe, realmente, una voluntad del causante de testar con arreglo, exclusivamente, a su Ley material nacional (P. JIMÉNEZ BLANCO, E. RODRÍGUEZ PINEAU¹¹⁵). Y por tanto, no se puede respetar una voluntad que no existe.

D) EL TIPO DE CONEXIÓN EMPLEADO POR LA NORMA DE CONFLICTO EXTRANJERA

58. Algunos autores han subrayado que el art. 9.8 Cc. aparece construido sobre una «conexión personal»: la nacionalidad del causante (M. VIRGÓS

¹¹³ Cuando la norma de conflicto otorga a los particulares implicados la posibilidad de elegir o seleccionar la «Ley aplicable» a la situación privada internacional, es obvio que las partes elegirán o seleccionarán la *Ley material* que estimen pertinente. Aceptar un reenvío efectuado por la ley elegida vulneraría la directriz que sustenta la norma de conflicto, esto es, la misma autonomía de la voluntad conflictual de las partes. Así lo indica la doctrina. *Ad ex.*: M. VIRGÓS SORIANO en J. D. GONZÁLEZ CAMPOS y otros, *Derecho internacional privado, parte especial*, 6.ª ed., 1995, p. 152; A. MARÍN LÓPEZ, *Derecho internacional privado I*, 1994, pp. 255-256; G. A. L. DROZ, «Les régimes matrimoniaux en droit international privé comparé», *RCADI*, 1974, vol. 143, pp. 33-34; H. BATIFFOL / P. LAGARDE, *Droit international privé I*, 1993, p. 509. El reenvío en materia de obligaciones contractuales (= materia en la que tradicionalmente los contratantes disponen de la facultad de elegir la Ley aplicable al contrato) está hoy prohibido expresamente por el art. 15 del Convenio sobre la Ley aplicable a las obligaciones contractuales, hecho en Roma el 19 junio 1980 (versión consolidada en DOUE C 334 de 30 diciembre 2005; BOE núm. 171 de 19 julio 1993, corr. errores BOE núm. 189 de 9 agosto 1993).

¹¹⁴ I. AYALA CARDIÑANOS, «Nota a la SAP Málaga 18 diciembre 1996», en *REDI*, 1998-II vol. L, pp. 244-248; P. JIMÉNEZ BLANCO, «Nota a STS 23 septiembre 2002», *REDI*, 2003, pp. 42424-42435.

¹¹⁵ P. JIMÉNEZ BLANCO, «Nota a STS 23 septiembre 2002», *REDI*, 2003, pp. 42424-42435; E. RODRÍGUEZ PINEAU, «Nota a STS 15 noviembre 1996», *REDI*, 1997, pp. 264-268; E. RODRÍGUEZ PINEAU, «Nota a STS 21 mayo 1999», *REDI*, 1999, pp. 7576-7760.

SORIANO, E. RODRÍGUEZ PINEAU¹¹⁶). Además, se dice, la nacionalidad del causante es una «conexión cultural». La sucesión se rige no por la Ley del país en cuya sociedad se halla integrado fácticamente el causante, sino por la Ley que corresponde al «ambiente cultural de origen» del causante. Por tanto, sólo será posible el reenvío cuando la norma de conflicto extranjera utilice otra conexión que sea también una «conexión cultural», como es el «*domicile* inglés». Pero habrá de negarse cuando la norma de conflicto extranjera utilice una «conexión social», como la residencia habitual o domicilio del causante, o una «conexión territorial», como el lugar de situación de los bienes inmuebles. La justificación de esta tesis radica en que sólo de ese modo se protegen los intereses del causante y de los derechos de los causahabientes.

59. Sin embargo, esta tesis es rechazable. El argumento clave radica en la siguiente afirmación: la norma de conflicto extranjera puede localizar el caso sucesorio de un modo más certero que la norma de conflicto española, con independencia de que las conexiones retenidas por el legislador extranjero sean de carácter «social» o «territorial». Y en este caso, todos los implicados en la sucesión se verán beneficiados por un reenvío de retorno (= la aplicación de la Ley del país más estrechamente vinculado con la sucesión comporta, para todos los particulares implicados, costes menores de información y prueba de la Ley extranjera y costes menores de adaptación a un concreto Derecho estatal). El beneficio para todos los implicados en la sucesión puede venir de la mano de una conexión «social» o de una conexión «cultural» o incluso «económica». Es irrelevante; por ello no es de extrañar que el TS no haya acogido jamás esta limitación del reenvío. Para el TS se puede aceptar el reenvío sea cual sea el «carácter de la conexión» utilizado por el legislador extranjero (STS 23 septiembre 2002, *François Marie James W.*).

4. *Aplicación de las normas de conflicto extranjeras en materia de sucesión mortis causa*

60. En relación con el reenvío que realizan las normas de conflicto extranjeras en favor de la Ley sustantiva española en materia sucesoria, debe tenerse presente lo siguiente.

61. Primero. La norma de conflicto extranjera en materia sucesoria y su punto de conexión debe interpretarse y aplicarse según las reglas de dicho

¹¹⁶ M. VIRGÓS SORIANO, «Derecho de sucesiones y reenvío: la respuesta del sistema español», *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, n. 42, 2004, pp. 181-210; M. VIRGÓS SORIANO / E. RODRÍGUEZ PINEAU, «Succession Law and Renvoi: the Spanish Solution», *Festschrift Erik Jayme*, vol. I, Munich, 2004, pp. 977-992.

ordenamiento extranjero (E. JAYME, P. MAYER, H. BATIFFOL / P. LAGARDE, P. FRANCESKAKIS, G. KEGEL, Y. LEQUETTE¹¹⁷).

Ejemplo 1: la sucesión mobiliaria de un inglés con domicilio en España se rige por el Derecho inglés (art. 9.8 Cc.), lo que conduce al Derecho inglés. El Derecho inglés reenvía al Derecho español porque en DIPr. inglés, la sucesión mobiliaria se regula por la Ley del último domicilio del causante. Pues bien: el concepto de «domicilio» que emplea el juez español para aceptar el reenvío es el concepto de domicilio del Derecho inglés, que no coincide con el concepto «español» de domicilio, sino que es mucho más parecido al concepto español de «vecindad civil» (J. DERRUPÉ / J. P. LABORDE, M. VIRGÓS SORIANO¹¹⁸). El concepto inglés de *domicile* es un «concepto poético»: el lugar al que la persona, cuando está lejos de él, quisiera volver (B. BAREL / ST. ARMELLINI¹¹⁹). Los anglosajones son así. Retener un «concepto español» de domicilio en la aplicación de la norma de conflicto inglesa, como hacen ciertos autores (J. A. TOMÁS ORTIZ DE LA TORRE¹²⁰), es incorrecto, ya que «desnaturaliza» la localización llevada a cabo por el legislador inglés. Error que además resulta más profundo si el concepto «español» de domicilio que se emplea es un concepto «fiscal» y no «civil», como el haber residido en España más de 183 días, por ejemplo.

Ejemplo 2: la sucesión mobiliaria de un francés se rige por la Ley de su domicilio, «de derecho», que no tiene por qué coincidir con su domicilio «de hecho». El tribunal español que tuviera que aplicar esta norma de conflicto francesa debe apreciar el concepto «francés» de domicilio. Lo que no es sencillo y ha dado lugar a problemas complejos. Un caso célebre fue el relativo a la sucesión de la espada del Duque de Reichstadt que Napoleón llevó en la batalla de Austerlitz: el duque poseía su «domicilio de hecho» en Francia, pero tenía su «domicilio de Derecho» en Austria y la espada en cuestión se hallaba en Francia (A. LYON-CAEN, J. P. NIBOYET¹²¹). Otro ejemplo: la Sent.

¹¹⁷ P. MAYER, *Droit international privé*, 1994, p. 156, con apoyos en la jurisprudencia francesa; H. BATIFFOL / P. LAGARDE, *Droit international privé*, 1993, pp. 504-506; G. KEGEL, *Die Grenze...*, 1962, pp. 33-34; Y. LEQUETTE, «Le renvoi de...», 1990, pp. 249-262; PH. FRANCESKAKIS, *La théorie du renvoi...*, 1958, pp. 82-85.

¹¹⁸ J. DERRUPÉ / J. P. LABORDE, *Droit international privé*, Dalloz, 15.ª ed., 2005, pp. 79-83; M. VIRGÓS SORIANO, «Derecho de sucesiones y reenvío: la respuesta del sistema español», *Anales de las Academia Matritense del Notariado*, n. 42, 2004, pp. 181-210; M. VIRGÓS SORIANO / E. RODRÍGUEZ PINEAU, «Succession Law and Renvoi: the Spanish Solution», *Festschrift Erik Jayme*, vol. I, Munich, 2004, pp. 977-992.

¹¹⁹ B. BAREL / ST. ARMELLINI, *Diritto internazionale privato*, 2006, p. 74.

¹²⁰ J. A. TOMÁS ORTIZ DE LA TORRE, «¿Anular por reenvío la voluntad del testador?», *La Ley*, núm. 5845, 9 septiembre 2003; ID., «El reenvío ante el Tribunal Supremo: historia y reapertura de la vieja polémica en el Derecho internacional privado español», *Actualidad Civil*, núm. 40, semana 1-7 noviembre 1999, pp. 1261-1295.

¹²¹ J. P. NIBOYET, *Principios de Derecho internacional privado* (traducción española por A. Rodríguez Ramón), 1.ª ed., Madrid, Ed.Reus, 1930, pp. 712-727, esp. p. 720.

Cour Cass. Francia 7 diciembre 2005 se enfrenta al supuesto de un causante francés que habitó toda su vida en Costa de Marfil pero que regresó a Francia en 1991 para hacerse cuidar sus problemas de salud y que falleció en 1994. Su domicilio, en el «sentido francés» del término, es incierto.

62. Segundo. En relación con el DIPr. inglés, debe tenerse presente que el art. 12.2 Cc. no persigue como objetivo lograr la «armonización conflictual de soluciones». Eso importa poco al legislador español. Por ello, el tribunal español no debe operar como lo haría un juez inglés. En consecuencia, no debe tener en cuenta el famoso mecanismo del «doble reenvío» que activaría un juez inglés si conociera de primera mano del supuesto sucesorio, con el objetivo de fallar de manera idéntica a como lo hace un juez inglés¹²².

¹²² El «doble reenvío» (*Foreign Court Theory / Total Renvoi / Double renvoi*) es una construcción exclusiva del DIPr. anglosajón (muy bien explicada por J. D. FALCONBRIDGE, «Le renvoi et la loi du domicile», *RCDIP*, 1948, pp. 45-71). Según esta teoría, el juez anglosajón debe aplicar el Derecho material que se supone que aplicarían los tribunales del país cuya ley es declarada aplicable por su regla de conflicto. Es decir, el juez anglosajón debe decidir exactamente igual a como lo haría un juez del país cuya Ley es declarada aplicable por la norma de conflicto anglosajona. En realidad, el doble reenvío anglosajón es un remedio a la amplitud de los criterios de competencia judicial internacional de los jueces anglosajones. Ejemplo: se litiga en Inglaterra sobre la sucesión de un inglés con bienes inmuebles en España. Pues bien: el juez inglés debe fallar como lo haría un tribunal español que conoce de la sucesión de un inglés con bienes inmuebles en España. Por tanto, en primer lugar, aplicará la norma de conflicto inglesa, que le remite al Derecho español porque los inmuebles están en España; en segundo lugar, aplicará, como lo haría un juez español, el art. 9.8 Cc., que le lleva al Derecho inglés; en tercer lugar, aplicará la norma de conflicto inglesa sobre sucesiones (art. 12.2 Cc.); y en cuarto lugar, visto que la norma de conflicto inglesa remite al Derecho español (Ley de situación de los inmuebles), el juez inglés aplicará el Derecho material español. El doble reenvío plantea problemas, porque, en la práctica, los jueces ingleses no andan muy finos, ya que todavía creen (?) que el reenvío no se admite en DIPr. español, lo cual, evidentemente, no es cierto (J. PÉREZ MILLA, «De nuevo el TS matiza el ámbito del reenvío de retorno en materia sucesoria (nota a la STS 21 mayo 1999)», *AEDIPR*, 2001, pp. 1094-1097). Son casos de «doble reenvío»: *Collier vs. Rivaz* (1841), *In re Annesley* (1926), *In re Ross* (1930), *In re Askew* (1930), *In re O'Keefe* (1944), *In re Duke of Wellington* (1947), *In re C. W. Addams* (31 julio 1985), fallado por la *High Court Of Justice (Chancery Division)*. En torno al «doble reenvío», *vid. ad ex.* A. MARÍN LÓPEZ, *Derecho internacional privado I*, 1994, pp. 264-265; J. L. IRIARTE ÁNGEL, «Doble reenvío y unidad de tratamiento de las sucesiones», *RGD*, 1989, pp. 3561-3582; J. SUAY MILIO, «Una solución jurisprudencial inglesa: el doble reenvío», *REDI*, 1956, vol. IX, pp. 87-122; J. DE YANGUAS MESSÍA, *Derecho internacional privado*, 1970, pp. 334-336; F. RIGAUX, *Derecho internacional privado*, 1985, pp. 309-310; H. BATIFFOL / P. LAGARDE, *Droit international Privé*, 1993, pp. 503-504; J. A. CARRILLO, *Derecho internacional privado*, 3.ª ed., Madrid, 1983, p. 212. La institución del doble reenvío se encuentra muy bien ilustrada en la SAP Badajoz 11 julio 1995 [sucesión de causante inglés con domicilio en España y bienes inmuebles en España], lo que se explica, sin duda, por la intervención en la redacción de dicha decisión, de la Profa. Dña. P. BLANCO-MORALES LIMONES, catedrática de DIPr. en la Universidad de Extremadura y posterior Directora General de los Registros y del Notariado.

El objetivo del art. 12.2 Cc., es «tener en cuenta» el modo en que el la norma de conflicto extranjera «localiza» la situación, para aprovechar dicho *modus operandi* y mejorar, de tal modo, la localización del supuesto sucesorio que realiza el art. 9.8 Cc. Por todo ello, cuando la *Lex Successionis* es la Ley inglesa, el «doble reenvío» es un mecanismo irrelevante, ya que lo único que interesa es el punto de conexión de la norma de conflicto inglesa en relación con las sucesiones *mortis causa*.

63. Tercero. En la práctica española, surgen innumerables problemas en relación con causantes ingleses porque no se acredita en qué país tenía el causante su *domicile*. El reenvío se produce, ya que el causante está domiciliado en España a tenor del concepto inglés de domicilio (*Domicile as Permanent Home*). Sin embargo, el testamento que el sujeto inglés otorga ante Notario español y en cuya virtud dispone de todos sus bienes o de los bienes sitos en España se inscribe en el RAUV español sin que ninguna autoridad española compruebe si el testador tenía o no su *Domicile* en España (D. SEARL¹²³). Este resultado antijurídico debe evitarse por el Notario español autorizante, que debe acreditar cuál es el país de domicilio del causante inglés y decidir si se produce o no reenvío en favor del Derecho sustantivo español. En este caso, debe advertir al testador que el testamento se rige por el Derecho sustantivo español y que, en consecuencia, no puede disponer libremente de todos sus bienes y debe respetar, en su caso, los derechos de los legitimarios recogidos en el Derecho español aplicable.

64. Cuarto. La norma de conflicto extranjera es una norma jurídica extranjera. Por tanto, debe ser probada por la parte que reclama su aplicación (art. 281.2 LEC). Para apreciar el reenvío es preciso que quede acreditada en el proceso que se sigue en España la norma de conflicto extranjera. Y si ello no ocurre, el reenvío no se puede apreciar (SAP Las Palmas 28 junio 2004 [falta de prueba del Derecho inglés], RDGRN 5 febrero 2005 [falta de prueba del Derecho norteamericano]). Ahora bien: la norma de conflicto extranjera sólo debe probarse si el tribunal ignora su contenido. Por tanto, si el tribunal ya conoce de modo exacto la norma de conflicto extranjera, puede y debe aplicarla sin que sea precisa su prueba por la parte interesada. Por otra parte, en el lado opuesto, ciertas sentencias no se han pronunciado sobre el reenvío a pesar de que el Derecho extranjero fue probado (SAP Alicante 27 febrero 2004, SAP Baleares 31 marzo 2004).

65. Quinto. Si la norma de conflicto extranjera en materia sucesoria remite a la Ley de un «tercer país», dicho reenvío (= que sería un «reenvío

¹²³ D. SEARL, *You and the Law in Spain*, 16th ed., Santana Books, Fuengirola, 2005, pp. 243-273.

de segundo grado») no se acepta (= art. 12.2 Cc. *a contrario*). La sucesión quedará en tal caso regulada por las normas materiales del Derecho extranjero que corresponde a la nacionalidad del causante en el momento de su fallecimiento (= Ley designada por la norma de conflicto española, art. 9.8 Cc.).

66. Sexto. Si la cuestión sucesoria que debe regularse por un Derecho extranjero *ex art. 9.8 Cc.* recibe, según tal Derecho extranjero, una calificación distinta a la que ha recibido en Derecho español, se aplicarán las normas de conflicto del Derecho extranjero correspondientes a la calificación que en tal ordenamiento recibe la institución. Es el «reenvío de calificaciones» (B. BAREL / ST. ARMELLINI, G. KEGEL, Y. LEQUETTE, PH. FRANCESCAKIS¹²⁴). Ejemplo: si la capacidad para testar no es una cuestión sucesoria en el Derecho de la nacionalidad del causante, sino una cuestión de «capacidad», deberán entonces tenerse en cuenta las normas de conflicto extranjeras en materia de capacidad, y no las normas de conflicto en materia de sucesión *mortis causa*.

67. Séptimo. Si la norma de conflicto extranjera es contraria al orden público internacional español, dicha norma no podrá «tenerse en cuenta». Resultado: el reenvío es, en tal caso, imposible y la sucesión *mortis causa* se regirá entonces por la Ley material extranjera designada por la norma de conflicto española. El supuesto difícilmente se producirá en el ámbito de las sucesiones. Pero es más frecuente en sectores como la filiación. Ejemplo: la filiación de un sujeto argelino se rige por el Derecho argelino (art. 9.4 Cc.), pero si el Derecho argelino «reenvía» al Derecho del país de la nacionalidad del «padre», esta norma de conflicto no puede tenerse en cuenta. Se aplicará directamente el Derecho sustantivo argelino y no habrá ningún reenvío.

5. Reenvío y conflicto de sistemas

68. El objetivo del art.12.2 Cc. no es resolver un «conflicto de sistemas», sino proporcionar solución al polémico asunto del reenvío. En consecuencia, los tribunales españoles deben aplicar a las situaciones privadas internacionales que se les planteen las normas de conflicto españolas (= *principio de exclusividad* del DIPr. del foro, deducible del art. 12.6 Cc.). El art. 12.2 Cc. no permite aplicar normas de DIPr. extranjeras «en sustitución» de las normas de conflicto españolas¹²⁵. Despejada dicha cuestión, debe indicarse que,

¹²⁴ G. KEGEL, *Die Grenze...*, 1962, pp. 33-34; Y. LEQUETTE, «Le renvoi de...», 1990, pp. 249-262; PH. FRANCESCAKIS, *La theorie du renvoi...*, 1958, pp. 82-85.

¹²⁵ En tal sentido, A. BORRÁS RODRÍGUEZ, «Art. 12.2 Cc...», 1991, p. 141. Un excelente estudio de las relaciones entre reenvío y conflicto de sistemas a través se encuentra en el trabajo de P. LOUIS-LUCAS, «Vue simplifiée...», 1964, pp. 1-14.

en ciertos supuestos, el art. 9.8 Cc. somete la sucesión a la Ley nacional del causante en el momento de su fallecimiento, pero resulta que el DIPr. de dicho país en materia sucesoria no contiene una «norma de conflicto de Leyes», sino una norma de «conflicto de sistemas». Así, el art. 91.1 Ley suiza DIPr. 1987 indica que la sucesión de una persona que haya tenido su último domicilio en el extranjero se rige por el Derecho que designen las normas de Derecho internacional privado de dicho Estado. En tal caso, el art. 9.8 Cc. vuelve a ser aplicable y designa la Ley sustantiva rectora de la sucesión. Ejemplo: la sucesión de causante suizo con último domicilio en España se rige, en principio, por el Derecho suizo. Pero el DIPr. suizo remite al art. 9.8 Cc., que a su vez, vuelve a remitir, ahora de modo definitivo, al Derecho sucesorio sustantivo suizo, que regirá la sucesión (SAP Barcelona 28 septiembre 2004). Dos hipótesis son posibles.

69. En primer lugar, cabe recordar al respecto que nada en el art. 12.2 Cc. se opone a aceptar la remisión que la norma suiza de «conflicto de sistemas» hace en favor del art. 9.8 Cc. El resultado final es la aplicación del Derecho material, español o extranjero, designado por las normas de conflicto españolas, esto es, por el art. 9.8 Cc. No se incumple el art. 12.2 Cc., que sólo prohíbe la remisión en favor de la Ley «de un tercer país» realizada por la norma de conflicto del Derecho del país de la nacionalidad del causante.

70. En segundo lugar, si las normas extranjeras que resuelven un «conflicto de sistemas» ordenan aplicar «normas de DIPr. de un tercer país», la cuestión cambia. Con arreglo al art. 12.2 Cc., la aplicación de las normas de conflicto de un «tercer país» no es posible, incluso si tales normas remitiesen a la Ley española. Por tanto, se debe aplicar el Derecho material del país al que remite la norma de conflicto española y no se tendrá en cuenta la remisión que la norma extranjera sobre «conflicto de sistemas» hace en favor de normas de conflicto de un tercer país. Ejemplo: si el causante suizo cuya sucesión se debate en España tuvo su último domicilio en Londres y tenía bienes inmuebles en España, resultaría que el art. 9.8 Cc. haría aplicable la norma suiza de conflicto de sistemas, que a su vez remitiría la regulación del asunto al Derecho inglés, cuyas normas de conflicto remitirían al Derecho español (= lugar de situación de los bienes inmuebles). Pues bien: el art. 12.2 Cc. no admite esta compleja operación, de modo que el Derecho sucesorio material suizo regulará esta sucesión.

V. Los tribunales españoles y el reenvío

1. *Doctrina del Tribunal Supremo sobre el reenvío en materia sucesoria*

71. Resulta conveniente analizar, de modo sumario, la «trilogía del reenvío en materia sucesoria» generada por el TS. En este cuerpo de jurisprudencia

cia, el TS confirma varias proposiciones, ya vertidas en este estudio: 1.º) el reenvío es una mera herramienta al servicio del art. 9.8 Cc.; 2.º) el reenvío no puede romper, en ningún caso, la unidad legal de la sucesión (= principio impuesto de manera primordial por el art. 9.8 Cc.); 3.º) para aceptar el reenvío debe concurrir, además, un «índice positivo de reenvío»; 4.º) tal índice positivo de reenvío puede ser, bien la existencia de un «falso conflicto material de leyes» (= similitud sustancial entre las Leyes sucesorias en conflicto), o bien la utilización del reenvío para lograr un mejor «ajuste de la localización» (= que permite aplicar a la sucesión la Ley del país más estrechamente vinculado con el supuesto sucesorio); 5.º) la «armonía internacional de soluciones» en «sentido conflictual» no es objetivo del art. 12.2 Cc.; 6.º) el contenido material de las Leyes en conflicto es irrelevante para aceptar o negar el reenvío (= salvo que se produzca, como antes se ha dicho, un falso conflicto de Leyes en sentido material); 7.º) la voluntad del testador es un elemento irrelevante para aceptar o negar el reenvío; 8.º) el tipo de conexión empleado por la norma de conflicto extranjera (= conexión «cultural», «social», «económica», etc.) es también irrelevante para aceptar o negar el reenvío.

72. a) STS 15 noviembre 1996, *Lowenthal*. Se trataba de fijar la Ley reguladora de la sucesión de un causante ciudadano del *State* de Maryland, EE.UU. El último domicilio del causante estuvo en Inglaterra, país en el que falleció. El causante disponía de bienes inmuebles situados en España y parece ser que también en Maryland, EE.UU. El causante otorgó testamento en cuya virtud dejó todos sus bienes, a título de heredero universal, a su hermano y a los descendientes de éste. Los hijos del causante impugnaron la validez del testamento por no respetar las legítimas del Derecho civil común español. La SAT Granada 22 diciembre 1988 falló el caso en apelación y aceptó el reenvío en favor de la Ley española en lo que se refería a los bienes inmuebles. Ello provocó la fragmentación legal de la sucesión (= la sucesión de los inmuebles regida por la Ley española y la sucesión de los muebles quedaba regida por la Ley de Maryland). Es poco conocido, pero rigurosamente cierto, que un magistrado de la Sala consultó al Prof. D. A. MARÍN LÓPEZ sobre la procedencia del reenvío y que el citado profesor se manifestó en favor del reenvío. La STS 15 noviembre 1996 corrigió severamente lo sostenido por la SAT Granada 22 diciembre 1988. El fundamento jurídico más importante de la STS 15 noviembre 1996 en relación con el reenvío en materia sucesoria es el fundamento jurídico octavo¹²⁶. El TS afirmó que no

¹²⁶ STS 15 noviembre 1996 FJ 8.º: «El texto del artículo 12.2 del Código Civil, dice literalmente: la remisión al derecho extranjero se entenderá hecha a su ley material, sin tener en cuenta el reenvío que sus normas de conflicto puedan hacer a otra ley que no sea la española. Este precepto deja perfectamente claro que cuando el artículo 9.8 del Código Civil, declara: «la sucesión por causa de muerte se regirá por la ley nacional del causante en el

procedía aceptar el reenvío parcial que las normas de conflicto del *State* de Maryland hacían en favor de la Ley española. Y ello por varias razones: 1.º) El reenvío no es obligatorio, sino una mera facultad que el juzgador español puede «tener en cuenta» o no. 2.º) En este caso, no era procedente admitir el reenvío porque éste habría provocado un «fraccionamiento de la sucesión», ya que la sucesión de los bienes inmuebles sitos en Maryland habría quedado sometida a la Ley de dicho *State* y la sucesión de los bienes inmuebles sitos en España, habría quedado sujeta a la Ley sustantiva española, lo que hubieran vulnerado el principio básico del art. 9.8 Cc.. 3.º) El TS indica que un índice positivo que podría hacer aconsejable aceptar el reenvío es la resolución de un «falso conflicto de Leyes». Sin embargo, en este caso, no se producía ningún «falso conflicto de Leyes», pues el Derecho de Maryland admite la plena libertad de testar y el Derecho civil común español se

momento de su fallecimiento, cualesquiera que sean la naturaleza de los bienes y el país donde se encuentren», el derecho aplicable a la sucesión de autos es el del Estado de Maryland. Ahora bien, cuando la norma de conflicto de este Estado reenvía a otro Estado que no sea España, dicha remisión no ha de tenerse en cuenta (y se aplica la ley de Maryland), pero si la remisión, como en este caso, es a la legislación española, puesto que las leyes sucesorias de Maryland establecen que respecto a inmuebles la sucesión se rige por la ley del lugar donde están sitos, esta remisión sí que «debe tenerse en cuenta», pues así lo exige el texto del artículo 12.2. La frase «tener en cuenta» no equivale a que deban aplicarse nuestras normas sucesorias de modo inexorable, puesto que en español (Diccionario de la Real Academia) «tener en cuenta» quiere decir «tener presente, considerar», y ello es lo que debe hacer esta Sala: considerar si el reenvío (que ya ha sido alguna vez admitido por nuestros Tribunales de instancia) ha de aceptarse en el presente caso, en virtud de lo dispuesto en la norma de conflictos del Estado de Maryland, que utiliza como punto de conexión el lugar de situación de los inmuebles para determinar la norma de derecho material por la que ha de regirse la sucesión de sus ciudadanos. La negación del reenvío puede apoyarse en que la colisión entre el estatuto sucesorio establecido en el artículo 9.8 del Código Civil, y la que habla y permite el reenvío de retorno, como es el artículo 12.2, no existe, es más aparente que real. El artículo 12.2 contiene una norma de carácter general, de las denominadas por la doctrina «norma de aplicación o funcionamiento» que no puede interpretarse aisladamente, sino en relación con la norma específica y concreta que regula la materia de sucesiones, que en el derecho español es el 9.8, y en él se inclina por el punto de conexión de la nacionalidad para elegir la norma rectora de la sucesión, cualesquiera que sea la naturaleza de los bienes y el lugar donde se encuentren. El derecho español entiende preponderante la ley nacional del «de cuius»; al propio tiempo, el sistema hereditario español es de carácter universalista, esto es, sostiene el criterio de unidad del régimen sucesorio. A ello se puede añadir que la defensa de derechos legítimos, hecha por los actores con apoyo en el derecho español no necesariamente ha de tener contenido real y en consecuencia no abona la tesis del reenvío en la sucesión de inmuebles radicados en España. El reenvío, por último, debe entenderse como un instrumento de armonización de sistemas jurídicos de los Estados, como un instrumento respetuoso con los principios que los inspiran y si el derecho americano se apoya en una gran libertad de testar, y no reconoce las legítimas de los hijos, en nada armonizaría la coexistencia de los derechos respectivos, la aplicación por esta Sala del derecho español a la sucesión del causante de este litigio, que no ha conservado con España ni la residencia ni el domicilio».

inspira en el principio contrario, básico e imperativo, de respeto a las legítimas; 4º) El TS indica que otro índice positivo de reenvío es el hecho de que el supuesto sucesorio presente vínculos muy estrechos con España a pesar de la nacionalidad extranjera del causante (= test de proximidad en favor de la conexión estrecha del caso con España). Índice que, sin embargo, tampoco concurría en este supuesto, ya que el causante no tenía ni su residencia ni su domicilio en España. En conclusión, el TS niega el reenvío porque se incumple la condición básica de reenvío (= el reenvío hubiera provocado el inaceptable resultado de una sucesión regida por varias leyes), y porque, además, no hay ningún índice positivo de reenvío. Ni el caso escondía un «falso conflicto de leyes» ni la sucesión aparecía más estrechamente conectada con España que con Maryland.

73. b) STS 21 mayo 1999, *Denney*. Se debatió la Ley aplicable a la sucesión de un ciudadano inglés fallecido en España. El causante otorgó testamento en España y dejó todos sus bienes a su segunda esposa. Los hijos habidos por el causante con su primera esposa reclamaron su legítima a tenor de lo dispuesto por el Código Civil español. El fundamento jurídico más destacado en relación con la cuestión del reenvío es el fundamento jurídico cuarto¹²⁷. El TS aplicó la Ley sustantiva inglesa y rechazó el reenvío porque cre-

¹²⁷ STS 21 mayo 1999 FJ 4.º: «No obstante el contenido del informe sobre la jurisprudencia de los Tribunales ingleses sobre aplicación del reenvío, acompañado con la demanda, lo cierto es que, como señalan los autores, tanto españoles como británicos, la jurisprudencia de ese país marca una nueva tendencia reticente a la aplicación del reenvío en materia sucesoria; postura coincidente con la que sustenta la más moderna doctrina internacionalista española en relación con el reenvío establecido en el art. 12.2 del Código Civil respecto a la norma de conflicto inglesa en materia de sucesiones inmobiliarias; así es de ver como en asunto *Adams*, el Juez inglés rechaza la aplicación del reenvío, entendiendo que los Tribunales españoles sólo lo aplicarían en ciertos casos y bajo determinadas condiciones, de tal manera que será aplicado cuando los Juzgadores lo estimen oportuno, o sea, que éstos sólo aceptarán el reenvío de retorno cuando éste lleve a un resultado acorde con los principios generales del Derecho español. Si bien una aplicación puramente literalista del artículo 12.2 del Código Civil conduciría a la solución defendida en la demanda, la evolución actual del Derecho Internacional Privado, tal como se manifiesta en el Derecho comparado y de manera notable en el Derecho convencional internacional, implica un tratamiento matizado del reenvío que hace imposible adoptar una actitud indiscriminada de aceptación o rechazo del mismo, sino proceder en su aplicación con un criterio flexible y de aplicación restrictiva y muy condicionada. La aplicación del reenvío en los términos pretendidos en la demanda, es contrario al principio de universalidad de la herencia que rige nuestro Derecho sucesorio e impide dar un tratamiento jurídico distinto a la sucesión mobiliaria y a la inmobiliaria; asimismo contradice y deja sin aplicación el principio rector del Derecho inglés en materia sucesoria como es de libertad de testar, manifestación de la autonomía de la voluntad. Por otra parte, como señala la sentencia de esta Sala de 15 de noviembre de 1996, ante supuesto análogo al actual, la aplicación al caso del reenvío de retorno no conseguiría la finalidad que se asigna a este instrumento jurídico, de armonización de los sistemas jurídicos de los Estados, a lo que debe añadirse que en este

yó, erróneamente, que, en el caso concreto, de haber aceptado el reenvío, se habría producido un «fraccionamiento legal de la sucesión», de modo que la sucesión de los bienes inmuebles hubiera quedado sujeta a la Ley española (= los inmuebles litigiosos estaban sitos en España), mientras que la sucesión de otros bienes hubiera quedado sometida a otra Ley diferente, a la Ley del país de situación de los bienes muebles (= pues existían bienes muebles litigiosos sitos en Francia y España)¹²⁸. Sin embargo, el reenvío, bien aplicado, habría conducido a la aplicación de la Ley española a la totalidad de la sucesión, pues la sucesión de los bienes muebles se rige, en DIPr. inglés, por la Ley del país de último domicilio del causante, que estaba en España, y no por la Ley de situación de los bienes muebles, algo que el TS no supo ver. El

supuesto la solución que se alcanzaría con esa aplicación tampoco puede afirmarse que entrañe una mayor justicia en relación con los intereses en juego. Por todo ello, debe concluirse que la sucesión del causante don Iván se rige por su ley nacional, es decir, por la Ley inglesa reconocedora de la libertad de testar a sus nacionales y, en consecuencia, procede la desestimación de la demanda, con revocación de la sentencia de primera instancia».

¹²⁸ Es clave el párrafo que seguidamente se reproduce y contenido en el FJ 2.º de la STS 21 mayo 1999: «*La aplicación del reenvío en los términos pretendidos en la demanda, es contrario al principio de universalidad de la herencia que rige nuestro Derecho sucesorio e impide dar un tratamiento jurídico distinto a la sucesión mobiliaria y a la inmobiliaria; asimismo contradice y deja sin aplicación el principio rector del Derecho inglés en materia sucesoria como es de libertad de testar, manifestación de la autonomía de la voluntad*». El TS creyó que, de aceptar el reenvío de retorno, la herencia quedaría partida en dos «segmentos de bienes» regidos por Leyes distintas (= obsérvese la frase del TS: «La aplicación del reenvío en los términos pretendidos en la demanda, es contrario al principio de universalidad de la herencia que rige nuestro Derecho sucesorio e impide dar un tratamiento jurídico distinto a la sucesión mobiliaria y a la inmobiliaria...»: cursiva enfática añadida). El TS subraya que, en su opinión, hubiera conducido a la fragmentación legal de la sucesión en este caso concreto (= lo cual era un error: la toma en consideración de la norma de conflicto inglesa y la aplicación del Derecho sucesorio material español no hubiera producido ningún fraccionamiento legal de la sucesión). Y por eso rechazó el reenvío, porque creyó que sólo así se evitaba segmentar la herencia en grupos de bienes regidos por Leyes estatales diferentes. Aunque ciertos autores se limitan a corroborar lo que el TS, equivocadamente, afirma (= es decir, que en el supuesto de la STS 21 mayo 1999 el reenvío hubiera producido un fraccionamiento legal de la sucesión, como es el caso de S. SÁNCHEZ LORENZO, «Ámbito del reenvío en la determinación de la Ley aplicable a la sucesión hereditaria», *Anuario Español de Derecho internacional privado*, 2004, pp. 1144-1146), otros autores sí percibieron el desliz del TS, y subrayaron que, en este supuesto fáctico, el reenvío no producía ningún fraccionamiento legal de la sucesión y que el TS se equivocó al creer que ello era así (E. CASTELLANOS RUIZ, «Reenvío, unidad de la sucesión y armonía internacional de soluciones en el Derecho sucesorio: antes y después de la STS de 23 septiembre 2002», en A.-L. CALVO CARAVACA/ E. CASTELLANOS RUIZ (dirs.), *El Derecho de familia ante el siglo XXI: aspectos internacionales*, Madrid, Colex, 2004, pp. 239-269; Id., «Sucesión hereditaria» en A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (Directores), *Derecho internacional privado*, vol. II, Granada, Comares, 8.ª ed., 2007, pp. 250-299; J. PÉREZ MILLA, «De nuevo el TS matiza el ámbito del reenvío de retorno en materia sucesoria (nota a la STS 21 mayo 1999)», *AEDIPR*, 2001, pp. 1094-1097).

hecho de que el Derecho sucesorio inglés esté presidido por el principio básico de la plena libertad de testar, y el Derecho español esté presidido por el principio contrario del respeto a las legítimas imperativas, fue un argumento utilizado por el TS para negar el reenvío, pero sólo *ad adiuvandum*, pues lo decisivo para negar el reenvío fue que, para el TS, dicho reenvío hubiera producido fraccionamiento legal de la sucesión. En conclusión: el TS negó el reenvío porque, en un profundo error, creyó que, en el supuesto concreto, dicho reenvío hubiera conducido al fraccionamiento legal de la sucesión (= faltaba, pues, según el TS, la condición básica que debe respetar todo reenvío). Y añadió que, en todo caso, el diferente e incluso opuesto contenido material del Derecho sucesorio inglés y del Derecho sucesorio español hacía que no se produjera ningún «conflicto negativo de Leyes» (= circunstancia que hubiera aconsejado aceptar el reenvío en el caso de que éste no provocase la fragmentación legal de la sucesión).

74. c) STS 23 septiembre 2002, *François Marie James W.* El TS aborda la Ley aplicable a la sucesión de un causante británico cuyo último domicilio estuvo en Nerja (Málaga), población donde residió los últimos ocho años de su vida. El causante había otorgado testamento en favor de su esposa española. Pero el causante era padre de una hija habida con otra mujer, de nacionalidad española. Esta mujer, en representación legal de su hija menor de edad, reclamó la legítima de su hija con arreglo al Código Civil español. Todos los bienes del caudal hereditario, bienes inmuebles todos ellos, se encontraban en España. El fundamento jurídico más relevante para la cuestión del reenvío es el segundo¹²⁹. El TS indicó que el art. 9.8 Cc. remitía al

¹²⁹ STS 23 septiembre 2002 FJ 2.º: «*La fundamentación de este motivo consiste en esencia en sostener la procedencia de que la sucesión se rija por la ley nacional del causante, en este caso la inglesa, que otorga al mismo la libertad para dejar sus bienes a quien estime, no estando vinculado por legítimas ni instituciones análogas, restrictivas de la libertad de disposición 'mortis causa'. Dice la recurrente que la norma de conflicto aplicable (el art. 9.8 Cód. civ.) responde al principio de unidad y personalidad de la sucesión, incompatible con la remisión del derecho inglés en cuanto a los inmuebles a la del lugar donde estén sitos, y opera como filtro al reenvío de retorno (art. 12.2 Cód. civ.), en cuanto 'ius specialis', citando y resaltando la sentencia de esta Sala de 15 de noviembre de 1996, en un supuesto en que la norma de conflicto reenviaba al lugar de la situación de los inmuebles. Entendía la recurrente también que debía respetarse la voluntad del testador de legar a su esposa los bienes inmuebles existentes en España, manifestando en el testamento que la 'disposición es posible con arreglo a su ley personal', y ello obligaba a no aceptar el reenvío al derecho español. El motivo se desestima, pues la aplicación de la ley española, a la que se reenvía el derecho inglés, que es la ley personal del causante, respecto de los inmuebles sitos en España, no es contraria a los principios de unidad y universalidad de la sucesión, que es a lo que obedecen la regla del art. 9.1 Cód. civ. En efecto, la sentencia recurrida da como probado que los únicos bienes del causante son los inmuebles sitos en España de los cuales dispuso testamentariamente, por lo que en modo alguno se produce una fragmentación de la regulación de la herencia, en cuyo caso, la norma general (no específica*

Derecho inglés, pero que la norma de conflicto inglesa afirmaba que la sucesión de los bienes inmuebles debía regirse por la Ley del país de situación de los bienes inmuebles. El TS declaró que, en consecuencia, la sucesión debía regirse por el Derecho sucesorio español en virtud de reenvío de retorno (art. 12.2 Cc.), ya que dicho reenvío no provocaba ningún fraccionamiento legal de la sucesión, puesto que la entera sucesión quedaba sujeta al Derecho sustantivo español. En consecuencia, el testamento debía reducirse para respetar la legítima de hija preterida. El TS indica que el hecho de que el Derecho inglés se base en el principio de libertad absoluta de testar y el Derecho español esté construido sobre el principio opuesto del respeto imperativo de las legítimas no debe influir en la aceptación o rechazo del reenvío. Conclusión: 1.º) en este caso, el TS acepta el reenvío porque se verifica la condición básica del reenvío (= se respeta la unidad legal de la sucesión: toda la sucesión queda regida por una sola Ley, la Ley española); 2.º) el TS acepta el reenvío porque, además del respeto a la unidad legal de la sucesión, se aprecia la existencia de un «índice positivo de reenvío» (= la «vinculación más estrecha» de la sucesión con España frente a una conexión fugaz, pasajera, anecdótica y débil con Inglaterra); 3.º) es irrelevante el hecho de que el contenido del Derecho sucesorio material inglés y del Derecho material sucesorio español sean completamente divergentes. Si hubieran sido contenidos materiales «similares», se habría verificado un «índice positivo de reenvío» (= el conflicto negativo de Leyes). Pero ello era ya innecesario, porque en este concreto supuesto, ya concurría otro índice positivo de reenvío (= la más estrecha vinculación del caso con España), lo que, sumado a la unidad legal de la sucesión, hicieron que el TS aceptase el reenvío.

2. Los tribunales inferiores y el reenvío en materia sucesoria desde 1996

75. Tras la STS 15 noviembre 1996, la «revolución del reenvío» llegó también a instancias judiciales inferiores. Las decisiones más destacables de tales tribunales relacionadas con el reenvío en materia sucesoria y posteriores a la STS 15 noviembre 1996 son las que siguen.

1.º) SAP Málaga 18 diciembre 1996: se acepta el reenvío que efectúa la Ley inglesa en favor de la Ley española pues dicho reenvío no supone nin-

para la sucesión 'mortis causa' del art. 12.2 Cód. civ. impondría la no aceptación del reenvío de la ley inglesa por contraria a aquellos principios. Éste es el criterio de esta Sala, y a él responden las declaraciones contenidas en su sentencia de 15 de noviembre de 1996, que no aceptó el reenvío que la ley nacional del causante hacía a la ley española en cuanto a los inmuebles por estar sitos en España, lo mismo que las contenidas en su sentencia de 21 de marzo de 1999. Por tanto, si como en este litigio ocurre, la herencia del causante se compone únicamente de bienes inmuebles sitos en España, no hay ningún inconveniente en la aceptación del reenvío de la ley inglesa, pues será la española la única que regula toda sucesión del causante».

gún fraccionamiento legal de la sucesión. Esta decisión es correcta: concurría la condición básica del reenvío (= se respeta la unidad legal de la sucesión) y además se verificaba también un índice positivo de reenvío (= la sucesión estaba más estrechamente vinculada con España que con Inglaterra). Esta sentencia fue confirmada por la STS 23 septiembre 2002.

2.º) SAP Alicante 7 junio 2001: se rechaza el reenvío de la Ley inglesa a la española porque provocaba un fraccionamiento legal de la sucesión, ya que existían bienes sucesorios litigiosos en Inglaterra y en España. Esta decisión es correcta, ya que al no concurrir la condición básica del reenvío (= la unidad legal de la sucesión), el reenvío no procede.

3.º) SAP Málaga 13 marzo 2002: se rechaza el reenvío porque el contenido del Derecho inglés y del Derecho español es muy divergente, a pesar de que el reenvío no comportaba, *in casu*, ningún fraccionamiento legal de la sucesión y a pesar de que ésta estaba más estrechamente vinculada con España que con Inglaterra. Esta decisión es criticable: en este caso se verificaba la condición básica del reenvío en materia sucesoria y además concurría un claro índice positivo de reenvío. El tribunal debió aceptar el reenvío de la Ley inglesa en favor de la Ley material sucesoria española.

4.º) SAP Alicante 10 marzo 2003: se rechaza el reenvío porque el contenido del Derecho escocés y del Derecho español resulta ser muy diferente, a pesar de que el reenvío no comportaba, *in casu*, ningún fraccionamiento legal de la sucesión y de que ésta estaba más estrechamente vinculada con España que con Escocia. Esta decisión es también criticable: en este caso se verificaba la condición básica del reenvío en materia sucesoria y además concurría un claro índice positivo de reenvío. El tribunal debió aceptar el reenvío de la Ley escocesa en favor de la Ley material sucesoria española.

6.º) SAP Tarragona 13 mayo 2004: no se aceptó el reenvío porque no quedó probada la norma de conflicto belga en materia sucesoria.

7.º) SAP Granada 19 julio 2004: se rechaza el reenvío porque la norma de conflicto irlandesa conducía al fraccionamiento legal de la sucesión, ya que existían bienes inmuebles sucesorios sitos en Inglaterra y en España. Esta decisión es correcta: no se verificaba la condición básica del reenvío (= la unidad legal de la sucesión), por lo que el rechazo del reenvío era obligado.

8.º) SAP Asturias 1 septiembre 2005: se acepta el reenvío en favor de la Ley española efectuado por las normas de conflicto del Estado de Pennsylvania, EE.UU., por dos razones. Primero, porque no quedaron acreditadas las normas de conflicto del Estado de Pennsylvania. Segundo, porque el reenvío no provocaba ningún fraccionamiento de la sucesión. Naturalmente, ambos argumentos son incompatibles. Si opera el primero, el segundo no puede operar y viceversa.

VI. Conclusión

76. La localización de la sucesión *mortis causa* en un país determinado, cuya Ley debe regir tal sucesión, no es álgebra ni aritmética. Es un arte. Los legisladores de todos los países han ensayado durante siglos multitud de soluciones diferentes en el intento de alcanzar la localización perfecta en materia sucesoria. Pero en el arte, y por tanto, en los conflictos de Leyes, la perfección no existe, porque toda solución conflictual puede siempre mejorarse, afinarse, superarse. El reenvío, ese clásico inmortal de los conflictos de Leyes, se contempla hoy como un mecanismo jurídico que, utilizado en su justa medida, acompaña como siervo fiel a la norma de conflicto en materia sucesoria. Así entendido, el reenvío puede ser empleado para lograr que la localización de una sucesión en un país concreto se lleve a término con mayor Justicia. El reenvío contribuye a perfeccionar el arte de la localización, *quod erat demonstrandum*. Como los maestros del Renacimiento italiano, los expertos en los conflictos de Leyes aprenden los unos de los otros, pues el arte es universal. En las soluciones que hoy maneja el Tribunal Supremo español se adivinan más de cien años de intentos doctrinales de utilizar el reenvío para mejorar la localización y para proporcionar una solución más justa a la cuestión de la determinación de la Ley aplicable a las sucesiones. Esos *pentimenti* que se adivinan tras cada sentencia y tras cada propuesta doctrinal sobre el reenvío son los restos de un pasado que recuerda a todo conflictualista que la localización perfecta no existe, es cierto, pero que la búsqueda de esa localización ideal es la que da sentido a la vida de los juristas que aman los conflictos de Leyes.

Modernidad y postmodernidad en Latinoamérica

José G. Vargas Hernández

Profesor investigador miembro del Sistema Nacional de Investigadores
Instituto Tecnológico de Cd. Guzmán (México)

Recibido: 30.12.06

Aceptado: 07.05.07

Resumen: En este trabajo se revisan los principales desarrollos del capitalismo en Latinoamérica caracterizados como tiempos premodernos, modernos y postmodernos que ponen en una encrucijada al desarrollo económico y social de la región. Se revisan los conceptos de modernidad como un enfoque teórico del desarrollo económico y de postmodernidad como una tendencia de pensamiento del desarrollo del capitalismo tardío o postindustrial aunado a los procesos de globalización, para delimitar el final de la modernidad organizada. Se concluye que los procesos contemporáneos de la globalización y la expansión del capitalismo tardío o postmoderno han agravado los más crónicos problemas del desarrollo económico y social como en la región latinoamericana.

Palabras clave: Latinoamérica, modernidad, postmodernidad.

Abstract: *This paper reviews the main progresses of capitalism in Latin America, categorized as premodern, modern and postmodern times, which set the economic and social development of the region at the crossroads. The concepts of modernity as a theoretical approach to economic development and that of postmodernity as a current of thought of late or postindustrial capitalist development, together with the globalization processes, are reviewed in order to draw up the boundaries of the end of organized modernity. It is concluded that the contemporary processes of globalization and the expansion of late and postmodern capitalism have aggravated the chronic problems of economic and social development in the Latin American region.*

Key words: *Latin America, modernity, postmodernity.*

Sumario: I. Modernidad.—II. Teoría de la modernidad.—III. Estrategias de modernización neoliberal y estructuralista.—IV. Postmodernidad.—V. Modernidad y procesos de globalización.—VI. El final de la modernidad organizada.—VII. Modernidad y postmodernidad como formas de sustentabilidad social.—VIII. Nuevos movimientos sociales y acción colectiva.—IX. La encrucijada de los tiempos premodernos, modernos y postmodernos en Latinoamérica.—X. Conclusiones.—XI. Bibliografía.

I. Modernidad

Habermas (1992: 228) puntualiza que el vocablo *modernización* se introduce como término técnico en los años cincuenta; caracteriza un enfoque

teorético que hace suyo el problema del funcionalismo sociológico. La modernidad se define como el desarrollo económico industrializado con una convergencia hacia la democracia liberal. La democracia es el espacio donde convergen la igualdad y la libertad que tienen como condición necesaria, aunque no suficiente, la participación efectiva en los aspectos procedimentales para la elaboración del sistema normativo.

El concepto de modernización se refiere a una gavilla de procesos acumulativos que se refuerzan mutuamente: a la formación de capital y a la movilización de recursos; al desarrollo de las fuerzas productivas y el incremento de la productividad del trabajo; a la implantación de poderes políticos centralizados y al desarrollo de identidades nacionales; a la difusión de los derechos de participación política, de las formas de vida urbana y de la educación formal; a la secularización de los valores y normas; etc.

Los conceptos de democracia relacionada con la noción de capitalismo, coinciden con la definición de modernidad, con implicaciones que datan de la Ilustración y que todavía no alcanzan su máximo potencial de desarrollo. La democracia es el espacio donde convergen la igualdad y la libertad que tienen como condición necesaria aunque no suficiente, la participación efectiva en los aspectos procedimentales para la elaboración del sistema normativo. El proceso político se desarrolla en las etapas de diseño de normas y de desarrollo del juego político.

Con la modernidad se desarrolla un proceso de desculturización que libera a los individuos de las relaciones sociales feudales y patriarcales, dando lugar a nuevas culturas democráticas. La desculturización agredió a identidades culturales, las cuales resisten y se reinvidican hasta nuestros tiempos mediante procesos de reterritorialización de los espacios locales en un ambiente de globalización económica imperante. Existen varias culturas democráticas que pueden ser delimitadas a partir de los elementos de la cultura política. La cultura política toma forma específica en cada nación como un producto a largo plazo de la historia. La cultura así llamada conforma un conjunto de modos de vida de las naciones.

Los inicios de la modernidad están marcados por una racionalidad que tuvo como fundamento ideas religiosas, la revelación, la opinión y la autoridad que mezcladas con intereses políticos y cánones en el siglo XVI da lugar a un modelo antropológico que en el siglo XVII deriva en el cálculo con base en las matemáticas y la geometría. La modernidad desenlaza procesos de transformación en Europa desde el siglo XVII, los cuales provocaron rupturas con las relaciones sociales y el orden religioso prevaleciente en el último milenio. Un creciente desarrollo de procesos de racionalización y secularización del conocimiento sustituyen gradualmente los dogmas religiosos por el avance de la ciencia.

Mediante los crecientes procesos de racionalización, el cálculo racional instrumental y frío sustituye a los dogmas de una fe religiosa. La modernidad libera a los grupos humanos de una visión religiosa del mundo que

somete las relaciones sociales a estrictos comportamientos dogmáticos. La deficiencia de la racionalidad tiene precedentes en el trabajo teológico del siglo XVI y en el empirismo de Bacon a principios del siglo XVII que anuncia su fe en el progreso. Una pugna cultural se ha descollado entre las tradiciones filosóficas europeas y las actitudes científicas y tecnológicas que se gestan en la potencia económica estadounidense. El racionalismo ateo de la Ilustración no tocó las sectas de Nueva Inglaterra por lo que su cultura se mantuvo cerca de las brujas de Salem.

La Ilustración fue una tendencia que acompañó a la modernidad en un trayecto. La filosofía de la Ilustración sirvió de base para la creación de las culturas e ideologías europeas modernas que influyeron en la formación de los primeros centros del desarrollo capitalista, ya fueran católicos (Francia) o protestantes (Inglaterra y Holanda), y también en Alemania y Rusia; su impacto alcanza hasta nuestra época.

El Romanticismo alemán exaltó el nacionalismo y lo opuso al cosmopolitismo que sujeta a los Estados al derecho internacional cosmopolítico (Kant) que postula que todos los pueblos están originariamente en comunidad del suelo sin la posesión jurídica, concepto que choca con el de soberanía, que postula a la nación como propietaria de un territorio determinado y al Estado como su representante. Para Kant, la nación es una persona moral cuyo origen es un contrato social, una comunidad que, vinculada por la fraternidad, busca alcanzar el bien común y la paz. En el *Contrato Social* de Rousseau se afirma la necesidad de hallar una forma de asociación por la que cada cual, uniéndose a todos, no obedezca, sin embargo, más que a sí mismo.

En el siglo XVII las Provincias Unidas de Holanda promovían el libre comercio de su producción en los países europeos, pero protegían ciertos mercados en los que eran débiles. Los británicos sostuvieron tres guerras contra los holandeses para disputarse el mercado mundial. Al decir del británico George Downing en 1663, la política comercial holandesa es un mar abierto (*mare liberum*) en las aguas británicas, pero un mar cerrado (*mare clausum*) en la costa de África y las Indias Occidentales.

En el siglo XVIII aparece una orientación objetiva del hombre para considerarlo moralmente como valor supremo. Algunas de las ciencias sociales positivizan al hombre convirtiéndolo en objeto, mientras que las filosofías subjetivas imponen la noción que el hombre se hace a sí mismo. La cultura occidental tiene como característica principal el humanismo que tiende a ser un espejismo cuando se comunica con los valores humanistas de otras culturas. Así, la fe se ha ajustado para cumplir con los requisitos de los valores de la modernidad, el laicismo y la democracia.

