

ESTUDIOS MONOGRAFICOS

La Constitución como norma jurídica

EDUARDO GARCIA DE ENTERRIA

Catedrático de la Facultad de Derecho de Madrid

SUMARIO: Introducción. I.—LA SIGNIFICACION DE LA CONSTITUCION. II. LOS FUNDAMENTOS DEL VALOR NORMATIVO DE LA CONSTITUCION. LA CONSTITUCION COMO NORMA FUNDAMENTAL.—1. Principio general.—2. La supremacía normativa de la Constitución como creación del constitucionalismo americano.—3. La recepción europea del principio de supremacía constitucional y su expresión en el sistema austriaco-kelseniano de justicia constitucional.—4. La introducción en España del sistema de justicia constitucional concentrada y su singularidad frente al sistema kelseniano puro.—III. EL VALOR NORMATIVO DE LA CONSTITUCION ESPAÑOLA.—1. El principio general.—2. El monopolio jurisdiccional del Tribunal Constitucional sólo alcanza a la declaración de inconstitucionalidad de las Leyes (“monopolio de rechazo”), no a cualquier aplicación de la Constitución.—3. El ámbito de aplicación de la Constitución que corresponde en todo caso a todos los Tribunales.—4. Todas las normas constitucionales vinculan a todos los Tribunales y sujetos públicos y privados.—5. En ciertas materias la Constitución es de aplicación directa como norma de decisión de cualquier clase de procesos, por haber derogado todas las Leyes que se opongan a su regulación. A) La aplicación directa de la regulación constitucional de los derechos fundamentales. a) El principio general. b) La derogación de todas las normas anteriores contrarias a la regulación constitucional de los derechos fundamentales. c) El problema de la aplicación directa de la regulación constitucional de los derechos fundamentales cuando en éstos incidan leyes posteriores a la Constitución. B) La aplicación directa de la parte organizatoria y habilitante de los poderes constitucionales. C) La Disposición Derogatoria de la Constitución y su alcance. El problema de la legislación preconstitucional de contenido no directamente político.—IV. EL PRINCIPIO DE LA INTERPRETACION CONFORME A LA CONSTITUCION DE TODO EL ORDENAMIENTO.—1. El principio.—2. Los orígenes y los fundamentos del principio.—3. Alcance y consecuencias del principio. A) Los principios constitucionales y su valor. B) La interpretación de los principios constitucionales: algunos problemas. C) Consecuencias del principio. NOTA BIBLIOGRAFICA.

La entrada en vigor de la nueva Constitución (que se produjo, según su disposición adicional, el mismo día de su publicación, 29 de diciembre de 1978) plantea inmediatamente el problema de su valor normativo propio.

La tradición de nuestro Derecho Constitucional, por razones que luego intentaremos comprender, ofrece muy escasos soportes para intentar solventar esa cuestión. O, mejor dicho, ofrece un modelo que inmediatamente se apercibe como inaprovechable a la situación actual, el modelo que, por unas u otras vías, conduce a negar a la Constitución valor normativo específico fuera del ámbito de la organización y las relaciones de los poderes superiores; todo lo demás, y en concreto toda la parte material de la Constitución, contendría sólo principios «programáticos», indicaciones que sólo en cuanto el legislador recogiera llegarían a encarnarse en normas jurídicas verdaderas, las leyes de desarrollo de tales principios, únicas normas aplicables por los Tribunales y vinculantes para los poderes públicos y para los ciudadanos.

Resulta claro que la Constitución de 1978 intenta resueltamente huir de este modelo y así, por una parte, declara de manera expresa que «los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución» (art. 9.1); por otra parte, declara «derogadas cuantas disposiciones se opongan a lo establecido en esta Constitución» (disposición derogatoria 3); además, en su propio texto destaca alguno de sus contenidos materiales como directamente vinculantes a todos los poderes públicos, con tutela judicial inmediata, e incluso reforzada a través del amparo constitucional (artículos 53, apartados 1 y 2, y 161 apartado 1, b); finalmente, las leyes tan han dejado de ser el único camino de positivización facultativa del supuesto «programa» constitucional que ellas mismas serán nulas si contradicen los preceptos de la Constitución (artículos 161, apartado 1, a, y 164).

La explicación de todo este nuevo valor normativo de la Constitución nos exigirá remontarnos a algunas cuestiones de principio, lo que haremos en la medida indispensable para hacer posible esa explicación y permitirnos operar técnicamente con esa especie nueva de norma con que se encuentra ahora nuestro Derecho (ningún precedente histórico puede servirnos directamente), norma que es, además, la primera entre todas y la más relevante.

I

LA SIGNIFICACION DE LA CONSTITUCION

Inicialmente la Constitución, cuando surge como un tipo de norma en Occidente a finales del siglo XVIII (sus dos grandes manifestaciones son las norteamericanas hasta llegar a la federal de 1787, aún vigente, y las que se suceden tras la Revolución Fran-

cesa), no es la norma que define en un instrumento único o codificado la estructura política superior de un Estado, sino, precisamente, la que lo hace desde unos determinados supuestos y con un determinado contenido. Esos supuestos radican en su origen popular o comunitario, en lo que claramente se expresa la doctrina del pacto social y su postulado básico de la autoorganización como fuente de legitimidad del poder y del Derecho; su contenido lo indica con toda precisión el famoso art. 16 de la Declaración de derechos del hombre y del ciudadano de 1789: «Toda sociedad en la cual no esté asegurada la garantía de los derechos ni determinada la separación de poderes no tiene Constitución».

Este concepto tan preciso de Constitución va a sufrir, no obstante, en Europa continental un fuerte embate, por la derecha y por la izquierda. Por la derecha, es la obra de las Monarquías restauradas que suceden a la ruptura impuesta en todo el Continente por los Ejércitos de Napoleón. Estas Monarquías van a recoger de la idea constitucional únicamente lo que contiene de codificación formal del sistema político superior, así como, si acaso, alguno de sus contenidos menos peligrosos, de los que pasa a hacer simple retórica. Es así como los Monarcas «otorgan» Cartas Constitucionales, que tienen ya poco que ver con la primigenia idea de Constitución. Es la expresión del «principio monárquico» que, en materia constitucional, consagra para toda Alemania el famoso artículo 47 del Acta final del Congreso de Viena. En una segunda fase querrán las Monarquías restablecer el concepto medieval de pacto entre la Corona y el pueblo, idea que entre nosotros tendrá aún su último representante en Cánovas, y que, como se comprende, coloca al Monarca en una situación propia pre- y supraconstitucional, puesto que lo consagra como co-poder constituyente.

El ataque por la izquierda al concepto originario de Constitución procede de la izquierda hegeliana y, finalmente, del marxismo en que ésta desemboca. Con resolución se intenta hacer la «reducción» de la norma constitucional formal a la estructura de poder real que la subyace y soporta y de la que aquélla no sería más que un enmascaramiento convencional. La vía se inicia precozmente con el famoso discurso berlínés de 1862 de Ferdinand Lassalle, *Ueber Verfassungswesen*; la Constitución escrita sería una «mera hoja de papel» y lo que cuenta es la «Constitución real y efectiva» (*wirklichen Verfassung*), expresión de las relaciones fácticas de poder, normalmente silenciadas (para protegerlas de la pugna política) en el texto legal. Marx mismo, ya desde una concepción más general del Derecho como superestructura, y los marxistas posteriores, insistirán en posiciones análogas, hasta hoy mismo (desvalorizando, por ejemplo, las «libertades formales» y pretendiendo atender a las «reales», que una larga experiencia muestra no ser nada sin aquéllas, como los ilustrados habían supuesto con acierto).

Esos dos embates son decisivos, hasta el punto de que en Eu-

ropa continental va a perderse, con alguna excepción, el sentido genuino de Constitución durante casi todo el siglo XIX (y en Alemania y Centro Europa hasta 1919 y prácticamente hasta esta segunda postguerra, como también entre nosotros, tras el constitucionalismo originario presente en Cádiz, prácticamente hasta la nueva Constitución). La teoría jurídica reflejará ese hecho. La Constitución deja de ser una norma con un origen y un contenido determinados. En consecuencia directa, deja también de ser una norma invocable ante los Tribunales, y va a pasar a teorizarse, simplemente, como una mera exigencia lógica de la unidad del ordenamiento. El iuspublicismo alemán, elaborado bajo el sistema del principio monárquico, que culminará en Kelsen, por un lado; Santi Romano por otro, operando dentro de un sistema político análogo, aunque con supuestos teóricos distintos, y con él el iuspublicismo italiano por él dominado hasta hoy mismo, teorizan una Constitución «en sentido material», distingible de la «Ley constitucional» en sentido formal, como un condensado de las reglas superiores de la organización del que ésta vendría a derivar y que, a la vez, expresa la unidad del ordenamiento jurídico, bien se entienda éste como sistema internormativo, al modo kelseniano, bien como organización, según la concepción de Romano. Aun sin partir ni de la norma ni del ordenamiento, Carl Schmitt viene a coincidir, en realidad, y no obstante la retórica con que presentó su desidencia, en una concepción no muy lejana, la de Constitución como decisión existencial que constituye en un único momento la forma y modo de la entidad política, concepto ante el cual también se relativiza el de «Ley constitucional».

Para unos y para otros, pues, como resultado de teorizar una análoga y determinada situación deficiente, la Constitución vendría a concretarse en una simple pieza lógico-sistemática presente en cualquier Estado, de cualquier época y de cualquier signo y contenido, de modo que la Constitución pasa a ser, pues, un concepto formal y abstracto hasta el extremo, positivista consecuentemente, puesto que es una pura realidad estructural de hecho, sean cuales sean los valores materiales que exprese. Esta concepción encuentra quizás su mejor expresión en el concepto de Carl Schmitt: el Estado no *tiene* Constitución, *es* Constitución; todo y cualquier Estado, obviamente.

Hoy esa concepción nos resulta definitivamente inadmisible. Hacer el centro de toda construcción jurídico política un concepto de Estado tan sumamente abstracto, que como Heller observó certeramente, constituye un verdadero «fantasma del pensamiento», implica volatilizar los temas capitales de la organización política, y por de pronto los de la legitimidad del poder, su titularidad, su ejercicio y sus límites. El mismo Heller notó en 1927 que resultaba «verdaderamente notable que nuestros constitucionalistas nada sepan decir de la proposición: el poder del Estado

proviene del pueblo». Pero es aquí, justamente, donde debe radicarse toda la teoría de la Constitución.

La idea de la Constitución debe ser referida, para no volatilizarla en abstracciones descarnadas e inoperativas, a una corriente que viene de los siglos medievales, que se concreta a fines del siglo XVIII y en el XIX en el movimiento justamente llamado constitucional y que, tras la segunda guerra mundial y el trágico fracaso de los totalitarismos que en ella perecieron, ha vuelto a reanudar su mismo sentido específico, tanto para los países que entonces recuperaron sus Constituciones, como para aquéllos, como es nuestro caso, que se han reintegrado después a la misma corriente y para los demás que aún aspiran, legítimamente, a alcanzar ésta en el futuro.

Esa corriente se expresa inicialmente en pactos entre el Rey y el Reino en orden, precisamente, al ejercicio y a los límites del poder (sentido que tienen todos los instrumentos constitucionales ingleses hasta el *Bill of rights* de 1688, así como los de los demás países europeos, entre los cuales una buena parte de los que invocó Martínez Marina para justificar la raíz nacional de la Constitución de Cádiz, y —señaladamente— el proyecto comunero de «Ley Perpetua», estudiado más recientemente por Maravall); pero que va a adquirir un sesgo completamente nuevo por virtud de las doctrinas del pacto social, del iusnaturalismo puritano y de las doctrinas ilustradas a finales del siglo XVIII, con los dos focos ya indicados, norteamericano y francés.

Tras ese movimiento, lo que se entiende por Constitución (concepto que no han perdido nunca ni los constitucionalistas norteamericanos ni los suizos y que recuperaron tras el II Imperio —aunque con la limitación derivada del dogma de la soberanía parlamentaria— los constitucionalistas franceses y después de esta última guerra los alemanes) es muy claro: el pueblo decide por sí mismo (este es el famoso comienzo de la Constitución americana: «*We, the people of the United States... do ordain and establish this Constitution*»: nosotros, el pueblo de los Estados Unidos, ordenamos y establecemos esta Constitución): 1.º Establecer un orden político determinado, definido en su estructura básica y en su función; 2.º Pero, a la vez, en esa estructura ha de participar de manera predominante, si no exclusiva, el propio pueblo, de modo que los ejercientes del poder serán agentes y servidores del pueblo y no sus propietarios, y por su parte, esas funciones han de definirse como limitadas, especialmente por la concreción de zonas exentas al poder, reservadas a la autonomía privada (libertades y derechos fundamentales). El poder ha de aparecer, pues, como una construcción de la sociedad o del pueblo, construcción en la cual éste se reserva zonas de libertad e instrumentos de participación y control efectivos, de modo que el poder no pueda pretender nunca ser superior a la sociedad, sino sólo su instrumento.

No es, por tanto, una Constitución un Acta otorgada por un

soberano personal, ni la eventual imposición o hasta la aprobación por la comunidad de un *imperium* extraño (más sencillamente: sin ejercicio de lo que Sieyes llamó, tecnificando el *contrat social* rousseauiano, el «poder constituyente», situado en el pueblo, no hay Constitución), ni tampoco, en fin, un instrumento de estructura política básica que incluya la definición de unos poderes virtualmente absolutos o indefinidos, tanto por su extensión o duración como por no reconocer límites efectivos ni ámbitos de libre determinación y exención en favor de los ciudadanos. No será tampoco Constitución el instrumento legal que ordene la vida social como una concesión del Estado o que pretenda que en éste se resuma necesariamente la vida personal o colectiva, como el nivel ético superior, según la concepción hegeliana hoy vivida por los régimenes del Este. Con razón, pues, según vemos, y con explicable pudor, las llamadas «Leyes Fundamentales» franquistas excusaron el nombre de Constitución.

En la Constitución como instrumento jurídico ha de expresarse, precisamente, el principio de la autodeterminación política comunitaria, que es presupuesto del carácter originario y no derivado de la Constitución, así como el principio de la limitación del poder. Ninguno de los dos, y por supuesto no el último, son accesorios, sino esenciales. Sigue siendo, pues, válido el concepto del antes transscrito art. 16 de la Declaración de Derechos de 1789, en el que únicamente cabría matizar hoy la relatividad del principio de división de los poderes como técnica operativa, sin perjuicio de su validez general en cuanto a sus principios y en cuanto a su finalidad, la limitación del poder de los imperantes, la garantía de la libertad.

El principio limitativo del poder y de definición de zonas exentas o de libertad individual es, en efecto, un principio esencial del constitucionalismo. Por una parte, porque la libertad es consustancial a la idea misma del poder como relación entre hombres; el concepto de un poder absoluto o ilimitado es intrínsecamente contradictorio, puesto que nadie puede estar sometido íntegramente a otro semejante sin negar su propia esencia humana, sin «cosificarse». Todo poder social es, y no puede dejar de ser, si ha de respetarse a los hombres sobre los que se ejerce, esencialmente limitado. Resulta, por ello, imprescindible que en el momento de fundar o constituirse un poder se defina su campo propio y, consecuentemente, sus límites. Pero, por otra parte, esa exigencia se robustece cuando la Constitución se presenta como una decisión del pueblo entero, como un «contrato social». Rousseau observó, como es bien sabido, que se trata de «una forma de asociación que *defiende y protege con toda la fuerza común la persona y los bienes de cada asociado* y por la cual cada uno, uniéndose a todos, no obedece, sin embargo, más que a sí mismo». Por encima de explicaciones dogmáticas, está el hecho elemental de que la inmensa mayoría de quienes forman la comunidad decisora serán

por fuerza de las cosas más sensibles a su situación como ciudadanos, y por tanto a sus derechos y libertades, que a la que será propia de los órganos de gobierno y de las minorías llamadas a su eventual titularidad. De este modo, esta técnica aparentemente formal de la decisión colectiva ha resultado indisolublemente vinculada al pensamiento iusnaturalista material de unos derechos innatos o preestatales en el hombre, que no sólo al Estado cumple respetar sino también garantizar y hacer efectivos como primera de sus funciones.

El constitucionalismo nació como vehículo de esa concepción y hay que decir que continúa siéndolo. Sigue en él presente la tradición individualista europea de base religiosa que desconfía del Estado como posible fuente de transgresión de los derechos del hombre, y que por ello intenta limitarlo, frente a otras concepciones históricas, hoy reactualizadas en explicaciones totalitarias, para las cuales sólo el Estado es el dispensador de la libertad y de la felicidad. Sin embargo, la concepción de unos derechos fundamentales que aseguran el libre desenvolvimiento de los ciudadanos como personas singulares y solidarias y que a la vez permiten la decisiva participación de los mismos en el funcionamiento y el control del sistema político se ha convertido hoy en un dogma universal, por más que no siempre, ni siquiera predominantemente, vaya seguido de consecuencias efectivas. Documentos solemnes internacionales (Declaración Universal de derechos del Hombre, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 10 de diciembre de 1948 y todos los Pactos y Convenios aplicativos y de desarrollo ulteriores; Convención Europea de Derechos del Hombre de 1950; Declaración VII del Acta final de Helsinki, de 1975, etc.), religiosas (Encíclicas de la Iglesia Católica como la *Pacem in terris* de 1963, o la *Redemptor Hominis* de 1979, declaración *Gaudium et Spes* del Concilio Vaticano II, y, en general, de otras Iglesias y movimientos), culturales, etc., proclaman esta idea como la verdadera ética universal de nuestro tiempo, quizá el último residuo ético irreductible de una civilización más bien desmitificadora, si no nihilista. La Constitución es el primero de los instrumentos técnicos específicos al servicio de esos valores éticos sustantivos.

Pero, por otra parte, sobre la limitación del poder, que supone el establecimiento de un sistema de competencias delimitadas y de normas de ejercicio correlativas, y sobre la libertad de los ciudadanos, que permite a éstos fundamentar verdaderos derechos frente a la organización, va a establecerse todo el Derecho Público contemporáneo, que se presenta así como un hijo inmediato y directo del constitucionalismo.

Fuera de ese contenido, las Constituciones podrán llamarse tales, pero lo serán sólo en un sentido nominalista o semántico (Loewenstein).

La Constitución española de 1978 responde a este significado

general de la Constitución, enlazando, por encima de un largo período en que ese significado ha estado apenas latente, con la primera de nuestras Constituciones, la de Cádiz de 1812. El autor de la Constitución es ahora «La Nación española... en uso de su soberanía», según proclama su preámbulo y así lo acredita su proceso de formación y aprobación. Su objetivo, dice la misma declaración, es «garantizar la convivencia democrática», «consolidar un Estado de Derecho», «proteger a todos los españoles y pueblos de España en el ejercicio de los derechos humanos». Declara como «valores superiores de su ordenamiento jurídico», e intenta luego una articulación institucional efectiva de los mismos, «la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político» (art. 1), de modo que «la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la Ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social» (art. 10,1). «Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integran sean reales y efectivos» (art. 9,2). «Los derechos y libertades vinculan a todos los poderes públicos» (art. 53,1). «Las Cortes Generales representan al pueblo español» y «ejercen la potestad legislativa» (art. 66,1 y 2). «La Administración Pública... actúa... con sometimiento pleno a la Ley y al Derecho» (art. 103,1). «La justicia emana del Pueblo y se administra por Jueces y Magistrados independientes, inamovibles, responsables y sometidos únicamente al imperio de la Ley» (art. 117,1).

II

LOS FUNDAMENTOS DEL VALOR NORMATIVO DE LA CONSTITUCIÓN. LA CONSTITUCIÓN COMO NORMA FUNDAMENTAL

1. *Principio general.*

La Constitución, por una parte, configura y ordena los poderes del Estado por ella construidos; por otra, establece los límites del ejercicio del poder y el ámbito de libertades y derechos fundamentales, así como los objetivos positivos y las prestaciones que el poder debe de cumplir en beneficio de la comunidad. En todos esos contenidos la Constitución se presenta como un sistema preceptivo que emana del pueblo como titular de la soberanía, en su función constituyente, preceptos dirigidos tanto a los diversos órganos del poder por la propia Constitución establecidos como a los ciudadanos. Como ha dicho Kaegi, «lo fundamentalmente nuevo del Estado constitucional frente a todo el mundo del autoritarismo, es la «fuerza vinculante bilateral de la norma» (Ihering), esto es, la vinculación a la vez de las autoridades y de los ciuda-

danos, de todas las autoridades y de todos los ciudadanos, en contraposición a toda forma de Estado de privilegios de viejo y nuevo cuño. La Constitución jurídica transforma el poder desnudo en legítimo poder jurídico. El gran lema de la lucha por el Estado constitucional ha sido la exigencia de que el (arbitrario) *government by men* debe disolverse en un (jurídico) *government by laws*.

Pero la Constitución no sólo es una norma, sino precisamente la primera de las normas del ordenamiento entero, la norma fundamental, *lex superior*. Por varias razones. Primero, porque la Constitución define el sistema de fuentes formales del Derecho, de modo que sólo por dictarse conforme a lo dispuesto por la Constitución (Organo legislativo por ella diseñado, su composición, competencia y procedimiento) una Ley será válida o un Reglamento vinculante; en este sentido, es la primera de las «normas de producción», la *norma normarum*, la fuente de las fuentes. Segundo, porque en la medida en que la Constitución es la expresión de una intención fundacional, configuradora de un sistema entero que en ella se basa, tiene una pretensión de permanencia (una «Ley Perpetua» era la aspiración de nuestros comunitarios) o duración (*dauernde Grundordnung*: ordenamiento fundamental estable, «el momento reposado y perseverante de la vida del Estado»: Fleiner), lo que parece asegurarla una superioridad sobre las normas ordinarias carentes de una intención total tan relevante y limitadas a objetivos mucho más concretos, todos singulares dentro del marco globalizador y estructural que la Constitución ha establecido. Esta idea determinó, primero, la distinción entre un poder constituyente, que es de quien surge la Constitución, y los poderes constituidos por éste, de los que emanan todas las normas ordinarias. De aquí se dedujo inicialmente la llamada «rigidez» de la norma constitucional, que la asegura una llamada «superlegalidad formal», que impone formas reforzadas de cambio o modificación constitucional frente a los procedimientos legislativos ordinarios (cfr. Título X de nuestra Constitución). Pero la idea llevará también al reconocimiento de una «superlegalidad material», que asegura a la Constitución una preeminencia jerárquica sobre todas las demás normas del ordenamiento, producto de los poderes constituidos por la Constitución misma, obra del superior poder constituyente. Esas demás normas sólo serán válidas si no contradicen, no ya sólo el sistema formal de producción de las mismas que la Constitución establece, sino, y sobre todo, el cuadro de valores y de limitaciones del poder que en la Constitución se expresa. En un plano formal puede decirse que la superlegalidad material garantiza, en último extremo, la superlegalidad formal o rigidez de la Constitución, al imponer que toda decisión normativa que implique salirse del marco constitucional tenga que ir precedida, bajo pena de nulidad, de una reforma constitucional acordada por sus cauces propios.

2. *La supremacía normativa de la Constitución como creación del constitucionalismo americano.*

La técnica de atribuir a la Constitución el valor normativo superior, inmune a las Leyes ordinarias y más bien determinante de la validez de éstas, valor superior judicialmente tutelado, es la más importante creación, con el sistema federal, del constitucionalismo norteamericano y su gran innovación frente a la tradición inglesa de que surgió. Aunque en ésta no faltaba la idea de un *fundamental law*, como ha estudiado Gough, especialmente en alguna decisión procedente del gran juez Coke (así el famoso *Bonham's case* de 1610) y la doctrina de Locke, lo cierto es que el principio de la supremacía o soberanía parlamentaria (probablemente basado en la inicial consideración del Parlamento como Tribunal, según la concluyente demostración de Mc Ilwain, y además formulado al hilo de la lucha básica del Parlamento contra el Rey), y con ese principio el correlativo de la inmunidad judicial de las Leyes, terminó prevaleciendo en el siglo XVIII, como Blackstone expuso con toda autoridad muy poco tiempo antes de la Revolución americana, doctrina que ha durado en Inglaterra hasta hoy.

La idea de un Derecho fundamental o más alto (*higher law*) era claramente tributaria de la concepción del Derecho Natural como superior al Derecho positivo e inderogable por éste y va a ser reafirmada por los colonos americanos en su lucha contra la Corona inglesa, a la que reprochan desconocer sus derechos personales y colectivos. Ese «derecho más alto» es en el que se funda la rebelión y su afirmación va a estar entre las primeras proclamaciones del nuevo orden. Ya en los famosos argumentos de James Otis en el *Writs of Assistance case*, de 1761 (que para Adams significan «el nacimiento del niño independencia») se atacan las medidas fiscales que azotan a los colonos como contrarias a *the fundamental principles of law*, de lo que deduce que *an Act against Constitution is void* (una Ley contra la Constitución es nula) y que los Tribunales deben inaplicarlas (*the courts must pass such Acts into disuse*). Igualmente Sharp, en su básico libro *A declaration of the people's natural right to a share in the legislature*, 1774, una de las fuentes del movimiento, juzga, con base en la *Magna Carta*, que el juicio por los pares y no por jueces extraños es «el primero y más esencial derecho de la Constitución», estimando que juzgar irlandeses (o americanos) en Inglaterra era contrario al *fundamental law* y que la Ley que lo autorizaba era, por tanto, una *unconstitutional Act of Parliament*, una Ley inconstitucional del Parlamento; es quizás la vez primera en que aparece este concepto capital. El juicio por Jurados y el consentimiento del impuesto son las dos grandes protestas que nutren la Revolución americana y ambos principios son valorados como inmutables por las Leyes parlamentarias, basados en *the fundamental laws of this constitution [la inglesa], a constitution grounded on the eternal and immutable*

law of nature. Lord Camden, que hace valer estos argumentos en el Parlamento inglés en 1765, declara también: «impuesto y representación [parlamentaria] están inseparablemente unidos; Dios los ha unido y ningún Parlamento británico puede separarlos».

La declaración de Independencia, de 4 de julio de 1776, obtiene de esas mismas ideas la consecuencia de la ruptura del lazo de dependencia con el Rey inglés y del derecho a la soberanía y al autogobierno.

Lord Acton ha presentado a la Revolución americana, agudamente, como un conflicto entre dos ideas del poder legislativo, criterio que ha desarrollado brillantemente Corwin en su obra *The «higher law» background of american constitutional law*, 1928-1929. Los colonos encuentran en Coke y en Locke sus mentores jurídicos directos. Ambos son herederos de la gran tradición iusnaturalista europea, en la que expresamente apoyan su concepción de un parámetro normativo superior a las leyes positivas: el Derecho natural, que es a la vez la expresión de una *lex eterna* y *lex legum*, Ley para todas las leyes. El *Bonham's case* de 1610 recuerda expresamente esos dos caracteres: «even an Act of Parliament made against Natural Equity is void in itself; for «iura naturae sunt immutabilia» and they are «leges legum». Locke, que ha efectuado la capital conversión técnica del abstracto Derecho natural en los derechos del hombre (derechos que proceden del estado de naturaleza del hombre, que éste no transmite en el pacto social, antes bien el pacto social se ordena justamente a su salvaguarda y garantía), concluye estableciendo el *supreme power* de la comunidad para preservar las libertades y propiedades de los ciudadanos *of anybody, even their legislators*, frente a cualquiera, aun frente al legislador, con lo que los derechos naturales pasan a ser el último *test* de validez de las leyes positivas. Pero esta doctrina ofrece algo más que una mera filosofía, ofrece una técnica jurídica concreta, la de que, en los términos del *Bonham's case*, *the common law will controul acts of Parliament and sometimes adjudige them to be utterly void* (que el *common law* —en su aspecto de *ius naturae*— controle las Leyes del Parlamento y en ocasiones las declare totalmente nulas); el juez puede, pues, controlar al Parlamento.

Esto es justamente lo que excluye directamente la doctrina inglesa de la «soberanía del Parlamento». En la expresión de Blackstone, que describe el resultado de una evolución constitucional cumplida en lo sustancial durante el propio siglo XVIII, *the power of Parliament is absolute and without control*, el poder del Parlamento es absoluto y sin control; «tiene autoridad soberana e incontrolable para hacer, confirmar, ampliar, restringir, abrogar, revocar, restablecer, interpretar cualquier Ley... En verdad, lo que hace el Parlamento ninguna autoridad sobre la tierra puede deshacerlo»; es, por tanto, el verdadero soberano, esto es, «la autoridad suprema, irresistible, absoluta, incontrolada».

La gran aportación americana será plasmar en una Constitución escrita ese parámetro normativo superior que decide la validez de las Leyes del Parlamento. «Una vez que la fuerza vinculante del *higher law* se ha trasladado a estas nuevas bases, la noción de soberanía del órgano legislativo ordinario desaparece automáticamente, puesto que no puede ser soberano un cuerpo creador de Derecho que está subordinado a otro cuerpo creador de Derecho; pero, en segundo lugar, aun bajo la forma escrita constitucional difícilmente se habría mantenido el *higher law* como una protección para los individuos si no se hubiesen apoyado sobre la *judicial review* [la facultad judicial de declarar inconstitucionales las leyes]. De este modo, investido con forma legal e instrumentado por la *judicial review*, el *higher law*, con juventud renovada, entra en uno de los grandes períodos de su historia, y jurídicamente el más fructífero desde los días de Justiniano» —son las palabras finales del citado estudio de Corwin.

La idea básica de la *judicial review* no surge definitivamente diseñada de la Constitución de 1787.

En *The Federalist* Alexander Hamilton propondrá ya directamente el tratamiento de la Constitución como *fundamental law*, con la consecuencia de tener que reconocer a los Tribunales la facultad de inaplicar las leyes del Congreso en contradicción con ella.

La propia Constitución federal de 1787 incluirá en su art. VI, Sección 2, la cláusula básica que proclama a «esta Constitución» como *the supreme law of the land*, el Derecho supremo de la tierra, declarando la vinculación directa de los jueces a ella «no obstante cualquier disposición contraria de las Constituciones o de las Leyes» de los Estados miembros. Es la doctrina de la supremacía constitucional, que se expresa en una «vinculación más fuerte»: la Constitución vincula al juez más fuertemente que las Leyes, las cuales sólo pueden ser aplicadas si son conformes a la Constitución.

El primer Congreso reunido tras la Constitución aprobará ya en 1789 las primeras Enmiendas o adiciones a ésta (por cierto, por entender que una Constitución sin tabla de derechos, como era aún la de EE. UU., no era propiamente una Constitución), que incluyen un *Bill of Rights* que en aquélla faltaba, y la primera de esas enmiendas se enuncia ya como un límite explícito al poder legislativo: «*El Congreso no podrá hacer ninguna Ley* que tenga por objeto establecer una religión o prohibir su libre ejercicio, limitar la libertad de palabra o de prensa o el derecho de reunirse pacíficamente y de presentar peticiones al Gobierno».

En 1795 el Tribunal Supremo establecerá ya de manera expresa la diferencia entre el sistema inglés y el americano sobre la base de que en aquél «la autoridad del Parlamento es trascendente y no tiene límites», no tiene Constitución escrita ni *fundamental law* que limite el ejercicio del poder legislativo. En contraste, «en Amé-

rica la situación es radicalmente diferente; la Constitución es cierta y fija; contiene la voluntad permanente del pueblo y es el Derecho supremo de la tierra; es superior al poder del legislativo».

Así se forja la doctrina de la supremacía normativa de la Constitución y la instrumentación en su favor del principio de la *judicial review*, que reconocerá el poder de los Tribunales de declarar nulas, a efectos de su inaplicación, las Leyes que contradigan a la Constitución. Esta doctrina no es enunciada por el Tribunal Supremo hasta la capital Sentencia de 1803 en el asunto *Marbury V. Madison*, obra del gran juez Marshall, que concreta definitivamente, en los términos de la Sentencia, que *the Constitution is superior to any ordinary act of the legislature*. Pero, contra una cierta versión corriente, no se trata de una invención personal de ese formidable jurista, sino de un perfeccionamiento final y ya definitivo del sistema expreso en la propia Constitución. Como ha notado Schwartz, entre la Revolución y el momento de esa Sentencia, los Tribunales de los Estados habían ejercido el poder de declaración de inconstitucionalidad al menos veinte veces (bien es verdad que sólo de normas de los Estados y no de la Federación), porque la solución venía postulada por las concepciones básicas presentes en la Constitución, como hemos tratado de resumir aquí.

3. *La recepción europea del principio de supremacía constitucional y su expresión en el sistema austriaco-kelseniano de justicia constitucional.*

Resulta sorprendente que el constitucionalismo europeo quedase totalmente al margen de esta formidable construcción del constitucionalismo americano, lo cual solamente puede explicarse por la degradación de la idea constitucional que supuso la prevalencia del «principio monárquico» como fuente formal —exclusiva o participante— de la Constitución, que implica reducir a ésta a un simple Código formal de articulación de los poderes del Estado, sin otra trascendencia general. En concreto, el propio poder monárquico, titular personal de la burocracia y del Ejército, es un poder preconstitucional respecto del cual la Constitución será a lo sumo un cuadro de limitaciones «a posteriori», pero nunca una fuente originaria de competencias y de Derecho. Sobre esta base material hubo de elaborarse la teoría del Derecho público en casi todo el mundo europeo.

El orden jurídico aplicable materialmente por los Tribunales no tenía otro enlace con la Constitución que el de proceder de las fuentes de Derecho que ésta definía, pero esa procedencia se reducía a los aspectos formales organizatorios, sin expresarse en el sentido de una relación internORMATIVA jerárquica. A su vez, la parte dogmática de la Constitución, o no existía (lo que era fre-

cuente; por ej., en la mayoría de las Constituciones francesas y en nuestro Estatuto Real de 1834, como en la alemana de Bismarck de 1871), o de existir se expresaba apenas en principios muy generales, cuya positivización técnica requería el intermedio de Leyes ordinarias, sin las cuales carecían de toda operatividad. Debe notarse todavía que el largo reflejo histórico de la lucha de los Parlamentos con los monarcas había sensibilizado el sistema hacia el dogma de la soberanía parlamentaria, que implicaba la superioridad absoluta de las Leyes y su correlativa inmunidad judicial, lo que aún se reforzaba por el temor hacia la formación conservadora de los jueces y a su carácter profesional y no electivo, a los cuales, por tanto, no resultaba fácil confiar un control de la voluntad popular expresada en la Ley por los representantes parlamentarios.

La recepción en Europa del sistema de justicia constitucional no va a tener lugar hasta la post-guerra de 1919, por dos vías principales, y a la vez con una sustancial transformación del modelo. Una vía, que viene de las fórmulas complejas de articulación del convoluto que fue la Monarquía Austro-húngara, concluye en la Constitución alemana del Weimar y monta un Tribunal al que se confían los conflictos entre los poderes constitucionales y especialmente entre los distintos entes territoriales propios de la organización federal. El segundo sistema, que es el más importante y el que va a consagrarse definitivamente, aunque con matizaciones significativas, en esta segunda post-guerra, es el sistema austriaco, obra personal y sin duda alguna genial (una de las más grandes creaciones históricas debidas a un solo jurista) de Kelsen, sistema expresado por vez primera en la Constitución austriaca de 1920 y perfeccionado en su reforma de 1929.

El sistema austriaco-kelseniano difiere del de la *judicial review* americana en puntos decisivos. Por de pronto, frente al llamado «control difuso» americano, que implica que todos los jueces están habilitados para inaplicar las Leyes cuando las juzgan contrarias a la Constitución (multiplicidad de control en el que, sin embargo, pone orden el principio *stare decisis*, que vincula los Tribunales inferiores a la jurisprudencia de la *Supreme Court*), el sistema kelseniano configura un «control concentrado», confiado a un solo Tribunal, el Tribunal Constitucional, único habilitado para declarar la inconstitucionalidad de una Ley y al cual habrán de dirigirse los Tribunales que estén en trance de aplicar dicha Ley, los cuales, de este modo, carecen del poder de inaplicar las leyes inconstitucionales por sí mismos. Pero esta variante organizatoria esconde una profunda significación por encima de su simple apariencia práctica. El sistema de control de la constitucionalidad de las Leyes se configura como una función constitucional que no sería propiamente judicial, sino, en los explícitos términos de Kelsen, de «legislación negativa». En concreto, el Tribunal Constitucional no enjuicia ningún supuesto de hecho singular —esto

queda reservado al Tribunal *a quo* que ha suscitado el incidente de constitucionalidad—, sino sólo el problema puramente abstracto de compatibilidad lógica (*Vereinbarkeit*) entre el pronunciamiento, también abstracto, de una Ley y la norma (abstracta) de la Constitución. Por eso sostiene Kelsen que no hay en ese juicio puramente lógico una verdadera aplicación de la Ley a un caso concreto y, por tanto, no se estaría en presencia de una actividad judicial, que supone una decisión singular. El rigor lógico con que este principio es mantenido lleva a Kelsen a sostener que hasta tanto el Tribunal Constitucional no ha declarado la Ley inconstitucional (declaración que tiene efectos *erga omnes*, lo que es propio de un acto legislativo —«fuerza de ley»—, aunque aquí sea de abrogación) dicha Ley es válida, que es lo que justifica que los jueces y Tribunales ordinarios no puedan inaplicarla; no se da, pues, como en la relación Ley-Reglamento (y como el sistema americano de *judicial review* aplica en la relación Constitución-Ley), un vicio de nulidad de la Ley inconstitucional, sino de mera anulabilidad. De donde se infiere la naturaleza constitutiva de las Sentencias del Tribunal Constitucional y su valor *ex nunc* y no retroactivo, sólo *pro futuro* —todas, diferencias sustanciales con el sistema americano genuino.

Como ha notado certeramente Volpe, Kelsen ha querido evitar la consagración de un «gobierno de los jueces» con un sistema tan sutilmente construido. El riesgo, que a veces ha sido reprochado al sistema americano, hubiera sido en Europa probablemente bastante más grave, por el predominio que en el momento en que Kelsen construye tienen en toda Europa, y especialmente en el mundo germánico, las posiciones románticas y vitalistas de «Escuela libre del Derecho», «libre jurisprudencia», «comunidad del pueblo» (*Volksgemeinschaft*), etc., que alimentaban una revuelta de los jueces contra la Ley y que tan fácilmente, además, podría apoyarse en la formulación abstracta y general de ciertos principios constitucionales. Prohibiendo a los jueces que inapliquen las Leyes, el sistema pretende reforzar los mecanismos de sumisión de la jurisdicción a la legislación y de primacía parlamentaria en un momento en que los jueces tienden a valorar negativamente el acceso a las Cámaras de nuevas fuerzas sociales y políticas capaces de trastocar los valores tradicionales; otorgando al Tribunal Constitucional la facultad de declarar, *ex nunc* y *erga omnes*, inconstitucional una Ley, asegura a la vez la primacía de la Constitución sobre el Parlamento, pero al vedar cuidadosamente a ese Tribunal el enjuiciamiento de supuestos de hecho y casos concretos y limitando su actuación a la descrita función abstracta de definir la compatibilidad lógica entre dos normas igualmente abstractas, evita que el Tribunal entre en apreciaciones de hechos e intereses y en la valoración y la pasión que son inseparables de la decisión de casos concretos, y que en esas apreciaciones y valores pueda enjuiciar las Leyes sobre el terreno de la oportunidad, sus-

tituyendo con su juicio el juicio político que sólo al Parlamento pertenece. De este modo, el Tribunal Constitucional, en lugar de competidor del Parlamento, termina siendo su complemento lógico; no puede indagar la relación de adecuación o no de la norma legislativa con el supuesto de hecho que intenta regular (no examina, pues, la eventual *injusticia* de la Ley), sino que, como depositario de las categorías lógicas del ordenamiento, enjuiciará sólo la *validez* de la Ley, por vía de simple lógica racional desvinculada de la necesidad de decidir las controversias de pleitos reales, actuando, pues, concluye esta doctrina, como un «legislador negativo», aunque sea un legislador que no actúe espontáneamente, sino a petición de parte. Para Kelsen el poder legislativo se ha dividido en dos órganos: uno, el Parlamento, titular de la iniciativa política, que es el «legislador positivo»; otro, el Tribunal constitucional, que elimina para mantener la coherencia del sistema las Leyes que no respetan el marco constitucional.

El fracaso del sistema weimariano de justicia constitucional (especialmente visible en el famoso juicio de 1932, sobre el llamado «golpe de Estado» del *Reich* contra Prusia de Von Papen, legitimado en las Ordenanzas presidenciales autorizadas por el famoso artículo 48 de la Constitución), llevó a la República Federal Alemana surgida de esta segunda post-guerra, sensibilizada por la «perversión del ordenamiento jurídico» cumplida en el nazismo, a adoptar, aunque con variantes sumamente importantes, el sistema kelseniano. La Constitución italiana de 1948 hace la misma opción, a la que Calamandrei presta su autoridad técnica.

4. La introducción en España del sistema de justicia constitucional concentrada y su singularidad frente al sistema kelseniano puro.

En España el sistema austriaco acusa su influjo en la Constitución de 1931, aunque con otros, quizá predominantes, procedentes del sistema weimariano. El llamado por esta Constitución «Tribunal de Garantías Constitucionales» (Ley de 14 de junio de 1933) fue, sin duda, una de las piezas menos gloriosas de su historia. La actual Constitución, arts. 159 y ss. con su «Tribunal Constitucional», es más fiel al sistema austriaco, aunque visto ya a través de sus importantes adaptaciones italiana de 1947 y alemana de 1949; por de pronto, y aparte otras precisiones, la atribución entre sus competencias del recurso de amparo, de conflictos de competencia entre el Estado y las Comunidades Autónomas y de éstas entre sí, así como de la impugnación por parte del Estado de disposiciones y resoluciones de las Comunidades (art. 161 de la Constitución), sitúa a este Tribunal al margen de la pureza institucional kelseniana (aunque sea fiel a ésta no integrando al Tribunal dentro del Poder Judicial).

No es ocasión de estudiar los rasgos constitutivos del Tribunal

Constitucional y del sistema de control de constitucionalidad, ni interesa tampoco a los fines del estudio que estamos desarrollando.

Diremos solamente que, siguiendo en esto predominantemente los sistemas italiano y alemán actuales, especialmente el último, nuestra Constitución se aparta del modelo kelseniano en un punto esencial. En este modelo, con su cuidado en separar de manera rigurosa a los jueces y Tribunales ordinarios de la Constitución, puede y debe decirse que sólo el Tribunal Constitucional queda vinculado jurídicamente por ésta. El juicio, que este Tribunal se reserva, de eliminar (*ex nunc*) las Leyes inconstitucionales no llega a expresar una verdadera relación de jerarquía normativa de la Constitución sobre la Ley, justamente porque la Constitución no es aplicada como verdadera norma superior; esa eliminación de la Ley inconstitucional es, más bien, expresión de una relación entre Constitución y legislador y no entre Constitución y Ley, o dicho en la jerga propia de la doctrina, de una relación especializada entre la Constitución y el órgano facultado para la eliminación de las Leyes que no son compatibles con ella, el «legislador negativo». Lo esencial aquí es que la invalidez de la Ley no es el efecto de la Constitución, sino de la decisión del «legislador negativo». Los Tribunales ordinarios están sólo vinculados a las Leyes y a las decisiones del legislador negativo, no a la Constitución. El criterio es llevado hasta el extremo de que también al tribunal Constitucional se atribuye en su jurisdicción exclusiva el control de la ilegalidad de los Reglamentos, con lo que intenta evitarse el riesgo tanto de la inaplicación de normas inferiores contradictorias con las superiores, que puede atentar contra la seguridad jurídica, como, quizás especialmente, de que en ese manejo del principio de jerarquía normativa tengan que penetrar también, necesariamente, los principios constitucionales superiores. La Constitución no es, pues, una norma verdaderamente justiciable, teniendo en cuenta que, según el sistema, el Tribunal Constitucional, al concentrar en sí toda relación posible de la Constitución con las normas, y hacerlo al margen del proceso aplicativo de éstas, pierde su naturaleza judicial, quedando los verdaderos órganos judiciales separados, con un vigor formal mantenido sin debilidades, de la Constitución y de su fuerza normativa y vinculados sólo por las Leyes y Reglamentos que el «legislador negativo» va paulatinamente depurando.

Frente a este criterio estricto y riguroso, nuestra Constitución es explícita en reconocer a la Constitución un valor normativo y vinculante directo que, sin mengua del monopolio de la declaración de inconstitucionalidad de las Leyes atribuido al Tribunal Constitucional (art. 161,1,a, y 163), afecta a todos los poderes públicos y a todos los ciudadanos (art. 9,1) y, que por tanto, necesariamente, es aplicable, en mayor o menor medida, pero efectivamente, por todos los jueces y Tribunales. La Constitución no es,

pues, un simple parámetro de un quintaesenciado proceso nomofílactico concentrado en un órgano único y exquisito, a quien se encomienda en exclusiva eliminar las normas inconstitucionales como complemento de la actividad propiamente legislativa, actividad que sólo a través de la eliminación y sustitución de las normas llegará, finalmente, a los ciudadanos y a los jueces. Es una norma jurídica efectiva, por tanto aplicable por sí misma, y vamos a estudiar seguidamente con qué alcance concreto. A la vez, hace inválidas las normas inferiores que se le opongan desde su origen. En este sentido, habrá que decir que en nuestro sistema constitucional están también presentes elementos procedentes del principio americano de supremacía constitucional, por debajo de la apariencia formal de un sistema de jurisdicción constitucional concentrada.

III

EL VALOR NORMATIVO DE LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA

1. *El principio general.*

Como ya advertimos al final del anterior apartado, hay que hacer algunos correctivos importantes respecto a ciertas conclusiones implícitas que podrían intentar derivarse de la exposición inicial. Concretamente, de la adaptación del sistema de «jurisdicción concentrada» que significa nuestro Tribunal Constitucional no se sigue, en modo alguno, que este Tribunal tenga la exclusiva en la aplicación e interpretación de la Constitución como norma, ni tampoco que tales aplicación e interpretación tengan que venir necesariamente por la vía de una declaración de inconstitucionalidad de alguna Ley, de modo que el orden de las Leyes ordinarias sea el único inmediata y necesariamente aplicable por los jueces y por los órganos públicos de cualquier especie. Ya hemos formulado la advertencia que no es el sistema kelseniano puro de justicia constitucional el presente en nuestra Constitución y vamos a comprobar sobre su texto esta importante reserva.

Lo primero que hay que establecer con absoluta explicitud es que toda la Constitución tiene valor normativo inmediato y directo, como impone deducir el art. 9,1: «Los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico». Esta sujeción o vinculación es una consecuencia de su carácter normativo, por una parte; por otra, la Constitución, precisa este texto, es parte del ordenamiento jurídico, y justamente —hemos de añadir nosotros— su parte primordial y fundamentante, la que expresa los «valores superiores del ordenamiento jurídico» enunciados en el art. 1 de la propia Constitución y desarrollados en su articulado. Finalmente, la vinculación normativa de la Constitución afecta a todos los ciudadanos y

a todos los poderes públicos, sin excepción, y no sólo al Poder legislativo como mandatos o instrucciones que a éste sólo cumpliese desarrollar —tesis tradicional del carácter «programático» de la Constitución—; y entre los poderes públicos, a todos los Jueces y Tribunales —y no sólo al Tribunal Constitucional.