El desarrollo de Inglaterra se sustentó en las tesis del liberalismo económico y la economía política clásica elaborada por los ingleses Adam Smith, Thomas R. Malthus, David Ricardo y el francés Jean Baptiste Say, basada en el ahorro, el trabajo y el libre comercio. Por otro lado, los trabajos de David

Ricardo sobre las ventajas comparativas y su interpretación moderna en el modelo Heckscher-Ohlin de comercio internacional establecen que las diferencias en las ventajas comparativas de las naciones en la producción de diferentes mercancías se deben a las diferentes dotaciones de factores. En el capitalismo, la producción adquiere más importancia que la distribución y el consumo porque implica la propiedad de los recursos económicos, principal fuente del poder económico, no obstante que el comercio internacional contribuye a crear la plusvalía.

Pero la aplicación de estas tesis son contradictorias e incompatibles con «el empleo sistemático del poder político, militar y económico del país en una praxis de colonialismo, proteccionismo y explotación de los pueblos bárbaros» (Dietererich, 2002:8). Friedrich List, formador del capitalismo del Estado Alemán a finales del siglo XVIII y principios del XIX, critica esta doble moral inglesa, la cual se sintetiza en el análisis de Dietererich (2002:9) porque desde «la constitución del moderno estado inglés en la dictadura desarrollista de Oliver Cromwell tal como se había manifestado en el *Acta de Navegación* (1651) y el monopolio de la *East India Company*, hasta los días del encantador Tony Blair, la única política real de crecimiento económico ha sido el capitalismo proteccionista de Estado».

El surgimiento del capitalismo concurrente con el fenómeno de la modernidad separa lo político de lo económico. Leviatán es el paradigma moderno de la política instituida en la regulación y resolución de conflictos bajo principios de un orden establecido en un marco normativo. Hobbes mantiene la idea de que la política ligada a un orden natural es contingente, particular, finita y, por lo tanto, incapaz de evadir el retorno al estado de conflicto. La solución Hobbesiana justifica al Dictador que exigirá el resultado que maximiza el bienestar colectivo.

La institucionalización del Estado fue consecuencia de la regulación de las relaciones, el establecimiento de los deberes y obligaciones, así como de la resolución de conflictos de los individuos en la sociedad. El desarrollo supera el enfoque de provisión de bienes y competencias individuales y se orienta a los procesos de institucionalización que garanticen el ejercicio de la conducta de elección de elementos que van más allá de la simple búsqueda y satisfacción del bienestar.

No obstante, la modernidad es la ideología del sistema capitalista que se declara a sí misma como la defensora de los derechos individuales sobre los derechos de la sociedad. La exaltación del individualismo es una característica de los procesos de modernización capitalista que tiene implicaciones en las propuestas de las instituciones democráticas, la familia, etc.

Marx, en su *Manifiesto Comunista* es sensible al sufrimiento infligido por la modernidad a los esbatimientos sociales burgueses cuando sostiene que la modernidad ha destruido las relaciones feudales, patriarcales, idílicas. Las abigarradas ligaduras feudales que ataban al hombre a sus superiores naturales se han desgarrado sin piedad, para no dejar subsistir otro vínculo entre los

hombres que el frío interés, el cruel pago al contado. Ha ahogado el sagrado éxtasis del fervor religioso, el entusiasmo caballeresco, y el sentimentalismo del pequeño burgués en las aguas heladas del cálculo egoísta. Ha hecho de la dignidad personal un simple valor de cambio. Ha sustituido las numerosas libertades escrituradas y adquiridas por la única y desalmada libertad de comercio. En una palabra, en lugar de la explotación velada por ilusiones religiosas y políticas, ha establecido una explotación abierta, descarada, directa y brutal.

Frente a la concepción socialista moderna que ve un problema en la propiedad privada y prefiere una propiedad colectiva, Aristóteles consideraba, en efecto, que solamente lo que el individuo tenía como propio es aquello de que se ocupa con más esmero. Aristóteles pensaría que estaba en la esencia humana el ocuparse más de lo propio que de lo común. Aristóteles no sólo se preocupa por la defensa de la propiedad privada, sino la promoción, al mismo tiempo, de un uso en común. En esto difiere Aristóteles radicalmente de lo que se advierte en el capitalismo de mercado, con su mano oculta que todo lo arregla y sus sociedades anónimas. Pues lo que sucede en la sociedad moderna capitalista es que cada uno se ocupa de lo suyo también en el uso y se desentiende del prójimo.

Esta sociedad moderna se organiza en torno al Estado-nación asentado en un territorio donde se realizan las diferentes interacciones, entre las décadas de los treinta y los setenta del siglo pasado. Las sociedades modernas tienen como características la diferenciación social, la secularización de la cultura política y un sistema político. El concepto hegeliano de una sociedad civil burguesa adquiere vigor y se involucra en el espacio público en forma de opinión pública en las sociedades modernas. La opinión pública es la característica que diferencia la sociedad civil del Estado y que representa la voz de la sociedad civil en la esfera política. La sociedad civil es una red asociativa que comprende todos los intereses sociales y facilita la participación de los ciudadanos que forman parte de un sistema político. Esta modernidad se declara a favor de los derechos del individuo en franca oposición a los derechos sociales, lo que afirma más la tendencia autoritaria del capitalismo. El pensamiento social burgués separa los dominios económico y político de la vida social (Amín, 2001) mediante la adopción de diferentes principios específicos.

La convergencia de la modernización económica, definida como desarrollo económico industrializado, y la democracia liberal requiere de nuevas instituciones, actores y agentes e involucra limitadamente las capacidades del Estado. Por otro lado, si la dictadura del trabajo domina, la democracia tampoco puede florecer. Al respecto Birchfield (1999) nos recuerda que la relación del salario capitalista necesita la separación conceptual de la economía y la política respectivamente en esferas privadas y públicas de actividad, lo que a su vez constituye un elemento definitorio del Estado liberal. La estrategia de modernización económica seguida por la mayor parte de los

países del mundo sólo reporta beneficios derivados del manejo de grandes capitales y de los avances tecnológicos para las grandes transnacionales. La tradición ideológica de las elites viejas como estrategia de los grupos de nivel socioeconómico alto se orienta a limitar la modernización económica al mismo tiempo que fortalece los valores tradicionales de socialización centrada en la familia y en la escuela (Germani, 1966).

Sin embargo, no existe necesariamente una relación lineal entre la modernización económica y el establecimiento de instituciones democráticas. Además, el logro de crecimiento económico no es garantía de un desarrollo democrático. Investigaciones sobre la cultura política concluyen que la crisis política tiene poca relación con la crisis de confianza en las instituciones democráticas, cuyo nivel de aceptación sigue siendo elevado. Así, un elevado desarrollo económico puede coexistir con un debilitamiento de las relaciones de confianza y cooperación cívica (Grootaert, 1998). Consolidar la democracia liberal requiere de instituciones, actores y agentes que acepten las reglas del juego y los principios del liberalismo político y económico.

El territorio es un elemento de la modernidad política que es analizado como un constructo social formado por personas, fenómenos y relaciones determinadas en un área geográfica que se afectan e influyen mediante intenciones individuales y grupales. Dentro de esta concepción amplia del territorio aparecen las instituciones que se vinculan y relacionan de formas distintas en el espacio.

Brosius (1997:34) afirma que no es fácil conceptualizar las formas concretas en que se presenta el tráfico en dos sentidos entre lo local y lo global y argumenta que «incluso el componente local de los movimientos sociales en contra de las naturalezas del capital y de la modernidad está de alguna manera globalizado, por ejemplo en la medida en que dichos movimientos sociales toman prestados discursos metropolitanos sobre la identidad y el entorno». Los movimientos contestatarios a la modernidad y a los procesos de globalización resisten la desculturización bajo una política de identidades y la secularización mediante una reactualización de los fenómenos religiosos.

II. Teoría de la modernidad

La teoría de la modernización plantea como hipótesis que el desarrollo económico traerá consigo el desarrollo político. La homogeneidad y estandarización de todas las formas de civilización humana bajo un mismo sistema económico puede tener consecuencias fatales para el desarrollo de la humanidad. El sistema económico capitalista se encuentra atrapado funcionalmente en una lógica de crecimiento económico insostenible. La hipótesis central de la teoría del desarrollo centrado en la modernidad plantea que el

desarrollo económico traerá consigo el desarrollo político. Las teorías del desarrollo son la basada en monoeconomía y la de beneficios mutuos. Las principales teorías sobre el desarrollo socioeconómico son la teoría de la modernización, la dependencia, la globalización y los sistemas mundiales.

Los vínculos que explican las diferentes relaciones económicas, sociales, políticas, etc., existentes entre las localidades, regiones, países y globalidad se han analizado desde dos enfoques teóricos, el dependencista y el desarrollista. La teoría de la dependencia de la división internacional del trabajo (Cardozo y Faletto, 1969) considera que las diferentes regiones y países tienen intercambios desiguales en un sistema que concentra los recursos tecnológicos, la manufactura, la educación y la riqueza, mientras que otras regiones y países periféricos sólo son proveedores de mano de obra y materia prima barata. Por su parte, la teoría del desarrollo (Lerner, 1958; Rostow, 1960; Germani, 1971) de la división internacional del trabajo considera la importancia de que las denominadas sociedades parciales se modernicen con tecnología y valores tradicionales.

La teoría de la dependencia centra el desarrollo en los mercados domésticos, el papel del sector industrial nacional, generación de demanda agregada mediante incrementos salariales que aumentan los niveles de vida. Las teorías anteriores centran su objeto de estudio en el Estado-nación, a diferencia de las dos siguientes cuyo objeto de estudio toma otras perspectivas. Los procesos de globalización, tal como se están dando hasta ahora, contribuyen a la devaluación de la autoestima de los pueblos ya de por sí subdesarrollados y a crear un sentido de dependencia. La debilitada cultura de la dependencia del pobre es sustituida por el impresionante proyecto hegemónico de expansión del capitalismo alentada por los grandes intereses económicos de los grupos corporativos. La escuela de la dependencia falla al predecir dos importantes tendencias que contradijeron sus expectativas originales: primero, el errático desempeño de los modelos de desarrollo basados en la sustitución de importaciones que intentaron contraatacar la penetración capitalista externa con la intervención vigorosa del Estado y la promoción de industrialización autónoma, y segundo, la experiencia exitosa de algunos de los más dependientes (Portes, 1997).

La teoría de la modernización sostiene que el desarrollo es un proceso sistemático, evolutivo, progresivo, transformador, homogeneizador y de americanización inminente. La teoría de la modernización sostiene que el desarrollo social y político de los pueblos ocurre en el cambio de racionalidad de una sociedad basada en los afectos a una sociedad basada en los logros individuales. Esta teoría identificó etapas evolutivas de desarrollo de los pueblos. El eslabón perdido entre los ámbitos micro y macro del desarrollo social, sostiene Lechner (2000:71), es «una desventaja a la hora de analizar conjuntamente las relaciones de confianza generalizada y de asociatividad y, por otra parte, las normas de reciprocidad y de compromiso cívico vigentes en la sociedad». Las relaciones de confianza entre los individuos y

el compromiso cívico dependen de las oportunidades y las restricciones que ofrece el contexto histórico-social.

La modernización parte de la premisa de que el desarrollo es un proceso evolutivo inevitable que incrementa la diferenciación social que crea sus instituciones económicas, políticas y sociales que siguen el patrón de desarrollo occidental. El desarrollo es un proceso de cambios dinámicos inducidos mediante políticas y estrategias impulsadas por diferentes agentes económicos y actores políticos. Las investigaciones de las acciones estratégicas, preferencias y actitudes de los actores de la transición política se centran más en la elección racional que en una dimensión más subjetiva. Las teorías del derrame ya desacreditadas en la economía desarrollista se mantuvieron como la respuesta al dilema de la distribución y la teoría de la modernización fue resucitada para pronosticar la última convergencia de los sistemas económicos y políticos a través del globo.

Esta diferenciación social y una creciente disociación de la vida social son producto de los procesos de modernización, los cuales traen inestabilidad. Los procesos de modernización generan aprendizajes rápidos y traen consigo un incremento en las demandas de bienes y servicios e inflación de las expectativas para satisfacer las necesidades y deseos, lo cual no siempre desarrolla la infraestructura y capacidad para lograrlo. La modernización era vista como un proceso de diferenciación estructural e integración funcional donde tenían lugar las categorías de clasificación del mundo, pero para Giddens (1984, 1990), la teoría de la modernización es vista como un proceso de distanciamiento espacio temporal, en el cual el tiempo y el espacio se desarraigan de un espacio y un tiempo concretos, proceso que es más bien postmoderno.

III. Estrategias de modernización neoliberal y estructuralista

El neoliberalismo es una versión nueva del liberalismo económico, el cual además tiene aplicación en la economía internacional y no solamente dentro de las fronteras nacionales. La diferencia entre socialdemocracia y neoliberalismo es que éste quiere la menor intervención política posible (dejando a la regulación del mercado la tarea de poner orden) y la socialdemocracia tiende a regular la mayor cantidad posible de aspectos de la vida humana. En este tira y afloja estamos entre unos regímenes y otros y entre unos períodos históricos y otros.

La estrategia de modernización neoliberal se ha absolutizado bajo un dogma ortodoxo que no distingue diferencias de desarrollo entre los Estados nacionales. La modernización neoliberal diferencia las esferas económica, política y social, demanda el ejercicio de nuevas reglas de operación y regulación de los comportamientos sociales, los cuales se acompañan de una creciente inestabilidad en los procesos de cambio. La modernización neoliberal

separa a la subjetividad, la considera un proceso autónomo e inconexo que genera tensiones cuando, de acuerdo con Lechner (2000), ambos fenómenos son complementarios y es necesario relacionarlos, ya sea en forma espontánea conforme a la apuesta del liberalismo decimonónico o establecida por el Estado conforme al modelo socialdemócrata.

La estrategia de modernización neoliberal se ha absolutizado bajo un dogma ortodoxo que no distingue diferencias de desarrollo entre los Estados nacionales. Los ámbitos de la modernización del Estado implican cambios en las tareas tradicionales, el funcionamiento de las instituciones políticas, la productividad del sector privado y la formulación e implementación de políticas públicas en las diferentes áreas.

La modernización era vista como un proceso de diferenciación estructural e integración funcional donde tenían lugar las categorías de clasificación del mundo. El enfoque estructuralista de la modernización acepta los costos sociales como exigencias de la implementación del modelo y apuestan a la gobernabilidad que acota la subjetividad.

El estructuralismo incorpora las relaciones e interacciones entre el centro y la periferia, las condiciones y características estructurales económicas, sociales y políticas del sistema capitalista que determinan el desarrollo y el subdesarrollo de los pueblos. Para servir a las elites capitalistas transnacionales, las elites capitalistas locales requieren de Estados re colonizados fuertes para salvaguardar los objetivos imperialistas y con capacidad para imponer y garantizar la ejecución de las reformas estructurales y de estabilización económica, a pesar de las movilizaciones populares oponentes.

Ni la teoría de las relaciones internacionales, ni tampoco la teoría de la democracia, alcanzan a establecer un marco de referencia que sustente la conceptualización como la práctica del desarrollo democrático de los pueblos y sus relaciones con el capitalismo moderno o neocapitalismo, bajo un contexto global, a pesar de su potencial latente de autoritarismo. No obstante, algunos principios del capitalismo no necesariamente promueven la democracia, tales como aquellos que son «concebidos como la expresión de demandas de la razón» (Amín, 2001:45), entre otros, la propiedad privada, la competencia de los mercados, los principios de emprendedores, etc. Las manifestaciones de este avance del capitalismo emergente se enmarcan en la paradoja consistente en que, mientras se centra en función de los mecanismos autorreguladores del mercado, por otro lado desencadena reacciones en contrario para contrarrestar y compensar los efectos de los mecanismos perversos del mercado.

El «movimiento de derecho y desarrollo» que se desarrolló en los setenta, analizó, desde un etnocentrismo, la vinculación de los sistemas de derecho al proceso de desarrollo económico para lograr metas de desarrollo socioeconómico a través de instrumentos jurídicos, especialmente de derecho público, de funcionamiento del mercado. El etnocentrismo institucional desconoce la endogeneidad del desarrollo institucional considerando los

riesgos de las adaptaciones institucionales. Desgraciadamente faltó sistematización teórica para fundamentar el papel del derecho en el desarrollo económico, ya que solamente se fundamentaba en los trabajos de Weber sobre los análisis de modernización y en la jurisprudencia sociológica.

El término desarrollo puede conceptualizarse como los procesos de transición de los pueblos hacia economías industriales, capitalistas y modernas, así como la obtención de mejores niveles de calidad de vida humana y bienestar material, considerado como la satisfacción de un conjunto de necesidades, deseos y temores. La transición de una economía basada en materiales. Cualquier transición de modelo económico, para que sea exitosa, requiere de la intervención estatal para establecer las reglas del juego mediante procesos de institucionalización. La teoría de transiciones encuentra barreras institucionales para consolidar la democracia que no se corresponden necesariamente con una política moderna, ni tampoco con una mejor distribución de la riqueza. La sociología política y el institucionalismo de la ciencia política fundamentaron conceptualmente la noción del buen gobierno empujando la instauración de procesos de gobernabilidad democrática y el análisis de los procesos de informalización de la política. Los procesos de institucionalización efectuados durante los últimos años del siglo pasado desestructuraron y fueron disfuncionales en las relaciones entre la economía y la política, causando graves crisis.

La nueva relación social que se globaliza es la que articula la propiedad privada de los medios de la producción como la regla que da certeza al funcionamiento del mecanismo del mercado. La «macrodictadura total» del neoliberalismo, como sostiene el obispo de Sao Felix do Araguaia, Brasil, que se impone como pensamiento único con sus «teólogos del diablo» y su postmodernidad narcisista (Fazio, 2000: 4). El mercado es una construcción social que operacionaliza relaciones sociales. No obstante, el poder social del programa neoliberal emerge de los intereses que mantienen quienes ostentan el poder económico que da forma al poder político.

Hacia dentro del Estado-nación se presenta la lucha de clase para lograr el aseguramiento del acceso a los recursos mediante la conquista del poder. La implementación de las políticas de ajuste estructural en los países del tercer mundo ha producido consecuencias inesperadas, algunas contrarias a las metas de desarrollo original. La difusión de los valores y el proyecto económico dejaron poco espacio a la reconceptualización del desarrollo en términos de éxito en el mercado. El desarrollo fue una cuestión de instalar la correcta orientación de valores y normas en las culturas del mundo no occidental, así como de permitir a su gente entrar en la riqueza moderna creando las instituciones económicas y políticas del mundo occidental avanzado.

La implantación se realiza a través de las denominadas *reformas administrativas orientadas a la modernización de las estructuras del aparato burocrático*, la más reciente de las cuales se ha denominado la revolución gerencial que intenta redefinir el sistema burocrático sin alcanzar los benefi-

cios esperados. La modernización de la gestión pública propuesta bajo nuevos supuestos explicitados en el paradigma de la Nueva Administración Pública, la cual se instrumenta en la reforma administrativa, ha tenido resultados en lo que se refiere a la prestación de servicios públicos que no han sido del todo positivos (Ramírez Alujas, 2002). Las reformas pretenden el funcionamiento eficiente del mercado mediante la reducción de los costos de transacción, procesos de descentralización y modernización de la administración pública. El cambio institucional de los servicios públicos con una orientación hacia la acción social, centrado en los valores de la cultura cívica y en los valores del capital social, es muy complejo, debido a la racionalidad instrumental del enfoque de la eficiencia económica.

Las funciones públicas contingentes toman en consideración aquellas actividades que pueden ser subcontratadas (*outsourcing*) o privatizadas y que desestructuran las principales funciones del Estado moderno a las que Dror (1995: 222) denominó como «las funciones de orden superior» del Estado. El cuestionado sistema de méritos en la función pública constituye una forma moderna de la institucionalización orientada por una economía de libre mercado, se fundamenta en los bienes económicos, bienes jurídicos y funciones sociales. Por otra parte estamos viendo desaparecer la regulación colectiva de muchas funciones que hasta no hace mucho considerábamos comunes: las compañías telefónicas, el correo, los ferrocarriles, etc. Faguet (1999) sugiere que la descentralización es un nexo entre las decisiones de inversión pública con las necesidades locales, de tal forma que los procesos de descentralización fiscal se identifican como procesos de descentralización administrativa que permite a los gobiernos locales definir sus propias políticas de ingreso y gasto mediante la innovación. Los gobiernos locales tienen que jugar un papel protagonista como agente del desarrollo económico.

La lógica de la descentralización es la territorialización de la política pública en espacios delimitados en localidades y regiones, en las cuales se formulan e implementan las políticas públicas o *policies*. La estrategia de crecimiento se orienta hacia el desarrollo local basado en los proyectos municipales impulsados por los actores locales. El gobierno local requiere de una sociedad civil asentada en un territorio con un conjunto de valores y normas que sustenten la identidad con un sistema político que le proporcione el poder suficiente para la transformación de procesos de generación de bienestar y riqueza.

Las corrientes neoliberales y neoestructuralistas alcanzaron un cierto nivel de consenso en sus propuestas sobre las funciones del mercado y del Estado en la década de los noventa del siglo pasado, sobre la base de un reconocimiento de que son elementos complementarios más que antagónicos, capaces de desarrollar una relación armónica facilitadora de procesos de desarrollo. Estado y mercado existen para representar los intereses de lo público y lo privado de una misma realidad social. De acuerdo al análisis de Dowbor (2001), segmentos sustanciales de la sociedad han empezado a pensar en

términos de un «pequeño y eficiente Estado», para justificar los procesos caóticos de privatización, posponiendo el problema esencial de a quién y cómo debe servir el Estado. El principal punto en la acción no es cortar partes del gobierno, sino hacerlas trabajar mejor y con otros fines.

Los procesos de modernización del Estado no necesariamente significa debilitamiento, ya que deben comprender sus funciones tradicionales de seguridad, impartición de justicia, defensa, relaciones exteriores, etc., responsabilidades del funcionamiento de las instituciones políticas, creación de un ambiente propiciador de una actividad productiva del sector privado para el crecimiento y el desarrollo, formulación e implementación de una política social y políticas públicas apoyadas por decisiones políticas. Esto debe proveer el marco de referencia en el que las estrategias prospectivas, las instituciones representativas y los proyectos que hacen a la política social el sustento del desarrollo. De acuerdo a Morales-Gómez y Torres (2000), la agenda de una política social para el desarrollo debe asignar prioridad a los siguientes aspectos:

El Estado debe tener las atribuciones necesarias para establecer las reglas de funcionamiento de los mercados mediante procesos de democracia participativa. En una sociedad más desarrollada se fortalecen el Estado, el mercado y la sociedad civil, como instrumentos del desarrollo mismo. En el contexto institucional se establecen las relaciones entre los actores y la dinámica histórica de los tipos sociales en la dialéctica de la racionalidad e irracionalidad de sus comportamientos relacionados con las estructuras, interacciones y funciones de las instituciones en el contexto social.

IV. Postmodernidad

La noción Kantiana de arqueología designa la historia de lo que vuelve necesaria una cierta forma de pensamiento. La etapa de la científicidad que adoptó las formas de la ciencia natural y exacta corresponde al estructuralismo. La arqueología mantuvo la creencia en las ciencias sociales alternativas que estudian sistemas, estructuras y formas. A partir de los años setenta se opera el periodo genealógico con la influencia del perspectivismo y Nietzsche en una actitud militante en contra de la represión, una desconfianza hacia el discurso académico que se expresa en el postestructuralismo, identificado con el postmodernismo irracionalista y nihilista que rechaza el método científico, el pensamiento racional y el abuso de la ciencia como metáfora. La transición entre la arqueología y la genealogía está marcado por las reflexiones discursivas como expresión del poder.

La tendencia postmoderna de pensamiento apareció recientemente como expresión o aprehensión de una realidad social específica que hace referencia al pensamiento emergente de la modernidad tardía o de la era postindustrial, manifiesto en las condiciones de vida específicas de los grandes centros

urbanos de los países desarrollados, o bien como una cultura conformada por un conjunto de modos de vida en las regiones hiperindustrializadas. Giddens (1993) opone a la idea de postmodernidad la de modernidad radicalizada y hace la crítica del movimiento postestructuralista de donde se deriva y que debe superarse porque considera que hay insuficiencias en los análisis de la modernidad de los siglos XIX y XX.

Se reprocha que el postmodernismo puso el último clavo en el ataúd de la Ilustración y la izquierda enterró los ideales de justicia y progreso. La esencia de la Ilustración es el ejercicio racional de la crítica y se perfecciona enfrentando sus propios defectos de raciocinio.

Una nueva época quedó delimitada a partir de 1989 con la implosión del sistema socialista soviético y el auge de una nueva concepción más centrada en la mera subjetividad de la vida y del mundo denominada *postmodernidad*. El capital social tiene carácter instrumental y expresivo, fortalece la subjetividad frente a la modernización y es también una relación puramente expresiva y gratuita como fin en sí misma y que además crece en la medida en que la modernización avanza (Lechner, 2000). Newton (1997) examina la subjetividad del capital social compuesto de valores y actitudes que afectan las formas de relación entre las personas. Pero también, la subjetividad es refugio o resistencia contra el modelo de pensamiento único hegemónico (Bourdieu, 1998).

La globalización es consecuencia ineludible de la modernidad capitalista que deriva en la postmodernidad, y por lo tanto, en un preconizado relativismo que socava la crítica social, para el cual la objetividad es una mera convención social. Un inmovilismo discursivo está invadiendo a la sociedad postmoderna. La globalización exalta al individualismo de las personas, las convierte en meros instrumentos homogéneos de producción y consumo y las reduce a simples mercancías que se compran y venden sin que las diferenciaciones culturales sean obstáculo. A mayor globalización, más avance tiene el individualismo, lo que afirma la tendencia hacia el autoritarismo del sistema capitalista. Se vive en un mundo en el que la adquisición y el consumo son considerados como las marcas de éxito personal y no lograrlo es una marca de fracaso.

Si la modernidad capitalista fue la creadora del Estado-nación y sus principales creaciones, como una sociedad y mercado nacionales, fronteras, ejércitos, etc., cuando el capitalismo entra en crisis, aunque muy discutible, entonces necesariamente entran en crisis todas estas instituciones, ya en transición hacia la postmodernidad. La globalización puede ser vista como una continuidad del voluntarismo para establecer el ideal de una sociedad justa y afluyente mediante la creación del Estado de Bienestar y de las tesis desarrollistas, pero con adaptaciones a la cultura de la postmodernidad. La postmodernidad cuestiona la legitimidad del desarrollo alcanzado por la modernidad y la universalidad de sus valores y procesos, el reduccionismo economicista, su enfoque etnocéntrico y la unidimensionalidad de su interpretación.

La postmodernidad cuestiona las variables sociales, culturales, del medio ambiente, políticas y éticas de la ecuación del desarrollo y su proyecto modernizador. La inclinación del posdesarrollo sobre «el lugar», la ecología política y la geografía postmoderna al estudiar la globalización, permite reconocer los modos de conocimiento y modelos de naturaleza basados en lo local (Escobar, 2000:172). El desarrollo en la globalización ha sido en general capitalocéntrica porque sitúa al capitalismo «en el centro de las narrativas de desarrollo, tendiendo, en consecuencia, a devaluar o marginar cualquier posibilidad de desarrollo no capitalista... la naturalidad de la identidad capitalista como plantilla de toda identidad económica puede ser puesta en cuestión» (Graham y Gibson, 1996: 146) por diversas opciones de desarrollo económico propias del mismo posdesarrollo que valoran los modelos locales no necesariamente complementarios, ni opuestos ni subordinados al capitalismo. Estos modelos locales desafían «lo inevitable» de la penetración capitalista con los procesos de globalización y, por lo tanto, se puede decir que todo lo que surge de la globalización encaja en el guión capitalista. Muchos de los habitantes de la regiones menos desarrolladas viven bajo condiciones que pueden ser descritas como modernidad desigual más que postmodernidad.

Las orientaciones postmodernas que son condicionantes de los principales agentes de los procesos de globalización, las corporaciones transnacionales y multinacionales, al decir de Santos (1993) son la unicidad de la tecnología, del tiempo y de la plusvalía como motor del desarrollo. El tiempo tiene poco significado y el espacio se comprime como resultado del avance tecnológico.

La ciencia postmoderna proporciona las bases metodológicas y de contenido para un proyecto económico-político. Este proyecto concibe «la travesía de las fronteras, el derrumbamiento de las barreras, la democratización radical de todos los aspectos de la vida social, económica y política» (Sokal y Bricmont, 1999: 83). La democratización se refiere a las reformas políticas que introducen mecanismos esenciales para una mayor competencia electoral, modernización de partidos políticos y creación de nuevas instancias de representación ciudadana y una participación más abierta de la sociedad civil, así como una distribución más equitativa de la riqueza y un mejor equilibrio del ejercicio del poder en la comunidad.

En el postmodernismo no existen fronteras ni alternativas para el futuro, sino una reiteración de lo mismo a través del empleo de las tecnologías. En el periodo avanzado del postmodernismo se forman elaboraciones que desarrollan las tesis de las «técnicas de sí». En estas etapas sucesivas, por ejemplo, Foucault intenta transplantar las ciencias naturales y exactas a otros campos al mismo tiempo que es escéptico del método racional y critica el humanismo.

Las tendencias derechistas del postmodernismo se expresan con planteamientos tecnocientíficos conservadores de filósofos del *stablishment* que

limitan las alternativas de acción política para superar la etapa de desarrollo de la humanidad, como en el fin de la historia de Fukuyama. El postmodernismo radical que rechaza toda manifestación de la racionalidad es considerado como un relativismo cognitivo y es cuestionado por considerarlo un cientifismo dogmático frente al prestigio de la ciencia basada en el modelo racionalista.

Si la característica fundamental de la modernidad es la densidad de los cambios, la característica principal de la postmodernidad es la aceleración de estos cambios caracterizados por su complejidad e incertidumbre, por una fenomenología caótica (teoría del caos) que modifica constantemente los procesos económicos, políticos, sociales, culturales, etc. En la postmodernidad prevalece la idea de que la realidad es compleja y multicausal, en cambio continuo, que acepta diferentes racionalidades con relación a las variables a optimizar y que nada está garantizado o predeterminado.

Una mayor velocidad es la característica de todos los aspectos de las funciones de las organizaciones, desde las comunicaciones internas al desarrollo de productos para el intercambio competitivo. La velocidad tiene efectos en el decrecimiento de las imperfecciones del mercado, el incremento de la volatilidad a que deben responder las organizaciones y el decremento de los tiempos de estímulo respuesta involucrados en actividades organizacionales prosaicas. Existe un hueco entre el desarrollo rápido de nuevas formas organizacionales en práctica y la capacidad de las perspectivas existentes en la teoría.

Los conceptos de organización postburocrática, postmoderna, la organización postprendedora y la firma flexible se refieren a nuevos principios organizacionales y expresan los nuevos paradigmas en las formas organizacionales. Otros aspectos específicos de estos paradigmas incluyen el federalismo, la corporación virtual, la corporación reingenierada, la compañía creadora de conocimiento, la organización «ambidexterus», de alto desempeño o sistemas de trabajo de alto compromiso, la organización híbrida y la «solución transnacional», etc. La solución transnacional es una visión de una red integrada en la cual el centro corporativo guía los procesos de coordinación y cooperación entre las unidades subsidiarias en un clima de toma de decisiones compartidas, mezcla la jerarquía con la red y retiene la creación del valor en una corporación (Bartlett and Ghoshal, 1998: 113). Cambios en las metas de las organizaciones para responder a la incertidumbre, el enfoque estratégico en el diseño de procesos y estructuras, un énfasis en lo social e interpersonal y una reemergencia de la legitimidad.

La lógica cultural del capitalismo tardío es el postmodernismo donde el espacio se interpreta como un símbolo y una realidad privilegiada. El concepto de espacio evolucionó de una concepción territorial física a una concepción más dinámica y multilineal. Arellanes Jiménez caracteriza este nuevo concepto de espacio como un concepto dinámico, abierto, cambiante, flexible y multilineal e histórico que se va aplicando a diversas circunstancias, coyunturas, cambios, actores, sujetos y relaciones.

La desterritorialización del Estado-nación está dando lugar a nuevas formas espaciales geopolíticas y geoeconómicas. El surgimiento del Estado postnacional evoluciona el concepto de nación como el invento moderno que legitima el dominio de un pueblo politizado sobre un territorio determinado. Esta tendencia hacia el sí mismo multilocal es ya una característica de esta modernidad capitalista avanzada, del mismo modo que la tendencia hacia el espacio poliétnico o desnacional (Sloterdijk, 1999).

La ciudad global es multinodal y policéntrica, guiada y coordinada por un punto de una red flexible que se interrelaciona en forma complementaria con otros niveles regionales, dando lugar a una sociedad red de la era de la información. Al mismo tiempo que la cultura se vuelve más homogénea en las ciudades globales, también ocurren procesos de diferenciación cultural, dando lugar a procesos de desterritorialización de culturas con el florecimiento de culturas locales. Las ciudades globales son lugares de creación de nuevas identidades culturales y políticas para sus habitantes, que comparten una cultura masiva global sofisticada, como parte de un proceso de McDonalización del mundo paralelo a la polarización socioeconómica.

Pero la exclusión y segregación humana tiene serias consecuencias, que se expresan en comportamientos antisociales, tal como Bauman (1998: 57) precisa: una parte integral del proceso de globalización es la progresiva segregación espacial, la separación y la exclusión.

Las tendencias neotribales y fundamentalistas, reflejan y articulan la experiencia de la gente al recibir los coletazos de la globalización como la extensamente celebrada «hibridación de la *top culture*: la cultura en la cima globalizada». La cultura está siendo globalizada igualmente que el comercio, cuya tendencia es a la destrucción de las culturas locales, a la homogeneización y estandarización que destruye la diversidad y vitalidad cultural y social.

Los impactos transculturales de los procesos de globalización se manifiestan en la estandarización universal de comportamientos y valores que se reproducen y adaptan localmente con los identificados con los patrones de la cultura occidental: cosmopolita, capitalista, urbana, moderna, empleo del idioma inglés como lenguaje universal, etc. La globalización universaliza los valores de la cultura anglosajona. Aunque en términos generales se puede sostener que el aparato institucional cultural está en crisis. La imposición de los valores y la cosmovisión de la cultura occidental a los pueblos colonizados ha dado como resultado grandes disfuncionalidades.

El mayor daño que el postmodernismo causa a los países en desarrollo es una guerra de culturas para convertirse en consumidores acríticos de culturas foráneas si se considera como el reflejo múltiple de la cultura de la postmodernidad donde el trabajo de la Ilustración no ha concluido y donde se identifican el irracionalismo postmoderno con las mentalidades irracionales que no acaba de realizar la civilización. La postmodernidad alienta a revisar las culturas y a replantear sus relaciones con la visión de los valores occiden-

tales. Hay escasas evidencias de que la región latinoamericana consista de sociedades postmodernas o que se esté moviendo a una era postmoderna.

Lechner (2000) señala que en la postmodernidad inciden como tendencias el desmoronamiento de la fe en el progreso y una creciente sensibilidad acerca de los riesgos fabricados por la modernización; el auge del mercado y el consiguiente debilitamiento de la política como instancia reguladora y el cuestionamiento de la noción misma de sociedad como sujeto colectivo capaz de moldear su ordenamiento. La postmodernidad de la cultura política se caracteriza por una fragmentación de valores compartidos por las colectividades y el distanciamiento de los ciudadanos a las instituciones, marcado por una creciente desconfianza que provoca crisis de las democracias institucionalizadas.

En este tipo de democracia, el ciudadano se adapta con una participación limitada por los entramados de las redes del poder para formular y exigir el cumplimiento de las demandas. Los mecanismos de coordinación y comunicación horizontal con la ciudadanía permiten la creación de un sistema complejo de redes que facilita la participación democrática para la toma de decisiones y para la implementación de las políticas públicas. La toma de decisiones debe realizarse al más cercano nivel de la población involucrada. Según Prats (2001), la democracia debe satisfacer como estándares la participación efectiva, la igualdad del voto, un entendimiento informado y el control sobre la agenda

De acuerdo con estos autores, las fuentes de un postmodernismo que se mueve hacia la izquierda política son el descontento con la izquierda ortodoxa, su desorientación y la ciencia como un blanco fácil. La izquierda ha asimilado y repetido hasta la saciedad la retórica de la doctrina del libre mercado y ha denunciado el desmantelamiento de las funciones del libre mercado.

Sin embargo, entre sus efectos negativos se mencionan la pérdida de tiempo en las ciencias humanas, una confusión cultural oscurantista y el debilitamiento de la izquierda política.

Las críticas al desarrollo de la postmodernidad se interesan por los paradigmas alternativos que enfatizan el establecimiento de metas desde una tradición y cultura, participación en la toma de decisiones y en la acción de contenidos de desarrollo (Goulet, 1999). El modelo clásico racional de toma de decisiones que marca etapas sucesivas claramente distinguibles en la época moderna es diferente que el modelo de interacción estratégica de la postmodernidad. Las etapas del modelo de decisión racional de la modernidad son la preparación, determinación, ejecución, evaluación y ajuste de la política, los cuales requieren de procedimientos burocráticos administrativos racionales y una administración fuerte de sujetos obedientes quienes bajo las reglas del juego establecidas se orientan por el bien común. En ocasiones, desde la perspectiva de postmodernidad, los actores que se desvían de las reglas del juego son apreciados positivamente por las posibles contribuciones que realizan.

V. Modernidad y procesos de globalización

La globalización constituye una etapa superior del desarrollo mundial del capitalismo que surge a partir de cambios radicales y profundos en la economía política y la política económica fundamentadas en el neoliberalismo que pretende transnacionalizar su impacto. Las dimensiones del cambio económico, político y social mundial son determinadas por la reestructuración del capitalismo globalizador.

También pueden entenderse los actuales procesos de globalización como resultado de una tendencia continuada, por lo menos en los últimos cinco siglos, del desarrollo del capitalismo, hasta llegar a la fase actual denominada neocapitalismo o capitalismo tardío, mediante el análisis más detallado de sus rasgos característicos que muestran diferentes manifestaciones y formas de expresión. La división internacional del trabajo, la economía mundial capitalista, el sistema de Estados-nación y el orden militar mundial son las dimensiones de esta globalización. En los procesos de globalización, el capital se globaliza mientras que el trabajo se localiza.

Giddens (1990: 201) señala que la modernidad extendida da origen a la globalización entendida como «la intensificación a escala mundial de las relaciones sociales que enlazan localidades muy distantes, de tal modo que lo que ocurre en una está determinado por acontecimientos sucedidos a muchas millas de distancia y viceversa». En la relación entre lugar y cultura, los lugares son creaciones históricas que se deben explicar, no asumir, y en esas explicaciones se describen las formas en que la circulación global de capital, conocimiento y medios de comunicación configuran la experiencia de la localidad.

La economía encuentra límites para explicar, describir y predecir los cambios que los procesos de globalización están motivando. Para analizar los diferentes niveles tales como por ejemplo, el individuo, la sociedad, el Estado, el mercado, la región, lo internacional, etc., debe considerarse toda la complejidad estructural y holística del sistema global. Las instituciones locales, nacionales, regionales y mundiales ponen en marcha complejos sistemas regulatorios de políticas y procesos de toma de decisiones.

Por otro lado, la teorización holística de la economía política internacional es una forma contestataria de la creciente globalización neoliberal y a la correlativa representación democrática. La multi-dimensionalidad de la globalización está estrechamente vinculada con la idea de conectividad compleja como una condición del mundo moderno (Tomlinson, 1999). Por conectividad compleja el autor entiende que la globalización se refiere a la red de interconexiones e interdependencias que rápida y densamente se desarrollan y que caracterizan la vida social moderna. McGrew (1990) sostiene que la globalización constituye una multiplicidad de ligamientos y conexiones que trascienden a los Estados-nación, y por implicación a las sociedades, lo cual forma el sistema mundo moderno. Define el proceso a través del cual los

eventos, decisiones y actividades en una parte del mundo puede tener una consecuencia significativa para los individuos y las comunidades en partes bastante distantes del mundo. Una de las características de la globalización es que más que desarrollarse un nuevo proceso, se han intensificado e interconectado viejos procesos. Lo que hay es una profundización de los procesos, más que un cambio cualitativo en la estructura global de la economía.

Así, la globalización es el triunfo de la teoría de la modernización que homogeneiza y estandariza valores en los principios del capitalismo y la democracia, estimula el crecimiento económico y promueve los valores de la democracia, aunque incrementa las condiciones de inestabilidad e incertidumbre. Sin embargo, lo que queda claro es que el crecimiento económico no es causa de la democracia. La acción gubernamental tiene bajo su protección la producción de este crecimiento económico y es una de sus principales preocupaciones. Esta aseveración es bastante discutible, si en realidad es la globalización un proceso inevitable y que además escapa al control de los agentes económicos y actores sociales y políticos. Las redes de actores individuales y colectivos «representan un nexo sobresaliente en la relación entre las personas y los sistemas funcionales» (Lechner, 2000: 28).

No obstante, el Estado considerado como un importante actor social sigue jugando un papel importante en la promoción del crecimiento económico y el desarrollo equitativo y equilibrado entre las diferentes regiones y localidades. Aziz Chaudry (1993) sugiere que las viejas cuestiones para reconciliar los objetivos de crecimiento y equidad fueron reemplazadas por las certezas de los economistas monetaristas.

VI. El final de la modernidad organizada

La modernidad erige al Estado-nación como una forma de gobernabilidad para garantizar un espacio a la nación que necesita ejercitar su vocación histórica. «En cualquier sistema económico, los poderes públicos deben responsabilizarse de la existencia de un orden económico, en el que el ejercicio de los derechos y libertades económicas de los individuos y de los grupos sociales no perjudiquen a las terceras personas, ni atenten contra el interés general» (Asenjo, 1984: 44). Los sistemas económicos están en constante transformación, al igual que los sistemas políticos basados en los Estados-nación se están disolviendo aceleradamente, y en muchos de los casos, están generando al interior de la sociedad, conflictos, caos y contradicciones con serias rupturas intranacionales e internacionales.

El capitalismo globalizador o neocapitalismo genera tensiones que se reflejan en las crisis económicas, políticas, sociales, culturales, educativas, en el medio ambiente, etc. Los agentes económicos y los actores políticos se encuentran en una carrera absurda de competencia por alcanzar una modernidad que termina en una crisis económica, social, ecológica y moral. Al res-

pecto, Wallerstein (1997) sentencia: «Mi propia lectura de los pasados 500 años me lleva a dudar que nuestro propio sistema mundo moderno sea una instancia de progreso moral sustancial, y a creer que es más probablemente una instancia de regresión moral». Este sistema mundo no ha sobrevivido de la crisis moral que marca el final del milenio. El sistema mundo capitalista funciona y evoluciona en función de los factores económicos. Esta tendencia y otras son las causantes de lo que Wagner (1997: 12) denomina el final de la modernidad organizada.

La modernidad implica el desarrollo democrático y, por lo tanto, es «la adopción del principio de que los seres humanos individual y colectivamente (esto es, como sociedades) son responsables de su historia» (Amín, 2001: 36). El final de la historia y la continuidad del sistema económico han sido declarados por los agoreros del desarrollo capitalista, el que a pesar de las crisis sobrevive como la última utopía erigida en el modelo único y por tanto hegemónico.

La transnacionalización del Estado presupone la del capital y de la sociedad civil no sin provocar conflictos en el asentamiento del Estado nación o en la dualidad nacional-global. Existen muchas lógicas en la moderna sociedad que compiten y son inconsistentes, pero la presencia y extensión de los conflictos permanecen para ser evaluados empíricamente. Son las empresas transnacionales y multinacionales las que configuran el actual poder que tienen los Estados imperialistas, que derivan a sus comparsas, las instituciones financieras internacionales, a efecto de controlar los flujos de la economía internacional y mundial, dotadas con suficiente poder para evaluar y sancionar el comportamiento económico de los Estados nacionales mediante premios a ganadores y castigos a perdedores, que finalmente afectan a los niveles de vida de los ciudadanos.

La globalización económica que impone áreas de integración regional e instituciones supranacionales tiene un impacto evidente en la formación de nuevas naciones y en las funciones del Estado a partir del avance de los procesos de descolonización y separación, de una evidente erosión de los sistemas de seguridad nacionales que inciden en sentimientos de identidad nacional, regional o local. La propuesta de la dependencia institucional sostiene que éstas son preferidas por ser aquellas que están más cercanas a la mayoría original o al diseño de negociación más posible. Los gobiernos locales tienen un papel importante como agentes del desarrollo económico.

Los procesos de globalización, aunados al crecimiento incontrolable de megalópolis en algunos países menos desarrollados, crean nuevas formas de organización y desorganización que someten a la población a una brutal competencia de tal forma, que establecen similitudes y diferencias donde se mezclan rasgos de la modernidad y la postmodernidad marcadas con la realidad de las sociedades desarrolladas. El vínculo social es un recurso del capital social para el desarrollo económico, el cual se presenta en forma neutral para ser aprovechado mediante diferentes estrategias. De acuerdo a

Bourdieu (1992), capital social es la totalidad de los recursos actuales y potenciales asociados con la posesión de una red perdurable de relaciones más o menos institucionalizadas de conocimiento y reconocimiento común. Así, en esta perspectiva, el capital social pertenece al individuo y de alguna manera explica cómo personas con igual capital cultural y económico obtienen diferentes logros. El capital social es un recurso acumulable que crece si se hace uso de él o se devalúa si no es renovado. Esta modernidad exacerba los derechos individuales sobre los derechos sociales.

Las manifestaciones multiculturales en estas sociedades hasta cierto punto configuran estos rasgos que por un lado desintegran la identidad individual y las referencias comunitarias, destruyen las estructuras familiares y sociales, así como las manifestaciones religiosas, culturales e intelectuales. Estas reacciones consideradas como irracionales frente a los excesos racionalistas de la organización se encuentran estrechamente vinculada con el ambiente económico, social y político.

De hecho, los defensores de la modernidad occidental pregonan el progreso científico y tecnológico de la humanidad mediante el establecimiento de los principios de libertad, igualdad y justicia para todos. La libertad e igualdad de acceso a las oportunidades de desarrollo inducidas por la globalización se reducen y supeditan a los intereses de los vínculos comerciales y los movimientos de capitales que dan por resultado la mundialización de la pobreza que se sostiene en una desigualdad acumulativa y no autocorrectiva que dificulta mantener un equilibrio.

No hay que perder de vista que mientras el capitalismo se recupera, la inmensa mayoría de los trabajadores ven disminuidos sus ingresos salariales y prestaciones sociales además de incrementos inusitados de desempleo. La modernización institucional y política y el crecimiento económico centrado en el desarrollo tecnológico no necesariamente crean empleos. El futuro de los trabajadores es muy incierto. Los países que cuentan con más mano de obra, deben especializarse en la producción y exportación de productos y servicios que empleen mano de obra. La movilidad de la mano de obra no se ha liberalizado, a pesar de los posibles beneficios disciplinarios que traerían al dominio del libre mercado. Esta estrategia de la globalización está dando por resultado una profundización de los niveles de pobreza mundial.

La globalización se perpetúa en los contenidos de la información y la comunicación excluyendo a más individuos, que quedan fuera de los beneficios de la nueva cultura e identidad global. Las ventajas comparativas de las naciones se expresan como las habilidades para adquirir, organizar, almacenar y diseminar la información mediante procesos de tecnología de información y comunicación. La creciente diferenciación entre los que tienen y no tienen es el reflejo en parte de quienes tienen y no tienen acceso a las tecnologías de la información y la comunicación. Por lo tanto, el intercambio de la información es un componente para el desarrollo sustentable que mejora la calidad de vida y les da mayor control a las personas.

VII. Modernidad y postmodernidad como formas de sustentabilidad social

Los modernistas asumen que la función primaria de la organización económica es la producción. Los postmodernistas asumen que la producción de cosas físicas es sobrepasada por la producción de bienes de información y servicios. Muchos de los habitantes de la regiones menos desarrolladas viven bajo condiciones que pueden ser descritas como modernidad desigual más que postmodernidad.

La orientación empresarial del Estado que busca la rentabilidad y la calidad total en todos los servicios que ofrece a un mercado de consumidores más que a ciudadanos, asume el bienestar como una función del poder adquisitivo de quien cuenta con los recursos para comprarla. En vez de sostener el crecimiento económico y una mayor igualdad social, la modernización de las sociedades del tercer mundo produjo varias consecuencias negativas no esperadas tales como el prematuro incremento de los estándares de consumo con muy poca relación a los niveles locales de productividad; la bifurcación estandarizada entre las elites capaces de participar en el consumo moderno y masas concientes de ello pero excluidas, presiones migratorias en tanto que los individuos y sus familias buscan ganar acceso a la modernidad moviéndose directamente a los países de donde proviene la modernidad (Portes, 1997).

Los procesos de globalización neoliberal incrementa las desigualdades sociales que debilitan el sistema democrático, agudiza sus contradicciones y lo hace incompatible con el capitalismo. La mano visible del capital transnacional asume funciones liberadoras de recursos en condiciones altamente especulativas en un mercado globalizado competitivo respondiendo a los intereses financieros de quienes lo controlan sin que necesariamente asuman supuestos para ampliar las capacidades económicas, sociales, políticas y culturales de los pueblos con menor desarrollo humano.

Los procesos de globalización sin el desarrollo informacional son excluyentes, selectivos y sólo benefician a una minoría. Los adelantos tecnológicos permiten un mayor acceso a los procesos de modernización política que implican la participación de la sociedad civil para la construcción propia de la estructura e infraestructura del propio desarrollo, más centrado en redes de cooperación y con procesos interactivos en un mismo nivel horizontal. No obstante, la revolución tecnológica parece propiciar un mayor desorden económico, político y social.

Desde la perspectiva de la modernidad, la corrupción es un fenómeno que se manifiesta en sociedades con regímenes políticos no evolucionados. La corrupción se define como el mal uso que se hace de la oficina pública para la ganancia personal. El principal objetivo de la corrupción es incrementar la ganancia privada. La corrupción está estrechamente relacionada con la pérdida de confianza de formas de cooperación y distribución de cos-

tos y beneficios que se sustituyen por formas de competencia y de imposición de influencias. Desde la perspectiva de la moralidad, se establece la relación entre coacción y corrupción por ser moralmente reprochables. La corrupción de una sociedad está referida al sistema normativo que delimita los deberes institucionales y establece los papeles que desempeñan los decisores. La legitimación de un sistema normativo se realiza por otro superior, cuyo máximo nivel es la moral crítica o ética. Los deberes institucionales o posicionales se adquieren a través de actos voluntarios por quienes asumen los papeles (Garzón Valdés, 1995). La democracia representativa institucionalizada en el estado social del Derecho cumple con los requerimientos de la ética que convierte en inexcusable la lealtad de los decisores.

La modernización puede lograr la sustentabilidad social si se acerca a los fundamentos culturales de la sociedad. Los procesos de modernización implican el cálculo y control de los procesos sociales y naturales que corresponden al desarrollo de la racionalidad instrumental, que se contrapone al concepto de racionalidad normativa que se corresponde con la modernidad orientada a la autonomía moral y a la autodeterminación política. Esta perspectiva sociológica predijo correctamente la difusión de las orientaciones occidentales modernas y las formas institucionales para las tierras menos desarrolladas. La escuela sociológica completa vino a enfocarse más tarde en esta difusión global de las formas institucionales del centro avanzado a la periferia del sistema internacional.

Sin embargo, actualmente las funciones del Estado en la economía internacional son esenciales. Un liberalismo absoluto en el que el Estado solamente se ocupe del ejército y la policía no es hoy ya sostenible. A pesar de las tendencias neoliberales que limitan las funciones y actividades del Estado, su participación sigue siendo fuerte para regular los procesos económicos. En las sociedades fuertes administra la mitad del producto social, racionalizando sus actividades como la manera más efectiva para elevar la productividad social.

VIII. Nuevos movimientos sociales y acción colectiva

Los movimientos sociales internacionales recientes capaces de combatir los poderes económico-financieros son los primeros signos del descubrimiento colectivo de la necesidad vital del internacionalismo o, mejor aún, de la internacionalización de los modos de pensamiento y de las formas de acción. La evolución de la organización política de la sociedad en comunidades organizadas para lograr sus fines mediante la práctica de una democracia participativa que apoya al Estado para administrar el interés público es contraria a los fines de la modernidad capitalista.

La globalización está afectando el efecto de calor de hogar político-cultural protegido por el Estado nacional moderno, por lo que toda comunidad

política real tendrá que dar una respuesta al doble imperativo de la determinación por el espacio y la determinación por el sí mismo como punto de convergencia para una identidad regional. La identidad se expresa en una comunidad de intereses a través de medios espaciales territoriales nacionales e internacionales. La política exige por lo menos un uso comunitario sometido a reglas que se regulan por leyes, desde el impuesto obligatorio a las reglas de tráfico, pasando por la reglamentación de la construcción, el comercio, etc.; de acuerdo a Putnam (1993: 183), «la comunidad cívica tiene profundas raíces históricas. Ello es una observación deprimente para quienes ven la reforma institucional como una estrategia de cambio político».

De hecho, los procesos de globalización y modernización no eliminan la capacidad de acción colectiva para oponerse al poder, reivindicar derechos humanos, políticos, cívicos, sociales, etc., por lo que las condiciones de inestabilidad e incertidumbre se incrementan. En los países en vías de desarrollo, la acción colectiva plantea toda una problemática para lograr avances institucionales y organizacionales. Las estrategias de competitividad sistémica que requieren los procesos de la globalización entre las personas involucradas están determinadas por los beneficios que reciben de la acción colectiva los participantes, quienes en ocasiones en un comportamiento del clásico «gorrón» causan más problemas cuando se aprovechan para sacar ventajas de su poca o nula contribución al esfuerzo sin los pagos correspondientes de la cooperación. Sin embargo, en problemas de acción colectiva con elementos distribucionales es difícil ponerse de acuerdo en los objetivos y no queda claro qué resultado colectivo es el deseable. Las soluciones políticas implican mecanismos para encontrar acuerdos y para exigir su cumplimiento.

El dilema de la acción colectiva característicamente emerge en un nivel transaccional cuando los agentes son independientes, son conscientes de su interdependencia y no existen agencias que puedan coordinar las acciones de los agentes involucrados. Al aumentar el tamaño de la agencia en las estructuras burocráticas, con controles jerárquicos, la autoridad se distorsiona. Las formas burocráticas familiares incluyen el control jerárquico y las relaciones de autoridad, fronteras relativamente fijas y autoridad de arriba hacia abajo.

La participación ciudadana en el juego político es la base de todo sistema democrático. Los mecanismos de participación ciudadana dan fundamento al ejercicio democrático de las estructuras institucionales de gobernabilidad que facilitan las interacciones entre la sociedad y los ciudadanos. Los mecanismos de participación política en las comunidades políticas democráticas adquieren nuevas dimensiones cuando se busca la representatividad de los ciudadanos. Sin embargo, la utilización de estos mecanismos puede prestarse a la manipulación de la sociedad. En general, los ciudadanos participan poco o son indiferentes en los asuntos políticos, no se identifican con el juego de la política ni con políticos o partidos políticos a los que desdeñan y en ocasiones desprecian. Según la estructuración flexible del Estado-red en el concepto de Castells (1998) se combinan los principios de subsidiariedad,

flexibilidad, coordinación, participación ciudadana, transparencia administrativa, modernización tecnológica, transformación de los agentes y retroalimentación en la gestión.

IX. La encrucijada de los tiempos premodernos, modernos y postmodernos en Latinoamérica

La complejidad de la realidad social de Latinoamérica contemporánea está quizás pensada como una complejidad híbrida de ideologías, prácticas y condiciones de la premodernidad, modernidad y postmodernidad. Se ha generalizado un creciente cuestionamiento a los valores de la modernidad, sus supuestos de progreso lineal y la tendencia a identificarse con valores eurocéntricos (Tucker 1992).

Desde este punto de vista alternativo, la modernización fue el venero ideológico del capitalismo occidental cuyas incursiones en el resto del mundo lo mantuvo en un permanente retraso. Como un mecanismo económico, el capitalismo puede ser adoptado como un instrumento democratizador que posibilita legitimar un gobierno. Los límites de la legalidad no son los mismos de lo legítimo. El subdesarrollo de Latinoamérica no fue el pecado de una omisión de países en el margen de la industrialización moderna, sino activamente un proceso viejo en el cual los términos comerciales fueron arreglados en detrimento de los Estados débiles productores de bienes primarios (Portes, 1997). Como un mecanismo económico, el capitalismo puede ser adoptado como un instrumento democratizador que posibilita legitimar un gobierno. Los límites de la legalidad no son los mismos de lo legítimo.

De hecho, los problemas contemporáneos de la globalización, la expansión del capitalismo tardío o postmoderno, han agravado los más crónicos problemas como en el caso de la región latinoamericana. En las últimas dos décadas, casi cada aspecto mayor de la vida económica, política y social en Latinoamérica ha estado influido por la integración acelerada de la región en el sistema capitalista global. La economía global fragmenta las estructuras económicas, políticas y sociales centradas en el Estado-nación porque limitan y entorpecen sus procesos de generación y acumulación de capital para orientarlas al espacio supranacional.

El capitalismo corporativo, también denominado neocapitalismo o capitalismo tardío, se basa en un régimen de propiedad privada difusa propio de las grandes corporaciones que conjuntan recursos de muchos accionistas. El corporativismo financiero pertenece a este neocapitalismo. De hecho, los problemas contemporáneos de la globalización, la expansión del capitalismo tardío o postmoderno han agravado los más crónicos problemas como en el caso de la región latinoamericana. Ahora la existencia de las estructuras de los Estados nacionales son rehenes de los agentes del capitalismo global, porque sirve a sus intereses transnacionales.

En la lógica de los procesos de globalización, los Estados latinoamericanos compiten por recibir los beneficios de la apertura comercial, la atracción de inversiones extranjeras y la transferencia de la propiedad mediante privatizaciones de las empresas públicas a las elites capitalistas locales que se convierten en intermediarios de las grandes corporaciones transnacionales. La ideología neoliberal se ha usado para justificar la estrategia de las políticas de reestructuración y ajuste económico seguidas en la mayor parte de los países latinoamericanos desde los ochenta. Las consecuencias de estas políticas tienen relación con los efectos de la recesión de las economías de los ochentas y noventas. Las crueles medidas de austeridad han sido adoptadas por la mayor parte de los gobiernos de la región a fin de reducir sus gastos en educación, salud y otros servicios sociales de tal forma que pueden servir a la combinación de deudas de los sectores privados y públicos de los diferentes países.

La crisis de los Estados Latinoamericanos se agudiza en la década de los noventa con la ruptura de las alianzas con los sectores populares para incorporarse a los procesos económicos y socioculturales articulados con la globalización, a costa de la desarticulación de las economías locales, dando como resultado la profundización de las características de una sociedad dualista: sectores socioeconómicos incrustados en la modernidad y los procesos de globalización, y sectores desarticulados con bajos niveles de competitividad y sin posibilidades de mejorar su desarrollo, condenados a una dependencia tecnológica, financiera, etc. A pesar de todo, como resultado de la implementación de programas de liberalización económica, la sociedad se polariza reflejando las contradicciones del capitalismo industrial, a tal punto que se convierte en una sociedad dual en la que unos tienen acceso a los beneficios de la era de la información, mientras otros son totalmente excluidos.

No menos importante entre estas predicciones fue la expectativa que los factores demográficos responderían a la modernización y que, en particular, las tasas de fertilidad declinarían. Los resultados recientes han invalidado estas expectativas. Las teorías de la modernización no predijeron bien otras consecuencias de estos procesos de difusión. La reacción a los errores predictivos al acercamiento de la modernización no surgieron primero de la sociología norteamericana sino de su contraparte latinoamericana fuertemente influenciada por la economía política marxista. El marxismo es un acercamiento dialéctico al desarrollo de la humanidad y un enfoque desde el materialismo histórico para señalar la lucha de clases que evoluciona del desarrollo capitalista a una sociedad socialista integrada por un sistema de producción, distribución y consumo formado por individuos iguales en un Estado democrático. Con estas raíces teóricas firmemente plantadas en la economía política marxista, los trabajos sobre la dependencia dejó de lado todas las consideraciones de valores e ideas y culpó de la pobreza del Tercer Mundo a las corporaciones multinacionales y sus gobiernos protectores.

Los procesos de integración están acentuando las diferencias entre los espacios rurales y los urbanos y por lo mismo se reconfiguran las grandes urbes en megasuburbios que coexisten con «ciudades perdidas» o cinturones humanos de miseria en «asentamientos que escapan a las normas modernas de construcción urbana» (Galeano, 1971: 183), donde más de una cuarta parte de la población marginal latinoamericana habita. Los cambios en la geografía social rural entra en procesos de extinción en el siglo pasado que se manifiesta en el éxodo de una mayor parte de campesinos que abandonan el campo y su cosmovisión de la vida rural, quedando menos de un tres por ciento en las sociedades más avanzadas, para integrarse a las redes de la vida urbana postmoderna y postindustrial.

La distancia que separa a los agricultores entre el lugar de cultivo y el mercado es la que determina su marginalidad, y por lo tanto, el granero de la producción agropecuaria global se encuentra cerca de los grandes centros comerciales e industriales. Queda claro actualmente que el comercio internacional es más cuestión de poder político que de desarrollo, en donde los grandes intereses definen negociaciones y acuerdos. Las redes de poder atrapan a los ciudadanos y los someten a la lógica de una esfera de influencias y competencias con altos costos para quienes optan por alternativas diferentes que implican la negación de las telarañas de poder. Maximizar los beneficios y minimizar el impacto de los eventos negativos se ha convertido en un asunto colectivo. Los beneficios son mayores entre los países de altos ingresos, como los de la OCDE que entre los países pobres.

El territorio representa un conjunto de relaciones sociales, lugar donde la cultura y otros rasgos locales no transferibles se han sedimentado, donde los hombres y las empresas actúan y establecen relaciones, donde las instituciones públicas y privadas mediante su accionar intervienen para regular la sociedad (Camagni, 1991). Sin embargo, en la actualidad las relaciones sociales se están dislocando y descontextualizando de los procesos de interacción social. Boisier (2002) plantea la existencia de un conjunto de factores intangibles presentes y latentes en todo el territorio, que agrupadas en categorías homogéneas constituyen un capital intangible. De acuerdo con lo anterior, Dalton (2002) argumenta que en América Latina ha existido siempre una excesiva instrumentalización política de los marcos jurídicos de forma tal que no existe siempre una clara diferenciación y en la realidad lo que se presentaba era un subordinación a las luchas y estrategias políticas.

Una economía moderna en América Latina sólo es viable si se forma lo que Dietererich (2002) denomina el Bloque Regional de Poder, cuya diferencia cualitativa a los demás bloques de poder es que debe integrar desde su inicio elementos claves de la Democracia Participativa, o sea, del Socialismo del siglo XXI, con una política mercantilista y con sustento en cuatro polos de crecimiento: 1. las pequeñas y medianas empresas (PYMES); 2. las corporaciones transnacionales nacionales (CTN); 3. las cooperativas y, 4. las empresas e instituciones estratégicas del Estado. Esta verdad debería consti-

tuir, por lo tanto, el punto de partida de toda teoría y planificación económica en América Latina.

X. Conclusiones

A partir del análisis de la modernidad y postmodernidad como formas de sustentabilidad social, bajo los supuestos de que los modernistas asumen que la función primaria de la organización económica es la producción, los postmodernistas asumen que la producción de cosas físicas es sobrepasada por la producción de bienes de información y servicios. Muchos de los habitantes de la regiones menos desarrolladas en Latinoamérica viven bajo condiciones que pueden ser descritas como modernidad desigual más que postmodernidad.

Para contrarrestar los efectos perversos de este desarrollo del capitalismo neoliberal se organizan los nuevos movimientos sociales capaces de combatir los poderes económico-financieros, que son los primeros signos del descubrimiento colectivo de la necesidad vital del internacionalismo o, mejor aún, de la internacionalización de los modos de pensamiento y de las formas de acción.

Finalmente se analiza la complejidad de la realidad económica y social como una encrucijada de los tiempos premodernos, modernos y postmodernos del desarrollo de Latinoamérica. Se concluye que el subdesarrollo de Latinoamérica no fue el pecado de una omisión de países en el margen de la industrialización moderna, sino activamente un proceso viejo en el cual los términos comerciales fueron arreglados en detrimento de los Estados débiles productores de bienes primarios.

De hecho, los procesos contemporáneos de la globalización y la expansión del capitalismo tardío o postmoderno han agravado los más crónicos problemas del desarrollo económico y social como en el caso de la región latinoamericana. Como conclusión, los procesos de la globalización benefician a los países con economías abiertas. Debe quedar abierta la posibilidad en el debate de que la obtención más rápida del incremento de la riqueza no es necesariamente el fin que la economía global debe perseguir.

XI. Bibliografía

- AMÍN, Samir (2001). *Imperialismo y globalización* (disponible en <<http://www.rcci.net/globalización/2001/fg175.htm>>).
- ASENJO, J. (1984). «La constitución económica española». Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.
- AZIZ CHAUDRY, K. (1993). «The myths of the market and the common history of late Developers», *Politics and Society*, 21 (3, September 1993: 246).

- BARTLETT, G. A. & GHOSHAL, S. (1998). *Managing across borders: The transnational solution* (2nd edition), Boston: Harvard Business School Press.
- BAUMAN, Zygmunt (1998). *Globalization: The human consequences*. Polity Press, Cambridge.
- BIRCHFIELD, Vicki (1999). «Contesting the hegemony of market ideology: Gramsci's 'good sense' and Polanyi's 'double movement'». *Review of International Political Economy*, 6:1, Spring 1999: 27-54.
- BOISIER, S. (2002). Desarrollo territorial y descentralización. Seminario «Descentralización de sectores sociales; nudos críticos y alternativas». Lima, Perú, Abril 9 al 11.
- BOURDEAU, Pierre (1998). «The essence of neoliberalism», *Le Monde*. December.
- BOURDIEU, P. (1992). «Ökonomisches Kapital –Kulturelles Kapital –Soziales Kapital», en *Schriften Zu Politik und Kultur: Die verborgenen Mechanismen*. Hamburg: VSA-Verlag.
- BROSIUS, Peter (1997). «Endangered Forest, Endangered people: environmentalist representations of indigenous knowledge» en *Human Ecology* N.º 25:1. pp. 47-69. s/l.
- CAMAGNI, R. (2001). «Cities: a case in point» en Steilmann, K. y Lehner F. (Eds.) *The Steilmann Report. The Wealth of people – an intelligent economy for the 21st century*. Bochum-Wattenscheid, KSI.
- CARDOZO, F.H. y Enzo FALETTO (1969). *Dependencia y Desarrollo en América Latina*. Fondo de Cultura Económica. México.
- CASTELLS, Manuel (1998). «¿Hacia el estado red? Globalización económica e instituciones políticas en la era de la información», en Seminario Internacional sobre Sociedade e Reforma do Estado. Brasília: Mare.
- DALTON, Russell J. (2002) «Democracy and its citizens: Patterns of political change», Mimeo.
- DIETERERICH, Steffan Heinz (2002). «Jaula de leones, economía de ovejas», *La página de Dieterich, La nación*, 10 de Agosto, Buenos Aires.
- DOWBOR, Ladislau (2001). «Descentralization and governance» (disponible en <<http://www.ppbr.com/ld/govern.shtml>>).
- DROR, Yehezkel (1995). «Fortalecimiento de la capacidad de los gobiernos en materia de formulación de políticas», Documento presentado a la 12 Reunión de expertos del Programa de las Naciones Unidas en materia de Administración y Finanzas Públicas, Nueva York, 31 de julio a 11 de agosto de 1995.
- ESCOBAR, Arturo (2000). «El lugar de la naturaleza o la naturaleza del lugar globalización o postdesarrollo» en *Viola, Andreu comp. Antropología del desarrollo. Teorías y estudios etnográficos en América Latina*. Pp. 169-216 Paidós studio. España.
- FAGUET, J. (1999). «Does decentralization increase responsiveness to local needs? Evidence from Bolivia». *Working Paper SN*. World Bank Policy Research.

- FAZIO, Carlos (2000). «La solidaridad en los tiempos del neoliberalismo», *La Jornada*, Masiosare, página 12.
- GALEANO, Eduardo (1971). *Las venas abiertas de América Latina*. Madrid, Siglo XXI.
- GARZÓN VALDÉS (1995). «Acerca del concepto de corrupción», *Claves de la razón práctica*, n.º 56, Octubre de 1995.
- GERMANI, Gino (1971). *Sociología de la modernización*. Paidós. Buenos Aires.
- GIDDENS (1990). *The consequences of modernity*. Stanford University Press.
- GIDDENS, A. (1984). *The constitution of society*. Los Ángeles. University of California Press.
- GINO, H. (1966). *Política y sociedad en una época de transición*. Buenos Aires: Paidós.
- GOULET, Denis (2000). «Changing development debates under globalization», *Working paper # 276*. The Hellen Kellog Institute for International Studies.
- GRAHAM & GIBSON (1996). *The end of capitalism (as we knew it)*. Basil Blackwell. Oxford. G.B.
- GROOTAERT, Christiaan (1998) «Social capital: the Missing Link?», *Social Capital Initiative. Paper 3*, World Bank, April, 1998.
- HABERMAS, J. (1992). *Between facts and norms*. Cambridge, MA: The MIT Press. (Primera Edición en alemán, 1992).
- LECHNER, Norbert (2000). «Desafíos en el desarrollo humano: individualización y capital social», *Instituciones y Desarrollo*, N.º 7, noviembre 2000.
- LERNER, Daniel (1958) *The passing of traditional society*. Free Press.
- MCGREW, Anthony (1990). «A global society» in Stuart Hall, David Held, and Anthony McGrew, *Modernity and its futures*. Cambridge: Polity Press.
- MORALES-GÓMEZ Daniel y TORRES, Mario (2000). «Re-thinking social policy for development», SDP Group. UNRISD Conference on social policy in a development context», 23-24 Septiembre del 2002, Stockholm.
- PORTES, Alejandro. (1997) «Neoliberalism and the sociology of development» *Population and Development Review*, Vol. 27, Numer 2, June 1997.
- PUTNAM, R. (1993) *Making democracy work: Civic traditions in Modern Italy*. Princeton: Princeton University Press.
- RAMÍREZ ALUJAS, Álvaro Vicente (2002). *Reforma del Estado y modernización de la gestión pública. Lecciones y aprendizajes de la experiencia chilena*. Instituto Internacional de Gobernabilidad. 17 de septiembre
- ROSTOW, W.W. (1960). *The stages of economic growth: a non communist manifesto*. Cambridge.
- SLOTEDIJK, Peter (1999). «Patria y globalización», *Nexos* 262, Octubre.
- SOKAL, Alan y BRICMONT Jean (1999). «La crítica al relativismo postmoder-nista», *Este País*, número 104, Noviembre.

- TOMLINSON, John (1999). *Globalization and culture*. Polity Press: Cambridge.
- TUCKER, Vince (1991). *The myth of development. Occasional series paper N°6* Department of Sociology. University College. Cork.
- WAGNER, Peter (1997). *Sociología de la modernidad*, Herder, 1997.
- WALLERSTEIN, Immanuel (1997) «¿Cambio social? El cambio es eterno, nada cambia jamás». *Memoria N.º 100*. P del cemos. México, junio 1997.

CONGRESOS

La regulación jurídico-privada de la actividad del transitario en el Derecho español. Un recordatorio (*)

Carlos Llorente Gómez de Segura

Socio de AMYA Abogados
Profesor asociado doctor de Derecho Internacional Privado
Universidad Carlos III de Madrid

Recibido: 15.05.07

Aceptado: 14.06.07

Resumen: El transitario es un empresario crucial para la organización de los movimientos de mercancías de carácter internacional y multimodal. A diferencia de lo que sucede en otros países, la situación de nuestro ordenamiento jurídico en esta materia no es modélica. Por un lado, porque no tenemos regulación del contrato que une al transitario con su cliente. Y, por otro, porque los dos artículos habitualmente aplicados a esta figura (artículos 275 y 379 Ccom) apenas gozan de utilidad al respecto: el primero por estar referido a un comisionista que no es de transporte; y el segundo por ser de aplicación general a la moderna figura del «porteador contractual». La confusión entre nosotros se ha acrecentado, además, por el desencaminado y tardío desarrollo dogmático que este fenómeno ha experimentado. Es tiempo, por tanto, de volver a recordar que esta figura merece atención y que, si así lo entienden los sectores afectados, debería ser objeto de un debate que plantease la necesidad de reformar nuestro Derecho en la materia.

Palabras clave: Transitario, Transporte, Reforma, Legislación.

Abstract: *Freight forwarders are key players in the global and multimodal market of services for the transport of goods. Contrary to our neighbouring countries, Spain lacks regulation of the contract between the freight forwarder and its principal. Additionally, both articles 275 and 379 Code of Commerce, usually applicable to freight forwarders, are of seldom use here. The first one, because it is not contemplating freight forwarding activities. The second one because it addresses a different issue: the role of contracting carriers. The legal confusion among us has been increased simultaneously by a misleading and late scientific approach to the role of freight forwarders. It is about time, then, to remind we are in debt with this figure and, should the interested parties agree, to propose a debate based on the need to revise our legal system in this field.*

Key words: *Freight Forwarder, Transport, Reform, Legislation.*

(*) Se recogen en este trabajo, con mayor detalle y con el consiguiente aparato bibliográfico, las reflexiones expuestas brevemente por su autor en la ponencia introductoria de la III Edición del Foro de Seguros de Transporte «Fernando Tapia», que se celebró en Madrid el día 24 de abril de 2007 y estuvo dedicada al análisis de la problemática jurídico-privada de los transitarios. El autor desea agradecer a D. José María Alcántara, Socio-Fundador de AMYA Abogados, su confianza el encomendarle esta ponencia.

Sumario: I. Introducción.—II. La ordenación administrativa de la actividad de los transitarios desde un punto de vista funcional.—III. La actividad del transitario y su encaje normativo en el Derecho privado español: Punto de partida.—IV. El artículo 379 del Código de Comercio de 1885.—V. El artículo 275 del Código de Comercio de 1885.—VI. Los preceptos de Derecho privado de la LOTT (ROTT).—VII. Una mirada al entorno comparado con finalidad reformadora.—VIII. Conclusión.

I. Introducción

El transitario es un empresario dedicado a la organización de transportes de mercancías por cuenta de sus clientes. Se trata de una figura bien conocida en el tráfico, que opera habitualmente bajo ese nombre (transitario) y que desarrolla funciones muy relevantes para el buen fin de las operaciones de desplazamiento de mercancías entre un sitio y otro.

Si hubiésemos de preguntar a los transitarios, o a quienes forman parte de una organización empresarial de esa naturaleza, que definiesen cuáles son las funciones que, desde un punto de vista negocial, desempeñan en el tráfico, sin duda apenas existirían divergencias en sus respuestas. Un transitario, por un lado, interviene a requerimiento de sus clientes en la contratación de transportes. Pero, además, participa también en la organización y prestación de una serie muy amplia de servicios auxiliares y complementarios del transporte.

Esta caracterización funcional de los transitarios en el tráfico ha sido acogida —con mayor o menor fortuna técnica— por la legislación española de ordenación del mercado del transporte (apartado II infra). En el plano jurídico-privado, sin embargo, el ordenamiento jurídico español sigue mostrándose incapaz de dar una respuesta adecuada a las exigencias de seguridad, justicia y eficiencia que merecen las empresas de este sector de actividad.

Siempre se ha dicho, con razón, que las normas suelen ir por detrás de la realidad. En el caso de los transitarios esta observación es certera —groseramente certera, habría que decir— si se tiene en cuenta que en el siglo XXI la regulación de la actividad de estos empresarios está aún en manos de una normativa originaria de 1885, que, a su vez, tiene su anclaje en normas de 1829. Pero más grave, si cabe, es el hecho de que la interpretación de dichas normas y su aplicación a la figura del transitario, y a los intermediarios del transporte en general, se ha producido a lo largo del tiempo en medio de un clima dogmático de confusión —con su inevitable, pero indeseable, proyección jurisprudencial— que pone aún más de manifiesto la necesidad de impulsar un proceso de reflexión sobre la necesaria convergencia entre la realidad del sector y la configuración normativa de las actividades de los transitarios. Máxime con los tiempos que corren, en los que los transitarios están asu-

miendo progresivamente el desempeño de operaciones logísticas¹, ámbito este igualmente plagado de lagunas e inseguridades de orden jurídico que ponen aún más de manifiesto que la distancia entre la realidad del tráfico y el marco legal regulador de la actividad de los transitarios cada vez es más grande².

Este trabajo pretende ofrecer una síntesis de cuál es la situación actual de la regulación jurídico-privada de la actividad de los transitarios en el Derecho español. Con este objetivo, entre otras cuestiones, se realizará un repaso a los criterios de aplicación de los dos preceptos en los que tradicionalmente se ha pretendido encajar dicha actividad, los artículos 275 y 379 del Código de Comercio, análisis en el que se pondrá de manifiesto el desmedido –y desorientado– esfuerzo doctrinal que hemos realizado en nuestro país para poner orden en esta materia, sin conseguir –lo que es más grave aún– resultados prácticos convincentes para los problemas reales del sector (apartados III a VI infra). Por otro lado, recordaremos cómo una mirada –bien enfocada– a los países de nuestro entorno jurídico más próximo podría habernos ahorrado hace mucho tiempo, y debería ahorrarnos en un futuro no lejano, algunas de las consecuencias no queridas del trabajo científico y jurisprudencial desarrollado en esta materia hasta hace pocos años (apartado VII). Es cierto que la más moderna doctrina española de Derecho del transporte ha realizado investigaciones y propuestas muy adecuadas y certeras en esta materia, de las que somos deudores en esta exposición, pero esas propuestas siguen sin plasmarse en proyectos legislativos que saquen de la incertidumbre jurídica a las empresas de la intermediación en el transporte de mercancías³.

¹ Por ejemplo, W. ZEILBECK, «El transitario, motor de la logística en el transporte», *Actualidad jurídica del transporte por carretera. In Memoriam F. M. Sánchez Gamborino*, Madrid 2005, pp. 535-ss.

² Véase F. L. DE LA VEGA GARCÍA, *Contrato de prestación de servicios logísticos. Delimitación, estructura y contenido*, Cizur Menor 2006. Igualmente, S. NAVAS NAVARRO, «El 'contrato de logística': una nominación social para un contrato atípico», *DerNeg* (1999), mayo, pp. 7-ss.; J. GAITÁN REBOLLO, «El contrato de servicios logísticos: régimen jurídico español», *Actualidad jurídica del transporte por carretera. In Memoriam F. M. Sánchez Gamborino*, Madrid 2005, pp. 547-ss.; I. DE ALVEAR TRENOR y J. LÓPEZ QUIROGA, «Algunas notas para el estudio del contrato de prestación de servicios logísticos», *Actualidad Jurídica Uría & Menéndez*, n.º 10, 2005, pp. 59-ss.

³ A estos efectos sobresale el estudio de L. M. PILOÑETA ALONSO, *Las agencias de transporte de mercancías*, Barcelona 1997, que realiza una oportuna y magnífica síntesis de la evolución del Derecho español en esta materia. Otro trabajo reciente y muy valioso, relacionado con esta materia, es el de A. EMPARANZA SOBEJANO, *El concepto de porteador en el transporte de mercancías*, Granada 2003. No deja de ser significativo, en todo caso, que transcurridos diez años desde la aparición del trabajo de PILOÑETA, sigamos aún sin haber cerrado el problema de la regulación jurídica de los transitarios.

Si a quien firma este trabajo le hubiesen dicho en 1990, cuando comenzó a introducirse en la investigación y ejercicio del Derecho del transporte, que diecisiete años más tarde estaría aún hablando —y escribiendo— sobre el problema de la correcta configuración normativa de la actividad jurídico-privada de los intermediarios del transporte, probablemente no se lo hubiera creído. Pero, crédulo o no, aquí estamos de nuevo. Si este trabajo sirve para volver a llamar la atención sobre este asunto y, unido a otras voces, provocar la consiguiente acción (pues de «reflexión» ya estamos bien servidos), nos consideraremos satisfechos.

II. La ordenación administrativa de la actividad de los transitarios desde un punto de vista funcional

Desde la perspectiva de la ordenación jurídico-pública del mercado del transporte, la figura del transitario está regulada por un conjunto normativo integrado por la LOTT (1987)⁴ y el ROTT (1990)⁵, en el que habrá que incluir además algunas otras disposiciones de desarrollo, muy particularmente la Orden del Ministerio de Fomento (OM FOM) de 21 de julio de 2000, que desarrolló el ROTT en materia de agencias de transporte de mercancías, transitarios y almacenistas-distribuidores⁶ y que acabaría por difuminar definitivamente las diferencias funcionales entre el estatuto jurídico-público de estas tres figuras diseñado inicialmente por la LOTT y retocado posteriormente por el ROTT. En la actualidad, los transitarios actúan bajo la autorización de «operador de transporte de mercancías» (artículo 2 OM FOM), lo que les habilita para desarrollar indistintamente cualquiera de las funciones atribuidas a las mencionadas figuras.

En consecuencia, los transitarios (*rectius*, los «operadores de transporte de mercancías») podrán realizar una amplia gama de actividades de organización e intermediación en el sector del transporte, ya se trate de transportes internos o internacionales, y en relación con cualquier modo de transporte (no sólo el terrestre, por tanto). Una mera lectura de los preceptos de la LOTT y el ROTT en esta materia basta para confirmar la extensión de las tareas encomendadas a estos operadores, aunque sería recomendable que en una futura reforma de la legislación ordenadora se sistematizasen adecuadamente estos aspectos para evitar al usuario de esta normativa la ingrata labor de tener que componer el puzzle normativo actualmente vigente por lo que

⁴ Ley 16/1987, de 30 de julio, de Ordenación de los Transportes Terrestres (BOE núm. 182, de 31 de julio de 1987).

⁵ Real Decreto 1211/1990, de 28 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley de Ordenación de los Transportes Terrestres (BOE núm. 241, de 8 de octubre de 1990).

⁶ BOE núm. 185, de 3 de agosto de 2000.

respecta a la identificación de las funciones de los operadores de transporte que antes operaban bajo las denominaciones de agencias de transporte, transitarios y almacenistas-distribuidores. Si, además, la nueva regulación pudiera realizar algún apunte acerca de la evolución del sector hacia la asunción de tareas logísticas, qué duda cabe que mejor.

A los efectos de este trabajo, no obstante, lo que importa es destacar no sólo el reconocimiento normativo de la figura del transitario como operador del mercado del transporte de mercancías en España, sino también, y sobre todo, la asignación a este empresario de un estatuto jurídico-público que, en su vertiente funcional, viene a recoger una realidad del sector de la intermediación del transporte, en la que el transitario interviene tanto con respecto a la contratación del transporte como en la realización de tareas auxiliares y complementarias de éste, tales como, sin ánimo de ser exhaustivos, el cumplimiento de las formalidades administrativas ligadas al transporte, el depósito o almacenamiento de mercancías, su consolidación y desconsolidación, la coordinación de las diversas fases del transporte (en particular, el tránsito, la reexpedición, el trasbordo y las diferentes operaciones terminales), la recepción, consignación y puesta a disposición de los transportistas o de los destinatarios de las mercancías transportadas, etc.⁷. Es cierto que no siempre se habrá de corresponder el contenido del estatuto jurídico-público definido, en su ámbito funcional, por la legislación ordenadora con la amplia gama de actividades que los operadores del transporte puedan llevar a cabo o deseen llevar a cabo en el mercado (pues, como se ha dicho, la realidad va más deprisa que la norma), pero lo cierto es que no puede decirse que, a estos efectos, la legislación española plantee un panorama señaladamente distinto del que opera en otros ordenamientos de nuestro entorno (menos aún en el contexto europeo armonizado en el que se desarrollan desde hace algún tiempo las actividades de transporte).

El aspecto más criticable de la legislación ordenadora de la actividad de los operadores de transporte de mercancías (transitarios) en nuestro país se destaca, precisamente, cuando esta legislación se aparta de su vocación jurídico-pública u ordenadora y aborda cuestiones de Derecho privado, en especial cuando se aventura a imponer al transitario un determinado modo de actuación con ocasión de su intermediación en la contratación del transporte solicitado por sus clientes⁸. Pero ya habrá ocasión más adelante (apartado VI) de abordar esta cuestión, para ponerla en contexto con el marco jurídi-

⁷ Una descripción normativa de estas funciones, que es la seguida en el texto, se recoge en el artículo 167.1 ROTT respecto de los transitarios; o en el artículo 159 ROTT, referido a las agencias de transporte.

⁸ En general, sobre esta crítica, L. J. CORTÉS, «Los aspectos mercantiles del transporte terrestre en la legislación vigente. La adecuación del Código de Comercio a la realidad actual», en *Jornadas de estudio del nuevo marco ordenador de los transportes terrestres*, Barcelona 1989, pp. 161-ss. = *ADM* (1989) VII, pp. 181-ss.

co-privado que viene gobernando esta situación en el ordenamiento jurídico español desde el siglo XIX, al que dedicamos los apartados que siguen.

III. La actividad del transitario y su encaje normativo en el Derecho privado español: punto de partida

Pocas cosas se pueden asegurar acerca de la regulación de la actividad del transitario (o de los intermediarios del transporte, en general) en el Derecho español, pero las que se pueden destacar son claras:

A diferencia de lo que sucede en los ordenamientos de nuestro entorno (apartado VII), no existe en el Derecho español una regulación legal del contrato entre el transitario y su cliente.

Los únicos preceptos «aplicados» en nuestro Derecho (lo de que sean «aplicables», ya se verá más tarde) a estos operadores de transporte de mercancías son los artículos 275 y 379 Ccom, 120.2 y 126.1 LOTT y 159.2 y 167.2 ROTT.

Se trata, por lo que puede verse, de un reducidísimo bagaje normativo, que, además, no ha sido precisamente modélico, como demuestra, y a esta cuestión dedicaremos las páginas siguientes, la discusión dogmática que en torno al fenómeno de la intermediación en el transporte se ha venido desarrollando en nuestro Derecho hasta épocas muy recientes⁹.

IV. El artículo 379 del Código de Comercio de 1885

El artículo 379 Ccom es el último de los preceptos que nuestro Código de Comercio dedica al contrato mercantil de transporte terrestre en el Título VII de su Libro II.

En él se establecen dos mandatos interrelacionados:

En primer lugar, se dice que «las disposiciones contenidas desde el artículo 349 en adelante», es decir, todas las referidas al contrato de transporte terrestre, «se entenderán del mismo modo con los que aun cuando no hicieren por sí mismos el transporte de los efectos de comercio, contrataren hacerlo por medio de otros, ya sea como asentistas de una operación particular y determinada, o ya como comisionistas de transportes y conducciones».

Y en segundo lugar, se establece que dichos operadores de transporte «en cualquiera de ambos casos quedarán subrogados en el lugar de los mis-

⁹ En cierto modo podría decirse que esa discusión no ha sido exclusiva de nuestro ordenamiento, pues también se ha planteado en otros lugares, pero, a nuestro modo de ver, la reflexión allende nuestras fronteras ha producido frutos más positivos, y tempranos, tanto en un plano dogmático como en el de su proyección legislativa y judicial.

mos porteadores, así cuanto a las obligaciones y responsabilidades de éstos como respecto a su derecho».

Durante mucho tiempo, el debate doctrinal en torno al alcance del artículo 379 del Código de Comercio de 1885 ha constituido una de las constantes temáticas más recurrentes –y polémicas– de nuestro Derecho del transporte¹⁰. Desde que apareciese codificada, por vez primera, en el artículo 232 del Código de Comercio de 1829 (precedente del artículo 379 Ccom) la figura del «comisionista de transporte», la doctrina española de todos los tiempos ha intentado ofrecer una explicación convincente acerca de la posición jurídica que ocupa dicho operador en el contexto de los fenómenos de intermediación en el transporte de mercancías.

Con afán simplificador, o de síntesis, que es la pretensión central de este trabajo, podrían clasificarse en dos grandes grupos las opciones doctrinales que se han gestado en torno a la interpretación del artículo 379 Ccom.

Una primera posición doctrinal es la de quienes, influidos por una interpretación basada en el Derecho francés, entendieron que el «comisionista de transporte» regulado en el artículo 379 Ccom es un verdadero comisionista que interviene en la contratación del transporte por cuenta ajena (se le aplicarían, por lo tanto, los artículos 244 Ccom y ss.) y a quien la Ley (es decir, el propio artículo 379 Ccom) somete a una cláusula de garantía («*star del credere*») tácita e inderogable a favor del comitente/cargador¹¹. Esta posición fue apoyada por una significativa y muy autorizada doctrina¹² y, posteriormente, también habría de ser recibida en las decisiones de nuestros tribunales¹³.

La otra posición, algo más heterogénea, estaría integrada por quienes consideran que el «comisionista de transporte» del artículo 379 Ccom es, en realidad, un empresario del sector del transporte que asumiría frente a su cliente el estatuto jurídico de un porteador (o posición parecida o asimilable). Y aunque no ha habido unanimidad entre estos autores acerca del tipo

¹⁰ También el artículo 378 Ccom se refiere a estos operadores de transporte, pero, dado el alcance material de este precepto, la polémica doctrinal se ha centrado sobre todo en el artículo 379 Ccom.

¹¹ Sobre la imperatividad del artículo 379 Ccom, ha habido, no obstante, opiniones contrarias: por todos, A. RECALDE CASTELLS, *El conocimiento de embarque y otros documentos de transporte. Función representativa*, Madrid 1992, pp. 369-370. En un mismo sentido, F. SÁNCHEZ CALERO y J. SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, *Instituciones de Derecho mercantil*, II, 29 ed., Madrid 2006, p. 213.

¹² J. GARRIGUES, *Curso de Derecho mercantil*, II, 7.ª ed., Madrid 1979, pp. 210-ss. También la apoyan R. URÍA y A. MENÉNDEZ, *Curso de Derecho mercantil*, II, Madrid 2001, p. 317 y SÁNCHEZ CALERO y SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, *op. cit.*, pp. 213 y 438. Igualmente, E. LANGLE Y RUBIO, *Manual de Derecho mercantil español*, III, Barcelona 1959, p. 591.

¹³ Entre otras sentencias, STS 11.10.1986 (RJ 5780), SAT Cataluña 16.07.1988 (RJC-J, 1988, IV, pp. 984-ss.), SAT Cataluña 7.10.1988 (RJC-J, 1989, I, pp. 128-ss.), SAT Cataluña 4.10.1989 (RGD, 1990, abril, n.º 547, pp. 2687-ss.)

de relación jurídica que vincularía al cargador con el «comisionista de transporte» (contrato de transporte, contrato atípico de expedición, etc.)¹⁴, hoy en día el liderazgo de opinión dentro de este grupo corresponde a quienes ven claramente a un porteador en la figura del «comisionista de transporte» del artículo 379 Ccom, porteador que estaría vinculado a su cliente, por tanto, por un contrato de transporte (artículos 349 Ccom y ss.). Esta postura habría de recibir un espaldarazo dogmático definitivo cuando el Profesor ANÍBAL SÁNCHEZ ANDRÉS señaló en 1991, con esa inteligente sencillez de la que hacía gala, que el comisionista del artículo 379 Ccom «es un verdadero porteador»¹⁵. En realidad, SÁNCHEZ ANDRÉS, con esa frase, estaba sacando a la luz una posición presente ya entre nosotros desde hacía tiempo, de un modo u otro, y que había quedado ensombrecida, seguramente, por la autoridad de quienes postulaban la teoría de la comisión de garantía; posición que ponía de manifiesto que la sustentación francesa de esta teoría había estado descaaminada y que, como ya apuntó en su momento el Profesor JESÚS RUBIO GARCÍA-MINA¹⁶, debió haberse centrado en los antecedentes germánicos del artículo 379 Ccom, a través de su conexión con el artículo 232 Ccom de 1829, cuya doctrina¹⁷ mayoritariamente apoyaba una interpretación de dicho precepto en línea con la que propugna nuestra doctrina más reciente, como ha recordado certera y oportunamente LUIS MANUEL PILOÑETA ALONSO¹⁸.

Hoy en día creemos, y ésta es también nuestra postura, que la tesis del «porteador (contractual)» es la más correcta de todas las que se han propuesto acerca de la configuración jurídica de la posición del «comisionista de

¹⁴ Véanse, entre otros muchos, además de lo que se citarán más adelante, M. BROSETA PONT y FERNANDO MARTÍNEZ SANZ, *Manual de Derecho mercantil*, II, 13.ª ed., Madrid 2006, pp. 152-153; A. DÍAZ MORENO, en G. JIMÉNEZ SÁNCHEZ (Coord.), *Derecho mercantil*, 11.ª ed., Barcelona 2006, p. 613; igualmente, R. PADILLA GONZÁLEZ y M. CLAVERO TERNERO, «Transporte», en G. JIMÉNEZ SÁNCHEZ (Coord.), *Lecciones de Derecho mercantil*, 11.ª ed., Madrid 2006, pp. 507-508; M. GARCÍA-AMIGO, «La relación contractual de transporte entre las agencias y sus usuarios: legislación y condiciones generales de la contratación», *RDM* 38 (1964) 311; E. SECO CARO, «El comisionista de transportes», *RDM* 98 (1965) 237; F. VICENT CHULIÁ, *Compendio crítico de Derecho mercantil*, II, 3.ª ed., Barcelona 1990, p. 309. Igualmente, A. DÍAZ DOMÍNGUEZ, *Tratado elemental de Derecho mercantil*, II, Granada 1908, p. 456; J. DE BENITO MAMPEL, *Derecho mercantil*, Madrid 1922, pp. 205-ss.; y L. BENITO, *Manual de Derecho mercantil*, II, Madrid 1924, pp. 763-ss.

¹⁵ «Artículo 1601 CC.», en AA.VV., *Comentario del Código Civil*, Madrid 1991, p. 1215. Con anterioridad, véase, del mismo autor, «El transporte combinado de mercancías», *RDM* 135-136 (1975) 75.

¹⁶ *Sainz de Andino y la Codificación mercantil*, Madrid 1950, pp. 142-143.

¹⁷ Entre otros, M. CARRERAS y GONZÁLEZ, *Elementos del Derecho mercantil de España*, Madrid 1860, p. 48; P. GONZÁLEZ HUEBRA, *Curso de Derecho mercantil*, I, 3.ª ed., Madrid 1867, p. 89; N. SÁNCHEZ-MATA y L. FERNÁNDEZ y AFABA, *Exposición del Derecho mercantil de España y de las principales naciones de España y América*, 1.ª ed., Salamanca 1884, p. 127.

¹⁸ *Op. cit.*, pp. 73-ss.

transporte» del artículo 379 Ccom¹⁹. Y éste no es, además, un mero debate dogmático de orden teórico, sin repercusiones prácticas, porque, como se entenderá con facilidad, no es lo mismo que a un empresario que actúa en la intermediación de los transportes de mercancías se le atribuya *ex lege* la responsabilidad derivada del contrato de transporte en cuya intermediación ha intervenido, de la que no podrá escapar por tratarse de un régimen inderogable, que, por el contrario, la propia Ley reconozca que al intermediario del transporte que, así queriéndolo (expresa o implícitamente), asuma las consecuencias del resultado del transporte, deba considerársele porteador y deba, por tanto, responder como tal frente a su cliente (con quien estará vinculado por un contrato de transporte). En este sentido, el artículo 379 Ccom, en su interpretación más acertada, vendría a reconocer que el concepto de porteador es independiente de que el transporte se haga o no con medios propios de dicho porteador. Lo relevante será su voluntad de asumir las obligaciones propias de tal operador.

Dicho lo cual, en todo caso, tampoco creemos que lo afirmado hasta ahora sea para «echar las campanas al vuelo», al menos desde la perspectiva de este estudio, dedicado al análisis de la regulación jurídico-privada («*if any*») del transitario en el Derecho español. Porque, al margen del acierto de la teoría dominante acerca del artículo 379 Ccom, la pregunta que debemos hacernos es si constituye este precepto un modelo suficiente de regulación de la figura del transitario y, en suma, del contrato que vincula a este operador con su cliente. En la medida en que se entienda que el transitario ha actuado como porteador, podría contestarse afirmativamente, por lo que acabamos de ver, lo siguiente: la relación con su cliente sería la propia de un contrato de transporte. Ahora bien, ese precepto ni ofrece un marco de regulación de la actuación del transitario cuando ésta vaya más allá de la mera contratación del transporte, ni permite responder a la pregunta de si es posible en el ordenamiento español una actuación del transitario como mero intermediario cuando no quiera actuar como porteador (dicho esto con independencia de lo que se verá más adelante con respecto a la regulación de esta figura prevista en el sistema LOTT-ROTT). Nuestra opinión conclusiva, por lo tanto, sobre este particular aspecto, es que el artículo 379 Ccom no es que no ofrezca una regulación suficiente de la figura transitario (o de los intermediarios del transporte de mercancías, en general). Es que no la ofrece en absoluto. En suma, hemos dedicado décadas a un debate dogmático, desencaminado des-

¹⁹ Y la que mejor se adapta a las tendencias contemporáneas más asentadas del sector del transporte mundial. Por todos, véase S. ZUNARELLI, *La nozione di vettore (Contracting carrier ed actual carrier)*, Milano 1987. Llama la atención por esta razón que nuestra mejor doctrina (URÍA-MENÉNDEZ, *Curso cit.*, p. 317) en los albores del siglo XXI no haya valorado esta significativa innovación y se limite a recoger las posiciones expresadas por el Profesor URÍA en su conocido Manual desde hace mucho tiempo. Han reconocido su cambio de postura expresamente, por el contrario, BROSETA-MARTÍNEZ, *op. cit.*, p. 113.

de un principio, para llegar a la conclusión de que el «comisionista de transporte» del artículo 379 Ccom no es un comisionista sino, en todo caso, un porteador ¿Dónde queda, por tanto, la figura del mero intermediario de transporte que, como veremos, se conoce en otros países de nuestro entorno? Enlazaremos con esta cuestión más adelante, pero antes detengámonos en la otra «peculiaridad» de nuestro ordenamiento jurídico en esta materia.

V. El artículo 275 del Código de Comercio de 1885

Si la discusión dogmática en nuestro ordenamiento acerca de la figura de los intermediarios de transporte hubiese finalizado en el artículo 379 Ccom no deberíamos sentirnos demasiado insatisfechos. Al fin y al cabo, y aunque ellos cerrasen este capítulo mucho antes que nosotros, otros ordenamientos también han conocido debates similares. Ahora bien, como dijimos al iniciar este análisis, en el Código de Comercio español hay un segundo precepto que se ha utilizado en el contexto de la «batalla» dogmática en pos de la búsqueda de la verdadera naturaleza del «comisionista de transporte». Nos referimos al artículo 275 Ccom²⁰ (complementado con el artículo 274 CCom)²¹. Y es que, precisamente, uno de los aspectos más curiosos (pero inexplicables) de todo el debate acerca de la configuración jurídica de los intermediarios del transporte en el Derecho español es el que plantea este precepto, que tampoco ha gozado entre nosotros de una interpretación unívoca por parte de nuestra doctrina y tribunales.

Al igual que sucede con el artículo 379 Ccom, el artículo 275 Ccom ha sido objeto de interpretaciones divergentes que pueden agruparse en torno a dos grandes grupos de opinión. Veámoslas.

²⁰ El artículo 275 se encuentra integrado dentro de la Sección Primera («De los comisionistas»), Título II («De la comisión mercantil»), del Libro II («De los contratos especiales del comercio»), del Código de Comercio de 1885. Su tenor literal es el siguiente:

«El comisionista que, en concepto de tal hubiere de remitir efectos a otro punto, deberá contratar el transporte cumpliendo las obligaciones que se imponen al cargador en las conducciones terrestres y marítimas.

Si contratare en nombre propio el transporte, aunque lo haga por cuenta ajena, quedará sujeto para con el porteador a todas las obligaciones que se imponen a los cargadores en las conducciones terrestres y marítimas».

²¹ Artículo 274 Ccom:

«El comisionista encargado de una expedición de efectos, que tuviere orden para asegurarlos, será responsable, si no lo hiciera, de los daños que a éstos sobrevengan, siempre que estuviere hecha la provisión de fondos necesaria para pagar el premio del seguro, o se hubiere obligado a anticiparlos y dejare de dar aviso inmediato al comitente, de la imposibilidad de contratarle.

Si durante el riesgo el asegurador se declarase en quiebra, tendrá el comisionista obligación de renovar el seguro, a no haberle prevenido cosa en contrario el comitente».

1. Tratamiento unitario de los artículos 275 y 379 CCom

En primer lugar, un significado sector de nuestra doctrina ha venido entendiendo que los artículos 275 y 379 Ccom contemplan una misma figura de «comisionista de transporte»²², es decir, la de ese comisionista, intermediario profesional del transporte, que responde del resultado final de la operación de transporte en la que ha intervenido, en virtud de una cláusula legal, tácita e inderogable de «*star del credere*» (comisión de garantía). Y la explicación que ofrecen para coordinar la aplicación de ambos preceptos sobre una misma figura de «comisionista de transporte» es la de que, por un lado, el artículo 379 Ccom vendría a regular la relación entre el comitente (cliente) con el «comisionista de transporte», mientras que, por otro lado, el artículo 275 Ccom estaría contemplando la relación del «comisionista de transporte» con el porteador que efectúa el traslado.

Esta es una postura que ha sido acogida, además, en nuestros tribunales, en varias ocasiones. Así se pone de manifiesto, por ejemplo, en la STS de 4.12.1942, en la que se afirma que «es obligado tener en cuenta que la acción se ejercita como consecuencia de un transporte de mercancías al amparo de preceptos terminantes del Código de Comercio, en que la Agencia a quien representa O. ejerce una función de comisionista de transportes, de contenido característico que precisa el artículo 275 de dicho cuerpo legal; y en este aspecto, sin que en este trámite pueda resolverse acerca del alcance de las relaciones que median entre él, su comitente y el destinatario de la mercancía, lo cierto es, a efectos de competencia, que debió entregarse en Osuna y que por el incumplimiento de esta obligación procede, apoyándose en el artículo 379 del repetido Código de comercio (...)»²³.

Con mayor claridad aún se aprecia esta vinculación entre ambos preceptos en la SAT Cataluña de 16.07.1988, en su Fundamento de Derecho IV, donde se mencionan los artículos 275 y 379 Ccom en un supuesto que el tri-

²² La expresión más destacada de esta posición corresponde a GARRIGUES, *Curso cit.*, II, p. 211, seguido por SÁNCHEZ CALERO/SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, *op. cit.*, p. 213. También aparece en J. GÓMEZ CALERO, *El transporte internacional de mercancías*, Madrid 1984, p. 149, nota 448; LANGLE, *Manual cit.*, III, pp. 307 y 474. Una opinión similar se puede deducir de sus exposiciones, porque analizan conjuntamente los artículos 274, 275, 378 y 379 Ccom al estudiar la «comisión de transporte», en la doctrina más antigua: S. DEL VISO, *Leciones elementales del Derecho mercantil de España*, 3.ª ed., (por S. SALOM Y PUIG), Valencia 1886, pp. 165-ss.; MARTÍN-VEÑA Y RANERO, *Tratado de Derecho mercantil español*, Madrid 1891, pp. 127-ss. y 158; F. ÁLVAREZ DEL MANZANO, A. BONILLA Y SAN MARTÍN, y E. MIÑANA Y VILLAGRASA, *Tratado de Derecho mercantil español comparado con el extranjero*, II, Madrid 1916, pp. 224-ss.; R. ESPEJO DE HINOJOSA, *Curso de Derecho mercantil*, 8.ª ed., Barcelona 1931, pp. 466 y 495; G. AVILES, *Derecho mercantil*, Madrid 1941, pp. 285 y 296; A. DELIBES CORTES, *Elementos de Derecho mercantil*, Valladolid 1941, pp. 157 y 198; G. AVILÉS y J. M. POU, *Derecho mercantil*, Barcelona, 1947, pp. 406-ss y 410.

²³ RJ 1406.

bunal califica de «comisión de transporte»²⁴; «supuestos especiales de comisión, entre los que debe ser objeto de especial consideración a los fines de esta litis la llamada comisión de transporte, cuyos requisitos y efectos han sido detalladamente examinados en la Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de octubre de 1986, declarando que tal comisión implica que el comisionista no se obliga a realizar el transporte por sí o por medio de sus dependientes, sino a contratarlo con un porteador o empresario que asume directamente la obligación de llevarlo a cabo, es decir, que no tiene el comisionista la condición de porteador, limitándose a cumplir la comisión, cuyo negocio ejecutivo es el contrato de transporte y no el transporte mismo, al recaer la realización de éste sobre el porteador efectivo, aunque el Código de Comercio, para proteger la posición del comitente, establezca las disposiciones especiales que dimanen de lo establecido en sus artículos 275, 379 y concordantes».

O en la SAP Barcelona de 4.10.1989, que vuelve a citar expresamente de manera conjunta a los artículos 275 y 379 Ccom en un caso de «comisión de transporte»²⁵. Esta última sentencia es muy explícita al afirmar que «el comisionista de transporte queda sometido a un régimen especial de responsabilidad más amplio y riguroso que el comisionista ordinario, puesto que (...) responde frente al comitente como si fuera porteador, en cuya posición jurídica se subroga respondiendo del incumplimiento del contrato de transporte, y frente al porteador se compromete a todas las obligaciones propias del cargador (artículo 275-2 en relación con el 246)».

Y un ejemplo más, entre otros similares, es el que proporciona la SAP Palma de Mallorca de 24.01.1990²⁶.

Pero no sólo en las sentencias precedentes resulta notoria la vinculación que nuestros tribunales asumen que existe entre los artículos 275 y 379 Ccom. Hay otras decisiones judiciales en las que también se aplica el artículo 275 Ccom en supuestos en los que se está produciendo con claridad la intervención de un «comisionista de transporte». En estas sentencias el tribunal no entra a considerar si se trata o no de una «comisión de transporte» de las contempladas en el artículo 379 Ccom, pero de su relato fáctico puede deducirse con meridiana claridad que, en efecto, se trata de ese operador que actúa como intermediario profesional en la contratación del transporte y asume la responsabilidad que deriva de su resultado. Resulta lógico, por otra parte, que en estas sentencias el tribunal respectivo no se pronuncie sobre el artículo 379 Ccom, ni lo mencione siquiera, porque en los pleitos a los que se refieren estas decisiones, el tribunal apoya su argumentación en el artículo 275 Ccom por tratarse, precisamente, el litigio objeto de atención por el tribunal de una reclamación derivada de la relación contractual entre el por-

²⁴ *RJC-J* (1988), IV, p. 986.

²⁵ *RGD* (1990), abril, n.º 547, p. 2688.

²⁶ *RGD* (1991), enero-febrero, n.º 556, p. 845.

teador y el «comisionista de transporte». Lo cual encaja en la posición dogmática ahora analizada, a la que estos tribunales se han adherido inequívocamente.

En este sentido, puede citarse la SAT Cataluña de 14.04.1983, en la que se contempla un supuesto que tiene por objeto una «comisión mercantil ... (en la que se pacta) ... la obligación de obtener la comisionista demandada (...) por cuenta y a nombre del actor comitente la licencia de exportación de las mercancías vendidas, el cumplimiento de las formalidades de aduanas y la gestión del transporte de aquéllas –lo que implica una comisión de transporte del artículo 275 del repetido Código que, en general, obliga también al comisionista a cuidar de la ejecución del transporte por el porteador»²⁷.

La SAT Madrid de 31.05.1983, por su parte, aborda un caso en que el comisionista de un transporte internacional, que contrató en nombre propio, está obligado a pagar los portes, según el artículo 275²⁸.

En un mismo sentido, la SAT de Cataluña de 30.06.1986, por otro lado, se expresa al respecto con meridiana claridad: «del conjunto de toda la prueba practicada y apreciada de una forma razonada y unitaria como recomienda el Tribunal Supremo (...) extraemos la consecuencia de que entre C., S. A. (...) y S., S. A., comisionista de F., S. A., pero actuando en su nombre propio, posibilidad que reconocen los artículos 246 y 275 del Código de Comercio (...) realizaron (...) un contrato de transporte (...) ocupando en dicho contrato C., S. A., la posición de porteadora y S., S. A., la de expedidora o cargadora (...) y como la comisionista S., S. A., contrató en nombre propio y no declaró quién era su comitente, quedó obligada de un modo directo en aquel transporte aéreo, como si el negocio fuera suyo (artículo 275 del Código de Comercio), y dentro de dicho convenio a S., S. A. le corresponde como cargadora, frente a la porteadora, la obligación de pagar el precio del transporte»²⁹.

2. La autonomía del artículo 275 Ccom respecto del artículo 379 Ccom

Frente a la posición descrita en el apartado precedente, otros sectores doctrinales no han ahorrado esfuerzos a la hora de criticar la supuesta vinculación de los artículos 275 y 379 Ccom. Por regla general, se ha afirmado que resulta extraño que un precepto que regula la relación cargador v. porteador (artículo 275 Ccom), que es, por norma, un contrato de transporte, esté situado entre aquellos preceptos que el Código de Comercio dedica al contrato de comisión, mientras que el otro precepto en juego (artículo 379 Ccom), que está pensado, supuestamente, para la relación comitente v. comisionista, es

²⁷ *RJC-J* (1983), III, pp. 652-ss.

²⁸ *RGD* (1985), mayo, n.º 488, p. 1363.

²⁹ *RJC-J* (1986), n.º 4, pp. 108-ss.

decir, un contrato de comisión, tenga su sede sistemática en el Título VII del Libro II del Código de Comercio, en el que se regula el «contrato mercantil de transporte terrestre».