Pero hay más: del texto del art. 9,1 no se deduce sólo el carácter vinculante general de la Constitución, sino algo más, el carácter de esta vinculación como «vinculación más fuerte», en la tradicional expresión del constitucionalismo norteamericano (*higher obligation*) hoy retomada por los alemanes (*stärkere Bindung, gesteigerte Verpflichtungskraft des Grundgesetzes*). En efecto, al declarar el precepto la vinculación directa de los ciudadanos y de los poderes públicos «a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico», da una primacía manifiesta a la vinculación constitucional, expresión de la supremacía de la Constitución en el ordenamiento. Esta interpretación está corroborada, como en una verdadera prueba límite, en el caso más notorio de un sometimiento más estricto a la organización y a las órdenes jerárquicas, el de las personas integradas en la organización militar; las Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas aprobadas por Ley de 28 de diciembre de 1978 disponen de manera expresa en su art. 34 que la obligación de cumplimiento de las órdenes del superior por todos los componentes de los Ejércitos (obligación que es la regla básica de la organización militar: arts. 11, 27, 28, 32 y 33) tiene este límite: «cuando las órdenes entrañen la ejecución de actos que manifiestamente sean contrarios a las leyes y usos de la guerra, o constituyan delito, *en particular contra la Constitución*»; por ello el artículo 26 impone a «todo militar... conocer y cumplir exactamente las obligaciones contenidas en la Constitución». Que de ésta, pues, dimanan «obligaciones» de inmediato cumplimiento y que esta vinculación constitucional prime incluso sobre la vinculación debida a las órdenes de una organización estrictamente «obediente» (en la fórmula histórico-constitucional francesa) y jerarquizada, como base misma de su eficacia, demuestra que la Constitución es «resistente» frente a cualquier norma u orden contraria a sus mandatos (este concepto, *diktaturlfestige*, resistente a la dictadura, fue utilizada en el constitucionalismo de Weimar para referirse a los derechos fundamentales que habrían de mantenerse en las situaciones que apoderaban, según el famoso art. 48, la dictadura presidencial, pero el concepto resulta generalizable), o, en los términos de Bachof, tiene una «más fuerte pretensión de validez» (*starken Geltungsanspruch*) respecto de cualquier otra norma o producto jurídico. Esta resistencia o plus de validez, o inmunidad de la Constitución frente a todas las normas y actos que de ella derivan, es la base misma de su supremacía y, por tanto, la piedra angular de su eficacia como pieza técnica en la construcción del Estado y del ordenamiento jurídico.

El problema es luego precisar cómo se articula técnicamente

ese valor normativo directo y general de la Constitución. Y es aquí donde han de introducirse distinciones y matizaciones.

A nuestro juicio, esas distinciones básicas son las siguientes.

2. El monopolio jurisdiccional del Tribunal Constitucional sólo alcanza la declaración de inconstitucionalidad de las Leyes, no a cualquier aplicación de la Constitución.

El aserto del epígrafe resulta evidente tras un análisis atento del texto constitucional. El art. 163 de la Constitución es el precepto capital que formula el principio de interdicción a los jueces ordinarios de inaplicar «una norma con rango de ley» cuando «consideren que... pueda ser contraria a la Constitución» y su correlativa obligación de «plantear la cuestión ante el Tribunal Constitucional». Pero obsérvese que de ese precepto resultan inmediatamente dos consecuencias:

1.^a La prohibición de declaración de inconstitucionalidad no se extiende ni a normas con rango inferior a la Ley (Reglamentos, incluyendo Decretos legislativos, como recoge expresamente el artículo 82,6, donde el juez es competente para apreciar excesos de delegación —no la eventual inconstitucionalidad de preceptos que estén respaldados por la Ley delegante), ni a actos jurídicos, públicos o privados. Dicho en sentido positivo: los jueces ordinarios son competentes (y están vinculados a ejercer esta competencia: artículo 9,1) para enjuiciar con el parámetro constitucional todas las normas con rango inferior a la Ley (incluyendo el posible *ultra vires* de Decretos legislativos que pueda basarse en la propia Constitución, por ejemplo en el art. 86,3) y los actos jurídicos públicos y privados; la sumisión de estos actos a la Constitución y, por tanto, la condición de validez que se liga a su observancia, resulta expresamente del art. 9,1 y de otros preceptos concretos (así, todos los que consagran derechos fundamentales de ejercicio privado; para los actos de la Administración, el básico art. 103,1: La Administración actúa «con sometimiento pleno a la Ley y al Derecho»).

2.^a El art. 163 prohíbe a los jueces y Tribunales ordinarios declarar la inconstitucionalidad de las leyes, pero no les prohíbe, antes bien ha de entenderse que precisamente les habilita para ello y les obliga a hacerlo, a concluir un juicio de constitucionalidad positiva, esto es, de conformidad de la Ley que tenga que aplicarse en el proceso con la Constitución. Esto es capital y veremos que ese juicio positivo de constitucionalidad, que es obligado al juez hacer para poder aplicar la Ley (porque si el resultado del juicio fuese negativo está obligado a remitir la cuestión al Tribunal Constitucional: hay, pues, un *Priüfungsrechts* judicial o potestad de enjuiciamiento previo de las Leyes con ese alcance), le impone también la obligación de una interpretación constitucional de la totalidad del ordenamiento. En la terminología alemana: el único

monopolio del Tribunal Constitucional es el monopolio de «rechazo» (*Verwerfung*) de la Ley inconstitucional, rechazo que aquí reviste la forma de una anulación formal con efectos *erga omnes*.

3. *El ámbito de aplicación de la Constitución que corresponde en todo caso a todos los Tribunales.*

Recapitulando, podemos precisar que, según lo que acabamos de notar, el carácter normativo de la Constitución vincula inmediatamente a la totalidad de los jueces y Tribunales del sistema y no sólo al Tribunal Constitucional, y que esa vinculación directa incluye las siguientes necesarias aplicaciones de la norma suprema, que ha de entenderse que se incluyen entre las funciones preceptivas a que les obligan los principios de sometimiento «al imperio de la Ley» (art. 117,1 de la Constitución) y *iura novit curia*:

- enjuiciamiento previo de la constitucionalidad de las leyes antes de su aplicación a los dos efectos que inmediatamente se precisan;
- juicio de «posibilidad» de inconstitucionalidad de la Ley aplicable al proceso como resultado de dicho enjuiciamiento previo, supuesto en el cual el juez o Tribunal de que se trate deberá plantear la cuestión ante el Tribunal Constitucional;
- juicio positivo de constitucionalidad de la Ley aplicable al proceso, como resultado del mismo enjuiciamiento previo, juicio positivo que condiciona cualquier aplicación de cualquier Ley;
- juicio de inconstitucionalidad de Reglamentos, como previo a cualquier aplicación de los mismos, con la consecuencia de la inaplicación pura y simple de los Reglamentos que se estimen inconstitucionales (aparte de ilegales); no hay en este caso, pues, por diferencia de lo que ocurre con las Leyes, obligación de remitir la declaración de inconstitucionalidad de las normas a órgano distinto, sino que tal declaración (aunque con la consecuencia de inaplicación y no de una declaración formal de nulidad con efectos generales, salvo en el supuesto específico de los recursos contencioso-administrativos contra Reglamentos) es competencia de cualquier Tribunal (art. 7 de la Ley orgánica del Poder Judicial de 1870, art. 1,2 CC);
- juicio de inconstitucionalidad de los actos jurídicos públicos (administrativos, judiciales) y privados y negación de la validez de estos actos cuando se concluya en su inconstitucionalidad;
- interpretación conforme a la Constitución de la totalidad del ordenamiento, tanto de Leyes como de Reglamentos, en los términos que luego veremos.

No es, pues, baladí precisamente, sino que alcanza la mayor responsabilidad y gravedad, el ámbito de vinculación directa —y más fuerte— de la Constitución al juez ordinario o no Constitucional (civil, penal, contencioso-administrativo, laboral, jurisdicción militar) y, correlativamente, de su interpretación y aplicación de la norma constitucional.

4. *Todas las normas constitucionales vinculan a todos los Tribunales y sujetos públicos y privados.*

Importa ahora precisar que tanto el Tribunal Constitucional al enjuiciar las Leyes (como en el ejercicio del resto de sus competencias), como los jueces y Tribunales ordinarios, como todos los sujetos públicos o privados, en cuanto vinculados por la Constitución y llamados a su aplicación en la medida que hemos precisado, deben aplicar la totalidad de sus preceptos sin posibilidad alguna de distinguir entre artículos de aplicación directa y otros meramente programáticos, que carecerían de valor normativo. Como podremos ver más abajo, no todos los artículos de la Constitución tienen un mismo alcance y significación normativas, pero todos, rotundamente, enuncian efectivas normas jurídicas, como hemos ya sentado más atrás, sea cual sea su posible imprecisión o indeterminación (aunque quizá convenga recordar la pertinente observación de Lerche: la Constitución no encierra tanto normas imprecisas como «Derecho concentrado», lo cual es importante a efectos de la interpretación). El art. 53, en una redacción poco feliz, ha establecido una distinción que, sin embargo, sí tiene razón objetiva, la de los derechos y libertades fundamentales del Capítulo II del Título I, por una parte, y de «los principios rectores de la política social y económica», por otra; aun dentro de los derechos fundamentales, se han separado (secciones primera y segunda del capítulo II) aquellos de significado básico, que la Constitución configura ya como directamente operativos, de otros que requieren para su efectividad un desarrollo técnico en las Leyes (legalidad del impuesto, derecho matrimonial, derecho de propiedad y, correlativamente, de expropiación, derecho de fundación, derecho al trabajo, derecho al ejercicio de profesiones tituladas, derechos laborales de negociación colectiva y de conflicto colectivo, libertad de empresa en el marco de una economía de mercado), distinción esta última que sólo opera a los efectos de dispensar a los derechos básicos una protección judicial reforzada (amparo ordinario y amparo constitucional: art. 53,2). Pues bien, la distinción que ahora más nos interesa es la que se hace entre derechos fundamentales, por una parte, y principios rectores de la política social y económica, por otra, y esta distinción se ha funcionalizado en el art. 53,3 en una forma que, no obstante su escasa fortuna formulativa, deja perfectamente claro que también los segundos «informarán la práctica judicial». Es un reconocimiento preciso

de que los principios constitucionales que más claramente formulan lo que los constitucionalistas alemanes llaman «determinaciones de fines del Estado» (*Staatszielbestimmungen*) son algo más que meras normas «programáticas», en el sentido tradicional, que les negaba toda aplicabilidad judicial. Los jueces y Tribunales deberán, pues, tenerlos en cuenta para esas funciones de aplicación constitucional que hemos visto que el sistema les reserva y que hemos concretado en el apartado anterior. Mucho más, como es obvio, podrá el Tribunal Constitucional apoyarse en esos principios de los arts. 39 a 52 inclusive para declarar inconstitucional una ley.

Pero en el art. 53,3 se encuentra infelizmente otra precisión atañiente a la eficacia judicial de esas normas constitucionales que son los «principios rectores de la política social y económica», la que se expresa así: «sólo podrán [dichos principios] ser alegados ante la jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las Leyes que los desarrollen». Es una expresión desgraciada, pero que claramente no puede interpretarse como una prohibición de alegación, y menos de aplicación, en el sentido que hemos visto, de tales principios por los Tribunales ordinarios, interpretación que sería contradictoria con el párrafo inmediatamente anterior del mismo precepto, que hemos visto que impone —en la forma imperativa de futuro— que dichos principios «informarán la práctica judicial». Lo que, con toda claridad, pero con escasa fortuna, intenta decir el artículo es que al formular tales principios la Constitución no ha pretendido configurar verdaderos derechos fundamentales, sino principios propiamente dichos que han de orientar la acción del Estado como fines determinados de su misión; nada más. Cuando dice que esos principios se invocarán ante los Tribunales de acuerdo con las Leyes que los desarrollen, no quiere decir, aunque lo parezca, que el legislador sea absolutamente libre para interpretar y hacer aplicación a su arbitrio de tales principios; una declaración tan grave debería haber figurado para ser efectiva como un límite a la declaración de inconstitucionalidad de las Leyes de desarrollo de tales principios, y esa limitación no consta en los arts. 161,1, a), 163 y 164, antes bien la definición de la inconstitucionalidad en términos puramente formales, que incluye la infracción de todos y cualquiera de los artículos de la Constitución, sin excepción posible.

Esta observación es importante, porque si el Tribunal Constitucional puede, como evidentemente puede y debe, declarar inconstitucional una Ley por infracción de esos principios de los arts. 39 y ss. (lo cual es obvio: por ejemplo, de las normas del Derecho de Familia que no respeten la paridad de los hijos, o que prohiban la investigación de paternidad: art. 39,2), eso quiere decir que el Juez ordinario mantiene respecto de esos principios la plenitud de competencia que hemos visto que tiene sobre el resto de los preceptos constitucionales y que se articula de manera necesaria con esa reserva jurisdiccional limitada del Tribunal Constitucional. Esto es,

el Juez ordinario ha de hacer también necesaria aplicación de los «principios rectores de la política social y económica» de la Constitución y de cualquier otro de los preceptos de ésta, por abstracto e impreciso que pueda parecer, para el ejercicio de toda la función de aplicación constitucional que hemos visto que la Constitución le impone, y que comprende —repetimos— la potestad de enjuiciamiento previo de la constitucionalidad de las Leyes a aplicar, la obligación de remisión de la cuestión al Tribunal Constitucional cuando se suscite duda razonable sobre tal constitucionalidad, el juicio positivo de constitucionalidad, la interpretación constitucional de todo el ordenamiento, la censura íntegra de constitucionalidad sobre Decretos legislativos, Reglamentos y actos jurídicos públicos y privados. La conclusión parece difícilmente cuestionable.

Si eso resulta para los «principios rectores de la política social y económica», que contienen directivas generales y no siempre bien determinadas, y respecto de los cuales la propia Constitución se ha preocupado de matizar, aunque infelizmente, su eficacia jurídica supuestamente limitada, el mismo régimen es predictable de todos y cada uno de los preceptos constitucionales, sea cual sea su posible grado de «concentración». Esta suscitará problemas interpretativos, pero en ningún caso podrá concluirse en su falta de carácter normativo y en la eficacia de su vinculación general y «más fuerte», en los términos que hemos precisado.

Quizá convenga recordar aquí los oportunos términos de una decisión del Tribunal Supremo norteamericano (caso *Trop V. Dulles*, 1958): «*The provisions of the Constitution are not time-worn adages or hollow shibboleths. They are vital, living principles that authorize and limit governmental powers in our nation. They are rules of government. When the constitutionality of an Act of Congress is challenged in this Court, we must apply those rules. If we do not, the words of the Constitution become little more than good advise*

5. *En ciertas materias de la Constitución es de aplicación directa, como norma de decisión de cualquier clase de procesos, por haber derogado todas las Leyes que se opongan a su regulación.*

Las conclusiones anteriores pretenden explicar cómo la articulación entre la Constitución y las demás normas y actos del ordenamiento distribuye necesariamente entre el Tribunal Constitucional y los Tribunales ordinarios la función aplicativa de la Constitución. Pero hay inmediatamente que salvar un caso especial, aquél en que la Constitución ha derogado por sí misma las Leyes anteriores contrarias a sus regulaciones y se ha convertido en una regla de aplicación directa y primaria, no obstante cualquier otra Ley contraria, conversión en regla de aplicación inmediata que operará también respecto de las leyes futuras en un cierto grado, al menos. Por tanto, en este supuesto el Juez ordinario no sólo estará vinculado por la Constitución, que eso ya hemos visto que comprende todo su campo de actuación, sino que esa vinculación le obligará a aplicar directamente el precepto constitucional como norma decisora del litigio, sin necesidad de que el Tribunal Constitucional declare previamente inconstitucionales las Leyes en contradicción con dicho precepto.

Esta situación se produce por lo menos en dos supuestos claros: reconocimiento y protección de los derechos fundamentales y parte organizatoria y habilitante de los poderes constitucionales. Como tercer supuesto hipotético habrá que examinar el problema de las Leyes anteriores a la vigencia de la Constitución y el modo en que han sido afectadas por la disposición derogatoria 3 de la misma.

A) *La aplicación directa de la regulación constitucional de los derechos fundamentales.*

a) *El principio general.*

El art. 53,1 de la Constitución declara que «los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo II del presente Título vinculan a todos los poderes públicos». De manera más clara, el modelo visible de este precepto, que es el art. 1,3 de la Ley Fundamental de Bönn, dice: «Los siguientes derechos fundamentales vinculan a los poderes legislativo, ejecutivo y judicial a título de Derecho inmediatamente válido» o aplicable.

La declaración del art. 53,1 quiere decir, evidentemente, lo mismo que el precepto constitucional alemán en que se ha inspirado, aunque lo diga de manera menos expresiva. No se trata de una mera repetición del principio del art. 9,1 que ya hemos considerado, y según el cual todos los poderes públicos, como los ciudadanos, «están sujetos a la Constitución»; precisamente la existencia de

este precepto general obliga a concluir que el del art. 53,1 ha querido añadir un plus para la regulación constitucional de los derechos fundamentales, plus que consiste, justamente, en que tal regulación tiene el carácter de Derecho directamente aplicable, sin necesidad del intermedio de una Ley. En este sentido proporciona un claro argumento *a contrario* el art. 53,3 que acabamos de examinar en el apartado anterior de este estudio, y que, aunque con torpeza técnica, según hemos visto, condiciona la aplicabilidad judicial de los «principios rectores de la política social y económica» a su desarrollo por la Ley, condición no exigible para la aplicación de las normas constitucionales referentes a los derechos fundamentales aludida en el mismo artículo.

Concluye en el mismo sentido de la aplicación directa de la regulación constitucional de los derechos fundamentales, el párrafo 2 del propio art. 53, que faculta a cualquier ciudadano a «recabar la tutela» de los derechos fundamentales (aunque aquí se restrinja esta facultad a los que implican libertades básicas, que son los regulados en los arts. 14 a 30 inclusive, por la razón que ya hemos considerado más atrás) «ante los Tribunales ordinarios» y posteriormente en amparo constitucional ante el Tribunal Constitucional (como reitera el art. 161,1, b). Si los Tribunales ordinarios han de tutelar los derechos fundamentales en la forma que los ha delineado la Constitución, quiere decir que ésta será la norma a aplicar en dicho proceso de tutela. A su vez, si el Tribunal Constitucional, que es el defensor de la Constitución y está sólo sujeto a ella y a su Ley Orgánica, ha de amparar esos derechos, quiere decirse que la norma material del amparo a prestar será la propia Constitución, único parámetro material de sus Sentencias.

Con claridad, el constituyente español (y una experiencia análoga fue la inspiradora del precepto paralelo de la Constitución alemana) ha querido excluir la burla del sistema de libertades que resultó de la técnica seguida por el régimen anterior, en el que una Ley fundamental, la llamada con retórica historicista Fuero de los Españoles, hacía proclamaciones enfáticas de derechos cuya efectividad quedaba seguidamente condicionada enteramente a Leyes de desarrollo (art. 34 del propio Fuero), Leyes que o bien no llegaron nunca a dictarse, lo que ocurrió con la mayoría de los derechos, o cuando se dictaron regularon a su arbitrio el ámbito y los condicionamientos (con frecuencia consistentes en decisiones discrecionales de la Administración para hacer posible su ejercicio) de los derechos abstracta y retóricamente proclamados. Con excelente criterio, pues, se ha querido ofrecer un estatuto completo de la libertad, efectivo por sí mismo, no necesitado de ningún complemento para ser operativo inmediatamente y que, en el supuesto de que alguna Ley (que habrá de ser Orgánica, según el art. 81,1) lo desarrolle ulteriormente, deberá hacerlo respetando «en todo caso, su contenido esencial» (art. 53,1; otra fórmula procedente de la Ley fundamental de Bönn, art. 19,2: *Wesensgehalt*).

b) *La derogación de todas las normas anteriores contrarias a la regulación constitucional de los derechos fundamentales.*

Hay que entender, por tanto, que la totalidad de las regulaciones pre-constitucionales de regulación de los derechos fundamentales contrarias a la regulación constitucional han quedado directamente derogadas por la promulgación de la Constitución, a tenor de su disposición transitoria 3, sin que resulte precisa una declaración expresa de inconstitucionalidad por parte del Tribunal Constitucional; la derogación puede ser comprobada, como es normal en todo efecto derogatorio, por el juez que esté entendiendo el caso, incluso de oficio, por virtud de la regla *iura novit curia*, y no precisa, por tanto, la entrada en juego del Tribunal Constitucional. Cualquier Tribunal, pues, tanto los afectados al amparo judicial ordinario y directo de los derechos fundamentales, según el art. 53,2 y la Ley de 26 de diciembre de 1978 que provisionalmente —según su disposición final— lo desarrolla, como cualquiera de cualquier orden que esté entendiendo de cualquier proceso en que tengan incidencia directa los derechos fundamentales proclamados en la Constitución, deberá aplicar directamente ésta y atribuir al derecho fundamental de que se trate la totalidad de su eficacia, no obstante cualquier Ley anterior.

Esta conclusión tiene una enorme importancia práctica. Pondremos algunos ejemplos, sin intención agotadora:

— Los jueces penales están ya sometidos: a la abolición de la pena de muerte —art. 15—; a las reglas materiales y procesales sobre libertad, detención preventiva, declaraciones de inculpados, asistencia de Letrado —art. 17—; sobre información de la acusación, derecho de no declaración contra sí mismo y a no confesarse culpable —art. 24—; sobre cumplimiento de las penas —art. 25—; a la eliminación de tipos penales construidos por Leyes anteriores que sean incompatibles con los derechos fundamentales proclamados por la Constitución, etc.

— Los jueces civiles, a su vez, deben ya considerar derogadas cualquier norma civil que discrimine la aplicación de la Ley por razón de nacimiento, sexo, etc. —art. 14—; que obligue a declarar sobre religión o creencias —art. 16—; que limite o excluya el derecho a la intimidad y a la propia imagen —art. 18—; que restrinja (por ejemplo, a mi juicio, el tan difícilmente justificable llamado «rigor formal de la casación» administrado por la Sala 1.^a del Tribunal Supremo, que da prevalencia a formalismos sin sentido frente a la finalidad de la justicia y que es obvio que no puede justificarse en el carácter extraordinario de la casación, que alude a otro orden de cuestiones) el derecho a obtener la tutela *efectiva* de los derechos e intereses legítimos —art. 24—, etc.

— Los jueces contencioso-administrativos han de estimar derogado el art. 40 de la Ley de la Jurisdicción, en cuanto excluye y per-

mite excluir por otras Leyes (de lo que éstas no se han privado) ciertas materias administrativas del control judicial, como contrario al derecho a la tutela judicial efectiva de todos los derechos e intereses legítimos —art. 24 y, correlativamente, 103,1 y 106,1; principio constitucional que hay que entender que ha terminado también con la excepción de acto político (art. 2, b), de la Ley de la Jurisdicción), así como con las arbitrarias restricciones de legitimación para la impugnación directa de Reglamentos (hoy ya, además, sin sentido posible tras la desaparición del sistema sindical corporativo de integración forzosa de intereses), por prevalencia del mismo art. 24, con su alusión a la tutela efectiva de «intereses legítimos»; a entender derogadas todas las antiguas facultades administrativas en contradicción con los derechos fundamentales —por ejemplo, secuestro de publicaciones, art. 20,5, autorizaciones e intervenciones en materia de reunión, y asociación y sindical, arts. 21, 22 y 28, a imponer sanciones que directa o subsidiariamente impliquen privación de libertad, art. 25,3, a juzgar por Tribunales de Honor, art. 26, etc.

— Los jueces laborales, entre otras cosas, deberán tener cuenta del reconocimiento como fundamental del derecho de huelga —artículo 28,2—, que implica derogaciones normativas importantes, etcétera.

Hemos de añadir que esta tesis es hoy pacífica y no polémica. Los jueces y tribunales de todas las jurisdicciones que están enjuiciando con la citada Ley de 26 de diciembre de 1978, «de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales de la persona», la están aplicando con unanimidad (por ejemplo, la destacada Sentencia de la Audiencia Nacional de 10 de mayo de 1979, sobre reconocimiento del derecho de asociación de la Masonería española). No tendría sentido pretender que sólo aplicando esa Ley procesal la Constitución puede pretender una aplicación directa, porque ningún sentido tiene sostener que el ordenamiento jurídico material es distinto según el sistema procesal que se aplique. Por otra parte, dos ejemplares Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado, las de 26 de diciembre de 1978 (BOE de 30 de diciembre, contiene una Instrucción) y de 6 de abril de 1979 (BOE de 18 de mayo), han sostenido el mismo criterio de aplicación directa de esta parte dogmática de la Constitución, para entender derogado el art. 42 del Código Civil en cuanto permite sólo la utilización del matrimonio civil a los no católicos, por contrario al art. 16,2 de la Constitución, y rectifica la hasta ahora uniforme jurisprudencia sobre el no reconocimiento de efectos civiles al divorcio declarado por Tribunales extranjeros a nacionales españoles por virtud de la excepción de orden público, rectificación determinada por el art. 32,2 de la Constitución.

Por simple resolución administrativa, ni siquiera publicada, se han entendido anuladas todas las sanciones administrativas de privación de libertad, como contrarias al art. 25,3 de la Constitución

y liberados todos los afectados, que no eran pocos (especialmente en materia de contrabando, Ley de 16 de julio de 1964). Una Orden del Ministerio de Sanidad y Seguridad Social de 22 de junio de 1979 (BOE del 29) aplica la regla constitucional del art. 39,2 para rectificar el criterio de reducción de la protección de las familias numerosas seguido hasta ahora extendiendo esa protección a las familias formadas por madres solteras. Así, pues, parece que no hay duda alguna sobre la aplicabilidad directa de la Constitución en materia de derechos fundamentales.

c) *El problema de la aplicación directa de la regulación constitucional de los derechos fundamentales cuando en estos incidan Leyes posteriores a la Constitución.*

Hemos hablado hasta ahora de que la aplicación directa de la Constitución en materia de derechos fundamentales ha implicado la derogación de las leyes anteriores que regulaban esta materia de manera distinta, derogación que hace innecesario el planteamiento al Tribunal Constitucional de la cuestión de la constitucionalidad de todas esas Leyes. El problema es distinto, como se comprende, respecto de las Leyes (generalmente Orgánicas, artículo 81,1) posteriores a la Constitución, que al regular los derechos fundamentales o incidir sobre los mismos puedan incluir preceptos inconstitucionales. ¿Perderá en estos supuestos el juez ordinario la posibilidad de la aplicación directa de la Constitución y deberá plantear ante el Tribunal Constitucional previamente la cuestión de la inconstitucionalidad de las leyes? La cuestión es compleja. Por una parte, la voluntad explícita del art. 53,1 es la de la conversión de la regulación constitucional de los derechos fundamentales en una norma de aplicación directa e inmediata, según el modelo germánico. Por otra parte, el monopolio de la declaración de inconstitucionalidad de las Leyes por el Tribunal Constitucional no ha sido exceptuado en este caso. La solución a este problema habrá de ponderar ambos principios, debiendo, en consecuencia, articularse, a nuestro juicio, del modo siguiente:

1.º La tutela directa de los derechos fundamentales, a través de la protección reforzada del amparo judicial y el amparo constitucional, que prescribe el art. 53,2 y reitera el 161,1 b), ha de utilizar necesariamente como parámetro normativo de la vulneración de los derechos que se denuncie el texto constitucional; si con ocasión de esta aplicación se aprecia que la Ley de desarrollo de este texto es adecuada al mismo, se aplicará también esta Ley de manera simultánea, formando un complejo normativo unitario con el precepto constitucional, cuya superioridad de rango habrá de presidir la interpretación del conjunto; en otro caso, esto es, si se estima que la Ley, eventualmente Orgánica, no respeta «el contenido esencial» del derecho fundamental de que se trate, el Tribunal de amparo, bien ordinario, bien constitucional, deberá atener-

se a dicho contenido esencial para dispensar el amparo, sin que el Tribunal ordinario tenga que demorar (lo que iría contra el mandato de «preferencia y sumariedad» que impone al amparo el artículo 53,2) dicho amparo para substanciar un incidente previo de inconstitucionalidad de dicha Ley Orgánica, inconstitucionalidad que, según el art. 55,2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, podrá ya declarar el Tribunal Constitucional al resolver, en su caso, el amparo constitucional.

2.º Fuera de ese supuesto de la tutela directa de los derechos mediante amparo, entendemos que habrá que aplicar la regla común sobre el monopolio de rechazo de las Leyes inconstitucionales por el Tribunal Constitucional, si bien el principio general de la interpretación del ordenamiento conforme a la Constitución, sobre el que hablaremos luego, deberá ser aplicado aquí de manera especialmente intensa para no plantear la cuestión de la inconstitucionalidad más que en el caso extremo de una inconciliabilidad manifiesta; el criterio de la aplicación directa e inmediata de la Constitución fuerza aquí, como ya antes hemos notado, a una aplicación simultánea y jerarquizada de la Constitución y de las Leyes, sin que la aplicación de éstas pueda ocultar o excluir la aplicación primordial de la regulación constitucional de los derechos fundamentales.

B) *La aplicación directa de la parte organizatoria y habilitante de los poderes constitucionales.*

No cabe duda alguna de que la parte orgánica de la Constitución es vinculante para los órganos constitucionales por ella diseñados, tanto para su formación como para sus competencias y funcionamiento. El efecto más indiscutible del acto constitucional es el de construir de manera inmediata y efectiva un sistema de poderes capaces de funcionar y de actuar. Este aserto ha sido el único en el que tradicionalmente se resumía el valor normativo directo de la Constitución, y aunque esa exclusividad no sea hoy de recibo, como ya sabemos, no hay razón para negar hoy la efectividad de ese campo de aplicación directa, salvo que se negase a la vez la eficacia organizatoria inmediata de la Constitución en su función primaria de puesta en pie de un nuevo sistema de poderes y órganos por los que va a discurrir la vida entera del Estado —sin lo cual ya no habría manera de saber qué cosa es una Constitución.

Los órganos constitucionales son los construidos o definidos por la Constitución. Muchos de ellos (por ejemplo, la Corona, Título II) no precisan de desarrollo normativo ulterior sobre la regulación constitucional; otros sí requieren ese desarrollo para su plena efectividad (por ejemplo, la Ley electoral para la formación de las Cámaras, art. 68, 69 y 70) y para su funcionamiento (por ejemplo, Reglamentos de las Cámaras, art. 72); a veces, en fin, hay una sim-

ple previsión genérica de un órgano y de su misión y la remisión íntegra de su organización y funcionamiento a una Ley Orgánica (por ejemplo, Consejo de Estado, art. 107; Tribunal de Cuentas, artículo 136).

Interesa destacar dos cosas respecto a esta parte orgánica de la Constitución:

1.º Los preceptos orgánicos constitucionales son de inmediata aplicación por todos los poderes públicos y, en concreto, por los propios órganos a que la regulación constitucional se refiere. Existen o no normas complementarias o de desarrollo de esta regulación, ésta es plenamente eficaz por sí misma y, por tanto, rige la formación y el funcionamiento de los órganos afectados, sin que éstos o cualesquiera otros con los que entren en relación tengan que solicitar del Tribunal Constitucional interpretación o aplicación ninguna. Si existiesen Leyes anteriores contrarias a la regulación constitucional habría que entenderlas derogadas por virtud de la disposición derogatoria 3, sin que sea preciso para inaplicarlas promover una previa declaración de inconstitucionalidad de las mismas ante el Tribunal Constitucional. La eficacia inmediata de la Constitución en su función organizatoria de los nuevos poderes así lo impone.

2.º Una importante consecuencia de la regla anterior es que todas las normas constitucionales que habiliten determinadas actuaciones a los órganos por ellas regulados son normas de aplicación inmediata, no obstante eventuales Leyes anteriores contrarias, que han de entenderse derogadas, según lo indicado. Este criterio presenta bastante interés práctico; por ejemplo:

— El Rey nombra y releva libremente a los miembros civiles y militares de su casa (art. 65,2), lo que prevalece sin procedimiento especial ninguno sobre toda la normativa anterior sobre la materia, que no respondía siempre a ese criterio.

— Las Cámaras pueden nombrar Comisiones de Investigación, sobre cualquier asunto de interés público (art. 76,1), con las facultades que de este precepto resulten, aunque sus Reglamentos aún vigentes no lo hayan aún previsto (cfr., art. 45 del Reglamento Provisional del Congreso, de 17 de octubre de 1977; art. 59 del Reglamento Provisional del Senado, de 18 de octubre de 1977).

— Los Decretos-Leyes habrán de dictarse según la regulación del art. 86 de la Constitución, sin que sea aplicable (ni requiera previa declaración de inconstitucionalidad) lo dispuesto por el artículo 10,3 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado de 1957; del mismo modo que no será preciso obtener la declaración de inconstitucionalidad de cuantos preceptos de esta misma Ley prevén unos poderes del Jefe del Estado (y la limitación correspondiente de los del Presidente del Gobierno y del Consejo de Ministros; por ejemplo: art. 10, núms. 3, 4, 6, 7;

artículo 11, núms. 2, 9, etc.) hoy incompatibles con la Constitución, lo que significan que los poderes del Gobierno y de su Presidente son hoy ejercitables en los términos que resultan directamente de la Constitución.

— La Administración puede tomar iniciativas empresariales en la actividad económica (art. 128,2), sin necesidad de seguir los procedimientos anteriores basados sobre el carácter subsidiario de dicha iniciativa (Ley del Plan de Desarrollo, texto refundido de 15 de junio de 1972, art. 5).

— A los juzgados y Tribunales corresponde «exclusivamente» hacer ejecutar lo juzgado (art. 117,3), lo que supone una derogación de los tradicionales privilegios de la Administración sobre ejecución de Sentencias contencioso-administrativas (arts. 103 y siguientes de la Ley de esta Jurisdicción, de 27 de diciembre de 1956) y aun civiles en materia patrimonial (Ley General Presupuestaria de 4 de enero de 1977, art. 44); como a la vez se define la obligación de ejecutar las Sentencias y demás resoluciones firmes de los jueces y Tribunales (art. 118), hay que entender también derogado el límite que a las condenas patrimoniales a la Administración suponía la necesidad de una dotación presupuestaria de cobertura y la incoercibilidad de las Cortes en esta materia (art. 108 de la Ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa).

Se trata, simplemente, de recordar la eficacia organizativa inmediata de la Constitución para el montaje y funcionamiento de los nuevos poderes, eficacia que no necesita en este campo, salvo remisión inmediata de la misma y en la medida en que esa remisión tenga que cubrir un vacío material completo, del intermedio de la legislación ordinaria. Si así no se reconociese se estaría negando la más elemental eficacia de la Constitución, reduciéndola a un mero documento retórico.

Parece innecesario precisar que este aserto hay que matizarlo en un caso concreto, el de las Comunidades Autónomas reguladas en el Título VIII. Como es conocido, la autonomía de estos entes y su ámbito no está construida directamente por la Constitución, sino que ésta se limita a ofrecer un cuadro de posibilidades que deberá ser actuado mediante una opción concreta de los territorios interesados, articulada con una decisión de las Cortes Generales, mediante el correspondiente Estatuto. La autonomía efectiva y su alcance concreto surgen, pues, del Estatuto y no de la Constitución. Pero una vez dictados los correspondientes Estatutos la Constitución seguirá siendo una norma de aplicación directa en cuanto a su funcionamiento y a sus límites. Sería un error pensar que los Estatutos, una vez concretada la opción y el grado de las respectivas autonomías, suplen definitivamente a la Constitución y la hacen en adelante inaplicable.

C) *La Disposición Derogatoria de la Constitución y su alcance. El problema de la legislación preconstitucional de contenido no directamente político.*

a) Hemos hecho alguna alusión a la Disposición Derogatoria de la Constitución y conviene detenernos de manera directa en la interpretación de su alcance, especialmente por lo que hace al problema capital de su incidencia sobre toda la legislación anterior de contenido no directamente político.

La Disposición Derogatoria tiene tres apartados: en el 1.^o se declaran derogadas la Ley para la Reforma Política de 4 de enero de 1977, que fue el instrumento de la transición política, como es sabido, y en la medida en que no hubiesen sido derogadas por dicha Ley, todo el conjunto de Leyes Fundamentales del sistema franquista, que se enumeran una por una. El apartado 2.^o se refiere al Real Decreto de 25 de octubre de 1839, en relación con el régimen foral de las Provincias de Alava, Guipúzcoa y Vizcaya, cuestión que carece de interés para nuestro tema. Y, finalmente, el apartado 3.^o de la Disposición derogatoria dice lo siguiente:

«Asimismo quedan derogadas cuantas disposiciones se opongan a lo establecido en esta Constitución.»

Esta cláusula plantea problemas interpretativos de gran trascendencia.

Tiene, por de pronto, un alcance claro, que es el que hemos tratado de poner de manifiesto más atrás: la derogación se entiende producida *ministerio legis* para todas aquellas normas que regulaban de manera distinta a la Constitución aquellas materias en que ésta es de indiscutible aplicación directa, esto es, derechos fundamentales y organización, competencia y funcionamiento de los poderes. Aquí el efecto derogatorio implica que cualquier aplicador del Derecho, juez, Tribunal, órgano público, sujeto privado, intérprete de cualquier especie, ha de concluir en la falta de vigencia de las normas anteriores y ha de proceder a la aplicación directa de los preceptos constitucionales. No hay ninguna necesidad de remitir la cuestión de la contradicción entre norma anterior sobre dichas materias y norma constitucional al Tribunal Constitucional, porque éste no entiende del problema de las derogaciones de normas, sino, precisamente, de la posible contradicción con la Constitución de normas formalmente vigentes. El texto del art. 163, que es el básico, no admite dudas interpretativas: el juez ha de plantear la cuestión de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional sólo «cuando considere en algún proceso que una norma con rango de Ley, aplicable al caso, de cuya validez dependa el fallo, pueda ser contraria a la Constitución». No se trata, pues, de un problema formal de vigencia o de derogación, sino de validez de fondo; y, sobre todo, la cuestión ha de referirse a la Ley «aplicable al caso», lo que presupone, precisamente, su vigencia y ex-

cluye la posibilidad de aplicar esta mecánica respecto de las normas derogadas ya de manera formal. El problema de la derogación debe, pues, ser resuelto de una manera previa por el juez ordinario.

Nos parece difícilmente discutible esa conclusión: de la misma manera que sería absurdo tener que llevar al Tribunal Constitucional la decisión sobre la derogación de aquellas normas expresamente referidas en el apartado 1 de la Disposición Derogatoria, puesto que el efecto derogatorio está ya decidido de manera formal, y con la máxima eficacia normativa posible, la que otorga la supernorma constitucional, del mismo modo será absurdo tener que consultar al Tribunal si una determinada norma ha sido o no derogada por el apartado 3 de la misma Disposición. Es evidente que en nada puede variar la solución por el hecho de que el apartado 3 contenga una cláusula derogatoria genérica e imprecisa mientras que en el apartado 1 la derogación es explícita y referida a normas concretas; tal imprecisión del apartado 3 deberá ser objeto de una interpretación que concrete su alcance, pero no puede nunca convertir un problema de derogación en un problema de inconstitucionalidad.

La interpretación da inicialmente el resultado que hemos sostenido: derogación de todas las normas reguladoras de aquellas materias en que la Constitución tiene una pretensión de aplicación directa e inmediata, esto es, derechos fundamentales y parte organizativa y habilitante de los poderes públicos constitucionales.

Pero el verdadero problema surge ahora: ¿ha de entenderse que se detiene ahí el efecto derogatorio de la Constitución o, por el contrario, debe extenderse a la totalidad de la legislación anterior a la Constitución en cuanto le sea reprochable una contradicción cualquiera con alguna de las normas o principios constitucionales? Esta cuestión presenta la mayor importancia: si hubiese que extender los efectos de la cláusula derogatoria, apartado 3, a la totalidad de las Leyes pre-constitucionales, sea cual sea su contenido, la cuestión de su contradicción con la Constitución como presupuesto de su derogación debería ser decidida por los jueces y Tribunales ordinarios; en el otro caso no podría hablarse de derogación sino de inconstitucionalidad, aunque sea en la forma de una inconstitucionalidad sobrevenida, y la cuestión, en cuanto se plantee, deberá ser remitida al Tribunal Constitucional, cuyas decisiones estimatorias tendrán valor *erga omnes* y definitivo.

Aclaremos que los dos modelos preferentes del constituyente español, la Constitución italiana de 1947 y la Ley Fundamental alemana de 1949, han resuelto este mismo problema de manera diversa.

b) La fórmula de la Ley Fundamental de Bönn es la que se contiene en su art. 123: «El Derecho en vigor antes de la reunión del Parlamento Federal [constituyente] continúa rigiendo siempre que no esté en contradicción con la presente Ley Fundamental».

Esta fórmula es muy clara en su expresión, puesto que se refiere a todo el Derecho pre-constitucional, y precisa sin equívocos que el que esté en contradicción con la Constitución habrá de entenderse derogado. Por ello el Tribunal Federal Constitucional no ha vacilado nunca en remitir la determinación de esas contradicciones, en cuanto originan una derogación formal, a los Tribunales ordinarios, negándose a aceptar la cuestión como un problema de control de constitucionalidad de las Leyes.

Obsérvese que la fórmula de la Constitución española es muy diferente, lo que tiene interés porque los constituyentes han tenido constantemente a la vista el texto alemán. No se refiere a todo el Derecho anterior en general para proclamar su permanencia en vigor con las salvedades que procedan, sino que se refiere únicamente a «las disposiciones que se opongan» a la Constitución. En segundo término, el efecto derogatorio se proclama sólo de las que «se opongan» a la Constitución, no a las que estén en cualquier género de contradicción con ella, que es la fórmula alemana (*Widersprechen*). Si a la vez comparamos esa fórmula de normas «que se opongan» a la Constitución con la del art. 163 de ésta, que define la cuestión de constitucionalidad cuyo monopolio de resolución se atribuye al Tribunal Constitucional, las diferencias son notables: es aquí donde el constituyente ha empleado la fórmula de norma «contraria» a la Constitución y no opuesta, lo que entendemos que fuerza a dar a este concepto de «oposición» un valor más restringido, como de regulación directamente opuesta.

Nuestra opinión es que, en efecto, la cláusula derogatoria 3 sólo puede interpretarse en el sentido de que alcanza únicamente a aquellas normas de contenido político que regulan las mismas materias que las normas de la Constitución que ésta ha querido dar efecto de aplicación inmediata y directa (esto es: derechos fundamentales y parte organizatoria y habilitante de los poderes públicos) y que efectúan esa regulación de manera precisamente opuesta o no compatible, *icto oculi*, con la regulación constitucional. Toda otra posible contradicción de la legislación pre-constitucional, en bloque, con los principios constitucionales no será causa de derogación formal (y, por tanto, no podrá ser decidida por los jueces ordinarios, únicos competentes para dilucidar los temas de vigencia y derogación de las normas), sino que dará lugar, simplemente, al planteamiento de la cuestión de constitucionalidad ante el Tribunal Constitucional, siempre, naturalmente, que se refieran a leyes o normas con rango de Ley, pues ya sabemos que éste es el único supuesto en que opera el monopolio jurisdiccional del Tribunal Constitucional.

El problema ha sido resuelto así en el caso italiano. La Constitución italiana carece de cláusula derogatoria expresa, pero eso, como se comprende, no la dispensa de derogar todas las normas que se opongan a ella, por ser éste un efecto ligado al carácter innovativo de toda norma y más cuando esta norma es una Cons-

titución y pretende ser, por tanto, el fundamento y base de todo el ordenamiento. Para justificar ese efecto derogatorio se invocaba, en efecto, el art. 15 de las disposiciones preliminares del Código Civil, que regula la sucesión de las Leyes en el tiempo. Pues bien, la primera de las Sentencias dictadas por el Tribunal Constitucional italiano (*Sentencia núm. 1 de 1956*) se enfrentó, justamente, con el problema de si él era competente para decidir sobre la constitucionalidad de las Leyes anteriores a la Constitución, o, más bien, por tratarse de un tema de derogación formal, debía de resolverse la cuestión por los jueces o Tribunales ordinarios. El Tribunal decidió en favor de la primera solución, por estimar que no se trataba de un problema de abrogación sino de ilegitimidad constitucional sobrevenida. La solución, reiterada luego en todas cuantas ocasiones se ha planteado, ha sido aceptada también por la jurisdicción ordinaria y por casi la unanimidad de la doctrina. Se trata, en efecto, de un problema de compatibilidad con las bases constitucionales del ordenamiento jurídico suscitada con ocasión de la aplicación actual de una norma, aunque la elaboración de ésta haya sido anterior. Por esta razón la cuestión no es planteable cuando se trata de una aplicación ya consumada bajo el antiguo ordenamiento constitucional.

En todo caso, es importante hacer inmediatamente una salvedad: esa inconstitucionalidad sobrevenida ha de referirse precisamente a la contradicción con los principios materiales de la Constitución, no a las reglas formales de elaboración de las Leyes que ésta establece hoy. El Tribunal Constitucional y la doctrina italiana han precisado, en efecto, que no puede reprocharse inconstitucionalidad a las Leyes (o Decretos-leyes y Leyes delegadas) anteriores a la Constitución por la sola razón de que la aprobación que en su momento las dio valor normativo sea contraria a las reglas constitucionales actuales de aprobación de las Leyes. El principio *tempus regit actum* distribuye racionalmente en el tiempo esos dos efectos: la aprobación de la Ley se hizo conforme al orden constitucional vigente en su momento; la aplicación de la Ley debe respetar los principios constitucionales del ordenamiento que rigen en el momento en que dicha aplicación tiene lugar.

Añadamos que, en el orden práctico, parece evidente que la atribución de esa cuestión al Tribunal Constitucional promete una valoración más apurada de la constitucionalidad de los textos legales pre-constitucionales que lo que cabría esperar del enjuiciamiento disperso por todos los órganos de la jurisdicción ordinaria como una cuestión de simple derogación; el criterio de la *lex superior*, administrado por una jurisdicción especializada, ha de rendir mejores frutos, con seguridad, que el de la *lex posterior* aplicado por todos los Tribunales, dado además el principio de conservación de las normas en el tiempo y su correlativa no derogación de no producirse con la nueva una incompatibilidad manifiesta (art. 2,2 CC). A la vez, las razones de una concentración de

la jurisdicción frente a su dispersión parecen garantizar mucho más eficazmente, por razones que ya conocemos, la seguridad jurídica, esencial cuando se trata de la situación de la totalidad de las Leyes anteriores a la Constitución.

IV

EL PRINCIPIO DE LA INTERPRETACION CONFORME A LA CONSTITUCION DE TODO EL ORDENAMIENTO

1. *El principio.*

La supremacía de la Constitución sobre todas las normas y su carácter central en la construcción y en la validez del ordenamiento en su conjunto, obligan a interpretar éste en cualquier momento de su aplicación —por operadores públicos o por operadores privados, por Tribunales o por órganos legislativos o administrativos— en el sentido que resulta de los principios y reglas constitucionales, tanto los generales como los específicos referentes a la materia de que se trate.

Este principio es una consecuencia derivada del carácter normativo de la Constitución y de su rango supremo y está reconocido en los sistemas que hacen de ese carácter un postulado básico. Así, en Estados Unidos, todas las Leyes y los actos de la Administración han de interpretarse *in harmony with the Constitution*; en Alemania el mismo principio impone *die verfassungskonforme Auslegung von Gesetzen*, la interpretación de las Leyes conforme a la Constitución. En ambos casos, como prácticamente en todos los países con justicia constitucional, el principio es de formulación jurisprudencial.

Parece claro que de nuestro derecho constitucional surge una exigencia idéntica. ¿Cuál es su fundamento y su alcance?

2. *Los orígenes y los fundamentos del principio.*

El origen del principio que impone la interpretación conforme a la Constitución de todo el ordenamiento está en el proceso de constitucionalidad de las Leyes: antes de que una Ley sea declarada inconstitucional, el juez que efectúa el examen tiene el deber de buscar en vía interpretativa una concordancia de dicha Ley con la Constitución. La anulación de una Ley es un suceso bastante más grave que la anulación de un acto de la Administración, porque crea por sí sola una gran inseguridad jurídica. El legislador no tiene agilidad suficiente para cubrir inmediatamente el

hueco que deja la norma anulada y ese hueco da lugar a una enorme confusión jurídica para los ciudadanos y para todos los poderes públicos. Con frecuencia esa anulación, que no implica por sí misma el restablecimiento de vigencia de la Ley anterior a que sustituyó la anulada (cfr., art. 2,2 CC), y la laguna que crea, puede determinar de hecho, como ha dicho alguna vez el Tribunal Constitucional italiano, una «situación de mayor inconstitucionalidad» en la solución práctica de los problemas que la Ley anulada regulaba. Es este *horror vacui* el que determina el principio formulado así por el Tribunal Federal Constitucional alemán: «es válido el principio de que una Ley no debe ser declarada nula cuando puede ser interpretada en consonancia con la Constitución».