De aquí que hubiese juristas que comenzaran a preguntarse si acaso ambos preceptos no estarían refiriéndose a figuras distintas de «comisionistas», llegándose a concluir que el artículo 275 Ccom, en realidad, estaría contemplando aquel supuesto en que el encargo de contratar un transporte que se le hace al comisionista no constituye la labor principal de éste, sino que se trata de un pacto adicional a otro tipo de comisión (p. ej., de compraventa) para cuya ejecución es necesaria esa contratación del transporte con un porteador. Esta posición parte de la investigación realizada en su momento por SECO CARO, quien vio con claridad en el texto de la Exposición de Motivos del Código de Comercio de 1885 la explicación de la distinción entre una y otra figuras³⁰. En dicha E. de M. se afirma, en efecto, que «partiendo del distinto carácter que ostenta el comisionista que para cumplir su encargo ha de contratar el transporte de las mercancías de su comitente y el verdadero comisionista de transportes, equipara al primero con el cargador en las conducciones terrestres o marítimas cuyos derechos y obligaciones deberá cumplir». En suma, frente al operador del artículo 379 Ccom, el comisionista del artículo 275 Ccom sería un tipo de comisionista distinto, a veces llamado «comisionista de expedición», pero que no sería en modo alguno un profesional de la intermediación en el transporte. Esta posición ha sido adoptada por un importante sector de nuestra doctrina y puede considerarse, sin lugar a dudas, como la posición dominante³¹. No ha tenido, sin embargo, demasiada fortuna por lo que a su acogida jurisprudencial se refie-

³⁰ *Op. cit.*, pp. 252-ss.

³¹ R. URÍA y A. MENÉNDEZ, *Curso de Derecho mercantil*, II, Madrid 2001, Madrid, p. 317 («el comisionista sólo se obliga a expedir las mercancías como operación complementaria e incidental, y de ahí que el Código limite su obligación y, en consecuencia, su responsabilidad»); L. ANGULO RODRÍGUEZ, «Contratos de colaboración», en G. JIMÉNEZ SÁNCHEZ (Coord.), *Lecciones cit.*, p. 389; DÍAZ MORENO, *op. cit.*, p. 612; VICENT CHULIÁ, *op. cit.*, p. 309 («distinto es el caso regulado en el artículo 275 C. de co. (...) que en nuestra opinión regula una comisión de venta con expedición, en cuyo caso el comisionista asume las obligaciones del cargador frente al transportista, pero tampoco garantiza el cumplimiento de las obligaciones de éste frente al vendedor-comitente. En suma, no es ni comisión de transporte ni comisión de garantía»). Igualmente, A. SÁNCHEZ ANDRÉS, *RDM* 135-136 (1975) 75 y BROSETA-MARTÍNEZ, *op. cit.*, pp. 112-114. Aunque esta posición doctrinal es relativamente reciente, ya era posible adivinar una concepción similar en las expresiones de algún autor clásico: L. BENITO Y DE ENDARA, *Lecciones de Derecho mercantil*, Madrid 1889, p. 186. Debe ponerse de manifiesto, en todo caso, que no todos los partidarios de esta nueva interpretación del artículo 275 Ccom comparten el mismo punto de vista sobre la naturaleza jurídica del comisionista de transportes del artículo 379 Ccom.

re³², pero no creemos que la explicación de esta situación derive tanto (aunque algo habrá) de la inevitable dependencia de nuestros tribunales respecto de la autoridad doctrinal de quienes propugnaron en su día un tratamiento unitario de los artículos 275 y 379 Ccom, cuanto de la propia (e insoportable) levedad práctica del artículo 275 Ccom, como tendremos ocasión de poner de manifiesto en breve.

3. *El verdadero significado y valor del artículo 275 Ccom*

Por las razones esgrimidas en el apartado precedente, la interpretación del artículo 275 Ccom que ahí se ha esgrimido parece la más aceptable de todas las propuestas. Sin embargo, si la indagación sobre el verdadero significado y valor normativo de este precepto se hubiese detenido en la conclusión de que el comisionista del referido artículo es un tipo de comisionista distinto del que se regula en el artículo 379 Ccom, bien podríamos afirmar que el esfuerzo realizado para llegar a tal conclusión habría sido insuficiente. Basta con una lectura superficial del artículo 275 Ccom para que se ponga de manifiesto que hay algunas cosas en ese precepto que no encajan en el marco de un sistema normativo coherente. Así, p. ej., ¿tiene algún significado particular el que el segundo párrafo de este artículo reproduzca el mandato general del artículo 246 Ccom sobre la actuación del comisionista en nombre propio? ¿Tiene relevancia alguna que el Código de comercio se preocupe por regular la figura de un comisionista que, para cumplir con su encargo, debe contratar un transporte? ¿Era verdaderamente necesario? ¿Por qué el Código de Comercio de 1885 optó finalmente por incluir a este tipo de comisionista entre su regulación frente al aparente silencio de su predecesor de 1829 al respecto? ¿Responde ese precepto a las exigencias reguladoras de empresarios como los transitarios?

La respuesta a estos interrogantes, como ha puesto de manifiesto nuestra doctrina más reciente en la materia, no pertenece a ningún arcano de la interpretación jurídica. Es, simplemente, el resultado de un proceso histórico de

³² En la SAT de Zaragoza de 8.06.1977, no obstante, se describe un supuesto de hecho similar al tratado, pero sin hacerse mención al artículo 275 Ccom: «y acreditado en autos que el demandado (...) contrató en su propio nombre, pero por cuenta de la entidad demandante, el transporte de determinadas partidas de cebada desde el domicilio de la actora hasta el lugar en que radica el establecimiento mercantil del demandado, para ser revendidas con la prima del 20 por 100 de su importe, es claro que el contrato celebrado entre las partes reviste, no la naturaleza de un contrato de corretaje, sino la de una comisión mercantil en la que el comisionista demandado obra en nombre propio pero por cuenta ajena, típica del artículo 246, razonamiento contra el que no pueden prevalecer las alegaciones del demandado reducidas, en síntesis, a que no pudo revender las mercancías transportadas, pues lo que en la litis se reclama es el precio del transporte y no el de las mercaderías vendidas, que es objeto de otro procedimiento entablado».

gestación normativa, no demasiado afortunado, que pone de manifiesto como, en ocasiones, la labor legislativa también cuenta con su «*skeleton in the closet*», arrastrando consigo los mejores esfuerzos dogmáticos.

Permítaseme, por tanto, hacer un relato de los orígenes del artículo 275 Ccom para llegar, posteriormente, a una serie de conclusiones que den respuesta a las preguntas que se han formulado hace un instante.

(a) ORDENANZAS DE BILBAO

Prescindiendo de indagar en antecedentes más remotos, y de escasa eficacia investigadora en este caso, nos centraremos en las Ordenanzas de Bilbao de 2 de diciembre de 1737, uno de los monumentos de la legislación mercantil española anterior a la época de la codificación³³.

De entre todas las disposiciones recogidas en esas Ordenanzas interesa destacar las que integraban su Capítulo XII, que llevaba la siguiente rúbrica «De las comisiones de entre mercaderes, modo de cumplirlas, y lo que se ha de llevar por ellas». Los veinte números, o reglas, que comprendía dicho Capítulo recogían, con un lenguaje propio de la época, la regulación de algunos aspectos centrales de la intervención en el comercio, con efectos jurídicos, de los comisionistas o «comisionarios», es decir de aquellos que «ejercen o negocian, ya con su nombre, ya bajo una razón y nombre social, por cuenta de un comitente»³⁴.

El número I del Capítulo XII de las Ordenanzas establecía, en particular, que las comisiones podían ser «de diferentes especies»³⁵. Pero, en realidad, si se tiene presente el desarrollo económico de la época, no parece que las distintas actividades desempeñadas por aquel entonces por los comisionistas hubieran podido llegar a alcanzar, cada una de ellas, un estatuto jurídico definido y conformado según una particular estructura empresarial autónoma y

³³ J. GARRIGUES, «Mandato y comisión mercantil en el Código de comercio y en el proyecto de reforma», *RCDI* (1928) 805. Igualmente, P. GÓMEZ DE LA SERNA y J. REUS GARCÍA, *Código de Comercio anotado y concordado*, 4.^a ed., Madrid 1863, p. 16; ÁLVAREZ DEL MANZANO-BONILLA-MIÑANA, *Tratado cit.*, II, p. 215; y A. FORNIES BAIGORRI, *La vida comercial española, 1829-1885. Instituciones, doctrina y legislación mercantil*, Zaragoza 1968, p. 41.

³⁴ E. DE TAPIA, *Febrero Novísimo*, III, 3.^a ed., Valencia 1837, p. 53.

³⁵ ÁLVAREZ DEL MANZANO-BONILLA-MIÑANA, *Tratado cit.*, II, p. 216. QUIRÓS, J. M., *Guía de Negociantes. Compendio de la legislación mercantil de España e Indias* (edición de P. PÉREZ HERRERO), México 1986, p. 170, recoge en el número 1 del artículo 2, Capítulo IV, de su Guía la afirmación siguiente: «Cuatro especies de comisiones son las que ordinariamente se acostumbran en el comercio: la primera en que se le da la facultad y encarga a cualquier negociante que compre y remita al comitente por su cuenta algunas mercaderías; la segunda en que se le mandan efectos para que proceda a su venta como personero del remitente; la tercera para que reciba y remita dentro o fuera del reino los que se le envíen con este objeto; y la cuarta para el cobro de letras de cambio, libranzas, escrituras o pagarés».

especializada. En realidad, los comisionistas de las Ordenanzas de Bilbao, gestores «a distancia»³⁶ de los negocios de sus comitentes, participaban por regla general en un variado conjunto de operaciones que, desarrollándose preferentemente, como se ha dicho, en torno a la compra y/o venta de mercancías para sus clientes, podían incluir, además, su participación en el depósito y custodia de dichos bienes y en la contratación de su traslado, entre otras muchas actividades complementarias³⁷. De ahí, por ejemplo, la expresión empleada por el Número II del citado Capítulo XII de las Ordenanzas: «Si fueren los géneros ó mercaderías *que así se compraren* para conducirse por tierra». Parece indudable, en cualquier caso, que las Ordenanzas de Bilbao contemplaban ya la figura de ese comisionista que, con ocasión de su encargo, debía intervenir, además, en la contratación del transporte de las mercancías negociadas por cuenta de su comitente. El vínculo con el artículo 275 Ccom, y con su interpretación más aceptada, resulta claro, por tanto³⁸.

(b) LA GÉNESIS DEL ARTÍCULO 275 CCOM EN EL PROCESO HISTÓRICO DE FORMACIÓN DEL CÓDIGO DE COMERCIO DE 1885

La aportación de las Ordenanzas de Bilbao a la investigación de esa figura de comisionista que, a juicio de la doctrina más acertada, contempla el artículo 275 Ccom, no es con todo suficiente para explicar el origen y estructura del vigente precepto del Código de 1885.

Tampoco lo es el recurso al Código de Sainz de Andino (1829), porque si bien éste llegó a desempeñar un papel fundamental en la definición del significado y alcance del vigente artículo 379 Ccom, basado en el artículo 232 del Código de 1829, no aporta datos relevantes por lo que respecta a la configuración de un tipo de comisionista como el del artículo 275 Ccom³⁹.

El punto de partida de esta investigación debe centrarse en el Proyecto de Código de Comercio de 1858, formado por PABLO GONZÁLEZ HUEBRA⁴⁰. Este Proyecto contaba con un amplio y curioso Libro II, compuesto de una única Sección («De la comisión») integrada por 61 artículos, de los que inte-

³⁶ RUBIO, *Sainz de Andino cit.*, p. 141.

³⁷ GARRIGUES, *Mandato cit.*, p. 805 señala que en las Ordenanzas de Bilbao «no hay un concepto general de comisión, sino tan sólo una regulación de la comisión de venta de mercaderías».

³⁸ SECO CARO, *op. cit.*, p. 240.

³⁹ Sí lo hace, por el contrario, respecto del vigente artículo 274 Ccom. Basado en el artículo 168 del Código de 1829.

⁴⁰ Los textos de los Proyectos que se mencionan en el texto están tomados del volumen segundo del *Libro Conmemorativo del Centenario de Código de Comercio*, Madrid 1991, pp. 105-ss., en el que se recoge, además, el importante estudio de M. MOTOS GUIRAO, y J. BLANCO CAMPAÑA, «Proceso histórico de formación del Código de comercio», pp. 9-ss.

resan, a los efectos de este análisis, sus artículos 29 y 32⁴¹. El primero porque refleja, casi en su plena literalidad, el tenor del actual artículo 275 Ccom, en su primer párrafo. Y el segundo, porque responde al vigente párrafo segundo de dicho artículo, si bien con un *cambio* de relevancia que señalaremos enseguida.

El artículo 29, en efecto, señalaba que «el que en concepto de comisionista tenga que remitir efectos a otro punto debe contratar el transporte llenando las obligaciones que se imponen al cargador al tratar de las conducciones terrestres y marítimas». El contraste con el párrafo primero del vigente artículo 275 no admite duda, por tanto. Son casi idénticos.

El artículo 32, por su parte, decía que «el comisionista que contrate en nombre propio el transporte de mercancías aunque lo haga por cuenta ajena contrae para con el cargador las obligaciones que se imponen a los porteadores en las conducciones terrestres y marítimas». Aquí tampoco admite duda la comparación con el párrafo segundo del vigente artículo 275 Ccom. La estructura gramatical del mandato es la misma, pero, como puede observarse, las palabras «cargador» y «porteador» aparecen situadas en lugares distintos.

El posterior Proyecto de Código de Comercio de 1875, «antecedente crucial»⁴² del Código de 1885, habría de recoger, respectivamente, en sus artículos 287 y 288, la regulación futura de los artículos 274 y 275. El segundo de ellos, en particular, fundiría el texto de los artículos 29 y 32 del Proyecto de González Huebra, en sus párrafos primero y segundo respectivamente, pero seguiría manteniendo las palabras «cargador» y «porteador» en el lugar previsto en el Proyecto de 1858.

⁴¹ En el contexto de esta descripción histórica sobre el origen del artículo 275 Ccom y de la particular figura de comisionista allí regulada, también puede mencionarse el artículo 31 del Proyecto de 1858, entroncado con el artículo 168 del Ccom de 1829, antecedente del vigente artículo 274 Ccom. Aquel precepto decía: «El comisionista que tenga orden y fondos para asegurar los efectos que se transporten debe cumplirla y repetir el seguro si quiebra el asegurador avisando al comitente pero sin esperar su contestación.— No encontrando asegurador o no teniendo fondos debe avisarle y esperar sus instrucciones». Otro precepto de interés en este contexto es el artículo 30 del Proyecto de 1858, que no pasaría finalmente a ser texto vigente, en cuya virtud «el encargado de contratar un transporte en concepto de cargador no debe ejecutarlo con personas insolventes o desconocidas sin que respondan por ellas otra que sea conocida e insolvente». Parece recordarse aquí, en cierto modo, la tradición «garantista» de las Ordenanzas de Bilbao (Capítulo XII, Número II), que, para cada contratación del transporte, exigía la intervención de un Corredor de Arrieros «para que quedase asegurada la hacienda que se enviare, respecto de las fianzas que tienen dadas los tales corredores para estos casos» (véase, en este mismo sentido, la Guía de Comerciantes de Quirós: Capítulo IV, art. 2.º, números 3 y 4) (QUIRÓS, *op. cit.*, pp. 170-ss.). También, finalmente, cabría citar el artículo 33 del Proyecto de 1858, entroncado con el artículo 378 Ccom vigente.

⁴² MOTOS-BLANCO, *Proceso cit.*, p. 72.

Finalmente, el último Proyecto de Código de Comercio de 1882⁴³ reprodujo en sus artículos 276 y 277, casi en su misma integridad textual, los vigentes artículos 274 y 275 Ccom, pero, ahora sí, con la importante novedad del intercambio definitivo de las palabras «cargador» y «porteador» en el texto del párrafo segundo del artículo 277 (posterior 275).

¿Por qué se produjo esta modificación? Una opinión que, en principio, parece acertada es aquella que considera que el redactor de 1882 entendió que podía existir una reiteración entre lo que preceptuaba el artículo 381 del Proyecto (futuro artículo 379 Ccom) y el párrafo segundo del artículo 288 del Proyecto de 1875 y decidió, por tanto, cambiar la colocación de las palabras referidas⁴⁴. Ahora bien, lo que no se entiende, entonces, es cómo el prelegislador de 1882-1885 no se dio cuenta de que, con esa modificación, se mantenía en el Código un mandato ya presente, con carácter general, en otro precepto, el artículo 246 Ccom, que contempla la actuación del comisionista en nombre propio. Como se ha dicho, de la Exposición de Motivos del Código de 1885 se deduce, en interpretación de una significada doctrina, que la permanencia del artículo 275 Ccom en el texto final de este cuerpo legal se hizo con la finalidad de distinguir al comisionista que para cumplir su encargo ha de contratar el transporte de las mercancías de su comitente (artículo 275 Ccom) del verdadero «comisionista de transporte» (artículo 379 Ccom)⁴⁵. Ahora bien, salta a la vista que tan sólo el primer párrafo del artículo 275 Ccom puede ser explicado de esa manera. Su párrafo segundo, por el contrario, constituye una anomalía, un resto desencajado del proceso de formación legislativa del Código de 1885, que, además, es inoperante por superfluo y reiterativo.

(c) SÍNTESIS

A la luz de lo expuesto, queda, por tanto, indemne de este proceso histórico-legislativo el primer párrafo del artículo 275 Ccom, que será aplicable a aquellas personas que contratan un transporte con ocasión –y como complemento– del ejercicio de su actividad principal como comisionistas, y que es un precepto que estará referido a la relación contractual de comisión que vincula al comitente con su comisionista (expedidor) y que servirá, en su caso, como criterio de medida del grado de diligencia con el que dicho comisionista ha desempeñado el mandato que se le ha encomendado («deberá contratar el transporte, cumpliendo las obligaciones que se imponen al cargador»).

⁴³ MOTOS-BLANCO, *Proceso cit.*, pp. 73-ss.

⁴⁴ SECO CARO, *op. cit.*, pp. 255-ss. La reiteración se explicaría porque tanto el artículo 381 del Proyecto de 1882 (futuro artículo 379) como el artículo 288, párrafo segundo, del Proyecto de 1875 estarían pensando en ese comisionista (de transporte) que responde como porteador frente a su comitente-cargador.

⁴⁵ SECO CARO, *op. cit.*, pp. 255-ss.

Poco bagaje es éste, en todo caso, para asegurar que nuestro ordenamiento cuenta con una regulación suficiente de los fenómenos de intermediación y organización de operaciones de transporte. El artículo 379 Ccom, como hemos visto, no regula esta figura, sino que se limita a decir que será porteador quien asuma contractualmente la obligación de llevar a cabo el transporte, aun cuando luego el traslado pactado se lleve a cabo por medio de terceros. Y esto podrá suceder cuando, por voluntad propia, tanto un transportista como un operador de transporte de mercancías (agencia de transportes, transitarios, etc.) decidan recurrir a la intervención de ese tercero en la ejecución del transporte. Y por lo que respecta al alcance del artículo 275 Ccom tampoco creemos que sea un precepto imprescindible para conceder la necesaria seguridad jurídica al sector. Como hemos visto, este precepto, cercenado por la mitad en cuanto a su eficacia normativa se refiere, tan sólo ofrece alguna sustancia normativa en su primer párrafo, pero, por un lado, no está contemplando la intervención de intermediarios profesionales del transporte (como son los transitarios) y, por otro, hasta cabría plantearse si lo que dice ese primer párrafo no podría extraerse de las obligaciones que, de modo general, configuran la posición jurídica de quienes actúan en el tráfico como comisionistas.

VI. Los preceptos de derecho privado de la LOTT (ROTT)

En su afán bienintencionado por actualizar algunos aspectos de la regulación jurídico-privada del transporte terrestre en nuestro ordenamiento, la LOTT, y posteriormente su Reglamento (ROTT), también han incidido sobre la configuración iusprivatista de los intermediarios (operadores) de transporte de mercancías (agencias de transporte y transitarios). Lo cierto, sin embargo, es que, con respecto a estos operadores, el efecto último de la actuación legislativa no ha sido tanto el de conseguir la actualización de su régimen jurídico como la perpetuación del *statu quo* impuesto por la doctrina tradicionalmente dominante con respecto al artículo 379 Ccom (tesis de la comisión de garantía).

Los preceptos más relevantes de esta normativa, a los efectos que aquí interesan, son los artículos 119, 120, 126 LOTT y 159, 160, 167 y 168 ROTT⁴⁶. No es nuestra intención realizar ahora un análisis específico sobre el significado y alcance de esta normativa (y sobre sus contradicciones y problemas interpretativos), que dejamos en manos de doctrina más autorizada⁴⁷, pero sí poner de manifiesto que, a la luz de lo que establecen estos precep-

⁴⁶ F. M. SÁNCHEZ GAMBORINO y F. J. SÁNCHEZ ORTIZ, «Los ‘transitarios’ en la nueva ordenación de los transportes terrestres», *RGD* (1988) 5324.

⁴⁷ E. VALPUESTA GASTAMINZA, «Naturaleza jurídica de la comisión de transporte tras la Ley de Ordenación de los Transportes Terrestres», *CDC* (1991), septiembre, n.º 9, pp. 87-ss.

tos, y dado su rango normativo, la posición actual del ordenamiento jurídico español es la de considerar que los «intermediarios de transporte» allí regulados son verdaderos *comisionistas* que actúan *ex lege* en nombre propio tanto frente al cargador como frente al transportista de las mercancías que son objeto de traslado y que, por tanto, responden como porteadores frente al cargador y como cargadores frente al porteador. Y éste es un régimen que, salvo algunas particularidades originariamente previstas para los transitarios (artículo 126.1b LOTT y 167.2 ROTT) o de la inicial discusión sobre la proyección nacional o internacional y del alcance modal de su labor, es aplicable a todos los operadores de transporte de mercancías.

Esta normativa establece, además, un régimen sancionador para el supuesto de que los operadores de transporte de mercancías vulneren su obligación de contratar el transporte en nombre propio, tal y como establece el artículo 140.18.1 LOTT⁴⁸, al caracterizar como infracción muy grave la realización de actividades de agencia de transporte, transitario o almacenista distribuidor incumpliendo el requisito de efectuar la intermediación en la contratación de transportes terrestres en calidad de comisionista en nombre propio, contratando en su propio nombre con los cargadores o usuarios y los titulares de autorizaciones de transporte, asumiendo frente a aquéllos la posición de transportista y frente a éstos las obligaciones y responsabilidades propias del cargador.

Cabría preguntarse si la inderogabilidad de este sistema de contratación en nombre propio tiene sus límites en la aplicación del régimen administrativo sancionador que acabamos de ver. O dicho de otro modo, que una cosa es que se sancione administrativamente el incumplimiento de dicha obligación y otra que, en el puro ámbito contractual, sea permisible la contratación sin sujeción a la obligación de actuar en nombre propio. Pero, al margen de otras consideraciones, no nos parece de recibo hacernos este tipo de planteamientos si a lo que realmente aspiramos es a tener un régimen normativo claro, seguro y eficaz aplicable a la actuación de los operadores de transporte de mercancías. Sonroja, en cierto modo, tener que recurrir a este tipo de argucias, que si bien ponen de manifiesto la «perspicacia» de nuestros juristas, en el fondo lo que subrayan es la existencia de un régimen legal inadecuado y que merece ser «repensado»⁴⁹.

⁴⁸ En su versión de la Ley 29/2003, de 8 de octubre (BOE núm. 242, de 9 de octubre de 2003).

⁴⁹ Un ejemplo de los problemas que plantea esta cuestión la pone de manifiesto MANUEL M. VICENS MATAS, «Régimen jurídico y responsabilidad del transitario. Un posible nuevo enfoque de la problemática que suscita», *Actualidad jurídica del transporte por carretera. In Memoriam F. M. Sánchez Gamborino*, Madrid 2005, p. 534, cuando alude a que la modificación del artículo 140.18.1 LOTT, hecha en 2003, en la que ahora sólo se alude a los transportes *terrestres* en dicho precepto, implica la supresión para los transitarios de la obligación de contratar en nombre propio cuando se trate de transportes *marítimos* o *aéreos*, al considerarse únicamente como conducta sancionable contratar en nombre y por cuenta de los clientes en el ámbito de los transportes terrestres.

VII. Una mirada al entorno comparado con finalidad reformadora

Normalmente, cualquier estudio que se precie de coherencia metodológica aborda los aspectos de Derecho comparado en una fase previa de la correspondiente investigación. Aquí no lo hemos hecho de ese modo porque nuestro estudio, por su origen y por su finalidad, tiene unas pretensiones distintas, sin perjuicio de subrayar la existencia entre nosotros de magníficas síntesis comparatistas en esta materia, a las que nos remitimos⁵⁰.

El recurso a los modelos comparados en nuestro caso, además, no tiene otro objeto que el de poner de manifiesto si la situación del ordenamiento español en esta materia es asimilable o no a la de los ordenamientos de otros países de nuestro mismo entorno jurídico y económico⁵¹. Y la respuesta, tajantemente, como por otro lado ya se ha adelantado, ha de ser negativa. Todos estos ordenamientos, sin duda, partieron de planteamientos normativos parecidos o próximos a los de nuestro país, pero ya desde estadios primigenios de su evolución otorgaron a la regulación de las actividades de intermediación en el transporte un papel relevante que hace palidecer la posición española, situándola en un plano secundario que no se compadece con el papel que los intermediarios del transporte (los transitarios) deben desempeñar en un mercado global, que es, por otro lado, su ámbito natural de actuación. Y es que los principales ordenamientos de nuestro entorno (Alemania, Italia, Bélgica, Países Bajos, países anglosajones, etc.) poseen, por regla general, una regulación del contrato de expedición, cuyo prestador característico es un comisionista (o transitario) que, además de realizar un amplio conjunto de actividades auxiliares y complementarias del transporte, no responde, salvo en determinadas circunstancias previstas legalmente, del resultado del transporte en cuya contratación ha intervenido. Son los profesionales conocidos como «*Spedizioniere*»⁵², «*Spedi-*

⁵⁰ Véase, por todos, PILOÑETA, *op. cit.*, pp. 39-ss.

⁵¹ Aunque ya ha transcurrido tiempo desde su publicación, sigue siendo un buen punto de partida sobre esta cuestión (teniendo en cuenta los cambios producidos desde entonces), el trabajo editado por IDIT, *Les auxiliaires de transport dans les pays du marché común*, Rouen 1977.

⁵² Arts. 1737 CC y ss. (Contratto di Spedizione). En general, véase, F. CHIOMENTI, «Spedizione (Contratto di)», en *Enciclopedia del Diritto*, XLIII, Milano 1990, pp. 284-ss. y M. V. COZZI, *Le operazioni accessorie al contratto di spedizione*, Milano 1992. Para apreciar la evolución de esta materia en el Derecho italiano, véase, entre otros muchos, F. CARNELUTTI, «Figura giuridica dello Spedizioniere (Corte d'Appello di Venecia, 4 dicembre 1908)», *RDComm* (1909), 2, 193; ID., «Ancora sulla figura giuridica dello spedizioniere (Corte di Cassazione di Firenze, 2 agosto 1908)», *RDComm* (1910), 2, 12; A. ASQUINI, «Sugli elementi distintivi del contratto di spedizione», *Scritti Giuridici*, II, Padova 1939, pp. 39-ss.; V. ANGELONI, «Sulla disciplina giuridica del contratto di spedizione», *Scritti Giuridici*, Milano 1956, pp. 843-ss.; G. BONAVERA, «Sulla cosiddette 'operazioni accessorie' dello spedizioniere», *DirMar* (1957) 504; V. BUONOCUORE, «Il contratto di spedizione (Rassegna di dottrina

teur»⁵³, «*Transitaire*»⁵⁴, «*Freight Forwarder*»⁵⁵, cuya configuración normativa tiene poco que ver con la otorgada por nuestro ordenamiento a las agencias de transporte y a los transitarios⁵⁶.

Desde un punto de vista comparatista, por tanto, nuestro país, sin duda, suspende el examen. Y no entendemos por qué debe ser esto así, al margen de reconocer la incidencia que sobre este particular ha tenido, lógicamente, el subdesarrollo de las actividades de transporte en nuestro país, hoy felizmente superado. Resultaría lógico, por tanto, que en los tiempos actuales hubiese ya surgido entre nosotros algún debate sustancioso acerca de la

e di giurisprudenza 1943-1957)», *Diritto e Giurisprudenza* (1957) 609; G. TRABUCCHI, «Le prestazioni dello spedizioniere e l'obbligazione di risultato», *RDCiv* (1982), 2, 315; M. BRONZINI, «Trasporto e spedizione. Problema nuovi, rapporti fra le parti ed i terzi», *Il Nuovo Diritto* (1983) 509; C. ROSELLO, «Diligenza dello spedizioniere e responsabilità pere mala electio del vettore», *DirMar* (1983) 345; F. CHIOMENTI, «Il carico della merce da trasportare quale prestazione accesoria dello spedizioniere (Corte di Cassazione, n. 4943, 12 agosto 1988)», *RDComm* (1989), 2, 247; ID., «La lettera di ventura come prova decisiva Della presenza di un contratto di trasporto anziché di spedizione (Corte di Cassazione, n. 9993, 11 ottobre 1990)», *RDComm* (1991), 2, 411; F. BIANCA, «Ancora in tema di distinzione tra prestazione di spedizioniere e prestazione di vettore», *DirTrasp* (1992) 191.

⁵³ La regulación del contrato de expedición («*Speditiionsgeschäft*») en el vigente Derecho alemán reformado en 1998 (TRG) está recogida en los §§ 453-466 HGB (Fünfter Abschnitt). Por todos, K. H. THUME, «Das neue Transportrecht», *BB* (1998) 2117, especialmente 2120-ss.; y R. HERBER, «Die Neueregulung des deutschen Transportrechts», *NJW* (1998) 3297, especialmente 3307-ss. Para el régimen precedente puede consultarse el conocido trabajo de J. G. HELM, *Speditiionsrecht*, Berlin-New York 1986.

⁵⁴ Incluso en los ordenamientos de corte francés, que se precian de tener cierta particularidad en este ámbito, es posible encontrar una figura de mero intermediario de transporte («*transitaire*»), sin perjuicio de las complicaciones conceptuales que, a efectos comparatistas, pueda plantear la existencia en estos ordenamientos de una figura, distinta de aquélla, como la del llamado «*commissionnaire de transport*». La bibliografía sobre esta materia es extensísima: F. COULOMB y M. SAVY, *Les auxiliaires de transport. Approche bibliographique*, París 1987. Con un cierto criterio evolutivo y selectivo de problemas, véase, P. MALETTERRE, *Les transitaires*, thèse, Marseille 1927; P. BAILLY, «La commission de transport», en J. HAMEL, *Études de Droit commercial*, París 1948; R. RODIÈRE, «Études sur la commission de transport», *RTDCom* (1957) 1 y 535; E. COUTRET, «Le commissionnaire de transport et la Convention de Genevè (CMR)» *BT* (1973) 237; L. BRUNAT, «Commissionnaire ou transporteur», *BT* (1976) 446; P. Y. NICOLAS, *Le statut juridique des transitaires*, thèse, Rouen 1977; L. BRUNAT, «Un problème ardu á résoudre au coup par coup: la qualification juridique des auxiliaires de transport», *BT* (1982) 422; A. CHAO, «Le commissionnaire de transport, variation sur une definition», *BT* (1988) 477; INSTITUTE DU TRANSPORT ROUTIER, *Les auxiliaires de transport*, Bruxelles 1988.

⁵⁵ D. J. HILL, *Freight Forwarders*, London 1972; G. H. ULLMAN, «Ocean Freight Forwarders in the United States», *7 J. Mar. L. & Com.* 708-717 (1975-1976); W. TETLEY, «Responsibility of Freight Forwarders», *ETL* (1987) 79; D. GLASS, «Freight Forwarding», en D. YATES (Ed.), *Contracts for the Carriage of Goods by Land, Sea and Air*, London 1993, Part 7.

⁵⁶ En otros ordenamientos, H. J. M. SARAIVA, «El 'transitario' (u organizador del transporte) en Portugal: un desafío ante el año 1992», *RGD* (1990) 6647.

necesidad de contar con una regulación semejante a la de nuestros homólogos extranjeros (o incluso superadora de algunos de sus postulados, a la luz de la moderna ampliación de las actividades características de los transitarios en el nuevo marco logístico).

Quando se redactan estas páginas, precisamente, hay en nuestro país dos propuestas de reforma legislativa que afectan al Derecho del transporte. Una es la del Proyecto de Ley General de Navegación Marítima⁵⁷ y otra, en un estadio algo menos avanzado, la propuesta de reforma del régimen regulador del contrato de transporte terrestre. Ahora bien, comenzando por esta última, hay que decir que los impulsores del proyecto se han centrado en la reforma de la regulación del contrato de transporte terrestre y no han contemplado abordar una reforma más amplia que incluyese, por ejemplo, la regulación *ex novo* del contrato de expedición⁵⁸. Y tampoco se puede decir otra cosa de la reforma marítima, que se limita a mencionar al transitario dentro de su regulación del contrato de consignación de buques (artículos 350-355), para contemplar la posible actuación en calidad de tal del consignatario de buques. O en el artículo 367, dentro de las normas sobre el contrato de manipulación portuaria (artículos 260-369), para considerar al transitario como parte distinta del manipulador portuario regulado en esos preceptos.

En cierto modo, la inactividad de nuestros prelegisladores podría estar justificada por el carácter sectorial de sus propuestas. Ciertamente, parecería más conveniente ofrecer una regulación del contrato de expedición de aplicación general a los distintos modos de transporte y que tuviese en cuenta esa moderna dimensión logística y multimodal que caracteriza a la actividad de los intermediarios del transporte. No obstante, sigue llamando poderosamente la atención que, a pesar de que voces autorizadas, como la de F. SÁNCHEZ CALERO, pusieran de manifiesto hace ya mucho tiempo la oportunidad de regular el contrato de expedición⁵⁹, no se haya generado aún el correspon-

⁵⁷ Texto publicado en el BOCG de 10 de noviembre de 2006 (en fase de enmiendas en el momento en que se redacta este trabajo).

⁵⁸ Uno de los modelos inspiradores de estos trabajos ha sido el TRG-HGB alemán, que abordó en 1998 tanto la reforma de su regulación del contrato de transporte como del contrato de expedición, como se acaba de decir, si bien, hay que señalar que se trataba de reformas de textos legislativos ya existentes y no de propuestas de regulación *ex novo* de una determinada realidad contractual. Sobre la reforma alemana, entre nosotros, C. LLORENTE GÓMEZ DE SEGURA, «La nueva regulación del contrato de transporte en Alemania. Transportrechtsreformgesetz (TRG)», *RDM* (1999) 1601.

⁵⁹ Lo hizo en su trabajo sobre «El Código de Comercio y los contratos mercantiles», *Centenario del Código de Comercio*, I, Madrid 1991, pp. 211-ss. Un intento de construcción de la figura, desde la perspectiva de nuestro ordenamiento jurídico, es la de C. PASCUAL ARRANZ, «El contrato de expedición», *RJC* (1958) 499, donde aplica los artículos 244 Com y-ss. (contrato de comisión) a la figura que denomina «expedicionista», mero comisionista que se dedica profesionalmente a intermediar en la contratación del transporte por cuenta ajena. Se trata claramente de una posición muy vinculada a los modelos comparados (italiano y alemán, preferentemente).

diente debate dogmático, predecesor necesario e inevitable del posterior trabajo prelegislativo.

Donde sí se han producido intentos serios por ofrecer una regulación del transitario, sobre todo en su faceta de organizador de operaciones multimodales, es en el plano internacional. No han sido, sin embargo, esfuerzos que hayan producido resultados ciertos hasta la fecha. Poco nuevo puede decirse ya del fracaso del Convenio de Ginebra de 24 de mayo de 1980 sobre transporte multimodal⁶⁰. O del fracaso también, aunque algo más reciente, del Convenio de Viena de 1990 sobre operadores de terminales de transporte⁶¹. Quedaría alguna esperanza en los resultados de los trabajos que actualmente están en manos de UNCITRAL, pero, a fuer de ser sinceros, y una vez conocido el alcance de este «macro» Proyecto⁶², pocas posibilidades creemos que tenga de ver la luz, al menos mientras no se ajuste a los requerimientos de los titulares de los intereses en juego, que, particularmente los del sector marítimo, son preponderantes en estos momentos. Seguirán, por tanto, los transitarios sujetos a la operatividad práctica de los documentos de transporte multimodal (que tan buen juego han dado hasta el momento, no obstante) integrados en el marco de *ius cogens* de la correspondiente normativa aplicable⁶³.

⁶⁰ C. LLORENTE GÓMEZ DE SEGURA, «El contrato de transporte multimodal internacional de mercancías», en A. L. CALVO CARAVACA y L. FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA (Drs.) y P. BLANCO-MORALES LIMONES, *Contratos internacionales*, Madrid 1997, pp. 583-ss.

⁶¹ En general, S. M. CARBONE, «Il ruolo e la nuova normativa uniforme dell'operatore terminalista», *DirMar* (1992) 919; D. J. HARTEN, «Das internationale Übereinkommen über die Haftung der Terminal Operator im internationalen Handelsverkehr und seine Anwendbarkeit auf die deutschen Güterumschlagsbetriebe», *Schriften zum Transportrecht*, Band 7, Neuwied 1993; S. K. CHATTERJEE, «The UN Convention on the Liability of Operators of Transport Terminals in International Trade: the End of the Himalaya Clause», *JBL* (1994) 109; D. MORÁN BOVIO, «Responsabilidades en la terminal de transporte», en AA.VV., *El transporte terrestre nacional e internacional*, Cuadernos de Derecho Judicial, IX, 1997, pp. 291-ss. Desde una perspectiva previa y más amplia: AA.VV., «Symposium on Terminal Operations and Multimodalism», 64 *Tul. L. Rev.* 281-629 (1989).

⁶² Nos referimos al llamado «Proyecto de convenio sobre el transporte [total o parcialmente] [marítimo] de mercancías».

⁶³ Hay, no obstante, posiciones recientes que postulan la liberación de los operadores de transporte multimodal respecto de ese marco imperativo («*ius cogens*») de la legislación aplicable al transporte. Véase, en este sentido, J. RAMBERG, «The Future Law of Transport Operators and Service Providers», en F. MARTÍNEZ SANZ (Dir.) y M.^a V. PETIT LAVAL (Coord.), *I Congreso Internacional de Transporte en el Siglo XXI*, Valencia 2005, pp. 765-ss. Del mismo autor, «New Orientations of Multimodal Transport», presentación (inédita aún) en las *XV Jornadas de Derecho Marítimo de San Sebastián* (Mayo 2007).

VIII. Conclusión

El transitario es un empresario que desempeña una actividad de extraordinaria relevancia en la organización de los movimientos de mercancías en un contexto global y multimodal. No es de extrañar, por tanto, que en los países más destacados de nuestro entorno, esta figura cuente, al menos, con una regulación básica configuradora de su posición jurídica.

En España no sucede lo mismo, porque ni existe regulación del contrato de expedición, ni los preceptos supuestamente aplicables a esta situación, los artículos 275 y 379 Ccom, tienen demasiada utilidad en este contexto; en el primer caso por no estar referido a una actividad profesional como la de los transitarios, sino a otra de carácter complementario («*ancillary*»), y en el segundo por tratarse de un precepto que si bien acoge, felizmente para nuestra dogmática, la moderna figura del porteador o transportista «contractual» apenas aporta nada a la estructuración jurídica global de la genuina actividad transitaria. Lamentablemente, además, el esfuerzo dogmático desarrollado entre nosotros para arrojar alguna luz sobre este panorama normativo no ha sido precisamente ejemplar, por haber estado desencaminado durante mucho tiempo y por haberse puesto de manifiesto tardíamente la escasez de nuestro bagaje normativo.

Intuitivamente, en este contexto cabría pensar en la oportunidad de abordar un proceso legislativo que concluyese con la concesión a los transitarios de un marco regulador estable y seguro de sus actividades empresariales. Este marco, a similitud de lo que ocurre en el entorno comparado, podría configurarse sobre la base de normas preferentemente dispositivas que pudieran ser complementadas adecuadamente con las correspondientes condiciones generales de la contratación elaboradas por las organizaciones empresariales del sector (como p. ej., las ADSp alemanas, AVC 2002 holandesas, etc.). Se podría, o se debería incluso, plantear la posibilidad de recoger en esa normativa las tendencias más recientes en cuanto a la configuración moderna de un empresario habituado a actuar en un contexto internacional y cuyas funciones se han ido ampliando durante las últimas décadas (logística)⁶⁴. Evidentemente, la voz del sector transitario debe jugar un peso relevante en este proceso. Y es aquí donde en ocasiones se percibe, más allá de un fondo común de acuerdo sobre la necesidad de ofrecer una solución normativa a los problemas del sector, una cierta heterogeneidad de posiciones. Hay quienes claramente postulan la necesidad de una reforma, pero en

⁶⁴ A. XERRI SALOMONE, «Aspectos evolutivos del transporte en el sistema italiano: del 'receptum' a la logística», *Actualidad jurídica del transporte por carretera. In Memoriam F. M. Sánchez Gamborino*, Madrid 2005, pp. 557-ss. Igualmente, desde otra perspectiva, F. BOCCHINI, «L'evoluzione di una prassi contrattuale: spedizione e distribuzione di prodotti», *RDCiv* (1984) 2, pp. 11-ss.

otras ocasiones se oyen voces que aceptan el *statu quo* normativo actual, en las que puede entreverse un cierto «síndrome de Estocolmo» con respecto a la aplicación inexorable de la tesis de la comisión de garantía a los transitarios, cuyas consecuencias sobre la regulación de las operaciones de intermediación de transporte en nuestro país son bien evidentes.

Del sometimiento al imperio de la ley, a la modernidad del arbitraje¹

Manuel María Zorrilla Ruiz

Catedrático Emérito de la Universidad de Deusto
Ex-Presidente del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco
Presidente de la Asociación de Jueces y Magistrados Jubilados de España

Recibido: 25.04.07

Aceptado: 15.06.07

Resumen: El arbitraje de equidad implica un modo de composición justificado por la exigencia de evitar las excesivas demoras de los procesos judiciales y los daños irrogados a los litigantes. Constituye un complemento de la jurisdicción y un ejercicio privado de funciones públicas. La proliferación que hoy adquieren los equivalentes jurisdiccionales y su irrupción en el *mundo del Derecho* son evidentes y muy útiles. De ahí, la conexión de los juristas con el *sentimiento de equidad* y el *significado de la justicia material*. Quienes fueron Jueces y Magistrados ejercieron la jurisdicción sometidos al imperio de la ley, pero el esfuerzo desplegado contra esta servidumbre les ha proporcionado una *experiencia equitativa*. Experiencia que prueba su capacidad para dilucidar los arbitrajes conforme a las pautas del orden natural, los dictados de la recta razón, los consejos del buen sentido y el respeto debido a la naturaleza de las cosas.

Palabras clave: Jurisdicción. Arbitraje. Equidad. Mérito y capacidad. Jueces y Magistrados jubilados.

Abstract: *The arbitration of equity involves a kind of composition duty to the necessity of avoiding the excessive delay suffered by the judicial process and the damages caused to the litigants. It supposes a complement of the jurisdiction and a public functions private exercise. The proliferation showed by the jurisdictional equivalents and its irruption in the world of the law, are evident and very useful. The jurists are connected with the sense of the equity and the meaning of the substantial justice. The old judges have made a work subjected to the empire of written law, but the courage of having fought against this restriction gives them an equitative experience. This experience reveals the capacity to decide the arbitrations according to the natural order, the right reason, the good sense and the respect to the nature of the things.*

Key words: *Jurisdiction. Arbitration. Equity. Capacity. Retired Judges.*

¹ Texto de la ponencia presentada por el autor en la «Primera Jornada Judicial sobre Arbitraje Nacional e Internacional» que, el 13 de marzo de 2007, han organizado, en Madrid, la Consejería de Justicia de la Comunidad Autónoma de Madrid, la Asociación de Jueces y Magistrados Jubilados de España (AMAJE) y la Asociación para Transacciones y Arbitrajes (ATA).

Sumario: 1. Situación y perspectiva general de los interrogantes abordados.—2. Disipación de las objeciones opuestas al desempeño de los oficios arbitrales por quienes antes ejercieron funciones jurisdiccionales.—3. Devaluación y superficialidad del *estigma competitivo*.—4. Ventajoso adelanto de los *equivalentes jurisdiccionales* y positivo aprecio de su irrupción en las operaciones de administración de la justicia.—5. Advenimiento gradual de los juristas a los campos de la *sensibilidad equitativa* y a las adquisiciones de la *justicia material*.—6. Consolidación de la *sensibilidad equitativa* precisa para inducir a la frecuencia del ejercicio arbitral y estimular la mejora de sus prácticas.—7. Particularidades del enjuiciamiento fundado en el descubrimiento, elaboración y aplicación de las orientaciones de equidad.—8. Continuidad e indivisibilidad de las acciones de *cuasilegislación de caso único* y de *resolución cuasijudicial* de conflictos que imprimen carácter al arbitraje de equidad.—9. ¿Vocación de los Jueces y Magistrados, que de antiguo lo fueron, para el conocimiento de los arbitrajes de equidad?

1. Situación y perspectiva general de los interrogantes abordados

Las reflexiones hechas a continuación están lejos de ser —al uso combativo de las confrontaciones interminables y obsecadas— un inventario de razones que defienden, sin más, la utilidad pública y el interés social de que la actividad profesional de quienes ejercieron oficios judiciales se extienda al campo de los modos de composición, en general, y, en especial, del arbitraje. Aun cuando, a tal efecto, se aduzcan las ventajas del pasado ejercicio de la jurisdicción frente a las objeciones —más o menos individualizadas y sabidas de todos— que insinúa la susceptibilidad del *espíritu crítico*. Hace falta un discurso sereno para aquilatar la consistencia que —con dosis variables de divulgación e intensidad— adquieren las consideraciones y los puntos de vista que, por amor a la verdad, se han de tener en cuenta.

Los opinantes avisados por ese debate sostienen —con argumentos persuasivos de entrada— que no puede pasarse por alto la novedad del *ejercicio de funciones arbitrales —modo de composición óptimo* y más denso que los *modos menores* de la conciliación y la mediación— por quienes dedicaron su vocación judicial y aplicaron sus conocimientos de Derecho a resolver contienda cuya decisión les exigía *someterse únicamente al imperio de la ley*. ¿Se está, pues, en presencia de una tentativa tardía, ya que no frívola, de un entrenamiento cuasideportivo, acaso extemporáneo, o del aprendizaje apresurado —pues el tiempo fugitivo se esfuma— de una de las *asignaturas pendientes* del bagaje en que el ser humano almacena las ilusiones y/o nostalgias ocultas hasta el momento de desenterrarlas?

Se tiende a presumir que los hábitos —de metodología y ejercicio— contraídos durante una *vida judicial de proporciones medias* forjan un paradigma psicológico —de máximos y mínimos irreversibles— y fortalecen unas

estructuras personales que no se dulcifican ni revierten para facilitar cambios de rumbo como el que aquí y ahora se analiza. Sin confesar las apetencias de un giro radical en la fenomenología de la aplicación del Derecho, porque la sensatez de la adscripción a la comunidad de juristas condena el despropósito de las divisiones a ultranza, cunde la impresión de que el *advenimiento torrencial de novedades litigiosas* –que reclaman, para el bienestar individual y la prosperidad de los intereses generales, el auxilio de los útiles de composición o equivalentes jurisdiccionales– desvela un panorama sobrecogedor. La *avidez hobbesiana* del apetito por los bienes sensibles de la vida –pues, no en vano, el interés está en la diana de la técnica jurídica– tropieza con la dificultad de reprimir la frecuencia de sus desbordamientos, frenar los excesos de su irracionalidad y restituir a la sociedad una parte del buen Derecho y el orden que se le arrebatan. Los responsables de la distribución de la justicia tienen que cerciorarse de ello, sin paliativos ni rodeos, y, convencidos de su magnitud, digerir –porque, lejos de pedir demasiado, ello es pedir sólo lo justo– la infinidad de *cambios accidentales* que capta la sensibilidad de los juristas curtidos en el incansable entrenamiento de la *curiosidad y el asombro filosóficos*. De ahí, si las referencias estadísticas no mienten y la notoriedad no engaña, la pertinencia de las reflexiones que –sin permitirse el lujo de cometer *errores de baja intensidad*– cabe intentar sobre la apertura general del problema y el despliegue de las cuestiones especiales que de él son consecuencia.

Se objeta que una escueta *faena de readaptación* –concepto jurídico indeterminado que, queriendo expresar demasiado, se presta al juego de la prestidigitación terminológica– de los ex-Jueces y Magistrados dispuestos al ejercicio arbitral, difiere de la *acomodación sustancial* necesaria para el buen fin de la actividad sobrevenida. Dícese que la readaptación completa es una variante del *perfeccionamiento mejorable* que sobrepasa los umbrales del acceso a la zona inexplorada de los arbitrajes. Suscribir esta tesis, desautorizando la *productividad arbitral* de la impartición convencional de la justicia por los ex-jueces profesionales, encierra un error y un peligro. Se conciben como compartimentos antagónicos –en los respectivos planos de la efectividad del Derecho y de sus consecuencias económicas– los que la jurisdicción y la composición parecen disputarse, olvidando que la mera sospecha de esta impregnación e intromisión competitivas daña, en perjuicio de la sociedad escandalizada por su comprobación, las oportunidades de mejorar la cantidad y calidad de la justicia que se distribuye. Aun cuando la traza de los arbitrajes complejos –caracterizada por la dosis de especialización correspondiente– se distinga del perfeccionamiento anejo a la *idea de readaptación*. No es lo mismo habituarse, desde el principio de las actividades profesionales del jurista, a surcar con destreza los *océanos arbitrales*, que ejercer este modo de composición a partir de la conversión psicológica y técnica de quienes lo cultivan en la etapa –moral e intelectual– de la postmadurez. Readaptar equivale a reajustar, tras las viejas experiencias jurídicas,

la actuación de las nuevas funciones que, sin esos aditamentos, no se sirven adecuadamente.

Entre el *Escila* de los pareceres menos conformes con las actuaciones arbitrales de los ex-Jueces y Magistrados, y el *Caribdis* del reconocimiento de esas aptitudes, la necesidad de mitigar urgentemente los fracasos de la justicia material basta para descartar la tentación de enfrentamiento y eliminar las acideces críticas, estimulando la fertilidad de un designio adoptado con *reflexión, independencia y formación jurídica solvente*. Defendiendo que lo decisivo es racionalizar la eficiencia de las comunidades de juristas que elogian y acuden a las ventajas de la composición –compatibles con las de una jurisdicción aliviada de excesivas cargas– y que, fuera de este objetivo preferente a la luz de la Moral y el Derecho, sólo hay objeciones menores o invenciones –artificiosas e interesadas– de falsos problemas.

Tales observaciones, y otras más leves que se les añaden, justifican la recepción del *derecho de todos al mínimo de garantía y acierto de las soluciones emanadas de los pareceres de los árbitros*. Quizás proceda una paráfrasis de la noción de *efectiva tutela judicial* que, amén de sus conatos de ensanchamiento conceptual, viene de la definición originaria extraída del novísimo derecho fundamental que constata el art. 24.1 CE. El derecho a la *protección arbitral efectiva* consistiría en *obtener de un órgano –unipersonal o colegiado– investido de la competencia que le otorga el acuerdo de los sujetos a su equivalencia jurisdiccional, una resolución que –generada tempestivamente y con independencia de su tenor favorable o adverso– se ajuste, mediante un razonamiento suficiente e intelectualmente persuasivo, al Derecho Positivo en vigor o a la ordenación de caso único típica de los criterios de equidad que, individualizada e irrepitiblemente, se aplican en las contiendas de esa naturaleza*. He ahí la clave de la credibilidad que los interesados otorgan a un modo de composición que zanja los conflictos en condiciones óptimas para preservar la intangibilidad de los intereses debatidos y decir al respecto la última palabra, desterrando cuantos ritualismos u obstáculos formales erosionen los valores sustantivos que se imponen por motivos de efectividad y testimonio.

2. Disipación de las objeciones opuestas al desempeño de los oficios arbitrales por quienes antes ejercieron funciones jurisdiccionales

Las más ásperas de las objeciones formuladas, lejos de responder a estímulos corporativos, recuerdan –desde posturas de corte dogmático– que la dedicación al arbitraje presupone el dominio de técnicas –evolutivas y especializadas– que no se adquieren con el aval y los antecedentes de las experiencias judiciales. Algo ha de decirse para ablandar la dureza de unas afirmaciones más debidas al *talante voluntarista* de quienes las profieren, que al armisticio con la naturaleza de las cosas. Cuesta sostener, en clave de mente

sensata, que las particularidades técnico-jurídicas o las limitaciones del marco en que la judicatura ha administrado la justicia que le correspondía repartir, incapacitan –ruidosamente y casi de raíz– para que emprendan funciones arbitrales quienes han servido las de índole jurisdiccional. Hay más argumentos apropiados a la coherencia o *relación complementaria* de una u otra variante de administrar justicia, que razones en pro de la incompatibilidad de ambos modos de concebirla y realizarla.

Las resoluciones judiciales y los laudos arbitrales persiguen la que, empleando una feliz rotulación, dio en llamarse *conversión del Derecho en justicia*. A través de los respectivos oficios y de los esfuerzos hechos para sortear los riesgos de su navegación, la conversión se comparte indivisiblemente por el quehacer de los jueces y los árbitros. Llamados, todos ellos, a *interpretar los acontecimientos y definir los rasgos fisonómicos de una civilización cuyas incidencias conflictivas deben recobrar la distensión y la normalidad que, según la recta razón y no las improvisaciones volubles, reclama la estabilidad de las relaciones sociales*. Esta idea –inherente a la sensibilidad del pensar jurídico– se ha transmitido al conocimiento vulgar y al espíritu de la comunidad. Sus requerimientos pragmáticos destacan los bienes y males del *achicamiento de un mundo* antaño contemplado desde las soledades especulativas, y hoy explorado y explotado por cuantos, asomándose a los *enigmas de la globalización*, se preguntan sobre su futuro. En medio de la calle está la convicción de que el destino del sujeto individual –específico de cada punto y hora de su suerte– no se juega en las inmediateces, más o menos domésticas, de su entorno, sino en zonas ignotas de la Tierra, donde deciden agentes históricos cuyas identidades y poderes –si interesa saberlos– no van a conocerse nunca. Ante lo abrumador de esta constancia, los agentes de la moderna *lucha por el Derecho justo* tienen que condenar –como pecado mortal de indiferencia– cualesquiera disidencias o *cismas de base* entre cuantos se conjuran para expulsar a la injusticia de los espacios agraviados por las amenazas de su perpetuación. Han de oponerse al caos de *esa oscura desbandada* que –aunque disimulada o escondida– cumple su papel disolvente, permitiendo que las fuerzas del mal y del encono desasosieguen a los valedores de la verdad y del bien.