El mismo Tribunal, como también el Tribunal Supremo americano, no ha dudado en conectar a ese principio una verdadera «presunción de constitucionalidad de las Leyes», que no es la simple afirmación formal de que cualquier Ley se tendrá por válida hasta que sea declarada inconstitucional, sino que implica materialmente algo más, lo siguiente: primero, una confianza otorgada al legislativo en la observancia y en la interpretación correcta de los principios de la Constitución; en segundo término, que una Ley no puede ser declarada inconstitucional más que cuando no existe «duda razonable» sobre su contradicción con la Constitución; tercero, que cuando una Ley esté redactada en términos tan amplios que puede permitir una interpretación inconstitucional habrá que presumir que, siempre que sea «razonablemente posible», el legislador ha sobreentendido que la interpretación con la que habrá de aplicarse dicha Ley es precisamente la que la permita mantenerse dentro de los límites constitucionales.

Pero este principio de la interpretación del ordenamiento conforme a la constitución no vincula únicamente al Tribunal Constitucional, en el momento de la decisión del recurso de inconstitucionalidad, sino también a todos los Tribunales en las funciones aplicativas de la Constitución que examinamos en el apartado precedente y que viene a cubrir, en realidad, según hemos visto, la totalidad de su actuación. Queda claro entonces que, sin perjuicio de que la regla haya nacido «en los intersticios del procedimiento» de justicia constitucional (para usar una conocida frase de Summer Maine, de que —siguiendo a Maitland— yo mismo me he servido en otra ocasión), en realidad ha venido a revelar un verdadero principio general del ordenamiento que, por tanto, resulta de necesaria aplicación universal, también afectante, en consecuencia, además de a los Tribunales, a los operadores jurídicos públicos y privados de cualquier carácter, en cualquier aplicación del ordenamiento o de cualquiera de sus elementos.

Es, en efecto, el principio de unidad del ordenamiento, supuesta su estructura jerárquica, y la situación superior que en el seno de esa estructura corresponde a la Constitución, la que da primacía necesaria a ésta en la integración del ordenamiento entero y,

por tanto, en su interpretación, como operación previa a cualquier aplicación del mismo. No se trata ya, pues, de simples necesidades o conveniencias técnicas de la Justicia Constitucional y de su papel efectivo, sino de algo bastante más general e importante.

3. *Alcance y consecuencias del principio.*

A) *Los principios constitucionales y su valor.*

La Constitución asegura una unidad del ordenamiento esencialmente sobre la base de un «orden de valores» materiales expreso en ella y no sobre las simples reglas formales de producción de normas. La unidad del ordenamiento es, sobre todo, una unidad material de sentido, expresada en unos principios generales de Derecho, que o al intérprete toca investigar y descubrir (sobre todo, naturalmente, al intérprete judicial, a la jurisprudencia), o la Constitución los ha declarado de manera formal, destacando entre todos, por la decisión suprema de la comunidad que la ha hecho, unos valores sociales determinados que se proclaman en el solemne momento constituyente como primordiales y básicos de toda la vida colectiva. Ninguna norma subordinada —y todas lo son para la Constitución— podrá desconocer ese cuadro de valores básicos y todas deberán interpretarse en el sentido de hacer posible con su aplicación el servicio, precisamente, a dichos valores.

Recuperamos así un tema con el que comenzamos este estudio: el valor específico de la Constitución no como una norma cualquiera, de cualquier contenido, sino precisamente como portadora de unos determinados valores materiales.

Estos valores no son simple retórica, no son —de nuevo hemos de impugnar esta falaz doctrina, de tanta fuerza inercial entre nosotros— simples principios «programáticos», sin valor normativo de aplicación posible; por el contrario, son justamente la base entera del ordenamiento, la que ha de prestar a éste su sentido propio, la que ha de presidir, por tanto, toda su interpretación y aplicación.

En nuestra Constitución esos valores básicos están destacados de dos maneras: primero, en el Preámbulo y en el Título Preliminar, cuyo art. 1.^º proclama como «valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político», y en el Título primero, art. 10 y Capítulo segundo, sección primera (arts. 14 a 30); el art. 10,1, declara que «la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la Ley y a los demás son fundamento del orden político y de la paz social»; y el Capítulo segundo, sección primera, formula el sistema formal de libertades y derechos fundamentales. En segundo término, el destacamiento de tales partes materiales como básicas dentro de

la propia economía de la Constitución resulta de su protección reforzada en el procedimiento de reforma constitucional, equiparando (art. 168) la revisión de cualquiera de esos preceptos (más la forma de Estado monárquica) a una revisión total de la Constitución, a un cambio de sistema. Se proclaman así estos preceptos «decisiones políticas fundamentales», en la terminología de Schmitt, decisiones que fundamentan todo el sistema constitucional en su conjunto: la decisión por la democracia, la decisión por el Estado de Derecho y por el Estado social de Derecho, la decisión por la libertad y por la igualdad, la decisión por las autonomías territoriales de las nacionalidades y regiones, dentro de la indisoluble unidad de la Nación española, la decisión por un sistema formal de libertades, la decisión por la Monarquía parlamentaria, la decisión por el principio de legalidad, etc.

El carácter básico y fundamentante de estas decisiones permite incluso hablar (como ha hecho Bachof y ha recogido ya la jurisprudencia del Tribunal Federal Constitucional alemán, como antes ya, aunque con menos énfasis dogmático, el Tribunal Supremo americano) de posibles «normas constitucionales inconstitucionales» (*verfassungswidrige Verfassungsnormen*), concepto con el que se intenta subrayar, sobre todo, la primacía interpretativa absoluta de esos principios sobre los demás de la Constitución y el límite (constitucional, como hemos visto: art. 168) que suponen a la reforma constitucional.

Esos principios, cuyo alcance no es posible, naturalmente, intentar determinar aquí, si se destacan como primarios en todo el sistema y protegidos en la hipótesis de reforma constitucional, presentan, por fuerza, una «enérgica pretensión de validez», en la frase de Bachof que más atrás hemos citado, y constituyen, por ello, los principios jerárquicamente superiores para presidir la interpretación de todo el ordenamiento, comenzando por la de la Constitución misma.

En ésta hay luego otros principios menos relevantes, todos los que pueden inducirse de la totalidad de su texto, cuya eficacia interpretativa de todo el ordenamiento subconstitucional resulta también indiscutible; por ejemplo, sección 2.^a del Capítulo II del Título I (derechos y deberes de los ciudadanos no conceptualizados como inmediatamente operativos), Capítulo III del mismo Título I (principios rectores de la política social y económica); arts. 103 a 107, sobre la posición constitucional de la Administración; Título VI, ídem del Poder Judicial; Título VII, Economía y Hacienda; Título VIII, organización territorial del Estado, etc.

B) *La interpretación de los principios constitucionales: algunos problemas.*

Está aún presente en Alemania una polémica importante sobre los criterios y métodos interpretativos de esa parte material de la

Constitución, polémica que no podrá aquí ser más que aludida. Esa polémica, muy convencionalmente esquematizada, ha contrapuesto los nombres de Forsthoff y de Smend, por una parte; por otra, ha contrastado una interpretación iusnaturalista de los valores de la Constitución con otra *ohne Naturrecht*, sin Derecho Natural, según el título de un agudo trabajo de Haeberle.

Smend, con su conocida teoría de la integración, formulada originalmente en 1928, ha ejercido un extraordinario influjo sobre los criterios interpretativos a emplear para la aplicación de la Constitución, influjo declarado en las decisiones del Tribunal Federal Constitucional. «La Constitución, dice Smend, no puede ser comprendida sólo como un estatuto de la organización, que estructura el Estado y que faculta e impone ciertas actividades al mismo, sino, a la vez, como una forma vital de los ciudadanos que participan en la vida del Estado». Los valores comunes expresados y servidos por la Constitución operan, pues, como valores de integración colectiva de los ciudadanos y así deben sobre todo ser comprendidos y aplicados. Para Forsthoff este método sería propio de las ciencias del espíritu, extraño a la sobriedad y a la formalidad del método jurídico; su generalización implicaría que la Ley Constitucional quedaría deshecha, transformada en un sistema de simples vivencias psicológicas, lo que volatilizaría su positividad. La polémica posterior no resultó favorable a esta postura, y más bien fue clarificadora para concluir de perfilar la significación inequívocamente jurídica del «sistema material de valores» de la Constitución, sistema que no es una adición postiza y retórica a un esquema legal, sino además de supuesto implícito o explícito de todo ordenamiento, algo completamente inevitable para la norma constitucional por resultar de la toma primaria de posición sobre el orden político, sobre su función y sus límites, que, como pudimos ver al comienzo de este estudio sobre la Constitución, ésta necesariamente supone.

Ultimamente un brillante artículo de Haeberle, ampliado en un libro posterior, postula una «teoría de la Constitución sin Derecho Natural», frente al iusnaturalismo imperante en Alemania (y expreso en la Ley Fundamental, como por cierto también en nuestra Constitución, donde los derechos fundamentales son reconocidos y protegidos y no creados por la Ley, antes bien, «inviolables» también para ella: art. 10,1, casi todos los arts. 15 a 30, art. 53,1), postula un criterio distinto y menos dogmático. Lo sustancial de los valores constitucionales sería definir un espacio abierto que haga posible el juego de las posibles alternativas, que permita a cualquier idea o tendencia la oportunidad de llegar a ser mayoritaria. Sería la expresión de un «pensamiento de posibilidades», de un «pensamiento de alternativas», que deje siempre abierto lo que Bloch llamó «el principio esperanza» y evite la petrificación de una situación dada. Los derechos fundamentales serían los vehículos y los manantiales de las innovaciones y de las alternativas. Lo esen-

cial de la Constitución no sería una cierta concepción material del hombre, sino construir la vida social y política como un proceso indefinidamente abierto; éste había de ser, por tanto, el criterio interpretativo fundamental.

Esta sugestiva explicación alzaprima, en definitiva, al pluralismo y a la democracia entre todos los valores constitucionales, entendida ésta como un proceso continuo de hacer y deshacer compromisos ocasionales y siempre revocables. Es una opción válida, aunque obviamente (según su propia tesis, en definitiva) no común ni general, pero concluye finalmente ofreciendo un suelo material axiológico, por más que venga a concretarse en una cierta estructura formal que hace posible el ideal, propuesto como superior, de una sociedad abierta. Puede también opinarse —y es más bien nuestra inclinación— que en la escala valorativa la concepción material y ética de la libertad, que parte de una idea integral del hombre, parece lo sustancial y que es de ella de donde deriva una sociedad abierta; por tanto, parece erróneo elevar esta última a criterio básico desde el cual la libertad quedaría instrumentalizada como un simple arbitrio técnico.

Resulta innecesario precisar que no intentamos, con esas simples referencias, abordar aquí toda la completa temática de la interpretación constitucional, cuyos problemas nos llevarían ahora demasiado lejos.

C) *Consecuencias del principio.*

Volviendo a nuestro tema de la interpretación del ordenamiento conforme y bajo la dirección de la Constitución, nos interesa, ya para concluir, destacar algunas consecuencias que se imponen del carácter preceptivo de ese modo de interpretar.

Esquemáticamente, nos limitamos a destacar:

- Hay que entender, como ha notado Zippelius, que la Constitución constituye el «contexto» necesario de todas y cada una de las Leyes y Reglamentos y normas del ordenamiento a efectos de su interpretación y aplicación, aunque sea un contexto que a todas las excede en significado y en rango; en este sentido, habrá que entender en adelante que la indicación del art. 3,1 de nuestro Código civil, que ordena interpretar las normas «según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto» llama, en primer término, para depurar ese contexto, a la norma constitucional.
- El carácter normativo de la Constitución no impone sólo su prevalencia en la llamada interpretación declarativa, también en la (indebidamente) llamada interpretación integrativa, que colma insuficiencias de los textos legales a aplicar; ambas funciones, aunque sin el carácter jerárquicamente superior que manifiestamente presenta la Constitución, están

hoy recogidos al hablar de los principios generales del Derecho por el art. 1,4 del Código Civil, como es bien sabido.

- La interpretación conforme a la Constitución de toda y cualquier norma del ordenamiento tiene una correlación lógica en la prohibición, que hay que estimar implícita, de cualquier construcción interpretativa o dogmática que concluya en un resultado directa o indirectamente contradictorio con los valores constitucionales.
- Las normas constitucionales son, pues, «normas dominantes» frente a todas en la concreción del sentido general del ordenamiento.
- La generalidad del mandato de interpretación conforme a la Constitución asigna, por sí solo, un valor preeminente a la doctrina legal que resulte de las Sentencias del Tribunal Constitucional frente a cualquier otro cuerpo jurisprudencial de cualquier otro orden judicial, preeminencia que resulta del carácter de «intérprete supremo de la Constitución» que a aquel Tribunal corresponde, según el art. 1.^º de su Ley Orgánica de 1979; en este sentido hay que entender la un tanto sorprendente afirmación (como que es el producto de un proceso de redacción complicado) del art. 161,1, a), de la Constitución, según el cual «la declaración de inconstitucionalidad de una norma jurídica con rango de Ley, interpretada por la jurisprudencia, afectará a ésta», declaración bastante obvia por sí misma si no fuese vista como aplicación de ese principio más amplio de preeminencia.
- Por ello hay que concluir que la misma preeminencia de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional se produce sobre la del Tribunal Supremo o cualquier otro Tribunal sectorial cuando el Tribunal Constitucional no declara la inconstitucionalidad de la Ley en cuestión y se limita a ofrecer de ésta una interpretación en consonancia con la Constitución que permite mantener su validez; es el problema de las llamadas «Sentencias interpretativas» del Tribunal Constitucional y en particular en Italia «*Sentenze interpretative di rigetto*». Estas Sentencias no tendrán valor *erga omnes*, efecto que el artículo 164 limita a las que declaran la inconstitucionalidad, y éstas la rechazan, pero como tal doctrina jurisprudencial, y no como Ley o efecto general, prevalecerá sobre la del Tribunal Supremo en cuanto haga referencia a la compatibilidad constitucional de la Ley interpretada, esto es, en cuanto la interpretación del Tribunal Supremo suponga una colisión con la Constitución —no, por supuesto, en otro caso.

NOTA BIBLIOGRAFICA

Sin afán de ofrecer una información completa, haré referencia a las fuentes más relevantes que pueden amparar o explicar algunas de las opiniones que el texto propugna o las indicaciones que en él se hacen.

Introducción y apartado I

La doctrina de la falta de valor normativo de las Constituciones españolas ha sido, antes y después de 1939, doctrina común del Tribunal Supremo, que nunca ha admitido la invocación ante cualquiera de sus Sálas como derecho aplicable (a lo sumo como principios interpretativos) de los preceptos constitucionales, tradición que es en este momento enormemente grave y necesitada de una energética conmoción. Quizá la única excepción sea la verdaderamente poco afortunada serie de Sentencias de la Sala 4.^a, a partir de la de 1 de abril de 1977, sobre legalización de partidos políticos, en las que el Tribunal Supremo negó la aplicación de un Decreto-Ley sobre la base de su supuesta inconstitucionalidad (nada menos que por no recoger el principio del «carácter revisor» de la jurisdicción contencioso-administrativa, principio que no ya las antiguas Leyes Fundamentales, sino ni siquiera la Ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa recoge en los términos que las Sentencias interpretan). Vid. sobre esto M. Aragón, *La Sentencia del Tribunal Supremo sobre la legalización del PCE (un caso de control judicial de la constitucionalidad de las Leyes)*, en «Revista Española de Derecho Administrativo», 14, 1977, págs. 507 y ss.; por cierto que en este artículo podrá verse una referencia de jurisprudencia sobre la falta de valor normativo de la Constitución desde 1862 a 1977, así como referencias doctrinales, que aquí excusamos.

Sobre el principio monárquico, vid. O. Hintze, *Das monarchische Prinzip und die konstitutionelle Verfassung*, en su obra *Staat und Verfassung*, 2.^a ed., Göttingen, 1962, págs. 359 y ss. H. O. Meissner, *Die Lehre vom monarchischen Prinzip*, repr. de 1913, Aalen, 1969. Th. Ellwein, *Das Erbe der Monarchie in der deutschen Staatskrise*, München, 1954. E. Kaufmann, *Studien zur Staatslehre des monarchischen Prinzips*, en su obra recopilativa *Autorität und Freiheit. Gesammelte Schriften*, I, Göttingen, 1960, págs. 1 y ss. E. R. Huber, *Deutsche Verfassungsgeschichte seit 1789*, I, Stuttgart, 1957, páginas 651 y ss.

El discurso de F. Lasalle, *Ueber Verfassungswesen*, 1862, ha sido reeditado varias veces; se ha manejado la reimpresión de la Wissenschaftliche Buchgesellschaft, Darmstadt, 1958. Sobre las ideas constitucionales de Marx y los marxismos, vid., entre tanta bibliografía, M. Adler, *Die Staatsauffassung des Marxismus. Ein Beitrag*

zur Unterscheidung von soziologischer und juristischer Methode (1922), repr., Darmstadt, 1973. Stoyanovitch, *Marxisme et Droit*, París, 1964, así como el tomo XII de los «Archives de Philosophie du Droit», monográfico sobre el tema, 1967.

Sobre el iuspublicismo alemán hasta Kelsen y su idea rebajada de Constitución, E. W. Böckenförde *et alt.*, *Probleme des Konstitutionalismus im XIX Jahrhundert*, en «Der Staat», 1, 1975. C. Schmitt, *Teoría de la Constitución*, traducción española, Madrid, 1935. Basté recordar, para ilustración de lo que se indica en el texto, que para George Jellinek, nada menos, la única característica jurídica esencial de las Leyes constitucionales es exclusivamente su superlegalidad formal; por ello, añade, la Constitución «no tiene significación jurídica práctica en aquellos Estados que no tienen formas especiales para su adopción y modificación. Por ello estos Estados, que no conocen ninguna diferencia formal entre sus diferentes Leyes, son más consecuentes cuando rechazan el resumen de una serie de determinaciones legales bajo el nombre de documento constitucional»: *Allgemeine Staatslehre*, 3.^a ed., Berlín, 1914, página 534 (otra traducción, en la versión española de F. de Los Ríos, *Teoría General del Estado*, reimpresión, Buenos Aires, 1954, página 403). El texto, que es la almendra de la teoría jurídica de la Constitución de esta biblia del constitucionalismo (!) clásico, vale por sí solo más que una larga explicación; repárese en la calificación de la Constitución como el resumen de una serie de determinaciones legales (*Zusammenfassung einer Reihe von Gesetzesbestimmungen*).

Sobre Santi Romano, sus obras básicas, *L'ordinamento giuridico*, 1918 (2.^a ed. Firenze, 1945), *Corso di Diritto costituzionale*, Padova, 1943, y *Principi di Diritto costituzionale generale*, 2.^a ed., Milano, 1946. Sobre el concepto de una «costituzione materiale», Mortati, voz *Costituzione dello Stato*, en *Enciclopedia del Diritto*, XI (y ahora en sus *Scritti*, II, Milano, 1972, págs. 79 y ss.), y sus *Istituzioni di Diritto pubblico*, 8.^a ed. Padova, 1969, págs. 19 y ss. Sobre Schmitt, su propia obra citada, de donde se toma su frase sobre el Estado como Constitución.

Los dos conceptos de H. Heller que se utilizan, en su libro *Die Souveränität*, 1927, ahora recogido en su *Gesammelte Schriften*, II, *Recht, Staat, Macht*, Leiden, 1971, págs. 95 y 98.

La referencia a Martínez Marina, es a su obra *Teoría de las Cortes o grandes Juntas Nacionales de los Reinos de León y Castilla. Monumentos de su Constitución política y de la Soberanía del Pueblo*, Madrid, Imprenta de D. Fermín Villalpando, 1813, 3 tomos; su doctrina es la que aparece resumida en el «Discurso Preliminar» de la Constitución de Cádiz.

La referencia de Maravall sobre el proyecto constitucional comunero es a su obra *Las Comunidades de Castilla. Una primera revolución moderna*, Madrid, 3.^a ed., 1979, cuyas conclusiones hace suyas Joseph Pérez, *La Révolution des «Comunidades» de Castille*

(1520-1521), Bordeaux, 1970, págs. 563 y ss. El texto del proyecto de Ley perpetua, que recogió Sandoval en su *Historia de la vida y hechos del Emperador Carlos V*, Amberes, 1681, puede verse ahora publicado como Apéndice a la reedición de la obra clásica de Juan Maldonado, *La Revolución Comunera. El movimiento de España, o sea, historia de la revolución conocida con el nombre de las Comunidades de Castilla*, ed. y prólogo de Valentina Fernández Vargas, Ediciones del Centro, Madrid, 1975, págs. 307 y ss.

Sobre el constitucionalismo suizo, vid. el completo libro de F. Renner, *Der Verfassungsbegriff im staatsrechtlichen Denken der Schweiz im 19. und. 20. Jahrhundert. Ein Beitrag zur Dogmengeschichte*, Zürich, 1968.

Sobre el concepto de Constitución, vid. por todos, con sus referencias, K. Stern, *Das Staatsrecht der BRD. Band I. Grundbegriffe und Grundlagen des Staatsrechts, Strukturprinzipien der Verfassung*, München, 1977, así como el volumen colectivo *Verfassung*, que antologiza una serie de trabajos básicos, con introducción de M. Friedrich, *Wissenschaftliche Buchgesellschaft*, Darmstadt, 1978. En nuestra bibliografía, especialmente, Pérez Serrano, *Tratado de Derecho Político* (1936). Madrid, 1976, págs. 453 y ss., y M. García-Pelayo, *Derecho Constitucional comparado*, 3.^a ed., Madrid, 1953, páginas 33 y ss.

La cita de Rousseau, en *Contrat social*, Lib. I, cap. VI.

La referencia de Loewenstein, en su *Teoría de la Constitución*, trad. esp., 2.^a ed., Barcelona, 1970, págs. 218 y ss.

APARTADO II

La cita de Kaegi corresponde a su obra *Die Verfassung als rechtliche Grundordnung des Staates*, Zürich, 1945, págs. 41 y ss.

La referencia de Fleiner, de sus *Institutionen des deutschen Verwaltungsrecht*, 8.^a ed., Tübingen, 1928, pág. 3.

El libro de J. W. Gouch, es el excelente *The fundamental law in english constitutional history*, Oxford, 1955.

La tesis de Mc Ilwain alude a su importante obra *High Court of Parliament and its Supremacy*, Yale, 1910.

Las referencias siguientes sobre la formación del Derecho norteamericano proceden, en lo esencial, del propio Mc Ilwain, *Constitutionalism ancient and modern*, rev. ed., Ithaca New York, 1958. R. Pound, *The development of constitutional guarantees of liberty*, New Haven, 1957, y E. S. Corwin, cuya obra se cita en el texto, *The «Higher Law» background of American Constitutional Law*, originariamente publicado en la «Harvard Law Review», XLII, 1928-1929, págs. 149 y ss. y 365 y ss., y luego reimpresso; he utilizado la ed. de Cornell University Press, 4.^a reimpr., 1961. Igualmente la obra de B. Schwartz, *A commentary on the Constitution of the U. S.*, Tomo I, *The powers of Government*, New York, 1963. E. V. Rostow, *The sovereing prerrogative: The Supreme Court*

and the quest for Law, New Haven, 1962. W. B. Munro, *The Government of the U. S.*, 5.^a ed., New York, 1954.

Sobre la Declaración de Independencia y su filosofía, especialmente, Becker, *The Declaration of Independence. A study in the history of political ideas* (1922), New York, 1960.

La cita de Lord Acton se toma de Corwin, cit., pág. 83.

Sobre el principio constitucional inglés de la «soberanía del parlamento» sigue teniendo valor la clásica exposición de Dicey, *Introduction to the study of the law of the Constitution*, 9.^a ed., London, 1952, págs. 37 y ss. Sir I. Jennings, *The Law and the Constitution*, 4.^a ed., London, 1955, págs. 136 y ss.

Las citas de W. Blackstone corresponden a sus *Comentarios on the Laws of England*, lib. I, cap. II, § III (en la 6.^a ed., London, 1825, Tomo I, págs. 160-162).

En el constitucionalismo francés, puede verse la excelente exposición clásica de Esmein-Nézard, *Éléments de Droit Constitutionnel*, 8.^a ed. París, 1927.

Sobre el sistema europeo de justicia constitucional puede verse la recopilación de trabajos básicos entre 1929 y 1971 recopilados, con una introducción por P. Haeberle, con el título *Verfassungsgerichtsbarkeit*, Darmstadt, 1976, con amplia bibliografía.

En particular, las ideas fundamentales de Kelsen sobre el tema, además de en su *Reine Rechtslehre* (2.^a ed., Wien, 1960), en *Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit*, que fue su ponencia en la reunión de 1929 de la Asociación de Profesores alemanes de Derecho público, publicada en el *Heft 5* de las publicaciones de esta Asociación, Berlín, 1929, págs. 30 y ss. y *La garantie juridictionnelle de la Constitution*, trad. fr., en «Revue de Droit Public», 1928, páginas 197 y ss.

Exposiciones valiosas del sistema y su comparación con otros, en G. Volpe, *L'ingiustizia delle leggi. Studi sui modelli di giustizia costituzionale*, Milano, 1977. R. Marcic, *Verfassung und Verfassungsgericht*, Wien, 1963. Spanner, *Die richterliche Prüfung von Gesetzen und Verordnungen. Eine rechtsvergleichende Untersuchung über die Hauptaufgabe der Verfassungsgerichtsbarkeit*, Wien, 1951. Capelletti, *El control judicial de la constitucionalidad de las Leyes en el Derecho comparado*, trad. esp., México, 1966 (Edición italiana, Milano, 1973). H. Fix Zamudio, *Veinticinco años de evolución de la justicia constitucional 1940-1965*. México, 1968.

Sobre el proceso constitucional de 1932 en el *Staatsgerichtshof* alemán a que se alude en el texto, vívidamente Volpe, cit., págs. 165 y ss.

La alusión a la «perversión del ordenamiento jurídico» se hace sobre F. Von Hippel, *Die Perversion der Rechtsordnungen*, Tübingen, 1955.

Parece innecesario recoger títulos sobre los sistemas alemán e italiano actuales; respecto al primero véase la recopilación de Haeberle ya citada y su bibliografía; sobre el segundo, aparte del ya

clásico P. Calamandrei, *La illegittimità costituzionale delle leggi processo civile*, Padova, 1950, de un kelsenismo casi estricto, el reciente libro de G. Zagrebelsky, *La giustizia costituzionale*, Bologna, 1977, con más referencias.

Sobre el sistema de Tribunal de Garantías Constitucionales de la Constitución republicana española, R. Reyes, *La defensa constitucional*, Madrid, 1934. N. Alcalá-Zamora y Castillo, *Significación y funciones del Tribunal de Garantías Constitucionales*, en sus *Estudios de Derecho Procesal civil, penal y constitucional*. Buenos Aires, 1944, pág. 512. J. Tomás Villarroya, *El recurso de inconstitucionalidad en el Derecho español (1931-1936)*, en «Revista del Instituto de Ciencias Sociales», Barcelona, 11, 1968.

APARTADO III

Hay aquí muy pocas referencias que ofrecer, puesto que la Constitución de 1978 aún carece de bibliografía propiamente técnica. Prácticamente la única obra de conjunto recomendable es aún las *Lecturas sobre la Constitución española*, de valor desigual, colección de trabajos coordinada por T. R. Fernández, 2.^a ed. Madrid, 1979.

Los conceptos sobre la «vinculación más fuerte» se toman, los americanos de E. S. Corwin, voz *Judicial review*, en la *Encyclopaedia of the Social Sciences*, repr., 1954, tomo VII, pág. 457; y los alemanes de V. Haak, *Normenkontrolle und verfassungskonforme Gesetzesauslegung. Eine rechtsvergleichende Untersuchung*, Bonn, 1963, pág. 121. El concepto de *diktaturfestige*, en Volpe, cit., página 216. La cita de Bachof, de su obra recopilativa *Wege zum Rechtsstaat. Ausgewählte Studien zum öffentlichen Recht*, Athenäum, Regensburg, 1979, pág. 179.

La fórmula constitucional francesa sobre el Ejército a que se alude en el texto como fuerza esencialmente *subordonnée et obéissante* (subordinada y obediente), con la consecuencia de su imposibilidad de deliberar y adoptar posiciones propias, procede de las Constituciones revolucionarias (Constitución de 1791, art. 12 del Título IV; Constitución del año III, art. 275; Constitución de 1848, art. 104) y ha sido desarrollada desde Hauriou, *Précis de Droit Constitutionnel*, 2.^a ed., París, 1929, págs. 110 y ss. Cfr., igualmente G. de Vergottini, *Indirizzo politico della difesa e sistema costituzionale*, Milano, 1971.

A los conceptos alemanes de *Prüfungsrecht* y *Verwerfungskompetenz* en relación con la facultad judicial de enjuiciar las normas antes de su aplicación, me he referido, con referencias, en mi libro *Legislación delegada, potestad reglamentaria y poder judicial*, Madrid, 1970, págs. 10 y ss. (y en el *Curso de Derecho Administrativo* redactado en colaboración con T. R. Fernández, Tomo I, 1978, páginas 137 y 138), a lo que me bastará ahora remitirme.

La Sentencia del Tribunal Supremo americano *Trop v. Dulles*,

1958, se toma de E. V. Rostow, *The sovereign prerogative: The Supreme Court and the quest for law*, cit., pág. 138.

La cita de P. Lerche, de su trabajo *Stil, Methode, Ansicht*, 1961, ahora recogido en el tomo *Verfassung*, editado por Haeberle, ya cit., pág. 201.

El concepto de «determinaciones de fines del Estado» como contenido de ciertas normas constitucionales, que expresa bastante mejor su contenido que el famoso de «normas programáticas», tan nefasto para nuestro Derecho, en U. Scheuner, *Staatszielbestimmungen*, ahora recogido en la obra del autor *Staatstheorie und Staatsrecht. Gesammelte Schriften*, Berlín, 1978, págs. 223 y ss.

Para la interpretación del art. 1 de la *Grundgesetz*, del que se indica en el texto que es el modelo visible del art. 53,1 de nuestra Constitución, vid., Maunz-Duerig-Herzog, *Grundgesetz. Kommentar*, München, 1970, comentario al art. 1, especialmente núms. 103 y ss.

Sobre la doctrina alemana de la garantía del «contenido esencial» de los derechos en su regulación, esencial para interpretar nuestro art. 53,1, vid., por todos P. Haeberle, *Die Wesensgehaltsgarantie des Art. 19 Abs. 2 Grundgesetz*, 2.^a ed. Karlsruhe, 1972.

Sobre el tema de la cláusula derogatoria de la Constitución, importante como pocos, es contrario a la tesis que se sostiene en el texto, aunque parece que sólo para la fase anterior a la entrada en juego del Tribunal Constitucional, G. Trujillo, *Juicio de legitimidad e interpretación constitucional: cuestiones problemáticas en el horizonte constitucional español*, «Revista de Estudios Políticos», 7 (nueva época), 1979. Para los casos alemán e italiano puede verse: K. Hesse, *Grundzüge des Verfassungsrechts der BRD*, 11.^a ed., Heidelberg, 1978, pág. 269. Maunz-Duerig-Herzog, *Grundgesetz Kommentar*, cit., com. al art. 123, núms. 6-10. Zagrebelsky, cit., págs. 42 y ss. Crisafulli, *Lezioni di Diritto costituzionale*, 4.^a ed., tomo II, *L'ordinamento costituzionale italiano*, Padova, 1976, páginas 204 y ss. Sandulli, *Il giudizio sulle leggi. La cognizione della Corte costituzionale e i suoi limiti*, Milano, 1967, págs. 33 y ss. C. Mortati, *Competenza esclusiva della Corte Costituzionale a dichiarare l'invalidità delle leggi anteriore alla Costituzione*, 1958, ahora recogido en su *Scritti*, Milano, 1972, Tomo III, págs. 821 y ss.

Es obvio que la irretroactividad de la declaración de inconstitucionalidad de una Ley pre-constitucional no puede prolongarse más allá de la vigencia de la Constitución misma: vid. F. Delfino, *La dichiarazione di illegittimità costituzionale delle leggi. Natura ed effetti*. Napoli, 1970, pág. 140.

APARTADO IV

Aquí se han utilizado sobre todo fuentes alemanas. La ya citada monografía de Haak sobre el tema de la interpretación conforme a la Constitución y la de H. Bogs, *Die Verfassungskonforme Auslegung von Gesetzen*, Stuttgart, 1966. H. Ehmke, *Prinzipien der Ver-*

fassungsauslegung, en las publicaciones de la «Vereinigung» de Profesores alemanes de Derecho Público, tomo 20, 1963. R. Zippelius, *Verfassungskonforme Auslegung von Gesetzen*, en *Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz. Festgabe aus Anlass des 25 jährigen Bestehen des Bundesverfassungsgericht*, Tomo II, Tübingen, 1976, págs. 108 y ss. Y las obras generales de Stern, citada ya, páginas 111 y ss., y de K. Hesse, *Grundzüge des Verfassungsrechts*, cit., págs. 31 y ss.

Las referencias sobre el Derecho norteamericano se toman sobre todo del citado artículo de Corwin sobre la *Judicial review* y de A. y S. Tunc, *Le système constitutionnel des Etats Unis d'Amérique*, París, 1954, tomo II, págs. 286 y ss.

La aludida frase de Summer Maine dice así: «Tan grande es la importancia del sistema de acciones en la infancia de los Tribunales de justicia que el Derecho sustancial aparece a primera vista como un producto gradualmente segregado por los intersticios del procedimiento». Cita según Maitland, *The forms of action in Common law*, ed. by Chaitor y Whittaker, Cambridge, 1954, pág. 4. Mi propia utilización de estos conceptos, en *La interdicción de la arbitrariedad en la potestad reglamentaria*, ahora en el libro *Legislación delegada*, cit., pág. 214.

La revalidación actual del concepto schmittiniano de *Verfassungsgrundordnungsentscheidung* (decisiones constitucionales fundamentales) que «determinan la totalidad de la unidad política respecto a su especial existencia», en Stern, *Das Staatsrecht*, páginas 93 y ss. Maunz-Duerig-Herzog, en el Comentario cit., art. 79, parágrafo 29 y allí referencias. Estas decisiones fundamentales tienen, por ello, a los efectos de la reforma constitucional, una especial «firmeza» (*Standfestigkeit*), son normas «más fuertes» (*starke Normen*), de modo que su alteración supone en realidad el ejercicio de un nuevo poder constituyente, por tanto originario y ya no vinculado por la Constitución precedente, determinando así el surgimiento de una Constitución nueva y distinta.

El concepto de «normas de la Constitución inconstitucionales» es de Bachof y se recoge en el trabajo de ese título recogido ahora en *Wege zum Rechtsstaat*, cit., págs. 1 y ss., y es admitido por toda la doctrina en cuanto jerarquiza ciertos principios constitucionales sobre los demás. También lo admite la jurisprudencia del Tribunal Federal Constitucional: Stern, *Das Staatsrecht*, págs. 93 y ss.; según el Tribunal, en una famosa Sentencia de 1953, existe una vinculación del «poder constituyente constituido» o de reforma constitucional a ciertos «valores jurídicos supraordenados» —los que expresan esos principios o decisiones fundamentales superiores (*ibidem*, pág. 95). En la doctrina constitucional suiza también se distingue *höher— und minderwertiges Verfassungsrecht* (un Derecho o normas constitucionales de mayor y de menor valor): Renner, *Der Verfassungsbegriff im Staatsrechtlichen Denken der*

Schweiz, cit., págs. 496 y ss. Para la posición análoga de la jurisprudencia americana, primando entre todos (*preferred position*) a los cuatro derechos fundamentales de la Primera Enmienda, vid. Loewenstein, *Teoría*, cit., págs. 192 y ss.

La polémica alemana sobre los métodos de interpretación constitucional, puede seguirse, la de Smend-Forsthoff en el citado tomo *Verfassung*, editado por M. Fredrich, donde recoge, además del trabajo de Forsthoff (*Die Umbildung des Verfassungsgesetzes*, 1959-1976), los de quienes le replicaron (Hollerbach, Lerche, etc.). También puede verse su reflejo final en las obras generales citadas de Stern y Hesse, así como en la recopilación de trabajos sobre el tema, dirigida por R. Dreier y F. Schwegmann, *Probleme der Verfassungs-interpretation*, 1976. La frase de Smend que se transcribe se toma de la referencia de Stern, cit., pág. 111, pero puede verse más ampliamente desarrollada en su importante trabajo *Verfassung und Verfassungsrecht*, 1928, ahora recogido en sus *Staatsrechtliche Abhandlungen und andere Aufsätze*, Berlín, 1955, páginas 119 y ss. Una exposición válida de su doctrina en F. J. Conde, *Introducción al Derecho Político actual*, Madrid, 1953, págs. 135 y ss. La posición de Haeberle en su trabajo de 1974, *Verfassungstheorie ohne Naturrecht*, se recoge también en el *reader Verfassung* citado en primer término y, además, ha sido objeto de una importante ampliación en el libro reciente del autor *Verfassung als öffentlicher Prozess. Materialen zu einer Verfassungstheorie der offenen Gesellschaft*, Berlín, 1978; el concepto de «sociedad abierta» se utiliza en el Sentido de Popper, cuyo libro básico, *The open society and its enemies*, London, 1945, está traducido al castellano. También lo está el libro básico de Ernst Bloch, *El principio esperanza*, Madrid, 1978. La referencia de Zippelius a la Constitución como «contexto» de las Leyes singulares, en su citado trabajo *Verfassungskonforme Auslegung*, epígrafe «*Die Verfassung als Kontext der Gesetze*», págs. 108 y ss.

El concepto de «normas dominantes» (*Dominanznormen*) para calificar la función interpretativa de la Constitución en relación con el Derecho Administrativo y otros sectores del ordenamiento, en Bogs, *Die Verfassungskonforme Auslegung*, pág. 23.

Sobre el problema de las Sentencias interpretativas de rechazo de inconstitucionalidad, Crisafulli, cit., págs. 358 y ss., y allí otras referencias. Análogo el caso alemán: vid., K. Vogel, *Rechtskraft und Gesetzeskraft der Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts*, en la obra *Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz*, cit., págs. 607 y ss.

La reforma del régimen económico del matrimonio

JOSE LUIS LACRUZ BERDEJO

SUMARIO: I. INTRODUCCION: El tema. El punto de partida. Etapas y estado actual de la reforma.—II. PRINCIPIOS GENERALES Y REGIMENES OPTATIVOS: Las líneas generales de la reforma. Los regímenes optativos.—III. LA APORIA DE LA SOCIEDAD DE GANANCIALES Y SU SOLUCION EN EL DERECHO COMPARADO: Planteamiento. La normativa actual del Código civil francés. La fórmula italiana. El sistema de Alemania oriental.—IV. LA SOLUCION DEL PROYECTO: Ambito de la comunidad. El ingreso de los bienes en el consorcio. La tenencia y administración individual de los gananciales. La adquisición individual de bienes gananciales. El principio de gestión conjunta. El poder individual de obligar a la comunidad.—V. CONCLUSION CRITICA.

I. INTRODUCCION

El tema.

El presente trabajo versa sobre un tema menos sensacionalista que el de otras reformas legislativas proyectadas, como la del régimen de la filiación. Sin duda es, la que va a ocuparnos, materia vivida, práctica y corriente, que aparece sobre el tapete de las familias siempre que fallece o se separa un cónyuge con algunos bienes de fortuna, pero no es objeto de conversación cotidiana, y, por tanto, tampoco de atención periodística, y según me parece no sólo a causa del carácter eminentemente técnico de la normativa que la regula, sino también de un cierto pudor o reparo que cunde en muchas de las regiones gobernadas por el Código civil, de tratar de la base económica del matrimonio y eventualmente la contribución de las familias, cuando los novios se disponen a casarse, como si descender a estos detalles materiales y prosaicos restase espíritu y dignidad a la unión que se supone de dos almas y dos corazones. Sea ello como fuere, lo cierto es que los capítulos matrimoniales entre novios, en los territorios de auténtico Derecho

común, son prácticamente desconocidos, en contraste, por ejemplo, con su frecuencia en Francia, donde, hasta el siglo pasado, la boda del hijo de una familia medianamente provista sin celebrar capitulaciones acarreaba cierta desconceptuación social, o quizás una nota de irresponsabilidad para los padres y para los contrayentes, cuya despreocupación acerca de las futuras relaciones pecuniarias de éstos y su aseguramiento notarial no se atribuía a pudor o reparo en hablar sobre un tema considerado de la mayor trascendencia y de necesaria discusión.

A la falta de cotidaneidad del tema del régimen económico corresponde una ignorancia general sobre él, reducido, en el conocimiento vulgar, al hecho de participar cada cónyuge, por mitad, en las ganancias del matrimonio, extremo que acepta la gente, por regla general, como algo apodíctico e indiscutible; y al de que el cónyuge abandonado o separado sin culpa suya tenga derecho a una pensión alimentaria a cargo del otro, para sí y para los hijos comunes.

Fuera de esto la regulación de las relaciones económicas entre cónyuges, en el aspecto civil, ha venido siendo, en los territorios de Derecho común, cosa de los juristas: de los abogados, notarios y registradores, en principio, y, en último término, de los jueces. Y cosa de juristas es también esta reforma: conveniente, desde luego, y aún exigida por el principio de igualdad jurídica de sexos, y por tanto de los cónyuges, impuesto por la Constitución; pero ajena a las preocupaciones del vulgo. Si el gobierno no la hubiera realizado, no creo que el clamor popular le hubiera obligado a ello, una vez derogados en 1975 los preceptos cuyos principios eran más antitéticos a la demanda social: la necesidad de licencia marital ante todo, o la prohibición de otorgamiento postmatrimonial de capitulaciones por quienes, enemistados, se separan, según se dice, «amistosamente».

El punto de partida.

Y sin embargo, es cierto que la regulación actual de los regímenes matrimoniales, y en particular del régimen legal, aún tras la reforma del 75, no satisface las aspiraciones de justicia de una sociedad igualitaria, primado como está el marido con unos poderes exorbitantes que llegan hasta comprometer él los bienes comunes por sus deudas personales, y ser él quien los administra y dispone de ellos; aun para los inmuebles y establecimientos mercantiles, es él quien tiene la iniciativa de su enajenación. La esposa, adquirida recientemente la plena libertad y con ella la perfecta disponibilidad de sus bienes personales, queda, en cuanto a los comunes, en una posición secundaria y subordinada. Puede, sí, ciertamente, comprometer dichos bienes en el ejercicio de su potestad doméstica, pero no participa en su administración ni en la disposición del dinero y los restantes objetos muebles, enteramente.

mente confiada al marido, que es quien va a decidir lo que se gasta y lo que se ahorra, así como la forma de ahorrar y cuál sea la inversión de lo economizado. A la mujer sólo le queda, aquí, una misión de vigilancia: el control de las ventas de inmuebles, a las que puede negar su asentimiento (pero no podría proponerlas ella), y la vigilancia de las operaciones del marido, a fin de quejarse al juez si las realiza en fraude de sus derechos o poniendo éstos en riesgo grave sin causa justificada; o bien si desbarata la hacienda y la grava con deudas personales.

Junto a esto tiene la regulación actual un cierto número de arcaísmos: ante todo, la disciplina de la dote.

Este instituto ya era de muy escaso empleo al tiempo de redactarse el Código civil, y el hecho de que nuestro cuerpo legal, en 1888, le dedicase tal copia de preceptos, no obedece a la usualidad, entonces, de la constitución de dote, sino a otras circunstancias de más compleja explicación. El proyecto de Código civil de 1851, verdadero «ultra» del machismo, confería al marido, irrevocable e irrenunciablemente, la administración de todos los bienes de su mujer, de tal modo que, aun no habiendo constitución expresa de dote, todos los bienes de ésta, por disposición legal, tenían la condición de dotales, no permitiendo la ley la existencia de parafernales. Por tanto, al regular entonces la dote minuciosamente, y por cierto con un articulado que presenta grandes semejanzas con los preceptos de nuestro actual Código civil, el proyecto de 1851 establecía la disciplina peculiar del entero patrimonio privativo de la mujer casada, y de ahí que dedicase a ella tantos y tan casuísticos preceptos: a su entrega y valoración, a su administración por el marido, a su enajenación, a la garantía de su integridad, y a su restitución.

El proyecto de 1888, aunque toleraba que se pactase entre los cónyuges la existencia de bienes parafernales, sin embargo, en principio, como el proyecto isabelino, atribuía al marido la administración de todos los bienes de su esposa, con lo cual conservaba también la compleja regulación de esta situación específica de los bienes uxorios, destinada a ser prácticamente la de todos los matrimonios, pues la hipótesis de unas capitulaciones antenupciales reservando a la esposa la tenencia y administración de sus bienes, era poco menos que insólita.

Así estaban las cosas incluso cuando, no acabado de redactar definitivamente el Código, se comenzó a publicar en la «Gaceta» en octubre de 1888, con grandes intervalos y en fracciones de pocos artículos, para dar tiempo de acabar la última revisión que estaba haciendo a toda prisa y de tapadillo la Comisión de codificación.

Publicados ya los artículos 59 y ss., que concedían al marido la administración de todos los bienes del matrimonio, incluidos los de su mujer, la Comisión se arrepintió de este último extremo, y en sesión celebrada el 10 de noviembre decidió conservar los bie-

nes parafernales que hasta entonces eran la norma de nuestro régimen económico matrimonial, y por tanto que la mujer siguiera gobernando sus propios bienes tal y como venía haciéndolo al amparo de las leyes de Partida. A este efecto se redactaron entonces, de nueva planta, y se introdujeron en el Código, en el título destinado al régimen matrimonial, todos los artículos relativos a los bienes parafernales, cuya administración reservó a la esposa, conforme nuestra tradición jurídica, el definitivo artículo 1.384, al par que el 1.383 impedía al marido litigar sobre ellos.

Con esto, se había elaborado una segunda normativa —la de los parafernales— para unos bienes de la esposa que ya habían sido objeto de una regulación completa, a saber, la de la dote. Aquella segunda normativa deja, entonces, fuera de lugar a la primera: la disciplina de la dote, pasa a ser lo insólito, y el derecho de la esposa a regir sus propios bienes, lo normal. Pero el legislador no suprimió o redujo, en el Código, toda aquella tira de treinta y tantos artículos relativos a la dote, que ahora no iba a servir sino para completar, en algunos puntos, el régimen de los bienes parafernales.

Etapas y estado actual de la reforma.

El texto actual del proyecto de reforma es el resultado de un largo proceso, que se inicia, apenas promulgada la ley de 1975, en la Sección primera de la Comisión general de codificación, en forma de una excelente ponencia comprensiva de un nuevo articulado del entero título III (arts. 1.315 a 1.444), que redactó el profesor Díez Picazo. La ponencia se discutió durante dos años, entre un grupo de vocales en el que no abundaban los especialistas en Derecho civil, y menos en la específica materia del régimen matrimonial, pero en el cual se contaban algunos buenos prácticos que mantuvieron siempre la discusión, afortunadamente, en un terreno de aconteceres reales. Mención aparte merece el grupo feminista, preocupado por la igualdad absoluta entre marido y mujer, cuando acaso hubiera sido preferible velar por la equiparación: porque los esposos tengan atribuciones y deberes del mismo peso y entidad, cada uno en su esfera más propia, y no por una estricta igualdad.

Al cabo de dos años o algo más se había revisado el texto varias veces llegando a una redacción definitiva que, hecha suva por el Gobierno entonces en el poder, fue enviada a las Cortes y publicada en el «Boletín Oficial» de éstas con fecha de 4 de octubre de 1978.

Mas el proyecto adolecía de defectos importantes, inevitables en una obra en la que había tomado parte demasiada gente. Esta participación masiva garantizaba la presencia de un amplio panorama de opiniones y tendencias en las cuestiones de principio, y que la crítica la pudieran hacer muchos colaboradores, algunos con producción científica considerable y todos con experiencia;

pero a la vez comportaba la servidumbre de una paternidad plúrima y multitudinaria, más notoria en la redacción, el estilo y el casuismo de muchos preceptos, resultado, cada uno, de alguna transacción en la que las opiniones, sugerencias, iniciativas y propuestas de los diversos partícipes en la discusión habían dejado, todas o casi, su huella en el texto definitivo. El nacimiento de muchos de los artículos proyectados trae a la memoria, así, aquel desopilante *erratum* de la crónica de sociedad de un periódico de principio de siglo, donde, al dar cuenta de un nacimiento, en lugar de «venturosos», se leía: «felicitamos a sus numerosos padres». Y es que un proyecto como éste no puede ser, en su etapa final, obra de un colectivo, menos todavía tan amplio y variopinto. Un código es, también, una obra de arte, y así como las investigaciones científicas pueden ser llevadas a cabo por un equipo numeroso, ni «La ronda de noche» ni la «novena sinfonía» las hizo un colectivo, sino un artista.