La irrupción –cada vez más frecuente y sistemáticamente inevitable– del *elemento histórico-evolutivo* en la factura de las resoluciones judiciales favorece el cultivo de variantes interpretativas que sugieren cambios de naturaleza. La tarea del escueto sometimiento de los jueces al imperio de la ley se vuelve más costosa y complicada, porque introduce criterios hermenéuticos que, dejando de ser selectivos y académicos, se convierten en remedios técnico-jurídicos generalizados y habituales. El juez debe olvidar que el legislador expresó, si llegó a concretarla y quiso que a la sazón preponderase, una *voluntad originalista* que se marchita con el cambio de las circunstancias –irresistibles e imprevisas– del tiempo y del lugar. *El Derecho así descabezado no es objeto de una interpretación tradicional, sino de una cuasilegisla-*

ción sustitutiva *de la norma que se emancipa de su paternidad distante*, porque su senectud impide las operaciones de conservación y aclaración que antes se practicaban venturosamente. La norma jurídica, que no tiene por qué naufragar, cobra los atractivos de un espíritu y finalidad a que *fundamentalmente* –adviértanse el énfasis y la impostación sintáctica de este adverbio– *ha de atenderse*. El avance –vecino, aunque conceptualmente distinto del juicio de equidad– implica a los jueces en operaciones afines a la *composición de controversias*, no a partir de anteayer, sino desde que el art. 3.1 C.c. (Código Civil de 24 de julio de 1889, cuyo Título Preliminar se reformó por la Ley de 31 de mayo de 1974) acogió sabiamente una de las opciones estimables del *uso alternativo del Derecho*.

La justicia deseable surge de *raciocinios* –si se aplica el Derecho preconstituido que es materia de su desarrollo– o de *acciones de creatividad* que, como especies de la reflexión equitativa, sugieren perspectivas elásticas a las que el tratamiento de las cuestiones judicializadas tampoco es ajeno. El ejercicio histórico de la jurisdicción descansa en las enseñanzas y experimentos del pasado que le han sido fieles, mientras que las acciones arbitrales aceptan *desafíos escabrosos e inéditos*, a medida que cunden los ejemplos de intolerancia civil y se despedaza el *proyecto de estar en el mundo* para organizar el entendimiento –feliz e inteligente– de sus moradores. Sin perjuicio de precisiones técnicas y distinciones que no hay que exagerar, ambas dedicaciones –la judicial y la arbitral– revelan más afinidades de comunicación, vitalidad jurídica y servicio social, que divergencias capaces de situarlas antagónicamente y anular lo saludable de su cooperación.

La *fenomenología de la aplicación del Derecho* depende de unas cuantas variables esenciales. A saber, la falibilidad humana que intenta sanar sus flaquezas al calor de esta disciplina del espíritu, el afán de liquidar los conflictos que enrarecen la existencia individual y social más allá de las tensiones admisibles entre las personas y/o grupos que la escenifican, y –sorprendentemente– la confianza puesta en que sean *personas falibles* quienes, pese a la melladura de los instrumentos empleados y las eventuales imperfecciones de sus juicios, se han propuesto mejorar el balance de la paz y la justicia que todos ambicionan. Constituye un desacierto suicida dividir y aislar, en compartimentos estancos, la *vastedad unitaria, solidaria y efectiva de la comunidad de juristas*, convocada a cumplir unos fines que, pese a la generosidad de sus acciones, sólo en parte se alcanzan. El derecho a la convicción y conformidad de los interesados con las soluciones arbitrales y preferentemente equitativas de los problemas jurídicos que les atañen y cuyo modo de composición han pactado, lleva camino de asentarse, más temprano que tarde, en el *panorama constitutivamente histórico de la razón práctica*. Superará la naturaleza y el nivel de protección que avalaba el –entonces novísimo– art. 24.1 CE. Provocará el *reconocimiento de un derecho innato o cuasinatural*, cuyo contenido esencial o núcleo invulnerable reduzca las distinciones minimalistas, que, ante la imagen y la resonancia colectivas del

tema, sirven más a posturas accidentales de escuela que al deber –sustancial e irrenunciable– de dar a cada uno lo que en justicia se merece. De lo contrario, se estaría ante algo que –acentuando los reparos estériles– fulminaría la función social de *purgar las miserias morales que aquejan a las personas y los grupos cautivos de las contradicciones de su convivencia*. El detestable triunfo de esta divergencia proveería de otro antecedente para escribir un capítulo más del fracaso mundano de la *verdad liberadora*.

No es sostenible, manejando un léxico de moda, que –al asumir funciones arbitrales u otros modos de composición – la supuesta deformación positivista de los ex-Jueces y Magistrados represente un demérito de rigidez –perjudicial y censurable– o propicie un espíritu de legalidad encubierta que hipoteca la magnitud equitativa de las *creaciones del juez-legislador de caso único*. Las reflexiones recién hechas y algunas otras más intentan demostrarlo.

3. Devaluación y superficialidad del ‘estigma competitivo’

Es moral y jurídicamente rechazable santificar una *calificación despiritualizada* –extraña a los valores contemplados aquí– que, desacreditando o combatiendo la amplificación de las oportunidades arbitrales, alegue pretextos de competitividad allí donde el apremio de las demandas de justicia requiere la coalición indisoluble de unas *respuestas prontas, lógicas y esperanzadoras*. Ha de estarse a las sensibilidades y criterios que condenan –por discriminatoria y ofensiva– la idea de contestar a esas demandas con soluciones de primera o de segunda zona. Niveles que presupondrían grados distintos de capacidad y formación de las personas entregadas a dicho modo de composición. Con otras palabras, justicia material de calidad o justicia material adocenada. Parece inconsecuente con la idea de *productividad social* restar calidad a las operaciones de arbitraje confiadas a quienes, tras su adscripción duradera a la judicatura, no se encuentran ni se sienten estigmatizados –como un equipo de *robots en serie*– por la supuesta *hipoteca intelectual* del sometimiento al imperio de la ley. Se descuidaría el objetivo primordial de *servir comprometidamente a la causa del Derecho* y lograr que, como el art. 9.2 CE (Constitución española de 29 de diciembre de 1978) ha establecido, sea *real y efectiva* la libertad de cuantos resuelven en sede de arbitraje. Lo primero, porque preexiste una aptitud que, según el art. 103.3 CE, conviene a las *condiciones de mérito y capacidad* bastantes para adueñarse de las dimensiones de los problemas emergentes y diagnosticarlos, y porque –de siempre y no desde anteaer– se aprecia el valor indiscutible de la *independencia judicial*. Una *independencia que asegura –lo que aquí es capital– la naturalidad de pronunciarse sin los titubeos y vacilaciones de los espíritus irresolutos o hipercríticos*. Una independencia que de continuo cursa este mensaje: *aprende a dejar de decir que no eres, cuando aún sigues siendo; que nada puedes, cuando tu voluntad –enérgica y amable– lo puede casi*

todo; que estás atado, cuando te sientes invenciblemente libre. Lo segundo, porque, superando la *eficacia*, la *efectividad* nace del propósito –ambicioso y resuelto– de demostrar tangiblemente que la causa de la justicia material se ve indistintamente servida por lo que, pareciendo un intercambio sustancial de funciones, se reduce a un cambio de etiqueta que confirma lo *universal* y *solidario* de los compromisos de la comunidad de juristas.

El arbitraje se asocia a un *ejercicio privado de funciones públicas* que, según las cláusulas de los arts. 1.1 y 9.2 CE, incorpora la idea de que la justicia –alojada dentro del ordenamiento jurídico y por encima de una legalidad fundamental que ya no es entonces la *norma suprema*– y la comprobación de la aptitud para orientar prudentemente sus operaciones, no se abordan con ejemplos de simplicidad publicitaria ni con criterios que oculten la seriedad de aquéllas. Los ex-profesionales de la Judicatura que advienen a los experimentos arbitrales son los primeros en acatar un *principio de insuperable respeto a la causa del Derecho*, conciliable con los adelantos tecnológicos o las especialidades vinculadas a la modernidad del arbitraje y/o de los otros modos de composición. La dignidad y los merecimientos de esa causa desautorizan cuantos discursos se alimentan de un *pensamiento débil* e impotente para agrietar la solidez de las tesis que les contrarrestan.

El art. 23.2 CE hace saber que el acceso a las funciones públicas –comprensivas de la especie de ejercicio privado en que reside el arbitraje– equivale a un *derecho fundamental* o innato de atribución declarativa, como advierte el art. 53.1 CE, y al que se adviene en condiciones de igualdad. Descalificar –con excusas históricas o medias verdades– el acceso de los ex-Jueces y/o Magistrados a los oficios de la composición arbitral entraña una *diferencia de trato* fundada en reparos de mínima monta –marginales e insignificantes– y, fuera de toda duda, inadmisibles. Diferencia que, ante lo frágil de esos alegatos, carece de la *justificación objetiva y razonable* que le haga plausible y no la convierta en un emblemático ejemplo del *trato discriminatorio* que, con harta frecuencia, proviene de asentir dócilmente a discursos erráticos y desvaídos.

Faltan razones de envidia para denegar, desoyendo el art. 23.2 CE, las cualidades discutidas y el acceso a las funciones arbitrales, a los ex-Jueces y Magistrados de carrera que, tras aplicar las normas positivas del Estado social y democrático de Derecho y el Derecho Comunitario Europeo, dulcificando su aridez y/o rellenando sus lagunas, han respondido, además, a otras preocupaciones. Han procurado –forzando hasta la extenuación la lógica de la *razonabilidad del pensamiento*– abordar conforme a equidad las situaciones conflictivas que lo requerían y, pese a lo cual, la aplicación íntegra de la receta equitativa era, vistas las cortapisas de la legalidad, poco menos que *misión imposible*. Pierde así consistencia la aparatosa imputación de que –compartiéndose el fin común de aderezar una justicia material coherente con los signos de los tiempos– la peculiaridad profesional o la *sutiliza preferente* de los arbitrajes de equidad impide que los ex-componentes de la

judicatura le sirvan a entera satisfacción de una sociedad beneficiada por sus atenciones, aunque pendiente todavía de adquirir la dosis de sensibilidad cultural que, para su bienestar, reclama este modo de composición.

Tras la lista, *más que serie de objeciones opuestas*, conviene recomprender una máxima que ha castigado el aprendizaje del Derecho y asfixiado la estancia en los espacios donde su aplicación tiene lugar. Se trata de recobrar los alicientes del pensamiento saludable y fulminar la paradoja que el lema espeluznante «*hágase la justicia, aunque perezca el mundo*» puso en circulación para auspiciar –sin un ápice de sutileza– el mecanicismo de un Derecho cuyo ingrediente de justicia material perdía, dándose anticipadamente por vencido, las batallas libradas contra la omnipresencia arrogante del positivismo y sufría el desprecio, cuando no el olvido, de lo que *era y significaba la equidad*. El arbitraje de equidad –a cargo de juristas cultivados y no de aficionados de ocasión o portadores de complacientes etiquetas– está hoy ahí para probar que el *mundo empequeñecido de la globalización* –cuyos enigmas oscurecen la visibilidad de sus certidumbres y peligros– se alza contra el encarnizado llamamiento de aquella consigna apocalíptica. El arbitraje refuerza la confianza en el uso –tenaz, comprometido e ilustrado– de los mensajes de la justicia sustancial. *Tenaz*, porque la voluntad –al amparo de las curiosidades y atrevimientos del asombro– induce a reaccionar en esa clave. *Comprometido*, porque la reflexión sobre los fenómenos que encarecen su necesidad, descubre formas nuevas de tantear su importancia y encasillar sus episodios. *Ilustrado*, porque –sin perjuicio de la celeridad y el pragmatismo que distinguen a las actuaciones arbitrales– los ex-Jueces y Magistrados que las escenifican capitalizan pedagógicamente esta experiencia. La comparan con la del ejercicio de la jurisdicción y extraen conclusiones que, lejos de ser sólo especulativas o académicas, transmiten al mundo del Derecho los elementos de progreso que enriquecen lo plural de sus descubrimientos.

Se rescatan así los contenidos del depósito de las *normas del orden natural* que, según una infalible predicción, retornan y fluyen, sin cesar, para modernizar las demandas sociales de justicia. La diligente revisión y día de un *cuero general de doctrina sobre la equidad* ayuda a cumplir los objetivos comunes de universalidad de la justicia y a sosegar los escenarios conflictivos que, para salvar la obsolescencia de las leyes positivas, utilizan las aportaciones de un Derecho cautamente individualizado o, si se prefiere, *servido a la carta*.

4. Ventajoso adelanto de los ‘equivalentes jurisdiccionales’ y positivo aprecio de su irrupción en las acciones de administración de la justicia

La frecuencia de los modos de composición –especialmente del *arbitraje de equidad* al que estas reflexiones conciernen– determina juicios relativos a sectores del ordenamiento jurídico en que la recta razón y el buen sen-

tido permiten comprenderlos y enunciar las proposiciones expresivas de su creatividad. Se aprecian las virtudes didácticas de la complementariedad de la jurisdicción y el arbitraje, y las utilidades –no menores– de que éste se confíe a quienes, tiempo atrás, asumieron responsabilidades judiciales.

Los modelos culturales de una dedicación concreta al mundo del Derecho permanecen abiertos y no se cierran con las enseñanzas impartidas ni con el aprendizaje habido en las aulas universitarias. Su consunción depende de una *revolución personalísima* que conmueve el siquismo del jurista, sujeto a las vicisitudes del Derecho aplicado y consciente de las contradicciones sociales en que sus experiencias le sumergen. No es una excepción el caso del *juez profesional* cuyas perspectivas generales se agrandan en función de las realidades que le toca vivir, así como de los episodios externos que atañen a su repertorio de valores y al depósito de su independencia. Su idea de lo que el Derecho debe ser se expone a crisis –dramáticas a veces– que gestiona con acierto o insatisfacción. Sus predilecciones –condicionadas por las operaciones de apreciación y diagnóstico– pueden cambiar, andando el tiempo, de orientación y de tamaño. Unas veces, por exigencias de sinceridad consigo mismo y, otras, por motivos de utilidad predominantes. El volumen y el rango de aquellos valores oscilan a medida que el experimento no sólo toca a los hábitos de movilidad y madurez, sino que, en virtud de esa revolución interior, *reconstituyen el estilo y el modo de ocupar el mundo del Derecho*, tomando cuenta y razón de las transfiguraciones de su disposición originaria. Bien porque los aprendizajes sucesivos desbordan el cauce de su metodología personal, bien porque el flujo de la historia remueve las bases que –cuantas veces el Derecho reacciona y *se alza en pie de guerra*– justifican las soluciones convenientes a la traza novedosa de cada problema.

Sumando un dato más de ilustración a la pregunta de si los ex-Jueces y/o Magistrados de carrera pueden acometer, con solvencia y crédito social, las funciones de un árbitro entre partes, conviene recordar que, tras dictar la primera sentencia en los *burgos menudos* de su estreno, iniciaron esa aventura interminable. Andanza que –confusamente divisada y, a todas luces, excitante– mostraba, como un *oscuro objeto del deseo*, la voluntad de culminar, más tarde o más temprano, una *revolución pendiente*. Revolución que no sólo era la clave de la *restauración de la persona física, hombre o mujer, que se renueva*, sino también de la conciencia de *apropiarse el sentimiento –pletórico de grandeza y servidumbre– de la independencia judicial*. Un extremo que no puede pasarse por alto a la hora de estimar las ventajas de un siquismo inmovible para adentrarse en la aventura del arbitraje de equidad. Se reitera la resistencia a ser sólo el oráculo que repite las palabras de unas leyes cuyas insuficiencias se reprochan y cuyas oportunidades de actualización se enaltecen. Se propugna un *Derecho notoriamente equitativo* que, sin llamar a rebelarse contra las normas positivas, suaviza, caso a caso, las *asperezas del imperio de la ley*. He ahí los testimonios de *educación equitativa* y de *respuesta responsable* a sus llamadas, y las predilecciones –no siempre aten-

dibles– y zozobras que anegan el círculo vital del juez *sediento de equidad*. Cuantos han vivido este ciclo de transformaciones –primero torrenciales y luego acogidas con pausa– pueden dar fe, poniendo su testimonio en negro sobre blanco, de lo que, para sensibilizarse a la equidad y acostumbrarse a cultivarla, supuso ese encuentro con los episodios del *cambio revolucionario*.

Los jueces profesionales –que han librado muchas batallas interiores para esbozar, frente a la intransigencia del Derecho escrito, una equidad de atenta búsqueda y uso comprometido– acreditan un *talante y una afección equitativos*, cuya posesión no data, como es claro, de las oportunidades brindadas por las normas jurídicas que precisamente encierran los obstáculos eliminables. Se trata de una *posesión ganada por reacción* ante lo muy difícil o imposible de aplicar, con justicia de fondo, un *Derecho implacable* que fuerza a secundar la inflexibilidad de sus pautas. Dígase si esta formación –espontánea y, a veces, tormentosa– no adjudica un *título, respetable y digno, de mérito y capacidad* para producir los actos de *equidad integral* que el arbitraje debe dispensar a los peticionarios de justicia.

Los jueces profesionales, que han dejado de serlo, deploran no haber logrado servir plenamente a la *causa del Derecho justo* en un sistema jurídico que, pese a su sometimiento categórico al imperio de la ley, abriera caminos, delimitara espacios habitables y facilitase el acondicionamiento equitativo de las normas demasiado rígidas. Han actuado conforme a la seguridad jurídica, desechando las tentaciones descabelladas o arbitrarias, pero devotamente seducidos por el amor a la justicia verdadera y no a sus sucedáneos de ocasión. Haciéndolo hasta donde lo admitía una *equidad rupturista* que, escrutada entre luces y sombras, discurría por senderos distintos de los *caminos trillados* que frecuentaban los legisladores insensibles a la fecundidad de su depósito.

También se cita el riesgo de que, so capa de equidad, el antiguo juez profesional que actúa como árbitro tiende –por obra de una deformación inevitable– a usar soterradamente las reglas del Derecho Positivo que le son familiares. No cuesta combatir el simplismo de tales alegatos. Unas veces, el espíritu y la finalidad de esas reglas son tan ejemplarmente equitativos, que sólo un afán de originalidad chocante o de *antagonismo arbitral* llevaría –merced a un irreflexivo capricho– a sustituir las por otras a las que, sin probar que la poseen, se atribuye calidad superior. Algunos arbitrajes del mundo anglosajón juzgan gratificantes y dignas de acogida ciertas normas de Derecho escrito que, importadas del acervo de la familia romanogermánica, constituyen pautas insuperables de equidad. Así ha ocurrido con las que –dedicadas por las codificaciones civiles a regular la interpretación de los contratos– se han transferido a otros supuestos de arbitraje que las aplican ventajosamente al Derecho de las relaciones colectivas de trabajo.

5. Advenimiento gradual de los juristas a los campos de la ‘sensibilidad equitativa’ y a las adquisiciones de la ‘justicia material’

Las prevenciones y/o recelos despertados históricamente por la atribución a los jueces profesionales del conocimiento en equidad obedecieron a la idea de realzar la sumisión al imperio de la ley y acabar con el descrédito de las decisiones judiciales que primaban antes de iniciarse los procesos codificados. Los enclaves territoriales de los *Derechos castizos* confiaban la aplicación de sus normas –*rectius*, del *totum revolutum* o amasijo que las incluía– a juristas indoctos que, incapaces de asimilar la enseñanza culta de las Universidades y enemigos natos de su recepción, operaban con *fueros de vulgaridad y de albedrío*, lesivos para la dignidad de la justicia administrada y fatídicos para el prestigio de la causa del Derecho. Una censura fundada en la distancia histórica del escarnecimiento no puede hoy invocarse –como título inmóvil de denostación– para negar que los componentes de una *judicatura ilustrada* han escapado, hace ya tiempo, al sarcasmo de esas imputaciones y han resuelto, cuando la equidad lo demandaba llamativamente, los conflictos cuya decisión les incumbía. El ácido recuerdo de los excesos de la arbitrariedad judicial y la convicción de que el *orden positivo* de las codificaciones sucedía a las consignas etéreas del *orden natural* apuntalaron el principio de que –sin desautorizar ni proscribir la equidad– *el juez sometido al imperio de la ley gobernaba el mejor de los mundos pensables en las peripecias de aplicación del Derecho objetivo*. No se vislumbraba –debido a las obnubilaciones y al optimismo alborotado de la época– que, con el tiempo, esa aplicación dejaría de verse secuestrada por el *monopolio del polisilogismo judicial* y que lo sorprendente de sus exigencias superaría los profetismos y predicciones más audaces.

A la *torpeza culta de los jueces continentales* –adosados al marco de su trabajo de juristas, provistos de una formación universitaria y hostiles a las heterodoxias del pensamiento libre o ansioso de derrochar sus intuiciones– se opuso la *sapiencia multidireccional y espontánea del juez anglosajón* que, según el dictamen del sentido común, de la equidad y de los ejemplos que habían corroborado estos conceptos, se entregaba a las diversiones de una *creatividad expansiva*. Los jueces continentales descubrieron que la inflexibilidad del Derecho ayuno del aderezo equitativo demolía las más caras construcciones jurídicas y empobrecía, cuando no arruinaba, la *calidad de vida moral* de la ciudad terrestre. La *judicatura anglosajona* – disimuladamente, si se quiere, porque el culto a la tradición pide comedimiento– ha entendido que, por mucha utilidad que deparen sus enfoques jurídicos de las dudas latentes en el *hoy globalizado y enojoso*, hay que relativizar –moderando sus entusiasmos axiomáticos– la exaltación del pensamiento empírico y valerse de recursos afines a las categorías de una *Teoría General del Derecho*. Esta afirmación señala el punto de inflexión de ambos *estilos eclécticos* o modos de plantear aquellos problemas a los que el Derecho adeuda una solícita respuesta.

El ordenamiento jurídico brindaba pocos argumentos para que, siquiera de puntillas, los jueces frecuentasen la equidad con la soltura impuesta por la naturaleza de las cosas y el alud imparable de las realidades sociales. Amén de algunos llamamientos concretos del legislador, la equidad figuraba en el acervo de los *principios generales del Derecho* que, como fuente terciaria, mencionaba el viejo art. 5 II C.c. (Código Civil español de 24.07.[8]89). Su *recepción cualificada* fue obra del p. 14 EMTPC.c. (párrafo 14 de la Exposición de Motivos de la Ley de 31 de mayo de 1974, reformadora del TPC.c. [Título Preliminar del Código Civil]) que precisó sus caracteres. Proclamó su cualidad de elemento tendente a facilitar la aplicación de las normas jurídicas sensibles a las particularidades del caso. Afirmó su condición, ya que no de fuente del Derecho objetivo, sí de elemento concurrente con los demás criterios pacificadores del significado de las normas cuyo alcance se controvertía. Prohibió que una solución agotadoramente equitativa prevaleciese sobre la derivada de armonizar el resto de los elementos hermenéuticos. Previó la excepcional hipótesis de que la ley autorizase a fundar únicamente en equidad las soluciones en que el interés general – servido por la ciencia de la legislación– así lo aconsejase.

Si bien se mira, el art. 3.2 C.c. –compendio y desarrollo de estas notas– sanciona la extensión e intensidad del uso judicial de la equidad, tras conectar con la *relación amplificada y puesta al día* que el art. 3.1 C.c. dedica a los criterios de interpretación. El deber de *estar fundamentalmente* al espíritu y finalidad de las normas jurídicas –cuando quiebran o dejan de servir las demás pautas de esclarecimiento– obliga a penetrar en un vacío que el juez, como *legislador ocasional*, ha de colmar con las reglas equitativas de justicia material y buen sentido que brotan de los fundamentos y verdades del orden natural.

Esta conclusión –conveniente a un *estado de cosas preconstitucional*– resalta uno de los principios informadores del ordenamiento jurídico –citados, con lucidez y de pasada, en el art. 1.5 C.c.– que *reconoce y, lejos de disuadir, encarece la aplicación equitativa del Derecho por los Jueces y Magistrados profesionales* a quienes el legislador –libre del anacrónico prejuicio que inspiraba sus recelos de antaño– considera capacitados para resolver en equidad. El precedente anejo a la obligación –fruto del dogma democrático de la separación e independencia de poderes– de *estar al imperio de la ley*, no minimiza ni prohíbe las actitudes y aptitudes de enjuiciamiento equitativo. Es más, el futurible anunciado en el art. 3.2 C.c., cumple las condiciones necesarias para que, con sanos atrevimientos interpretativos, la jurisdicción secunde un *llamamiento de oro* a la prosperidad y difusión de las esencias del Derecho justo.

La *situación postconstitucional* refrenda la estabilidad del panorama, porque el sometimiento del juez al imperio de la ley lo es asimismo al ensamblaje de los arts. 1.1 y 9.2 CE, de los que –a la luz de la DD (Disposición derogatoria) 3 CE– el art. 3.2 C.c. parece una *ficción de desarrollo anti-*

cipado que, transmigrando al ordenamiento jurídico del Estado social y democrático de Derecho, asigna a la equidad la posibilidad óptima de ser ella misma. Lo prueban la invocación de las *normas del orden natural*, o, si se prefiere, del amplio espectro de *moralidad legalizada*, a que se subordina la legalidad fundamental, y el ejercicio –por el poder público que los Jueces y Magistrados integran y ostentan– de las *acciones de transformación* que, promoviendo la libertad y la igualdad efectivas, supriman los obstáculos opuestos al crecimiento de estos valores superiores del ordenamiento jurídico.

La mayoría de los Jueces y Magistrados que, por los imperativos del Derecho y lo terminante del tiempo servido, cesan en sus actividades y advienen a la población pasiva, guardan –gracias a un inventario y recordatorio detenidos– memoria de los impedimentos con que los *rigorismos desmedidos* e injustificados frustraban la obtención de las módicas dosis de justicia que reciben los habitantes de la familia humana. *Su existencia profesional ha quedado asociada a estos experimentos y a las decepciones que causaron*. Lo que no sólo se debía a las dificultades de los casos concretos, sino también a las anomalías del sistema y al gravamen –que no era liviano– de un inmovilismo refractario a los llamamientos de la recta razón.

El conservadurismo a ultranza limitó –cuando no reprimió– la acción equitativa con pasmosa dureza, a falta de la intuición precisa para verificar que los supuestos de *magnetismo y atracción de la equidad* nada tenían que ver con excursiones de superficialidad fenomenológica o divagaciones de ligereza intelectual. No advirtió que el ansia de la equidad inaccesible y, como tal, ausente, marcaba los momentos aptos para apreciar la calidad del raciocinio de los Jueces y Magistrados que –relegados a una parcela restrictiva del desarrollo de su libre albedrío– acreditaban, pese a ello, la *capacidad dominadora del pensamiento equitativo* y asumían las responsabilidades del servicio prestado en su nombre. Ellos pusieron sitio y dieron nombre a los *espacios vacíos o irreconocibles* de las cuestiones de Derecho que, llamando a las puertas de la equidad soñada, reivindicaban sus intervenciones. Los *obiter dicta* de sus resoluciones resucitaron las inquietudes e hicieron sonar la voz de alarma sobre el interés –cuantitativo y cualitativo– del problema y el compromiso colectivo de arrostrarlo. Recordaron, con mejor o peor suerte, a los legisladores que había llegado la hora de convertir en Derecho vigente los postulados de una equidad tan acuciante como estéril, mientras sus mensajes no se tradujesen en normas jurídicas. Conocieron los límites de sus exigencias y, si, unas veces, emplearon con éxito las soluciones de equidad, lamentaron, en otras ocasiones, no poder elegir y aplicar pautas de aplastante animación equitativa, porque *las cortapisas legalistas del Derecho objetivo les arrancaban de las manos las oportunidades de administrar una justicia sustancial que estaban a punto de tocar con ellas*.

6. Consolidación de la ‘sensibilidad equitativa’ precisa para inducir a la frecuencia del ejercicio arbitral y estimular la mejora de sus prácticas

Algo hay que decir sobre el advenimiento a la *posesión de la equidad* y el mecanismo –inacabado y perfectible– por el que sus juicios ejemplifican la producción de una *ley de caso único* que aumenta la efectividad de las intervenciones arbitrales.

La equidad forma parte del *valor superior de la justicia* que, resumiendo la igualdad y la libertad transformadoras, ocupa –dentro y no en el exterior o periferia del ordenamiento jurídico– la posición de preeminencia sobre el texto de una carta política que, *castigándose a sí misma*, soporta –porque tal es la apuesta de los arts.1.1 y 9.2 CE– una restricción edificante. La noción de equidad que, por razones de utilidad y de concepto, maneja la ciencia del Derecho, no es la *ética trascendente*, plagada de afectividad y comprensión para con las situaciones conflictivas del prójimo, aunque esto tenga algo que ver con la idea de *solidaridad formal*, rebautizada como *reciprocidad efectiva*. Una rotulación agresiva que subraya la indiferencia ante los álgidos problemas del Derecho y denuncia los explosivos arranques de *escándalo farisaico* en cuestiones –comprometidas y distantes– cuyos arreglos se aplauden tibia o, más bien, cínicamente, apelando al concepto jurídico indeterminado (*rectius*, evanescente) de *solidaridad*. La equidad es reciprocidad, porque recupera y reactiva la universalidad de soluciones que, en la *era de la globalización*, cierran filas para fulminar, con voluntad óptima y enérgica, las injusticias arraigadas en los confines más lejanos de un mundo que se empequeñece, se vuelve más cognoscible y conflictivo, y reta a las verdades del orden natural que, sin retroceder un ápice, *recogen el guante* de ese desafío. El uso accidental de la equidad es la fuente de un futuro *Derecho de Gentes* cuyas normas –de invención delicada y aplicación difícil– *defenderán la dignidad de la persona y salvarán sus libertades de las agresiones de la fuerza o de la cobardía disfrazada de condescendencia*.

El término *equidad* designa una suerte de hostilidad templada para con el Derecho estricto, pues invita a moderar su rigidez y a suavizar las situaciones derivadas de la inflexible aplicación de sus principios y/o preceptos. Su nombre conviene al acervo de las *normas de justicia ideal* que sobrevuelan los particularismos del Derecho erigido en nombre del pueblo soberano. Evocando el *retorno incesante* de las consignas del orden natural, la equidad se caracterizaba por los rasgos de *igualdad absoluta*, *prudencia moral* y *ponderación equilibrada* que –inherentes al rigor de su definición– presagiaban los debates de la filosofía jurídica sobre el particular. La equidad ocupa –de modo convincente y coaceptado por cuantos se adhieren a las orientaciones de la honestidad, la recta razón y el buen sentido– el depósito de un *Derecho inédito y ajeno a toda norma preexistente*. Un Derecho que va en pos de *soluciones irreemplazables para cada caso* o que, más bien, encuentra *soluciones individuales para cada persona*.

Lo singular de la acción equitativa –que no siempre estuvo, sin trabas, al alcance de los Jueces y Magistrados de carrera– consistía en excluir ciertos efectos de la aplicación de una norma jurídica –total o parcialmente abolida mediante la equidad– y sustituirlos por los requerimientos justos del caso discutido. Eludiendo formidables obstáculos y aun sin habilitaciones expresas del legislador, los profesionales de la judicatura se han visto apremiados a usar de la equidad, como si, a imitación de lo que ocurre en el Derecho de las obligaciones, sobreviniese un *cambio de la presuposición* o se diese una mudanza de la base del negocio. Su condición de seres humanos y nunca de *redactores poli silogísticos*, explica que el tenor de sus *fallos* no sólo dependa del conocimiento del Derecho objetivo y del dominio técnico-jurídico de sus normas, sino también de su sensibilidad, de sus cualidades intuitivas y de una cuidadosa gestión de su patrimonio emocional. Su siquismo alberga –inevitablemente– las acciones y reacciones de esta naturaleza.

Los juicios de equidad provocan decisiones que no se convierten en normas jurídicas, pues lo veda lo irrepetible de las circunstancias en que tiene lugar su emisión. Cuando los Parlamentos del Antiguo Régimen juzgaban con arreglo a equidad, empleaban la expresión «*sin que sirva de precedente*» para recalcar esa diferencia. La resolución equitativa no contiene Derecho objetivo, aunque, en el círculo de su discurso y atributos de composición, los arbitrajes de equidad fijen orientaciones similares a las de una *ley de caso único*, emanada de actos de equivalencia jurisdiccional o *procedimientos parajudiciales* e inaccesible al ordenamiento jurídico que, so pena de vulnerar el dogma de la generalidad de las leyes, no puede adueñarse de sus particularidades. *No se habla de una norma general equitativa y sí de una solución individualizada sujeta al irrepetible patrón de la equidad que corresponde al supuesto analizado*. Además de avalar las transformaciones sociales que exigen los signos de los tiempos, el fin último del Derecho consiste en disminuir los litigios, paliar la exacerbación de los conflictos y lograr el reinado de la paz entre las personas y los grupos de vertebración que distienden sus enfrentamientos y roces. Estos aquietamientos –fruto del recurso a una equidad individualizada y provechosa– tienen el mismo contenido jurídico que muchas *normas de altos vuelos*, a las que, si es del caso, sobrepasan en sentido común y capacidad de adjudicación de la justicia.

Conscientes de ello, los jueces profesionales, cuya aptitud para juzgar en equidad es indudable, *se inclinan –a la vista de dos o más interpretaciones legales o teorías complementarias de la ley– por aquella que, en la contienda suscitada, goza de una apariencia más equitativa y no por la que, en términos generales, resulta más exacta*. He aquí una excelencia del cultivo de la disciplina del *deber ser* o de la libertad de espíritu –que el Derecho propugna– frente al automatismo de las ciencias de la naturaleza, cautivas del *mundo del ser*, sencillo, naturalístico y causal. Se juzga en equidad cuando *se asume, en primer término, la solución deseable humanamente y, a partir de ella, se asciende a la norma jurídica que se remodela o deja de aplicar*.

Así ha ocurrido desde que los jueces –estando en activo o resolviendo equitativamente las controversias traídas a su conocimiento– existen y mantienen su fidelidad a la consigna que de antiguo recuerda: *atrévete a pensar*. Así se abordan los fenómenos jurídicos como parte de unas realidades sociales a las que, por motivos de equidad, se exige de tratamientos rebosantes de prejuicios dogmáticos e indispuestos con la justicia sustancial.

La *Escuela del Derecho libre*, ávida de soltar las amarras que coartaban la inclinación equitativa del pensamiento judicial, defendió que –eximiendo a los jueces de la sumisión categórica al imperio de la ley y a los dictados de la jurisprudencia– se les autorizase a emitir los *juicios intuitivos de equidad* que, pese a su fisonomía sorprendente, cumplieran la función –eminentemente estatal– de reducir y apaciguar los conflictos. Las prospecciones sobre el espectro de la equidad arbitral y la aptitud de quienes integraron el Poder Judicial para el ensayo de sus operaciones revelan que –gracias a una instintiva percepción de los valores de la *conciencia moral*– los portadores de los intereses afectados comparten sus criterios y alaban su convencimiento superior al de otros razonamientos jurídicos desconcertantes o embrollados. Algo –no todo– había de verdad en el consejo de que las partes de un proceso no padecieran el *tormento de las cavilaciones* causadas por los indigeribles fundamentos de Derecho de algunas resoluciones judiciales.

7. Particularidades del conocimiento fundado en el descubrimiento, elaboración y aplicación de las orientaciones de equidad

El arbitraje de equidad presenta aspectos relativos a las *dificultades de la prueba* y al *desdoblamiento técnico-jurídico* de la intervención de los árbitros.

La disponibilidad y la eficiencia de los medios de prueba han mejorado a la hora de concretar los hechos debatidos –síquicos, físicos, sociales y económicos de grandes dimensiones– y generar estados de conciencia que los avances de la modernización hacen más persuasivos y veraces. El proceso de valoración de algunos medios de prueba depende de particularidades tecnológicas cuya gestión –cuerta y satisfactoria– requiere la *aportación interdisciplinar* de especialidades que afianzan la certidumbre de las percepciones arbitrales. Allí donde el *ejercicio de la sana crítica* y las *ayudas del sentido común* catalogaban los extremos influyentes en el crédito de las resoluciones, se precisa, hoy por hoy, de instrumentos que ayuden a salvar otras dificultades de bulto.

Lejos están de la verdad los reparos de insuficiencia técnica que, para resolver en equidad, se imputan a quienes ejercieron activamente la judicatura, comenzando por alegar una *deformación legalista* que frenaría las aptitudes reclamadas por el adelanto de los equivalentes jurisdiccionales o sustitutos procesales. Se objeta que el ejercicio clásico de la jurisdicción pre-

suponía la suficiencia comprensiva de los problemas jurídicos usuales –no esotéricos ni extemporáneamente traídos a capítulo– y la valoración sensata de las situaciones –también menos arduas– que caracterizaban a los supuestos litigiosos. *No mediaba un abismo –que ahora se considera abierto– entre la preparación de los jueces y la complejidad de las cuestiones que dilucidaban.* Se añade que, cuando la complejidad aparece y faltan previsiones ágiles para contenerla, decae lo sencillo de las circunstancias que amparaban esa capacidad y se esfuman las oportunidades judiciales de utilizar felizmente la equidad. *Nada hay de exacto y defendible en este acervo de reparos.* Sí que, en cambio, se incoa un *falso problema* o un tópico sofisma, porque el proceso formativo de los jueces profesionales y las condiciones que lo determinan no se resienten de inmovilismo alguno ni acusan males irreversibles o incurables. Nada les impide adquirir –en cuanto tales jueces y al margen de los ejercicios de composición arbitral– niveles de elasticidad y formación tan estimables como los de quienes se entregan en exclusiva al arbitraje.

Los Jueces y Magistrados –en activo o en ulteriores peripecias de su disponibilidad como juristas– precisan de auxilios formativos y elementos de interposición que robustezcan dos aspectos de los cometidos y/o iniciativas arbitrales. El primero supone un *hábito de discurso que –como enemigo nato de la pereza y el entumecimiento intelectuales– fluye continuamente y acepta el desafío de crear, para una sola vez, la norma individualizada que se traslada irrepitiblemente a las particularidades del caso que agota la crónica de su tratamiento.* El segundo concierne a las *prejudicialidades de hecho* indispensables para sentar las bases –domésticas o de vasto espectro– que resumen los antecedentes del problema planteado. Condiciones exigibles también a los árbitros que, aunque dominan los mínimos de su formación, no escapan a la necesidad de mejorar el *arte de inventar y/o intuir* la norma equitativa aplicable y de apreciar los elementos de convicción que aproximan a la verdad –material e indivisible– de los hechos subsumibles en ella.

Ordenando algo más el pensamiento, se admiten distintas hipótesis. Una de ellas implica que –conforme a los signos de los tiempos y al celo de los legisladores– los jueces profesionales están en posesión de *especiales saberes* que neutralizan esas objeciones, porque un haz nuevo de conocimientos se integra y explota en el orden jurisdiccional al que pertenecen. Los reparos de origen se disipan si un legislador inteligente aprovecha la oportunidad de eliminarlos y acallar las opiniones que les hacen eco. Otra es la de los árbitros movilizados en el marco de una especialidad cuyo dominio exige *aptitudes adicionales* que, en otro caso, se echarían de menos y menguarían los aciertos esperados de su presumible destreza. La tercera contempla un *desacuerdo* entre la calidad y disponibilidad de los medios –que, gracias a una legislación obsequiosa con la sucesión de las realidades sociales, tiene el juez a su alcance– y la constancia de su capacidad para razonar equitativamente y/o conocer la exactitud histórica de los episodios en que ha de fundar su decisión.

Cuando el árbitro –provisto de conocimientos generales o de una especialización de moderada intensidad– se apresta a juzgar en equidad, no le basta con asumir celosamente el *sentimiento exquisito de lo justo* para doblar su papel en las funciones del *legislador de caso único*, que prefabrica las reglas de naturaleza equitativa, y del *juzgador*, que las aplica después de elaboradas. Otro tanto cabe decir del juez que se halla en esa situación. Aunque experto en el manejo del Derecho aplicable, cabe que no haya completado –como puede ocurrir a cualquier árbitro de dotes habituales– las dosis de información y entrenamiento que se les exigen. Las dificultades debidas al progreso científico o las vicisitudes económicas son comunes a los procesos judiciales y a los enjuiciamientos arbitrales, aunque el *espíritu de actualización* de los segundos cuente con medios mejores para despejarlas, y, pese a los esfuerzos de modernización, la regulación de los primeros halle obstáculos más resistentes a desmoronarse. En ambos casos, faltan o son imperfectos los mecanismos de ayuda a las *operaciones de lógica equitativa* y a las *valoraciones probatorias* que –según la traza histórica de los acontecimientos– llevan a delimitar el ámbito de la controversia, a razonar sobre sus contenidos y a dictar una resolución definitiva. Las especializaciones jurisdiccionales ayudan al entendimiento de las alegaciones y a la valoración de las pruebas, pero, de lo contrario, el ejercicio de la jurisdicción no especializada y la práctica del arbitraje tropiezan con los mismos o análogos inconvenientes.

Aunque la comprensión total de los problemas es más cómoda para quienes poseen una formación y perfeccionamiento anteriores en la especialidad de que se trate, hay puntos y momentos en que los jueces y los árbitros –lo cual prueba la existencia de dificultades comunes– han de apelar a *elementos de interposición* que eviten la esterilidad de sus intervenciones respectivas.

Las reflexiones hechas consideran los casos del experimento judicial y arbitral del enjuiciamiento de equidad, más amplios que la cuestión aquí planteada y defendida con argumentos persuasivos. A saber, la del ejercicio de *funciones exclusivamente arbitrales* por quienes – en el pasado de su actuación profesional– integraron el Poder Judicial e intentaron aprovechar los *temperamentos de equidad* cuyo empleo, pese a la impecabilidad de su oferta, no estaba a su alcance, pues lo impedía el deber de sometimiento al imperio de la ley. Una ley a la que, sin embargo, pertenecen los formidables instrumentos con que las invitaciones y promesas transformadoras de los arts. 1.1. y 9.2 CE agrandan hoy las perspectivas del art. 3.2 C.c. y, animadas por el valor superior del pluralismo político, suscitan *desafíos de gran cabotaje* que merecen respuestas imaginativas y solventes.

El art. 3.2 C.c. genera un supuesto de especial energía, cuando ordena que «*la equidad habrá de ponderarse*» Obliga a contrastar –antes de aplicarla– la letra de la norma jurídica con la exigencia equitativa del caso y a rectificar, si hay disconformidad, el contenido que vulnera las reglas emana-

das de la recta razón o el orden natural. Ponderar es una pauta de interpretación que, para adjudicarle este carácter, ha de entenderse en su sentido propio. Hay un *poder excepcional de abolición* a cargo del intérprete que inaplica una parte de la norma y la reemplaza por la solución que le aconseja la equidad. La abolición es la inaplicación absoluta de la norma en nombre de la equidad conculcada y sin complicaciones de relevancia o corte constitucional. Dígase si este *norte del legislador* –que presupone una *valoración de aptitudes*– no concede un voto de confianza al crédito de las conclusiones equitativas que los jueces ordinarios pueden adoptar.

Las *valoraciones cuasiprejudiciales de hecho* –peculiares de los arbitrajes de equidad– afectan, como ya se ha dicho, a *realidades colectivas* sociales, económicas, políticas, internacionales y, sobre todo, tecnológicas. Su irreprochabilidad exige –pues los conocimientos especializados no preexisten en el depósito de los saberes originarios de los árbitros– el concurso de *elementos auxiliares de interposición* que verifican acontecimientos o completan juicios de los que, aun concerniendo a materias con las que se está discretamente familiarizado, no se tiene una exhaustiva información. Las envejecidas ayudas de la *común experiencia* y de la *sana crítica* no sirven, por sí solas, al buen fin de esas valoraciones. Para preservar el rendimiento de los dispositivos probatorios, los árbitros de equidad deben tener a mano –como cualquier juzgador presto a desempeñar esmeradamente su papel– *mecanismos de aproximación* inmediatos que cumplan las funciones siguientes: desvanecer las dudas de aspecto insoluble, purgar las contradicciones de apariencia insalvable, aligerar la carga de apreciar la contribución histórica de los elementos de convicción y acomodar el tenor de las decisiones arbitrales a los dictados de la justicia material.

Una pormenorización no está de más. Los procesos judiciales se significaron por los incontables *escollos de los razonamientos de Derecho* frente a la sencillez de la *valoración de los elementos de convicción*, noción más amplia que la de medios de prueba en sentido estricto. Preponderaban los aspectos relativos a la elección de las normas jurídicas aplicables, a la interpretación de las ambivalentes o confusas, y a la integración de las inacabadas o incompletas. Los arbitrajes de equidad se distinguen por la tarea de *situar y describir inteligiblemente los hechos colectivos* –sociales, económicos, políticos internacionales y tecnológicos– que se subsumen en las regulaciones de equidad elaboradas por los árbitros. Regulaciones menos complicadas y cuya factura depende de la *espontaneidad del buen sentido y la común experiencia* que, sin la intromisión de fastidiosos discursos, acompañan a la ponderación y autonomía de las operaciones arbitrales.

El árbitro que se pronuncia en equidad ha de dominar los problemas susceptibles de propuesta y examen a la luz de los cánones o las categorías de la sociología, la economía, la política, las relaciones internacionales y las novedades tecnológicas, por enumerar, sin agotarlas, las materias que más frecuentemente engendran posturas de conflictividad y disidencia. Se le han

de presentar con el rigor metódico, la selección de alternativas y/o aspectos, y la claridad bastantes para que –consciente de su relevancia y sabedor de los mecanismos al uso– realice las *operaciones interlocutorias de equidad discursiva* que preceden a la *decisión final de equidad resolutive*. Esas modalidades se transmiten mediante *juicios especializados que se vierten y preconstituyen en pareceres o dictámenes*. El concepto añejo de la sana crítica pierde su aptitud para cumplir unas operaciones de equidad –a saber, la valoración de las pruebas periciales cualificadas– que son las piezas capitales del enjuiciamiento y destacan la responsabilidad de quienes las manejan. *Hay que evitar los riesgos de que –a impulsos de un precipitado e incauto acto de fe– los árbitros den, sin más, por buenas las verdades y aseveraciones de corte colectivo con que los especialistas de los contendientes tratan de iluminar sus percepciones, para facilitar la emisión de un laudo justo, o de enturbiarlas, para causar el efecto contrario*. Esta actitud –indiferente y acrítica– provoca un *error sustancial* que disipa las condiciones de veracidad histórica con que indefectiblemente ha de contarse. Deprime la dignidad y la eficiencia del *arte de la valoración probatoria*, que presupone la *receptividad –ilustrada y no suspensa en el vacío– del árbitro* para desentrañar los dictámenes y –partiendo de las certezas, dudas o recelos que arrojan– coincidir con los criterios puestos a su alcance o separarse de ellos.

Los árbitros –inmersos en la vorágine de pareceres divergentes que obtan al clásico ejercicio de la sana crítica– tienen derecho a una *asistencia intercurrente* que desenrede la hojarasca de los mensajes técnicos que se les envían. Mensajes que, a la luz de esas contradicciones, necesitan de una *traducción y asimilación previas a la especulación equitativa*. Lo precario de la sana crítica se debe a la *indigencia de un sentido común sofocado por la anfibia y/o sutileza de los lenguajes tecnológicos* o por otras figuras de embarazoso entendimiento.

El enjuiciamiento de las pretensiones del arbitraje de equidad –por árbitros que siempre lo han sido y/o juristas dispuestos a su ejercicio novedoso– exige una *intermediación esclarecedora y didáctica*. A saber, la de un cuerpo de *consejeros arbitrales* que, mediante aproximaciones comprensivas, confieren a los árbitros –sin erudición ni experiencia en parcelas minoritarias o muy tecnicizadas– la *seguridad y certidumbre de entender, depurar y criticar* los dictámenes parciales objeto de valoración. *Los árbitros se valen de la asistencia inmediata e interpuesta que les transmite el nivel de información bastante para dilucidar lo que de acierto, yerro o amago de desorientación hay en las opciones probatorias que se les proponen*. Su consideración se esteriliza sin esa introducción asesora, cuya ausencia entenebrece el juicio de valor y tiende a suplantarle por *adhesiones o rechazos emocionales e instintivos*, cuando no por acatamientos gratuitos. La defección es letal para el buen fin del arbitraje que exige descubrir el *verdadero rostro* de aquellos problemas que, por vez primera, se presentan, se analizan y son objeto de resolución.

8. Continuidad e indivisibilidad de las acciones de ‘cuasilegislación de caso único’ y de ‘resolución cuasijudicial’ de conflictos que imprimen carácter al arbitraje de equidad

Puede opinarse que el arbitraje de equidad –exento de las servidumbres del arbitraje de Derecho– admite una *licencia de discurso*, que, si deriva en laxitud o abuso del sentido común, merma la calidad de los actos de justicia material correctores de las estrecheces del Derecho que deja de aplicarse. Un árbitro de formación anglosajona obraría con flexibilidad natural, porque el *talante empírico* –fuente de sus iniciativas– informa un modo feliz y concluyente de publicar su pensamiento y zanjar los problemas que tiene entre manos. Un jurista de formación continental, que aspira a evacuar aseadamente su trabajo, ha de estar a otras premisas o cautelas. Practicará una *suerte de desasimiento* o amnesia que le olvide de un legislador preexistente, a cuya *voluntad originalista* se atuvo y cuyos mensajes –oscuros o incompletos– interpretó o integró para conservar vivas y vigentes las normas del ordenamiento jurídico. Tiene que *desatar esas amarras* y aceptar que las cosas ocurran de modo distinto.

No se concibe una previsión legislativa anterior a la intervención arbitral, porque el *arte de legislar* –no general y sí particularmente– en equidad depende de la unidad metodológica del *binomio cuasilegislación-decisión*. Los arbitrajes de equidad afectan a cuestiones en que, por hipótesis, no es dable *estar a lo acordado* ni alegar la *vinculación al precedente*. Las contendas resueltas con arreglo a Derecho gozan de antecedentes que se consolidan, se complican por obra de las sucesivas experiencias, se invocan y se adhieren a la norma jurídica que, gracias a su incorporación, se robustece. Es lógico que –como la sociedad bienpensante de antaño pensó de las mujeres a quienes se complacía en ofender con todo el encono disponible– *esas contendas tengan un pasado* compuesto por la aparición de la cuestión controvertida, la atención político-legislativa que despierta la frecuencia de sus repeticiones y la trascendencia normativa de los complementos jurisprudenciales. El arbitraje se remite –como precedente exclusivo y estimable– a las *peripicias contemporáneas* que irrepitiblemente identifican las contradicciones objeto de la terapia equitativa. Quiere decirse, a fin de cuentas, que, *sobre un problema ignorado y oculto hasta entonces, no hay, por definición, nada escrito*, aunque ya se han abierto las *páginas en blanco* que recogerán los nuevos razonamientos de equidad y la decisión específica del laudo arbitral.

Los árbitros construyen las reglas de equidad como *leyes nacidas de un procedimiento parlamentario regular*. Lo hacen más toscamente, cual conviene a la disponibilidad de sus recursos, y atendiendo a intereses –individuales o colectivos– que, sin constituir intereses generales, se confunden con ellos, se les asemejan o llevan traza de convertirse en tales. La actuación arbitral se resiente de las insuficiencias inherentes a las particularidades del

trabajo emprendido y a las restricciones de los medios puestos a disposición de los árbitros. Carecen de una infraestructura tan completa como la que sirve a la formación colegiada del *decisionismo parlamentario* que se aprovecha de la ayuda de la Política Legislativa –cuando no media la *cautividad numeral* del voluntarismo político– y da crédito a las demandas sociales significativas. La actuación unipersonal o colegiada del órgano arbitral muestra cómo –durante el procedimiento que se sigue– las iniciativas diversas, en busca de la norma equitativa, tienden a conjugar lo *razonable* con lo *recomendablemente emocional*.

La norma equitativa deviene una *ley más de caso único* y arranca de un proceso histórico dependiente del éxito de los medios de prueba –*rectius*, elementos de convicción– que, unas veces, se aprecian sin apuros, y, otras, requieren interposiciones especializadas para salvar sus opacidades y valorarlos atinadamente. El árbitro de cultura jurídica continental puede adaptar a la lógica aristotelicotomista la forma del discurso en que plasma sus razonamientos, pero el fondo de su argumentación ha de abundar en la *espontánea liberación del pensamiento* y en el *rodaje de la actitud creativa* que a sus dotes de ilustración conviene. *El arbitraje de equidad exhuma y aumenta –incesante, renovadoramente y a través de juicios volcados en proposiciones razonables– los postulados del depósito del orden natural, cuyo contenido, variable y responsablemente audaz, sirve a los signos de los tiempos.*

El *retorno continuo de la sensibilidad equitativa* tiene una clave justificante de origen. Los ordenamientos jurídicos de los Estados nacionales fulminaron los dispersos Derechos locales, de ínfima condición académica, aplicados por prácticos hostiles a la curiosidad científica y a las más tenues inquietudes especulativas. Derechos locales, de cuyas fuentes no existía certeza ni constancia inequívoca, porque mezclaban los residuos del *pasado idealista* con la modernidad nebulosa de los *realismos de su tiempo*. Sus contenidos, cuando no eran oscuros y/o desorientadores, delataban aplicaciones rutinarias, desintelectualizadas y groseras. Ausencia crasa de universalidad y deterioro de la técnica jurídica, si cabía otorgarle consideración de tal. El pueblo llano –destinatario natural de las ofertas del Derecho objetivo– no aprovechaba las riquezas de un Derecho culto, congelado en los foros universitarios e impermeable a la rudeza de sus *aplicadores de a pie*.

La positivización del Derecho determinó su reducción a normas escritas y apoyó, hasta la extenuación, el afán de que éstas *acogieran y acopiaran cuanto en el mundo circundante había de equidad* –asociada a las vivencias del sentimiento de lo justo, a los imperativos de lógica y a las bases del sentido común– para hacer frente, con mínimo decoro, a los interminables desafíos de la edificación y administración de la justicia. El transcurso inmisericorde del tiempo y la abundancia de los episodios que pueblan la historia impredecible, han dislocado la base del negocio e introducido impedimentos que, arruinando el esfuerzo de restauración, desentierran los temibles *fantasmas de antaño*. ¿Cabe confiar en la cura de un mal –el *detrimento de la jus-*

ticia material— que, pese a la lista de sus anteriores remedios, resurge a impulso de vicisitudes históricas que hacen tan temible como inevitable su resurrección?

La respuesta es cíclica en el tiempo, pero su contenido es invariable. Hay que reparar, con celosa honradez, en el peso específico que la *justicia material* —como ingrediente de fondo— y la *equidad* —como uno de sus más valiosos testimonios— confieren a la letra y el espíritu de unas normas jurídicas que, al promulgarse y *ponerse en la ciudad*, secundaban fielmente la voluntad del legislador. Los factores sobrevenidos —de inadaptación y de desgaste— desfiguran esa fidelidad de origen, hasta el punto de que, para prolongar la vida útil de la norma jurídica, no sirven ya las soluciones que, interpretándola, disipan sus oscuridades o, integrándola, ocupan sus espacios vacíos y colman sus lagunas. Trátase de los giros históricos y de los problemas que —sólo apelando a las reservas de una *equidad restauradora* y a sus vigiliadas de revisión y puesta al día— garantizan soluciones justas, es decir *persuasivas y acordes con la naturaleza de las cosas*.

9. ¿Vocación de los Jueces y Magistrados, que de antiguo lo fueron, para el conocimiento de los arbitrajes de equidad?