Consciente el Ministerio de Justicia de estos defectos del proyecto, introdujo luego en él bastantes correcciones, casi todas de estilo, que lo mejoran y aligeran considerablemente. Este es el texto que el Gobierno actual ha enviado a la nueva legislatura y ha aparecido en el «Boletín de las Cortes» de 14 de septiembre.

II. PRINCIPIOS GENERALES Y REGIMENES OPTATIVOS

Las líneas generales de la reforma.

En relación con el Derecho vigente la reforma abarca tres grandes líneas: la supresión de la dote y los parafernales; la regulación, como optativos, de los regímenes de separación y participación en las ganancias; y la concesión de iguales poderes y trato, en la comunidad de gananciales, a marido y mujer, con las trascendentales consecuencias que comporta en cuanto al gobierno y endeudamiento de los bienes comunes.

Todo ello acompañado de una serie de reformas menores, pero también de principio, como la autorización de cualesquiera contratos y donaciones entre cónyuges (en rigor, bastaba con no prohibirlos); la exigencia del consentimiento de ambos cónyuges para las disposiciones sobre el alojamiento común o los muebles que lo equipan, aunque uno y otros sean propiedad privada de uno; y la concesión al cónyuge sobreviviente, varón o mujer, de las ropas, mobiliario y enseres corrientes que constituyen el ajuar de la vivienda habitual de los esposos.

La supresión de la dote y los parafernales es una consecuencia de la igualdad de sexos: si ahora marido y mujer tienen iguales poderes y derechos, e idéntica situación en la economía convugal, no había lugar en el proyecto para una disciplina específica y aparte de los bienes de la mujer, que ahora no tienen por qué ser

privilegiados o desfavorecidos en relación con los del esposo. No se ha llegado, como en el Código civil italiano, a prohibir la constitución de dote, que según me parece seguirá siendo posible, aunque cabría discutir en qué términos, y si se puede conseguir en la regulación proyectada el mismo efecto de práctica inembargabilidad e inalienabilidad del derecho dotal aislado de cada cónyuge que en el régimen vigente.

Desde luego, la supresión de la dote no obsta a que trascienda al proyecto el espíritu de alguno de sus preceptos, que aún en sede de dote tienen carácter más general, como el que establece la subrogación de los bienes nuevamente adquiridos en la condición de aquellos bienes y derechos a los que sustituyen, o bien el que, a partir de la vieja doctrina de la dote confesada, establece que, si bien para probar entre cónyuges que determinados bienes son propios de uno de ellos es bastante la confesión del otro, en cambio tal confesión, por sí sola, no perjudica a los herederos forzados ni a los acreedores del confesante o a los de la comunidad.

Los regímenes optativos.

El proyecto contiene una regulación suficiente de dos regímenes convencionales. De ellos uno, el de separación, apenas se contempla en el Derecho ahora vigente, referido fundamentalmente el Código a los supuestos de separación legal o, ya fuera del régimen económico propiamente tal, a la judicial. Mientras el otro, el de participación, es enteramente nuevo.

Vertido este trabajo hacia el tema, mucho más importante y frecuente, de la reforma de los gananciales, poco cabe decir aquí de estos otros sistemas.

Al regular el de separación, aborda el proyecto el problema, más general, del cónyuge que administra o gestiona bienes o intereses del otro, y lo resuelve especificando que aquél «tendrá las mismas obligaciones y responsabilidades que un mandatario, pero no obligación de rendir cuentas de los frutos percibidos y consumidos, salvo cuando se demuestre que los invirtió en atenciones distintas del levantamiento de las cargas del matrimonio». A *fortiori* será aplicable este precepto a la sociedad de gananciales.

El régimen de participación en las ganancias lo regula el proyecto en su forma más alejada de la comunidad de gananciales, lo que me parece prudente, pues quien adopte este régimen será porque no desea el legal. Como es sabido, el régimen consiste en mantener totalmente separados los bienes de los cónyuges constante matrimonio, de modo que cada uno gobierne su capital y sus ingresos como propios, y contribuya a las cargas familiares como en el sistema de separación. Cuando el régimen se disuelve, piensan algunos en que funcione como si la comunidad hubiera existido, con lo cual surge entonces una masa de bienes comunes, compuesta por los que durante la vigencia del régimen hubieran

sido gananciales, y que, como se ve, llegan a adquirir esa condición ganancial en el momento de dividirse. Pero al surgir unos bienes realmente comunes, el régimen, si bien proporciona durante su vigencia plena autonomía y libertad de actuación a los cónyuges, no conseguiría evitar la mezcla de intereses y bienes, al haberse de partir entre marido y mujer o sus herederos los ganados o adquiridos por cada uno de aquéllos con sus ingresos y rentas, aunque los comprase con intención de quedárselos exclusivamente: por ejemplo, una sociedad anónima que ha fundado junto con sus familiares y que no desea compartir con el cónyuge: en particular, si el matrimonio no tiene hijos, y el otro cónyuge fallece primero, caso en el cual, en la regulación vigente, comparte los gananciales con el suegro o sus cuñados.

En el sistema del proyecto, cada esposo es, en su caso, mero deudor del otro: las ganancias no se parten en especie, sino en valor. O sea: una vez extinguido el régimen se investigará y calculará lo que un esposo tenía al empezarlo, o «patrimonio inicial», al que se añadirán los bienes adquiridos a título gratuito desde entonces, valorándose todos esos bienes con referencia al momento de la boda o al de adquirirlos; y luego se calculará el valor del «patrimonio final», o sea, los haberes del mismo cónyuge en el momento de terminar el régimen: todo el cálculo se hará en pesetas constantes. Si hay diferencia positiva entre el patrimonio inicial y el final, ésta representa la ganancia. La misma operación se hará en cuanto al otro esposo. Comparando entonces los resultados de uno y otro, el cónyuge que gana más tiene que igualar sus provechos con el que gana menos o nada, dándole la mitad del exceso (del *plus* de ganancia suya sobre la del otro), pero comunicándose en dinero, y sólo excepcionalmente y por su voluntad en otros bienes.

Otro punto en el que el régimen de participación se distingue del de comunidad de gananciales, si bien ahora aquél es más comunitario, es el de la consideración, como ganancias, de las plusvalías de los bienes. Sabemos que en el régimen de comunidad de gananciales no sucede así, pues los incrementos de valor de los bienes privativos son igualmente privativos, y si no se han producido con aportación de bienes comunes o trabajo de un cónyuge, permanecen en el patrimonio del dueño sin ninguna obligación de reembolso. En cambio, en el régimen de participación las plusvalías reales de los bienes, es decir, las que no sean puramente monetarias, producto de la inflación, se reparten entre los cónyuges, lo cual resuelve el problema de las ganancias de especulación: por ejemplo, por compra de solares improductivos con fondos propios, que el cónyuge adquirente retendrá para sí en la comunidad de gananciales, incluso el importe cuando se venda el solar, pues la plusvalía, el exceso del precio de venta sobre el de compra, no es, técnicamente, un fruto.

Según creo, el Partido Socialista Obrero Español propugna en

una futura regulación, como régimen legal, el de participación. Algunos vocales de la Comisión General de Codificación, de muy diversas tendencias, aunque probablemente ninguno del indicado partido, redactamos un voto particular, frente al proyecto definitivo, pidiendo que fuera este régimen de participación el que se estableciera como legal, si bien en parte esta petición estaba motivada, no por aversión al sistema tradicional de gananciales, sino precisamente por el temor de que no pudiera funcionar un sistema de gananciales como el del proyecto, que al romper con la tradición en favor de la gestión solidaria o conjunta de la comunidad, puede plantear en la práctica dificultades graves. Se nos opuso que el régimen de participación era demasiado nuevo e inusual en el país: la misma objeción que la doctrina francesa, a una proposición semejante, en la reforma de 1965. Se dijo entonces que era prematuro adoptar, a partir de la nada, como régimen legal, uno totalmente desconocido del público y de la práctica notarial. «Al menos por cierto tiempo, su lugar está en el banco de pruebas de los regímenes convencionales».

Es cierto, desde luego, que la opinión pública desconoce todo lo referente al régimen de participación, mas parecido desconocimiento tiene de los otros regímenes, y asimismo, salvo en cuanto a un par de rasgos muy simples, de la vigente «sociedad legal de gananciales». Si, como dice Cornu, comentando la reforma francesa de 1965, «sociológicamente, por una anticipación bastante rara y poco frecuente, la ley parece estar, en diversos puntos de vista, avanzada sobre las costumbres», queda siempre la duda de si al público le hubiera sido indiferente uno u otro régimen, y tampoco parece que las dificultades prácticas que plantea el de participación en el texto proyectado sean superiores a las del sistema de gananciales.

III. LA APORIA DE LA SOCIEDAD DE GANANCIALES Y SU SOLUCION EN EL DERECHO COMPARADO

Planteamiento.

Confieso que desde hace tiempo estaba intentando meter en cualquier trabajillo mío la palabra *aporia*, prestigiosa y biensonante, y la actual peripecia de la sociedad de gananciales me brinda la ocasión tantas veces buscada. En efecto, de una parte, la disciplina vigente, al ser en alguna manera contraria a la igualdad de sexos ordenada por la Constitución, ha de cambiar. Pero las diversas alternativas de reforma que suelen imaginarse o proponerse plantean, a su vez, una serie de inconvenientes que convierten la solución en problemática y hacen difícil la elección, y éste es el planteamiento que diccionarios y enciclopedias califican de aporético.

Me explicaré. Una vez que, en nombre del principio de igualdad de sexos, salvemos a la comunidad conyugal del poder gestor general y excluyente del marido, habremos de conferir ese poder, por aplicación del mismo principio, a ambos cónyuges por igual. Mas esto se puede entender de dos maneras: o sólo actuando conjuntamente marido y mujer pueden administrar los bienes e intereses comunes y disponer de ellos, o cada uno de los esposos puede, por sí, regir y enajenar. Lo primero, es lo más acorde, en pura teoría, con la idea de comunidad entre partícipes con idéntico derecho, pero ofrece el inconveniente de quedar entregada la marcha de la economía del matrimonio a la capacidad de entendimiento de ambos cónyuges, pudiendo paralizarla cada uno con su pasividad o su negativa a cooperar. Más aún entre comuneros animados de las mejores intenciones son frecuentes las diferencias de criterio, que en un condominio ordinario son menos graves porque en último término la indivisión se resuelve a petición de cualquiera de los porcioneros, pero que en una comunidad sobre un patrimonio al que se reconducen todas las ganancias de sus miembros y que sólo se puede disolver por acuerdo unánime, resulta mucho más perjudicial.

El hecho es que, en la historia, desde Julio César a Napoleón, pasando por el Politburó y el bajo Imperio, los triunviratos, las diarquías y otras fórmulas semejantes han sido siempre antesala de la dictadura o de la disolución del poder; nunca estructuras duraderas ni tampoco provechosas, y si una fórmula diárquica puede no ser fatal para la sociedad entre esposos, es porque éstos fácilmente encuentran otros modos más adecuados o prácticos de conducir en la realidad vivida su economía conyugal, respetando en la normativa del Código los requisitos y trámites como unas fórmulas vacías de contenido.

Mas si la exigencia del doble consentimiento amenaza con paralizar la vida del patrimonio consorcial, al no poder actuar un consorte sin el otro en ningún momento, la colación, a cada uno, de un poder omnímodo e igual sobre los bienes y asuntos comunes, podría acarrear ese mismo resultado al neutralizarse las gestiones y los contratos dispares y aun contradictorios. También aquí el remedio está en que en cada ámbito de competencia se abstenga un cónyuge, de acuerdo con el otro, de usar el poder que le concede la ley: un remedio, como se ve, igualmente fáctico y circunstancial.

Los más recientes sistemas de comunidad de gananciales han tratado de alcanzar el doble y contradictorio resultado de satisfacer el principio de igualdad entre los cónyuges y conseguir un gobierno ágil y diligente de las incumbencias familiares mezclando ambas fórmulas, pero también reduciendo el ámbito del patrimonio ganancial actual mientras dura el régimen, y por tanto ampliando correlativamente la esfera de actuación individual del cónyuge, no en cuanto gestor solidario del colectivo, sino rigiendo con poderes exclusivos y como propios suyos negocios y bienes que, a

la disolución del régimen, resultarán comunes. Tres de tales sistemas nos pueden servir ahora como término de comparación con el proyectado en nuestro país y piedra de toque de éste: respectivamente, el francés de 1965, el italiano de 1975 y alemán oriental de 1967.

La normativa actual del Código civil francés.

En 1965 una reforma en profundidad hacía tabla rasa de los preceptos del Código napoleónico de 1804; desplazaba de su posición de régimen legal al de comunidad de muebles y adquisiciones en favor de una nueva sociedad de conquistas, y excluía la ya obsoleta normativa de la dote.

El nuevo régimen se inspira, desde luego, en el principio constitucional de igualdad de sexos, pero sin que esa preocupación consiga romper del todo los esquemas tradicionales y realistas, según vamos a ver.

a) Por de pronto, para facilitar la gestión de los bienes, haciéndola individual, la reforma francesa sigue una doble vía.

De una parte, restringe la comunidad, haciendo privativos ciertos bienes aunque hayan sido adquiridos con gananciales: así, las ropas y objetos de uso personal, y los instrumentos de trabajo necesarios para la propia profesión.

De otra, concede la consideración de bienes privativos a unos que son, vocacionalmente, comunes, pero que el cónyuge debe conservar en su poder, gobernar y enajenar, como si fueran tuyos, aunque con la consideración de su futuro destino comunitario, en especie o en valor, y por tanto no en perjuicio del consorcio.

Así, cada cónyuge no sólo percibe por sí solo y con pleno derecho los frutos y rentas de sus bienes privativos, sino que los retiene y puede disponer de ellos a su arbitrio, mientras no los consuma o transfiera en fraude del consorcio. Dígase lo mismo de los sueldos, salarios, honorarios y cualquier otra remuneración, o de los beneficios de una empresa individual.

El cónyuge puede percibir las rentas o salarios en una cuenta corriente bancaria que será suya y de su exclusiva disponibilidad; o bien ingresarlos en ella: de esta cuenta podrá retirar cantidades sin necesidad de justificar al banquero específicos poderes. Si invierte cantidades de las que tiene a su disposición en títulos valores a su nombre, éstos siguen igualmente a su disposición.

Sin perjuicio de tales facultades individuales de cada esposo, la ley declara el derecho de la comunidad a «los frutos percibidos y no consumidos». Es decir: garantiza a marido y mujer la iniciativa del gasto razonable y la elección de la inversión de los fondos que posee, pero las adquisiciones hechas por él con las economías realizadas sobre los frutos, rentas y salarios, son de la comunidad.

Todavía, pero sólo frente a terceros de buena fe, un cónyuge puede disponer, él solo, de los bienes muebles comunes que detenta

individualmente, y en aplicación de esta regla realizar pagos al consorcio con dinero común.

b) Los bienes ingresados ya en el consorcio no se gobiernan en Francia en común. Aquí el legislador, tratando de ser realista, divide tales bienes en dos masas distintas y de muy diverso alcance: de una parte los gananciales adquiridos por la mujer con sus retribuciones y salarios, que constituyen los «bienes reservados» de ésta, y de otra parte los demás bienes comunes, que son gestionados por el marido. Cada cónyuge tiene, en relación a los bienes comunes que gestiona, el poder de realizar sólo todos los actos de administración propiamente dicha y, *a fortiori*, todos los actos conservativos, refiriéranse a bienes muebles o inmuebles. Sobre estos mismos bienes cada uno ejerce por sí el derecho de goce, pudiendo percibir sus frutos, conservarlos entre sus manos y disponer de ellos; y tales bienes —sin perjuicio de su condición consorcial— quedan obligados por sus deudas.

En cuanto a la disposición, corresponde en principio a ambos esposos conjuntamente, pero también hay excepciones en favor de los bienes de menor importancia económica administrados por un cónyuge.

c) Con todo, si en el gobierno de los bienes comunes, en línea de principio y hasta cierto punto se sigue el sistema del poder compartido, en cuanto a la atención a las incumbencias más inmediatas del hogar y de la familia la ley establece un poder solidario. Según el artículo 222 cada cónyuge tiene la facultad de concluir él solo, los contratos que tengan por objeto el mantenimiento del hogar o la educación de los hijos, obligando solidariamente al otro cónyuge todas las deudas contraídas que, evidentemente, son carga de la comunidad.

La fórmula italiana.

Si, en el Derecho francés, la aporía, en último extremo, se ha resuelto —o, más bien, eludido— mediante la división de poderes, la reforma italiana de 1975 ha profundizado en el recurso de aplazar la comunidad hasta la disolución del régimen en cuanto a la mayor parte de los bienes, quedando incluidos en el consorcio inmediatamente, esto es, desde su adquisición, sólo los objetos en los que es más ostensible la participación de los esposos.

Es decir, que la comunidad, de momento, se produce exclusivamente sobre «las adquisiciones realizadas por ambos cónyuges conjunta o separadamente, durante el matrimonio, con exclusión de las relativas a bienes personales»; «las empresas gestionadas por ambos cónyuges y constituidas después del matrimonio» y «las utilidades y los incrementos de las empresas pertenecientes a uno de los cónyuges antes del matrimonio, pero gestionadas por ambos». Como se ve, se trata de objetos que, en su origen, vienen gestionados ya conjuntamente por marido y mujer, o se adquieran por los

dos, entendiéndose por *adquisiciones* no las ganancias o las rentas, sino las compras, permutas, etc., que con ellas se hagan. Aun así, estos bienes se administran en su caso por el esposo adquirente sin intervención del otro, siendo preciso el consentimiento de ambos únicamente para las enajenaciones y demás actos de disposición.

Los otros bienes que hoy, en nuestro país, son gananciales, en Italia tienen una condición particular y anfibia: forman parte de la comunidad sólo y en cuanto subsistan a la disolución del régimen, y en ese momento. Así, en particular, «los frutos de los bienes propios de cada uno de los cónyuges, percibidos y no consumidos a la disolución de la comunidad», y «los provechos de la actividad separada de cada cónyuge si, a la disolución de la comunidad, no han sido consumidos». Mientras no llega el caso, el cónyuge titular de estos bienes tiene su libre disponibilidad, salvo el límite general del deber de contribuir a las cargas de la familia. Ni siquiera tiene una obligación de diligencia, de conservar tales bienes, o de hacerlos fructificar.

Todavía, en la administración de los escasos bienes que son gananciales constante matrimonio, como en el tema mucho más importante de la dirección de la familia, se requiere el acuerdo de ambos cónyuges para las resoluciones de principio; para fijar las grandes orientaciones o para enajenar bienes de especial importancia económica, mientras la facultad de ejecutar los acuerdos de principio entre los cónyuges, como la de atender a las incumbencias cotidianas y ordinarias de la hacienda doméstica, corresponde individualmente a cada uno de aquéllos, sin que entre uno y otro se repartan esferas distintas de competencia.

Se distingue, pues, entre actos de ordinaria administración, que puede realizar cualquier cónyuge, y los de gestión extraordinaria, para los que se requiere el consentimiento de ambos, como enajenar los bienes comunes o gravarlos.

El sistema de Alemania oriental.

En un régimen político donde todas las economías privadas son muy modestas, la regulación fácilmente podía acentuar la faceta comunitaria y simplificar los preceptos, al prescindir de los problemas que plantean las fortunas personales de alguna importancia, y en particular las fundadas en la explotación del trabajo ajeno.

Esta acentuación del aspecto comunitario no se lleva a cabo en la Alemania Oriental, con todo, ampliando el elenco de bienes comunes: al contrario, la ley de 1967 no sólo reserva en calidad de bienes privativos, aun adquiridas a costa de bienes comunes, a las cosas utilizadas por un cónyuge para la satisfacción de sus necesidades personales o para el ejercicio de la propia profesión, en tanto su valor no sea desproporcionado con los ingresos y el patrimonio común de los esposos, sino también al dinero que separan éstos

para el gasto personal independiente de cada uno, o «dinero de bolsillo», así como las cosas adquiridas con ese dinero o los ahorros formados a costa de él; lo cual no deja de tener importancia en unas economías siempre de escaso volumen.

Mas no sólo la composición de los bienes comunes restringe el ámbito del consorcio, sino que también contribuye a ese resultado la dinámica del ingreso en el patrimonio común, por cuanto no basta la condición de *fruto*, ni la de *ganancia*, para que un bien se haga propio de la comunidad. Al contrario, el acervo ganancial viene constituido exclusivamente por las cosas específicas o genéricas adquiridas a costa de los medios que cualquiera de los cónyuges ha conseguido como retribución o renta de sus bienes. Un patrimonio, pues, de segundo grado, en el cual no ingresan directamente las mercancías producidas por la pequeña industria o artesanía de cada cónyuge, el crédito por sus salarios o las rentas o los intereses de sus bienes, ni tampoco el dinero percibido en tales conceptos, o bien el producto del trabajo del artesano; sino, luego, los bienes comprados con esos medios, y exclusivamente cuando se compren. Con todo, es también común el *ahorro* propiamente tal, de modo que el dinero ganado por cada cónyuge, en cuanto no sea «dinero de bolsillo», acaba por pasar al consorcio, una vez que su condición de *ahorro* sea inequívoca.

En principio, la gestión y disposición de los bienes comunes es asimismo común, pero esta regla no se aplica literalmente sino a las disposiciones sobre inmuebles urbanos y fincas rústicas, que han de ser realizadas por los cónyuges de acuerdo, mientras que en cualquier otro ámbito, frente a terceros ajenos al hogar cada cónyuge puede representar, él solo, a la comunidad, con plena eficacia salvo que el tercer adquirente conociera la voluntad del otro esposo contraria a la enajenación.

Además, y esto es lo realmente importante para la casi totalidad de los hogares, «cada cónyuge está legitimado para representar al otro en las incumbencias de la vida común». Por los negocios jurídicos concluidos en este ámbito puede ser demandado cualquiera de los esposos; representación recíproca legal de la que ningún cónyuge puede, en principio, privar al otro, y que entraña una fuerte solidaridad en los asuntos domésticos, que permite hacer responsable, por propia iniciativa de un cónyuge, no sólo al fondo común, sino al otro esposo. Esta facultad acentúa, como se ve, la línea comunitaria de la economía familiar mucho más y con más eficacia que la imposición, como régimen legal, de la reducida comunidad de ganancias, y pone en primer término, por encima del principio de actuación conjunta, el de actuación individual solidaria.

IV. LA SOLUCION DEL PROYECTO

Ambito de la comunidad.

Frente a estas experiencias extranjeras, el proyecto español es, en cierto modo, tradicionalista, pues si prescindimos de las reformas de técnica que son muy abundantes y afortunadas, en el aspecto político lo fundamental de su tarea consiste en atribuir a ambos cónyuges, conjunta o separadamente, las facultades que antes competían al marido.

No obstante, también ha introducido otros cambios de alguna consideración, y así la caracterización, como bienes privativos, que hace el artículo 1.346-7.^º y 8.^º, de «las ropas y objetos de uso personal que no sean especialmente valiosos», y «los instrumentos necesarios para el ejercicio de la profesión u oficio, salvo cuando éstos sean parte integrante o pertenencia de un establecimiento o explotación de carácter común»: se entiende, aunque estos objetos hayan sido adquiridos a costa de los bienes comunes, y sin derecho a reembolso, al suponer la adquisición un acto debido de la comunidad frente al cónyuge; una parte del deber de alimentos o de las cargas usufructuarias.

La noción de ropas de «uso personal» contrapone estos objetos a los de «uso común», como pueden ser una mantelería, o acaso las mismas sábanas de cama que alhajan ésta, y no a la persona: quizás el proyecto se refiere aquí más bien, según se interpreta en los preceptos correspondientes de otros ordenamientos europeos, a los vestidos, si bien los trajes profesionales probablemente entran mejor en el apartado 8.^º.

Entre los objetos de uso personal pueden entrar aquellos que, aun siendo de carácter meramente ornamental o voluptuario, corresponden a las circunstancias sociales de los cónyuges (pieles, objetos de oro, colecciones), y, en general, a todo lo que constituye el equipo individual y personal (reloj, lentes, afeitadora, accesorios deportivos de uso personal), con arreglo a las valoraciones sociales corrientes, esto es, según un criterio no remitido a la mera discreción de los cónyuges. Lo decisivo para que se pueda alegar la propiedad individual es que los objetos no sean valiosos *especialmente*, lo que permite incluir entre los bienes propios a todos cuantos se usan en exclusiva por el cónyuge y tiene un valor que permite considerarlos como objetos corrientes según la posición social del matrimonio.

En la doctrina italiana se ha planteado el problema de si pueden ser objeto de uso personal el automóvil o los bienes inmuebles. Este segundo interrogante no parece que pueda plantearse en el Derecho español, pues las denominaciones de «objetos» e «instrumentos» sugieren que el legislador pensaba en la condición mobiliaria de todos ellos, e incluso difícilmente podría calificarse como «de uso personal» en el sentido del legislador el ejemplo que cita algún

autor del derecho sobre la propia sepultura. Pienso lo mismo en cuanto al automóvil usado normalmente por uno de los cónyuges, aunque el tema sea más discutible, y en algún caso el carácter privativo sería claro, como en el del vehículo adaptado a la capacidad y posibilidad de movimientos de un paralítico o accidentado, que éste usa necesariamente en sus desplazamientos por la ciudad. En apoyo de una interpretación restrictiva de la expresión «ropas y objetos» cabe alegar el artículo 1.406, que permite al cónyuge pedir que se incluyan en su lote, a la disolución de la comunidad, «los bienes de uso personal», es decir, los que no entran en el concepto de «ropa» y «objetos» o son especialmente valiosos.

En cuanto a los instrumentos de la profesión u oficio, obsérvese que el proyecto no exceptúa a ninguno, cualquiera que sea su valor, lo cual puede dar lugar a consecuencias bien poco equitativas si, como parece, esta apropiación de bienes adquiridos a costa del dinero común se realiza sin reembolso; el cónyuge que tenga una profesión puede crearse bienes propios a costa de caudales comunes, acaso ganados por el otro. Pensemos en un marido violinista que a costa de una cuenta corriente común compra un «Amati» para sus conciertos.

Sí parece exigible que los muebles sirvan directamente al ejercicio de la profesión. «En general —dice De Paola— se tratará de accesorios, máquinas, instrumentos necesarios para el ejercicio de la profesión y que no agotan inmediatamente su utilidad, como bibliotecas, máquinas de escribir, aparatos científicos, utensilios de trabajo, y también, en su complejo, el estudio profesional con todos los anexos, a excepción de aquellos bienes que tienen una función meramente ornamental (cuadros importantes, muebles antiguos, colocados en el estudio del profesional)».

El proyecto muestra una preocupación loable porque el patrimonio común conserve su valor frente a la inflación. En efecto, el problema del cónyuge que, utilizando a la comunidad como banquero, se crea bienes propios con fondos comunes en espera de restituir las cantidades gastadas por él, sin intereses, a la disolución del consorcio, venía agravado en los últimos decenios por la constante de pérdida de valor adquisitivo del dinero, por causa de la cual las cantidades restituidas en el momento final, al consorcio, por el cónyuge que las venía aprovechando, aunque iguales en número de unidades monetarias, eran muy diferentes en valor, representando esos «préstamos» un verdadero despojo de la comunidad. A ello pone remedio el texto probado, que habla en el artículo 1.358 de restituir el *valor satisfecho* a costa de los bienes comunes (o, en su caso, de los privativos); y en los artículos 1.397 y 1.398 de la computación de las cantidades y bienes según su *importe actualizado*, lo que equivale a ordenar que se tenga en cuenta el valor de la cantidad debida en el momento de salir del patrimonio común, y se devuelva otra semejante en valor, no en unidades monetarias, en el momento mismo de la restitución.

El ingreso de los bienes en el consorcio.

Vamos ahora a un tema muy importante, a saber, el de cuándo se hacen gananciales los bienes a los que el Código señala este carácter, y más concretamente, entre ellos, los bienes «obtenidos por el trabajo o la industria de cualquiera de los cónyuges» y «los frutos, rentas o intereses que produzcan tantos los bienes privativos como los gananciales» (art. 1.347-1.^º y 2.^º).

Hemos advertido en los tres sistemas del Derecho comparado cómo se retrasa más o menos tiempo el ingreso de tales bienes en la comunidad, lo cual durante un cierto intervalo, a veces muy largo, queda justificado por la consideración —válida también para nuestro proyecto— de que lo que se hace común no es el fruto desprendido de la rama o separado de la tierra, ni el objeto fabricado por la industria del cónyuge, sino el *beneficio* que queda después de abonar los gastos de producción, de igual modo que tampoco puede considerarse ganancia el capital circulante de la empresa industrial, comercial o agrícola de uno de los cónyuges, aunque se halle nutrido de los gananciales de ésta; ni las rentas del arriendo de la casa, mientras no se paguen los gastos ocasionados por las reparaciones, portería, impuestos, etc., ni los honorarios del profesional, por el mismo motivo.

Cabría alegar que todos esos bienes son gananciales por cuanto el pago de los gastos e impensas grava también el patrimonio común, y sin que esa condición ganancial obste ahora a la facultad del cónyuge de administrar, no sólo sus bienes, sino también los frutos. Incluso reforzaría este punto de vista del artículo 1.382 del proyecto, a cuyo tenor «cada cónyuge podrá, sin el consentimiento del otro, servirse del numerario ganancial que le sea necesario para el ejercicio ordinario de su profesión, explotación regular de su empresa o administración ordinaria de sus bienes, ateniéndose a los usos y circunstancias de la familia»: como se ve, servirse, como circulante, de un numerario que es ya *ganancial*. Mas esta norma establece tal facultad a mayor abundamiento, y para cuando el cónyuge no tenga circulante propio: y mientras no se hayan detraído las cargas, que evidentemente pesan también sobre el patrimonio personal del cónyuge propietario, profesional, etc., no hay razón para exponer tales bienes, si se les atribuye la condición de *gananciales*, a otras responsabilidades distintas.

Considero preferible, así, entender que no se puede reconocer la existencia de frutos gananciales, de verdaderas ganancias, mientras no se haya liquidado el ejercicio económico y el exceso de bienes aparezca en forma de un remanente, por lo común en dinero.

Esta idea, común en nuestra doctrina, y que ha tenido algún reflejo en la jurisprudencia, se acenta también en el proyecto, al establecer el artículo 1.381-1.^º que «cada cónyuge tendrá la admi-

nistración de su patrimonio privativo y puede, a este efecto, disponer de los frutos y productos de sus bienes». Es decir, no sólo a efectos de satisfacer con ellos las cargas usufructuarias, sino a efectos de gestionar tales bienes, de donde se deduce que los frutos naturales e industriales de que dispone son percibidos directamente por el cónyuge titular, sin intervención del otro y como si fueran bienes privativos: son objeto de liquidación futura, y no ya gananciales por sí e inmediatamente. Mientras no lleguen a tener esta última condición, el cónyuge es dueño de ellos, y no podrán ser embargados por deudas comunes, pese que «los frutos y ganancias forman parte del haber de la sociedad y están sujetos a las cargas y responsabilidades de la sociedad de gananciales» (art. 1.381-2.º). Este inciso sólo puede referirse a bienes que son ya ganancia limpia.

La tenencia y administración individual de los gananciales.

Mas, ¿qué ocurre después, una vez que los frutos y rendimientos han sido ya liquidados? Y también, ¿qué ocurre con las ganancias que se reciben líquidas, como el sueldo o salario?

Tales bienes gananciales pueden quedar en poder de los cónyuges, sea conjuntamente —dinero en una cuenta indistinta, por ejemplo, o depositado en una caja a la que tienen ambos acceso— o bien individualmente, como si el sueldo o los honorarios los recibe un esposo en su cuenta bancaria personal. A esta última situación se refieren en el proyecto, aparte el artículo 1.382 ya citado, los artículos 1.384 y 1.385, del tenor siguiente:

«Serán válidos los actos de administración de bienes y los de disposición de dinero o títulos valores, realizados por el cónyuge a cuyo nombre figuren o en cuyo poder se encuentren.»

«Los derechos de crédito, cualquiera que sea su naturaleza serán ejercitados por aquél de los cónyuges a cuyo nombre aparezcan constituidos.»

Del segundo de estos preceptos se desprende que cada cónyuge tiene el poder exclusivo de percibir directamente las cantidades que le son debidas como retribución de su trabajo o en cualquier otro concepto —venta de frutos, por ejemplo—; y del artículo anterior y el 1.382 se desprende que tal cónyuge puede abrir una cuenta corriente personal en un banco e ingresar en ella los correspondientes importes.

Sin embargo, y supuesto que —como veremos enseguida— la gestión de los gananciales corresponde conjuntamente a ambos esposos, ¿podría conservarlos indefinidamente? O sea: ¿cabe reclamar, para que se incorporen al acervo de bienes sometidos a la administración conjunta de los cónyuges, a aquellos que se encuentran en titularidad o posesión de uno solo de ellos? Por ejemplo: la mujer compra una finca con fondos gananciales que tiene en su poder, o en una cuenta a su nombre, porque proceden de sus rentas o los ahorró sobre el sueldo de su empleo, o del dinero

que recibía de su marido para los gastos domésticos. La adquisición la hace la mujer a su nombre, sin manifestar nada más, y la finca se inscribe en el Registro a su nombre y para la sociedad conyugal. ¿Puede administrar ella sola mientras dure la comunidad, con exclusión de su marido? ¿O bien puede éste reclamar que la administración se lleve entre los dos? Y lo mismo cabe preguntar en relación a cualesquiera objetos de naturaleza mueble (y no de uso personal o profesional) adquiridos aisladamente por el marido o la mujer.

La posibilidad de conservar indefinidamente bajo su administración los bienes gananciales el cónyuge que los adquiere y retiene, y a cuyo nombre figuran, no se desprende de los artículos 1.384 y 1.385: una cosa es que, según explica el artículo 1.384, los actos de administración y disposición de determinados bienes sean válidos frente a terceros y también *inter partes*, si los realiza (sin fraude) el cónyuge poseedor o titular; y otra bastante distinta es si puede o no el otro reclamar al poseedor los bienes gananciales que detenta, para administrarlos entre ambos. Dicho artículo 1.384, pues, no confiere al cónyuge titular nominal o poseedor la facultad exclusiva de administrar: se limita a explicar que sus actos de gestión «serán válidos», por lo que ante el principio general de igualdad de derechos, pienso que la gestión puede ser asumida por el colectivo tan pronto lo pida uno de los cónyuges, salvo que se trate del dinero o bienes precisos para la empresa, explotación o profesión. Pues, a excepción de este supuesto, el mero hecho de detentar unos bienes ganados por el cónyuge detentador, o también por el otro, no confiere a aquél el derecho a seguir administrándolos, al no ser ése el sentido del artículo 1.384.

O sea, los actos de administración y disposición de cada cónyuge respecto de los bienes que posee son válidos en los términos del artículo 1.384: el cónyuge puede seguir administrando los bienes, percibiendo sus rentas, acaso invirtiéndolas, colocando dinero y traficando con títulos valores, tanto tiempo cuanto su consorte no reclame la administración conjunta de los bienes realmente gananciales (no el circulante ganancial de una empresa propia o los frutos sin liquidar), en cuyo momento pienso que el hecho —si se da— de provenir los importes que el cónyuge administra de ingresos, industria y bienes propios, no es suficiente para seguir administrándolos él solo ni tiene derecho exclusivo.

Cabe preguntarse, con todo, si no resultaría preferible, para simplificar y evitar conflictos, que el proyecto adoptase la solución opuesta de conservar cada cónyuge en su poder y administrar con independencia los bienes ganados por él, lo que operaría un verdadero reparto de competencias muy conveniente para cuando el nivel de entendimiento en el matrimonio llegue a estar «bajo mínimos».

Los actos de disposición de cualesquiera bienes que no sean

dinero o valores escapan a la potestad individual del cónyuge, salvo que se realicen en el ejercicio de la gestión doméstica.

Las rentas e ingresos que devienen gananciales no son aquellos que no ha gastado el cónyuge perceptor del salario o los frutos, sino los que no ha gastado razonablemente y dentro de lo que, en una apreciación objetiva, se pueda considerar como gasto legítimo. Quiero decir que el cónyuge no está legitimado para, sin acuerdo del otro, expender prodigamente sus rentas en vivir a un nivel superior al que corresponde a su economía y la de la familia, y que probado esto, o bien que los gastos fueron precisamente en perjuicio de los deberes familiares, habría de restituir el exceso, el gasto injustificado y desproporcionado, a la comunidad, como «acto en fraude de los derechos de su consorte» del artículo 1.391: la determinación del nivel de consumo de la familia es cosa de dos.

Una particularidad más tiene la situación de tenencia de bienes gananciales por un cónyuge, v que comparte con un evento parecido del régimen de separación. Según el artículo 1.439, relativo a este último régimen, «si uno de los cónyuges hubiese administrado o gestionado bienes o intereses del otro, tendrá las mismas obligaciones y responsabilidades que un mandatario, pero no tendrá obligación de rendir cuentas de los frutos percibidos y consumidos, salvo cuando se demuestre que los invirtió en atenciones distintas del levantamiento de las cargas del matrimonio». Es indudable la aplicabilidad de la sustancia de este precepto al supuesto que nos ocupa, y por tanto, que el cónyuge no ha de dar cuenta, él, de los frutos consumidos, presumiéndose que los que faltan se invirtieron en el mantenimiento de la familia, y siendo el que impugne este destino quien habrá de demostrar que el poseedor aplicó los frutos a atenciones que no constituyan carga de la comunidad: o, en su caso, que dejó de percibir frutos que hubiera debido obtener.

Cuando los bienes comunes se hallan en poder o titularidad de un solo cónyuge no por eso dejan de responder por las deudas del otro que incidan sobre la comunidad: los acreedores por deudas comunes de un cónyuge sin duda pueden embargar asimismo los bienes de este carácter que se hallen en poder del otro, los cuales no por ello dejan de ser consorciales: la posesión o titularidad exclusiva faculta al cónyuge poseedor o titular para disponer, con exclusión de su consorte, sobre tales bienes, en los términos del artículo 1.384; pero no libera a éstos, por ejemplo, de la responsabilidad directa con que los grava el artículo 1.365 del Proyecto por deudas contraídas, en presumible servicio de la comunidad, por cualquiera de los esposos; y lo mismo ocurre en todos los otros supuestos en que el patrimonio común puede ser hecho responsable (incluso en el del artículo 1.373, responsabilidad de los bienes comunes por deudas exclusivamente personales de un cónyuge).

La adquisición individual de bienes gananciales.

Evidentemente pueden la mujer o el marido, con los bienes y ahorros que conservan en su poder, atender a las cargas del matrimonio, el hogar y los hijos, en la manera que por sí mismo decida cada uno. Pero, ¿puede un cónyuge, contratando él solo y sin anuencia del otro, adquirir con tales bienes y ahorros cosas o derechos que no pertenezcan a la esfera de la administración doméstica corriente, al ejercicio ordinario de su profesión o la explotación regular de sus negocios? O bien: ¿puede adquirirlos comprometiendo, por el pago del precio, a los bienes gananciales? Por ejemplo, comprar una piedra preciosa como inversión, o un mueble de gran precio para la casa, o acciones, o una dehesa, o vender los valores que figuran a su nombre.

En cuanto a terceros, la solución afirmativa se desprende inequívocamente del artículo 1.384. Mas *inter partes*, en la relación entre los cónyuges, por la negativa cabe alegar que el artículo 1.384, cuando declara válidos los actos de disposición de dinero ganancial por el esposo que lo posee, debe interpretarse restrictivamente frente a la regla general del artículo 1.375, de disposición conjunta de los bienes gananciales: el artículo 1.384, dirigido más bien a conservar el crédito del matrimonio y de cada uno de los cónyuges frente a terceros evitando a éstos enojosas investigaciones sobre la procedencia del dinero empleando por un cocontratante casado, no podría consagrar, en la relación interna, las decisiones puramente individuales en orden a los actos que modifican la composición del capital del consorcio.

Sin embargo, no parece que el significado del artículo 1.384 sea tan estricto, dada la necesidad de agilizar la gestión de los bienes comunes: cabe pensar que el precepto en cuestión trata de confiar a cada esposo la decisión sobre la inversión, dentro de la sociedad de gananciales, del dinero que él gana y que por ello se halla en una cuenta suya. Consideración que resultaría muy reforzada por la disciplina de la composición del activo común: los correspondientes preceptos del proyecto demuestran que se considera como caso ordinario la adquisición de toda clase de bienes, y por tanto también los inmuebles, por un solo cónyuge y para la sociedad, con fondos de ésta.

¿Podemos decir, entonces, que la reforma se ha concretado, en este punto, a conferir a la esposa, también, los mismos poderes que en el sistema actual corresponden sólo al marido, y que ahora serían de ambos indistintamente? Ciertamente no, aunque se acepte esta segunda tesis. En el sistema tradicional actualmente vigente el marido que compra una finca o un automóvil al contado, los paga válidamente con su dinero privativo o del numerario ganancial que, en teoría, se halla todo en su poder y mezclado con sus propios bienes. Si el precio es aplazado en todo o en parte, com-

promete, por la deuda, indistintamente los bienes gananciales y los suyos propios, y sólo contra él podrá dirigir su acción el vendedor. En cambio, con arreglo a la normativa del proyecto, cuando un cónyuge compre una dehesa o unos valores, no podrá pagar el precio de contado con los bienes gananciales que tiene en su poder su consorte, siendo discutible si puede hacerlo —al ser la compra, por hipótesis, obra unilateral suya— con los bienes gananciales que se hallan en coposesión de ambos cónyuges, pues el artículo 1.384 podría entenderse referido a los bienes y fondos que el cónyuge tiene exclusivamente a su propio nombre o que posee él solo.

Pero, sobre todo, tratándose de precio aplazado, la situación del cónyuge adquirente es radicalmente diversa de la del marido que con arreglo al vigente Código administra la comunidad. Un cónyuge solo no está legitimado, según las normas del proyecto, para comprometer los bienes comunes sino en los casos muy concretos que vamos a estudiar a continuación, y por tanto el bien comprado a crédito lo debería él, a pagar eventualmente con los fondos gananciales que tuviera a su nombre, y sólo con cargo a sus bienes privativos si no los tenía, adquiriendo el bien condición ganancial y privativa en su caso, en proporción a la parte de precio pagada con cargo a una y otra masa patrimonial.

El principio de gestión conjunta.

En acatamiento a la norma constitucional que impone la igualdad de sexos, establece el artículo 1.375 del proyecto, con el que se abre la sección titulada «de la administración de la sociedad de gananciales», que «en defecto de pacto en capitulaciones, la gestión y disposición de los bienes gananciales corresponde conjuntamente a los cónyuges, sin perjuicio de lo que se determina en los artículos siguientes».

A *fortiori* es aplicable la regla de gestión conjunta al caso de disposición sobre la vivienda común y los muebles que la equipan, pues como ya expliqué, el artículo 1.320 requiere el consentimiento de ambos esposos, incluso si vivienda y muebles son propiedad exclusiva de uno de ellos.

Esta regla tiene excepciones, como la ya vista de la gestión de bienes en posesión o titularidad de un solo cónyuge, o bien la administración doméstica, o los gastos urgentes a los que aludiré enseguida; mas fuera de estos supuestos expresos en el Código, toda la administración de los gananciales y la familia, el ingreso, la inversión y el gasto, corresponde al colectivo de los cónyuges; ha de ser resultado de una decisión colegiada. Cada cónyuge tiene derecho a que se cuente con él para cualquier movimiento, y éste, por tanto, no puede hacerse sin su anuencia, lo que, en ciertos casos, puede hacer más lenta la marcha de asuntos o materias importantes para la economía conyugal. Si en el latifundio ganan-

cial pretende el marido sembrar trigo, y la mujer cebada, la finca puede quedar inulta aquel año mientras el juez se pronuncia sobre esta cuestión agroeconómica, por sumario que sea el procedimiento.

Es de suponer que, en la práctica, los conflictos que lleguen a los tribunales serán escasos, de una parte porque en la gran mayoría de matrimonios de fortuna modesta que compone nuestra sociedad las divergencias no tienen fuerza económica para llegar a los tribunales, de otra, porque cuando los bienes abundan, aunque sean gananciales, muchas veces se hallan en poder o a nombre de uno de los cónyuges; y, finalmente, porque la igualdad de sexos impuesta por la Constitución es un derecho, no un deber, y todos sabemos que en cada matrimonio se forma una jurisprudencia de reparto de competencias y administraciones que, salvo las formalidades oficiales, viene sustituyendo hoy en la práctica a la supuesta administración marital, como sustituirá luego a la administración asamblearia.

Cuando el acto de administración lo realizan ambos esposos conjuntamente, responden de las obligaciones asumidas, junto con los bienes gananciales, los patrimonios privativos de uno y otro.

Cuando el acto lo realiza un cónyuge sin oponerse el otro, será el patrimonio de aquél, junto con los bienes gananciales —al menos, los que tiene aquél en su poder, pero creo que también los demás— el que responda.

Pero, ¿qué ocurre cuando se trata de un acto realizado a iniciativa de un cónyuge, para el cual ha solicitado y obtenido el consentimiento del otro? ¿Responde también el patrimonio de éste?

El proyecto no resuelve expresamente el problema, y las razones en pro y en contra de la solución afirmativa se hallan equilibradas: frente al argumento de que el acto es también de administración conjunta, y al de que no es justo gravar con mayor responsabilidad al cónyuge que se toma el trabajo de cuidar de los asuntos comunes, restándole estímulo para hacerlo, cabe oponer la realidad sociológica de que en las fortunas importantes es más frecuente el supuesto de un cónyuge que las administra, el dueño o acaso el marido, frente a la no oposición del otro, que ha podido prestar su consentimiento expreso por bien de paz o por temor, sin ánimo de comprometer en la operación sus propios bienes, y sin que le obligue a ello la regulación proyectada. Añadamos la razón jurídica de que en ningún texto del proyecto podemos encontrar esa imposición de responsabilidad. La solución negativa es mucho más clara cuando el consentimiento de un cónyuge ha sido suplido por la autorización judicial.

Dígase lo mismo para los actos de disposición, en los que el enajenante por título oneroso contrae una obligación de garantía por evicción o vicios ocultos que no debería gravar el patrimonio personal del cónyuge que se limita a asentir.

Es decir, que, aun en el proyecto, podría pensarse en casos en los que los consentimientos de ambos cónyuges no tengan o no deban tener valor equivalente.

El proyecto previene la autorización judicial supletoria de la imposibilidad de consentir un cónyuge a los actos de administración o disposición de bienes gananciales propuestos por el otro, o su negativa injustificada.

Esta posibilidad de superar, mediante la autorización judicial, la negativa de uno de los cónyuges a consentir, constituye una excepción en relación con el régimen de la indivisión ordinaria, o el de la sociedad civil, al requerirse en aquélla la unanimidad para los actos de disposición, y al tener en ésta el derecho de voto cualquier socio si no se ha pactado lo contrario: en ambos supuestos la negativa a consentir alguna operación constituye un obstáculo insuperable para la realización de la misma.

El que no ocurra así en tema de sociedad familiar confirma que su administración, dirigida a asegurar la buena marcha de la familia más que la conservación de los bienes, presenta aspectos particulares que no consienten clasificarla en los esquemas ya conocidos.

La autorización judicial supletoria se presta en un procedimiento sumario y con figura de jurisdicción voluntaria, y desde luego no puede tolerar impugnación ulterior en un juicio declarativo, pues tal autorización sólo puede ser eficaz en el tráfico, y conseguir con ello su objeto, si surte efectos definitivos e irrevocables: si el que contrata con el cónyuge que obtuvo la autorización sabe que ésta es irrevocable e inimpugnable. Cosa distinta es que se demuestre luego, exclusivamente en la relación entre los cónyuges, la inconveniencia de la operación, o la culpabilidad del esposo que tomó la iniciativa de ella, o bien, incluso frente a tercero, el fraude en que éste fue cómplice.

El acto oneroso al que falta el consentimiento de uno de los cónyuges se declara por el artículo 1.322 del proyecto simplemente anulable.