Los actuales estados de las mismas dimanarían de una mudanza formidable o acaso de un *cambio cuasisustancial*. Un cambio que —luego de advertido— pone sobre aviso y obliga a su diagnóstico, cada vez que un platillo de la balanza registra un exceso de miserias humanas —fruto de lo perverso de las intenciones o de quién sabe qué azarosas desventuras— y el otro acumula los remedios debidos a la rectitud de los propósitos y a la perseverancia de cuantos aman la justicia y odian la iniquidad. Ninguno de estos últimos ignora que las *arrugadas vestiduras de la justicia disponible* no bastan para cubrir las vergüenzas ni expulsar los males que aquejan a una humanidad ultrajada, contra su voluntad, por las unas y maltrecha, pese a su resistencia, por los otros.

La instrumentación y difusión de la equidad, mediante la *equivalencia jurisdiccional del arbitraje*, no constituirá la panacea que —como eufóricamente reza una de las bienaventuranzas evangélicas— *sacie el hambre y la sed de justicia* despertados por las adversidades de esa doliente humanidad. Pero su ejercicio tenaz y pedagógico —como el de los sustitutivos procesales de la conciliación, la mediación y las injerencias transaccionales— rebajará el *cuanto de injusticia* que inunda tantos parajes de la Tierra donde se crispa la templanza de las relaciones interpersonales, se atropellan los ideales más caros de los individuos, se trituran las esperanzas de una vida digna y subsisten las amenazas de un porvenir sombrío. He aquí el *rostro diabólico* que, desde la aparición del Estado moderno, enmascara el poder absoluto y que —quíerese o no— se mira en el espejo que a todos devuelve la imagen de los *aspectos negativos de la globalización*.

El acceso al modo de composición arbitral por quienes guardan en su activo *experiencias judiciales de largo recorrido y gran frecuencia de circulación* quiere constituir –lejos de la acritud competitiva y el homenaje al espíritu de lucro– *la oferta de un servicio esencial para el bien común o interés general de los grupos sociales orgánicos, expuestos a disolverse y devenir colectividades inorgánicas, si se permiten el lujo de rehusar esta u otras oportunidades defensivas de sus objetivos éticos y pacificadores*. Una oferta dispuesta al *salvamento y rehabilitación de la equidad*, y a la cooperación –fruto de un compromiso transparente– que exige la perfección moral del universo social y de las sociedades parciales que –liquidando una aparente contradicción en los términos– explican la síntesis de su conflictividad y su armonía. Experiencia que anima una emoción inseparable del esmero con que la justicia –sustancial y anhelada por todos– debe repartirse. Experiencia que invita a administrarla en condiciones ingratas y poco accesibles hasta ahora, pero que –si hay verdadera voluntad de que así sea– estarán, de futuro, mucho más al alcance de la mano.

Se consumará la predicción que –cuantas veces comienzan semejantes andanzas– anuncia y elogia la *complicidad positiva del mundo circundante*, poblado por las personas de buena voluntad y el resto de los seres –animados o inanimados– que están a su servicio. Convocados a una sugestiva aventura de rescate, alertados y alentados por un *espíritu móvil* que –cada día de la vida que, a la vez, se acorta y alecciona– reitera, sin rendirse y sin enmudecer, el siguiente mensaje: *si aciertas a encauzar tus emociones y a vivir de acuerdo con tus sueños, el universo entero conspirará contigo para que tus emociones se acrecienten y tus sueños se lleguen a cumplir*.

Bibliografía de orientación

- ALONSO, M. *et al.* *La solución de los conflictos de trabajo*. Madrid: Ed. Instituto de Empresa, 1979.
- BALLESTER, G. *El arbitraje laboral*. Madrid: Ed. Ministerio de Trabajo y de la Seguridad Social, 1993.
- BEARDSLEY, S. *et al.* *Human relations in international affairs: A Guide to significant interpretation and research*. Washington: Ed. Public Affair Press, 1956.
- BECEÑA, F. «Algunas características de la organización judicial de España», *Magistratura y Justicia*. Madrid: Ed. Librería General de Victoriano Suarez, 1928.
- BOULDING, K. *Conflict and defence: A general theory*. Nueva York: Ed. Harper, 1962.
- BRAUN, K. *Labor disputes and their settlement*. Baltimore: Ed. Johns Hopkins Press, 1955.

- CARBONNIER, J. *Derecho Civil*, traducción de la 1.^a edición francesa y *Adiciones de conversión al Derecho español* de M. M. ZORRILLA, t. 1, v. 1. Barcelona: Ed. Bosch, Casa editorial, 1960.
- CAHN, E. *The sense of injustice*. Nueva York: Ed. New York University Press, 1949.
- CASTAN, J. «La formulación judicial del Derecho y el arbitrio de equidad», *Revista General de Legislación y jurisprudencia*, pp. 219-272. Madrid: Ed. Editorial Reus, 1953.
- COLMENERO, J. A. *La resolución del arbitraje en equidad*. Sevilla: Ed. Dirección General de Comercio, Consumo y Cooperación económica, 2000.
- DE LA VEGA, C. *Derecho judicial español*. Madrid: Ed. EDIJUS, 1997.
- DE LOS MOZOS, J. «La equidad en el Derecho Civil español», *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, pp. 326-365. Madrid: Ed. Editorial Reus, 1972.
- DELHAYE, P. *Permanence du droit naturel*. Lovaina: Ed. Nauwelaerts, 1960.
- DESSENS, J., *Essai sur la notion d'équité*. Toulouse: tesis inédita, 1934.
- DONOVAN, M. «Judicial and arbitrational systems», *The New Enciclopedia Britannica*, v. 22, pp. 480-491. Chicago: Ed. University of Chicago, 1989.
- FLECHEUX, G. *et al.* «L'arbitrage et la Convention européenne des droits de l'homme», *Actes du séminaire organisé par l'Institut de formation continue du barreau de Paris*. Bruselas: Ed. Bruylant, 2001.
- GOLDSMICHDT, W. *La Ciencia de la Justicia*. Madrid: Ed. Aguilar, 1958.
- HERNÁNDEZ GIL, A. *Metodología del Derecho*. Madrid: Ed. Antonio Hernández Gil, 3 vols., 1971-1976.
- INTERNATIONAL ASSOCIATION OF LAWYERS. *International commercial arbitration: A world handbook*. Londres: Ed. Pieter Sanders, 3 vols., 1956-1965.
- KALINOWSKI, G. *Introduction a la logique juridique*. París: Ed. Librairie Generale de Droit et de la Jurisprudence, 1996.
- LAUTERPACHT, H. *The function of Law in the International Community*. Oxford: Ed. Clarendon, 1933.
- LURIA, A. *The nature of human conflicts*. Nueva York: Ed. Liveright, 1932.
- MARITAIN, J. *L'homme et l'Etat*. París: Ed. Du Cerf, 1965.
- MERINO, J. *et al.* *Tratado de Derecho arbitral*. Madrid: Ed. Civitas, 2007.
- MONTOYA, A. «El arbitraje en los conflictos colectivos de trabajo», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, n.º 5, pp. 5-27. Madrid: Ed. Civitas, 1983.
- ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DE TRABAJO. *Conciliación y arbitraje en los conflictos de trabajo. Estudio comparativo*. Ginebra: Ed. O.I.T., 1981.
- PANNICK, D. *Judges*. Oxford-Nueva York: Ed. Oxford University Press, 1987.
- PANTALEON, F. «Breves comentarios al título VI de una Nueva Ley de Arbitraje», *Homenaje al Prof. LLUIS PUIG y FERROL*, v. 2, pp. 1931-1941. Valencia: Ed. Tirant Lo Blanch, 2006.

- PERELMAN, CH. *Les notions a contenu variable en droit*. Bruselas: Ed. Bruylant, 1984.
- PÉREZ ESPINOSA, F. *El arbitraje en materia laboral*. Madrid: Ed. Centro de Estudios Constitucionales, 1983.
- POULANTZAS, N. *Nature des choses et droit*. París: Ed. Librairie Generale de Droit et de la Jurisprudence, 1966.
- SIMPSON, K. *International arbitration: Law and practice*. Londres: Ed. Stevens, 1959.
- TORRALBA, V. «Artículo 3.2 del Código Civil», *Comentarios a las reformas del Código Civil*, v. 1, pp. 165-194. Madrid: Ed. Tecnos, 1977.
- WALTON, R. *et al. A behavioral theory of labor negotiations*. Nueva York: Ed. Mac Graw-Hill, 1974.
- WENDELL, O. *The common law*. Nueva York: Ed. DEWOLFE HOWE, 1963.
- WILDNER, H. *Die technik der Diplomatie: L'art de negocier*. Viena: Ed. SPRINGER, 1959.

JURISPRUDENCIA

Doctrina de los juzgados de lo mercantil en sede concursal

Fernando Gómez Martín

Auditor y Censor Jurado de cuentas

Profesor de Derecho concursal de la Universidad de Deusto

Miembro correspondiente de la Real Academia de Ciencias Económicas y Financieras

Recibido: 08.05.07

Aceptado: 14.06.07

Resumen: Durante los dos años y medio transcurridos, desde el 1 de septiembre de 2004, fecha de entrada en vigor de la Ley 22/2003, de 9 de julio, que regula el procedimiento judicial de concurso de acreedores en España, en sede de los Juzgados de lo Mercantil, de nueva planta, se han tramitado numerosos incidentes, cuyas sentencias, en cierta medida, han sido objeto de apelación, y algunas están pendientes de resolución por las Audiencias Provinciales. He intentado concretar algunas de las cuestiones suscitadas, que pueden interesar a los administradores concursales y otros operadores jurídicos, así como las opiniones de los Congresos de Derecho Mercantil celebrados por Magistrados especialistas y los Autos y Sentencias disponibles, que presento en la web <<http://www.fgm.net/>>, para quienes deseen consultar sus textos íntegros. Con esta segunda parte se completa lo publicado en el anterior número de la revista *Estudios de Deusto*.

Palabras clave: Ley 22/2003, derecho concursal, juzgados de lo mercantil.

Abstract: *During the passed two years, since the 1st of September 2004, date in which took effect in Spain Law 22/2003, July the 9th («winding-up» legal framework), many incidental points were transacted in new created Commerce Courts. Their decisions, to a certain extent, have been object of appeal, but the doctrine and reaction of the Provincial Courts (second instance in Spain) are yet pending. I have tried to concrete some questions that I understand interesting for administrators and other legal advisors, as well as the opinions emitted by expert Judges in Congresses on Commerce Law and the available Resolutions of these specialized Courts, that I present/display in the Web Site <<http://www.fgm.net/>>, for those who wish to consult the complete texts. With this second part what was published in the previous number of the magazine Estudios de Deusto is completed.*

Key words: *Winding-up, commerce law, commercial Courts.*

Sumario: 5. Convenio. 5.1. Propuesta anticipada de convenio. 5.1.1. Propositiones de quita o espera. 5.1.2. Adhesión de acreedores. 5.1.2.1. Cómputo de la adhesión de acreedores. 5.1.2.2. Cómputo de adhesiones presentadas mediante instrumento público. 5.1.3. Oposición a la admisión a trámite. 5.1.4. Admisión a trámite de la propuesta anticipada de convenio. 5.1.5. Expedientes de suspensión o extinción de relaciones laborales. 5.1.6. Aprobación de la propuesta de convenio anticipada. 5.2. Propuesta de convenio para junta de acreedores. 5.2.1. Admisión o

inadmisión a trámite de la propuesta de convenio. 5.2.2. Convenios en concursos vinculados. 5.2.3. Convenio aceptado por los acreedores. 5.2.4. Aprobación de convenio. 5.2.5. Convenio y créditos contra la masa. 5.2.6. Prohibición de ejecuciones durante la etapa de cumplimiento de convenio. 5.2.7. Efectos del convenio sobre avalista cambiario.—6. Liquidación. 6.1. Apertura a solicitud del deudor. 6.2. Solicitud de apertura por acreedor. 6.3. Apertura de oficio. 6.4. Efectos. 6.5. Plan de liquidación. 6.5.1. Plazo de presentación. 6.5.2. Contenido. 6.5.3. Aprobación y recursos. 6.5.4. Venta de bienes y derechos incluidos en el plan de liquidación. 6.6. Reglas legales supletorias. 6.7. Pago a los acreedores. 6.7.1. Pago de créditos contra la masa. 6.4. Término de la fase de liquidación.—7. Calificación del concurso. 7.1. Supuestos de culpabilidad. 7.2. Presunciones relativas. 7.3. Cómplices. 7.4. Tramitación de la sección de calificación. 7.4.1. Informe de la administración concursal. 7.4.2. Informe del Ministerio Fiscal. 7.5. Sentencia de calificación.—8. Conclusión del concurso.

Desde el 1 de septiembre de 2004, fecha de entrada en vigor de la Ley 22/2003, de 9 de julio, concursal, hasta el 31 de diciembre de 2006, se han declarado en España 2027 concursos de acreedores¹.

La media anual de procedimientos de suspensiones de pagos y quiebras admitidos y declarados, durante la década 1994-2003, fue de 967, y en el año 2003 ascendió a 1012², cuyos datos permiten deducir que el nuevo procedimiento concursal no ha influido en un aumento de las insolvencias declaradas. Indirectamente, puede considerarse que la profunda reforma concursal, según la exposición de motivos de la ley concursal, pese a su unidad legal (un solo texto que regula aspectos materiales y procesales), de disciplina (igual tratamiento de las situaciones concursales de todos los deudores, con independencia de su carácter o condición civil o mercantil) y de sistema (único proceso), así como la flexibilidad del nuevo procedimiento concursal, no ha calado aún en la cultura empresarial, pues el empresario no utiliza esta herramienta de gestión para intentar la solución de dificultades económico-financieras, quizá por el estigma que conlleva la obligada publicidad judicial y a la merma de crédito que comporta.

Durante los dos años transcurridos desde la vigencia del nuevo concurso de acreedores, se han planteado numerosas cuestiones sobre la referida Ley, que han sido resueltas por los Juzgados de lo Mercantil, aunque la doctrina de las Audiencias Provinciales es escasa. La anterior mención a los Juzgados de lo Mercantil proporciona la ocasión para el reconocimiento a los Magistrados correspondientes, por el gran esfuerzo profesional que vienen

¹ Instituto Nacional de Estadística.

² INE.

realizando, con una carga de asuntos desproporcionada a los medios personales y materiales que disponen, así como por el alto nivel de especialización jurídica de sus resoluciones. En general, la valoración del nuevo concurso de acreedores es positiva³.

En las notas que siguen, trataré de concretar algunas de las cuestiones a que me refería, que pueden interesar a los administradores concursales⁴ y otros operadores jurídicos, y las opiniones de un sector de la doctrina científica y de los Congresos celebrados por los Magistrados especialistas, en Valencia, los días 9 y 10 de diciembre de 2004 y 1 y 2 de diciembre de 2005, y en Salamanca, el 30 de noviembre y 1 de diciembre de 2006, así como las Resoluciones de los Juzgados de lo Mercantil y de las Audiencias Provinciales disponibles, aunque dada su extensión he preferido «guardar» y ofrecerlas en la web <www.fgm.net/>, para quienes deseen consultar sus textos íntegros. Esta segunda parte se dedica al convenio y a la liquidación, así como el tratamiento de la calificación del concurso, para completar lo publicado en el Vol. 55/1, enero-junio 2007, de la revista *Estudios de Deusto*.

5. Convenio

Interesa destacar las dos vías procesales por las que puede transitar el convenio⁵, a saber: a) la propuesta anticipada de convenio presentada por el deudor, con adhesión de acreedores ordinarios o privilegiados, cuyos créditos superen el 20% del pasivo presentado por el deudor, que se tramitará por escrito, durante la fase común (arts. 104 a 110); y, b) las propuestas de convenio presentadas por el deudor, si no hubiere presentado propuesta anticipada de convenio ni tuviere solicitada la liquidación, o por los acreedores concursales, cuyos créditos superen el 20% del total pasivo de la lista definitiva de acreedores⁶ (art. 113), salvo que el concursado tuviere solicitada la liquidación, que se someterán a acuerdo de la junta de acreedores (art. 116).

Cuestión singular se suscita en el Auto del Juzgado de lo Mercantil n.º 1 de Madrid, de fecha dieciséis de marzo de dos mil seis, sobre si el deudor, una vez que ha optado explícitamente por la liquidación, en su solicitud de la declaración de concurso, puede rectificar y optar por la presentación de una propuesta de convenio, en el curso del procedimiento, que se resuelve afirmativamente.

³ FERNÁNDEZ PELAZ, Mario, *El Diario Vasco*, 15 de diciembre de 2004; GARCÍA-VILLARRUBIA, Manuel, *Cinco Días*, 01/09/2005; AGÜERA MARÍN, Benito, «La Ley concursal cumple dos años», *Técnica Económica*, n.º 175, págs. 57-63.

⁴ GÓMEZ MARTÍN, Fernando, *Administración Concursal*, Valencia: Ed. CISS, 2004.

⁵ GÓMEZ MARTÍN, Fernando, «Convenio y liquidación concursal», *Revista Estudios de Derecho*, Publicaciones de la Universidad de Deusto, Vol. 52/1 Enero-Junio 2004.

⁶ Texto definitivo de la lista de acreedores, según el art. 96.4 de la Ley concursal.

5.1. Propuesta anticipada de convenio

Desde la solicitud de concurso voluntario o desde la declaración de concurso necesario y, en ambos casos, hasta la expiración del plazo de comunicación de créditos [un mes *ex art.* 21.1.5.º, desde la última de las publicaciones de declaración de concurso], el deudor, que no hubiese pedido la liquidación y no se hallare afectado por alguna de las prohibiciones establecidas en el artículo 105, podrá presentar ante el juez propuesta anticipada de convenio (art. 104.1). Conviene recordar que en procedimiento abreviado el plazo establecido será de quince días (arts. 190 y 191). Explícitamente, también puede haberlo presentado con la solicitud de concurso voluntario, según el art. 106.2.

5.1.1. PROPOSICIONES DE QUITA O ESPERA

Sobre admisión de la propuesta anticipada de convenio, que supera los límites del art. 100.1, se pronuncia el Auto del Juzgado de lo Mercantil n.º 4 de Madrid, de fecha 24 de enero de 2005: «Razonamientos Jurídicos. Cuarto.— A tenor de lo previsto en el n.º 2 del artículo 104 de la Ley Concursal cabe autorizar la superación del límite quinquenal, al que se refiere el n.º 1 del artículo 100 de dicho texto legal, hasta alcanzar la espera de siete años que se contiene en la propuesta de convenio presentada por la concursada. Resulta razonable que se admita tal excepción, ya que si se desea satisfacer el 100% del importe de los créditos, como se pretende convenir, lo que supone una buena solución para los acreedores, pues les permitirá cobrar la totalidad de lo que se les adeuda, es preciso contar con la financiación adecuada. Y no se generará suficiente caja para culminar el pago del total de las deudas, según se desprende del plan de viabilidad de la deudora, hasta el sexto (el 20%) y el séptimo año (el 10% restante), una vez consolidada la reestructuración de patrimonio (que supondrá la enajenación de activos y la adquisición de inmuebles de dimensión adecuada) y de líneas de actividad negocial (prescindiendo de las que no estaban resultando rentables) previstas por la empresa concursada». D. Enrique García García.

5.1.2. ADHESIÓN DE ACREEDORES

Los requisitos y forma de las adhesiones vienen regulados en el art. 103. Pese a referirse a cualquier acreedor, que incluye a los subordinados, éstos no se computarán para que se considere aceptada una propuesta de convenio, según el art. 124.

La adhesión a la propuesta de convenio por parte de las Administraciones y Organismos públicos se hará respetando las normas legales⁷ y regla-

⁷ Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado (B.O.E. 15.04.97).

mentarias que las regulan, a que se refieren las Disposiciones finales décima⁸ y decimosexta⁹, así como la nueva Ley General Tributaria (art. 103.4).

5.1.2.1. CÓMPUTO DE LA ADHESIÓN DE ACREEDORES

La admisión a trámite de la propuesta anticipada de convenio se supedita a que se acompañe con la adhesión de acreedores ordinarios o privilegiados cuyos créditos superen la quinta parte del pasivo presentado por el deudor (art. 106.1), es decir, del montante de la relación de acreedores aportada a su solicitud. Sin embargo, en el momento procesal de la presentación de la propuesta anticipada de convenio se desconoce la calificación jurídica de los créditos, excepto aquéllos con garantía real, si se diese por buena la información documental aportada por el deudor, *ex* art. 6.2.4.º. Llamo la atención sobre los créditos subordinados, que se clasificarán por la administración concursal *ex* art. 75.2.2.º, en relación con el art. 94, y cuya adhesión no permite la Ley; solamente los créditos ordinarios y privilegiados podrán adherirse a la propuesta anticipada de convenio. Si no obrase en autos la relación de acreedores exigida en el citado art. 6.2.4.º, como puede suceder en algún supuesto de concurso necesario¹⁰, la prohibición de presentar propuesta anticipada de convenio puede encontrarse implícita en el art. 105.1.6.º, pues el concursado habrá incumplido el requerimiento recibido, en virtud de lo previsto en el art. 21.1.3.º, y el Juez no podrá comprobar si las adhesiones aportadas superan la quinta parte del pasivo, que no ha sido presentado por el deudor.

En la Segunda Mesa Redonda del II Congreso de Derecho Mercantil, celebrado en Valencia, los días 1 y 2 de diciembre de 2005, sobre «Algunas cuestiones relativas al convenio y liquidación», se aborda la siguiente cuestión: «En los convenio anticipados, en la medida en la que no hay informe de la administración concursal, se plantea cómo computar los créditos que luego serán determinados para obtener el porcentaje mínimo de admisión. (...) parece razonable, y ajustado al espíritu de la ley de favorecer los convenios anticipados, computar a los efectos de la admisión a trámite de dicha modalidad de convenio la totalidad de los créditos sin efectuar una valoración previa de su naturaleza y su hipotética condición de subordinados.

⁸ Reforma de la Ley General Presupuestaria. Artículo 39 del texto refundido de la Ley General Presupuestaria, aprobado por Real Decreto Legislativo 1091/1988, de 23 de septiembre. Derogado con efectos de 1 de enero de 2005, por Ley 47/2003, de 26 de diciembre, General Presupuestaria, y a su entrada en vigor regirá el artículo 10.

⁹ Queda modificado el art. 24 del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio.

¹⁰ No se dará esta posibilidad cuando el concurso necesario tenga esa consideración con causa en lo dispuesto en el art. 22.2, es decir, si en los tres meses anteriores a la solicitud del deudor se hubiera presentado y admitido a trámite otra por cualquier legitimado.

Cuestión distinta es que una vez el informe de la administración concursal sea definitivo hayan de excluirse del cómputo las adhesiones de aquellos acreedores que finalmente se hayan calificado como de subordinados no aprobando aquellas propuestas que no obtengan la adhesión final de los acreedores ordinarios o privilegiados fijados en la Ley».

5.1.2.2. CÓMPUTO DE ADHESIONES PRESENTADAS MEDIANTE INSTRUMENTO PÚBLICO

En la Segunda Mesa Redonda del citado II Congreso de Derecho Mercantil, sobre «Algunas cuestiones relativas al convenio y liquidación», se aborda la siguiente cuestión: «Cómputo de las adhesiones escritas ante notario que lleguen tardíamente al Juzgado y si pueden ser tenidas en cuenta a posteriori para conformar las mayorías necesarias para la aprobación. En el convenio anticipado, las adhesiones anteriores a la fecha legalmente prevista, que lleguen al Juzgado con posterioridad a esa fecha pero antes de la aprobación judicial, deberán computarse, ya que el criterio que fija la Ley es que las adhesiones se manifiesten antes de que expire el plazo de impugnación del informe, si esas adhesiones llegan con posterioridad por haberse remitido por correo, por haberse extraviado o por no haber sido depositadas en el Juzgado en el momento oportuno no deben quedar invalidadas. En el supuesto del convenio no anticipado, el problema se plantea cuando tras la celebración de la junta se comprueba que hay adhesiones, que siendo de fecha anterior a la celebración de la junta, sin embargo llegaron al Juzgado con posterioridad a su celebración. No hay ningún cauce legal para que juntas no constituidas por falta de quórum o convenios rechazados por falta de los apoyos necesarios fueran nuevamente convocados a la vista de la llegada tardía de estas adhesiones y el único cauce legal que le queda al concursado o a los acreedores es el de plantear la nulidad de las actuaciones y reclamo de una nueva convocatoria de junta cuando, por causas no imputables al deudor o a los acreedores adheridos, se hubiera alterado el normal desarrollo de la convocatoria de junta, pero esta vía de la nulidad debe considerarse como una solución excepcional».

5.1.3. OPOSICIÓN A LA ADMISIÓN A TRÁMITE

Admitida a trámite la propuesta anticipada de convenio, el juez dará traslado de ella a la administración concursal para que, en un plazo no superior a diez días, proceda a su evaluación (art. 107.1), que tiene posibles efectos obstativos a su tramitación escrita, según el art. 107.2, sin que venga a cuento su presentación en el más breve plazo, si fuese desfavorable. Es decir, el mencionado informe debe presentarse en el plazo de diez días, en todo caso, y si fuese favorable se unirá también al informe *ex art.* 75.

En la Segunda Mesa Redonda del referido II Congreso de Derecho Mercantil, sobre «Algunas cuestiones relativas al convenio y liquidación se abor-

da la siguiente cuestión: «También en los convenios anticipados algunos acreedores han planteado la posibilidad de oponerse a la admisión de los convenios cuestionando a priori la viabilidad de la empresa... Parece razonable rechazar las impugnaciones que los acreedores puedan hacer del convenio antes de su admisión y sometimiento a votación, ya que si se habilita este sistema de fiscalización previo se corre el riesgo de que los incidentes concursales que pudieran plantearse paralizaran o ralentizaran la fase de convenio».

5.1.4. ADMISIÓN A TRÁMITE DE LA PROPUESTA ANTICIPADA DE CONVENIO

El Juzgado de lo Mercantil n.º 4 de Madrid, por Auto de fecha 24 de enero de 2005, admite a trámite la propuesta anticipada de convenio en concurso voluntario y autoriza la superación del límite quinquenal, del art. 100.1 de la Ley concursal: «Razonamientos Jurídicos. Cuarto.— A tenor de lo previsto en el n.º 2 del artículo 104 de la Ley Concursal cabe autorizar la superación del límite quinquenal, al que se refiere el n.º 1 del artículo 100 de dicho texto legal, hasta alcanzar la espera de siete años que se contiene en la propuesta de convenio presentada por la concursada. Resulta razonable que se admita tal excepción, ya que si se desea satisfacer el 100% del importe de los créditos, como se pretende convenir, lo que supone una buena solución para los acreedores, pues les permitirá cobrar la totalidad de lo que se les adeuda, es preciso contar con la financiación adecuada. Y no se generará suficiente caja para culminar el pago del total de las deudas, según se desprende del plan de viabilidad de la deudora, hasta el sexto (el 20%) y el séptimo año (el 10% restante), una vez consolidada la reestructuración de patrimonio (que supondrá la enajenación de activos y la adquisición de inmuebles de dimensión adecuada) y de líneas de actividad comercial (prescindiendo de las que no estaban resultando rentables) previstas por la empresa concursada». D. Enrique García García.

5.1.5. EXPEDIENTES DE SUSPENSIÓN O EXTINCIÓN DE RELACIONES LABORALES

En la Segunda Mesa Redonda del mencionado II Congreso De Derecho Mercantil, sobre «Algunas cuestiones relativas al convenio y liquidación», se aborda la siguiente cuestión: «Encaje de los ERES del artículo 64 con el convenio anticipado. (...) Aunque la LC no da un criterio claro que permita coordinar los ERES con las propuestas de convenio, el artículo 64 sí puede dar algunas pautas para resolver este tipo de cuestiones partiendo de los siguientes criterios: a) como normal general, el artículo 64 determina que este tipo de expedientes no pueden plantearse hasta que los administradores concursales no han emitido su informe, por lo tanto hay argumentos legales para que la administración concursal y el juez precipiten la admisión de expedientes de regulación de empleo durante la fase común, que es en la que

se desenvuelve el convenio anticipado; b) sin embargo, el propio artículo 64.3 sí permite anticipar la tramitación de los ERES..., esta anticipación del ERE no se vincula a una concreta propuesta de convenio sino a una viabilidad de la empresa, en la que pueden concurrir otros factores tales como la de adecuar las plantillas al volumen de trabajo y de pedidos existente durante el concurso, a la reducción de créditos contra la masa generados por la continuidad de la actividad empresarial, a las previsiones de tesorería y, por lo tanto, de posibilidades reales de pago de los salarios a los trabajadores... Desde esta perspectiva el ERE se desvincula de la propuesta de convenio y permite a la administración concursal impulsar estos expedientes en función de la situación económica de la empresa. La admisión y tramitación del ERE no ha de vincularse al buen fin de una propuesta de convenio sino a estos factores económicos que pueden coincidir o no con la viabilidad concreta de una propuesta de convenio».

5.1.6. APROBACIÓN DE LA PROPUESTA DE CONVENIO ANTICIPADA

Dentro de los cinco días siguientes a aquel en que hubiere finalizado el plazo de impugnación del inventario y de la lista de acreedores (diez días a contar desde la comunicación del informe de la administración concursal, según el art. 96, que se remite al art. 95 y éste al art. 23), si no se hubieren presentado impugnaciones o, de haberse presentado, dentro de los cinco días siguientes a aquel en que hubiera finalizado el plazo para la revocación de las adhesiones (art. 108.2¹¹), el juez verificará si las adhesiones presentadas alcanzan la mayoría legalmente exigida, es decir, el voto favorable, al menos, de la mitad del pasivo ordinario del concurso, según el art. 124. Se justifica en la exposición de motivos: «Al regular las mayorías necesarias para la aceptación de las propuestas de convenio, la ley prima a las que menor sacrificio comportan para los acreedores, reduciendo la mayoría a la relativa del pasivo ordinario».

El juez, mediante providencia, proclamará el resultado, si se hubiese alcanzado el voto favorable a que se ha hecho mención (al menos, de la mitad del pasivo ordinario del concurso). En otro caso, dictará auto abriendo la fase de convenio ordinario o de liquidación, según corresponda (art. 109.1). Si la mayoría resultase obtenida, el juez, en los cinco días siguientes al vencimiento del plazo de oposición a la aprobación judicial del convenio previsto en el apartado 1 del artículo 128, es decir, diez días desde la fecha de la providencia judicial que haya proclamado que las adhesiones presenta-

¹¹ «Cuando la clase o la cuantía del crédito expresadas en la adhesión resultaren modificadas en la redacción definitiva de la lista de acreedores, podrá el acreedor revocar su adhesión dentro de los cinco días siguientes a la puesta de manifiesto de dicha lista en la secretaría del juzgado. En otro caso, se le tendrá por adherido en los términos que resulten de la redacción definitiva de la lista».

das son suficientes para la aprobación del convenio, dictará sentencia aprobatoria, salvo que se haya formulado oposición al convenio o éste sea rechazado de oficio por el juez, según lo dispuesto en los artículos 128 a 131. Dicha sentencia pondrá fin a la fase común del concurso y, sin apertura de la fase de convenio, declarará aprobado éste con los efectos establecidos en los artículos 133 a 136. La sentencia se notificará al concursado, a la administración concursal y a todas las partes personadas en el procedimiento, y se publicará conforme a lo previsto en los artículos 23 y 24 de esta ley.

El Juzgado de lo Mercantil de Córdoba, en la Sentencia de fecha 13 de junio de 2005, aprueba la propuesta anticipada de convenio presentada por la entidad deudora: «Fundamentos de Derecho. Quinto.— De conformidad con lo establecido en el artículo 133 de la Ley Concursal, el convenio adquirirá plena eficacia desde la fecha de la sentencia de su aprobación, salvo que, recurrida ésta, quede afectado por las consecuencias del acuerdo de suspensión que, en su caso, adopte el juez conforme a lo dispuesto en el apartado 5 del artículo 197. Desde la eficacia de convenio cesarán todos los efectos de la declaración del concurso, quedando sustituidos por los que, en su caso, se establezcan en el propio convenio y sin perjuicio de los deberes generales que para el deudor establece el artículo 42. Asimismo, cesarán en su cargo los administradores concursales sin perjuicio de las funciones que el convenio pudiese encomendar a todos o a alguno de ellos hasta su íntegro cumplimiento. No obstante, como el convenio aprobado es de los denominados “gravosos”, en cuanto la quita y espera exceden de los límites previstos en el artículo 163.1.1.º de la Ley Concursal, por lo que habrá de formarse la sección de calificación, el administrador concursal no cesará hasta que no concluya su intervención en la sección de calificación.

Sexto.— Al amparo de lo establecido en el artículo 134 de la Ley Concursal, el contenido del convenio vinculará al deudor y a los acreedores ordinarios y subordinados, respecto de los créditos que fuesen anteriores a la declaración del concurso, aunque, por cualquier causa, no hubiesen sido reconocidos. Los acreedores subordinados quedarán afectados por las mismas quitas y esperas establecidas en el convenio para los ordinarios, pero los plazos de espera se computarán a partir del íntegro cumplimiento del convenio respecto de estos últimos. Queda a salvo su facultad de aceptar, conforme a lo previsto en el artículo 102, propuestas alternativas de conversión de sus créditos en acciones, participaciones o cuotas sociales o en créditos participativos. Los acreedores privilegiados sólo quedarán vinculados al contenido del convenio si hubieren votado a favor de la propuesta o si su firma o adhesión a aquella se hubiere computado como voto favorable. Además, podrán vincularse al convenio ya aceptado por los acreedores o aprobado por el Juez mediante adhesión prestada en forma antes de la declaración judicial de cumplimiento, en cuyo caso quedarán afectados por el convenio.

Séptimo.— Los acreedores que no hubiesen votado a favor del convenio no quedarán vinculados por éste, en cuanto a la subsistencia plena de sus

derechos frente a las obligados solidariamente con el concursado y frente a sus fiadores y avalistas, quienes no podrán invocar ni la aprobación ni los efectos del convenio en perjuicio de aquellos, de conformidad con lo establecido en el artículo 135.1 de la Ley Concursal.

Octavo.— Con arreglo a lo dispuesto en el artículo 136, los créditos de los acreedores privilegiados que hubieren votado a favor del convenio, los de los acreedores ordinarios y los de los subordinados quedarán extinguidos en la parte a que alcance la quita, aplazados en su exigibilidad por el tiempo de espera y, en general, afectados por el contenido del convenio.

Noveno.— Al amparo de lo dispuesto en el artículo 138 de la Ley Concursal, con periodicidad semestral, contada desde la sentencia aprobatoria del convenio, el deudor informará al juez del concurso acerca de su cumplimiento.

Décimo.— En el presente caso, presentada propuesta anticipada de convenio por el deudor cumpliendo los requisitos de forma y fondo exigidos por la Ley, estando acompañada de las adhesiones necesarias y no habiéndose formulado oposición alguna en los plazos legalmente establecidos, procede dictar sentencia aprobando el convenio contenido en la referida propuesta anticipada.

Undécimo.— El artículo 163.1.1.º de la Ley Concursal previene que se formará la sección de calificación del concurso cuando se apruebe judicialmente un convenio en el que se establezca, para todos los acreedores o para los de una o varias clases, una quita superior a un tercio del importe de sus créditos o una espera superior a tres años. A su vez, el artículo 167.1 establece que la formación de la sección sexta se ordenará en la misma resolución judicial por la que se aprueba el convenio.

En su virtud, vistos los preceptos citados y demás de general y pertinente aplicación, Fallo: se da por concluida la fase común del concurso, y sin apertura de la fase de convenio, se declara aprobado el convenio presentado por la entidad deudora, “Jamones y Embutidos de Fernán Núñez, S. L.”, en propuesta anticipada que obtuvo un total de once adhesiones, que representan un importe total del pasivo de 462.061,83 euros, superior a la mitad del pasivo ordinario (858.772,68 euros).

Se decreta el cese de todos los efectos de la declaración de concurso, quedando sustituidos por los que se establecen en el propio convenio y sin perjuicio de los deberes del deudor de comparecer ante este Juzgado tantas veces sea requerido, colaborar e informar en todo lo necesario para el interés del concurso y el convenio.

Se decreta el cese del administrador concursal, sin perjuicio de lo previsto en el capítulo II del título VI de la Ley Concursal (intervención de dicho administrador en la sección de calificación).

Requíerese a dicho administrador a fin de que rinda cuentas de su actuación ante este Juzgado en el plazo de un mes a partir de la notificación de la presente resolución.

Los acreedores privilegiados, ordinarios y subordinados quedarán vinculados al contenido del convenio, en los términos expresados en los fundamentos jurídicos sexto, séptimo y octavo de la presente sentencia.

Requíerese a la entidad deudora, a fin de que, con periodicidad semestral, a partir de la fecha de esta sentencia, informe a este Juzgado acerca del cumplimiento del convenio». D. Pedro José Vela Torres.

5.2. *Propuesta de convenio para junta de acreedores*

Cuando el concursado hubiera mantenido la propuesta anticipada de convenio, el juez, sin necesidad de nueva resolución sobre dicha propuesta ni de informe de la administración concursal, dictará auto convocando la Junta de acreedores (art. 111.2).

En la Segunda Mesa Redonda del mentado II Congreso de Derecho Mercantil, sobre «Algunas cuestiones relativas al convenio y liquidación», se aborda la siguiente cuestión: «También referido al convenio, se plantea el problema de las garantías para la convocatoria, en la medida en la que la Ley no establece una convocatoria individualizada a los acreedores. El artículo 111 de la Ley Concursal establece que la convocatoria de la junta queda sometida al régimen de publicidad del artículo 23 de la Ley Concursal, dado el contenido de este artículo 23, los problemas prácticos pueden ser importantes, ya que el artículo 23.2 sólo exige publicación de edictos en BOE y en diario en el supuesto de la declaración de concursos y en el resto de resoluciones la publicidad es más “difusa”. Lo que sí parece claro es que el auto acordando la convocatoria de la junta deberá notificarse a todos los acreedores personados... Es conveniente que cuando el número de acreedores sea elevado y no estén personados se publiquen los edictos cuando menos en un diario de difusión en el ámbito territorial de la concursada; por otra parte, la Ley no excluye que el Juez de oficio o a petición del proponente del convenio pueda habilitar medios complementarios de publicidad –convocatoria por correo con acuse de recibo, burofax u otros medios análogos–».

En la notificación de la convocatoria se expresará a los acreedores que podrán adherirse a la propuesta de convenio en los términos del artículo 115.3.

En la Segunda Mesa Redonda del citado II Congreso de Derecho Mercantil, sobre «Algunas cuestiones relativas al convenio y liquidación», se aborda la siguiente cuestión: «Criterios para suspender las juntas convocadas. Entre ellos, la solicitud del concursado de un plazo extra para garantizar el éxito del concurso. No hay normas específicas en la Ley concursal respecto de la suspensión de la convocatoria de la Junta, habría que acudir a las normas generales de la LEC, para autorizar una suspensión cuando concurra causa legal, entre las causas legales no aparece en ningún caso la de que el concursado requiera de un plazo extraordinario para recabar adhesiones. En cualquier caso, la interpretación de las causas de suspen-

sión debe ser muy restringida para evitar perjuicios a los acreedores, sólo será posible la suspensión cuando la ausencia de alguna de las partes sea preceptiva y cuando no haya posibilidades de sustitución o apoderamiento –caso de los acreedores–. Cuestión distinta es que la totalidad de los acreedores y el concursado reclamen la suspensión del curso de las actuaciones conjuntamente (artículo 188.1.3 de la LEC), en este caso sí será posible suspender la junta, siempre y cuando se constate que la suspensión la reclaman todas las partes, y podría extenderse esta interpretación a los supuestos en los que la suspensión la piden conjuntamente el concursado y acreedores que representen un número determinante para la obtención del quórum de constitución o la mayoría para aprobar el convenio. Dentro del análisis de esta cuestión se plantea también si en el marco del artículo 111 de la Ley Concursal sería posible habilitar varias convocatorias de junta de acreedores, aunque la redacción del artículo 111 permite considerar que la Ley Concursal establece la celebración de una única convocatoria de junta, (...) permitiendo la continuación en el día hábil posterior a la incidencia [de suspensión]... Más complicado es admitir que, a petición del deudor o de los acreedores proponentes del convenio, se pudieran fijar varias fechas para la celebración de juntas sucesivas, cuando se hubieran de debatir distintas propuestas de convenio, ya que el artículo 121 establece que el debate de distintas propuestas debe hacerse de modo sucesivo pero con unidad de acto».

5.2.1. ADMISIÓN O INADMISIÓN A TRÁMITE DE LA PROPUESTA DE CONVENIO

La propuesta que someta la eficacia del convenio a cualquier clase de condición se tendrá por no presentada (art. 101.1), excepto en los casos previstos en el apartado 2 de dicho art. 101, es decir, cuando se trate de declaración conjunta de concurso de varios deudores (art. 3.5) o de concursos acumulados (art. 25), en los que la propuesta de uno de los concursados podrá condicionarse a la aprobación judicial del convenio de otro u otros.

La admisión a trámite de la propuesta anticipada de convenio tendrá lugar en el auto de declaración de concurso, cuando se hubiera presentado con la solicitud de concurso voluntario o antes de la declaración judicial de éste. En los demás casos, el juez, dentro de los tres días siguientes al de presentación de la propuesta anticipada de convenio, resolverá mediante auto motivado sobre su admisión a trámite. En el mismo plazo, de apreciar algún defecto, el juez lo notificará al concursado para que en los tres días siguientes a la notificación pueda subsanarlo (art. 106.2).

El juez rechazará la admisión a trámite cuando las adhesiones de acreedores presentadas en la forma establecida en esta ley no alcancen la citada proporción del pasivo exigida (superior al 20% ex art. 106.1), cuando aprecie infracción legal en el contenido de la propuesta de convenio (quita o espera superiores a los límites establecidos, etc., según el art. 100, o cláusula

las que condicionen su eficacia, según el art. 101) o cuando el deudor estuviere incurso en alguna prohibición *ex art. 105* (art. 106.3).

El Auto del Juzgado de lo Mercantil n.º 1 de Madrid, de fecha 16 de noviembre de 2005, admite a trámite la propuesta de convenio presentada por la representación procesal de un acreedor, previo minucioso análisis de sus requisitos y contenido: a) que lo propongan acreedores cuyos «créditos consten en el concurso y superen, conjunta o individualmente, una quinta parte del total pasivo resultante de la lista definitiva de acreedores»; b) que la propuesta de convenio se encuentre firmada –con firma legitimada– por los proponentes, o por sus representantes con poder para ello, así como por los terceros que asuman obligaciones; c) se trata de una propuesta de convenio de asunción, con contenidos alternativos y en la que terceros asumen obligaciones; d) la propuesta de convenio tiene un contenido alternativo, integrado por una Propuesta Básica y una Propuesta Alternativa; e) trato singular a determinados acreedores; f) excede el límite legal permitido para las quitas y no se exceden los límites legales para las esperas; y, g) detenido estudio de la expresión «Especial trascendencia para la economía» y del «Informe emitido al efecto por la Administración económica competente».

El Juzgado de lo Mercantil n.º 1 de Madrid, por Auto de fecha 16 de marzo de 2006, inadmite a trámite la propuesta de convenio en concurso voluntario, por ausencia de determinación de la fecha de pago de la deuda pendiente, una vez aplicada la quita propuesta, y por falta de especificación de los recursos necesarios para el cumplimiento de la propuesta de convenio en el plan de viabilidad: «Fundamentos Jurídicos. Segundo.– 1. Presentada la propuesta de convenio, mediante providencia de fecha 17 de febrero de 2006 se pusieron de manifiesto determinados defectos de que adolecía la misma requiriendo a la entidad concursada para que, de acuerdo con lo previsto en el artículo 114.1 LC, los subsanara en el plazo de tres días. Fruto de lo anterior es el escrito presentado por la entidad concursada en fecha 1 de marzo de 2006. Para resolver si con el contenido del mismo se subsanan los defectos que en su día fueron puestos de manifiesto, es menester partir de la providencia de fecha 17 de febrero de 2006. En la misma se enumeraban los defectos detectados en la propuesta de convenio presentada por el deudor que en resumida síntesis pueden exponerse como sigue: a) la ausencia de determinación de la fecha o fechas de pago de la deuda pendiente una vez aplicada la quita que se propone; b) la falta de especificación de los recursos necesarios para el cumplimiento de la propuesta de convenio en el plan de liquidación, identificando y concretando los medios y condiciones para la obtención de los ingresos que permitirían el cumplimiento de la propuesta de convenio, así como el detalle de los compromisos de los terceros en la aportación de tales ingresos; y 3) la falta de concreción del importe de la obligación de futuro contraída por los terceros, de la identificación de tales terceros, y de la plasmación de la asunción de éstos mediante la firma de la propuesta de convenio...

3. El primero de los defectos a los que se aludió en la providencia de fecha 17 de febrero de 2006 consistía en la ausencia de determinación de la fecha o fechas de pago de la deuda pendiente una vez aplicada la quita del 33% que se proponía. En el plan de pagos acompañado a la propuesta de convenio se dice que el plazo para el primer pago es de un mes que se iniciará “al día siguiente a la notificación de aprobación judicial y se contará de fecha a fecha”. En relación con el segundo de los pagos se afirma que “una vez se haya abonado el último desembolso relativo al primer pago, se iniciará el plazo del segundo pago. El plazo del segundo pago será de dos años”. En el escrito presentado en fecha 1 de marzo de 2006 la entidad concursada se limita a exponer –lo que califica de mejor explicación– que el segundo pago “se abonará, por igual e independientemente del grupo al que pertenezcan, y hasta un montante que llegue, junto con lo abonado en el primer pago, a los 2/3 del total de la actual deuda societaria”. Tal comentario no supone la subsanación del defecto al que se refería la providencia de 17 de febrero de 2006. La redacción transcrita de la propuesta de convenio con relación al momento en que se compromete a efectuar el pago permite al deudor concursado elegir para cada acreedor la fecha de pago dentro del periodo de un mes –para el primero de los pagos– y el de dos años –para el segundo–. Esta libertad de elección supone una potencial espera distinta para cada acreedor o grupo de acreedores en función de la libérrima decisión del deudor. Y es evidente que las quitas deben quedar concretadas en la propuesta de convenio a fin de que cada acreedor o grupo de acreedores sepa la fecha exacta en que va a percibir su crédito, máxime cuando la elección de una fecha u otra puede suponer dar un trato singular a un acreedor, a varios, o a un determinado grupo de acreedores. Trato singular que debe explicitarse puesto que atribuye a la propuesta de convenio un quórum específico para su aprobación (artículo 125 LC), y cuya inconcreción impide a los acreedores destinatarios de la propuesta hacerse una idea cabal de lo que su texto supone para cada uno de ellos, y correlativamente la imposibilidad de configurar adecuadamente su voto frente a la propuesta de convenio.

4. El segundo de los defectos a los que se refiere la providencia de 17 de febrero de 2006 es la falta de especificación de los recursos necesarios para el cumplimiento de la propuesta de convenio en el plan de viabilidad, identificando y concretando los medios y condiciones para la obtención de los ingresos que permitirían el cumplimiento de la propuesta de convenio, así como el detalle de los compromisos de los terceros en la aportación de tales ingresos. El artículo 100.5 LC, cuando se refiere al plan de viabilidad, establece que “cuando para atender al cumplimiento del convenio se prevea contar con los recursos que genere la continuación, total o parcial, en el ejercicio de la actividad profesional o empresarial, la propuesta deberá ir acompañada, además, de un plan de viabilidad en el que se especifiquen los recursos necesarios, los medios y condiciones de su obtención y, en su caso, los compromisos de su prestación por terceros”. Como hemos advertido, en el texto de

la propuesta de convenio se indicaba que «el pago de los créditos se efectuará con medios propios de la sociedad, sin que ningún tercero afronte su satisfacción. Para la realización de dichos pagos la empresa concursada se obliga formalmente a realizar y elevar a público las ampliaciones de capital que sean necesarias, a fin de afrontar la deuda pendiente una vez aplicada la quita planteada a los acreedores. Hay que poner de relieve que no puede comprenderse muy bien cómo va a afrontar la sociedad concursada la ampliación de capital “sin que ningún tercero afronte su satisfacción”. Debemos partir de que el artículo 73.2 LSRL establece que “el contravalor del aumento del capital social podrá consistir tanto en nuevas aportaciones dinerarias o no dinerarias al patrimonio social, incluida la aportación de créditos contra la sociedad, como en la transformación de reservas o beneficios que ya figuraban en dicho patrimonio”. Pues bien, o la entidad concursada indica con qué reservas o beneficios pretende afrontar las ampliaciones de capital anunciadas y lo expone en el correspondiente plan de viabilidad –al asumir que el cumplimiento del convenio se llevará a cabo con recursos generados como consecuencia de la actividad empresarial– o bien indica qué terceros se obligan a suscribir la ampliación de capital. No se hacía esta concreción en la propuesta de convenio inicialmente presentada. Mediante el escrito presentado en fecha 1 de marzo de 2006 se indica que se tiene previsto articular “dos ampliaciones de capital, que serán suscritas y desembolsadas por el actual administrador social, D. Eusebio (...) para realizar las ampliaciones de capital mencionadas se pondrá a la venta las acciones de las que el Administrador ordinario, D. Eusebio, es titular (...) Don Eusebio es propietario de 1.034 acciones. Cada acción, dice el certificado, tiene un valor de 452,60 euros, lo que hace un total de 467.988,40 euros. Esta cantidad es suficiente para desembolsar las ampliaciones de capital propuestas”. En cuanto a las ampliaciones de capital y su importe se dice en el escrito presentado por la entidad deudora el 1 de marzo de 2006 que “debemos fijar la cuantía de la primera ampliación de capital en 60.000 euros. Con dicha cantidad se asume, y se sobrepasa, el 1.º pago estipulado en el plan de pagos presentado al Juzgado. La segunda ampliación tendrá las mismas características de la primera pero destinándose al 2.º pago del convenio. En este segundo pago variará lógicamente el importe, el cual es materialmente imposible de cuantificar, pero que tal y como se ha comentado, llegará a cubrir el resto –una vez descontado el primer pago– de los créditos, hasta alcanzar los 2/3 de las deudas actuales de la empresa, pagando a todos los acreedores por igual e independientemente de su clasificación”. Tampoco puede tenerse por subsanado el defecto al que se aludió en la providencia de fecha 17 de febrero de 2005 por dos razones: a) se pretende indicar que la segunda ampliación de capital pudiera derivar –al menos en parte– de las reservas o beneficios obtenidos con la continuación de la actividad empresarial y no se aporta el correspondiente plan de viabilidad que lo indique; b) en relación con la segunda ampliación no se concreta el alcance del compromiso del tercero D. Eusebio.

5. Esto último debe entroncarse con el último de los defectos a los que se aludía en la providencia de 17 de febrero de 2006. Se requería a la entidad concursada para que subsanara la falta de concreción del importe de la obligación de futuro contraída por los terceros, de la identificación de tales terceros, y de la plasmación de la asunción de éstos mediante la firma de la propuesta de convenio. Como hemos podido observar, mediante el escrito presentado en fecha 1 de marzo de 2006 no se identifica el importe de la obligación de futuro que asume D. Eusebio en relación con la segunda ampliación de capital puesto que en relación con la misma se manifiesta que no puede determinarse cuál será su importe. A pesar de lo anterior, se expone que la obligación de futuro contraída por D. Eusebio asciende a la cantidad de 467.988,40 euros, fruto de la venta de 1.034 acciones de la entidad Layros, S. A. de las que es titular, cuyo valor actual es de 452,60 euros cada una de ellas. No corresponde al Tribunal enjuiciar la robustez de la propuesta, sino a los acreedores. Sin embargo, el Juzgado debe velar por el cumplimiento de todos los requisitos legales para la admisión a trámite de la propuesta, entre las cuales se encuentra la de que los terceros –en este caso D. Eusebio– asuman la obligación que anuncian contraer frente a los acreedores. Y, habida cuenta que en la propuesta de convenio no se concretaba la identidad del tercero que se proponía asumir la obligación de futuro consistente en suscribir la ampliación de capital sino que esta concreción –parcial como ya hemos señalado– se hace en el escrito presentado en fecha 1 de marzo de 2006, era menester que la firma de éste constara legitimada (artículo 99 LC) no sólo en la propuesta de convenio sino también en el documento de asunción de la obligación. Al no haberse procedido de este modo, tampoco en este caso puede estimarse subsanado el defecto al que se aludía en la providencia de fecha 17 de febrero de 2006.

Vistos los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación, Dispongo: se inadmite a trámite la propuesta de convenio presentada por la representación procesal de la entidad Tacondi, S.L., mediante escrito prestando en este Juzgado en fecha 27 de enero de 2006», D. Antoni Frigola i Riera.

Inadmite, también, la propuesta de convenio el Auto del Juzgado de Primera Instancia Número 14 de Granada, de fecha 23 de enero de 2006, debido no sólo a que el plan de viabilidad, exigido por el art. 100.1 de la L.C., no contempla expresamente que la superación de tales límites es necesaria para atender el cumplimiento del convenio, sino por no contemplar el convenio cómo se pagaran los créditos concedidos para financiar el plan de viabilidad, entre otras causas.

5.2.2. CONVENIOS EN CONCURSOS VINCULADOS

En la Segunda Mesa Redonda del reiterado II Congreso de Derecho Mercantil, sobre «Algunas cuestiones relativas al convenio y liquidación» se aborda la siguiente cuestión: «Convenios en concursos vinculados. Condicionar un convenio a otro, problemas de interpretación del 135.2 de la Ley.

El artículo 135.2 advierte que la responsabilidad de los obligados solidarios, fiadores o avalistas del concursado frente a los acreedores que hubiesen votado a favor del convenio se regirá por las normas aplicables a la obligación que hubiesen contraído o por los convenios que sobre el particular hubieran establecido. El término *convenios* puede generar confusión ya que con él puede hacerse referencia: a) al contenido de los convenios concursales que se hubieran presentado en uno y otro concurso, en este caso la Ley permite que un convenio pueda condicionarse a otro en el supuesto de concursos acumulados o vinculados –se pacta una quita de un 50% en uno de los convenios y en el otro las quitas quedan vinculadas a la aprobación del primer convenio–, no hay problemas en la medida en la que todos los acreedores conocen el contenido de ambos convenios y pueden expresar en las juntas su parecer respecto de las propuestas; b) el convenio o lo convenido puede hacer referencia también al contenido de las obligaciones recogidas en los contratos correspondientes –las convenidas por las partes en esos contratos en los que se constituyen las obligaciones y garantías– en estos casos tampoco parece que haya problemas dado que los contratos en cuestión serán anteriores a la declaración del concurso y la administración concursal en su informe advertirá de las contingencias y alcance de las obligaciones derivadas de estos contratos; c) hay una tercera acepción más compleja que es la que habilitaría que el concursado y sus avalistas pudieran convenir acuerdos o pactos con los acreedores con posterioridad al establecimiento de la obligación, convenios o pactos no reflejados en el convenio concursal ni en el contrato inicialmente pactado. En estos casos, conforme a las reglas del artículo 40 de la Ley Concursal, tanto si el deudor tiene intervenidas sus facultades como si las tiene suspendidas, la administración concursal ha de conocer y autorizar estos pactos teniendo en cuenta el interés de todos los acreedores del concurso».