Esta calificación constituye una derogación de los principios generales en tema de invalidez e ineeficacia, y asimismo en tema de comunidad, según los cuales la venta de una cosa común realizada sólo por algunos condóminos supone la ineeficacia, y no ya la anulabilidad del contrato: éste es un acto incompleto, a falta de uno de sus requisitos de perfección. Sin embargo, como dice De Paola, si se considera que la comunidad entre cónyuges se distingue netamente de la comunidad ordinaria, y que el poder de administración de aquéllos adopta la figura de una potestad familiar, puede convenirse en que la sanción de la anulabilidad es congruente con la tutela de los intereses de la familia, consiguiéndose así que corresponda sólo a la persona investida del poder de consentir, la valoración de la oportunidad o no de impugnar el acto.

El poder individual de obligar a la comunidad.

Tradicionalmente, junto a la facultad exclusiva del marido de gobernar los bienes comunes —reflejo, en realidad, de su preeminencia en la familia e instrumento de ella— se reconoce a la esposa un poder en las incumbencias del hogar, acuñado en Alemania con el nombre de «potestad de las llaves» y que en Francia, durante mucho tiempo, se hizo proceder de un mandato tácito o uno presunto del marido.

Hoy, equiparados los cónyuges en derechos, no tiene ya acomodo un poder de la mujer que constitúa una excepción a la exigencia de licencia marital o, en cualquier caso, permitía a ésta hacer responsable de las deudas domésticas al patrimonio de su marido con preferencia a los propios haberes de ella. Hoy, iguales ambos cónyuges, el problema que subsiste es el de hacer participar a los bienes gananciales e incluso al patrimonio privativo de cada uno, en la responsabilidad por las deudas que el otro contraído en beneficio del hogar y la familia, ampliando así la solvencia de ésta y facilitando, por tanto, la satisfacción de sus necesidades, a la vez que se descarga parcialmente al cónyuge que contrató de una responsabilidad que no era justo imponerle sólo a él.

Tal es ya la finalidad del vigente artículo 65 del Código civil, que ha pasado a ser el 1.319 del proyecto con el texto siguiente:

«Cualquiera de los cónyuges podrá realizar los actos relativos a cosas y servicios para atender las necesidades ordinarias de la familia encomendadas a su cuidado, conforme al uso del lugar y las circunstancias de la misma. De las deudas contraídas en el ejercicio de esta potestad responderán subsidiariamente los bienes del otro cónyuge.»

El enunciado no es excesivamente técnico, y en verdad el primer párrafo se explica sobre todo en función del segundo, puesto que la posibilidad de atender a las necesidades familiares, una vez suprimida la licencia marital, no era preciso que la estableciera la ley, y al haber desaparecido la obligación y facultad del varón que iba unida a su preeminencia, no quedaba sino gravar con la una y conceder la otra a ambos cónyuges, pese a la posibilidad de conflictos que entraña conceder el mismo poder absoluto a dos distintas personas, sólo atenuada si se entiende que cada una tienen «encomendadas a su cuidado» parcelas distintas de la vida familiar.

Con la nueva disciplina, el antiguo mandato tácito que el marido podía revocar expresamente a su mujer se ha transformado en un poder que concede la ley individualmente a uno y otro cónyuge, y que ninguno puede suprimir o restringir en el otro. No voy ahora a detenerme en el régimen de este poder, que bien podría ser objeto de una disertación o de un libro, y me limito a señalar su carácter de excepción importante a la regla de actuación conjunta: en tema de satisfacción de las necesidades ordinarias de la familia

cada uno tiene las mismas posibilidades de comprometer, no ya sólo los bienes comunes, sino asimismo los del otro cónyuge.

En realidad, al mismo resultado se llega poniendo en relación el artículo 1.365-1.^º, que hace responder directamente a los bienes gananciales de las deudas contraídas por un cónyuge en el ejercicio de la potestad doméstica, con el 1.369, a cuyo tenor «de las deudas contraídas por un cónyuge que sean además deudas de la sociedad responderán también solidariamente los bienes de ésta». De donde se deduce, asimismo, que la responsabilidad de los bienes del cónyuge que contrata y los gananciales es solidaria, de modo que el acreedor podrá dirigirse, a su elección, contra unos y otros, y por tanto también contra los gananciales que se hallen en poder del otro cónyuge, lo cual no dejará de ofrecer dificultades y se presta a fraudes. El artículo 1.319 establece, adicional y subsidiariamente a la responsabilidad de los deudores solidarios, la de los bienes del otro cónyuge.

Otra excepción a la regla de actuación conjunta se contiene en el artículo 1.386: «para realizar gastos urgentes de carácter necesario, aun cuando sean extraordinarios, bastará el consentimiento de uno solo de los cónyuges». A contrario, pues, cuando un gasto extraordinario no sea urgente, aun de carácter necesario, será precisa la concurrencia de los consentimientos de ambos esposos.

Además, en cierto modo también supone excepción a la actuación conjunta lo dispuesto en el artículo 1.365, según el cual los bienes gananciales responden directamente de las deudas contraídas por un cónyuge «en el ejercicio ordinario de la profesión, arte u oficio o en la administración ordinaria de sus bienes propios»; por supuesto, asimismo en la gestión de los gananciales cuando le corresponda. Vuelve a producirse aquí el problema planteado por la responsabilidad de los bienes gananciales en poder del cónyuge no deudor.

Advirtamos, finalmente, que el patrimonio ganancial también puede quedar afectado por las deudas personales de los cónyuges, si bien respetando los derechos que en él corresponden al otro. En efecto, el artículo 1.373 del proyecto autoriza al acreedor insatisfecho de un cónyuge por deudas personales de éste a pedir el embargo de la parte que corresponde a dicho cónyuge en la sociedad: no siendo tal participación, como no lo es, alienable, dado su carácter personalísimo, la sociedad habrá de disolverse y liquidarse para que el acreedor cobre sobre los bienes específicos adjudicados a su deudor.

V. CONCLUSION CRITICA

El planteamiento del proyecto pretende, sin duda, guardar la posible fidelidad a las líneas maestras del Derecho vigente, reservando ahora a ambos cónyuges en común la realización de los actos que antes eran competencia del marido; y señalando a cada uno de ellos una esfera de poder propio en relación con los bienes comunes y, sobre todo, con la dirección de la familia.

Dentro de la gran dificultad del empeño de encomendar el gobierno de las relaciones económicas del matrimonio a una diarquía, pienso que el proyecto propone fórmulas aceptables, en particular tratando de que el principio de dualidad de consentimientos perjudique lo menos posible al tráfico.

En efecto, es *erga omnes* como mejor articulado veo el régimen: los terceros, poco van a perder si las reglas actuales vienen sustituidas por las del proyecto. Acaso el punto que menos claro queda es el de la enajenación de los bienes muebles que no sean títulos valores, la cual correspondía antes al marido y ahora, al requerir el concurso de ambos cónyuges, será más pesada y puede determinar en algún caso el engaño del tercer adquirente. Contrariamente, la responsabilidad de los bienes comunes frente a los acreedores más bien aumenta.

Pero parece que en el matrimonio lo principal son los cónyuges, y en relación a ellos la nueva regulación complica las cosas, según hemos visto ya, y puede hacer premiosa la gestión de los bienes matrimoniales que en manos de un solo cónyuge responsable podría resultar más económica, aunque menos democrática.

Yo pienso que la fórmula que puede conciliar mejor los encontrados intereses de los cónyuges, los de los terceros, e incluso la discusión entre quienes optan por la sociedad de gananciales y los que preconizan el régimen de participación, consiste en ampliar, de acuerdo con la unánime tendencia europea, el espacio de los patrimonios regidos con amplios poderes por el cónyuge que los gana o adquiere, dejando que el régimen de gananciales funcione a media máquina constante matrimonio, para recuperar toda su virtualidad en el momento de disolverse, que es cuando el cónyuge menos favorecido va a participar en las ganancias del otro. Ello tendría la ventaja de aproximar el régimen del C. c. al de separación catalán y balear, sin alejarle excesivamente del de comunidad de otros territorios forales de población menos numerosa.

Hace veinte años, en una época de plena y no contestada sumisión jurídica de la mujer casada, escribí que, aún así, cualquier marido prudente, antes de ordenar a su esposa que fuera a tal o cual parte, haría bien en preguntarle a dónde quería ir. Hoy, esa misma visión realista nos ha de hacer pensar en un modelo de matrimonio sin contabilidad por partida doble, y en el cual los cónyuges, iguales en derechos, potestades y oportunidades, no ten-

gan que hacerse preguntas. Paralelamente a aquel viejo cuento según el cual el rey sólo se curaría con la camisa de un hombre feliz, y luego de buscar uno por todo el mundo resultó que el hombre feliz no tenía camisa, acaso, en el matrimonio, el régimen económico ideal es el que no tiene camisa: el que sustituye las reglas y las cuentas, lo tuyo y lo mío, por un sinalagma de amor y desinterés.

La indemnización por mora en las obligaciones pecuniarias

JOSE BONET CORREA

SUMARIO: 1. La mora del deudor en el pago de obligaciones de una cantidad de dinero.—2. El fundamento jurídico de la equiparación de los intereses como indemnización de daños y perjuicios.—3. El alcance material y sustantivo del artículo 1.108 del Código civil en cuanto a la deuda dineraria simple o generalizada.—4. La no exclusividad de los intereses legales o convencionales y la indemnización del «mayor daño».—5. El alcance de las alteraciones monetarias en la indemnización por mora del deudor.

1. *La mora del deudor en el pago de obligaciones de una cantidad de dinero.*

El Código civil establece en el párrafo primero de su artículo 1.108 que «si la obligación consistiere en el pago de una cantidad de dinero, y el deudor incurriere en mora, la indemnización de daños y perjuicios, no habiendo pacto en contrario, consistirá en el pago de los intereses convenidos, y a falta de convenio, en el interés legal»; y, el párrafo segundo, añade: «mientras que no se fije otro por el Gobierno, se considerará como legal el interés del 6 por 100 al año» (1).

Este precepto responde a una concepción normativa basada en una economía monetaria de división del trabajo entre los hombres que ya el Derecho romano nos transmitió con su cultura y civilización y que nuestros cuerpos legales tradicionales recogieron y secundaron, según puede verse en el Código de las Siete Partidas

(1) La Ley de 2 de agosto de 1899 modificó los intereses legales, fijándolos en el 5 por 100. La Ley de 7 de octubre de 1939 los reduce al 4 por 100. Otras disposiciones especiales establecen tipos de intereses diversos; así, la Orden del Banco de España, de 21 de julio de 1969 y el Acuerdo de 23 de octubre de 1969 para operaciones activas del crédito oficial; de Entidades de crédito cooperativo, Orden 21 julio 1969; de Bancos privados y Exterior de España, Orden 21 julio 1969; de Créditos laborales y del Instituto Nacional de Colonización, D. 10 julio 1969, etc.

(Partida V, Título I, Ley 10) y de la que se hizo partícipe nuestro Tribunal Supremo con anterioridad a la codificación (2).

En las fuentes jurídicas romanas ya se constata el sentido utilitario nominal y patrimonial del dinero (D. 18,1,1; D. 45,1,65; D. 50,16,97) (3) y como la moneda es el instrumento equivalente a través del cual se concluían las condenas civiles dadas por los jueces (Inst. Gayo, IV, 48) (4), puesto que todas las demás cosas, bienes y servicios pueden ser equiparados a dinero (Cod. IV, 18,2,1).

Desde entonces, los intereses tienen la condición de frutos civiles del dinero (D. 22,1,34) (5), los cuales, se determinaban según la costumbre de la región, si bien el Juez era quien podía fijar y estimar su cuantía (D. 30,39,1). Cuando se trata de sumas prestadas a comunidades, en virtud de pacto nudo, se producían intereses, tal como Justiniano acuerda para los banqueros a modo de privilegio (Novela 36) (6).

La mora ocurre cuando el demandado no hubiera pagado en el lugar oportuno (D. 22,1,32,3) (7); en los contratos de buena fe se deben los intereses desde el día de la mora (D. 22,1,32,2) (8). Sin embargo, cuando el dinero se deposita, no es de buena fe pedir intereses, a no ser que se incurra en mora (D. 16,3,24); en el mutuo, la obligación de los intereses corre desde el momento en que se incurrió en mora (D. 22,1,34); para que la deuda de sumas de dinero cese de producir intereses moratorios debe consignarse o depositarse en lugar seguro (D. 26,2,28,1), públicamente (D. 17,1,56,1) y

(2) SS. 22 enero, 7 abril 1866, 2 junio 1870, 11 octubre 1875, 10 mayo 1881, 30 octubre 1884 y 8 febrero 1890.

(3) Cfr. KASER, *Das Geld in römischen Sachenrecht*, en «Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis», XXIX (1961), págs. 169 y ss.; BONET CORREA, *Metalismo, nominalismo y valorismo en las deudas de dinero*, en «Revista de Derecho Notarial», 91 (1976), págs. 17 y ss.; FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, «*Pecunia numerata* en función de precio en la «emptio-venditio» romana», en «Libro homenaje al profesor Ursicino Alvarez», Madrid, 1978, págs. 106 y ss.

(4) Inst. Gayo, IV, 48: «Omnium autem formularum quae condemnatione habent, ad pecuniam aestimationem condemnatio concepta est».

(5) Cfr. MEDICUS, *Id quod interest*, Köln, 1962, págs. 17 y ss.

(6) Cfr. LUBTO, *Die Entwicklung des Darlehensbegriffs im römischen und im geltenden Recht*, Berlín, 1965.

(7) Cfr. GUARNERI CITATI, *Contributi alla dottrina della mora nel diritto romano*, en «Annali del Seminario Giuridico della R. Università di Palermo», 11 (1923), págs. 222 y ss.; sobre la necesidad o no de la interpellación, cfr. SIEBER, *Interpellatio und Mora*, en Zeitschrift der Savigny Stiftung für Rechtsgeschichte (Rom. Ab.) (1929), págs. 47 y ss.; NIEDERMAYER, *Studien zu den Wissenschaftlichen Grundlagen der Lehre von der Mora seit Labinus*, en «Festschrift für Schutz», I (Weimer, 1951), págs. 6 y ss.; ELEFANTE, «*Interpellatio* e «mora», en *Labeo*, 6 (1960), págs. 30 y ss.

(8) KASER, *Mora*, en «Pauly-Wisowa Real Enciklopädie», XVI, pág. 252; RICCIONE, Jr., *Profilo storico della dottrina della mora nel diritto romano*, en «Annali del Seminario Giuridico della R. Università di Palermo», 29 (1962), págs. 105 y ss., y *La genesi della mora come mezzo di attuazione del favor debitoris nel diritto romano*, en «Circolo Giuridico», 34 (1963), páginas 71 y ss.; BONTEMPS, *Essai sur la théorie des dommages-intérêts en droit romain et dans les droits savants*, Thèse, París, 1969.

D. 46,1,64), como en un templo (D. 4,4,7,2) y debe ser sellada (D. 22, 1,7 y D. 22,1,13) (9).

En cuanto al pago de intereses más altos, Paulo respondió que la estipulación que se añadió respecto a su pago comprende muchas condiciones, esto es, que respecto a cada una de las pensiones se atendería a la condición de los intereses reducidos no pagados a su tiempo y que, por tanto, se puede evitar la pena de las siguientes pensiones (D. 22,1,12). Paulo cree, también, que no se pueden estipular intereses más gravosos o mayores en el caso de que los más débiles no sean pagados a un término fijado, a no ser que haya pasado el término, por lo que no se pueden pactar estos intereses a partir del día del contrato (D. 17,12,4).

Cuando el administrador de una ciudad prestaba a sus ciudadanos dinero público existía la costumbre de prever la agravación de los intereses desde que corrían los plazos dentro de los que no se había devuelto el dinero prestado (D. 22,1,11 pr.).

El movimiento codificador de Derecho privado del siglo XIX, al redactar sus Códigos civiles, para el caso de la mora del deudor, también estima que se incremente una porción alícuota de los intereses legales para cubrir los fines del resarcimiento del acreedor, aun cuando la obligación estuviese pactada originariamente con interés (10). De aquí que, el Proyecto de Código civil de 1851, en su artículo 1.017 propusiese que «cuando la obligación se limite al pago de una cantidad determinada, y se hubiesen pactado intereses, el deudor que se constituya en mora deberá abonar, por vía de indemnización de perjuicios, la tercera parte del interés legal, además del pactado. No habiendo pactado interés, deberá abonar el todo del interés legal». En este mismo sentido, se pronunció el artículo 1.125 del Proyecto de Código civil novísimo de 1882.

No obstante, la jurisprudencia de esta época precodificadora fue contradictoria a este respecto de la indemnización de daños y perjuicios en la mora del deudor. Mientras que la Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de enero de 1863 mantenía que «nada hay que justifique que sea máxima de jurisprudencia el que se equiparen los intereses del dinero a la indemnización de daños y perjuicios, dándoles a aquéllos este carácter», la Sentencia de 30 de octubre de 1884, va a decir que «condenado el demandado al pago de la cantidad demandada con el interés legal de un 6 por 100, y además a la indemnización de todos los perjuicios que la falta de pago haya ocasionado a los demandantes, es indudable que la Sala sentenciadora sentencia por un solo concepto a una doble indemnización, razón por la que la sentencia recurrida infringe el principio de Derecho que establece que el abono de intereses por deudas de

(9) Cfr. GUARNERI CITATI, *Contributi alla dottrina della mora*, cit. página 277; CATALANO, *Sul deposito della cosa dovuta in diritto romano*, en «Annali del Seminario Giurídico della Università di Catania», 3 (1949), págs. 3 y ss.

(10) SÁNCHEZ ROMÁN, *Estudios de Derecho civil. Derecho de obligaciones. Derecho de la contratación*, IV (Madrid, 1899), pág. 200.

cantidad constituye la indemnización de los perjuicios que pueda sufrir el acreedor por falta de pago de una cantidad de dinero a su debido tiempo, no cabiendo que esa indemnización se deba y satisfaga a la vez en dos formas distintas».

Vigente el Código civil, el Tribunal Supremo va a insistir en que «al imponer al recurrente, en el solo concepto de mora, el pago de intereses y al mismo tiempo el abono de daños y perjuicios, infringe la Sentencia recurrida el artículo 1.108 del Código civil... porque... cuando la obligación consiste en el pago de una cantidad de dinero y el deudor incurre en mora..., la indemnización de daños y perjuicios consiste, no habiendo pacto en contrario, en el pago de los intereses convenidos y, en su defecto, en el legal... los daños y perjuicios es claro que... están debidamente representados por los intereses» (SS. 24 diciembre 1894 y 23 febrero 1900).

2. El fundamento jurídico de la equiparación de los intereses como indemnización de daños y perjuicios.

Si bien para nuestro más alto intérprete resulta claro que los daños y perjuicios están debidamente representados por los intereses, en el caso de la mora del deudor de una cantidad de dinero, sin embargo, en ningún momento posterior de sus fallos, se pronunció expresamente acerca de los fundamentos y principios sobre los que descansaba su afirmación; tan sólo la escueta referencia al precepto legal del artículo 1.108 del Código civil fue el fundamento de su legitimación, así como el repetir sucesivamente que «la indemnización por mora sólo puede consistir en el pago de los intereses legales o convenidos» (S. 19 junio 1903). Del mismo modo, la Sentencia de 19 de febrero de 1906 insiste en que «tratándose de daños consistentes en la mora del pago del precio y no por otro concepto, que ni ha sido discutido ni comprobado, resultaría duplicidad de tal indemnización, si hubiera de satisfacer además la Sociedad B interés por aquel concepto».

Esta doctrina va a mantenerse sucesivamente para todas aquellas obligaciones en que su prestación consista en una cantidad de dinero exigible, cierta y líquida (11), concretándose, específicamente, que «el incumplimiento de la obligación de pago de esa cantidad, y aun cuando este incumplimiento lleva aparejado indemnización de daños y perjuicios, esta indemnización, por falta de pacto en contrario, se reduce al abono del interés legal del dinero, según el artículo 1.108 del Código civil» (S. 28 enero 1919); o, que «sólo es exigible el interés legal como medio de hacer efectiva la indemniza-

(11) S. 3 mayo 1968. El Tribunal Supremo ha insistido en que es cantidad líquida la «que puede determinarse por una simple operación aritmética» (SS. 12 diciembre 1921, 13 noviembre 1924, 23 enero 1934, 21 abril 1950, 21 marzo 1956, 21 febrero 1967 y 26 marzo 1976), o las determinadas por sí mismas sin necesidad de cálculo alguno (SS. 8 febrero y 27 marzo 1890, 20 febrero 1893 y 7 mayo 1957).

ción» (S. 4 octubre 1930); también, se dice que «tratándose de una cantidad de dinero, se traduce, salvo pacto en contrario, en el abono del interés legal o moratorio» (SS. 13 marzo y 20 diciembre 1954); o, que, «la indemnización de daños y perjuicios consistirá, no habiendo pacto en contrario, en el pago de los intereses convenidos y, a falta de convenio, del interés legal» (S. 2 mayo 1957); o que, «la obligación del pago de intereses como indemnización de daños y perjuicios surge cuando se produce la mora en el abono de la cantidad adeudada» (S. 2 octubre 1958); también, que «la indemnización por causa de mora en el incumplimiento de obligaciones dinerarias o de pago de cantidad requiere la existencia de una obligación constituida y que el obligado deje de cumplirla, en cuyo caso, la indemnización de daños y perjuicios queda constituida por el pago de los intereses convenidos y, a falta de convenio, por el interés legal» (S. 5 mayo 1959) (12); además, que «de acuerdo con el artículo 1.108 del Código civil, el interés legal sólo es aplicable a falta de convenio; no procederá cuando libremente convinieron los interesados en el interés del 6 por 100, pacto absolutamente lícito que viene a representar los daños y perjuicios que la conducta del mandatario —culposa, al menos en el orden civil—, se deriva y de la que es responsable, según previene el artículo 1.724 en relación con el artículo 1.108» (S. 25 noviembre 1970); igualmente, se repite que «los intereses son el equivalente de la indemnización derivada de deudas de dinero incumplidas por mora» (S. 26 marzo 1976); o que, «cubre el resarcimiento de daños y perjuicios que pueden adoptar la fórmula general de dicho artículo o la específica del 1.108 del mismo ordenamiento positivo, incardinable en el ámbito de las prestaciones consistentes en una cantidad de dinero, más no sin razonar que identificados los daños y perjuicios con los intereses en el incumplimiento por mora de la entrega de una cantidad de dinero, como establece este último citado precepto» (S. 25 junio 1976); por último, se confirma esta doctrina, «porque fundada la condena al pago de intereses legales de la cantidad adeudada, al haber incurrido en mora la entidad demandada, de acuerdo con lo previsto en los artículos 1.599, 1.100 y 1.108 del Código civil..., al no haber sido desvirtuada la base de facto en que descansa la morosidad» (S. 22 junio 1978).

Si acudimos a nuestra doctrina civilista (13), se observa como

(12) En el ámbito económico-administrativo, un Acuerdo de 10 octubre 1958, manifiesta, concretamente, que «los intereses que percibió por este aplazamiento calculados al tipo legal del 4 por 100, más un 25 por 100, sólo pueden estar justificados como indemnización de daños y perjuicios ,obligada por los artículos 1.101 y 1.108 del Código civil».

(13) Cfr. CASTÁN, *Derecho civil español, común y foral. Derecho de obligaciones y contratos*, III (Madrid, 1954), págs. 143 y ss.; GASSIOT MAGRÉ, *Mora*, en «Encyclopédia Jurídica Española», XXIII (Barcelona, s. a.) pág. 45; OLIVA, *Mora*, en «Diccionario de Derecho Privado», II (Barcelona, 1950), pág. 2693; ALBALADEJO, *La mora en las obligaciones recíprocas*, en «Revista Crítica de Derecho Inmobiliario», 464 (1968), págs. 8 y ss.; PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho Civil. Derecho general de las obligaciones*, I-II (Barcelona, 1976),

no abunda demasiado sobre el fundamento jurídico de esta equiparación normativa que hace el legislador de la indemnización de daños y perjuicios con los intereses legales o convencionales en el caso de la mora del deudor; tan solo se puede apreciar el examen de ciertos aspectos formales o alguna crítica sobre la insuficiencia de este precepto del artículo 1.108 del Código civil.

Entre los primeros comentaristas, Manresa (14) advierte cómo este precepto constituye una excepción dentro de las reglas generales de responsabilidad, puesto que la prueba es fácil, dado que la determinación y procedencia de la indemnización se haya establecida en la Ley; aquí los intereses son una forma especial de indemnización de daños y perjuicios; el interés legal sustituye a la indemnización a la que equivale, o la indemnización especialmente establecida por la voluntad sustituye al interés legal, por lo que una y otro entre sí y, en principio, incompatibles, salvo pacto expreso que acuerde lo contrario.

El profesor Clemente de Diego (15) insistió en que aquí se trata de una hipótesis prevista en la Ley cuya prueba no es necesaria, por lo que existen unos perjuicios *in genere* debido a su retraso o incumplimiento, teniendo su sanción en el pago del interés legal; por tanto, basta probar la existencia de la obligación y el hecho del retardo. Por tratarse de deudas de sumas de dinero, añade, la liquidación se hace por la Ley y cabe prever por adelantado en qué consisten los daños y perjuicios, sin necesidad de prueba ni cálculos difíciles.

A pesar de su tratamiento mognográfico, Borrell Soler (16) no profundiza sobre la naturaleza de este precepto legal, limitándose a exponer que, cuando la obligación consiste en el pago de una cantidad de dinero, se presume *iuris et de iure* que la indemnización por retardo consiste en el pago de intereses de dicha cantidad; y, añade, que el perjuicio puede ser mayor que los intereses y, en tal caso, debe apreciarse la cuantía del daño; si este fuese actual, cree que sería más fácil valorarlo; por lo que concluye que, en caso de mora, además del pago de intereses, se indemnizan los perjuicios especiales y extraordinarios causados por falta de pago (SS. 19 junio y 3 septiembre 1903).

Tampoco la doctrina civilista posterior profundiza sobre los aspectos del artículo 1.108 del Código civil y a penas le dedica un comentario con solo su mención y especialidad (17). Una excepción

página 491, y Mora, en «Nueva Enciclopedia Jurídica Seix», XVI (Barcelona, 1978), págs. 645 y ss.

(14) MANRESA, *Comentarios al Código civil*, 5.^a ed. revisada por Moreno Mocholi, VIII (Madrid, 1958), págs. 244 y ss.

(15) CLEMENTE DE DIEGO, *Instituciones de Derecho Civil español*, nueva edición de Cossío y Gullón, II (Madrid, 1959), págs. 33 y ss.

(16) BORRELL SOLER, *Cumplimiento, incumplimiento y extinción de las obligaciones contractuales civiles*, Barcelona, 1954, págs. 136 y ss.

(17) Cfr. HERNÁNDEZ-GIL, Félix, *La intimación del acreedor en la mora «ex-persona»*, en ANUARIO DE DERECHO CIVIL, XV-2 (1962), págs. 331 y ss.; ALBALADEJO, *La mora en las obligaciones recíprocas*, en «Revista Crítica de

ción es la obra de los profesores Lacruz, Luna y Delgado (18) donde destacan que, del sentido de este precepto, no se desprende que los intereses hayan de ser convenidos precisamente como moratorios, a pesar de lo que se mantiene por el artículo 1.916, párrafo segundo; lo que sí advierten es cómo la solución del Código civil (incoherente con la del artículo 1.682) es injusta, por de pronto cuando, como hoy, difieren el interés legal y el normal (en los establecimientos de crédito) del dinero, pues, el acreedor habrá de pagar más para proporcionarse (sí puede) idéntica cantidad. No obstante, creen que el precepto es claro, ya que, ni el acreedor puede alegar la falta del daño, ni el deudor el mayor importe; salvo si así se conviene o, al menos, implícitamente, puede entenderse pactada la esencialidad del término, lo cual sustraería la deuda del ámbito del artículo 1.108. Por último, puntualizan cómo el precepto prescinde de cualquier distinción entre culpa y dolo, ni siquiera cuando el deudor haya contratado o prolongue el impago con la única condición de causar daño al acreedor, y lo consiga; a lo más, concluyen, éste podrá intentar la reclamación sobre la base de la culpa extracontractual.

Ultimamente, la monografía del profesor Cano (19) sobre la mora no podía menos de abordar el supuesto del artículo 1.108 del Código civil, que lo destaca como «indemnización tasada». A pesar de la redacción tan clara del precepto —dice—, surge la duda: ¿el pago de intereses es o pretende ser un sustitutivo de la indemnización? Efectivamente, cree que, si es así, la afirmación de que cuando la satisfacción de los intereses no llegue a cubrir la totalidad de la lesión causada en el patrimonio del acreedor, éste no podrá conseguir una indemnización por el daño que quede sin cobertura. Aunque, tal consecuencia, le parece excesivamente injusta, al no ver la razón por la cual el acreedor de dinero deba de ser de peor condición que cualquier otro (acreedor de cosa, de obra, de servicio), tampoco le resulta congruente con el principio de valoración total de los daños causados (arts. 1.101 y 1.106 Código civil). De aquí que, concluya que, más bien resulta lógico pensar que la indemnización de interés es una «indemnización de mínimo», cuya ventaja es poder obtener la indemnización por la integridad del daño y que el acreedor no tenga que demostrar la realidad del perjuicio. La fuerte influencia del principio de seguridad jurídica en el Derecho español, cree que se traduce aquí en la tipificación de la lesión y lleva a la teoría contraria por la que, en las obligaciones de dinero, la indemnización de daños y perjuicios, consiste, no habiendo pacto en contrario, en el pago de los intereses.

Derecho Inmobiliario», 464 (1968), págs. 8 y ss.; DÍEZ-PICAZO, *El retardo, la mora y la resolución de los contratos sinalagmáticos*, en ANUARIO DE DERECHO CIVIL, XXII-2 (1969), págs. 384 y ss.

(18) LACRUZ BERDEJO, LUNA y DELGADO, *Elementos de Derecho civil. Derecho de obligaciones*, II-I (Barcelona, 1977), págs. 127.

(19) CANO, *La mora*, Madrid, 1978, pág. 112.

En este examen de los civilistas españoles, si bien se ha destacado el carácter excepcional y legal de la indemnización de daños y perjuicios y su equiparación a los intereses en el caso de la mora del deudor de una cantidad de dinero, así como el tratarse de una indemnización de mínimo o tasada, en cambio, se olvida que el fundamento excepcional y la postura legal son consecuentes y provienen de la naturaleza propia y singular que tiene el dinero respecto de las demás cosas y bienes, así como de la adopción del sistema nominalista en que se basa nuestro ordenamiento monetario para las deudas de dinero.

Como ya tengo expuesto (20), el dinero es un «bien» *sui generis*, el bien por excelencia capaz de sustituir a los demás bienes y cosas, así como los servicios y obras, y, satisfacer el contenido patrimonial de los derechos entre las personas, por ser un poder económico, la unidad de medida del ámbito patrimonial. Como unidad de medida, el dinero se mide cuantitativamente y, como valor económico, adquiere un precio a través de su realización empírica, la moneda. En base al principio nominalista del dinero, la unidad de medida del valor patrimonial permanece constante en la moneda nacional («peseta igual a peseta»), por lo que, la determinación de la cuantía en una relación obligatoria es suficiente para considerar que se devolverá «otro tanto» sin necesidad de considerar otros riesgos o imposibilidades. Esa permanencia de la igualdad de valor del dinero y fijeza en la cuantía pactada, son los presupuestos de seguridad y garantía en el tráfico jurídico. Consecuentemente, los intereses, como frutos civiles, responden a aquella fijeza e igualdad.

Sin embargo, la compleja diversidad de relaciones, actos y hechos patrimoniales, según las finalidades de uso, intercambio y compensación en las relaciones patrimoniales de las personas, nos advierten que existen diversas modalidades de deudas de dinero, por lo que se hace necesario concretar a cuál de ellas se refiere el artículo 1.108 del Código civil cuando se refiere a «si la obligación consistiere en el pago de una cantidad». También se hace necesario interpretar el carácter de esta norma legal del artículo 1.108, sus márgenes imperativos y potestativos respecto de los intereses y, sobre todo, la problemática que plantean las graves alteraciones monetarias que aparecen en nuestro siglo, después de la publicación de nuestro Código civil, al afectar a su sistema nominalista del dinero y sus consecuencias teóricas y prácticas en los intereses patrimoniales de las personas y, concretamente, en las relaciones obligatorias en caso de mora del deudor.

(20) BONET CORREA, *El dinero como bien jurídico*, en «Estudios de Derecho Civil en honor del profesor Castán», IV (Pamplona, 1969), págs. 87 y ss.

3. *El alcance material y sustantivo del artículo 1.108 del Código civil en cuanto a la deuda dineraria simple o generalizada.*

El párrafo primero del artículo 1.108 del Código civil, al establecer que «si la obligación consistiere en el pago de una cantidad de dinero, y el deudor incurriere en mora, la indemnización de daños y perjuicios, no habiendo pacto en contrario, consistirá en el pago de los intereses convenidos, y a falta de convenio, en el interés legal», se circunscribe dentro de un alcance muy concreto y específico de relaciones obligatorias, las que comportan como objeto de su prestación una suma o cantidad de dinero, es decir, las que la doctrina civilista denomina comúnmente como «obligaciones pecuniarias», las cuales, prefiero nombrar como «deudas dinerarias simples o generalizadas» (21), para distinguirlas de aquellas otras dos modalidades de deudas de dinero: las «deudas dinerarias concretadas o especificadas» —más conocidas por «deudas de moneda específica» u otras denominaciones— y de las «deudas dinerarias finales», que la doctrina acuña como «deudas de valor».

Cuando el legislador concreta en el artículo 1.108 que «si la obligación consistiere en el pago de una cantidad de dinero», no cabe duda que se ha referido, preferentemente, a la primera modalidad de obligaciones o deudas dinerarias simples o generalizadas, o sea, aquellas cuyo objeto de la prestación es exclusivamente el pago de una suma o cantidad de dinero de curso legal.

Esta modalidad de obligaciones, debido a la manera general en que se contraen por las partes, al referirse solamente a su aspecto cuantitativo (por ej., «te debo diez mil pesetas», «te presto un millón de pesetas») y sin más concreción expresiva al dinero, cualitativamente considerado, es porque éste se entiende amparado por el principio nominalista de su valor permanente, que las hace invulnerables, fijas y concretas frente a los riesgos de depreciación o devaluación de la moneda, por lo cual, el deudor se libera pagando la suma o cantidad de dinero comprometida en moneda de curso legal, sin que ninguna otra circunstancia (objetiva y subjetiva) ajena influya o produzca consecuencias sobre la misma. De este modo, la seguridad del tráfico jurídico para las simples obligaciones de cantidades de dinero, se garantiza por el poder público del Estado, al fijar de un modo legal y concreto el valor de su unidad monetaria, la cual, es objeto de circulación en las transacciones por la sola determinación cuantitativa que hacen las partes.

Esta modalidad de obligación, la deuda dineraria simple o generalizada, suele ser convenida usualmente por los acreedores y deudores de obligaciones y contratos de los llamados instantáneos o de presente, es decir, aquellos en que el lapso de tiempo transcurrido entre su aceptación y pago es inmediato, o en un plazo muy corto. En buena teoría, el principio nominalista del dinero también

(21) V. mi próximo estudio: *Las modalidades de las deudas de dinero.*

responde a su aplicación práctica, al mantener la fijeza del valor que le asigna el Estado a su unidad monetaria, de un modo fijo y constante, por lo que las relaciones instantáneas y, también, las duraderas, o de trato sucesivo, no preocupan a las partes en cuanto a los riesgos posibles que sucedan al poder adquisitivo del dinero.

Sin embargo, según ha puesto de relieve Fisher (22), en nuestra época contemporánea es una pura ilusión la de creer en la permanencia y constancia del valor del dinero. Todos sabemos y padecemos en el mundo actual la escisión que se produce entre el valor nominalmente asignado por el Estado a su moneda y el valor real o comercial que va adquiriendo en el mercado, debido a su diferente poder adquisitivo. Este trastorno que se produce por la inestabilidad de los precios, salarios y rentas, provocan las alteraciones monetarias que implican un daño patrimonial, como el de la inflación para los acreedores y el de la deflación para los deudores, el cual, indudablemente, es general a todos ellos, por afectar a todos los poseedores de dinero que tienen un vínculo o relación obligatoria. Ahora bien, el daño se hace concreto cuando incide en el momento de su cumplimiento; así, llegado el día del pago, cuando el deudor priva a su acreedor de la suma o cantidad debida y con ello de sus consecuencias propias, como las de su naturaleza productiva, los intereses, además de las posibilidades de disposición e inversión (23).

Nuestro codificador, ante un panorama nacional e internacional relativamente estabilizado de su sistema monetario (24), no toma en cuenta las alteraciones monetarias como supuesto previsible y remediable; antes bien, por la adopción del sistema nominalista del dinero, la moneda adquiere un valor fijo e inmutable, su calidad será siempre igual y, para las deudas dinerarias simples, bastará con la determinación de su cuantía; su cumplimiento, también será idéntico, sin que le afecte cualquier otro riesgo objetivo. Sólo subjetivamente, por incumplimiento, al tener el dinero un mismo rendimiento, los intereses, son debidos en la cuantía pactada y, en su defecto, en la tasada legalmente.

En base a este principio nominal de fijeza e igualdad del dinero, cualquier otro riesgo para las deudas de dinero se tiene por inapreciable e irrepercusible. De este modo, se mantiene la firmeza y seguridad del tráfico jurídico y se evita el introducir en las rela-

(22) FISHER, *La ilusión de la moneda estable*, trad. esp., Madrid, 1930, páginas 6 y ss.

(23) La S. 15 noviembre 1977, respecto a un contrato de naturaleza mercantil, confirma la presunción de que los comerciantes no tienen nunca voluntariamente improductivo su capital, cfr. GARRIGUES, *Curso de Derecho mercantil*, 2.^a ed., II (Madrid, 1956), pág. 6.

(24) Cfr. SARDÁ, *La política monetaria y las fluctuaciones de la economía española en el siglo XIX*, Madrid, 1948; TALLADA, *El problema monetario español en el siglo XIX*, en «Moneda y Crédito», 58 (1956), págs. 535 y ss.

ciones obligatorias monetarias elementos subjetivos de difícil cálculo y prueba, sobre todo, a la hora de exigir un lucro cesante. Precisamente, por tratarse de perjuicios *in genere*, como dijo el profesor Clemente de Diego (25), fundados en hipótesis previstas en la Ley, la prueba no es necesaria; tal sucede en las obligaciones con sumas de dinero cuyo retardo e incumplimiento tiene su sanción en el pago del interés legal, bastando probar la existencia de la obligación y el hecho del retardo. El artículo 1.108 del Código civil es así consecuente con el sistema nominalista del dinero y del mismo saca sus puras y lógicas consecuencias.

En cambio, no ocurre siempre así cuando se trata de las otras dos modalidades de deudas de dinero: las conocidas por la doctrina civilista como «deudas de moneda específica» y las «deudas de valor».

Las deudas de moneda específica, que prefiero denominar como «deudas dinerarias determinadas o especificadas» (26), son aquellas en que las partes, al elegir una moneda de curso legal, lo hacen respecto a una moneda que tenga una cualidad determinada (sea nacional o extranjera), con lo cual, están aceptando los riesgos específicos de la moneda elegida, por ejemplo, al ser retirada fuera del tráfico (la moneda oro o plata), al ser sustituida por otra (en billetes de Banco) de diferente valoración o de diverso país (moneda extranjera) o al ser convertida necesariamente en moneda en curso legal del lugar de pago (art. 1.171 del C. c.). Si el pago no puede ser específicamente, según se ha determinado por las partes, ante una imposibilidad objetiva (dado que la subjetiva, como insolvencia, jamás le exime al deudor), la conversión de la moneda determinada habrá de hacerse en el momento del cumplimiento de la obligación. Ahora bien, si el deudor cae en mora, dados los riesgos que acontecen en la cualidad de la moneda elegida y repercutir sobre él, será el fallo judicial ejecutivo quien los tomará en cuenta para no perjudicar al acreedor, por lo cual, la conversión de la moneda especificada a la de curso legal será la del día del fallo; de este modo, indirectamente, sobre todo si se trata de una moneda extranjera, se producirá una actualización de la cantidad debida (27).

Nuestro Tribunal Supremo también ha procedido de este modo; así, en la Sentencia de 31 de mayo de 1954, respecto a una comisión mercantil en moneda extranjera, en la que se debían intereses por mora, decidía que se «infringe lo dispuesto en el artículo 1.108 del Código civil», pues, «el abono de intereses de demora, cuando se trata de cantidades que resultan líquidas por virtud de una Sentencia, sólo procede a partir de la fecha en que ésta sea firme». Igualmente, la Sentencia de 3 de octubre de 1957, ante el caso de

(25) CLEMENTE DE DIEGO, op. cit., pág. 36.

(26) V. mi próximo estudio: *Las modalidades de las deudas de dinero*.

(27) Cfr. VASALLI, *Degli effetti della mora nell'obbligazioni di somma di denaro indicato in moneta estera*, en «Studi Giuridici», II (Roma, 1939), página 133.

un flete pactado en moneda extranjera (28), hace repercutir indirectamente la alteración del cambio, al sentenciar que «el deudor debe pechar con las consecuencias de su morosidad, satisfaciendo el flete de acuerdo con la cotización vigente al ser puesta a su disposición la mercancía», que no fue, precisamente, la del día posterior a la del fallo de la Sentencia por ser más perjudicial al acreedor. Con mayor razón se produce la repercusión cuando las partes han previsto una alteración monetaria para su relación obligatoria, como en el caso en que se pactó la previsión de una posible devaluación de la peseta en relación con el marco alemán, según abordó la Sentencia de 29 de enero de 1971 (29), la cual toma en cuenta el retraso culpable o demora respecto a la conversión de la moneda y decide su repercusión en cuanto a la totalidad de la deuda. Paralelamente, la Sala de lo Contencioso Administrativo, en su Sentencia de 20 de octubre de 1976, sancionaba el tipo de cambio más favorable para el acreedor, en el reembolso de un capital e intereses devengados por un préstamo en moneda extranjera, por haber incurrido en mora el deudor.

La otra modalidad de deudas de dinero en la que se produce una actualización total de su prestación monetaria es en las llamadas «deudas de valor», que también, prefiero denominar como «deuda dineraria final», ya que, si bien el objeto inicial de su prestación es un valor patrimonial concreto, ante la incomodidad de su realización, se convierte finalmente su prestación de valor en una suma o cantidad de dinero. La mora del deudor en esta modalidad de deuda de valor sólo es practicable cuando, por su conversión final a una suma de dinero, se hace líquida (30), por lo que, su cuantía monetaria también resulta actualizada en el momento final de pago, al quedar firme la Sentencia (31), por lo cual, los intereses comenzarán a partir de ese momento.

Estas modalidades de deudas de dinero ponen en evidencia que sólo en aquellas obligaciones donde su suma o cuantía resulta determinada, exigible y líquida, como ocurre con las «deudas dine-

(28) Para impedir que el deudor especule con las diferencias de cambios monetarios, esperando a su mejor oportunidad para el pago, el artículo 41 de la Ley Uniforme sobre Letras de Cambio da opción al portador a exigir el cambio del día del vencimiento o del día del pago, cfr. mi estudio: *Los fletes pactados en moneda extranjera*, en «Revista de Derecho Mercantil», 79 (1961), págs. 147 y ss.

(29) Cfr. BONET CORREA, *La devaluación de la peseta ante el pago de las deudas pecuniarias con cláusula valor moneda extranjera*, en «Revista de Derecho Notarial», 79 (1973), págs. 21 y ss.

(30) El Tribunal Supremo es rotundo al insistir en que no hay mora cuando no se conoce la cantidad líquida reclamable: SS. 10 junio 1882, 19 noviembre 1901, 13 junio 1910, 17 abril 1911, 28 octubre 1911, 29 noviembre 1912, 29 abril 1914, 15 marzo 1926, 14 enero 1928, 5 octubre 1928, 4 octubre 1930, 19 diciembre 1944, 27 marzo 1944, 21 marzo 1950, 19 diciembre 1951, 2 junio 1953, 18 noviembre 1960, 20 diciembre 1966, 21 febrero 1967, 3 mayo 1968, 24 mayo 1971, 26 mayo 1973, 25 febrero 1975 y 25 junio 1976.

(31) SS. 21 febrero 1948, 21 abril 1950, 5 marzo 1959, 18 noviembre 1970, 25 junio 1972, 28 febrero y 28 abril 1975.

rarias simples o generalizadas», los intereses son la medida cierta (legal o voluntariamente) de la indemnización del daño o perjuicio que se les ocasiona por el retraso o mora del deudor al no efectuar su pago.

En cambio, en las otras dos modalidades de deudas de dinero, como la «deuda dineraria concreta o especificada» y la «deuda dineraria final» o deuda de valor, la indemnización del daño o perjuicio correspondiente al período de mora, se ve compensado por la actualización indirecta del valor debido hasta que llegue el momento de su pago por la conversión y al resultar una cantidad monetaria líquida, la cual, una vez que quede establecida devengará, además, intereses.

Ante estas tres modalidades de deudas de dinero, cabe preguntarse, pues, si los intereses constituyen la genuina y única indemnización del daño o perjuicio producido por el retraso o mora en el pago de la deuda dineraria o puede existir otra, ante un mayor daño; dicho de otro modo: ¿cabe que en las deudas de dinero exista una mayor compensación patrimonial que la establecida por los intereses legales o convencionales?

4. *La no exclusividad de los intereses legales o convencionales y la indemnización del «mayor daño».*

Esta identidad de la indemnización de los daños y perjuicios con los intereses legales y voluntarios en el caso de la mora de un deudor en el pago de una cantidad de dinero (art. 1.108 C. c.), no es tan absoluta y excluyente como ha venido proclamando nuestra jurisprudencia del Tribunal Supremo.

El que la indemnización de daños y perjuicios «consistirá» en el pago de los intereses convenidos y, a falta de convenio, en el interés legal, supone establecer un criterio general, pero, sin un alcance imperativo y excluyente, ya que imposibilitaría su inmediata declaración permisiva a la autonomía de las partes («no habiendo pacto en contrario»). De ese modo, el legislador no ha adoptado una norma imperativa excluyente, ni exclusiva de los intereses legales. Nos lo confirma su propia actitud, frente a este criterio general, al establecer legalmente una serie de excepciones donde, además de los intereses legales, se incluyen como mayor indemnización otros daños y perjuicios. Tal es el caso del fiador, cuando paga por el deudor (art. 1.838 del C. c.), el cual debe ser indemnizado por éste con la cantidad total de la deuda, los intereses legales de ella, desde que se haya hecho saber el pago al deudor, aunque no los produjese para el acreedor, además de los gastos ocasionados al fiador después de poner éste en conocimiento del deudor que ha sido requerido para el pago y, también, los daños y perjuicios, cuando procedan. Lo mismo ocurre para el socio que se ha obligado a pactar una suma de dinero y dejó de aportarla (art. 1.682 C. c.), entonces, debe no sólo los intereses desde el día en que debió

aportarla, sino también debe «de indemnizar además los daños que hubiese causado»; lo mismo tiene lugar respecto de las sumas que hubiese tomado de la caja social. También el mandatario debe intereses de las cantidades que aplicó a usos propios desde el día en que lo hizo y de las que debiendo después de fenecido el mandato una vez que se haya constituido en mora (art. 1.724 C. c.) (32) y, además, «responde de los daños y perjuicios que, de no ejecutarlo, se occasionen al mandante» (art. 1.718 C. c.). Por último en el depósito, «consistiendo en dinero, se aplicará al depositario lo dispuesto respecto al mandatario en el artículo 1.724» (art. 1.770 C. c.).

De este modo, resulta que, en la mora del deudor de una cantidad de dinero, los intereses no son incompatibles (33) o excluyentes con otra indemnización de daños y perjuicios, si bien sean previstas por el legislador dentro de la casuística tradicional de las relaciones obligatorias. Si las alteraciones monetarias hubiesen supuesto en la época de la codificación civil un daño o perjuicio relevante, no cabe duda que también el legislador habría tomado medidas para paliarlo y habría supuesto una excepción más a las establecidas.