5.2.3. CONVENIO ACEPTADO POR LOS ACREEDORES

En el caso de propuesta anticipada de convenio, dentro de los cinco días siguientes a aquel en que hubiere finalizado el plazo de impugnación del inventario y de la lista de acreedores (diez días a contar desde la comunicación del informe de la administración concursal, según el art. 96, que se remite al art. 95 y éste al art. 23), si no se hubieren presentado impugnaciones o, de haberse presentado, dentro de los cinco días siguientes a aquel en que hubiera finalizado el plazo para la revocación de las adhesiones (art. 108.2), el juez verificará si las adhesiones presentadas alcanzan la mayoría legalmente exigida, es decir, el voto favorable, al menos, de la mitad del pasivo ordinario del concurso, según el art. 124. El juez, mediante providencia, proclamará el resultado, y si la mayoría resultase obtenida, el juez, en los cinco días siguientes al vencimiento del plazo de oposición a la aprobación judicial del convenio previsto en el apartado 1 del artículo 128, es decir, diez días desde la fecha de la

providencia judicial que haya proclamado que las adhesiones presentadas son suficientes para la aprobación del convenio, dictará sentencia aprobatoria, salvo que se haya formulado oposición al convenio o éste sea rechazado de oficio por el juez, según lo dispuesto en los artículos 128 a 131.

En el mismo día de conclusión de la junta o en el siguiente hábil, el secretario elevará al juez el acta y, en su caso, someterá a la aprobación de éste el convenio aceptado (art. 127).

En la Segunda Mesa Redonda del repetido II Congreso de Derecho Mercantil, sobre «Algunas cuestiones relativas al convenio y liquidación» se aborda la siguiente cuestión: «Facultades de oficio del Juez para rechazar un convenio una vez ha sido votado. El control de oficio que prevé el artículo 131 de la Ley Concursal debe circunscribirse a la apreciación de defectos o problemas formales observados en el trámite de admisión, convocatoria o desarrollo de la Junta, así como al conocimiento sobrevenido de alguna de las circunstancias o requisitos formales –objetivos o subjetivos– del convenio. No parece razonable que en el ámbito de estas facultades el Juez se arroge la posibilidad de rechazar de oficio convenios por razones de tipo económico vinculadas a las objeciones que pudiera plantear el plan de pagos o el plan de viabilidad. En el caso del convenio anticipado el Juez puede no admitir a trámite una propuesta que cuente con un informe desfavorable de la administración concursal, y en el convenio no anticipado la evaluación del mismo no permite al Juez volver a revisar los criterios de admisión. La inviolabilidad objetiva como motivo de oposición –artículo 128.2– sólo debe reconocerse como motivo de oposición a la administración concursal y a los acreedores titulares de al menos un 5% de los créditos ordinarios».

5.2.4. APROBACIÓN DE CONVENIO

Transcurrido el plazo de oposición, sin que se hubiese formulado ninguna, el juez dictará sentencia aprobando el convenio aceptado por la junta, salvo lo establecido en el artículo 131, es decir, que el juez lo rechazase de oficio, por alguna de las causas previstas en el art. 128.1, anteriormente relacionadas (art. 130).

A la sentencia aprobatoria se dará la publicidad prevista en los arts. 23 y 24, según el art. 132, es decir, publicará en el BOE y en un diario con difusión en la provincia donde el deudor tenga el centro de sus principales intereses, así como en otro diario de los de mayor difusión en la provincia donde radique su domicilio. Igualmente se inscribirá en los Registros públicos que procedan (Registro Civil, Registro Mercantil, Registro de la Propiedad, etc.). La mencionada sentencia confiere eficacia al convenio, salvo que fuese recurrida en apelación (art. 133.1).

Dicha eficacia produce el cese de los administradores concursales, sin perjuicio de sus funciones cuando se forme la sección de calificación del concurso (art. 167 que se remite al art. 163), que en este caso, de aprobación de convenio, tendrá lugar cuando consista en una quita superior a un tercio

de los créditos o una espera superior a tres años. Desde la fecha de la eficacia del convenio (sentencia de aprobación) cesarán todos los efectos de la declaración de concurso, quedando sustituidos por los que, en su caso, se establezcan en el propio convenio, sin perjuicio de los deberes generales que para el deudor establece el art. 42 (colaborar e informar en todo lo necesario o conveniente para el interés del concurso). Asimismo, como indicaba, cesarán en su cargo los administradores judiciales, sin perjuicio de las funciones que el convenio pudiese encomendar a todos o alguno de ellos hasta su íntegro cumplimiento. Pero el ejercicio de las funciones que el convenio les encomiende no mantiene el estatuto de la administración concursal y solo actuarán como mandatarios. Producido el cese, los administradores judiciales rendirán cuentas de su actuación ante el juez del concurso, dentro del plazo que éste señale (art. 133.2).

El Juzgado de lo Mercantil n.º 1 de Madrid, por Sentencia de fecha 30 de enero de 2006 (D. Antoni Frigola i Riera), aprueba la propuesta de convenio presentada en concurso de acreedores e introduce determinadas consideraciones sobre su contenido, que resultan de interés, así como acuerda el cese de la administración concursal, en sus funciones de intervención, aunque continuando en el cargo para la calificación, y fija su retribución para esta función.

La Sentencia del Juzgado de lo Mercantil n.º 3 de Barcelona (D. José M.ª Fernández Seijo), de fecha diecisiete de octubre de dos mil seis, aprueba el convenio de acreedores votado favorablemente en Junta y cesando los efectos de la declaración de concurso y cesando los administradores excepto en las labores derivadas de la sección de calificación y la fiscalización de la completa satisfacción de los créditos contra la masa.

5.2.5. CONVENIO Y CRÉDITOS CONTRA LA MASA

En la Segunda Mesa Redonda del señalado II Congreso de Derecho Mercantil, sobre «Algunas cuestiones relativas al convenio y liquidación» se aborda la siguiente cuestión: «En la medida en la que durante el concurso los gastos y créditos contra la masa se incrementan considerablemente, se plantean dudas sobre como encajar el pago de los créditos contra la masa con las previsiones del convenio... Los administradores concursales, aunque se apruebe el convenio, pueden quedar prorrogados en sus funciones no sólo respecto de la sección de calificación, sino también respecto de la realización de los pagos de estos créditos contra la masa».

5.2.6. PROHIBICIÓN DE EJECUCIONES DURANTE LA ETAPA DE CUMPLIMIENTO DE CONVENIO

El Auto del Juzgado de Primera Instancia n.º 9 y Mercantil de Córdoba, de fecha dieciséis de febrero de dos mil seis, acuerda no despachar la ejecución solicitada por la Letrada de la Administración de la Seguridad Social, con causa en que hasta la conclusión del concurso, a tenor del artículo 176

de la Ley concursal, siguen vigentes las prohibiciones de ejecución del artículo 55.

5.2.7. EFECTOS DEL CONVENIO SOBRE AVALISTA CAMBIARIO

El Auto Audiencia Provincial de Córdoba (Sección n.º 3), de fecha diecisiete de octubre de dos mil seis, resuelve que, como consecuencia de la autonomía del aval cambiario (el aval cambiario es una obligación autónoma, en la que el avalista no puede oponer las excepciones personales del avalado), éste no queda afectado por la novación modificativa que haya sufrido la obligación garantizada conforme al artículo 136 de la Ley Concursal.

6. Liquidación

La liquidación¹² de los bienes y derechos integrados en la masa activa del concurso y la aplicación de su producto a la satisfacción de los créditos contra la masa y concursales es causa de conclusión del concurso, entre las previstas en el art. 176 de la Ley concursal.

La apertura de la fase de liquidación tiene determinados efectos jurídicos, a saber: 1.— Sobre el deudor: a) suspensión de sus facultades de administración y disposición, si las hubiere conservado; b) si fuese persona natural, la pérdida del derecho a alimentos, aunque se mantienen sus obligaciones como alimentista y sus derechos sobre prestaciones inembargables; y, c) si fuese persona jurídica, su disolución y cese de administradores o liquidadores, que serán sustituidos por la administración concursal (art. 145); 2.— Sobre los créditos concursales: a) el vencimiento anticipado y conversión en dinero de aquellos que consistan en otras prestaciones; b) la reanudación de ejecuciones de garantías reales, cuyas actuaciones hubieran quedado suspendidas por la declaración de concurso *ex* art. 56, y que se acumularán al procedimiento de ejecución colectiva como pieza separada, según el art. 57 (art. 146).

Respecto del deudor, según declara el Auto del Juzgado de lo Mercantil n.º 4 de Madrid, de fecha 28 de septiembre de 2005, existe un derecho de la sociedad concursada a mantener durante la fase de liquidación la representación procesal que tenía al inicio del proceso, a fin de garantizar su defensa en el marco del concurso, incluidos los incidentes que se susciten en él (de modo análogo a lo previsto en los artículos 51.2 y 54.3 de la LC).

¹² GÓMEZ MARTÍN, Fernando, «Convenio y liquidación concursal», *Revista Estudios de Derecho*, Publicaciones de la Universidad de Deusto, Vol. 52/1 Enero-Junio 2004.

6.1. *Apertura a solicitud del deudor*

El deudor podrá pedir la liquidación, según el art. 142.1: 1.º Con la solicitud de concurso voluntario, concordante con el art. 6.4, a la que acompañará propuesta de plan de liquidación; 2.º Desde que se dicte el auto de declaración de concurso y hasta la expiración del plazo de impugnación del inventario y de la lista de acreedores, si no se hubiesen presentado impugnaciones (diez días desde la comunicación del informe regulado en el Título IV, cuya publicidad se ordena en el art. 97), o, de haberse presentado, hasta la fecha en que se pongan de manifiesto en la secretaría del juzgado los textos definitivos de aquellos documentos (art. 96.4), siempre que al momento de la solicitud no hubiera presentado propuesta de convenio o, de haber presentado una anticipada, se hubiese denegado su admisión a trámite; 3.º Si no mantuviese la propuesta anticipada de convenio, de conformidad con lo previsto en el apartado 1 del artículo 110, que le faculta para solicitar la liquidación; y, 4.º Dentro de los cinco días siguientes a aquél en que los acreedores hayan presentado propuesta de convenio conforme al apartado 1 del artículo 113, salvo que el propio deudor hubiere presentado una suya. Se observa que la petición de liquidación por el deudor, en los supuestos descritos, tiene lugar durante la fase común del concurso.

Sin embargo, la Ley confiere al concursado la facultad de solicitar la apertura de la fase de liquidación durante la fase de convenio, según previene el art. 128.3, en el plazo de diez días, contado de la fecha de conclusión de la junta de acreedores que aceptó una propuesta de convenio presentada por acreedores, a la que él no le hubiese prestado conformidad. Cuando el deudor hubiese pedido la liquidación, el juez dictará auto poniendo fin a la fase común del concurso y abriendo la fase de liquidación, dentro de los quince días siguientes a la expiración del plazo de impugnación del inventario y de la lista de acreedores si no se hubiesen presentado impugnaciones o, de haberse presentado, a la fecha en que se pongan de manifiesto en la secretaría del juzgado los textos definitivos de aquellos documentos (art. 142.2).

El deudor deberá pedir la liquidación cuando, durante la vigencia del convenio, conozca la imposibilidad de cumplir los pagos comprometidos y las obligaciones contraídas con posterioridad a la aprobación de aquél. Presentada la solicitud, el juez dictará auto abriendo la fase de liquidación (art. 142.3). Este precepto impone al concursado la obligación de pedir la liquidación de su patrimonio y dejar sin efecto el convenio en fase de cumplimiento, pero queda a su libre albedrío pedir la liquidación y valorar la imposibilidad de cumplimiento del convenio aprobado por resolución firme, así como, al parecer, no concede margen de control alguno al Juez, que dictará auto abriendo la fase de liquidación, sin contradicción. Como consecuencia de esta resolución judicial, el convenio se torna ineficaz, es decir, queda rescindido, según establece el art. 140.4, para el supuesto de declaración de incumplimiento de convenio, y desaparecen los efectos sobre los créditos *ex* art. 136, además de reponerse la administración concursal, si hubiera cesa-

do, para que se encargue de las operaciones de liquidación (plan, etc.), asuma la administración del patrimonio concursal, sustituyendo al deudor, y prepare el informe de calificación. Lógicamente, dicha administración concursal tendrá en cuenta lo previsto en el art. 162, sobre coordinación de pagos anteriores en fase de convenio.

6.2. *Solicitud de apertura por acreedor*

Cualquier acreedor, concursal o titular de créditos contra la masa, podrá solicitar la liquidación, si el deudor no la solicitase durante la vigencia del convenio, con causa en lo dispuesto en el art. 2.4, es decir, si acredita alguno de los hechos de insolvencia descritos, y el juez dará a la solicitud el trámite previsto en los artículos 15 y 19 de la Ley y resolverá mediante auto si procede o no abrir la liquidación (art. 142.4).

6.3. *Apertura de oficio*

Procederá de oficio la apertura de la fase de liquidación, en los casos previstos en el art. 143.1.

Expreso la preocupación, sin alcanzar solución satisfactoria, en el supuesto de apertura de la liquidación por incumplimiento del convenio aprobado, sobre el contenido de convenio previsto en el art. 100.2, que permite:

a) Conversión de créditos en acciones, participaciones sociales o créditos participativos. Parece que quedará rescindido, si hubiera sido formalizado.

b) Enajenación del conjunto de bienes y derechos afectos a la actividad empresarial o profesional del deudor, o de determinadas unidades productivas, a favor de adquirente, que haya asumido la continuidad de dichas actividades y el pago de créditos contra la masa y concursales. ¿Rescisión? No parece solución adecuada, pues a idéntica solución podría llegarse vía liquidación. Significa que enajenados bienes y derechos convencionalmente, se hace indisponible para el deudor la petición de liquidación, pues de hecho ya han sido liquidados, aunque no estoy muy seguro.

Planteo las mismas dudas que en el caso anterior, por incumplimiento del convenio aprobado (art. 143.1.5.º), cuando la liquidación se abra a petición del concursado o de cualquier acreedor, durante la vigencia del convenio (art. 142.3 y 4).

El Juzgado de lo Mercantil n.º 3 de Barcelona, por auto de fecha tres de febrero de dos mil cinco, con causa en la anterior petición de liquidación por el deudor, acuerda la conclusión de la fase común del concurso y la apertura de la fase de liquidación, así como fija con carácter definitivo la retribución que corresponde al administrador concursal, por su actuación en la fase común.

El Juzgado Mercantil de Sevilla, por Auto de fecha 26 de enero de 2006, decreta de oficio la apertura de la fase de liquidación en concurso de acreedores, al no haberse aceptado la propuesta de convenio. D.^a Nuria Auxiliadora Orellana Cano.

El Juzgado de Primera Instancia n.º 12 de Valladolid, por Auto de fecha trece de julio de dos mil seis, declara finalizada la fase común y acuerda abrir la fase de liquidación, con causa en que la sociedad deudora estaba disuelta y en liquidación antes de la solicitud de concurso.

6.4. Efectos

La apertura de la fase de liquidación tiene determinados efectos jurídicos, a saber:

1.– Sobre el deudor: a) suspensión de sus facultades de administración y disposición, si las hubiere conservado; b) si fuese persona natural, la pérdida del derecho a alimentos, aunque se mantienen sus obligaciones como alimentista y sus derechos sobre prestaciones inembargables; y, c) si fuese persona jurídica, su disolución y cese de administradores o liquidadores, que serán sustituidos por la administración concursal (art. 145).

2.– Sobre los créditos concursales: a) el vencimiento anticipado y conversión en dinero de aquellos que consistan en otras prestaciones; b) la reanudación de ejecuciones de garantías reales, cuyas actuaciones hubieran quedado suspendidas por la declaración de concurso *ex* art. 56, y que se acumularán al procedimiento de ejecución colectiva como pieza separada, según el art. 57 (art. 146).

Respecto del deudor, conservará su capacidad procesal en el concurso y existe un derecho de la sociedad concursada a mantener durante la fase de liquidación la representación procesal que tenía al inicio del proceso, a fin de garantizar su defensa en el marco del concurso, incluidos los incidentes que se susciten en él (de modo análogo a lo previsto en los artículos 51.2 y 54.3 de la LC), según declara el Auto del Juzgado de lo Mercantil n.º 4 de Madrid, de fecha 28 de septiembre de 2005. D. Enrique García García.

6.5. Plan de liquidación

El artículo 148 establece que la administración concursal presentará al Juez un plan para la realización de los bienes y derechos integrados en la masa activa del concurso que, siempre que sea factible, deberá contemplar la enajenación unitaria del conjunto de los establecimientos, explotaciones y cualesquiera otras unidades productivas de bienes y servicios del concursado o de algunos de ellos... Es decir, la liquidación no supone necesariamente la desaparición de la empresa ni su «desguace».

6.5.1. PLAZO DE PRESENTACIÓN

Breve plazo, de quince días, para presentar el plan de liquidación, cuan-

do la masa activa sea de mayor cuantía, aunque pueda prorrogarse por otros quince días, y brevísimo si de procedimiento abreviado se tratase (ocho días), según el art. 191.1. En el corto plazo establecido (quince días, prorrogables por otros quince, u ocho días, con la prórroga de otros ocho días, en el procedimiento abreviado, si el juez lo acuerda), la administración concursal presentará al juez dicho plan de liquidación, es decir, su propuesta de realización individualizada o por lotes, bien por unidades de producción o como conjunto de explotación industrial, cuando se tratase de deudores dedicados a actividades profesionales o empresariales.

Pese a la literalidad del precepto que ordena a la administración concursal, dentro de los quince días siguientes al de notificación de la resolución de apertura de la fase de liquidación, la presentación al Juez de un plan para la realización de los bienes y derechos integrados en la masa activa del concurso, se ha suscitado la siguiente cuestión, relativa a la notificación del Auto, por el que se acordó la apertura de la fase de liquidación, a la administración concursal, para que ésta formulase el plan de liquidación, sin esperar a que se haya publicado en el BOE y en el diario correspondiente que resuelve la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 28), por Auto de fecha veintinueve de junio de dos mil seis, en el sentido de que la administración concursal deberá atenerse a la notificación recibida.

6.5.2. CONTENIDO

La administración concursal, para preparar el plan de liquidación, tomará en consideración el presentado por el deudor, en el supuesto previsto en el art. 142.1.1.º, al que se remite el art. 6.4, aunque no le vincula, y deberá partir del inventario de la masa activa, anexo a su informe *ex art.* 75.2.1.º, al que incorporarán, en su caso, los bienes y derechos fruto de la rehabilitación de contratos de adquisición de bienes con precio aplazado (art. 69), o consecuencia de enervar la acción de desahucio ejercitada contra el deudor, con anterioridad a la declaración del concurso, o de rehabilitar la vigencia del contrato de arrendamiento (derechos de traspaso), según el art. 70, así como de las acciones de reintegración o de impugnación (artículos 71 a 73), debidamente valorados, si se hubiesen incorporado o reintegrado con posterioridad al citado informe.

En cuanto al modo de realizar las enajenaciones de la masa activa, parece que prima el método de venta directa, que permite hacerlo a través de entidad especializada (arts. 640-642 LEC), aunque no se descarta la subasta pública (arts. 643-675 LEC) o notarial (art. 220¹³), y puede considerarse que cumple la función del convenio de realización del procedimiento de apremio en la ejecución forzosa (art. 640 LEC).

¹³ Reglamento Notarial, aprobado por Decreto de 2 de junio de 1944, según modificación por Real Decreto 45/2007, de 19 de enero.

El art. 148.1 se inclina, cuando sea factible, por un plan de liquidación que contemple la enajenación unitaria del conjunto de los establecimientos, explotaciones y cualesquiera otras unidades productivas de bienes y servicios del concursado o de algunos de ellos, es decir, la venta como un todo o por partes con entidad suficiente para su provecho empresarial independiente. Sobre posibles fusiones¹⁴ y escisiones¹⁵ es aconsejable la lectura a Hernández Martín¹⁶, que analiza las posibilidades de fusión con extinción de la sociedad concursada, durante las fases común, de convenio o de liquidación, así como la fusión sin extinción de la sociedad concursada, durante la fase de liquidación y, por último, la escisión de la sociedad declarada en concurso, aunque descarta la escisión total y considera aprovechable la escisión parcial para su inclusión en el plan de liquidación. Estas operaciones de reestructuración societaria vienen reguladas en las secciones segunda y tercera del capítulo octavo del TRLSA. Hasta donde alcanzo, así como en fase de convenio la fusión o escisión de la sociedad concursada puede servir como fórmula para la satisfacción de los acreedores, por medio de la sociedad absorbente o de la nueva entidad nacida de la fusión, en fase de liquidación no estoy tan seguro.

En la Segunda Mesa Redonda del mencionado II Congreso de Derecho Mercantil, sobre «Algunas cuestiones relativas al convenio y liquidación», se aborda la siguiente cuestión: «El grado de concreción de los planes de liquidación, especialmente, si los planes de liquidación pueden hacer mención a ofertas ya existentes y propuestas de adjudicación directa. Si hay ya ofertas que hubieran llegado a la administración, antes de la apertura de la fase de liquidación, es conveniente que se reflejen en dicho plan y que puedan servir como referencia para concretar el modo de realización y el valor de los bienes que se van a enajenar. Debe tenerse en cuenta que en la fase de liquidación no hay prevista en la Ley concursal una valoración de los bienes a los efectos de su enajenación y, por lo tanto, el valor de referencia debe ser el que aparezca refe-

¹⁴ Fusión de sociedades, es decir, la reunión de dos o más sociedades preexistentes, bien sea que la concursada sea absorbida por otra o que ambas sean confundidas para constituir una nueva sociedad y esta última herede a título universal los derechos y obligaciones de las sociedades intervinientes.

¹⁵ Escisión impropia, puesto que contribuye al fenómeno de la concentración, cuando la parte escindida se cede a una tercera sociedad, quien la absorbe o con la que se fusiona. Entonces se habla de escisión por fusión, por adquisición o por absorción, como modalidades de la escisión impropia. Según KPMG (<www.kpmg.es>): «*Los pasos clave para gestionar el proceso de separación incluyen, entre otros: la definición de la propiedad de los activos, la identificación e imputación de pasivos y contingencias y la formalización de contratos conforme a las condiciones del mercado en relación con los servicios de transición, así como la definición de problemas relativos a personas y aspectos operativos*».

¹⁶ HERNÁNDEZ MARTÍN, Tomasa, «Fusión y escisión de sociedades en situación concursal», *Audidores*, n.º 3, Instituto de Censores Jurados de Cuentas de España, febrero 2007, págs. 53-63.

rido en el inventario que se adjunta al informe de la administración concursal. Excepcionalmente, podrá la administración concursal plantear una nueva valoración de los bienes, cuando dada su naturaleza o condición hayan podido sufrir alteraciones en el valor durante la tramitación del concurso. De igual modo será necesario realizar una valoración específica de los bienes del concursado o de determinadas unidades productivas, cuando se pretenda su enajenación unitaria, dado que estas unidades productivas no fueron objeto de valoración específica en el inventario. Si se establece un criterio objetivo y transparente de valoración y se fijan unos máximos y mínimos a obtener, que puedan ser objeto de conocimiento por parte del deudor y de los acreedores, no debe ponerse obstáculo para que la administración concursal opte ya en el plan de liquidación por una de las ofertas recibidas e incluso para que solicite la aprobación de un sistema de adjudicaciones directas».

Se omite el calendario previsto para la ejecución de dicho plan de liquidación, pero deberá realizarse en el plazo de un año, según el art. 153. No cabe la dación de bienes o derechos en pago o para pago de deudas, si se considera aplicable en fase de liquidación la prohibición del art. 100.3 para el convenio. El adquirente puede ser cualquier persona capacitada, sin que se deba poner reparo a que fuese acreedor, concursal o contra la masa.

El apartado 4 del precitado art. 148 contempla el caso de que las operaciones de liquidación previstas supongan la extinción o suspensión de contratos laborales o la modificación de las condiciones de trabajo y declara la aplicación del art. 64, antes de la elaboración del plan, es decir, la administración concursal debe tramitar ante el juez del concurso los expedientes de modificación sustancial de las condiciones de trabajo o de suspensión o extinción colectiva de relaciones laborales, quien llamará a consulta a los representantes de los trabajadores y recabará informe de la Autoridad Laboral. Esta incidencia puede dar al traste con el plazo de quince días y su prórroga, pues parece que se suspende éste, en tanto en cuanto no se resuelva la problemática laboral.

En la Segunda Mesa Redonda del aludido II Congreso de Derecho Mercantil, sobre «Algunas cuestiones relativas al convenio y liquidación», se aborda la siguiente cuestión: «Papel del Juez y del Secretario Judicial en la liquidación, en especial lo referido a la posibilidad de dictar autos de adjudicación y sus efectos... Cuando exista plan de liquidación y la enajenación se efectúe conforme a dicho plan, no parece justificado que el Juzgado haya de dictar un auto de adjudicación específico más allá de la aprobación del plan de liquidación. Esta afirmación determina que la administración concursada quede habilitada para poder llevar la liquidación a su último término si obstáculo ni limitación alguna».

6.5.3. APROBACIÓN Y RECURSOS

El Auto que aprueba el plan de liquidación propuesto por la administración del concurso puede ser recurrido en apelación (art. 197), como se ha

planteado en el caso resuelto por la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 28), mediante el referido Auto de fecha veintinueve de junio de dos mil seis.

6.5.4. VENTA DE BIENES Y DERECHOS INCLUIDOS EN EL PLAN DE LIQUIDACIÓN

Conforme al plan de liquidación, el auto del Juzgado de lo Mercantil n.º 4 de Madrid, de fecha 30 de junio de 2006, acuerda la reanudación de las actuaciones de ejecución hipotecaria en relación con un inmueble y autoriza su transmisión por venta directa. D. Antonio Martínez-Romillo Roncero.

6.6. Reglas legales supletorias

Cuida el art. 149, en el ordinal 3.º de dicho apartado 1, de regular:

a) Con carácter general, que los bienes y derechos del concursado se enajenarán según su naturaleza (muebles o inmuebles), salvo aquellos afectos a créditos con privilegio especial, conforme a las disposiciones de la LEC para el procedimiento de apremio (arts. 634 a 675), es decir, mediante subasta judicial, convenio de realización (art. 640) o a través de empresa especializada (art. 641).

En la Segunda Mesa Redonda del mentado II Congreso de Derecho Mercantil, sobre «Algunas cuestiones relativas al convenio y liquidación», se aborda la siguiente cuestión: «Alternativas a la subasta. Encaje de la LEC en la Ley concursal. Tanto los sistemas de adjudicación directa como la encomienda de venta a un tercero –artículos 640 y 641 de la LEC– pueden ser mecanismos previstos dentro del plan de liquidación y, por lo tanto, planteados por los administradores del concurso. Si no existe esa previsión en el plan de liquidación, el artículo 149 sólo permite la celebración de subasta judicial –sin las limitaciones que en cuanto a posturas ridículas o insuficientes permite la LEC– y la adjudicación directa, si la subasta queda desierta».

b) Que, caso de enajenación del conjunto empresarial o de determinadas unidades productivas, el juez otorgará preferencia a las ofertas de compra que garanticen la continuación de la empresa o de las respectivas unidades productivas y de los puestos de trabajo, y sobre las que serán oídos los representantes de los trabajadores.

En el apartado 2 del art. 149, se anuda a estas enajenaciones la declaración de sucesión de empresa, a efectos laborales, regulada en el art. 44 del Estatuto de los Trabajadores¹⁷, cuando los bienes transmitidos mantengan su identidad, entendida como un conjunto de medios organizado a fin de llevar a cabo una actividad económica esencial o accesoría, aunque faculta al juez para acordar que el adquirente no se subroge en la parte de la cuantía de los salarios e indemnizaciones pendientes de pago, anteriores a la enajenación,

¹⁷ Disposición final decimocuarta de la Ley concursal.

que sea asumida por el FOGASA. Al respecto, sobre sucesión de empresa y derivación de responsabilidades, conviene citar la Disposición final undécima, que exonera de responsabilidad tributaria por sucesión de empresa en sede concursal, así como que se echa en falta una disposición similar respecto de responsabilidades de la misma naturaleza con la Tesorería General de la Seguridad Social (arts. 104 y 127 del TRLGSS).

En la Segunda Mesa Redonda del indicado II Congreso de Derecho Mercantil, sobre «Algunas cuestiones relativas al convenio y liquidación», se aborda la siguiente cuestión: «Liquidación y continuidad de la actividad empresarial por terceros. Alcance de las obligaciones que asumen los terceros. A la vista de los artículos 148 y 149 parece compatible llegar a la fase de liquidación y que la concursada siga con actividad empresarial, ya que la Ley permite que los expedientes de regulación de empleo se planeen en fase de liquidación y que terceros adquieran la empresa en funcionamiento o unidades productivas de la misma. Se observa una aparente contradicción entre el contenido del artículo 146, que afirma que la apertura de la liquidación produce el vencimiento anticipado de los créditos concursales aplazados, con el 148 que permite la realización de los bienes y derechos de la masa activa como una unidad. Si una empresa está en funcionamiento y se liquida como una unidad, el tercer adquirente puede estar interesado no sólo en adquirir los bienes –maquinaria, suelo, stock, materias primas–, los intangibles –fondo de comercio, derechos de propiedad industrial– y plantilla, sino también pedidos y contratos pendientes de realización y ejecución, y terminar de cumplir con las obligaciones pendientes del concursado que no fueran resueltas durante la fase común. El plan de liquidación deberá habilitar fórmulas para dar cobertura legal a estos supuestos, en los que un tercero adquiere una empresa en funcionamiento, fórmulas que deberán contar con el conocimiento y autorización de los terceros afectados por dichos contratos. El tercero que adquiere una empresa en funcionamiento o una unidad productiva no asume créditos concursales sino que se compromete al pago de una cantidad que pasa a formar parte de la masa activa del concurso para su distribución entre los acreedores, es decir, compra un bien a cambio de un precio. Sólo en lo referido a las obligaciones laborales, el artículo 149.2 establece que estas adquisiciones suponen una subrogación a los efectos laborales, existiendo sucesión de empresa, lo que determina que el adquirente sí se subroga en los créditos y responsabilidades laborales, con la posibilidad legal de que el Juez acuerde que el Fondo de Garantía Laboral asuma el pago de los salarios e indemnizaciones pendientes de pago antes de la liquidación, conforme a los mínimos legales fijados en el Estatuto de los Trabajadores. Este precepto exige algunas precisiones legales:

*Exige una expresa autorización judicial.

*No distingue la Ley entre deuda contra la masa –derivada de la continuidad de la actividad empresarial– y deuda concursal –anterior al con-

curso–, luego el Juez puede pronunciarse respecto de la subrogación tanto de una como de otra deuda.

*En cualquier caso debe ser oído el Fondo de Garantía Salarial.

*No parece posible extender esta posibilidad de subrogación a las deudas públicas vinculadas al pago de indemnizaciones y salarios –retenciones de IRPF y de Seguridad Social–, que tienen la consideración de crédito bien concursal bien contra la masa, en función de cuándo se genere la deuda.

*La subrogación sólo será posible respecto de aquellos trabajadores y aquellos supuestos que se planteen en fase de liquidación, no respecto de la deuda de trabajadores que no continúen en la empresa porque sus contratos se extinguieron en la fase común bien individualmente, bien en EREs concluidos durante la fase común».

Tiene interés para dichas enajenaciones judiciales lo dispuesto en la Disposición final duodécima, que las exonera del régimen de comprobación administrativa de valores.

En la Segunda Mesa Redonda del referido II Congreso de Derecho Mercantil, sobre «Algunas cuestiones relativas al convenio y liquidación», se aborda la siguiente cuestión: «Papel del Juez y del Secretario Judicial en la liquidación, en especial lo referido a la posibilidad de dictar autos de adjudicación y sus efectos. Cuando se apliquen las normas supletorias previstas en el artículo 149 de la Ley, la previsión de la celebración de una subasta judicial determina que aprobada la subasta deba dictarse un auto de adjudicación».

6.7. *Pago a los acreedores*

En la Segunda Mesa Redonda del citado II Congreso de Derecho Mercantil, sobre «Algunas cuestiones relativas al convenio y liquidación», se aborda la siguiente cuestión: «Actualización del estado de los créditos durante la fase de liquidación. Control de los pagos realizados por terceros, vencimiento anticipado de obligaciones y coordinación de pagos entre concursos de un mismo grupo de empresas. El contenido de los artículos 159 a 162 de la Ley Concursal permite considerar que al abrirse la fase de liquidación los administradores del concurso han de actualizar el estado de créditos concursales y contra la masa en la fase de liquidación. La relación y condición de acreedores referida en el informe, que pone término a la fase común, puede ser incompleta o inexacta, porque se hayan realizado pagos por terceros o porque se hayan cumplido las contingencias inicialmente anunciadas conforme al artículo 87 de la Ley, una vez ha concluido la fase común. Parece, por lo tanto, razonable exigir a los administradores concursales que antes de efectuar los pagos en la fase de liquidación actualicen la situación de los créditos, al objeto de evitar este tipo de problemas e informar sobre los créditos inicialmente considerados contingentes».

En estrecha relación con la anterior cuestión, en dicho II Congreso de Derecho Mercantil, se suscita otra del máximo interés: «¿Puede reconocerse un crédito de una administración pública en fase de liquidación, cuando es consecuencia de su actividad inspectora conforme al art. 92.1 LC? La rigidez con la que se regula el plazo de insinuación de créditos podría llevar a considerar que los créditos no insinuados en el plazo legal –30 días desde la publicidad del auto de declaración de concurso– y la no impugnación del informe –artículo 97– tienen como consecuencia que los créditos no insinuados quedan fuera del concurso. Sin embargo, el artículo 92.1 determina que no puedan ser calificados como subordinados créditos de insinuación tardía cuando para su determinación sea precisa la actuación inspectora de las administraciones públicas. El artículo 134.1 –cuando habla de la eficacia del convenio– advierte de la posibilidad de que haya créditos concursales que no hubiesen sido reconocidos, aunque la falta de reconocimiento en el informe no determina que dichos créditos no existan y no deban ser tenidos en cuenta. La posibilidad de que la Administración pública, como consecuencia de su actividad inspectora, conozca o determine créditos anteriores a la declaración de concurso es una realidad a la que ya se enfrentan los juzgados mercantiles, puesto que los mecanismos de control de la Seguridad Social y de la Hacienda Pública no se activan en muchas ocasiones hasta que no se ha declarado el concurso y las garantías de este sistema de inspección es causa de que no puedan determinarse ni tan siquiera de modo provisional los créditos pendientes –con sus correspondientes sanciones y recargos– durante la fase de insinuación. De un modo un tanto pragmático se ha planteado la posibilidad de que se insinúen como créditos contingentes, pero lo cierto es que esa insinuación contingente es arriesgada. Parece más razonable que mientras exista activo en la concursada –es decir antes de la conclusión del concurso conforme al artículo 176– se dé entrada en el procedimiento a aquellos créditos anteriores a la declaración de concurso y que, sin embargo, por causa justificada no se determinan sino tras la conclusión de la fase común. Los administradores concursales al actualizar la situación de la masa pasiva, en fase de liquidación, pueden introducir estas modificaciones con la debida justificación y someter la fiscalización de la misma al correspondiente incidente concursal».

6.7.1. PAGO DE CRÉDITOS CONTRA LA MASA

Los créditos de la masa o contra la masa, denominados *prededucibles*, se satisfarán con cargo a los bienes y derechos no afectos al pago de créditos con privilegio especial (concordante con el art. 90), es decir, a cargo de la masa, y las acciones relativas a la existencia, calificación o pago de créditos se ejercerán ante el juez del concurso, por los trámites del incidente concursal.

En la Segunda Mesa Redonda del señalado II Congreso de Derecho Mercantil, sobre «Algunas cuestiones relativas al convenio y liquidación», se

aborda la siguiente cuestión: «Reparto de activos cuando el patrimonio del concursado no permite ni siquiera hacer frente a las deudas de la masa. Especial incidencia en los créditos laborales contra la masa, cuando la extinción de los contratos laborales no se ha hecho en un solo expediente sino en dos expedientes sucesivos. Si los bienes o derechos no sometidos al pago de créditos con privilegio especial resultaran insuficientes, lo obtenido se distribuirá entre todos los acreedores de la masa atendiendo al orden de sus vencimientos, aunque esta regulación puede generar agravios comparativos y, de hecho, ya los ha planteado en la práctica en materia laboral cuando las extinciones de los contratos de trabajo no se han realizado de una sola vez sino en diferentes fases: se plantea un expediente parcial de regulación de empleo que se vincula a un convenio en el que se acompaña un plan de viabilidad, en ese momento se pacta una indemnización a los trabajadores por encima del mínimo legal, indemnización que se paga de inmediato con cargo a la masa. Posteriormente el convenio no llega a aprobarse y la concursada entra en fase de liquidación, donde nuevamente se abre expediente en este caso para extinguir el resto de contratos, en este caso el patrimonio de la concursada es ya insuficiente y los trabajadores no sólo se ven privados de la posibilidad de negociar con expectativas de cobro, sino que puede que incluso no haya bienes ni patrimonio para indemnizar el mínimo legal. Este mismo criterio del vencimiento puede dar la paradoja de que se antepongan a los créditos de los trabajadores —excluidos los del último mes trabajado que son los créditos cuyo vencimiento es anterior a la declaración de concurso— otros créditos contra la masa derivados del pago de gastos y honorarios de profesionales que han presentado sus créditos con anterioridad a la conclusión del expediente de regulación de empleo. Hay otros escenarios en los que el criterio del vencimiento puede plantear problemas, como es en el supuesto de que autorizada la extinción de todos los contratos queden vinculados a la empresa algunos trabajadores encargados de concluir pedidos o de colaborar con la administración concursal en tareas de gestión, y estos trabajadores, si la extinción del contrato se demora, pueden encontrarse con que otros trabajadores han cobrado con anterioridad y no queda activo. En definitiva, pueden plantearse supuestos en los que la determinación del vencimiento —que deben recoger los administradores concursales en su listado de deudas contra la masa— puede generar agravios y, por ello, deben articularse los mecanismos para que en estos casos extremos de clara insuficiencia de la masa activa, incluso para cubrir los créditos prededucibles, se resuelva conforme al criterio de prorratear el activo entre los acreedores contra la masa. En conclusión, si el concurso tiene dinero en efectivo se irán satisfaciendo los créditos a medida que vayan venciendo. Si no hay efectivo debe irse a la ejecución respecto de los bienes y derechos no afectos a créditos con privilegio especial. El profesor Beltrán advierte que los créditos contra la masa quedan sometidos en cuanto a su fiscalización al incidente concursal, lo que determina que, a falta de normativa específica en materia de recursos, las senten-

cias dictadas en dichos incidentes queden vinculadas al régimen general sobre recursos en el proceso concursal, lo que obligará a dar un tratamiento diferencia a aquellos incidentes que se planteen durante la fase común –que tiene limitado el acceso al recurso de apelación– de aquellos que puedan plantearse en fase de liquidación –donde sí es posible el acceso directo al recurso de apelación– y se aplican las normas y garantías sobre la ejecución de las resoluciones concursales apeladas. Es común la preocupación... por la insuficiencia de la masa activa para hacer frente ni tan siquiera a las deudas contra la masa. Conforme al artículo 176.1.4.º, la inexistencia de bienes y derechos del concursado dará lugar a la conclusión del concurso. Autores como el profesor Beltrán consideran que entre las responsabilidades de la administración concursal se encuentra la de no incrementar las deudas contra la masa, cuando se prevea que dichos créditos pueden frustrar cualquier posibilidad de pago parcial de los créditos concursales».

6.4. *Término de la fase de liquidación*

La exposición de motivos indica: «La ley quiere evitar la excesiva prolongación de las operaciones liquidatorias, a cuyo fin... señala el plazo de un año para finalizarlas, con las sanciones, si lo incumpliera, de separación de los administradores y pérdida del derecho a retribución».

Como antecedente preciso del art. 153 de la ley concursal, puede acudirse al art. 111¹⁸ de la LSRL, según recuerdan Sala Alcayde¹⁹ y Sacristán Represa²⁰.

En la Segunda Mesa Redonda del reiterado II Congreso de Derecho Mercantil, sobre «Algunas cuestiones relativas al convenio y liquidación», se aborda la siguiente cuestión: «El término que propone la administración concursal de ejecución del proceso de liquidación ¿puede ser rebajado a petición de las partes? Conforme al artículo 153.1 de la Ley Concursal parece que la fase de liquidación no puede durar más allá de un año en el procedimiento

¹⁸ 2. Transcurridos tres años desde la apertura de la liquidación sin que se haya sometido a la aprobación de la Junta General el balance final de liquidación, cualquier socio o persona con interés legítimo podrá solicitar del Juez de Primera Instancia del domicilio social la separación de los liquidadores. El Juez, previa audiencia de los liquidadores, acordará la separación si no existiere causa que justifique la dilación y nombrará liquidadores a la persona o personas que tenga por conveniente, fijando su régimen de actuación. Contra la resolución por la que se acuerde la separación y el nombramiento de liquidadores, no cabrá recurso alguno.

¹⁹ SALA ALCAYDE, Alberto, *Nueva Ley Concursal, Comentarios, jurisprudencia aplicable y formularios*, A. SALA, F. MERCADAL, J. ALONSO-CUEVILLAS, Coordinadores, Editorial Bosch, Barcelona, 2004, págs. 674-678.

²⁰ SACRISTÁN REPRESA, Marcos, Directores: Juana PULGAR EZQUERRA, Carmen ALONSO LEDESMA, Alberto ALONSO UREBA, Guillermo ALCOVER GARAU, *Comentarios a la Legislación Concursal*, Tomo II. Registradores de España, Editorial Dickinson, S. L., Madrid, 2004, págs. 1361-1365.

ordinario –6 meses en el procedimiento abreviado– y esta previsión de duración no siempre será posible respetarla, ya que puede haber créditos contingentes que no sea posible realizar en los términos previstos en el artículo 150 de la Ley, o pueden incorporarse a la masa activa bienes o derechos como consecuencia de la firmeza y ejecución de resoluciones judiciales –acciones rescisorias o de otro tipo– producida con posterioridad, como consecuencia de las dilaciones ordinarias de los procedimientos judiciales –sobre todo los que queden pendientes de recursos de casación–. Atendiendo a la naturaleza y circunstancias de los bienes y derechos que hayan de ser liquidados, tanto el plan de liquidación como las observaciones que puedan hacer los acreedores permiten fijar plazos de duración inferiores de la fase de liquidación. El artículo 153 establece un término de duración cuyo único efecto es que a partir del transcurso de un año puede haber responsabilidad del administrador concursal por la dilación, responsabilidad que no es automática, pues habrá que ponderar los factores que puedan haber incidido en la dilación.

Las referidas en el mentado Congreso de Derecho Mercantil son incontestables y, aunque la casuística es impredecible, imagino que retrasará justificadamente la finalización de la liquidación, además de las incidencias sobre pago de créditos, las secuelas de la sección sexta, pues la administración concursal deberá proceder a la enajenación de los bienes o derechos objeto de la condena a las personas afectadas por la calificación de culpable o declaradas cómplices, de devolver los que hubieran obtenido indebidamente del patrimonio del deudor o hubiesen recibido de la masa activa (art. 172.2.3.º), y al reparto de la indemnización de los daños y perjuicios causados por las mencionadas personas afectadas (art. 172.2.3.º, *in fine*), así como del importe de la condena a los administradores o liquidadores, de derecho o de hecho, de la persona jurídica cuyo concurso se califique como culpable, y a quienes hubieren tenido esta condición dentro de los dos años anteriores a la fecha de la declaración de concurso, según el art. 172.3.

7. Calificación del concurso

La calificación del concurso²¹, como fortuito o culpable, es pieza decisiva, cuando tenga lugar su formación, en la que se evaluará la conducta del deudor, en los dos años anteriores a la declaración judicial y con posterioridad, es decir, durante la tramitación del procedimiento.

²¹ GÓMEZ MARTÍN, Fernando, «La calificación del concurso en la nueva Ley», *Revista Estudios de Derecho*, Publicaciones de la Universidad de Deusto, Vol. 51/2 Julio-Diciembre 2003.

7.1. *Supuestos de culpabilidad*

El apartado 2, del mencionado art. 164, dispone que, en todo caso (presunción absoluta), el concurso se calificará como culpable cuando concurra cualquiera de los siguientes supuestos:

«1.º Cuando el deudor legalmente obligado a la llevanza de contabilidad incumpliera sustancialmente esta obligación, llevara doble contabilidad o hubiera cometido irregularidad relevante para la comprensión de su situación patrimonial o financiera en la que llevara».

En la Tercera Mesa Redonda del citado II Congreso de Derecho Mercantil, sobre «La sección de calificación: aspectos procesales y sustantivos». Segundo bloque. Presunciones de culpabilidad, se aborda las siguientes cuestiones: «¿Es necesario que el hecho dé lugar a la presunción de culpabilidad *iuris et de iure*, art. 164.2 LC, o *iuris tantum*, art. 165 LC, agrave o genere la insolvencia y pueda además ser imputable al deudor o a los administradores o liquidadores de la sociedad? Acreditada la concurrencia de alguno de los hechos descritos en el art. 164.2, dada la expresión “en todo caso” empleada por el legislador, el concurso debe considerarse como culpable, sin posibilidad de prueba en contrario por el deudor, dando el legislador, en este caso por asegurada y presente, no solo la culpabilidad, sino también el nexo causal. Solo en el caso de las presunciones del art. 165 puede el deudor alegar y probar que el hecho no le es imputable. En otro caso, la diferencia entre el valor de las presunciones del art. 164.2 y las del 165 de la LC, podría perder sentido».

«Presunciones relacionadas con obligaciones contables: ¿Qué se entiende a los efectos del artículo 164.2.1.º LC por incumplimiento “sustancial” de la llevanza de contabilidad, o por «irregularidad relevante»? ¿La existencia de doble contabilidad determina siempre la aplicación de la punición? Desde luego incumplimiento sustancial será la no llevanza de contabilidad, y en general aquellos incumplimientos en materia contable que impidan determinar y conocer la verdadera situación patrimonial del deudor, en todo caso no es posible determinar reglas a priori, al tratarse de una cuestión de hecho que debe examinarse en cada caso concreto. Dada la respuesta consignada a la pregunta anterior de este bloque, la doble contabilidad debe entenderse siempre verificada con ánimo defraudatorio o con intención de perjudicar a los acreedores, y debe dar lugar a la calificación de concurso culpable, incluso aunque la información de la contabilidad exterior, llevada hasta la declaración de concurso, reflejase la situación patrimonial real del concursado».

«¿Qué efectos produce en la calificación el incumplimiento del deber de formular cuentas consolidadas? Estando previsto en el art. 164.2.1.º de la Ley Concursal como actuación determinante, en todo caso, de la calificación del concurso como culpable la consistente en que el deudor legalmente obligado a la llevanza de contabilidad incumpliera sustancialmente esta obligación, llevara doble contabilidad o hubiera cometido irregularidad relevante para la comprensión de su situación patrimonial o financiera en la que lleva-

ra, ha de recordarse que el art. 42.1 de Código de Comercio impone a la sociedad dominante de un grupo de sociedades o, en aquellos grupos en que no pueda identificarse una sociedad dominante, a la sociedad de mayor activo en la fecha de primera consolidación, la obligación legal de formular las cuentas anuales y el informe de gestión consolidados en la forma prevista en los preceptos siguientes y con las excepciones previstas en el art. 43. Por tanto, ha de plantearse la posibilidad de considerar que la falta de formulación de dichos documentos contables, la comisión de irregularidades relevantes en los mismos o la llevanza de doble contabilidad consolidada (sic) es un hecho determinante de la calificación del concurso de la sociedad como culpable, cuando se tratara de una sociedad obligada legalmente no sólo a llevar la contabilidad de la sociedad en sí, sino también la contabilidad consolidada (sic) del grupo societario».

«164.2.2.º Cuando el deudor hubiera cometido inexactitud grave en cualquiera de los documentos acompañados a la solicitud de declaración de concurso o presentados durante la tramitación del procedimiento, o hubiera acompañado o presentado documentos falsos». Concordante con los arts. 6.2 y 3, 21.1.3.º, 45, 46, 96 y 100.4 y 5, de esta Ley.

En la mencionada Tercera Mesa Redonda del II Congreso de Derecho Mercantil, se aborda la siguiente cuestión: «Presunciones relacionadas con la apertura y tramitación del proceso concursal: ¿Es más reprobable para el legislador la inexactitud grave o falsedad en la documentación, art. 164.2.2.º, que la omisión de la documentación requerida y no aportada, art. 165.2.º? Claramente sí, se sanciona así de forma más grave la apariencia engañosa de incumplimiento que la falta abierta de colaboración. Hemos de matizar que en el primer caso debe tratarse de «inexactitud grave», sin que cualquier error determine la aplicación de la presunción. En el segundo caso se establece la consecuencia del incumplimiento de la obligación prevista en el art. 45. Cuando se ha declarado el concurso necesario, forzosamente por justificarse la concurrencia de las circunstancias previstas en el artículo 2.4, con arreglo al 5.2, hemos de presumir que el deudor conoció su estado de insolvencia, por tanto, ¿hemos de limitarnos en este caso al examen del plazo de dos meses del 5.1 o puede extenderse el debate a la presencia de las circunstancias del artículo 2.4? La respuesta debe ser afirmativa. En otro caso, cuando el concurso incluso llega a la apertura de la fase de calificación, estaríamos abriendo la posibilidad de cuestionar incluso su viabilidad inicial, con evidente riesgo de resoluciones contradictorias, reabriendo debates que deben darse por resueltos por aplicación del principio de preclusión, art. 136 LEC, por remisión de la disposición adicional quinta de la LC.

Para determinar si es imputable al concursado el incumplimiento, ¿hemos de examinar la presencia de caso fortuito o fuerza mayor, dada la redacción del 164.2.3.º, o impedirá su presencia estimar incumplido el convenio? ¿Resultará fundamental a estos efectos el informe de evaluación de la admi-

nistración concursal? El artículo 164.2.3.º LC estima culpable el concurso cuando se proceda de oficio a la liquidación «por incumplimiento del convenio debido a causa imputable al concursado». Por tanto parece aquí contemplar también el legislador la posibilidad de apertura de la liquidación por incumplimiento del convenio no imputable a culpa al deudor. Por ello, pese a la opinión en contra de prestigiosos autores, la presencia de caso fortuito o fuerza mayor en consecuencia no debería impedir que se apreciase el incumplimiento del convenio, y su presencia debe examinarse en fase de calificación. Parece que el informe de evaluación a estos efectos no debería resultar primordial, debiendo estar a cada caso concreto y a la situación existente al momento del incumplimiento, aunque puede considerarse como un elemento probatorio de indudable valor. Parece que debemos descartar que la presentación de una propuesta, calificada de inviable por la administración concursal, pero sin embargo aceptada, aunque proceda del deudor, deba determinar la imputabilidad del concursado por este hecho, anterior a la perfección del convenio».

«164.2.3.º Cuando la apertura de la liquidación haya sido acordada de oficio por incumplimiento del convenio debido a causa imputable al concursado». Concordante con lo dispuesto en los arts. 140, 142.3 y 4, 143.1.5.º y 169.3.

La Sentencia que declare el incumplimiento del convenio deberá expresar su causa, como previene el art. 172.1 de esta Ley y a lo que coadyuva lo dispuesto en el art. 169.3, en relación con el art. 167.2.

«164.2.4.º Cuando el deudor se hubiera alzado con la totalidad o parte de sus bienes en perjuicio de sus acreedores o hubiera realizado cualquier acto que retrase, dificulte o impida la eficacia de un embargo en cualquier clase de ejecución iniciada o de previsible iniciación».

En la misma Tercera Mesa Redonda del II Congreso de Derecho Mercantil, se aborda la siguiente cuestión: «Presunciones basadas en la posible actuación fraudulenta anterior del acreedor: ¿Puede dar lugar a la presunción del artículo 164.2.4.º, el no facilitar en una ejecución la relación de bienes requerida, conforme al artículo 589 LEC, incluso si ya ha sido sancionada esta conducta en los términos previstos en nuestra legislación procesal? Puede dar lugar a la presunción mencionada, ya que tal actuación, al menos, debemos entender que dificulta la eficacia de cualquier embargo. En el improbable caso de imposición anterior de multa coercitiva, por aplicación del apartado 3 del 589 LEC, el principio *non bis in idem* en principio impediría sancionar al mismo sujeto “en más de una ocasión por el mismo hecho con el mismo fundamento”, evitando “una reacción punitiva desproporcionada” (SSTC 154/1990, de 15 de octubre). Aunque es cierto que este principio ha venido siendo aplicado fundamentalmente para determinar una interdicción de duplicidad de sanciones administrativas y penales respecto a unos mismos hechos, esto no significa, no obstante, “que sólo incluya la incompatibilidad de sanciones penal y administrativa por un mismo hecho en procedimientos distintos correspondientes a órdenes jurídicos sancionadores

diversos” (STC 154/1990, de 15 de octubre, FJ 3). Sin embargo no debemos olvidar que la misma jurisprudencia constitucional (SSTC 234/1991, de 10 de diciembre, FJ 2; y AATC 721/1984, de 21 de noviembre, FJ 2; 150/1984, de 7 de marzo, FJ 3; 781/1985, de 13 de noviembre, FJ 3; y 1264/1988, de 21 de noviembre, FJ 2), admite la posibilidad de doble sanción en los supuestos que tengan un fundamento distinto, como creo que es el caso, ya que mientras en la LEC se trata de castigar la obstaculización de la ejecución, con la calificación de concurso culpable se trata de inhabilitar a quien culpablemente ha generado o agravado la situación de insolvencia, para administrar bienes propios o ajenos por un tiempo. Por tanto, no existiendo identidad de fundamento entre las sanciones no cabe aplicar la interdicción de duplicidad por los mismos hechos».

«164.2.5.º Cuando durante los dos años anteriores a la fecha de la declaración de concurso hubieran salido fraudulentamente del patrimonio del deudor bienes o derechos».

En la referida Tercera Mesa Redonda del II Congreso de Derecho Mercantil, se aborda la siguiente cuestión: «¿Es posible aplicar el artículo 164.2.5.º, cuando la acción rescisoria del art. 71 LC se haya desestimado?, ¿y si no se ha ejercitado?, ¿puede darse prejudicialidad civil, en los términos del artículo 43 LEC? La idea del legislador es la de desvincular los conceptos de perjuicio y fraude. Por tanto si las acciones rescisorias no se basan en el fraude la respuesta a la primera y segunda cuestión debe ser afirmativa, y no cabe hablar de prejudicialidad. Únicamente en el caso del artículo 71.5 LC, cuando se trate de actos realizados en los dos años anteriores, tiene sentido el planteamiento de estas dudas, pero en este caso la situación habitual será la del ejercicio de acción de reintegración, que como hemos visto no se basan en el fraude. ¿Debemos tomar en cuenta los criterios jurisprudenciales establecidos al interpretar los artículos 1111, 1291 y 1297 CC en la aplicación del artículo 164.2.5.º? Desde luego nada lo impide, y parece que resultarían plenamente aplicables para determinar el dolo del deudor, que aparece en las operaciones efectuadas en fraude de acreedores».

«164.2.6.º Cuando antes de la fecha de la declaración de concurso el deudor hubiese realizado cualquier acto jurídico dirigido a simular una situación patrimonial ficticia». Lo ficticio se contrapone a imagen fiel, macroprincipio de Derecho contable, que se destaca en el art. 34.2 del C. de C. y el art. 172 del TRLSA.

7.2. Presunciones relativas

El artículo 165 establece que se presume la existencia de dolo o culpa grave, salvo prueba en contrario, cuando el deudor o, en su caso, sus representantes legales, administradores o liquidadores, incurran en los siguientes supuestos de hecho:

«1.º Hubieran incumplido el deber de solicitar la declaración del concurso». Es decir, el deber de solicitar la declaración de concurso voluntario, que

impone el art. 5.1, dentro del plazo de los dos meses siguientes a la fecha en que hubiera conocido o debido conocer su insolvencia, y que se presume, salvo prueba en contrario, cuando hayan transcurrido los plazos señalados en el art. 2.4.4.º (art. 5.2). Es decir, presunción sólo válida, al parecer, para los concursos necesarios.

La Sentencia de la Audiencia Provincial de Gipuzkoa, de fecha veintiocho de julio de dos mil seis, califica como culpable el concurso que la administración concursal calificaba de fortuito y el Ministerio fiscal culpable, el cual consideró que el administrador de la concursada, a sabiendas de que se encontraba en situación de insolvencia, sobrepasó el plazo de dos meses previsto en la Ley para solicitar el concurso y que los perjuicios han ido aumentando con el paso del tiempo y con la continuación de la actividad.

La Sentencia de la Audiencia Provincial de Gipuzkoa, de fecha catorce de septiembre de dos mil seis, desestima el recurso de apelación interpuesto por la Tesorería General de la Seguridad Social, con costas, contra la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil, que calificó fortuito el concurso, en solicitud de que se dicte nueva sentencia revocando la de instancia y calificando el concurso como culpable, con causa en que el deudor promovió la declaración del concurso una vez transcurrido el plazo de dos meses a partir del momento en que conoció o debió conocer su estado de insolvencia.

«2.º Hubieran incumplido el deber de colaboración con el Juez del concurso y la administración concursal, no les hubieran facilitado la información necesaria o conveniente para el interés del concurso o no hubiesen asistido, por sí o por medio de apoderado, a la Junta de acreedores». Es decir, por incumplimiento de los deberes de colaboración con los órganos concursales, establecidos en los artículos 21.1.3, 42, 45, así como del deber del concursado de asistir a la junta de acreedores para convenio, según dispone el art. 117.2. Es razonable la incorporación de esta conducta omisiva del deudor y otros, como elemento que coadyuve a lograr un comportamiento activo y positivo del concursado, que supere la actual desidia del suspenso o quebrado, en general.

«3.º Si el deudor obligado legalmente a la llevanza de contabilidad, no hubiera formulado las cuentas anuales, no las hubiera sometido a auditoría, debiendo hacerlo, o, una vez aprobadas, no las hubiera depositado en el Registro Mercantil en alguno de los tres últimos ejercicios anteriores a la declaración de concurso». Es decir, el incumplimiento de los deberes establecidos en las leyes mercantiles, sobre contabilidad y auditoría²², en parti-

²² En sentido estricto, la ley (Código de Comercio de 1885, Ley de Auditoría de Cuentas de 1988 y Ley de Sociedades Anónimas de 1989) y, en sentido amplio, su desarrollo reglamentario (Plan General de Contabilidad de 1990, Normas para formulación de las cuentas anuales consolidadas de 1991, Reglamento de la Ley de Auditoría de Cuentas de 1990, Normas Técnicas de Auditoría de 1991, etc.).

cular, el título III del libro I del Código de Comercio (arts. 34 a 41) y el capítulo VII del referido TRLSA (arts. 171, 203, 212 y 218).

7.3. *Cómplices*

En la mencionada Tercera Mesa Redonda del II Congreso de Derecho Mercantil, celebrado en Valencia, los días 1 y 2 de diciembre de 2005, sobre «La sección de calificación: aspectos procesales y sustantivos», cuarto bloque, calificación y grupos de sociedades, se plantea la siguiente cuestión: «2.- ¿Es aplicable el concepto de complicidad del artículo 166 de la Ley Concursal a sociedades del mismo grupo que la concursada? El art. 166 prevé la consideración de cómplices de las personas que con dolo o culpa grave hubieran cooperado con el deudor, sus representantes legales o, caso de ser persona jurídica, sus administradores o liquidadores, de derecho o de hecho, a la realización de cualquier acto en el que se base la calificación el concurso como culpable. Pues bien, cuando la sociedad concursada está integrada en un grupo, tanto las sociedades integrantes del grupo como sus administradores podrán ser declarados cómplices del concurso calificado como culpable cuando hubieran cooperado con la sociedad deudora a la realización de cualquier acto que haya fundado la calificación del concurso como culpable. Por ejemplo, mediante negocios sobre las acciones de otra sociedad del grupo, que la normativa societaria, tanto la Ley de Sociedades Anónimas como la Ley del Mercado de Valores, equipara a los negocios sobre las propias acciones y respecto de los cuales establece serias restricciones, puesto que tales operaciones pueden haber provocado o agravado la insolvencia de la sociedad concursada, perjudicando a ésta en beneficio de otras sociedades del grupo; o puede haber existido una cooperación por parte de otros integrantes del grupo societario en la simulación de una situación patrimonial ficticia de la sociedad deudora. Ha de tenerse en cuenta que varios de los supuestos que el art. 164.2 de la Ley Concursal prevé como determinantes “en todo caso” del carácter culpable del concurso son actuaciones que responden a patologías típicas de los grupos de sociedades, en las que pueden cooperar otras sociedades del grupo o sus administradores. Así sucede, por ejemplo, con la consistente en que durante los dos años anteriores a la fecha de la declaración de concurso hubieran salido fraudulentamente del patrimonio del deudor bienes o derechos (art. 164.2.5.º de la Ley Concursal), o que antes de la fecha de la declaración de concurso el deudor hubiese realizado cualquier acto jurídico dirigido a simular una situación patrimonial ficticia (art. 164.2.6.º de la Ley Concursal)».

7.4. *Tramitación de la sección de calificación*

En la misma Tercera Mesa Redonda del II Congreso de Derecho Mercantil, sobre «La sección de calificación: aspectos procesales y sustantivos».

Tercer bloque. Tramitación procesal de la sección, se abordan las siguientes cuestiones: «Los acreedores que pueden personarse en la sección de calificación, conforme al artículo 168.1, ¿son los incluidos en la lista definitiva de acreedores, o cualesquiera acreedores, como acreedores contra la masa, o acreedores no incluidos o incluso excluidos expresamente de dicha lista? Habida cuenta que el artículo 168.1 habla de “cualquier acreedor”, debe hacerse una interpretación amplia del concepto de acreedores a estos efectos, y por tanto considerar legitimados para comparecer y ser parte en la sección de calificación tanto a los acreedores concursales integrados en la lista elaborada por la administración concursal y aprobada por el juez, como los acreedores contra la masa e incluso los acreedores no incluidos en la lista por no haber comunicado su crédito dentro del plazo legal, pero que pueden acreditar su condición de tales.

¿Qué ocurre con las costas generadas por dicha intervención: son incluíbles en la tasación, se abonan con cargo a la masa? La Ley no aclara si los interesados que se personen en la sección de calificación tienen algún derecho a ser reintegrados de los gastos que ello les genere. Ante este silencio legal y por aplicación supletoria de la Ley de Enjuiciamiento Civil, debe entenderse que la intervención en la sección sexta de los acreedores u otras personas con interés legítimo deberá hacerse a sus expensas, sin posible derecho a ser reintegrados por la masa de los gastos del juicio ni de las costas, cualquiera que fuesen los resultados de su actuación procesal (respecto de la legislación anterior, Sentencias de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 16 de febrero, 4 de marzo y 13 de abril de 1988)».

7.4.1. INFORME DE LA ADMINISTRACIÓN CONCURSAL

El artículo 169.1 establece que la administración concursal presentará al Juez un informe razonado y documentado sobre los hechos relevantes (artículos 164 y 165) para la calificación del concurso, con propuesta de resolución, y si la propuesta fuese como culpable expresará la identidad de las personas a las que deba afectar la calificación (el deudor o, si los tuviera, sus representantes legales y, en caso de persona jurídica, sus administradores o liquidadores, de derecho o de hecho) y la de las que hayan de ser consideradas cómplices, justificando la causa, así como la determinación de daños y perjuicios que, en su caso, se hayan causado por las personas anteriores.

7.4.2. INFORME DEL MINISTERIO FISCAL

Del referido informe de la administración concursal se dará traslado al Ministerio Fiscal, para que emita dictamen sobre la calificación del concurso, en el plazo de diez días. Si el Ministerio Fiscal no emitiera dictamen, se entenderá conforme con la propuesta de calificación.

En la mencionada Tercera Mesa Redonda del II Congreso de Derecho Mercantil, se abordan las siguientes cuestiones: «¿El dictamen del Ministerio Fiscal debe reunir los mismos requisitos de forma y contenido que para el informe de la administración concursal determina el artículo 169.1 LC? La propuesta formulada por los administradores debe basarse en un informe “documentado” y “razonado”; es decir, no basta con que la administración concursal argumente su propuesta, sino que debe justificarla con documentos que acrediten los hechos en que basa su calificación. A tal efecto, es admisible que la administración se remita a su propio informe que emitió a tenor de los artículos 74 y 75 de la Ley Concursal. Y en todo caso, esta justificación documental no será la única prueba que pueda tenerse en cuenta, puesto que si mediara oposición se tramitará un incidente concursal, en el que podrán proponerse y practicarse todo tipo de pruebas. Por el contrario, la Ley no dispone ningún requisito de contenido respecto del dictamen del Ministerio Fiscal, salvo lo previsto para el supuesto de que la sección de calificación se abriera o reabriera a consecuencia del incumplimiento del convenio específicamente gravoso, en cuyo caso se establece que ha de hacerse mención a las causas del incumplimiento y si el concurso debe ser calificado como culpable (artículo 169.3). Aunque la falta de especificación legal concede una evidente libertad de forma al Fiscal para la redacción de su dictamen de calificación, parece también claro que, como mínimo, deberá contener una propuesta de resolución en relación con la conducta del deudor, y caso de estimarse que es culpable, una identificación de las personas afectadas, tanto a título principal como en calidad de cómplices».

«¿Sería posible la petición de alguna medida cautelar junto con el informe de la administración concursal o el dictamen del Ministerio Fiscal? Podría pedirse el embargo de bienes, en los términos del artículo 48.3 de la Ley Concursal».

En la reiterada Tercera Mesa Redonda del II Congreso de Derecho Mercantil, se aborda la siguiente cuestión: «Dado que las partes personadas en la sección de calificación pueden alegar por escrito cuanto consideren relevante para la calificación del concurso como culpable (artículo 168.1), pero a su vez sólo el informe de la administración concursal y el dictamen del Ministerio Fiscal tienen virtualidad para la calificación (artículo 170), ¿qué alcance tienen las alegaciones de las partes personadas? Las partes que se personan en la sección, dado que no pueden formular escrito de pretensiones que pueda condicionar la calificación en contra del dictamen de la administración concursal y del Ministerio Fiscal, son simples coadyuvantes, que pueden “sugerir” el sentido de la calificación, pero no mantenerla. Si el informe de la administración concursal y el dictamen del Ministerio Fiscal fueran coincidentes en calificar el concurso como fortuito, se archivarán las actuaciones sin más trámite, mediante auto irrecurrible (artículo 170.1). Esta previsión tan automática es criticable, puesto que tiene pleno sentido si las únicas partes personadas son la administración concursal, el Ministerio Fiscal y

el deudor, pero en aquellos casos en que, conforme al artículo 168 de la Ley Concursal, se hayan personado otros interesados, si los mismos postulan una calificación de culpabilidad, su pretensión quedaría sin respuesta expresa, lo que en la práctica supone someter *ex lege* al auto que se dicta a una incongruencia omisiva».

7.5. Sentencia de calificación

En la Tercera Mesa Redonda del II Congreso de Derecho Mercantil, sobre «La sección de calificación: aspectos procesales y sustantivos», cuarto bloque, calificación y grupos de sociedades, se plantean las siguientes cuestiones: «1.- ¿En qué casos procede la extensión de la responsabilidad por las deudas de la sociedad concursada a otras sociedades del grupo? La sección de calificación del concurso, concretamente algunas de las consecuencias anudadas a la calificación del mismo como culpable, es quizás una de las principales vías por las que se puede extender la responsabilidad por las deudas de la sociedad concursada a otras sociedades integrantes del grupo o a sus administradores, o al menos conseguir la devolución por los mismos de los bienes obtenidos indebidamente de la sociedad concursada, la extinción de las deudas de la concursada para con los mismos y la indemnización de los daños y perjuicios. Recordemos que la sentencia que califique el concurso como culpable acordará la pérdida de cualquier derecho que las personas afectadas por la calificación o declaradas cómplices tuvieran como acreedores concursales o de la masa y les condenará a devolver los bienes o derechos que hubieran obtenido indebidamente del patrimonio del deudor o hubiesen recibido de la masa activa, así como a indemnizar los daños y perjuicios causados (art. 172.2.3.º de la Ley Concursal), y si la sección de calificación hubiera sido formada o reabierta como consecuencia de la apertura de la fase de liquidación, la sentencia podrá, además, condenar a los administradores o Liquidadores, de derecho o de hecho, de la persona jurídica y a quienes hubieren tenido esta condición dentro de los dos años anteriores a la fecha de la declaración de concurso, a pagar a los acreedores concursales, total o parcialmente, el importe que de sus créditos no perciban en la liquidación de la masa activa (art. 172.3 de la Ley Concursal). Ha de precisarse, no obstante, que no se trata de una responsabilidad objetiva, es decir, no se trata de que las demás sociedades del grupo, señaladamente la matriz o dominante, o sus administradores, deban responder de las deudas de la sociedad integrante del grupo que haya sido declarada en concurso o hayan de perder los derechos que tengan frente a la misma por el simple hecho de que la sociedad insolvente pertenezca a su grupo empresarial (sin perjuicio de que los mismos hayan de ser calificados como subordinados por ser personas especialmente relacionadas con el deudor, arts. 92.5 y 93.2 y 3 de la Ley Concursal). Se trata, por el contrario, de una responsabilidad culpabilista, derivada de la concurrencia de determinadas actuaciones realizadas con dolo o culpa grave que han provocado o agravado

la insolvencia de ésta, si bien es cierto que el art. 164.2 de la Ley Concursal establece una serie de supuestos en los que el concurso se calificará en todo caso como culpable (el legislador ha realizado y positivizado la valoración de determinadas conductas como dolosas o gravemente culpables determinantes de la generación o agravación del estado de insolvencia del deudor), y el art. 165 otros supuestos en los que existe una presunción *iuris tantum*, puesto que admite prueba en contrario, de culpabilidad».

«¿Una sociedad del mismo grupo puede ser considerada administrador o liquidador de hecho de la concursada? La sociedad dominante o su administrador, o el administrador del grupo propiamente dicho, pueden ser considerados como administrador o liquidador de hecho de la concursada, y, por tanto, alcanzarle la sentencia de calificación del concurso como culpable, no ya como cómplices, sino como personas directamente afectadas por la calificación, es decir, autoras principales de las actuaciones que, con dolo o culpa grave, determinaron o agravaron la insolvencia de la sociedad filial concursada, con sus consecuencias de devolución de bienes o derechos obtenidos indebidamente, pérdida de derechos frente a la concursada, indemnización de daños y perjuicios y pago total o parcial a los acreedores de la parte de sus créditos no percibida en la liquidación de la masa activa. Debe recordarse que en estos casos el art. 172.2 de la Ley Concursal impone al juez del concurso la obligación de motivar en la sentencia la atribución de tal condición de administrador o liquidador de hecho a la sociedad matriz o a su administrador. La condición de administrador o liquidador de hecho ha de conectarse con lo que se ha denominado la “difusión del poder de la empresa”. Dicho poder no reside ya únicamente en quien, conforme a los requisitos exigidos por el ordenamiento jurídico, aparece formalmente investido de los poderes de representación y gestión social, el administrador societario de derecho. Ha de estarse más a la «funcionalidad» que a la «formalidad», a quien detenta el poder real de la sociedad más que a quien aparece formalmente investido del mismo, y hacer responder a quien funcionalmente detentaba tal poder real. Cuatro características esenciales pueden entenderse que caracterizan al administrador de hecho:

- 1.º) La ausencia de deliberación social eficaz para su nombramiento.
- 2.º) El carácter sistemático, no meramente puntual, del ejercicio de funciones de administración.
- 3.º) El desempeño de funciones propias de los administradores legales.
- 4.º) Su ejercicio autónomo efectivo, cuyo objeto no tiene por qué ser propiamente la marcha cotidiana de la empresa, sino que puede versar sobre la adopción de decisiones estratégicas, la determinación del destino de la sociedad.

La existencia de un grupo de sociedades implica la existencia de un “interés de grupo” al que responde la “unidad de decisión” que caracteriza

tal figura. Y significa que además de unos administradores de cada una de las sociedades que integran el grupo, hay otros que dirigen el grupo en sí, adoptando las decisiones estratégicas que afectan a todas y cada una de las empresas integrantes del mismo, y que incluso pueden incidir en mayor o menor grado en la adopción de otras decisiones que afectan a la marcha cotidiana de esas empresas del grupo, restando autonomía, en mayor o menor grado, según sea el grado de centralización del grupo, al ámbito de decisión de los administradores “formales” de las empresas del grupo (que si carecen de cualquier autonomía pueden llegar a ser considerados como “testaferros” u “hombres de paja”), razón por la cual pueden ser considerados como administradores de hecho de las empresas filiales. Puede entenderse, a efectos de la sección de calificación, que el administrador de hecho de la sociedad filial concursada ha sido la propia sociedad dominante, pese a que la misma, como tal persona jurídica, ha de actuar a través de una persona física, su administrador o administradores de derecho o de hecho, cuando éstos hayan actuado como representantes de la sociedad dominante, es decir, en defensa de los intereses de dicha sociedad dominante o del interés de grupo, y cuando la actuación de la sociedad concursada determinante de la provocación o agravación de la insolvencia se haya realizado en cumplimiento de las órdenes o directrices emanadas de la sociedad dominante. La sociedad dominante no podrá considerarse como administrador de hecho de la sociedad filial concursada cuando la actuación de su administrador o administradores no haya sido realizada por cuenta y en interés de la sociedad dominante, sino en su propio y exclusivo interés, cuando las instrucciones o directrices recibidas por la sociedad concursada no tienen un carácter “orgánico” pues no han sido adoptadas respetando las exigencias de procedimiento y competencia que disciplinan la actuación de los órganos societarios y no pueden por tanto considerarse propiamente como la voluntad de la sociedad dominante, en cuyo caso serán estas personas físicas, y no la sociedad dominante, quienes tendrán la consideración de administradores de hecho de la sociedad filial concursada. Y si la actuación determinante de la calificación del concurso como culpable ha sido adoptado por el órgano de administración de la sociedad concursada dentro de su ámbito de autonomía de decisión, no afectado por su inserción en el grupo, no puede realizarse extensión de responsabilidad alguna fuera de los órganos de administración “de derecho” de la sociedad concursada. De todas formas, hay que tener en cuenta que en la sección de calificación no se puede dictar una sentencia declarando afectada por la calificación del concurso como culpable, o cómplice, en base a una mera responsabilidad objetiva, sino por culpa. Hay que estar, en consecuencia, a la determinación de quién ha realizado la actuación que se considera (bien porque se trate de una de las presunciones *iuris et de iure*, bien una presunción *iuris tantum* no desvirtuada, o bien porque así es valorada en la sentencia aun no estando incluida en esa relación de presunciones legales, que entiendo que no tienen un carácter cerrado respecto de los supuestos determinantes de

la calificación del concurso como culpable) como causante de la insolvencia o de su agravamiento con dolo o culpa grave. Por ello ha de estarse a las concretas circunstancias del grupo, a su mayor o menor grado de centralización y, por tanto, a si la actuación ha de imputarse al administrador, formal o de hecho, de la sociedad filial concursada, por entrar dentro de su ámbito de autonomía de decisión, o si también puede imputarse, en exclusiva o de modo compartido, a la sociedad dominante, como administrador de hecho de la sociedad concursada, o a los administradores de aquélla. Además, la extensión de la responsabilidad fuera de los órganos “formales” de la sociedad concursada integrante del grupo no significa necesariamente la exculpación de los administradores “formales” de dicha sociedad, si los mismos, por acción u omisión, han intervenido en las citadas actuaciones determinantes de la calificación del concurso como culpable, sin que pueda ser admitida una exculpación por “obediencia debida” u argumento similar».

En la mentada Tercera Mesa Redonda del II Congreso de Derecho Mercantil, sobre «La sección de calificación: aspectos procesales y sustantivos», aplicación de la normativa sobre calificación a hechos y conductas anteriores a la entrada en vigor de la Ley, primer bloque; aplicación retroactiva, se aborda la siguiente cuestión: «¿Los efectos patrimoniales previstos en el artículo 172.3 LC, constituyen sanción o penalidad civil? ¿Cuando el incumplimiento de los deberes contables no se corrige o subsana, después de la entrada en vigor de la LC, resulta plenamente aplicable la nueva normativa en todos los casos y a todos los sujetos previstos en ella? Respecto a la primera cuestión, existen discrepancias en cuanto a calificarla como responsabilidad-sanción, sin que existiera acuerdo sobre su carácter sancionador o meramente resarcitorio. En cuanto a la segunda cuestión debe responderse también en sentido afirmativo, pudiendo extender esta respuesta a cualquier otra situación, que si bien en la practica no será tan frecuente, también puede plantear la misma situación. En este punto conviene recordar la STS 16 de julio de 2002, que respecto a la responsabilidad de los administradores por el art. 262 LSA, señalaba que: “no importa que la causa determinante de la disolución de la sociedad hubiera surgido antes del uno de enero de 1990, si la misma subsiste, permanece y se prolonga después de esta fecha sin que los administradores actúan en la forma que establece el artículo 262, procediendo estimar la responsabilidad *ex lege*. Efectivamente, el día uno de enero de 1990, la sociedad anónima se encontraba aún incurso en causa de disolución, rigiéndose a partir de dicha fecha, por la nueva Ley de Sociedades Anónimas 19/89, que expresamente deroga la ley de 17 de julio de 1951, estando obligados los administradores a convocar la junta para disolver la sociedad, por la causa señalada en el artículo 260.4, siendo totalmente contraria a la Ley su conducta, consistente, en permitir que la situación se prolongara, e incluso se acrecentara, sin promover la disolución en la forma prevenida en el artículo 262, dentro de los dos meses siguientes a la entrada en vigor de la nueva Ley, no afectando a la referida obligación lo dispuesto en las Disposicio-

nes Transitorias, estableciendo determinados plazos a las entidades creadas bajo la vigencia de la antigua Ley, para adecuarse a la posterior, porque ninguna de ellas se refiere a la disolución de las compañías, materia en la que entró en vigor la Ley nueva, como se ha consignado, el uno de enero de 1990».

La Sentencia del Juzgado de lo mercantil de Málaga, de fecha 21 de septiembre de 2005, adopta decisiones de gran interés profesional, entre ellas, la condena a la persona afectada por la calificación de culpable a que abone los créditos concursales y algunos de los créditos contra la masa (retribución del administrador concursal), así como las costas del incidente de calificación, con los siguientes Fundamentos de Derecho: «Sexto: La nueva normativa concursal recoge que el concurso ha de calificarse como fortuito o como culpable, recogiendo en el artículo 64 que “el concurso se calificará como culpable cuando en la generación o agravación del estado de insolvencia hubiera mediado dolo o culpa grave del deudor o, si los tuviere, de sus representantes legales y, en caso de persona jurídica, de sus administradores o liquidadores, de derecho o de hecho”. El citado precepto recoge una serie de supuestos, *numerus apertus*, en los que el concurso se calificará como culpable cuando concurra cualquiera de ellos. Igualmente el artículo 165 LC presume el dolo o culpa grave, necesaria para la calificación como culpable, en otra serie de supuestos como presunción *iuris tantum*. El análisis que hemos de realizar no parte necesariamente del estado de insolvencia al que se ha llegado pues es evidente que el mismo existe desde que se declara el concurso y tras el informe de la administración concursal sino el análisis de la actuación del deudor por la infracción de los mínimos deberes que hubieran llevado a esa situación de insolvencia o a la agravación de la misma. Cuando se trata de personas jurídicas el análisis ha de realizarse respecto de sus administradores o liquidadores de hecho o de derecho, en definitiva, de sus representantes orgánicos. En dicho análisis es conveniente distinguir:

- a) Un elemento subjetivo o intencional en el que es el proceder del deudor concursado, de sus representantes orgánicos hecho o de derecho, por cuanto son sus actuaciones las que deben analizarse para determinar si con dichas actuaciones se han infringido las mínimas normas de diligencia a los efectos de llevar a la empresa a dicha situación de insolvencia o a agravarla. Este elemento subjetivo incluye el dolo, mala fe, malicia o voluntariedad en causar el daño y culpa grave (*hominum communis natura desiderat, culpa lata, dolo uiparaturt*) partiendo de la diligencia mínima y de la posibilidad revista de que se causare el daño concreto y que hubo de tener en cuenta dicho concursado o sus representantes orgánicos. En cuyo análisis hemos de tener en cuenta que la ley concursal recoge una serie de supuestos en los que se presume la existencia de ese dolo o culpa grave cuando el deudor hubiera incumplido el deber de solicitar la declaración del concur-

- so, no se hubiera colaborado en la tramitación del mismo, no se hubiera formulado cuentas anuales o realizado las auditorías exigidas legalmente o no se hubieran depositado las cuentas aprobadas en el Registro Mercantil referidas a los tres últimos ejercicios anteriores a la declaración del concurso.
- b) Que con dicha conducta se haya generado la situación de insolvencia o la agravación de la misma, en cuyo análisis hemos de tener en cuenta que la ley concursal recoge una serie de supuestos en los que se presume igualmente la existencia de ese daño consistente en la generación de la insolvencia o en su agravación y que se concreta en el no observar los mínimos elementos de la diligencia de un ordenado comerciante o de un leal administrador por cuanto de su actuación ya se deduce dicho incumplimiento.
 - c) Relación de causalidad (discutida en algún supuesto) entre la conducta realizada y el daño producido consistente en a situación de insolvencia o en su agravación.

A partir de las anteriores consideraciones hemos de tener en cuenta que se han producido, en el citado proceso concursal, determinadas actuaciones del concursado que nos llevan a recoger alguna de las presunciones el artículo 165 LC en cuanto a la actuación dolosa o culpa grave:

1. Existe un incumplimiento del deber de solicitar la declaración del concurso en los términos previstos en el artículo 165.10 en relación al artículo 5 de la Ley Concursal. Este último impone al deudor el deber de solicitar la declaración de concurso dentro de los dos meses siguientes a la fecha en que hubiera conocido o debido conocer su estado de insolvencia. Y este deber se manifiesta en el artículo 3.1 LC en la legitimación del órgano de administración o de liquidación. En el año 2001, tal y como recoge el informe del administrador concursal, los fondos propios de la empresa concursada son negativos. Hemos de tener en cuenta que en el año 2002 (28 de diciembre) se adopta el acuerdo de disolución con nombramiento de liquidador. Es decir, que se va más allá de los dos meses para instar cualquier tipo de medida para adecuar la realidad jurídica de la empresa, pero que el liquidador deja transcurrir al menos desde dicho año hasta la declaración de concurso, en fecha de 28 de diciembre de 2004, sin realizar ni tipo de operación ni instar la declaración de concurso.
2. Ha existido un incumplimiento del deber de colaboración en el concurso (165.20 LC) por cuanto ya se ha señalado que les fueron requeridos documentos que se concretan en los apartados del artículo LC y que no se han aportado. Aunque inicialmente el concursado manifestaba que los tenía un asesor y posterior a esto un auditor, lo cierto es que dichos documentos sólo se centraban en ejercicios hasta el año

2001. No hay constancia, pues nada se ha dicho y nada se ha aporta de los posteriores años. Los artículos 42 y 45 de la Ley Concursal en relación al artículo 21.1.30 LC establecen la obligación de aportar los documentos a los que se refiere el artículo 6 por parte del deudor y eso no se ha realizado a pesar del requerimiento expreso que se efectúa mediante la providencia de fecha 3 de enero de 2005 (sección segunda).
3. Tal y como consta en el informe de la administración concursal y en la certificación registral mercantil el deudor es una persona jurídica con la obligación de llevanza de contabilidad tanto por lo dispuesto en el Código de Comercio como en la normativa específica de Sociedades Limitadas. El deudor no ha formulado las cuentas anuales y, evidentemente, no las ha depositado de los ejercicios 200 a 2004. (165.30 LC). En este caso hemos de tener en cuenta igualmente que la disolución de la sociedad se adopta en fecha de 28 de diciembre de 2002 y por tanto corresponde al liquidador la formulación y presentación de las cuentas de ese mismo año en el ejercicio de 2003.

Al respecto del elemento subjetivo analizado y en las presunciones de dolo o culpa grave que se han recogido procede tener en cuenta que de todas estas actuaciones y por los deberes básicos que legalmente le corresponden las conductas señaladas han sido realizadas por el liquidador de la sociedad y ello aun a pesar de que se une el hecho de que el Administrador que lo fue de la misma debió convertirse en liquidador, de forma automática, conforme a los Estatutos de la Sociedad y que la protocolización del acuerdo de disolución no se produce hasta fecha de 5 de febrero de 2003 en cuyo acto comparecen el administrador de la misma y el liquidador y que por lo tanto hasta dicha fecha actuó como administrador de la sociedad, aun a pesar de que el acuerdo de disolución era de 26 de diciembre de 2002. En cualquier caso el concurso es declarado fuera del periodo de dos años que fija el artículo 48 de la Ley Concursal. Igualmente concurren presunciones, de las previstas en el artículo 164 de la Ley Concursal, que nos indican claramente que la actuación de la sociedad concursada ha colaborado gravemente a la generación o agravación del estado de insolvencia. En concreto desde el año 2002, inclusive, no existe constancia de haber llevado la contabilidad en los términos exigidos en la normativa mercantil (164.2.10 LC). Así se acredita en el informe de la administración concursal. Pero también es cierto que, desde al año 2001, inclusive y hasta la declaración del concurso, tal y como consta en el informe del administrador concursal y en las cuentas del año 2001, ya existía una situación de fondos propios manifiestamente insuficientes e inadecuados para el ejercicio de la actividad. Esto es reconocido por el propio concursado en el referido escrito, lo que nos lleva a determinar que se actuó de forma desordenada, negligente y perseverante en el mantenimiento en la vida jurídica de una empresa, aún en liquidación, sin realizar la más mínima

actuación tendente a dar por concluida la actividad a la que se dedicaba. No se trata de un supuesto de los previstos en el artículo 164 de la Ley Concursal pero el análisis de dicho precepto hemos de realizarlo a partir de su concepción como *numerus apertus* por la referencia a “en todo caso” que el mismo recoge al enumerar las circunstancias por las que se calificará como culpable. Dicha situación no fue definitivamente recogida como presunción en el artículo 164 LC pero ya se recogía en el anteproyecto de la ley vigente como una de las causas que motivarían su calificación como culpable.

Al respecto de la relación de causalidad hemos de partir de que nada se ha alegado ni por el concursado ni por el administrador ni por el liquidador de la sociedad pero en cualquier caso la existencia de dichas presunciones y circunstancias, unidas a la actuación negligente del liquidador y a la situación actual de la sociedad, evidencian que, de haber cerrado, disolviendo o liquidando la empresa, en un plazo más o menos razonable, no se hubiera dado lugar a la indeterminación de la masa activa que consta en el informe de la administración concursal y que por tanto la inicial insolvencia que ya se pone de manifiesto en el año 2001 se ha agravado con la dolosa actuación del liquidador, pues de conformidad al artículo 111 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad limitada el plazo de liquidación razonable para terminar la liquidación es de tres años y ello significa que al menos se deberían haber realizado operaciones de liquidación que permitieran ver el avance en dicho proceso. En la situación de la empresa se evidencia que el liquidador nada ha realizado al efecto y que ninguna actuación, ni la inicial prevista en el artículo 115 LSRL, ha ejecutado.

Por todo ello procede declarar el concurso como culpable por cuanto el deudor legalmente obligado a la llevanza de la contabilidad ha incumplido sustancialmente esta obligación, por la existencia, desde al año 2001 y hasta la declaración de concurso, de una situación de fondo propios manifiestamente insuficientes e inadecuados para el ejercicio o mantenimiento de la actividad y por la no realización de ninguna actuación tendente a la liquidación incumpliendo la normativa societaria desde el acuerdo de disolución y nombramiento de liquidador en fecha de 26 de diciembre de 2002 (protocolizado en fecha de 5 de febrero de 2003).

Séptimo: En cuanto a la determinación de las personas afectadas por la calificación procede entender que, por su propia naturaleza y los efectos propios de dicho proceso concursal lo es la entidad concursada. Igualmente hemos de recoger, conforme a lo señalado al liquidador de la persona jurídica, en quien concurren las circunstancias necesarias para entender que son sus actuaciones (o mejor dicho su pasividad) las que han motivado el agravamiento de la situación de insolvencia que ya se puso de manifiesto con el acuerdo de disolución que se adopta en el año 2002.

Octavo: A los efectos de la determinación de la inhabilitación de las personas afectadas por la calificación, y en concreto el liquidador procede atender a la entidad del perjuicio y a la gravedad de los hechos tal y como reco-

ge el artículo 172.2.20 LC. Concurren en el presente dos circunstancias a tener en cuenta:

- a) El perjuicio se identifica en el presente caso con la situación de la sociedad concursada y en concreto con la situación de impago de las deudas sociales y de los gastos del concurso y de la terminación del mismo. Sin embargo este no puede ser considerado grave pues la sentencia que inicialmente acredita el crédito del solicitante el concurso es dictada en fecha de 11 de marzo de 2003 y consta en el informe de la administración concursal tan sólo la existencia de dos acreedores. En cualquier caso este perjuicio ha de identificarse expresamente con la dejación de funciones de liquidación y la situación a la que dicha dejación ha llevado a la sociedad ahora en concurso con los gastos que ello conlleva.
- b) Los hechos han de calificarse como graves a tenor de la concurrencia de los tres supuestos, como se ha expuesto, de dolo o culpa grave que recoge el artículo 165 de la Ley Concursal.

La graduación de la inhabilitación ha de hacerse, respecto de liquidador, atendiendo a los límites legales (entre dos y 15 años) y vista la existencia de una circunstancia agravante en cuanto a los hechos que podemos señalar como cualificada y otra respecto del perjuicio causado menos grave, procede imponerla en el grado medio en su mitad inferior y por tanto en cinco años de inhabilitación para administrar bienes ajenos así como para representar o administrar cualquier persona durante el mismo periodo.

Noveno: Procede igualmente, a tenor de lo previsto en el artículo 72.2.30 LC fijar la pérdida del liquidador, de cualquier derecho que tuviera como acreedor de la masa, al no ser acreedor concursal, con expresa condena a indemnizar los daños y perjuicios causados que en el presente caso se identifican con:

1. Los créditos pendientes recogidos en el informe de la Administración concursal respecto de la concursada tanto a D. (...) como a la Tesorería General de la Seguridad Social.
2. Los créditos contra la masa.
3. Los créditos de retribución del administrador concursal.
4. Los créditos que surjan posteriormente contra la masa para a definitiva conclusión del concurso.

Es necesario determinar que ha sido la actuación señalada del liquidador la que ha agravado la situación de la sociedad pues durante el periodo de liquidador han surgido créditos contra la sociedad que no ha atendido precisamente por la dejación de funciones de liquidación y que han motivado la situación de insolvencia y posterior declaración de concurso. Esto lleva que

tanto su actuación dolosa como el incumplimiento de los deberes mínimos de su cargo han coadyuvado directamente a generar daños y perjuicios en la sociedad derivados de la existencia de dichos créditos y de los créditos contra la masa. En el presente supuesto es posible realizar la determinación de los daños y perjuicios derivados de los créditos en la masa y de alguno de los créditos contra la masa que se identifican con:

1. La deuda al acreedor solicitante. D. (...), por importe de 18.329 euros.
2. La deuda contra la Tesorería de la Seguridad social por importe de 6.651,76 euros.
3. La deuda respecto de la retribución de la administración concursal consistente en:
 - a. Para la fase común en ciento treinta y siete con setenta y dos euros.
 - b. En la fase de convenio: el 10% de la cuantía de la fase común durante los meses de duración de la fase de convenio que se abrió en fecha de 18 de abril de 2005 y se cerró en fecha 27 de mayo de 2005.
 - c. Durante la fase de liquidación: el 10% de la citada cantidad de la fase común durante los seis primeros meses desde la apertura de dicha liquidación y el 5% durante los restantes seis meses hasta completar el año.

Sin embargo, no es posible determinar aún el resto de los créditos contra la masa que pudiera derivarse de los diferentes preceptos que la ley concursal y que deben ser fijados por la Administración concursal atendiendo los criterios que fija la ley. Ello, de conformidad a los artículos 209 y 219 de la LEC, no significa realizar ninguna operación de liquidación pues la misma se determina dentro del proceso concursal y con las impugnaciones que la misma prevé, por lo que dicha cantidad será líquida a partir de su fijación. De esta forma procede también imponer el pago de dichos daños y perjuicios conforme se liquiden en el proceso concursal que se concreten en créditos contra la masa hasta la conclusión del concurso y las inscripciones correspondientes», D. Enrique Sanjuán y Muñoz.

La Sentencia del Juzgado de lo Mercantil n.º 5 de Madrid, de fecha 16 de febrero de 2006, considera la responsabilidad concursal, consecuencia de la calificación culpable, como una responsabilidad sanción, que carecía de tipificación en la legislación derogada, y plantea la posibilidad de su aplicación a hechos acaecidos con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley Concursal, para responder negativamente, por aplicación del artículo 9.3 de la Constitución, el artículo 2.3 del Código civil y la propia Disposición Transitoria Tercera del Código Civil, como tiene declarado el Tribunal Supremo (sentencia de 16 de abril de 1991). D. Alberto Arribas Hernández.

La Sentencia de calificación de concurso culpable, del Juzgado de lo Mercantil n.º 2 de Barcelona, de fecha nueve de mayo de dos mil seis, se fun-

da en la comisión de irregularidades contables relevantes para la comprensión de la situación patrimonial o financiera del deudor y salida fraudulenta de bienes del activo.

La Sentencia del Juzgado de lo Mercantil de Málaga, de fecha 22 de mayo de 2006, es digna de consulta, pues analiza minuciosamente: a) la preclusión dolosa o con culpa grave del incumplimiento del deber de solicitar la declaración de concurso a tiempo; b) actitud dolosa de la concursada en la manifestación de propiedad de determinados bienes inmuebles, que fueron calificados negativamente por el Registrador por no estar inscritas a nombre de la concursada; omisión de créditos en la lista de acreedores u omisión de deudores en el inventario (inexactitud grave en cualquiera de los documentos acompañados a la solicitud de declaración de concurso); c) como consecuencia de dicha actuación dolosa se hubiere generado o agravado el estado de insolvencia; d) falta de presentación en tiempo de las cuentas anuales (las normas no sancionan un cumplimiento tardío sino el incumplimiento sustancial de esta obligación); e) las personas afectadas por la declaración de culpable (aquellas personas que hubieran intervenido con dolo o culpa grave en la generación o agravación del estado de insolvencia y aquellas que hubieran participado directamente en los hechos que motivan la declaración del concurso como culpable, bien por tener el control directo de la causa que lo genera o por omisión de sus propios deberes motivando o permitiendo que la misma se produzca); f) cómplices (cooperación directa y dolosa por voluntaria en determinados actos que motivan la declaración y agravan la situación de insolvencia); g) inhabilitación de las personas afectadas por la calificación para administrar bienes... (administradores sociales); h) condena de los administradores sociales a pagar el importe de los créditos que no perciban en la liquidación de la masa activa los acreedores (concursoales y contra la masa); i) pérdida de cualquier derecho que las personas afectadas por la calificación o declaradas cómplices tuvieran como acreedores concursoales o de la masa y la condena a devolver los bienes o derechos que hubieran obtenido indebidamente del patrimonio del deudor o hubiesen recibido de la masa activa, así como a indemnizar los daños y perjuicios causados.

La Sentencia del Juzgado de Primera Instancia Número 14 de Granada, Mercantil, de fecha dos de octubre de dos mil seis, tiene en cuenta la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables y analiza la facultad concedida al Juez del concurso en el art. 172.3 «(...) la sentencia podrá (...)».

En la citada Tercera Mesa Redonda del II Congreso de Derecho Mercantil, sobre «La sección de calificación: aspectos procesales y sustantivos. Tercer bloque.- Tramitación procesal de la sección», se aborda las siguientes cuestiones: «¿En qué casos cabrán los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal contra las sentencias dictadas en apelación por las Audiencias Provinciales en materia de calificación? Contra la sentencia que recaiga en el incidente concursal subsiguiente a la oposición a la calificación

cabe recurso de apelación ante la Audiencia Provincial, según previene expresamente el artículo 172.4 LC. A su vez contra la sentencia resolutoria de la apelación cabrá recurso de casación, siempre que concurren los criterios de admisión previstos en la Ley de Enjuiciamiento Civil, según precisa el artículo 197.6 Ley Concursal. A tal efecto, conviene recordar que el Acuerdo del Pleno de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 12 de diciembre de 2000 establece que, en materia de calificación, el recurso de casación no podrá basarse en la cuantía del concurso, sino en el interés casacional a que se refiere el artículo 447.3 de la LEC. A su vez, ha de tenerse en cuenta que, de conformidad con la Disposición Final 16.^a, apartado 1.2.º, de la LEC, el recurso extraordinario por infracción procesal sólo procederá cuando, en virtud del interés casacional, también proceda sobre el fondo del recurso de casación».

8. Conclusión del concurso

El art. 176 regula las causas de conclusión del concurso y establece que procederá su conclusión y el archivo de las actuaciones.

El apartado 1.1.º del art. 176 dispone lo siguiente: «1. Procederá la conclusión del concurso y el archivo de las actuaciones en los siguientes casos:... 1.º Una vez firme el auto de la Audiencia Provincial que revoque en apelación el auto de declaración de concurso». El Auto del Juzgado de Primera Instancia n.º 4 y de lo Mercantil de Burgos, de fecha 6 de febrero de 2006, en cumplimiento del Auto de la Audiencia Provincial de Burgos, de fecha 30 de diciembre de 2005, que estimaba el recurso de apelación interpuesto contra el Auto de declaración de concurso voluntario, declara la conclusión y consiguiente archivo de las actuaciones y retrotrae las mismas al momento anterior al de la presentación de la solicitud del mentado concurso, dejando sin efecto todos y cada uno de los pronunciamientos de la declaración de concurso voluntario.

Signe el art. 176: «1. Procederá la conclusión del concurso y el archivo de las actuaciones en los siguientes casos:... 3.º En cualquier estado del procedimiento, cuando se produzca o compruebe el pago o la consignación de la totalidad de los créditos reconocidos o la íntegra satisfacción de los acreedores por cualquier otro medio». El auto del Juzgado de lo Mercantil n.º 1 Vitoria-Gasteiz, de fecha dos de junio de dos mil seis, declara concluso el procedimiento concursal por haberse acreditado el pago realizado a la totalidad de acreedores de la concursada, incluidos en el informe de la Administración concursal, así como el de los créditos contra la masa devengados.

Dispone el apartado 1: «4.º En cualquier estado del procedimiento, cuando se compruebe la inexistencia de bienes y derechos del concursado ni de terceros responsables con los que satisfacer a los acreedores». El requisito de inexistencia de bienes y derechos del concursado se completa con el de

inexistencia de terceros responsables para satisfacer a los acreedores, lo que entraña el agotamiento del ejercicio de acciones de responsabilidad frente a terceros, por parte de la administración concursal, consecuencia de la calificación o por otros medios procesales, previstos en los arts. 69 a 73.

El art. 176.2 dispone: «... la conclusión se acordará por auto y previo informe de la administración concursal, que se pondrá de manifiesto por 15 días a todas las partes personadas». El art. 176.4 preceptúa: «El informe de la administración concursal favorable a la conclusión del concurso por inexistencia de bienes y derechos afirmará y razonará inexcusablemente que no existen acciones viables de reintegración de la masa activa ni de responsabilidad de terceros pendientes de ser ejercitadas. Las demás partes personadas se pronunciarán necesariamente sobre tal extremo en el trámite de audiencia y el juez, a la vista de todo ello, adoptará la decisión que proceda». Solamente si se prueba el hecho de inexistencia de masa activa, así como cuando se alcance evidencia sobre la inviabilidad de acciones de reintegración de bienes y de responsabilidad contra terceros, podrá proseguirse la tramitación de la clausura del procedimiento concursal. El informe de la administración concursal incluirá una completa rendición de cuentas, como ordena el art. 181.1.

Conviene estudiar el Auto del Juzgado de lo Mercantil de Málaga, de fecha veintiocho de marzo de dos mil seis, que resuelve sobre la conclusión del concurso instada por la administración concursal por falta de bienes y derechos, con los siguientes Fundamentos de Derecho: «Primero: Mediante escrito de fecha 9 de noviembre de 2005 la administración concursal presentó informe favorable a la conclusión del concurso de conformidad al artículo 176.4.º de la Ley Concursal. Dado traslado a las partes se presentó escrito de oposición por la solicitante del concurso, la procurador Sra. (...), en nombre y representación de D. (...), defendido por el abogado Sr. (...) En dicha demanda se señalaba diferentes incidencias ocurridas en la tramitación del procedimiento y en el acto de la vista el letrado director de la parte señalaba que ya se había subsanado el defecto de falta de publicación y que por lo tanto procedía la continuación del procedimiento. A dichas alegaciones se opusieron las partes contrarias y la administración concursal.

Segundo: Las incidencias sufridas en el presente procedimiento respecto de la nulidad declarada nada tienen que ver ni resultan afectadas a los efectos de la aplicación del artículo 176.1.4.º LC, en donde exclusivamente la cuestión debe centrarse en la posibilidad de conclusión del concurso «en cualquier estado del procedimiento, cuando se compruebe la inexistencia de bienes y derechos del concursado ni de terceros responsables con los que satisfacer a los acreedores».

Dicho apartado debe completarse con lo dispuesto en el 176.3 en cuanto señala que «no podrá dictarse auto de conclusión por inexistencia de bienes y derechos mientras se esté tramitando la sección de calificación o estén pendientes demandas de reintegración de la masa activa o de exigencia de

responsabilidad de terceros, salvo que las correspondientes acciones hubiesen sido objeto de cesión». Además, señala el 176.4 LC que «el informe de la administración concursal favorable a la conclusión del concurso por inexistencia de bienes y derechos afirmará y razonará inexcusablemente que no existen acciones viables de reintegración de la masa activa ni de responsabilidad de terceros pendientes de ser ejercitadas».

Lo anterior conlleva varios elementos a tener en cuenta:

1. Que según el 176.1.40 LC la conclusión del concurso podrá realizarse en cualquier momento del procedimiento, tanto en fase común, como en cualquier otra fase.
2. Que hemos de partir de la inexistencia de bienes y derechos del concursado, lo que aquí se ha realizado a la vista del informe de la administración concursal, no impugnado en su momento y que determina que no existen.
3. Que la referencia a terceros responsables que hace el artículo 176.1.4.º LC debe conectarse con el 176.4 LC y por tanto se refiere a acciones de responsabilidad de terceros diferentes a las que derivan del proceso concursal pues necesitan ser ejercitadas por la administración concursal o cualquier otro legitimado derivadas del artículo 48.4 ó 5 de la LC o cualquier otra que pudiera derivar de la norma concursal, pero no la que se determina a partir de los artículos 172 ó 166 LC pues es evidente que las mismas sólo parten de la necesidad de un convenio que supere determinados límites o de liquidación y que ello circunscribiría la posibilidad de conclusión a la terminación por convenio o a la terminación por liquidación con apertura de la sección de calificación, lo que contradice el tenor literal del artículo 176.1.4.º LC.
4. Que no se esté tramitando la sección de calificación, lo que evidencia que para que proceda la conclusión por este motivo hemos de distinguir dos momentos: uno es aquel que se produce en cualquier estado del procedimiento, antes de la apertura de la pieza de calificación (163 LC) y otro posterior a la apertura de dicha sección. Es en este segundo caso en el que cabría esperar a que terminara dicha sección para poder concluir dicho concurso pues es evidente que será entonces, con las responsabilidades que pudieran declararse cuando habría que valorarse la existencia de bienes y derechos propios o de los declarados responsables, afectados o cómplices. En los presentes autos no se está tramitando la sección de calificación pues nos encontramos, a la fecha en que se inicia este incidente, en fase de informe de la administración concursal pendiente de las publicaciones que voluntariamente no realizó, hasta un momento posterior, la solicitante (23 y 24 LC).
5. Que no existan acciones viables de reintegración de la masa activa. En el presente procedimiento ni se ha interesado por la administración

concursal ni se ha interesado por ningún otro interesado, ni el solicitante, el ejercicio de este tipo de acciones.

Tercero: A partir de las anteriores manifestaciones lo cierto es que tampoco la demanda de oposición se manifiesta sobre ninguno de los elementos necesarios a tener en cuenta a los efectos de la conclusión del concurso. El alegato de la demandante pasa por hacer un análisis, ya resuelto, sobre los trámites procesales y las diferentes incidencias del concurso al respecto de la falta de publicación de la declaración del concurso y de las medidas cautelares en su día adoptadas. Cuestiones estas que tampoco incidirían en el resultado del presente procedimiento pues en realidad el análisis pasaría precisamente por la consideración de la situación patrimonial y de viabilidad patrimonial de la concursada en el momento en que nos encontramos. Y este momento es precisamente el de informe de la administración concursal a cuyos efectos ni existen bienes y derechos, ni se plantean ejercicio de ningún tipo de acción, ni está abierta en este momento, la sección de calificación. Por todo ello procede la conclusión del concurso.

Cuarto: La conclusión del concurso no empece, no obstante a las obligaciones derivadas de la ley concursal y conforme al artículo 178 LC, el deudor quedará responsable del pago de los créditos restantes, pudiendo los acreedores iniciar ejecuciones singulares, en tanto no se acuerde la reapertura del mismo o se declare nuevo concurso, pero si procede la extinción y cierre de la hoja de inscripción en los registros públicos que corresponda, librando mandamiento.

Quinto: No habiéndose formulado oposición sobre la rendición de cuentas del administrador concursal procede, de conformidad al artículo 181 LC, declarar aprobadas las mismas». D. Enrique Sanjuán y Muñoz.

A modo de despedida, anuncio el propósito de permanecer a la espera, durante los próximos meses, para conocer las Resoluciones de las Audiencias Provinciales, algunas especialistas de lo Mercantil, como las Secciones correspondientes de las de Madrid y Barcelona, sobre las apelaciones planteadas contra algunas de las Sentencias a que se ha hecho referencia, y de ofrecerles su recopilación, D. m.

Revista Estudios de Deusto

Normas de publicación

1. **Contenido.** La Revista de Estudios de Deusto publica, con carácter semestral (junio y diciembre), trabajos de investigación sobre Derecho y Ciencia Política.
2. **Envío de originales.** Los originales han de ser inéditos, escritos en lengua castellana, en Microsoft Word o formato compatible. Se entregarán en papel (en el Decanato de Derecho a la atención del Director de la Revista) y, también, en soporte electrónico (disquete, CD-ROM o correo electrónico a la dirección: Estudiosdeusto@der.deusto.es).
3. **Formato.** En primera página se incluirá el título, nombre del autor, filiación académica, direcciones de correo ordinario y electrónico y teléfono de contacto. La segunda página recogerá dos resúmenes, en castellano e inglés, de unas 120 palabras cada uno y las palabras clave del trabajo (entre 3 y 5 palabras) tanto en castellano como en inglés.
4. **Normas de edición.** Las normas de edición son las habitualmente utilizadas en publicaciones científicas, tal como se recoge en las "Normas básicas para la presentación de trabajos escritos" de la Facultad de Derecho de la Universidad de Deusto. Ejemplos:

a) Bibliografía

- GARCÍA-Pelayo ALONSO, M., *Derecho constitucional comparado*, Ed. Revista de Occidente, Madrid, 1950.
- DE ANGEL YAGÜEZ, R., «La doctrina del "levantamiento del velo" y las sociedades interpuestas», *Estudios de Deusto*, Vol. 43/2, julio-diciembre 1995, pp. 11-51.
- DE WITTE, B., «Direct Effect, Supremacy, and the Nature of the Legal Order», en CRAIG, P. P. & DE BÚRCA, G. (eds.), *The Evolution of EU Law*, University Press, Oxford, 1999, pp. 177-213.

b) Legislación

- España. Ley Orgánica 8/2003, de 9 de julio, para la Reforma Concursal, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial. *Boletín Oficial del Estado*, 10 de julio de 2003, n.º 164, p. 26901.
- Convención de 11 de abril de 1980 de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías, hecha en Viena. Instrumento de adhesión de España de 17 de julio de 1990, *Boletín Oficial del Estado*, 30 de enero de 1991, n.º 26/1991, p. 3170.
- Reglamento (CE) n.º 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, por el que se deroga el Reglamento (CE) n.º 1347/2000, *Diario Oficial de la Unión Europea* n.º L 338, de 23 de diciembre de 2003, p. 1.

c) Jurisprudencia

- Sentencia del Tribunal Constitucional (o STC) 32/1981, de 28 de julio, FJ 5º.
 - STS o Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de abril de 1992, Ref. Aranzadi, n.º 3055.
 - Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 21 de febrero de 1984. Öztürk. Publicaciones del Tribunal Europeo, Serie A, Vol. 73.
 - Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (Sala Sexta) de 15 de enero de 2004, As. C-230/01, Intervention Board for Agricultural Produce/Enycoed Farming Partnership, Rec. 2004, p. 175.
5. **Proceso de publicación.** El Director de la Revista con la participación del Consejo de redacción y el asesoramiento del Consejo asesor decidirá la publicación de los trabajos basándose en una evaluación externa, anónima e independiente. Los trabajos serán publicados como "Estudios" o como "Notas" según su naturaleza y extensión (± 20 páginas escritas a espacio y medio, en letra Times New Roman y tamaño 12). Los autores de los trabajos podrán realizar la corrección de pruebas de imprenta y, si en el plazo de una semana natural no se recibiese su corrección, se entenderá que el autor está conforme con la impresión recibida.
 6. **Copyright.** Los autores de los trabajos inéditos publicados en la Revista Estudios de Deusto podrán reproducirlos en otro lugar con la debida anotación de su publicación original en Estudios de Deusto.

Estudios de Deusto



Universidad de
Deusto