En la época de la codificación, no se piensa en otro daño que el provocado por la falta de restitución de la suma o cantidad debida en dinero. El daño provocado por el deudor al acreedor como consecuencia del impago temporal desde el día en que debe cumplir con su obligación, o desde el día en que es interpelado a que pague por retener lo debido, es un daño que resulta perfectamente identificado por el producto utilitario que se deriva del uso del dinero, en cuanto bien fructífero y del que resulta una rentabilidad como son los intereses medibles y determinables cuantitativamente durante el tiempo de retención de la suma debida; si el dinero tiene un valor constante y fijo, en base al principio nominalista, su rendimiento también es fijo y constante; los demás riesgos son para el legislador, consecuentemente, inapreciables, ya que ni los riesgos subjetivos del deudor por su solvencia mayor o menor, o por sus aptitudes para invertirlo, carecen para el dinero (por ser de distinta naturaleza que los otros bienes materiales productivos) de consecuencias. Al elaborarse el Código civil, el aspecto cualitativo del dinero permanecía relativamente estable y bajo la autoridad del principio nominalista monetario, adoptado en su nuevo sistema con la peseta como unidad, defendida por unas reservas metálicas (oro y plata), del mismo modo que los países europeos de su tiempo. En buena teoría y práctica normativa, los intereses resultaban el fruto civil de la utilidad del dinero, su rendimiento más idóneo, objetivamente considerado, sin atender a otras particularidades en su empleo.

El modelo napoleónico de su Código civil va a ser decisivo a

(32) S. 25 enero 1970.

(33) Según queda visto, el único autor que proclama expresamente su incompatibilidad fue MANRESA, *op. cit.*, p. 246, aunque sin aportar razones por ello.

este respecto. En su artículo 1.153, va a disponer que: «Las obligaciones que se limiten al pago de una cantidad determinada, los daños y perjuicios resultantes del retraso en la ejecución tan solo consistirán en la condena a los intereses fijados por la Ley, salvo las normas particulares para el comercio y el afianzamiento. Estos daños y perjuicios son debidos sin que el acreedor deba justificar alguna pérdida. No son debidas sino desde el día de su demanda, excepto en el caso en que la Ley los exija de pleno derecho».

Los acontecimientos monetarios posteriores condujeron a la jurisprudencia francesa a tener que rectificar aquel exclusivismo textual, el «tan solo», y corregirlo, si bien la reforma legislativa por la Ley de 7 de abril de 1900 no fue muy afortunada, a decir de la doctrina civilista, ya que se limitó a sustituir en el texto «desde el día de la demanda» por «desde el requerimiento de pagar» y añadió un párrafo más, al final, que expresa: «El acreedor, al que su deudor en retraso por su mala fe ha causado un perjuicio independiente de ese retraso, puede obtener los daños y perjuicios distintos de los intereses moratorios del crédito».

Los autores franceses (34) ponen de relieve cómo esta reforma legal pretende consagrar la jurisprudencia que concede al acreedor una indemnización de daños y perjuicios distinta a la que suponen los intereses moratorios del crédito. Ahora bien, se trata de unos daños y perjuicios «suplementarios» debido al perjuicio excepcionalmente grave que se le ocasiona al acreedor. Para Carbonnier (35) esta tendencia equitativa no está desprovista de base jurídica; supone la aplicación del artículo 1.382 del Código civil, sobre la actividad delictiva, a través de una responsabilidad contractual; a través de la mala fe, la casación descubre la intención de dañar, el dolo, como ocurre, por ejemplo, con las resistencias burocráticas de las compañías de seguros. El perjuicio causado, independientemente del retraso, supone un daño distinto al de la privación de la suma de dinero; se trata de un perjuicio concreto, aunque variable, derivado de no haber podido dar el acreedor un empleo determinado, como ocurre cuando no pudo pagar, a su vez, a sus acreedores y caer en quiebra por ello, o cuando, ante un gasto urgente, se le obliga que le impongan tasas o intereses más onerosos. La objeción es que estos daños derivados de las consideraciones del empleo del dinero van contra la naturaleza abstracta y fungible de la moneda, la cual, por sus reglas especiales taxativas, queda fijado el interés legal como indemnización y no cabe establecerse un perjuicio real.

Con la reforma del Código civil italiano de 1942, en su artículo 1.224, también se admite que el acreedor de una suma de dinero

(34) Cfr. BALIS, *Dommages et intérêts dus pour retard dans l'exécution d'une obligation de sommes d'argent*, en «Revue Critique» (1934), pág. 5; MARTY y RAYNAUD, *Droit civil. Les obligations*, II-1 (París, 1962), pág. 568; GAUDEMEL, DESBOIS, GAUDEMEL, *Théorie générale des obligations*. París, 1965, pág. 389; CARBONNIER, *Droit civil. Les Obligations*, IV (París, 1972), pág. 262;

(35) CARBONNIER, *op. cit.*, pág. 262.

pueda probar el haber sufrido un «daño mayor» que el de los intereses legales debidos a causa de la mora de su deudor. Según los civilistas italianos (36), se deroga el principio nominalista con esta norma especial de la mora, pues, según Mosco (37) cuando el daño (aquiliano o contractual) consiste en la pérdida o falta de adquisición de una suma de dinero, el principio nominalista prohíbe tomar en cuenta el poder adquisitivo de la moneda para la liquidación del daño, debiéndose la misma suma entregada anteriormente. Dado que es la norma de derecho positivo la que admite un mayor daño, junto con los intereses, en caso de mora, la doctrina y la jurisprudencia admiten la consideración de una solución valorista de los efectos que también provocan las alteraciones monetarias por la pérdida del poder adquisitivo del dinero, según se analizará más adelante.

Para el Código civil alemán (§ 288, I, B. G. B.) cabe la posibilidad de contabilizar un daño concreto cuando se pruebe, incluso, si se reciben mejores intereses. Los civilistas de la primera época (38), mantienen que el deudor que cae en mora debe indemnizar al acreedor todos los daños (frutos y utilidades). Así, para Von Tuhr (39), los intereses constituyen parte del daño que el deudor debe reparar de acuerdo con el § 286 I. Concretamente, para las deudas de dinero, según el § 288 I, los intereses moratorios alcanzan el 4 por 100 y el 5 por 100 si se trata de negocios mercantiles (§ 352 HGB). Estos intereses de naturaleza legal son debidos, según la doctrina civilista (40), como una «indemnización de mínimo» (41).

(36) Cfr. MONTEL, *La mora del debitore*. Padova, 1930; ASQUINI, *Clausole parametriche nelle obbligazioni pecuniarie e mora del debitore*, en «Rivista del Diritto Commerciale», 53-2 (1955), pág. 257; RAVAZZONI, *La costituzione en mora del debitore*. Milano, 1957; ASCARELLI, *Obbligazioni pecuniarie (art. 1.277-1.284)*. Bologna-Roma, 1959, pág. 556; BENNATTI, *La costituzione in mora del debitore*. Milano, 1968; DISTASO, *Le obbligazioni pecuniarie*, en «Banca, Borsa e Titoli di Credito», XXXII-1 (1969), pág. 450; BRANCA, *Mora e risoluzione: considerazione spicciola*, en «Studi Grossi», V (1973), pág. 667; BILIAZZI-GERI, *Mora accipiendi e mora debendi. Apunti delle lezioni*. Milano, 1975.

(37) MOSCO, *Gli effetti giuridici della svalutazione monetaria*, Milano, 1948, página 94.

(38) Cfr. PAECH, *Der Leistungsverzug*, Berlin, 1902; HEYMANN, *Das Verschulden beim Erfüllungsverzug*, en «Festschrift für Enneccerus» (1913), páginas 156 y ss.; OERTMANN, *Einrede und Leistungsverzug*, en Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht, 78 (1923), págs. 1 y ss.; ENNECCERUS-LEHMANN, *Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. Recht der Schuldverhältnisse*, 14 ed. II (Tübingen, 1954), pág. 216.

(39) VON THUR, *Der allgemeine Teil des Deutschen bürgerlichen Rechts*. § 17 y la trad. argentina, *Derecho civil. Teoría general del Derecho civil alemán. Los derechos subjetivos y el patrimonio*, I-1 (Buenos Aires, 1946), página 364, n. 22 a.

(40) Así, ENNECCERUS-LEHMANN, op. cit., p. 216; LARENZ, *Lehrbuch der Schuldrechts. Allgemeiner Teil*, I-I (München-Berlin, 1953), pág. 198 y la 10 ed. (1970), pág. 259; VON MAYDELL, *Geldschuld und Geldwert*, München, 1974.

(41) Entre nosotros, también CANO, op. cit., pág. 112.

Por tanto, según hace ver Von Maydell (42), la pretensión de intereses y la de indemnización de daños y perjuicios no se identifican, pues si los intereses son una forma ordinaria de la indemnización en caso de mora, acontecimientos sucesivos pueden producir mayores daños, como sucedería en el caso de que, a causa de la mora del deudor, el acreedor se viera en dificultades para hacer otros pagos.

Los ordenamientos civiles citados, al igual que el suizo (artículo 106) (43) y el portugués (44), admiten la prueba del acreedor sobre el mayor daño sufrido siempre que la mala fe del deudor cause el retraso o la mora en el pago de su obligación pecuniaria. Este elemento intencional que carece de trascendencia cuando existe una situación normal del valor y empleo del dinero, adquiere una importancia grande, por el daño que produce, cuando se quiebra aquella identidad de valor y de los intereses del dinero, tal como la misma doctrina europea ha puesto de relieve.

5. *El alcance de las alteraciones monetarias en la indemnización por mora del deudor.*

El hecho de la alteración del valor de la moneda adquiere un dramatismo y unos efectos singulares en el siglo XX, como no lo había adquirido anteriormente; quizás se debe a la gran difusión e inflación que adquiere el papel moneda en la economía de los pueblos europeos, al ser las propias autoridades gubernativas las que alteran el valor del dinero y quiebran su principio nominalista de igualdad y fijeza (para nosotros, «peseta igual a peseta»); se advertirá una manipulación o variación de su valor en sentido negativo («devaluación»), o bien, por parte de los mismos ciudadanos, al aumentar indebidamente el volumen del crédito circulante en el tráfico de bienes y servicios («depreciación»); la moneda deja de ser el bien equivalente a entregar como valor en cambio entre deudores y acreedores, sobre todo, cuando entre ambas partes se han contraído relaciones jurídicas duraderas, a largo plazo o de trámite sucesivo; la diferencia entre el poder adquisitivo del dinero, al contratar, con el que tiene en el momento posterior del pago, puede llegar a alcanzar un tercio o hasta la mitad del que tenía e, incluso, hasta una alteración del cien por cien.

Estas alteraciones monetarias radicales son las que se han visto suceder en los dos conflictos bélicos mundiales de nuestro siglo y con el cambio de las ideologías políticas y sus economías estatalizadas o de mercado libre.

(42) VON MAYDELL, *op. cit.*, pág. 141.

(43) Cfr. BERNER KOMMENTAR, *Kommentar zum schweizerischen Privatrecht. VI. Das Obligationenrecht*, Bern, 1977; GAUCH, SCHULER y JAGGI, *Schweizerisches Obligationenrecht. Allgemeine Teil*, Zürich, 1977.

(44) Cfr. PAES DA SILVA VAZ SERRA, *Mora do devedor*, en «Boletim do Ministério da Justiça», 48 (1955), págs. 101 y ss.

En los países de mercado libre estas convulsiones monetarias requirieron medidas legislativas especiales para tratar de corregir las diferencias y anomalías. A pesar de ello, las economías nacionales y el mismo sistema monetario internacional no han perdido con estabilidad durante estos últimos treinta años, acusando inflaciones veladas o galopantes, según los países que han tenido una mejor o peor organización, si bien, resintiéndose todo el sistema, al habernos hecho desembocar en un mercado mundial de valores monetarios en «flotación» o alterado.

A pesar de ello, los países europeos no han abandonado el sistema nominalista del dinero y sostienen la ficción de un valor constante y fijo de sus monedas para los pagos cuando, en realidad, ese valor disminuye y empeora periódicamente, por lo cual, el binomio «valor fijo del dinero» y «cantidad fija del dinero» no se mantienen identificados o paralelamente, sino que se disocian y adquieren niveles diferentes: mientras que la identidad cuantitativa de la unidad monetaria permanezca constante, la valoración cualitativa, o poder adquisitivo, se deteriora sensiblemente. Aquel riesgo teórico e imperceptible de antes en el valor del dinero, considerado por la doctrina civilista como un riesgo no repercutible e intrascendente en las relaciones monetarias (45), es ahora real, al hacerse dañoso patrimonialmente para las partes que resultan obligadas.

Ante una alteración monetaria grave, los ordenamientos jurídicos reaccionan, ya de una manera radical, excepcionando el sistema nominalista monetario, que es sustituido por otro basado en soluciones con un criterio real o valorista, o bien de un modo más flexible, al no recoger normativamente dicho principio nominalista con un carácter imperativo, por lo que cabe su interpretación potestativa. Si bien su aplicación es de carácter general, cabe que las partes, o el juez, ante sus efectos dañosos traten de conseguir un efecto equitativo y commutable en las prestaciones obligatorias. Mientras que las partes podrán prever con cláusulas estabilizadoras la reparación del daño, el juez o los tribunales acudirán a la revisión del contrato.

Cuando se trata de alteraciones monetarias menos profundas, como ocurre en el caso de inflaciones veladas o progresivas, sin ser galopantes y donde las partes no hayan excepcionado el principio nominalista en sus relaciones obligatorias de sumas o cantidad de dinero, el deudor solventa su obligación con el pago de la misma cantidad de dinero recibida, sin que el mayor o menor valor del dinero, su poder adquisitivo, trascienda al momento del cumplimiento.

En nuestro ordenamiento privado (civil y mercantil), el principio nominalista no está imperativamente impuesto, sino implícitamente reconocido; de aquí que, las partes puedan derogarlo

(45) Cfr. BELTRÁN DE HEREDIA, *El cumplimiento de las obligaciones*, Madrid, 1956, pág. 231.

voluntariamente y sustituirlo por una solución valorista, lo mismo que el Juez o los Tribunales para conseguir un resultado equitativo. Esta es la única solución que también cabe para el caso de mora del deudor de una cantidad de dinero, ya que si las partes no lo han previsto y convenido, el daño patrimonial o indemnización de daños y perjuicios, sólo será el interés legal. Mientras que otras legislaciones europeas han corregido el texto legal, nuestro legislador ha permanecido anclado en su texto sin modificarlo.

En el ordenamiento civil francés, según queda visto, la Ley de 7 de abril de 1900, añade un párrafo del artículo 1.153 del Código civil, según el cual, se pueden obtener daños y perjuicios distintos de los intereses moratorios. Si bien la objeción, según Carbonnier (46), es que esta amplificación reintroduce la consideración del empleo del dinero en contra de la naturaleza abstracta y fungible de la moneda, que el sistema del artículo 1.153 había tenido por finalidad eliminar, sin embargo, puede extenderse a una cuestión de gran importancia práctica en nuestros días, cual es el perjuicio inherente a la depreciación de la moneda durante el retraso de mala fe del deudor y que la jurisprudencia concluye por aceptar en varios casos (47), cuestión que otros autores la encuentran controvertida (48).

La reforma al Código civil italiano de 1942 (art. 1.224), en caso de mora del deudor, al admitir que el acreedor pueda recibir «otro resarcimiento», si bien deba probar el haber sufrido «un mayor daño» (Relación al Rey, § 58 del «Libro de las Obligaciones»), permite interpretar auténticamente, según hace ver Mosco (49), que dicha consideración es extensible a los casos de desvalorización de la moneda durante la mora del deudor. Ahora bien, para Mosco (50), cuando el acreedor puede exigir el pago de una suma numéricamente mayor de aquella que fue objeto del daño, es porque nos encontramos ante una hipótesis en la que el principio nominalista viene derogado por las normas especiales para el daño por mora (51). El dinero, al ser diferente de los otros bienes y estar privado de utilidad directa, este autor admite cómo la desvalorización provoca por sí misma, con la disminución del poder adquisitivo, un daño que consiste en la profunda diferencia entre el poder adquisitivo inicial respecto a aquél que tiene en el momento del cumplimiento. En cambio, para Ascarelli (51 bis), el límite de indemnización, únicamen-

(46) CARBONNIER, *op. cit.*, pág. 263.

(47) Trib. civ. Mende, 29 julio 1948, en «Gazette du Palais», 48, 2, 189; Trib. civ. Amiens, 9 noviembre 1948, en «Gazette du Palais», 48, 2, 250, cfr. CARBONNIER, *op. cit.*, pág. 263.

(48) Cfr. MARTY y RAYNAUD, *op. cit.*, pág. 569.

(49) MOSCO, *op. cit.*, p. 94.

(50) MOSCO, *op. cit.*, p. 95.

(51) No se debe olvidar que el principio nominalista viene reconocido expresamente por el Código civil italiano (art. 1.277).

(51 bis) ASCARELLI, *In tema di resarcimento dei danni di mora nei debiti pecuniari*, en «Foro Italiano», I (1951), págs. 163 y ss., ahora en «Studi giuridici sulla moneta», Milano, 1952, págs. 163 y 167.

te a los intereses legales, que se había puesto en el artículo 1.231 del Código civil derogado (52), cae con el nuevo artículo 1.224 del Código civil vigente. La resarcibilidad del daño provocado por la desvalorización durante la mora no encuentra ahora sus límites en el valor nominal, ya que se limita a sancionar la identidad jurídica de la suma prestada y de aquella debida, independientemente del distinto problema de la resarcibilidad de los daños de mora. Para el profesor Ascarelli (53), el acreedor debe probar que el daño sufrido es de medida superior a los intereses moratorios; este mayor daño por devaluación tiene que ocurrir durante el período de mora, ha de ser consecuencia directa e inmediata de ella y de un lucro cesante del acreedor, al no haber podido realizar una inversión o no poder conservar un bien. De acuerdo con la jurisprudencia (54), este ilustre autor mantuvo la necesidad de que exista culpa por parte del deudor; al considerar que la devaluación, en general, no constituye por sí misma un daño a resarcir, el acreedor deberá concretar el caso específico que da lugar al perjuicio que se le ocasiona durante el período que dura la mora.

El Código civil alemán (§ 288 B. G. B.), anterior a las graves alteraciones monetarias, tampoco las prevé, aunque, con posterioridad, la jurisprudencia y la doctrina hayan de acometer sus consecuencias (55) ante el desastre del primer conflicto bélico mundial. Como hace ver Von Maydell (56), algunos autores (Hueck, Mügel, Michaelis) sostienen que, por la desvalorización el acreedor recibe menor poder adquisitivo, si bien, otros advierten que también todos los acreedores están en la misma situación. Con Esser (57), cree que el daño es algo concreto e individual, por tanto, un acreedor no puede pedir de modo general una compensación patrimonial porque suceda un empeoramiento monetario general, como ocurre con la desvalorización. Para el Derecho monetario, la desvalorización del dinero no produce un daño indemnizable, a excepción de los intereses, tal como establece el principio nominalista para el caso de la mora del deudor (§ 288 BGB). En el caso que se produzcan los «demás daños», que menciona, Von Maydell advierte cómo el legislador no se aclaró suficientemente, por lo que, solamente las grandes inflaciones tienen un papel importante. Sin embargo, a su juicio (58), la pretensión de intereses y la indemnización de daños no se identifican, pues, si los intereses son la forma ordinaria de

(52) Sobre la problemática de este artículo, cfr. MONTEL, *La mora del debitore*, Padova, 1930 y *Scritti in tema di danni di mora*, en «Problemi della responsabilità civile e del danno», Padova, 1971, págs. 275 y ss.

(53) ASCARELLI, *Obbligazioni pecuniarie*, cit., págs. 568 y 569.

(54) Cfr. DISTASO, *op. cit.*, págs. 450 y ss.

(55) Cfr. HEINSEIMER, *Verzug und Geldentwertung*, en «Die Geldentwertung in der deutschen Rechtsleben», Berlín, 1923, págs. 131 y ss.

(56) VON MAYDELL, *op. cit.*, pág. 137.

(57) ESSER, *Schuldrecht*, 4 ed. I (Karlsruhe, 1970), § 49, III. En contra: STAUDINGER-WERNER, *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, mit Einführungsgesetz und Nebengesetz*, 11 ed. Berlín, 1967, págs. 678 y ss.

(58) VON MAYDELL, *op. cit.*, pág. 140.

indemnización, en caso de mora, acontecimientos sucesivos pueden producir daños mayores, como en el caso de que el acreedor por la mora del deudor se vea en dificultades para realizar otros pagos. Además, cree que se debe tener en cuenta que todo capital produce un interés por el uso que se hace de él y al mismo tiempo puede sufrir una pérdida de su valor, cosa que el legislador no pensó en ello. Por tanto, la desvalorización producirá un daño particular al acreedor en el caso de que pruebe que el dinero que debía de recibir en el tiempo oportuno lo invertiría en bienes o valores que no se desvalorizarían, por lo cual, si no lo pudo hacer, su patrimonio se vería disminuido y dañado. En los casos en que los acreedores no sufren un daño superior al 4 por 100 del interés que reciben no necesitan demostrarlo; por eso, los daños y perjuicios vienen equiparados; según caracterizó Larenz (59), se trata de una «indemnización de mínimo». Para Von Maydell (60), con Belke (61), cree que el § 288, II, BGB, concede la posibilidad de contabilizar un daño concreto, incluso cuando el acreedor reciba mayores intereses. Como conclusión, admite la posibilidad de otra indemnización en dos casos: a) Cuando los daños por desvalorización superan la indemnización de mínimo del 4 por 100; b) Cuando el acreedor, al haber adquirido un crédito, sin que se hubiese pactado como indemnización de intereses, deje de tener un contenido positivo a causa de una desvalorización.

Así, resulta que la cuestión de los daños y perjuicios por desvalorización es, prácticamente, excepcional, ya que el acreedor tiene que probar concretamente cómo durante la mora del deudor su patrimonio ha disminuido en la cuantía en que se produce esa desvalorización del dinero. El acreedor puede demostrar que, con aquel dinero, en el tiempo oportuno de recibarlo, ha sufrido un daño concreto por haberle impedido invertir de un modo particular y posible en valores estables que estaban a su disposición. Ahora bien, como dice con acierto Paes da Silva (62), también se debe de dar una oportunidad al deudor de que pueda probar la inexistencia o falta de realidad de ese mayor daño y que no le es imputable culpa alguna.

Cuando los principios de un ordenamiento jurídico responden a la realidad social su interpretación y aplicación resultan adecuadas y justas. Ahora bien, cuando aquella realidad va por otros derroteros y se quiebran los principios admitidos en aquel ordenamiento los conflictos de intereses se ponen en evidencia. Así, la quiebra del principio nominalista del dinero por las alteraciones monetarias conduce a que los intereses legales o convencionales por la mora del deudor de cantidades de dinero no equivalgan a la

(59) LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrechts*, I (Múnchen, 1953), pág. 198, y 10 ed. (1970), pág. 259.

(60) VON MAYDELL, *op. cit.*, pág. 141.

(61) BELKE, *Abstrakte Schadensberechnung und Anscheinsbeweis am Beispiel des Zinsschadens*, en «*Juristen-Zeitung*» (1969), pág. 586.

(62) PAES DA SILVA, *op. cit.*, págs. 107 y ss.

indemnización de daños y perjuicios que le ocasiona al acreedor, ya que, además, se produce un daño mayor con la pérdida del poder adquisitivo de la cantidad de dinero debida en la proporción en que se haya alterado el valor de la moneda durante el período de mora. Mientras que la disposición general contenida en el artículo 1.108 del Código civil español alcanza a los puestos y casos ocurridos en situaciones económicas normales, al constituir los intereses esa indemnización del mínimo legal sin necesidad de prueba, en cambio, al ocurrir la quiebra del valor del dinero, su mayor daño concreto puede ser probado y, así, también indemnizado, tal como lo considera la misma tradición civilista (63) y las mismas excepciones legales establecidas por el legislador para el fiador, el socio, el mandatario y el depositario, donde se puede pedir, además, la indemnización de otros daños sufridos o que las partes así lo hayan pactado previamente. A pesar de que la jurisprudencia no ha dejado de confirmar sucesivamente que la indemnización de daños equivale a los intereses legales o voluntarios, el propio Tribunal Supremo no dejó de reconocer que puede cabrer la prueba de la existencia de perjuicios especiales y extraordinarios (S. 19 junio 1903) (64), con lo cual, se abre así una posibilidad para una interpretación extensiva del artículo 1.108 del Código civil donde puedan incluirse aquellos daños concretos y probados como consecuencia de las alteraciones monetarias.

Sin embargo, el Tribunal Supremo, ante la primera ocasión que tiene para un caso donde el acreedor reclamaba, además de una cantidad de dinero y sus intereses legales, un monto o *quantum* en concepto de indemnización como consecuencia del deterioro de nuestro signo monetario durante el período de mora (S. 27 octubre 1977), vuelve a invocar su posición tradicional en base a «que el Código civil, en su artículo 1.108 prescribe un tratamiento específico para la mora del deudor, en el caso de no mediar pacto expreso, cual es el pago del interés legal». Y, respecto al monto o *quantum* pedido como indemnización de la alteración monetaria, simplemente contesta: «... sin dar por ello a la actualización de la moneda, puesto que se fija en el contrato la suma y moneda en que ha de pagarse el principal y ha de aplicarse el artículo 312 del Código de comercio, que dice, para el caso del préstamo, que el daño o el beneficio de la cotización, en el momento del pago, de la moneda convenida, ha de ser de cuenta del acreedor».

(63) Entre nuestros civilistas clásicos, COVARRUBIAS recoge la doctrina de BARTOLO sobre las deudas de dinero, según la cual, la disminución del valor de la moneda debería pesar sobre el deudor moroso, cfr. MUCIUS SCAEVOLA, *Código civil. De las obligaciones* (arts. 1.088 a 1.213), 29 ed. revisada por Marín Pérez, XIX (Madrid, 1957), pág. 993; TRIFONE, *Le variazioni del valore della moneta nel pensiero di Bartolo*, en «Studi e Documenti per il VI Centenario», II (Milano, 1962), págs. 691 y ss.

(64) MANRESA, *op. cit.*, p. 245; DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos de Derecho civil patrimonial*, Madrid, 1970, pág. 466.

En realidad, en este caso, el acreedor no había pedido la actuación de la cuantía de su deuda, o suma de dinero debida (un millón de pesetas), sino una cuantía adicional como indemnización por el daño que la desvalorización monetaria le había producido durante el período de mora. De aquí que al Tribunal Supremo le hubiera bastado aducir el primer argumento en base al artículo 1.108 del Código civil, ya que, en cuanto al segundo pretende mantener el pago de una deuda de dinero sobre la base del principio nominalista, pero aplicado de una manera preceptiva, como sucede en el caso concreto del préstamo mercantil (art. 312 del Código de comercio), con el fin de justificar el que no se tome en cuenta la desvalorización monetaria.

A mi modesto juicio, en unos momentos de gran inflación como los que estamos pasando, con grave deterioro del poder adquisitivo de la moneda de un año para otro, no podemos tratar de justificar el principio nominalista del dinero de una manera preceptiva, sobre todo cuando el legislador para el pago de las deudas de dinero (art. 1.170 Código civil) tan solo lo admite de un modo implícito y general, pero no de una manera imperativa o legalmente especificado, por lo que, tampoco cabe hacerlo extensivo analógicamente deduciéndolo de un caso concreto como el del préstamo mercantil en que, por lo demás, se confirma para cuando se especifica la moneda de pago (art. 312 Código de comercio). Más extraña resulta esta aplicación interpretativa del nominalismo monetario cuando el propio Tribunal Supremo lo está excepcionando constantemente (65).

Creo que hubiera bastado indicarle al acreedor la necesidad de aportar la prueba del mayor daño sufrido por la alteración monetaria, de modo que se demostrase que los intereses legales no comportaban la completa equiparación de la indemnización de daños, según el art. 1.108 del Código civil. De este modo, se vendría a confirmar lo que ya se dijo en la Sentencia de 19 de junio de 1903: la necesidad «de la prueba de la existencia de perjuicios especiales y extraordinarios». Estos perjuicios especiales y extraordinarios bien pueden provenir de las alteraciones monetarias, tal como otros tribunales europeos vienen considerando, en pro de la justicia comutativa de los intereses de la partes.

(65) SS. 27 febrero 1945, 4 enero 1951, 8 julio 1952, 28 noviembre 1957, 31 octubre 1960, 20 diciembre 1961, 31 octubre 1962, 22 noviembre 1966, 14 febrero 1976 y 20 mayo 1977.

Notas sobre la evolución del sistema matrimonial español

SALVADOR CARRION

Puede afirmarse sin temor alguno al error que el Derecho de familia se ofrece hoy en los ordenamientos positivos de un buen número de países como uno de los sectores normativos que en mayor medida atraen la atención de los estudiosos. Ello no deja, sin embargo, de encontrar una justificación por lo demás sencilla. Si el Derecho civil es, ante todo, el Derecho de la persona humana, no puede producir extrañeza que en un tiempo en el que la preocupación por la dignidad del hombre y el deseo de lograr un marco jurídico en armonía con esa dignidad y libertad humana constituyan un objetivo prioritario, la atención de los juristas haya venido a incidir en ese sector de la normativa jurídico-civil que tantos caracteres diferenciales presenta con respecto al Derecho patrimonial.

En los últimos años, el Derecho de familia de un buen número de países de la Europa occidental ha sido objeto de profundas reformas: la Ley de 19 de mayo de 1975 ha introducido en el ordenamiento italiano importantes modificaciones que afectan, fundamentalmente, al matrimonio civil, filiación y régimen económico-matrimonial. La normativa sobre divorcio ha constituido el objetivo prioritario de las reformas llevadas a cabo por el legislador de la República Federal Alemana en su Derecho familiar en 1977. Tampoco el legislador portugués ha sido ajeno a este movimiento reformista que, por lo que se refiere al Derecho luso, ha cristalizado fundamentalmente en la introducción de un sistema matrimonial de corte anglosajón y la promulgación de una normativa en materia de divorcio inspirada en principios menos restrictivos de los hasta entonces vigentes.

El Ordenamiento español no es una excepción. Una buena parte de la normativa española reguladora de la institución familiar anda necesitada de importantes reformas que procedan a su actualización y consiguiente adecuación a la realidad social española del momento, tan distinta de aquella que la vio nacer. Semejante necesidad de reforma de nuestro Código civil encuentra hoy una causa impulsiva especialmente importante en el cambio político acontecido en el país y la entrada en vigor de la Constitución española de 1978 en la que se contienen principios (desaparición de la confesionalidad católica del Estado, prohibición de que el ciudadano sea obligado a declarar sobre

sus creencias religiosas, expreso reconocimiento de los deberes de los padres para con los hijos habidos dentro y fuera del matrimonio, posibilidad de investigación de la paternidad y supresión a nivel constitucional del principio de la indisolubilidad del vínculo matrimonial a través de una ambigua fórmula contenida en el artículo 32, segundo párrafo, que viene a dejar abierto el camino a una futura introducción del divorcio vincular por ley ordinaria) cuya incidencia en el campo familiar se ofrece incontestable.

En el presente trabajo se pretende llevar a cabo una exposición de la evolución sufrida por una de las más importantes parcelas del Derecho de familia español: el *sistema matrimonial*.

Al sistema matrimonial se refiere el antes citado párrafo segundo del artículo 32 de la nueva Constitución española:

“La ley regulará —dice el precepto— las formas del matrimonio, la edad y capacidad para contraerlo, los derechos y deberes de los cónyuges, las causas de separación y disolución y sus efectos.”

¿Qué es el Sistema matrimonial? La doctrina jurídica ha venido entendiendo por sistemas matrimoniales los diversos criterios adoptados por las legislaciones por lo que se refiere a la forma de celebración matrimonial civilmente eficaz.

Sin embargo, es evidente que esta reducción del concepto de Sistema matrimonial a una o varias formas de celebración del matrimonio eficaces ante el Derecho del Estado no resulta exacta: Sistema matrimonial y forma o formas de celebración del matrimonio civilmente eficaces no pueden considerarse términos equivalentes. Cuando hablamos de un Sistema matrimonial determinado (el español, el francés, el británico o el alemán) estamos hablando de algo más amplio, de un conjunto de normas que van más allá, que trascienden a la simple forma o formas matrimoniales civilmente válidas en cuanto productoras de efectos ante el Ordenamiento de que se trate. El matrimonio en cuanto instituto jurídico regulado por el Derecho del Estado no se agota en la forma de celebración, si bien la ausencia total de ésta permita hablar de un supuesto de inexistencia del matrimonio. Junto a las normas reguladoras de la forma de celebración, coexisten los preceptos reguladores de la capacidad requerida en aquéllos que aspiran a contraerlo, la normativa material o sustantiva reguladora del consentimiento de los esposos y, finalmente, las causas que el propio ordenamiento configure como de separación y disolución del vínculo matrimonial.

El Estado, pues, a través del Sistema matrimonial que su propio ordenamiento configure en cada momento no se limita a establecer en qué forma deberán contraer matrimonio sus nacionales para que éste sea reconocido como tal (a través de la producción de los efectos civiles) en el Ordenamiento estatal. Las normas reguladoras del Sistema matrimonial, cualquiera que éste sea, vienen a poner de manifiesto dos aspectos claves en el campo del Derecho familiar:

- a) La forma en que deberá celebrarse la unión para que ésta se entienda contraída ante el Derecho del Estado.
- b) Las normas jurídicas de carácter material o sustantivo reguladoras del matrimonio (capacidad de los contrayentes, consentimiento y causas de separación y disolución del vínculo).

Junto a la prescripción expresa de la forma, reducida en lo fundamental a la determinación de la autoridad o funcionario ante la que los contrayentes deberán expresar su consentimiento, el Sistema matrimonial indica y precisa el ordenamiento jurídico regulador de la relación jurídico-matrimonial desde su constitución y posterior desarrollo hasta su extinción. Se trata, por tanto, del criterio que un determinado ordenamiento civil establece sobre un punto concreto del régimen matrimonial. Es cierto que el Sistema matrimonial expresa cuáles son los matrimonios reconocidos como válidos, es decir, con efectos civiles, por el ordenamiento de que se trate, pero en un intento de correcta conceptualización del mismo se impone suprimir la referencia a la forma de celebración dada la insuficiencia de ésta a la hora de tratar de definir el Sistema matrimonial. En el caso del Ordenamiento español (por ser el que ahora nos ocupa) el Sistema matrimonial es el criterio fijado por la ley española para reconocer efectos civiles a los matrimonios contraídos por sus ciudadanos (Fuenmayor) y determinante asimismo de la reglamentación jurídica aplicable a las citadas uniones.

Conviene llamar la atención acerca del carácter exclusivamente civil de las normas que definen el Sistema matrimonial y aunque, como ocurre en el caso español, esas normas hagan referencia en parte a la eficacia del matrimonio canónico, el Sistema matrimonial viene definido por normas exclusivamente civiles. Se trata, pues, de normas jurídicas del Derecho del Estado, el cual, a través de su Sistema matrimonial, establece los criterios a que deberán sujetarse sus naciones en cuanto al reconocimiento estatal de los matrimonios por ellos contraídos.

El Sistema matrimonial español en consonancia con las anteriores premisas, viene definido por algunos artículos del Código civil vigente. La doctrina es unánime en considerar como eje de todo el Sistema los artículos 42 y 51 del citado cuerpo legal, advirtiendo asimismo que la principal de estas normas es el artículo 42, viniendo a ser el 51 una especie de cerradura de seguridad para todo el Sistema (Fuenmayor). Junto a ellos, el artículo 75 del propio Código (en esa función de proceder a la determinación de la normativa jurídica aplicable a un determinado matrimonio) determina la sujeción del canónico en lo que se refiere a su constitución, validez y reglamentación jurídica general a las normas del Derecho de la Iglesia católica.

¿Cuál es la razón de ser de los llamados sistemas matrimoniales? Parece opinión más segura la de que esta razón de ser no puede ha-

llarse sino en la existencia, a su vez, de legislaciones religiosas o confesionales que regulan o, al menos, inciden en mayor o menor intensidad sobre el propio instituto matrimonial. El fundamento mismo de los sistemas matrimoniales no es otro que el de deslindar los campos civil y religioso en la materia, estableciendo un marco de relaciones entre ordenamiento civil y ordenamientos confesionales en lo que se refiere a la válida constitución y regulación posterior de la relación jurídico-matrimonial.

Estas relaciones pueden ser amistosas u hostiles o simplemente indiferentes. Por su parte, las relaciones amistosas son susceptibles de presentar diversas modalidades. Incluso en el caso de un total desconocimiento por parte del Ordenamiento estatal de los matrimonios confessionales o religiosos, tras ese desconocimiento no deja de hallarse una respuesta del Estado al fenómeno religioso, si bien materializada aquí en la total y completa inoperancia del acto religioso en el ámbito civil.

Con lo que se acaba de decir no se pretende, en definitiva, sino poner de manifiesto que la problemática jurídica inherente a los sistemas matrimoniales no ha existido siempre en la historia. Por el contrario, es el resultado de unos acontecimientos perfectamente localizables en el tiempo a cuya producción los sistemas matrimoniales deben su razón de ser.

En la Edad Media carece en cierto modo de sentido hablar de sistema matrimonial (si bien la doctrina suela utilizar el término de “sistema de normación canónica exclusiva” para referirse al vigente durante el Medioevo) por una razón muy sencilla: la inexistencia en la Europa cristiana de una legislación matrimonial distinta de la canónica. El total y exclusivo monopolio, no sólo legislativo sino también jurisdiccional, de la Iglesia sobre el matrimonio de los cristianos produjo, como corolario lógico, la total ausencia de una legislación matrimonial civil, es decir, propia del Estado, hasta la reforma protestante del siglo XVI. Este se limitaba, pues, a dar por buenos los matrimonios contraídos de conformidad con un Derecho que no era el suyo: el Derecho canónico. De este modo, la unión religiosa era al mismo tiempo civil y viceversa.

El anterior planteamiento quiebra con la Reforma. Negada al matrimonio su cualidad de sacramento por parte de los reformadores, éstos no podían por menos de afirmar que la competencia sobre el mismo correspondía al poder civil dada su condición de contrato puramente secular. La proclamación por vez primera del matrimonio civil tiene lugar en abril de 1580 en los Estados de las provincias de Holanda y Frisia occidental, sancionándose con nulidad todo matrimonio no contraído ante el ministro calvinista o el magistrado civil. El fenómeno revolucionario francés de 1789, si bien partiendo de presupuestos ideológicos bien diversos, vendría a completar este proceso: en la Declaración de la Asamblea constituyente francesa de 14 de septiembre de 1791 se afirma: “La ley no considera al matrimonio más que como un contrato civil”.

No es este el momento de detenernos en el examen de la evolución ideológica que desembocaría finalmente en esta reivindicación por parte del Estado de sus derechos sobre el instituto matrimonial. Mención especial merece, sin embargo, en el desarrollo de este proceso la obra de Pothier, defensor por antonomasia de la competencia estatal en orden a la regulación del matrimonio:

“Los impedimentos que establezca la Iglesia —dice Pothier— por sí solos y por sí mismos no podrán más que afectar al sacramento, y de ninguna manera al contrato civil.”

La influencia de Pothier es clara en el pensamiento de García Goyena y, a través del mismo, en los autores de la ley española de matrimonio civil obligatorio de 1870.

España estaba llamada a constituir una excepción en el curso del proceso secularizador antes aludido. No será hasta bien entrado el siglo XIX y concretamente en su segunda mitad cuando tiene lugar una secularización del matrimonio propiamente dicha. Hasta ese momento, los cánones del Concilio de Trento sobre materia matrimonial, aceptados como Leyes del Reino por la Real Cédula de Felipe II de 12 de julio de 1564, habían constituido la legislación matrimonial del país. Es verdad que existen Reales Ordenes y Decretos de la Corona, pero se refieren generalmente a cuestiones relativas al matrimonio de menores (licencias, consejos, etc.). A diferencia de otros países europeos, como Francia o Austria, en los que junto a la legislación canónica sobre la materia iría formándose progresivamente una legislación regia que en ocasiones se mostraba en abierta contradicción con la primera, no puede afirmarse que la intervención en materia matrimonial constituyera objetivo del absolutismo monárquico, tanto por lo que se refiere a la dinastía austriaca como a la borbónica. Los principales representantes del Regalismo español, o bien no se plantean expresamente en sus obras la cuestión de la competencia eclesiástica y civil sobre el matrimonio (Campomanes, Macanaz, Salgado de Somoza), o bien si en alguna ocasión llega a rozarse incidentalmente se pondrá de manifiesto su consideración del mismo como materia espiritual y, como tal, sujeta a la potestad exclusiva de la Iglesia.

Hemos de llegar al trienio liberal (1820-1823) para que se escuchen en Cortes opiniones en el sentido de que el matrimonio no pertenece a la autoridad de la Iglesia porque su materia es un contrato. Es claro que no se trataba de una actitud generalizada, pero no deja de ser un índice demostrativo de la producción de un cambio respecto a la situación precedente, cambio que se materializaría en la regulación del instituto por parte del Proyecto de Código civil de 1821, obra de Nicolás María Garely. Su artículo 164 negaba los efectos civiles al matrimonio que no se celebrara “ante el párroco y testigos”. No obstante esta conservación de la forma tridentina, los redactores del Proyecto procederían a la introducción de un “prematrimonio civil”: el artículo 304 disponía que las personas que aspiraran a contraer matrimonio deberían comparecer a expresar su voluntad y determinación ante el alcalde del domicilio de la mujer. De

esta comparecencia debía extenderse acta con la cual podían presentarse al párroco a fin de contraer el matrimonio. En defecto de comparecencia ante el alcalde el matrimonio devenía nulo.

El Proyecto de Código de 1851, cuya paternidad viene unánimemente atribuida a García Goyena, iba a suponer, en el curso de este proceso secularizador, un retroceso. Su artículo 48 establecía textualmente que “el matrimonio ha de celebrarse según disponen los cánones de la Iglesia Católica, admitidos en España”. Paradójicamente, García Goyena era un decidido defensor de la competencia del Estado para legislar en materia matrimonial y así se desprende de sus “Concordancias, Motivos y Comentarios al Código Civil Español”. La influencia del pensamiento de Pothier es clara: para García Goyena, el Derecho canónico es “ius receptum”, es decir, la autoridad del Concilio de Trento en España y, como consecuencia, la vigencia de su legislación matrimonial, deriva exclusivamente de una ley del Reino: la Real Cédula de Felipe II a la que anteriormente se hizo referencia. La profesión de este pensamiento, defendido con rigor, no impidió al ilustre jurista cerciorarse de que la realidad social española de la época no era en modo alguna propicia a un cambio radical en la materia. Convenía, pues, respetar en plenitud el “*statu quo*” observado hasta entonces.

Progresivamente, el matrimonio civil se convertirá en una bandera de partido, indisolublemente ligado a los sectores más extremos del liberalismo español. Tras la revolución de septiembre de 1868 que destronó a Isabel II, progresistas, demócratas-monárquicos y la Unión liberal accedían al poder y en las postimerías de 1869 el entonces ministro de Gracia y Justicia, Manuel Ruiz Zorrilla, presentaba a las Cortes un proyecto de ley (cuyo artífice, ante la negativa a elaborarlo de la Comisión General de Códigos, era Eugenio Montero Ríos) en el que tras afirmarse en su artículo 1.^º que el matrimonio es por su naturaleza perpetuo e indisoluble, disponía en el artículo segundo que “el matrimonio que no se celebre con arreglo a las disposiciones de esta ley, no producirá efectos civiles con respecto a las personas y bienes de los cónyuges y de sus descendientes”. Se introduce así un sistema de matrimonio civil obligatorio. Este debía celebrarse ante el juez municipal competente y dos testigos mayores de edad. En el fondo, si por algo se caracteriza la primera de las leyes de matrimonio civil obligatorio es por su innegable carácter moderado. Buena prueba de ello la suministrada por su artículo 34:

“Los contrayentes podrán celebrar el matrimonio religioso antes, después o al tiempo del matrimonio civil.”

Con este precepto el legislador español se separaba del modelo francés, en el cual (Código de Napoleón) es preceptiva la prioridad de la celebración civil sobre la religiosa, conminándose con multa la conducta del sacerdote que asiste al matrimonio religioso de contrayentes no casados civilmente.

El 24 de mayo de 1870, tras un amplio debate parlamentario y al

amparo ya de una Constitución no confesional, la ley era aprobada y con su aprobación el Sistema matrimonial español iba a convertirse, en acertada expresión del profesor Fuenmayor, en "la cuestión legislativa más espinosa a lo largo de la pasada centuria y parte de la presente". No se tienen datos exactos sobre el número de matrimonios civiles contraídos durante el escaso período de vigencia de la ley. La inmensa mayoría de los ciudadanos siguió contrayendo tan sólo el matrimonio canónico, con despreocupación por el no reconocimiento de efectos civiles a estas uniones. La Ley de 1870 se ofrece, pues, como "un producto político, conseguido de espaldas a la realidad social española, lo cual viene a explicar su precaria vigencia y su constante y general incumplimiento" (Lalaguna). No resulta infrecuente hallar en manuales de Derecho civil, al tratar la materia relativa a la ley, referencias a la Ley de 1870 como ejemplo de disposición inadecuada a la realidad social que estaba llamada a regular.

En 1875 el pronunciamiento militar de Martínez Campos en Sagunto proclamaba rey de España a don Alfonso XII. Cánovas del Castillo, a través de su ministro de Justicia, Francisco de Cárdenas, comenzó a derogar la legislación revolucionaria. El Decreto de 9 de febrero del mismo año derogaba en parte la Ley de 1870, concediendo efectos civiles a los matrimonios canónicos contraídos durante los cinco años de vigencia de la Ley.

El Decreto de 1875 presenta en la historia legislativa española una importancia singular puesto que vino a inaugurar un sistema matrimonial que, con algunas variantes, habría de estar presente en el Ordenamiento español hasta fecha reciente: el denominado Sistema de matrimonio civil supletorio o subsidiario.

De la exposición de motivos del Decreto (1) se desprende el establecimiento de dos formas matrimoniales: la canónica, de carácter prioritario o preferente y junto a ella una forma puramente civil, ante el juez, subsidiaria o supletoria a la que sólo podrían acogerse aquéllos que no pudieran (infieles, acatólicos) o no quisieran (apóstatas) contraer matrimonio canónico.

En realidad, la subsidiariedad de la forma civil no se desprendía

(1) "Así como se reconocen estos efectos al matrimonio canónico en justo homenaje a la conciencia pública, así no se pueden desconocer los de los consorcios puramente civiles celebrados o que se celebren al amparo de la Ley de 1870 por los que no profesando la religión católica o separándose del gremio de ella, no hayan sido o dejen de ser hábiles para casarse con la bendición de la Iglesia. El Gobierno no puede impedir que residan en España personas de otra creencia que la verdadera, ni obligar a las prácticas del culto a los malos católicos sujetos a las censuras y penas eclesiásticas. Admitido este hecho, que es ineludible lo mismo ahora que bajo la antigua Monarquía, el Estado no debe privar a tales personas de los medios de constituir familias que puedan ingresar algún día en el seno de la Iglesia. Por eso el Gobierno, a la vez que deroga en cuanto al matrimonio católico la Ley de 1870 no puede menos de dejarla subsistente en cuanto al consorcio de la misma índole que hayan contraído o lleguen a contraer los que, no profesando la religión de nuestros padres, estén imposibilitados de santificarlo con el sacramento".

tanto del Decreto de 9 de febrero como de la Real Orden del 27 del mismo mes, en la que se decía textualmente:

“Cesó, por tanto el matrimonio civil para todos los católicos, conservándose únicamente como el medio de que puedan constituir familia los que no correspondiendo al gremio de la Iglesia se hallen imposibilitados de celebrar su unión ante el párroco.”

La Orden citada introducía así el verdadero caballo de batalla de nuestro Sistema matrimonial hasta 1969: la necesidad de la declaración de apostasía en orden al acceso al matrimonio civil.

Llegado el momento codificador español, la Base III de la Ley de 11 de mayo de 1888, oficiosamente negociada con la Santa Sede, disponía:

“Se establecerán en el Código dos formas de matrimonio: el canónico, que deberán contraer todos los que profesen la Religión Católica, y el civil, que se celebrará del modo que determine el mismo Código, en armonía con lo prescrito en la Constitución del Estado.”

La Base hacía referencia, obviamente, a la Ley fundamental de 1876, cuyo artículo 11 establecía la confesionalidad católica del Estado, con simple tolerancia privada de cultos disidentes. Importa advertir, sin embargo, que el contenido de la Base III distaba mucho de reflejar la verdadera mentalidad sobre el particular del principal de sus artífices: Alonso Martínez. La insistencia de éste en negar el carácter oficial y poner de manifiesto el extraoficial de estas negociaciones Gobierno español-Santa Sede en torno a la Base III obedecía en definitiva al interés del ministro en aparecer ante los diputados liberales y republicanos sin hacer abdicación de sus principios, repetidamente manifestados, sobre la absoluta facultad del Estado para legislar en materia matrimonial, lo que resultaba contradictorio con la creencia de la necesidad de concordar con la Iglesia para legislar sobre el matrimonio. El artículo 42 del Código civil no sería sino una fiel transcripción de la citada Base III:

“La ley reconoce dos formas de matrimonio: el canónico, que deben contraer todos los que profesen la religión católica, y el civil, que se celebrará del modo que determina este Código.”

El legislador español de 1889, siguiendo el criterio ya iniciado por el Decreto de 9 de febrero de 1875, reconoció dos formas de matrimonio. Sin embargo, la utilización de la expresión “formas” por parte del legislador español de la época no se ofrece como suficientemente caracterizadora del sistema matrimonial implantado: desde 1875 hasta nuestros días, el sistema matrimonial no ha venido sien-

do tan sólo un sistema de pluralidad de formas de celebración matrimonial civilmente eficaces. La operatividad dentro del ámbito civil, dentro del Ordenamiento jurídico del Estado, de dos legislaciones matrimoniales materiales o sustantivas aplicándose paralelamente: la legislación civil y la legislación canónica, debe considerarse como el verdadero elemento definidor del sistema matrimonial español. Certo que el sistema español lo es de pluralidad de formas (existe la posibilidad de contraer ante un juez civil o ante el párroco), pero tras esas dos formas de celebración civilmente válidas existen a su vez dos legislaciones matrimoniales de carácter sustantivo reguladoras en su integridad de la unión contraída. Este dualismo legislativo (legislación matrimonial civil para los matrimonios civiles y legislación matrimonial canónica para los canónicos) lleva consigo a su vez, como lógica consecuencia, un dualismo jurisdiccional. Para conocer de los litigios que se susciten respecto a matrimonios canónicos sólo son competentes los correspondientes tribunales y dicasterios eclesiásticos, que aplicarán la legislación eclesiástica y procederán a la tramitación de las causas de conformidad con las normas procesales canónicas, gozando sus sentencias y resoluciones de eficacia civil. Respecto de los matrimonios civiles, la competencia corresponde a los órganos jurisdiccionales del Estado, que aplicarán la legislación civil y procederán a la tramitación de las causas con sujeción a las normas procesales civiles. Es evidente que la operatividad en el ámbito jurídico civil de la legislación eclesiástica hay que hallarla a su vez en preceptos civiles (artículo 75 del Código civil) que efectúan una remisión expresa al Derecho canónico por lo que se refiere a los matrimonios contraídos de conformidad con este Ordenamiento, pero no lo es menos que la existencia de esta remisión no autoriza en puridad de principios, a considerar como de naturaleza civil la legislación canónica sobre matrimonio. El Derecho de la Iglesia católica sigue siendo ante el Ordenamiento civil español "ius receptum", con valor ante el Derecho del Estado porque el propio Derecho del Estado así lo dispone y en la medida y límites por él establecidos.

Derogada en lo fundamental la Ley de 1870, configuradora del matrimonio civil como único válido ante el Derecho del Estado, el sistema introducido en 1875 y confirmado después en el artículo 42 del Código, establece el matrimonio canónico como *obligación civil de los católicos*. No se tratará tan sólo de que la legislación de la Iglesia imponga el matrimonio canónico a los bautizados católicos o convertidos a ella, sino de que va a ser la propia ley civil (artículo 42) la que determine que el acceso al matrimonio civil sólo será posible en aquellos supuestos en que se pruebe que se trata de personas no obligadas por la legislación canónica a contraerlo canónico o bien que aún tratándose de personas sujetas a la forma canónica de celebración, hayan conseguido probar que no profesan la religión católica. Pero ¿qué debe entenderse por profesar la religión católica? En un sentido dogmático "profesar" equivale a bautismo en la Iglesia católica o posterior conversión a ella. Desde esta perspectiva, la profesión de

la religión es un dato objetivo y en este sentido la entiende aún la legislación eclesiástica (canon 1.099 CIC). En el lenguaje corriente, sin embargo, "profesar" es término indicativo de una actitud de adhesión a algo. El Ordenamiento civil español, salvo períodos de corta duración temporal, en que la subsidiariedad del matrimonio civil se ofrece particularmente acentuada, ha venido entendiendo la "profesión" de la fe católica de conformidad con la segunda de las acepciones antes aludidas, permitiendo contraer civilmente a personas que no obstante haber sido bautizadas en la Iglesia católica o convertidas a ella, consiguieron probar su efectiva desconexión posterior de la fe.

Introducido en el Ordenamiento español el requisito de la "no profesión" como *requisito de capacidad* en orden a contraer matrimonio civil y entendida ésta en un sentido subjetivo como efectiva desconexión del individuo respecto de los dogmas y creencias de la fe, se hacía necesario proceder a regular la prueba de la no profesión, remitiéndose para ello a disposiciones reglamentarias. Gobernando los conservadores, se dicta la Real Orden de 28 de diciembre de 1900, por la que se resuelve que no es suficiente para el matrimonio civil la manifestación por los interesados del deseo de contraerlo, sino que es necesario la declaración ante la autoridad civil competente de que no se profesa la religión católica (matrimonio civil ampliamente subsidiario). La Real Orden de 1906 calificará como "obligación moral" y no jurídica la de los católicos de contraer sus matrimonios en la forma canónica, disponiendo "*que no se exija a los que pretendan contraer matrimonio civil declaración alguna relativa a la religión que profesen*". La Orden venía, pues, a convertir, a través de un precepto de rango reglamentario, el sistema matrimonial español de subsidiario en facultativo. La violación del espíritu e incluso de la letra del artículo 42 del Código civil era patente. La Real Orden de 28 de febrero de 1907 deja sin efecto la de 1906 y vuelve a exigir ciertas cautelas para permitir el matrimonio civil.

En esta sucesión de órdenes ministeriales, la de 28 de junio de 1913 vuelve a ordenar que para poder celebrarse el matrimonio civil basta la declaración de los contrayentes, o de uno de ellos, de no profesar la religión católica, sin que sea admisible otra prueba del estado de la conciencia y declara asimismo que el juez que se negare a autorizar el matrimonio, por exigir prueba distinta, incurre en responsabilidad.

Con la normativa a la que se ha hecho referencia se llega a 1931. El cambio político producido por el advenimiento de la República no tardó en incidir sobre el precepto nuclear del sistema matrimonial, confirmado una vez más las palabras de García Cantero cuando califica de "atormentada" la historia del artículo 42: la Orden Ministerial de 10 de febrero de 1932 derogaba la de 1900 y establecía la no exigencia de declaración alguna respecto de sus creencias religiosas de aquéllos que solicitasesen la celebración del matrimonio civil. Desde la entrada en vigor de esta Orden hasta la de la Ley de 28 de junio del mismo año nuestro Ordenamiento estará en posesión de un sis-

tema de matrimonio civil facultativo, en cuanto cualquier ciudadano podía optar entre la celebración civil o religiosa-canónica, produciendo la segunda efectos civiles. La Ley de 28 de junio introduce por segunda vez el sistema de matrimonio civil obligatorio: los efectos civiles se producirán tan sólo cuando la celebración haya tenido lugar en la forma prescrita en el artículo 100 del Código civil, al cual se remitía la ley de 1932. El legislador republicano no se conforma, sin embargo, con el desconocimiento del matrimonio canónico, sino que va más allá de donde había llegado el legislador de 1870 e introduce la disolubilidad civil del vínculo matrimonial por Ley de 2 de marzo del mismo año: su artículo 1.^º declaraba disolubles por divorcio todos los matrimonios contraídos hasta entonces, *cualesquiera que hubiera sido la forma y fecha de su celebración*, lo que convertía a la ley en operativa o aplicable no sólo respecto a los matrimonios civiles, sino también respecto de los canónicos.

Con respecto a la Ley de Matrimonio Civil de 1932 no es posible constatar la actitud de rechazo a la que en su momento se hizo referencia con relación a la Ley de 1870. Entre 1932 y 1936 la generalidad de los españoles que contraían matrimonio lo hacían civilmente, obteniendo con ello el reconocimiento de su unión ante el Ordenamiento jurídico del Estado, y canónicamente en su condición de creyentes, aun a sabiendas de que el matrimonio canónico que contraían era un acto improductivo de efectos en el ámbito civil.

Estallada la contienda, la Ley de Matrimonio Civil de 1932 es derogada por la de 12 de marzo de 1938 que restablece la vigencia del artículo 42 del Código civil. Posteriormente, la Orden del Ministerio de Justicia de 10 de marzo de 1941 vendría a convertir el sistema matrimonial español en *rigurosamente subsidiario*:

“Los jueces municipales —se decía en la Orden— no autorizarán otros matrimonios civiles que aquéllos que habiendo de contraerse por quienes no pertenezcan a la religión católica, se pruebe documentalmente la acatolicidad de los contrayentes, o, en el caso de que esta prueba documental no fuera posible, presenten una declaración jurada de no haber sido bautizados, a cuya exactitud se halla ligada la validez y efectos civiles de los referidos matrimonios.”

El 27 de agosto de 1953 el Estado español y la Santa Sede firman un Concordato, un instrumento jurídico destinado a regular sus recíprocas relaciones. El Concordato de 1953, que ha sido considerado por los tratadistas como modelo de concordato amistoso, verdadera pieza de museo para los estudiosos del Derecho Público Eclesiástico, reafirma el pleno reconocimiento por parte del Estado español de la normativa matrimonial canónica (2). Su artículo XXIII afirma que

(2) La plena recepción en el Ordenamiento jurídico del Estado español del Derecho matrimonial de la Iglesia católica, en su integridad,

"el Estado español reconoce plenos efectos civiles al matrimonio celebrado según las normas del Derecho canónico".

El Decreto de 26 de octubre de 1956, por el que se modifican varios artículos del Reglamento del Registro Civil, no obstante mantiene la subsidiariedad que ya venía siendo típica de nuestro sistema matrimonial, en cuanto el matrimonio civil se sigue configurando como accesible tan sólo a aquéllos que no puedan o no quieran contraerlo canónico, merece interés por entender la "no profesión" en el sentido de no haber pertenecido nunca a la Iglesia católica o de haber apostatado, con lo cual se corregía ya el exceso de la Orden de 1941.

Para completar y precisar los extremos contenidos en el Decreto de 1956, la Dirección General de los Registros dirigió a los presidentes de las Audiencias Territoriales una Instrucción-Circular de 2 de abril de 1957: el matrimonio civil sólo sería autorizado en el caso de que ambos contrayentes prueben que no profesan la religión católica. Basta que uno de los contrayentes profese esta religión para que no quepa otra clase de matrimonio que el canónico. En la citada Instrucción se contiene un párrafo que no me resisto a transcribir literalmente:

"Es cierto que se puede apostatar en un momento determinado; pero el carácter imperativo del artículo 42 del Código civil, exige que se desconfíe de las apostasías que tienen lugar al tiempo que se pretende contraer matrimonio civil, pues bien pudieran ser motivadas, más que por un cambio de la fe, por el deseo de eludir la disciplina canónica del matrimonio. De permitir fácilmente estas apostasías iríamos prácticamente al matrimonio civil facultativo, repudiado por la Iglesia y por los deberes que al Estado impone su catolicidad declarada."

La no profesión se liga por tanto a la concurrencia de alguna de estas dos circunstancias:

no se ha traducido tan sólo en una remisión al Derecho canónico en todo lo referente a la constitución, validez y reglamentación jurídica general de los matrimonios canónicos, con la consiguiente competencia de los tribunales eclesiásticos para conocer de las causas de nulidad, separación y dispensa rato y no consumado relativas a estos matrimonios, sino que ha producido también la operatividad con respecto al matrimonio civil de una causa de disolución del vínculo, verdadera causa de divorcio, propia de la legislación canónica y peculiar de este Ordenamiento: el llamado Privilegio Paulino (matrimonio contraído entre infieles, conversión posterior de uno de ellos y negativa a convertirse del otro o, en su defecto, a vivir pacíficamente con él. En este caso, el convertido puede contraer nuevo matrimonio entendiéndose disuelto el primero en el momento de contraerse el segundo). En un marco jurídico de rigurosa indisolubilidad del vínculo matrimonial como ha sido el español hasta la entrada en vigor de la Constitución de 1978, llama la atención la admisión para el matrimonio civil de una causa de divorcio de naturaleza confesional o religiosa.

- a) No haber sido bautizado en la Iglesia católica o no haber sido convertido a ella.
- b) Haber apostatado formal y materialmente.

“Cuando conste —añade la Instrucción— que el contrayente fue bautizado en la Iglesia católica o converso, debe exigírsele prueba suficiente y adecuada de su *actitud ostensiblemente desvinculadora y apóstata de la dogmática fundamental del catolicismo*. Esta prueba ha de realizarse por los medios admitidos en Derecho, pero ha de ser lo suficientemente expresiva para llevar al ánimo del juez la convicción de una auténtica apostasía. El juez, si la prueba presentada no fuere concluyente, exigirá que se complete con otros medios referidos a las situaciones en que se manifiestan las profundas creencias de las personas, cuidando siempre de eliminar cualquier subterfugio que pueda eludir el mandato del artículo 42 del Código civil, pero evitando asimismo que sus exigencias constituyan obstáculos de hecho invencibles”.

La Ley de 24 de abril de 1958, una de las más importantes reformas sufridas por el Código civil español, vino a dar una nueva redacción al artículo 42. La “ratio” de la reforma, según se afirma expresamente en la exposición de motivos, no era otra sino la de lograr el mayor grado de acomodación posible de la legislación matrimonial civil al Concordato suscrito cinco años antes entre la Santa Sede y el Gobierno español.

El artículo 42 queda redactado en los siguientes términos:

“La ley reconoce dos clases de matrimonio: el canónico y el civil.

El matrimonio habrá de contraerse canónicamente cuando uno al menos de los contrayentes profese la religión católica.

Se autoriza el matrimonio civil cuando se pruebe que ninguno de los contrayentes profesa la religión católica.”

Es importante resaltar cómo el legislador de 1958 introduce en el Código la expresión “*clases*” de matrimonio en sustitución de la de “*Formas*” que venía siendo utilizada por el artículo 42 en su redacción originaria. De este modo se quiso rebajar el valor, dentro del sistema matrimonial, de la forma de celebración. Antes de la reforma de 1958, el criterio determinador de la competencia de la Iglesia o del Estado respecto de un determinado matrimonio venía suministrado exclusivamente por la forma de celebración: la forma civil de celebración comunicaba al matrimonio respectivo naturaleza civil y, en su consecuencia, la unión vendría regulada por la legislación matrimonial civil y la competencia para conocer de las controversias que respecto de ella se suscitasen correspondería a los órganos jurisdiccionales del Estado. Fenómeno inverso se producía en el supuesto de que la forma de celebración hubiera sido la canónica.

Por el contrario, tras la reforma de 1958 la forma de celebración

dejaba de ser un elemento decisivo en orden a la delimitación de competencias: es posible la existencia de matrimonios canónicos contraídos en forma civil, respecto de los cuales la forma civil de su celebración (ante juez de distrito y dos testigos mayores de edad y sin tacha legal [art. 100 del Código civil]) no priva, sin embargo, al matrimonio así contraído de su naturaleza canónica y, en consecuencia, de su sujeción al Derecho matrimonial y procesal de la Iglesia (3).

Desde 1958 a 1969 el sistema matrimonial español, continuando la tendencia iniciada tras la conclusión de la guerra civil, responde en plenitud a las características propias de un *sistema de matrimonio civil rigurosamente subsidiario*. Un tal sistema matrimonial aparentemente es fácil de definir, sin embargo su caracterización debe llevarse a cabo con gran delicadeza por no existir una línea divisoria clara entre este sistema y el de matrimonio civil facultativo. Ambos coinciden en ser *dualistas* (se reconocen varios tipos de matrimonio), pero en el sistema de matrimonio civil subsidiario existe una *norma civil* que impone a determinados ciudadanos el deber de contraer matrimonio canónico. La subsidiariedad del matrimonio civil en un sistema semejante puede ser a su vez *rigurosa* o, por el contrario, puede ser *amplia*. Estaremos en presencia de un sistema de matrimonio civil rígidamente subsidiario cuando la prueba de la "no profesión" de la religión de que se trate, que abre el camino al matrimonio civil, se exija con todo rigor. Por el contrario, cuando esta prueba no se exija rigurosamente o se aprecie con lenidad deberá hablarse de sistema de matrimonio civil ampliamente subsidiario, con lo que *de hecho* el sistema subsidiario se acercará al de matrimonio civil facultativo, caracterizado por la concesión al ciudadano de la facultad de optar entre el matrimonio canónico y el civil, reconociéndose en todo caso los efectos civiles al primero.

El 7 de diciembre de 1965 el Vaticano II aprobaba tras un largo período de árduos debates la Declaración "Dignitatis humanae" sobre libertad en materia religiosa. Fundamentado, como indica el pro-

(3) Los llamados matrimonios canónicos en forma civil son posibles en el Ordenamiento jurídico español como consecuencia de la plena recepción del Derecho matrimonial canónico. De conformidad con la normativa canónica en la materia promulgada tras el Concilio Vaticano II (*Motu Proprio "Matrimonia Mixta"* de 1970) cuando se trate de matrimonios a contraer entre católicos y acatólicos pertenecientes a confesiones religiosas protestantes y concurran graves dificultades para la observancia de la forma canónica de celebración, la competente autoridad eclesiástica católica podrá dispensar de la citada forma de celebración, siendo suficiente para la validez del matrimonio que éste se contraiga con alguna forma pública de celebración. La forma pública a la que el precepto se refiere podrá consistir o bien en la celebración del matrimonio ante ministro de la confesión religiosa protestante o ante la autoridad civil competente (en el Ordenamiento español según lo dispuesto en el artículo 100 del Código civil).

Poseen también naturaleza canónica, no obstante haber sido celebrados en forma civil, los matrimonios contraídos en la denominada forma extraordinaria (ante dos testigos), que el Derecho canónico admite cuando concurren determinadas circunstancias.

pio título del documento, en la dignidad misma de la persona humana, la libertad en materia religiosa que se aspira a ver reconocida como Derecho civil en los ordenamientos jurídicos de los Estados, no se configura en modo alguno como libertad psicológica (lo que hubiera sido superfluo) ni tampoco como libertad moral, sino como libertad pura y estrictamente jurídica, es decir, "derecho a no ser obligado a obrar contra la propia conciencia ni impedido de hacerlo conforme a ella, sólo o asociado con otros, en privado o en público, dentro de los límites debidos".

Los principios contenidos en el documento debían forzosamente afectar al sistema matrimonial dada además la confesionalidad católica del Estado español proclamada en sus Leyes Fundamentales. La Ley de libertad en materia religiosa de 28 de junio de 1967 y el Decreto del Ministerio de Justicia de 22 de mayo de 1969, dando este último una nueva redacción a determinados artículos del Reglamento del Registro civil, pretendieron dar cumplida satisfacción a esta necesidad.

El artículo 6º, 1º de la ley de libertad en materia religiosa implica una reafirmación de lo dispuesto en el artículo 42 del Código civil, si bien no en su tenor literal puesto que no hace referencia expresa a la prueba de la no profesión. Junto a ello, se introduce la permisión expresa por lo que se refiere a la celebración de los ritos matrimoniales de confesiones distintas de la católica, que podrán celebrarse antes o después del matrimonio civil en cuanto no sean contrarios a la moral o al orden público.

Dos años después, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 32-III de la ley citada, según el cual el abandono de una confesión religiosa exigirá la prueba de que el abandono ha sido comunicado al ministro competente de la religión que hubiere sido abandonada, el Decreto de 22 de mayo de 1969 vendría a dar una nueva redacción a determinados artículos del Reglamento del Registro Civil, entre ellos el 245:

"Si se tratare de personas —decía el precepto— que hubieran abandonado la religión católica se exigirá la prueba de que el abandono ha sido comunicado por el interesado al párroco del domicilio.

La comunicación podrá hacerse a través del Encargado por correo certificado con acuse de recibo."

La reforma de 1969 vino a convertir en cuestión de forma la que con anterioridad era sustantiva, material o de fondo. Una vez comprobada la *auténticidad del hecho comunicativo del abandono al párroco* quedaba plenamente abierta la vía hacia el matrimonio civil. Es de observar además que el término "apostasía" venía sustituido por el de "abandono". Es claro que no se trataba de un simple cambio terminológico. El término "abandono" se ofrecía desprovisto por completo de ese contenido material que alberga por el contrario la apostasía. Esta última es una conducta precisa, determinada y concreta.

En puridad no cabe su confusión con otros estados subjetivos o de conciencia como la indiferencia o la simple resistencia más o menos acentuada a someterse a la disciplina matrimonial canónica. Por el contrario, el abandono es término más impreciso, de límites menos definidos, perfectamente capaz de abarcar y comprender situaciones de conciencia no susceptibles de ser reconducidas al ámbito de la apostasía. El legislador español de 1969 redujo a la categoría de meramente formal la que con anterioridad era no sólo formal, sino material, vaciando para ello de contenido sustantivo la desconexión religiosa necesaria en orden al acceso al matrimonio civil. Hay abandono cuando haya comunicación del mismo al párroco del domicilio debidamente probada, lo que haya detrás de esa prueba de la comunicación es algo que al ordenamiento civil deja de interesarle a partir de 1969.

¿Qué calificación jurídica merecía el sistema matrimonial español tras la reforma del Reglamento del Registro Civil en 1969? Un sector de la doctrina vino afirmando ser el nuestro un sistema de matrimonio civil facultativo: "Se presenta con pretensión de reforma lo que es Derecho vigente" (Lalaguna). Sin embargo, la "no profesión", materializada ahora en la simple prueba de la comunicación del abandono al párroco, continuaba siendo requisito de capacidad para acceder a la clase del matrimonio civil. Bastaba con probar la comunicación del abandono pero el hecho mismo de la comunicación se seguía ofreciendo como ineludible. Si la comunicación no tenía lugar, ¿podría acaso probarse después? Se seguía tratando, pues, de la necesidad de efectuar declaraciones sobre materia relativa a la conciencia, correspondiendo su imposición al Ordenamiento jurídico del Estado. Se trataba de un sistema de matrimonio civil ampliamente subsidiario, confirmatorio una vez más de su proclividad de conversión en sistema de matrimonio civil facultativo. El siguiente paso del legislador español en el camino hacia el logro del carácter facultativo del matrimonio regulado por sus leyes sería el Real Decreto 3.455/1977, de 1 de diciembre, que modificará de nuevo el artículo 245 del Reglamento del Registro Civil: "La prueba de que no se profesa la religión católica —decía el precepto— se efectuará mediante declaración expresa del interesado ante el Encargado". Se suprime así el requisito de la comunicación del abandono al párroco.

Es tras la aprobación de la nueva Constitución de 1978, y al amparo del párrafo segundo de su artículo 16 ("Nadie podrá ser obligado a declarar sobre su ideología, religión o creencias") cuando el matrimonio civil deviene facultativo en el Derecho español, no sólo "de facto", sino "de iure". La reciente Instrucción de la Dirección General de Registros de 26 de diciembre del pasado año ("Boletín Oficial del Estado" del 30 del mismo mes) invocando los artículos 32-1.^º y 16-2.^º del texto constitucional, interpretados de acuerdo con los principios de no confesionalidad del Estado y no discriminación por razón de religión (artículos 16-3.^º y 14) "llevan forzosamente a la conclusión de que todos pueden acudir a la celebración del matrimo-

nio civil con plena libertad de elección y sin necesidad de hacer declaración alguna sobre su religión, respecto de la cual el Juez o Cónsul no pueden preguntar". Comenzaba a despejarse así la incógnita que desde varios años atrás se venía cerniendo sobre el futuro sistema matrimonial español. La necesidad de una actualización, de una puesta al día de la normativa patria sobre la materia era opinión general, si bien no existía unanimidad en la doctrina sobre las directrices que debían constituirse en inspiradoras de la reforma: frente a la opinión claramente mayoritaria partidaria de la conversión de nuestro sistema matrimonial en facultativo, con reconocimiento de dos clases de matrimonio: el civil y el canónico, no faltaban autorizadas opiniones favorables a la introducción de un sistema de matrimonio civil obligatorio al amparo de los principios de aconfesionalidad del Estado y de la existencia de un solo Derecho matrimonial material o sustantivo: el civil, con la consiguiente simplificación legislativa que ello supondría en orden al espinoso problema de la disolubilidad del vínculo matrimonial.

La apertura de un proceso constituyente incidía muy directamente en el tema que nos ocupa, no en vano las más importantes etapas de nuestro sistema matrimonial han venido a su vez determinadas al amparo de textos constitucionales respecto de los que las leyes ordinarias en la materia se ofrecían como consecuencia (1869, 1875 y 1931).

En el anteproyecto constitucional la materia relativa al sistema matrimonial se contenía en el número 2º del artículo 39:

“El Derecho civil regulará la(s) forma(s) del matrimonio, los derechos y deberes de los cónyuges, las causas de separación y disolución y sus efectos.”

Con independencia de la utilización de la expresión “forma” y no “clase” de matrimonio, a la que más adelante se hará referencia, llama la atención la inexistencia de acuerdo entre los componentes de la Comisión constitucional sobre el uso del singular o del plural: “el Derecho civil regulará la forma o formas del matrimonio...”. ¿Cuál era la razón de ser de esta doble fórmula? La existencia en la comisión citada de opiniones o pareceres diversos: el uso del singular “forma” no deja lugar a dudas de que la misma no sería otra que la civil. Sistema, pues, de matrimonio civil obligatorio. Por el contrario, la expresión “formas” del matrimonio implicaba al menos alejar definitivamente del panorama jurídico español el matrimonio civil como único reconocido por el Derecho del Estado. Ciento es que la palabra “formas” era y es susceptible de dar cabida a sistemas matrimoniales radicalmente diversos, pero también lo es que su inclusión en el texto constitucional compromete al Estado al reconocimiento, junto a la civil, de otras formas de celebración civilmente válidas. En verdad, mientras que el uso de la expresión “forma” en la Constitución deja bien a las claras “ab initio” la configuración del sistema matrimonial, no es posible predicar otro tanto por lo que se refiere a la de “formas”, evidentemente necesitada de una concreción posterior por ley

ordinaria que será la que efectivamente determine qué tipo de sistema matrimonial es el que se implanta. Desde esta perspectiva, el triunfo en la Comisión de Constitución de la tendencia más moderada si bien demoraba la solución al problema matrimonial, que seguía ofreciéndose incierto, lograba de momento la posibilidad de introducir un sistema de pluralidad de formas, apartando de nuestro futuro Ordenamiento la obligatoriedad de la forma civil.

En el texto del anteproyecto constitucional inserto ya en el "Boletín Oficial de las Cortes", la materia en cuestión aparece regulada en el artículo 27-1.^º, repetición literal del 39-2.^º, salvo en lo relativo a la supresión de la dualidad "forma" o "formas":

"El Derecho civil regulará las formas del matrimonio...".

La nueva redacción, que con algunas variaciones cristalizaría definitivamente en el actual artículo 32-2.^º de la Constitución, excepción hecha de la exclusión de un sistema matrimonial de forma única, no dejaba de suscitar dudas y perplejidades. Por de pronto, la admisión de varias formas de matrimonio se enunciaba conjuntamente con la regulación por parte del Derecho civil de las causas de separación y disolución y sus efectos. Era evidente la ambigüedad de la fórmula empleada. La regulación de las formas de matrimonio y de las causas de separación y disolución y sus efectos por parte del Derecho civil podía seguir consistiendo, por lo que se refiere al matrimonio canónico, en una remisión pura y simple del ordenamiento del Estado a un ordenamiento diverso (el canónico) de conformidad con lo dispuesto en un texto concordado Estado español-Santa Sede. De este modo vendría a conservarse el "statu quo" normativo hasta entonces vigente. Junto a esta posible interpretación del precepto, cabía otra bien distinta: el sistema matrimonial español seguiría siendo en lo sucesivo un sistema de pluralidad de formas de celebración matrimonial civilmente válidas. Junto a la forma religiosa canónica podrían existir otras de carácter igualmente religioso o confesional, pero la celebración del matrimonio según una determinada forma religiosa no comunicaría naturaleza religiosa al matrimonio así contraído. La forma no sería, cualesquiera que ésta fuere, elemento determinante en orden a una delimitación de competencias en cuanto que la legislación sustantiva reguladora de la relación jurídico-matrimonial sería la misma con independencia de la forma de celebración utilizada. El matrimonio contraído quedaría sujeto, desde su celebración, a la legislación matrimonial civil por lo que, en puridad, se trataría de matrimonio civil con forma religiosa. En un sistema semejante la pluralidad de formas matrimoniales no determina a su vez pluralidad de clases de matrimonio. El sistema en cuestión, conocido en la doctrina jurídica con la denominación de sistema de matrimonio civil facultativo de tipo anglosajón, puede coexistir sin embargo en el marco de un mismo Ordenamiento con un sistema facultativo de naturaleza diversa. Así, en el Derecho italiano el matrimonio contraído ante un ministro de cualquiera de los cultos o confesiones religiosas admitidas en el país y

debidamente registradas se regula en su integridad por la legislación matrimonial civil, no obstante la forma religiosa de su celebración. Por contra, el denominado matrimonio concordatario (matrimonio canónico debidamente transcrita en los Registros del Estado Civil) viene regulado por la legislación eclesiástica.

A la sostenibilidad de esta segunda interpretación del número 2 del artículo 27 del Anteproyecto Constitucional coadyuvaba en alguna medida la referencia expresa al Derecho civil como regulador de las formas de matrimonio, causas de separación y disolución y sus efectos. La referencia en cuestión resultaba especialmente desafortunada si se piensa que la pretensión por parte del Ordenamiento civil de regular las formas religiosas de celebración podía ofrecerse absurda referida a la forma canónica en cuanto ésta es objeto de una normación específica por parte del Derecho de la Iglesia. Por otra parte, no obstante la viabilidad de la primera de las interpretaciones aludidas, consistente en considerar que la regulación por parte del Derecho civil de las formas de matrimonio, causas de separación y disolución y sus efectos se materializaría, por lo que se refiere al matrimonio canónico, en una remisión a este Ordenamiento (artículo 75 del Código civil) no justifica el empleo de la expresión "Derecho civil", en cuanto la remisión del legislador civil a un Ordenamiento diverso no implica la incorporación de la normativa jurídica a la que se efectúa la remisión al Ordenamiento que la lleva a cabo, sino la existencia de dos legislaciones matrimoniales aplicándose paralelamente en el ámbito del Derecho del Estado. En definitiva, seguiría siendo la Ley canónica y no la civil la que regularía el matrimonio religioso canónico productor sin embargo de efectos civiles en el marco del Ordenamiento estatal por consecuencia de la remisión antes aludida. La expresión "Derecho civil" contenida en el número 2 del artículo 39 del borrador y mantenida en el mismo número del artículo 27 del Anteproyecto presentado a las Cortes desaparece en el texto del artículo 31 del dictamen de la Ponencia debatido en la Comisión de Asuntos Constitucionales y Libertades Públicas del Congreso de Diputados en la sesión del 23 de mayo, redactado en los siguientes términos:

"Art. 31-2. *La ley regulará las formas del matrimonio, los derechos y deberes de los cónyuges, las causas de separación y disolución y sus efectos.*"

Se observa que la nueva redacción del artículo 31-2 es literalmente idéntica a la del artículo 27 del Anteproyecto, sin más alteraciones que la de sustituir las palabras "Derecho civil" por las de "La ley", destinadas estas últimas a consagrarse definitivamente en el texto constitucional (artículo 32-2.º). El acierto que concurría en la sustitución era evidente. La fórmula "*La ley regulará las formas del matrimonio...*" suponía un claro avance en el propósito de lograr un texto no sólo capaz de recibir interpretaciones diversas (en mayor o menor armonía con el sistema matrimonial español vigente), sino también más correcto desde un punto de vista estrictamente técnico: con

la innovación introducida, indudablemente la posibilidad de una remisión del Ordenamiento civil español a otro Ordenamiento en lo relativo a la normación de forma matrimonial y causas de separación y disolución de un determinado matrimonio religioso (el canónico) resultaba más claramente formulada: "La ley" a la que el artículo se refería, como consecuencia de la supresión del adjetivo, podría ser tanto la civil como la canónica a la que previamente se hubiese remitido la primera. La ausencia del adjetivo, que precisamente venía a permitir la diversidad de interpretaciones, hallaría sin embargo la oposición del grupo parlamentario de Alianza Popular, encaminada a conseguir, a través de la enmienda correspondiente, la adición del adjetivo "civil" al sustantivo "ley" y la delimitación precisa del matrimonio civil como el único destinatario de la regulación jurídico-civil. "El precepto dice —fueron las palabras del señor López Rodó— que la ley regulará las formas del matrimonio. Por tanto, "las formas", en plural. Esto quiere decir, literalmente, que la ley —la ley civil, se entiende— regulará el matrimonio civil y el matrimonio canónico, puesto que "las formas", en plural, del matrimonio son fundamentalmente estas dos: el matrimonio civil y el matrimonio canónico.

No creo que pueda llegar nuestra temeridad a querer también legislar canónicamente, a producir en este Congreso cánones para que vayan a modificar el Código de Derecho canónico. Creo que no ha podido ser ésta la intención de los autores de dicha propuesta..." (4). La redacción propuesta por el parlamentario era la siguiente:

"La ley civil regulará la forma del matrimonio civil, los derechos y deberes de los cónyuges, y las causas de separación y sus efectos."

Desde perspectiva formalmente diversa, pero coincidente en el fondo con los planteamientos de López Rodó, el señor López Bravo y De Castro insistirá en que la regulación de la materia matrimonial por parte de la legislación civil es algo tan obvio que convierte en innecesaria su inclusión en el texto constitucional "salvo, claro está —fueron sus palabras— que bajo su apariencia anodina encubra otras intenciones". La cuestión es clara: si lo que la Constitución pretende decir es que la legislación civil regulará la forma civil de celebración y las causas de separación y disolución del matrimonio civil, ello resulta superfluo por evidente. Pero cabría también una segunda interpretación según la cual lo que se pretendiese establecer tras esa fórmula fuese "la exclusiva competencia del Estado en materia matrimonial ("el Derecho civil, el del Estado, y ningún otro"), esto es, instaurar un sistema de desconocimiento de la legislación canónica, lo que comportaría que no cabría constitucionalmente ningún reconocimiento del matrimonio canónico ni de los Tribunales eclesiásticos en materia matrimonial. No comportaría, pues, sólo la deseable independencia entre

(4) LÓPEZ RODÓ, *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados. Comisión de Asuntos Constitucionales y Libertades Públicas, sesión número 11, de 23 de mayo de 1978*, p. 2611.

el Estado y la Iglesia, sino algo más: un sistema rigurosamente laicista de desconocimiento de la Iglesia. Sería una descripción partidista, que incide en las cuestiones que han dividido y siguen dividiendo grandemente a los españoles y que no debemos agravar dándole rango constitucional. Creo que no habrá existido el sentido citado en la intención de los redactores, pero el análisis del texto admite, creo yo, dicha interpretación” (5).

Excluida, sin embargo, del texto del artículo 31 la referencia a la forma civil como forma única y sustituida ésta por la de “formas del matrimonio” parece lógico concluir que esa “exclusiva competencia del Estado en materia matrimonial” a la que se refería el parlamentario no podría ser sino el establecimiento en la ley fundamental de las bases de un sistema de matrimonio civil facultativo de tipo anglosajón, traducido a su vez en la admisión a efectos civiles de una única legislación matrimonial material: la del Estado.

En opinión del señor De la Fuente de la Fuente, el artículo, al hablar del matrimonio en general y sin ninguna matización, permitía llegar a una doble conclusión: o bien se pretendían regular “desde la Constitución todos los tipos de matrimonio, incluidos los religiosos; o bien se pretende desconocer que existan otros tipos de matrimonio que el matrimonio civil. Cualquiera de las dos conclusiones es de la misma gravedad. Pretender regular desde la Constitución o autorizar para regular en disposiciones posteriores los matrimonios religiosos considero que sería realmente una introducción difícilmente calificable. Pretender desconocer que hay otros tipos de matrimonios que el civil y que concretamente en la sociedad española es fundamentalmente mayoritario el hecho del matrimonio religioso, sería realmente una falta de realismo y una total inconsecuencia” (6). Es evidente que subyace aquí una preocupación idéntica a la expresada anteriormente. La regulación civil de todos los tipos de matrimonio, incluidos los religiosos, es el elemento definidor del sistema facultativo anglosajón. Por ello, la doble conclusión a la que llega el parlamentario no es, en definitiva, sino una conclusión única. La regulación sustantiva civil de todos los tipos de matrimonio, incluidos los religiosos, y el desconocimiento de la existencia de otros tipos de matrimonio diversos del civil constituyen una misma cosa, por cuanto la expresión “tipos de matrimonio” debe ser entendida como sinónima de “clases de matrimonio” y en el sistema facultativo anglosajón no hay más clase de matrimonio que el civil, no obstante la pluralidad de formas, pluralidad de formas a la que el texto que se debatía se refería expresamente.

(5) LÓPEZ-BRAVO Y DE CASTRO, *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*, Comisión de Asuntos Constitucionales y Libertades Públicas, sesión del 23 de mayo de 1978, p. 2616.

(6) DE LA FUENTE DE LA FUENTE, *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*, Comisión de Asuntos Constitucionales y Libertades Públicas, sesión núm. 11, de 23 de mayo de 1978, p. 2618.

La enmienda presentada por el señor De la Fuente tendía a lograr una clarificación:

“La ley regulará las formas del matrimonio civil, los derechos y deberes de los cónyuges, las causas de separación.”

“La Constitución —añadió el parlamentario en defensa de su enmienda— tiene que tomar partido en este tema, si tiene la pretensión de regular desde la Constitución todas las clases de matrimonio, incluido el matrimonio religioso, debe decirlo así, de un modo claro y explícito, y debe reconocer, en consecuencia, los efectos que a esos matrimonios religiosos puedan corresponder. Pero si lo que ocurre es que por una imprecisión en la redacción la Constitución se está refiriendo única y exclusivamente al matrimonio civil, entonces debe decir, de un modo claro, y muy especialmente en el número 2 de este artículo 31, que se está refiriendo al matrimonio civil y no al matrimonio en su conjunto” (7).

El compromiso legislativo de regular tan sólo las formas de matrimonio civil, cuya formulación en el texto constitucional pretendía la enmienda, sin referencia alguna al matrimonio canónico en el propio texto, hubiera producido dos consecuencias fundamentales:

- 1.^a El reconocimiento civil del matrimonio canónico no hallándose previsto en la Constitución debería llevarse a cabo en virtud de acuerdo específico sobre la materia entre el Gobierno español y la Santa Sede, desarrollado a través de la correspondiente legislación civil ordinaria.
- 2.^a La admisión de una pluralidad de formas para el matrimonio civil permitiría a su vez la coexistencia entre un sistema facultativo anglosajón y otro de tipo católico. La pluralidad de formas civiles de celebración permitiría la configuración como tales de aquellas religiosas pertenecientes a confesiones distintas de la católica. En este caso, no obstante la pluralidad de formas, la existencia sin embargo de una sola legislación matrimonial material (la civil) determinaría a su vez una clase de matrimonio. El matrimonio canónico por su parte se regularía por su legislación específica de carácter material o sustantivo, de conformidad con lo acordado Gobierno español-Santa Sede. El respeto, por parte del Ordenamiento civil, de la legislación matrimonial canónica sustantiva determinaría igualmente la existencia de otra clase de matrimonio: el canónico.

En representación de la Ponencia intervino el señor Roca Junyent, de la minoría catalana, “estamos en un Estado —dijo— que lo único

(7) DE LA FUENTE, *loc. cit.*

que pretende regular son sus leyes civiles y no quiere inmiscuirse en los temas propios de las cuestiones religiosas, porque también ha constitucionalizado la plena libertad religiosa. Por tanto, *lo que vamos a regular es el matrimonio desde la perspectiva civil y desde los únicos efectos civiles que nos es dable dar en una sociedad civil como es la del Estado en este momento*" (8). Sin embargo, las palabras del parlamentario catalán se ofrecían contradictorias con la dicción literal del número 2 del artículo 30. El propósito de regular el matrimonio desde la perspectiva civil y sólo desde ella no armonizaba con los términos genéricos e imprecisos en que venía redactado el número 2 del artículo referido a "las formas del matrimonio" sin especificación alguna. Además, la futura regulación de los derechos y deberes de los cónyuges, causas de separación y disolución y sus efectos tampoco aparecía referida específicamente al matrimonio civil sino al matrimonio en general, con lo que parecía hacerse necesaria la determinación de la incidencia que sobre formas matrimoniales diversas de la civil tendría la regulación civil de los derechos y deberes de los cónyuges, causas de separación y disolución y sus efectos. En definitiva, para el sector derechista de la Cámara el reconocimiento civil del matrimonio religioso-canónico (mayoritario en el país) no sólo en cuanto a forma sino también en cuanto legislación sustantiva, pretendía asegurarse a través de una dicción del precepto capaz de expresar de modo inequívoco la no operatividad de la legislación civil respecto de éste. ¿Cómo pretendía conseguirse ello?: haciendo constar expresamente en el texto del artículo que se debatía la palabra "matrimonio civil", es decir, convirtiendo en determinada y concreta la genérica referencia al matrimonio que se contenía en el texto de la Ponencia. De este modo, no cabría duda alguna en cuanto a que el precepto constitucional consagraba la competencia del Estado y el compromiso de éste de legislar, y en su consecuencia regular, sobre el matrimonio disciplinado por sus leyes. Ningún problema planteaba al respecto el que se hiciese referencia en el texto a "las formas del matrimonio civil" y no a "la forma" en singular. Esas otras formas, diversas de la forma civil en sentido estricto, podrían ser en su caso formas religiosas pertenecientes a confesiones diversas de la católica, con lo cual el matrimonio civil, único respecto del cual el Estado (en virtud del número 2 del artículo 30) se comprometía a regular no sólo las formas sino los derechos y deberes de los cónyuges, las causas de separación y disolución y sus efectos, podría celebrarse bien en forma civil propiamente dicha, bien en forma religiosa no católica. Por el contrario, la referencia genérica a "las formas del matrimonio" sin precisión alguna ulterior daba pie para considerar comprendida incluso la canónica, reducida a una simple forma de celebración matrimonial más y regulada sustantivamente por la legislación del Estado en cuanto a causas de separación y disolución y sus efectos. Por el contrario, en la redac-

(8) ROCA JUNYENT, *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*, Comisión de Asuntos Constitucionales y Libertades Públicas, sesión núm. 11, de 23 de mayo de 1978, p. 2620.

ción formulada por la Ponencia y defendida por Roca Junyent era claro que el matrimonio religioso-canónico no era objeto de inclusión expresa en el número 2 del artículo 30, pero no lo era menos que tampoco aparecía expresamente excluido de él en cuanto se hacía referencia a “las formas del matrimonio” y la forma canónica de celebración es, indudablemente, una forma del matrimonio. Pero el matrimonio canónico no es sólo una forma de celebración, sino que es también un conjunto de normas jurídicas sustantivas, una reglamentación propia y específica de la unión contraída en su totalidad, no equiparable por ello a las restantes formas de matrimonio de confesiones no católicas respecto de las cuales el reconocimiento de la forma por parte del Derecho civil implica en definitiva un agotar lo reconocible. Con el matrimonio canónico, por el contrario, es claro que no ocurre otro tanto. Un reconocimiento de la forma canónica de celebración que no fuese acompañado del de la normativa sustantiva reguladora del mismo sería incompleto, con independencia, claro está, de que el marco de un Estado no confesional y de gran pluralismo religioso, amén de razones de pura técnica jurídica (simplificación legislativa) puedan aconsejar la conveniencia e incluso la necesidad de un sistema matrimonial de semejantes características.

Se corría el peligro de convertir el reconocimiento del matrimonio religioso-canónico en una cuestión de interpretación del texto constitucional. La sustitución en el texto que se debatía de la expresión “El Derecho civil regulará...” por la de “la ley regulará...” había supuesto, como se dijo anteriormente, un avance hacia el logro de una fórmula capaz de acoger un reconocimiento civil del matrimonio religioso-canónico a través de la oportuna remisión en su caso al Ordenamiento de la Iglesia, remisión que se efectuaría por ley ordinaria en acomodación con lo dispuesto en el acuerdo Estado español-Santa Sede. El texto precedente, con desventaja sobre el que en aquellos momentos se debatía, no sólo hacía referencia genéricamente a “las formas del matrimonio”, sino que la regulación de éstas venía atribuida al Derecho civil, con lo cual la posibilidad de que la ley reguladora fuese la canónica, mediante la oportuna remisión, no obstante seguir siendo posible se ofrecía, al menos técnicamente, menos viable. Para la mayoría parlamentaria (partidos representados en la Comisión constitucional) la sustitución aludida venía a constituir el límite de cedibilidad, como lo demuestra el hecho de que los intentos posteriores de lograr en la Comisión de Asuntos Constitucionales y Libertades Públicas una determinación precisa de los tipos o clases de matrimonio cuyas formas vendrían reguladas por “la ley” no consiguieron su objetivo. Es claro que el propósito perseguido por los redactores del anteproyecto constitucional era la consecución de una fórmula capaz de dar cabida, por los términos de su redacción, a interpretaciones diversas. No se quiso “desconstitucionalizar” expresamente el reconocimiento civil del matrimonio canónico, pero tampoco se quiso llegar a la solución opuesta, de compromiso constitucional por parte del Estado de proceder a este reconocimiento. Al amparo de las Leyes

Fundamentales, hoy derogadas, el reconocimiento civil del matrimonio canónico se ofrecía como consecuencia inmediata del principio de confesionalidad católica del Estado español expresamente contenido en las propias Leyes Fundamentales. Tras la entrada en vigor de la Constitución de 1978 el Estado español no profesa religión oficial (art. 16-3) y es evidente además que los efectos civiles del matrimonio canónico en el Derecho español no son una consecuencia de los términos en que viene redactado el número 2 del artículo 32 del texto constitucional que, de no existir acuerdo con la Santa Sede sobre la materia, podría ser objeto de una interpretación que condujera directamente a la posibilidad de introducir en el Ordenamiento español un sistema de matrimonio civil facultativo de tipo anglosajón (9).

A nuestro juicio, la consagración a nivel constitucional de un sistema de *pluralidad de formas* matrimoniales (artículo 32, número 2) convertiría en anticonstitucional una ley ordinaria que viniese a configurar el sistema matrimonial español como sistema de *forma única*, idéntico al vigente en la generalidad de los países europeos y americanos. Es decir, el sistema de matrimonio civil obligatorio en cuanto excluyente de otras formas matrimoniales de celebración civilmente válidas, entraría en colisión con la dicción literal del artículo 32-2. En definitiva, lo que la Constitución garantiza es un sistema de *pluralidad de formas*, pero no de *pluralidad de clases*.

En el marco jurídico de un sistema matrimonial de pluralidad de formas es claro que pueden tener cabida varias clases de matrimonio, pero ello no se ofrece como indispensable.

Las palabras *forma* y *clase* de matrimonio encierran contenidos diversos. La introducción en nuestro Derecho de la expresión *clases* de matrimonio es relativamente reciente y ya se ha hecho referencia a ella en el curso de este trabajo. “Una de las innovaciones más importantes introducidas por la Ley de 24 de abril de 1958— dice Arechdederra— fue la sustitución del término formas de matrimonio por clases en el artículo 42 del Código civil. Se pretende así adoptar una perspectiva más profunda a la hora de diversificar ambos regímenes matrimoniales. Se supera el criterio formalista por uno más sustantivo, auténtico. Se trata así de armonizar mejor la legislación civil con el Derecho canónico, cumpliendo uno de los *desiderata* del Pacto *concordatario* de 1953, y mostrar de una forma patente la distinta entraña de las dos clases de matrimonio reconocidas por el ordenamiento civil. Y en consecuencia, se quiere delimitar de forma genuina los ámbitos de competencia y de Derecho aplicable a ambas hipótesis” (10). El legislador español trataba de poner de manifiesto que el matrimonio

(9) No existe un compromiso constitucional, de conformidad con los términos en que viene redactado el artículo 32-2.^º de la Constitución, de proceder al reconocimiento del Derecho matrimonial canónico sustantivo.

(10) ARECHEDERRA, L., *Formas y clases de matrimonio en el Derecho español* (Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de mayo de 1967), en ANUARIO DE DERECHO CIVIL, octubre-diciembre 1972, páginas 1224-1225.

canónico y el civil no se diferencian tan sólo en la forma de celebración, sino también en la normativa jurídico-sustantiva que los regula. El carácter sacramental del primero, no obstante la referencia expresa al mismo que en justificación de la reforma se contiene en la exposición de motivos de la Ley de 24 de abril de 1958 ("se sustituye la expresión "forma de matrimonio", por la que se juzga más técnica de "clases de matrimonio". Así se evita el riesgo que aquella terminología pudiera ofrecer: la equiparación del matrimonio civil con el canónico, que, por la naturaleza sacramental de éste, sería inexacta") entraña una diferenciación de carácter teológico y no jurídico y que, en consecuencia, queda fuera del ámbito del estudio del jurista.

No obstante la mayor precisión que desde un punto de vista estrictamente técnico supuso en su día la sustitución de la expresión *forma* por la de *clase* de matrimonio en la redacción del artículo 42 del Código civil, el sistema matrimonial español había venido siendo desde 1889 hasta 1958, salvando, claro está, el breve paréntesis de vigencia de la ley de matrimonio civil obligatorio de 28 de junio de 1932, un sistema de pluralidad de clases de matrimonio y ello era posible al amparo de la primitiva redacción del artículo 42 que, de conformidad con lo dispuesto en la Base III de las de la Ley de 11 de mayo de 1888, disponía el reconocimiento por la ley de dos formas de matrimonio: el canónico, que deben contraer todos los que profesen la religión católica; y el civil, que se celebrará del modo que determina este Código. Y había venido siendo un sistema de pluralidad de clases, amén, naturalmente de un sistema de pluralidad de formas, no obstante la inexistencia de la palabra "clases" de matrimonio, por cuanto el legislador español llevaba a cabo un reconocimiento expreso de la normativa matrimonial canónica material o sustantiva: el artículo 75 en su redacción originaria disponía que "Los requisitos, forma y solemnidades para la celebración del matrimonio canónico se rigen por las disposiciones de la Iglesia católica y del Santo Concilio de Trento, admitidas como leyes del Reino". Mucho más exacto sobre el particular se ofrece la actual redacción del mismo artículo que supone una remisión sin exclusiones al Derecho de la Iglesia, pero la atribución de la competencia para conocer de los pleitos sobre nulidad y divorcio de los matrimonios canónicos a los Tribunales eclesiásticos, efectuada por el artículo 80 del Código, igualmente en su primitiva redacción, venía a disipar cualquier duda que pudiera suscitar el artículo 75 en su versión primera, que limitaba el reconocimiento de la legislación canónica a la reguladora de la celebración del matrimonio ("requisitos, forma y solemnidades"). La utilización, pues, por el legislador español de la época de la expresión "formas de matrimonio" no había sido obstáculo a la existencia, en el marco del ordenamiento jurídico del Estado, de dos legislaciones matrimoniales materiales o sustantivas: la civil y la canónica. En consonancia con una Constitución política que proclamaba la confesionalidad católica del Estado con tolerancia de cultos disidentes (artículo 11 de la Constitución de 1876) el reconocimiento por la Base III de la forma matrimonial ca-

nónica implicaba asimismo el de su normativa sustantiva. Lo contrario hubiera sido una inconsecuencia. Desde esta perspectiva, la forma se presenta como inescindible de la legislación material o sustantiva que regula el instituto, inseparable de ésta. Esta concepción de la forma matrimonial como indisolutamente ligada al Derecho material se ofrece arraigada en la mentalidad de los juristas de la época, sin que por otra parte pueda considerarse que la inescindibilidad sólo quema predicarla del binomio forma canónica-Derecho matrimonial canónico sustantivo. La forma matrimonial, cualquiera que ésta sea, postula caso de ser admitida por el Derecho del Estado el reconocimiento de la correlativa normativa matrimonial material. De ahí que el reconocimiento por la legislación civil de una forma de celebración de naturaleza religiosa o confesional, con independencia de la confesión de que se trate, implique o lleve aparejada en buena lógica jurídica la consecuencia de la admisión de la correspondiente normativa. Semejante planteamiento sería precisamente uno de los argumentos más profusamente esgrimidos a la hora de fundamentar la introducción en nuestro Derecho de un sistema de matrimonio civil obligatorio por la Ley de 1870 al amparo de una Constitución no confesional (la de 1869). En aquella ocasión, el matrimonio civil como obligatorio para todos los ciudadanos con independencia de sus creencias religiosas se justificaría en buena parte en la imposibilidad de consagrar en nuestra legislación un sistema matrimonial de pluralidad de formas de celebración: junto a la forma civil y la correlativa legislación matrimonial civil y junto a la forma canónica y la correlativa legislación matrimonial canónica, debería procederse al reconocimiento civil de formas de celebración diversas de la canónica. De lo contrario se vendría a introducir una discriminación entre los ciudadanos por motivos religiosos y ello sería anticonstitucional. Ahora bien, ¿acaso tendría sentido proceder al reconocimiento de formas religiosas de matrimonio, pertenecientes a confesiones diversas de la católica, sin efectuar otro tanto de sus respectivas normativas sustantivas? Para los legisladores españoles de 1870 ello se ofrece como una inconsecuencia. ¿Cuál era, pues, la causa por la que el legislador español de la época no podía ser consecuente?: la oposición existente entre la reglamentación del matrimonio por parte de algunas de estas confesiones y el orden público español. ¿Tendría entonces razón de ser el simple reconocimiento civil de los ritos y fórmulas de celebración de estas religiones juntamente con la regulación material de los matrimonios así contraídos por la legislación civil? La respuesta —a juicio de los redactores del proyecto— no podía ser sino negativa. La consecuencia de la respuesta era igualmente clara: proceder al establecimiento de un sistema de matrimonio civil obligatorio, al margen de las creencias religiosas, con lo que se garantizaba el fundamental principio de la igualdad ante la ley de todos los ciudadanos.

La actitud de nuestro legislador en 1870 presenta un indudable interés en cuanto reveladora de una mentalidad jurídica en la que no tenía cabida un sistema de matrimonio civil facultativo al tipo anglo-

sajón. Nada tiene, pues, de extraño que en un marco constitucional de confesionalidad católica el reconocimiento de la forma canónica de matrimonio por parte de la Ley de Bases de 1888 primero y por el artículo 42 del Código civil después, equivaliese al reconocimiento civil del *tipo* o *clase* matrimonio canónico. Es decir, un complejo jurídico integrado, a su vez, por los preceptos sobre forma en sentido estricto, capacidad, consentimiento y causas de separación y disolución. Es indudable que ello se ofrecía como consecuencia de la vigencia del artículo 11 de la Constitución de 1876 pero, en puridad, es también resultado de esa mentalidad de los juristas patrios a la que se acaba de hacer referencia.

La cuestión de las "clases" o "formas" recobra hoy plena actualidad tras la aprobación de la nueva Constitución española. Como es sabido, el texto constitucional, en su artículo 32-2.^º, consagra de nuevo la terminología "formas". "La Ley regulará —dice el precepto— las formas del matrimonio". El retorno a la terminología que parecía abandonada definitivamente, al menos por ley ordinaria, desde 1958 no puede considerarse accidental. Si a ello se añade que no han faltado en fechas recientes opiniones favorables a la configuración en nuestro Derecho de un sistema matrimonial de pluralidad de formas, todas ellas reguladas por la legislación civil (11), aparece justificado el interés de una "indagine" encaminada a precisar las causas que han determinado este retorno.

En materia de matrimonio los debates constitucionales han sido primordialmente debates sobre el divorcio. No son abundantes las ocasiones en que se incide en la materia relativa al sistema matrimonial propiamente dicho. Preocupa fundamentalmente, desde el inicio mismo de la discusión parlamentaria, la fórmula ambigua contenida en el número 2 del artículo 32, a cuyo tenor "La ley regulará las causas de separación y disolución y sus efectos" y la mayor parte de las referencias al sistema matrimonial se harán en función de la espinosa cuestión de la dissolubilidad civil del vínculo matrimonial. ¿Cuál es la interpretación que de la expresión "formas del matrimonio" suministra o arroja la discusión parlamentaria? Para la Unión del Centro Democrático, a través del parlamentario Herrero de Miñón (miembro de la Ponencia encargada de la elaboración del anteproyecto), la fórmula escogida es la correcta, "si se dijera en su lugar 'formas civiles del matrimonio' —afirmó Herrero de Miñón— se estaría prejuzgando que sólo se reconoce la forma civil del matrimonio en sus diversas modalidades; y otro tanto si se empleara el singular 'forma'; pero al decir que se regulan las formas del matrimonio, se abren todas las posibilidades, entre ellas, por supuesto, el mantenimiento de una situación en la que, junto a la forma civil, se reconoce la posibilidad de formas religiosas del matrimonio. Precisamente, la Constitución habla de "formas del matrimonio" y no de "clases de matrimonio",

(11) Vid., por todos PERE I RALUY, J., *Matrimoni, Divorcí i Filiaci*, en *Revista Jurídica de Cataluña*, julio-septiembre 1978, pp. 755 a 757.

porque aunque la ley civil de mañana, como la ley civil de hoy, regule dos formas de matrimonio, en la medida en que se remite a la forma canónica, lo que no puede pretender el legislador civil es, además, regular el fondo del matrimonio canónico, la institución canónica que vinculará a las conciencias de los que canónicamente se encuentren incorporados a la Iglesia o la confesión en cuestión, lo que estaría implícito en el término "clases" (12). Parece, pues, claro el núcleo de la argumentación de Herrero de Miñón: es precisamente la expresión "formas del matrimonio" la que viene a asegurar para el futuro el reconocimiento estatal de la normativa matrimonial canónica. La remisión a la forma canónica llevaría consigo la correlativa a la legislación sustantiva eclesiástica. "*Lo que no puede pretender el legislador civil* —son sus palabras— *es, además, regular el fondo del matrimonio canónico...*", pero parece igualmente claro que ello no pasa de ser una interpretación del grupo parlamentario Unión de Centro Democrático, frente a la que podrían esgrimirse otra u otras de signo opuesto. Para UCD, al hablar de "forma" v. más concretamente, al hablar de "forma canónica", se está haciendo referencia a ese complejo jurídico, a ese conjunto de normas antes aludido compuesto por los preceptos reguladores de la forma de celebración matrimonial en sentido estricto, edad y capacidad de los contrayentes, consentimiento, causas de separación y disolución. Pero, por de pronto, esa ulterior concreción de lo que el legislador civil entiende por "forma canónica" ya no se contiene en el texto constitucional, que se limita a afirmar genéricamente que "la ley regulará las formas de matrimonio". Claro está que no es misión de la Constitución sino establecer las bases inspiradoras de toda la legislación ordinaria posterior. Tendrá que ser la ley ordinaria la que determine y precise que el reconocimiento civil de la forma canónica de celebración lleva consigo la sujeción del matrimonio así contraído a las normas del Derecho canónico, pero el planteamiento del problema va no se efectúa a nivel constitucional sino de legislación ordinaria, cuya inconstitucionalidad en el supuesto de que el reconocimiento se limitase a la forma canónica en sentido estricto se presentaría problemática una vez desaparecido el principio de la confesionalidad del Estado, el más fuerte asidero constitucional de ese reconocimiento civil del instituto matrimonial canónico. En favor de la interpretación según la cual la remisión a la forma canónica hay que entenderla hecha al complejo normativo matrimonial canónico podrían alegarse, en su caso, argumentos de Derecho histórico, así como su mayor adecuación a la tradición jurídica española que ha venido entendiendo la forma canónica de celebración como equivalente a clase o tipo matrimonio canónico, de modo que la remisión a la forma se ha entendido hecha también al Derecho sustantivo canónico, pero desde una perspectiva estrictamente técnico-jurídica un precepto de legislación civil ordinaria que procediese al reconoci-

(12) HERRERO RODRÍGUEZ DE MIÑÓN, *Diario de Sesiones del Congreso*, Sesión Plenaria del 11 de julio de 1978, p. 4086.

miento de la forma canónica a través de una remisión hecha única y exclusivamente al modo de expresar el consentimiento matrimonial ante párroco o sacerdote delegado y dos testigos, regulando el instituto a partir del momento de su celebración por la ley civil no implicaría violación alguna del artículo constitucional que viene a establecer las bases de un sistema matrimonial de pluralidad de formas, lo que tan sólo convertiría en anticonstitucional un sistema matrimonial de forma única.

La desaparición en el nuevo texto constitucional de la confesionalidad del Estado ha producido como consecuencia un descenso en la pirámide normativa del fundamento mismo del reconocimiento civil de la *clase* matrimonio canónico. No es el artículo 32-2.^º el que brinda la base normativa para ese reconocimiento, respecto del cual el artículo citado no se pronuncia, sino la existencia, en su caso, de un acuerdo entre el Estado español y la Santa Sede que comprometa al primero a reconocer los efectos civiles no ya a la simple forma canónica de celebración, sino al tipo o clase matrimonio canónico. Es evidente, sin embargo, que un acuerdo concordatario suscrito entre el Estado y la Iglesia no posee naturaleza constitucional por lo que no es posible predicar la fundamentación en la Constitución de tal reconocimiento. El Estado en la medida en que reduzca, en el marco de su propio Ordenamiento, el matrimonio canónico a una simple forma de celebración violará el acuerdo, supuesta la existencia del mismo, ya que es éste y sólo éste el que le vincula en orden al reconocimiento civil de la legislación canónica sustantiva.

Los términos en que venía redactado el artículo 32 en su segundo párrafo suscitaron intervenciones en contra de algún grupo parlamentario. A algunas de ellas ya se ha hecho referencia en el curso de este trabajo (13), otras, sin perjuicio de afirmar que “la regulación del matrimonio es una competencia civil”, añadirán a renglón seguido que “esa competencia no es exclusiva”. Afirmarlo sería instaurar un sistema de desconocimiento de la legislación canónica. Esta actitud querría decir que no cabría constitucionalmente ningún reconocimiento del matrimonio canónico ni de los Tribunales eclesiásticos en materia matrimonial” (14). Especial incidencia en el tema de la forma ofrece la postura sostenida por el parlamentario Mendizábal Uriarte. En principio se mostrará contrario al uso del plural en materia de forma matrimonial. “La forma es —añadió— la manera, el modo de formalizar el matrimonio, donde figurará como esencial la presencia de quien represente a la autoridad correspondiente. En nuestro Código civil, el artículo 42 reconoce dos clases de matrimonio: el canónico y el civil. Pero el viejo artículo 42, reemplazado por Ley de 24 de abril de 1958, decía que la ley reconocía dos formas de matri-

(13) Intervenciones de los señores López Rodó y De la Fuente de la Fuente, fundamentalmente.

(14) LÓPEZ BRAVO Y DE CASTRO, *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*, Comisión de Asuntos Constitucionales y Libertades Públicas, sesión del 23 de mayo de 1978, p. 2616.

monio: el canónico y el civil, que debía celebrarse del modo que el propio Código determinaba.

Es posible que este entrecruzamiento de formas, clases y modo haya producido alguna confusión. Podría aclarársenos, pero mientras no se haga seguiremos creyendo que ese plural es inexplicable y que obedece a una deficiencia jurídica. Pensamos que si está bien el plural, no cabe sólo la palabra regulará, sino que debería añadir, en todo caso, la palabra reconocerá, porque en caso de plural eso es lo que corresponde” (15).

La argumentación del diputado se completaba con la constatación de la discordancia existente entre el apartado 2º del artículo 30 y el 8º del 143 del mismo proyecto constitucional que, al enumerar las exclusivas competencias del Estado, aludía a la legislación civil reguladora de las “relaciones jurídico-civiles relativas a la forma del matrimonio”. Si lo que se pretendía era consagrar un sistema de pluralidad de formas, en el que junto a la forma civil existiesen otras diversas de ésta, el compromiso del Estado de proceder a la regulación de la forma civil (sólo respecto de ésta tendría sentido el empleo de la locución “regulará”) debería materializarse por lo que a las formas diversas de la civil se refiere en un *reconocimiento* de las mismas por parte del Ordenamiento civil. Tras esta postura se hallaba una concepción de sistema matrimonial de pluralidad de formas como equivalente a pluralidad de clases o tipos de matrimonio, y en su consecuencia el límite de la competencia de la legislación del Estado a la regulación de la forma civil, es decir, del instituto matrimonial civil en su conjunto. Para apoyar su argumentación, tendente a demostrar la extralimitación de competencia estatal que la fórmula debatida consagraba, Mendizábal invoca palabras de un miembro de Unión de Centro Democrático: “no sólo hemos constitucionalizado la disolución del vínculo matrimonial, y, por tanto, el divorcio, sino que metidos en harina dentro de la semántica que entraña regular por la ley las formas del matrimonio, nos hemos atribuido incluso la del canónico que, con concordato o sin él, es de competencia exclusiva de la Iglesia” (16).

Menos precisa se ofrece al respecto la postura del grupo parlamentario comunista sobre el particular. “El apartado 2, el más controvertido, nos dice —afirmó Solé Turá— que la ley regulará las formas, porque, efectivamente, se trata de decir que hay varias formas posibles del matrimonio, es decir, que habrá diversas posibilidades” (17). No queda claro si esa referencia a las varias formas, a las diversas posibilidades implicaría la existencia de una legislación matrimonial sustantiva diversa de la civil.

En la Comisión de Constitución del Senado volvió a preocupar el

(15) MENDIZÁBAL URIARTE, *Diario de Sesiones del Congreso*, Sesión Plenaria de 11 de julio de 1978, p. 4078.

(16) MENDIZÁBAL URIARTE, *Loc. cit.*, p. 4080.

(17) SOLÉ TURÁ, *Diario de Sesiones del Congreso*, Sesión Plenaria de 11 de julio de 1978, p. 4085.

tema de las formas del matrimonio. El senador Calatayud y Maldonado sostuvo, a título personal, una enmienda al apartado segundo del artículo 30 redactada en los siguientes términos:

“La ley establecerá los requisitos que han de concurrir en la celebración del matrimonio para ser reconocido por el Estado y producir los efectos previstos en el Ordenamiento jurídico.”

Las fundamentaciones esgrimidas en su defensa eran diversas, pero tras ellas se deja ver enseguida el propósito claro de proceder a introducir en el texto constitucional un sistema de matrimonio civil facultativo al tipo anglosajón. “Hay que partir —manifestó— de una realidad legislativa en la cual la palabra “formas” tiene una decisiva importancia. Tradicionalmente se ha venido entendiendo por formas de matrimonio la forma canónica y la forma civil. Tan era así y tanto repugnaba y ha llegado a repugnar a la sociedad actual la posibilidad de que el Derecho civil regulase la forma canónica del matrimonio, que en la Ley de 1958 se modificó el artículo 42 del Código civil y se cambio la palabra “fornia” por la palabra “clase”.

La legislación reconoce dos clases de matrimonio, dice hoy el artículo 42, no “formas”. En consecuencia entendemos que en ningún caso, en un Estado aconfesional y pluralista como el nuestro, puede el poder civil inmiscuirse lo más mínimo en la regulación de las formas de matrimonio.

En consecuencia, hemos preparado la redacción de una enmienda en la que se mantiene la posición del Estado desde un punto de absoluta neutralidad y se reconoce el hecho, porque es anterior al Estado, de la existencia del matrimonio, tan anterior que prácticamente en casi ninguna Constitución de las actualmente vigentes se definen, ni se explican, ni se concretan cuáles han de ser las formas para su celebración...”. (18).

El parlamentario hace partir el hilo de su argumentación de una configuración de la forma de matrimonio en sentido estricto. Se refiere a la forma entendida ésta como modo de expresión del consentimiento, con independencia de la legislación matrimonial sustantiva. El punto de partida es, pues, el típico en orden a defender un sistema matrimonial como el que se proponía. Para el parlamentario Calatayud la forma canónica es, pura y simplemente, la expresión o manifestación del consentimiento matrimonial ante párroco, sacerdote delegado y dos testigos. Es decir, para él, a diferencia de otras intervenciones, forma canónica no equivale a clase o tipo de matrimonio canónico. De ahí precisamente que no deje de resultar sorprendente sus referencias a la reforma del artículo 42 por la Ley de 24 de abril de 1958, puesto que las causas que determinaron al legislador español de entonces a sustituir en el artículo citado la expresión “formas de matrimonio”

(18) CALATAYUD Y MALDONADO, *Diario de Sesiones del Senado*, Comisión de Constitución, Sesión del 29 de agosto de 1978, p. 2012.

por la que se consideraba más apropiada de “clases de matrimonio” era precisamente el deseo de poner de manifiesto la sustancial diversidad de las normativas matrimoniales sustantivas civil y canónica. Lo que al legislador español de 1958 le repugnaba no era ya la simple posibilidad de proceder a la regulación de la forma canónica de celebración por parte de la ley civil, sino la de que esa misma ley civil pretendiese regular, normar, disciplinar sustantivamente el matrimonio canónico, vaciándolo con ello de su propia legislación sustantiva y reduciéndolo, a efectos prácticos, en una simple modalidad del matrimonio civil regulado, como tal por la ley del Estado, si bien aquí con una forma religiosa-canónica. La imposibilidad de inmiscuirse la ley civil en la regulación de las formas de matrimonio la entendía el legislador de 1958 como una radical incompetencia del Ordenamiento jurídico del Estado en orden a disciplinar sustantivamente el instituto mismo y no ya la simple forma de celebración, si bien el respeto de la ley del Estado debiera alcanzar también a ésta. Lo decisivo, en definitiva, no era, pues, la forma en sí misma como la clase o tipo matrimonio canónico.

El sistema propuesto se ofrece, por lo demás, ventajoso respecto al de forma única de celebración o de matrimonio civil obligatorio “en una sociedad como la nuestra —añade— que históricamente tiene un sustrato religioso profundo que va a pesar en ella, se puede dar la circunstancia de que no se celebre el matrimonio en la forma única que pudiera establecerse por el Estado y se eludiesen consecuencias civiles o incluso en los tiempos actuales en que el sujeto tributario llega a ser la familia, se puedan eludir consecuencias de tipo fiscal, se celebrasen exclusivamente matrimonios religiosos que no tuviesen repercusión ninguna en el ámbito civil, porque se había impuesto una sola fórmula para él, que tranquilizaría perfectamente las conciencias de los contribuyentes y que no tendría consecuencia alguna en relación a los hijos, porque todos los hijos tendrán los mismos derechos —tanto los habidos dentro como fuera del matrimonio—, y estarían ante situaciones iguales de hecho sin repercusión civil, sin reconocimiento civil de clase alguna” (19).

De conformidad con la enmienda presentada, la legislación ordinaria podría regular cualquier matrimonio desde el meramente consensual, si bien la prestación del consentimiento debería ser fehaciente, hasta el celebrado por confesión religiosa reconocida previamente por el Estado e inscrita en el Ministerio de Justicia. Por lo que se refiere a la forma de los matrimonios, entendida ésta en sentido estricto, la legislación civil se limitaría a la determinación de aquellas formalidades civiles que deberían concurrir con anterioridad, con posterioridad o coetáneamente a la forma religiosa correspondientes, es decir, requisitos que deberían concurrir en la “celebración”, entendiendo por “celebración” la forma religiosa de que se trate.

(19) CALATAYUD Y MALDONADO, *Loc. cit.*, p. 2012.

La exclusividad de la legislación estatal en orden a la regulación material de los matrimonios contraídos en cualesquiera formas reconocidas civilmente se contenía en el segundo apartado de la enmienda:

“La ley... regulará los derechos y deberes de los cónyuges y las causas y procedimientos de separación y disolución y sus efectos.”

Una clase de matrimonio y pluralidad de formas para su celebración “desde el matrimonio puramente consensual hasta el reconocimiento del matrimonio celebrado entre cualesquiera confesiones religiosas, esto aparte de respetar la libertad absoluta de creencias y de moral de los ciudadanos españoles, tiene la gran ventaja de que al no imponer una fórmula de matrimonio reconocido por el Estado o permitiendo que se establezcan varias fórmulas de matrimonio establecidas y reconocidas por el Estado, no pueda en ningún caso irse al fraude mediante la elusión de la forma única establecida por éste” (20). Tras semejante argumento, se recurre a la legislación comparada “actualmente rige y está admitido —se refiere al sistema facultativo anglosajón— en Estados Unidos, en Inglaterra, en Italia, en Portugal; y en Portugal incluso está incorporado a la Constitución portuguesa (“independientemente de la forma de su constitución”, dice exactamente el texto constitucional)” (21). Por de pronto se pretende configurar como idénticos ordenamientos matrimoniales diversos. Mientras el sistema matrimonial italiano lo es, simultáneamente, de pluralidad de formas y de pluralidad de clases (en cuanto que el matrimonio religioso-canónico o matrimonio concordatario si ha sido debidamente transcrita en los Registros del Estado Civil, se regula nor el Derecho canónico si bien la aplicación del Derecho civil, por lo que se refiere a las causas de separación), el vigente en los países anglosajones lo es solamente de pluralidad de formas lo que implica, como es sabido, la existencia de una sola legislación matrimonial, si bien con la posibilidad de optar entre celebrar el matrimonio en la forma civil o, por el contrario, en cualesquiera de las formas religiosas admitidas, sin que la celebración en forma religiosa venga a comunicar naturaleza religiosa al matrimonio así contraído sustrayéndolo a la legislación civil y a la competencia de los órganos jurisdiccionales civiles en orden a conocer de las controversias que respecto de ellos se susciten.

En un sistema de pluralidad de formas con un solo ordenamiento matrimonial material no es posible suscitar el problema de la posible disolubilidad civil de los matrimonios religioso-canónicos, es decir, la operatividad de la legislación civil de divorcio respecto de éstos. Desde el momento en que el matrimonio religioso (en este caso el canónico) queda reducido ante el Ordenamiento del Estado, a una simple forma de celebración y sujeto a la regulación sustantiva de la ley civil es evidente que la legislación civil en materia de divorcio ya

(20) CALATAYUD Y MALDONADO, *Loc. cit.*, p. 2012.

(21) CALATAYUD Y MALDONADO, *Loc. cit.*, p. 2013.

no disolverá, en puridad, matrimonios canónicos, sino matrimonios civiles contraídos sin embargo de conformidad con una forma religiosa (la canónica). No existen, pues, sustanciales diferencias al respecto entre el matrimonio civil en forma civil y el matrimonio civil contraído en forma religiosa. El Estado, al disolver un matrimonio contraído de conformidad con la forma de cualquiera de las confesiones religiosas reconocidas no hace sino disolver una unión que, no obstante la forma de su celebración, posee naturaleza y caracteres plenamente civiles. De conformidad con estos presupuestos, el ámbito o marco de aplicabilidad de una futura ley de divorcio deja de ofrecerse relevante. "Entendemos —son palabras del parlamentario Calatayud— que puede y, más aún, que debe constitucionalizarse la posibilidad de disolución del matrimonio" (22).

Ya anteriormente se hizo notar que los debates constitucionales en materia de matrimonio se presentan en buena parte como debates sobre el problema de la disolubilidad civil del vínculo matrimonial. El sistema matrimonial preocupa, pero preocupa en cuanto su regulación incida en la del divorcio. La adopción de un determinado sistema matrimonial y no de otro diverso podrá implicar en su día, a nivel ya de legislación ordinaria, una delimitación concreta del marco operativo de la legislación divorcista que es de lo que fundamentalmente se trata. Los deseos, los intentos de los sectores de la derecha por precisar, por determinar lo más posible el número 2 del artículo 32 del proyecto constitucional mediante la adición del adjetivo "civil" a los sustantivos "ley" y "matrimonio" se ofrecen desde el inicio como un propósito claro destraer el matrimonio canónico del ámbito del artículo. De conseguir la modificación apetecida "la Ley *civil* regulará las formas del matrimonio *civil*, los derechos y deberes de los cónyuges y las causas de separación y disolución (igualmente de ese matrimonio contraído civilmente). Son varias las ocasiones en que se muestra claro este deseo. "Una ley civil no podría nunca, a mi juicio —De la Fuente—, incidir en los efectos que sobre el tema, por ejemplo, de la disolución del vínculo podría tener un matrimonio religioso... una vez reconocido constitucionalmente el divorcio, ¿es que se quiere referir a toda clase de matrimonios? Yo supongo que a lo más que podría aspirar la Constitución es a constitucionalizar el divorcio de los matrimonios civiles, pero no a constitucionalizar el divorcio de los matrimonios religiosos (se refiere indudablemente al matrimonio religioso-canónico), porque eso creo que sería una pretensión realmente inadmisible" (23). A este propósito apuntaba también la enmienda del senador Azcárate Flórez:

"La ley regulará las formas del matrimonio civil, los derechos y deberes de los cónyuges, las causas de separación y disolución y sus efectos".

(22) CALATAYUD Y MALDONADO, *Loc. cit.*, p. 2013.

(23) DE LA FUENTE DE LA FUENTE, *Diario de Sesiones del Congreso*, Comisión de Asuntos Constitucionales y Libertades Públicas, sesión del 23 de mayo de 1978, pp. 2618-19.

“Se introduce el adjetivo “civil” —afirmó el enmendante— para dejar claro que la legislación civil no intervendrá en el ordenamiento del matrimonio religioso de los ciudadanos que quieran celebrarlo, ni en la regulación de sus efectos ni, mucho menos, en la legitimación moral y canónica de su disolución... este artículo deja intacta la comprensión y realización del matrimonio sacramental, con su característica propia de indisolubilidad. Lo único que aquí se hace es crear la posibilidad de otro tipo de comprensión y realización del matrimonio (se refiere naturalmente al matrimonio civil) para quienes no comparten la fe católica... la razón fundamental que la Iglesia ha dado para la indisolubilidad ha sido la sacramentalidad de un matrimonio entre cristianos, cuando éste ha sido consumado. Por todo ello, no se puede decir que sea directamente contrario a la conciencia católica el aceptar que el Estado regule la posibilidad de disolución civil de un matrimonio contraído también civilmente” (24).

Lo más que se le concede al Estado es, pues, la posibilidad de formular en el texto constitucional el reconocimiento de una futura legislación divorcista aplicable tan sólo a aquellos matrimonios que hubieran sido contraídos en forma civil. Es cierto que la posible intervención de la legislación civil en el ordenamiento o regulación de los matrimonios religiosos no ha de circunscribirse necesariamente a la posibilidad de su disolución de conformidad con lo previsto en una ley de divorcio. Cabe que la legislación civil regule uniformemente, es decir, con independencia de la forma en la que se haya contraído el matrimonio otros aspectos del instituto diversos del referido a las causas de disolución (por ejemplo, los requisitos de capacidad que deberán concurrir en quienes pretendan contraerlo, edad, impedimentos, etcétera), es decir, otros aspectos de carácter material o sustantivo. Sin embargo, la característica fundamental que sigue distinguiendo aún hoy el matrimonio civil, en cuanto instituto regulado por la ley del Estado, y el canónico en cuanto sujeto al Derecho de la Iglesia es sin ningún género de dudas la indisolubilidad del segundo. Indisolubilidad intrínseca de la que goza cualquier matrimonio canónico válidamente contraído e indisolubilidad extrínseca del matrimonio rato y consumado. Ello produce, y la génesis del número 2 del artículo 32 de la Constitución española es un buen ejemplo, que la mayor parte de las tensiones matrimonio civil-matrimonio canónico en el ámbito de los ordenamientos jurídicos que reconocen los efectos civiles al segundo hayan venido y sigan viendo provocadas por la posibilidad de que la legislación civil de divorcio sea operativa también respecto de los matrimonios canónicos. Se da por supuesto que las tensiones a las que se hace referencia sólo tienen sentido por lo que a su producción se refiere cuando el Derecho civil concede los efectos civiles a la clase o tipo matrimonio canónico (Derecho italiano, español y portugués hasta fecha reciente, entre otros). Con independencia de la

(24) AZCÁRATE FLÓREZ, *Diario de Sesiones del Senado*, Comisión de Constitución, sesión del 29 de agosto de 1978, pp. 2013 y 2014.

indisolubilidad y de la específica normativa canónica en materia de vicios del consentimiento que por demás encuentra justificación cumplida en el carácter sacramental del matrimonio canónico, las legislaciones matrimoniales civiles no difieren sustancialmente de la eclesiástica cuyas soluciones incluso suelen ser adoptadas, con las matizaciones impuestas por la diversa naturaleza de los dos ordenamientos, por las primeras (sirva de ejemplo, el Derecho de familia italiano tras la reforma introducida por la Ley de 19 de mayo de 1975). Sin embargo, el tema de la disolubilidad civil de los matrimonios canónicos y la necesidad de hallar una solución coherente para este problema en su conexión con el principio de igualdad ante la ley de todos los ciudadanos ha llegado a producir la evolución de sistemas matrimoniales de matrimonio civil facultativo de tipo católico, evolución que ha conducido a la conversión de los mismos en sistemas de matrimonio civil facultativo de tipo anglosajón, y con ello a la íntegra normación del matrimonio religioso por la legislación civil (25).

Nada se podía decir en las Cortes y nada se dijo sobre la aplicabilidad al matrimonio canónico de las causas de divorcio previstas en una futura ley civil reguladora del instituto. Los partidarios de mantener la fórmula de la regulación por la ley de las causas de separación y disolución centrarán sus argumentaciones en el carácter civil de la norma cuyo debate se efectuaba. “Es obvio que la Constitución que, trabajosamente —dijo Villar Arregui— estamos elaborando es la norma suprema del ordenamiento jurídico-civil vigente en España... *la Constitución no puede entrar ni entra en el ámbito del ordenamiento jurídico propio de la Iglesia, porque son esferas distintas*, cada una de ellas independiente de la otra, en nada podrá la Constitución que estamos aprobando interferir el matrimonio, entendido sacramentalmente y, por consiguiente, como unión indisoluble de una pareja humana, que sólo la muerte puede disolver. *El legislador civil tiene que legislar civilmente y en el ámbito civil*, en el de los efectos civiles, no cabe duda de que la inmensa mayoría, por no decir la totalidad, de los países de nuestra cultura, admiten el divorcio entre sus instituciones. Son, pues, dos esferas distintas, reservada una al ámbito de la conciencia, otra a la regulación de los efectos civiles. En esta última, y

(25) Es el caso del Ordenamiento portugués. El apartado 2 del artículo 36 de la Constitución lusa de 1976 dispone que “La ley regulará los requisitos y los efectos del matrimonio y de su disolución, por muerte o divorcio, independientemente de la forma de celebración”.

El precepto sería invocado en el curso del debate parlamentario por el diputado López Bravo y de Castro como ejemplo de redacción clara y diáfana frente a la ambigüedad de los términos en que venía formulado el núm. 2 del artículo 30 del proyecto constitucional. “Se puede o no estar de acuerdo con esa solución —dijo—, pero nadie podrá decir que no es clara. La redacción de nuestro artículo 30 ha preferido navegar por los mares de la ambigüedad”. *Diario de Sesiones del Congreso*, sesión plenaria de 11 de julio de 1978, p. 4077.

sólo en esta última, en orden a los efectos civiles del matrimonio, es en la que nos movemos..." (26).

Tras la aprobación del texto constitucional español, la incidencia de la misma en el sistema matrimonial no se hizo esperar. El "Boletín Oficial del Estado" de 30 de diciembre publicaba una Instrucción de la Dirección General de los Registros y del Notariado sobre matrimonio civil. La citada Instrucción, a la que ya se hizo referencia con anterioridad, comienza afirmando que "*La aprobación de la Constitución española ha supuesto una importante innovación en el régimen hasta ahora vigente sobre celebración del matrimonio civil*". Como consecuencia de su entrada en vigor —afirma la Instrucción— "han de entenderse modificados en el sentido indicado los artículos 42 y 86 del Código civil, lo mismo que los preceptos concordantes que los desarrollan del Reglamento del Registro Civil". El acceso al matrimonio civil deja de estar condicionado a la indagación o declaración alguna sobre las ideas religiosas de los contrayentes. Devenía así el sistema matrimonial español un sistema de matrimonio civil plenamente facultativo con reconocimiento de dos clases de matrimonio. Ello, sin embargo, no despejaba por completo la incógnita que se había venido cerniendo sobre la perdurabilidad, con las debidas modificaciones, de un sistema matrimonial que hallaba sus dos pilares fundamentales en el principio constitucional de confesionalidad del Estado y en la existencia de un Concordato respecto del cual era "*communis opinio*" la necesidad de su renovación y actualización a la luz de las nuevas corrientes eclesiológicas y políticas. La aprobación de la Constitución acentuaba intensamente esta incertidumbre. La supresión del principio de confesionalidad católica juntamente con la fórmula contenida en el número segundo del artículo 32 demandaban una concreción urgente de su incidencia en un sistema matrimonial concordado entre el Estado y la Iglesia. El día 3 de enero del año en curso representantes del Gobierno español y de la Santa Sede firmaban en el Vaticano cuatro acuerdos reguladores de las relaciones entre la Iglesia y el Estado. Los acuerdos venían así a sustituir el viejo Concordato de 27 de agosto de 1953.

La materia relativa al reconocimiento civil del matrimonio canónico es abordada en el primero de los acuerdos, dedicado a regular las cuestiones de carácter jurídico. En el número 1 del artículo VI del citado acuerdo se establece que:

"El Estado reconoce los efectos civiles al matrimonio celebrado según las normas del Derecho canónico."

La fórmula empleada es clara y en su consecuencia no deja lugar a la duda. El Ordenamiento jurídico español sigue reconociendo la clase matrimonio canónico. Se trata, pues, de un reconocimiento que, en armonía con nuestra tradición jurídica, se extiende al instituto ma-

(26) VILLAR ARREGUI, *Diario de Sesiones del Senado*, sesión plenaria del 28 de septiembre de 1978, p. 3048.

rimonial canónico en su conjunto en cuanto complejo de normas canónicas reguladoras de la forma, requisitos de capacidad, consentimiento y causas de separación y disolución, si bien respecto de las causas de separación haya que efectuar ulteriores precisiones. La locución empleada en el párrafo primero del número 1 del artículo VI del acuerdo concuerda literalmente por lo demás con el texto del artículo 76 del Código civil en la redacción que le vino dada por la Ley de 24 de abril de 1958. El sistema matrimonial español se sigue perfilando, pues, tras el acuerdo con la Santa Sede y no obstante la imposibilidad de concretar en este momento una serie de aspectos e importantes matizaciones para cuya exacta determinación es ineludible esperar a la promulgación de la legislación ordinaria que lo desarrolle, como un sistema de pluralidad de clases de matrimonio en cuanto que el canónico continuará regulándose por su legislación sustantiva y, en su consecuencia, como un sistema de pluralidad de formas de celebración, si bien, y de conformidad con lo dispuesto en el número 2 del artículo 32 del texto constitucional, junto a la clase matrimonio civil y clase matrimonio canónico puedan coexistir en el futuro otras formas de celebración de matrimonio pertenecientes a confesiones religiosas no católicas. Respecto de ellas entiendo que el reconocimiento civil sólo vendrá referido a la forma de celebración y en ningún caso a la normativa matrimonial sustantiva, que no podrá ser otra que la del Derecho civil. La ampliación del reconocimiento de efectos civiles no sólo al matrimonio canónico sino al régimen matrimonial de las restantes confesiones religiosas, ha sido defendido en fecha reciente por González del Valle. "Tal ampliación —afirma el profesor de Oviedo— no presenta la menor dificultad en el caso de las confesiones protestantes, pues denominador común de todas ellas es entender que la regulación del matrimonio corresponde al Estado, salvo en lo que se refiere a la forma de contraer matrimonio. Las únicas confesiones religiosas que poseen un régimen matrimonial completo —que comprende no sólo una forma religiosa de celebración, sino una reglamentación general del matrimonio— son tres: la católica, la hebrea y la islámica. En algunos aspectos tales regímenes matrimoniales pueden resultar contradictorios con los principios patrios de orden público en materia matrimonial. Tal dificultad, sin embargo, puede solucionarse fácilmente, desde el momento en que el Estado controla, desde 1870, con carácter exclusivo el Registro sobre el estado civil de las personas. Presupuesta la exclusiva competencia estatal sobre el Registro, resulta perfectamente factible hacer depender de los asientos registrales los efectos civiles de las situaciones matrimoniales nacidas al amparo de las legislaciones matrimoniales de carácter confesional" (27). No obstante la viabilidad de la solución propuesta por González del Valle, la imposibilidad de reconocer en su integridad, a través de la concesión de los efectos civiles, estos regí-

(27) GONZÁLEZ DEL VALLE, J. M., *El sistema matrimonial español: Situación actual y perspectivas de reforma*, en el ANUARIO DE DERECHO CIVIL, enero-marzo 1978, pp. 81-82.

menes matrimoniales confesionales no católicos produciría como consecuencia que en la prácticamente generalidad de los casos este reconocimiento o concesión de los efectos civiles se limitaría a la simple forma de celebración, regulándose sustantivamente el instituto por las prescripciones del Derecho del Estado, lo cual parece hacer más aconsejable la sujeción de estas uniones en su integridad, por lo que se refiere al Derecho material aplicable, al Ordenamiento jurídico del Estado. Por su parte, el recurso a la legislación comparada y, más concretamente, al Ordenamiento italiano, verdadero modelo de delicadeza jurídica por lo que al sistema matrimonial se refiere, viene a abonar esta solución.

El segundo párrafo del artículo VI del acuerdo que comentamos establece los principios generales en materia de inscripción del matrimonio canónico en el Registro Civil:

“Los efectos civiles del matrimonio canónico se producen desde su celebración. Para el pleno reconocimiento de los mismos será necesaria la inscripción en el Registro Civil, que se practicará con la simple presentación de certificación eclesiástica de la existencia del matrimonio.”

Tampoco aquí cabe hallar sustanciales innovaciones. El nuevo acuerdo, al igual que el Concordato de 1953 al que sustituye, no configura como constitutiva sino como meramente declarativa la inscripción del matrimonio canónico en el Registro Civil. Lo cual significa, como dice Fuenmayor que “el matrimonio canónico no queda, en ningún caso, afectado de invalidez por el hecho de no estar inscrito en el Registro Civil” (28).

El número 2 del artículo VI se dedica a materia procesal y concretamente al reconocimiento civil de las resoluciones dictadas por los Tribunales eclesiásticos en causas matrimoniales:

“Los contrayentes, a tenor de las disposiciones del Derecho canónico, podrán acudir a los Tribunales eclesiásticos solicitando declaración de nulidad o pedir decisión pontificia sobre matrimonio rato y no consumado a solicitud de cualquiera de las partes. Dichas resoluciones eclesiásticas tendrán eficacia en el orden civil si se declaran ajustadas al Derecho del Estado en resolución dictada por el Tribunal civil competente.”

Resulta ocioso afirmar que las innovaciones son importantes. La eficacia civil de las sentencias y resoluciones de Tribunales y Dicasterios eclesiásticos queda limitada a las causas de nulidad y de dispensa de matrimonio rato y no consumado. Nada se dice respecto

(28) FUENMAYOR, Amadeo de, *Comentarios al Código civil y Complacaciones Forales*, dirigidos por Manuel Albaladejo, tomo II, artículos 42 a 107 del Código civil, comentados por Amadeo de FUENMAYOR y Francisco de Asís SANCHO REBULLIDA, Madrid 1978, p. 228.

de las causas de separación de los matrimonios canónicos ni de aplicación del Privilicio Paulino a las que expresamente se refiere el artículo 80 del Código civil tras la ley de 1958, que aplica el Concordato de 1953. De ello se infiere que tras la entrada en vigor del acuerdo y la promulgación de la correspondiente normativa de Derecho interno que la desarrolle, la competencia para conocer de las causas de separación de los matrimonios canónicos corresponderá a los órganos jurisdiccionales del Estado que por lo demás aplicarán el Derecho civil. La solución adoptada parecía segura en cuanto a su incorporación en los acuerdos que vinieran a sustituir el Concordato. La inspiración del Ordenamiento italiano es clara.

Por su parte, el último párrafo del número 2 del artículo VI condiciona la eficacia civil de las sentencias y resoluciones de Tribunales y Dicasterios eclesiásticos en materia de nulidad de matrimonio y de dispensa rato y no consumado a que las mismas se declaren ajustadas al Derecho del Estado en resolución dictada por el Tribunal civil competente. También aquí las disposiciones de Derecho interno que lo desarrolle han de jugar un importante papel. Parece obvio que el ajuste al que el acuerdo se refiere, cuya concurrencia es necesaria en orden a la producción de efectos civiles de la sentencia o resolución eclesiástica, no podrá ser considerado como la necesidad de acomodación del Derecho matrimonial material canónico que haya sido objeto de aplicación por parte del órgano eclesiástico competente al Derecho civil matrimonial material o sustantivo, puesto que ello supondría vaciar por completo de contenido el propio acuerdo en el que el Estado se compromete a respetar la normativa canónica sustantiva en materia matrimonial. De ello se infiere que la resolución que dicte el Tribunal civil declarando o no ajustada al Derecho del Estado la sentencia o resolución eclesiástica de la que en cada caso se trate no podrá entrar en el fondo del asunto resuelto por la sentencia eclesiástica. No será posible, pues, un control de la compatibilidad de las causas de nulidad o de la dispensa super rato con el Derecho del Estado. El acuerdo está haciendo referencia a la necesidad de que el procedimiento seguido por el tribunal u órgano eclesiástico del que haya emanado la sentencia o resolución no implique el sacrificio de principios relativos a la tutela judicial de los derechos, principios que son propios del sistema constitucional de cualquier Estado moderno. Así, pues, los institutos procesales canónicos en materia matrimonial no podrán ofrecerse incompatibles o en contradicción con las garantías procesales reconocidas por el Ordenamiento jurídico del Estado. La cuestión no es puramente teórica.. “In attesa di una compiuta riforma del matrimonio —nos dice Rescigno, con referencia al Ordenamiento italiano—, é stato infatti emanato, nel marzo del 1971, un motu proprio pontificio dal titolo “Causas matrimoniali”, con l'intento apprezzabile di snellire ed abbreviare i giudizi di nullità, ma con innegabili, sensibili mortificazioni del diritto di difesa e dell'esigenza del contraddittorio, che sono principi del processo costituzional-

mente garantiti ai cittadini (art. 24 della Costituzione)" (29). La revisión del Concordato italiano de 1929, que se anuncia como próxima, debería contener sobre la materia considerables innovaciones. Para que sean ejecutivas, a efectos civiles, las sentencias de los jueces eclesiásticos, los tribunales de apelación —afirma Rescigno siguiendo el proyecto— deberán convocar a las partes y determinar que las sentencias de nulidad no contradicen los principios supremos del Ordenamiento constitucional italiano, relativos a la preconstitución e inamovilidad de los jueces, a los medios de defensa, a la igualdad de las partes" (30).

El número 3 del artículo VI del acuerdo viene a contemplar la posible disolubilidad civil de los matrimonios canónicos, de conformidad con una futura ley de divorcio vincular:

"La Santa Sede reafirma el valor permanente de su doctrina sobre el matrimonio y recuerda a quienes celebren matrimonio canónico la obligación grave que asumen de atenerse a las normas canónicas que lo regulan y, en especial, a respetar sus propiedades esenciales."

Se trata de una reproducción literal del acuerdo suscrito sobre la materia entre el Gobierno portugués y la Santa Sede al objeto de poner fin al "status" que hasta entonces había venido rigiendo por el cual la simple celebración canónica del matrimonio implicaba, para el Derecho luso, la renuncia de los cónyuges al derecho de acogerse al divorcio civil. El número 3 del acuerdo ahora suscrito entre España y la Santa Sede constituye, pues, el reconocimiento de que introducido en nuestro Ordenamiento positivo la disolubilidad del vínculo, el matrimonio canónico podrá ser disuelto por divorcio, y ello como consecuencia de la unidad de régimen de la relación jurídico-matrimonial. Es evidente que cuando el divorcio venga referido a un matrimonio canónico, incidirá naturalmente sobre la sola eficacia civil del vínculo, con lo que la unión continuará produciendo sus efectos en el Ordenamiento de la Iglesia.

(29) RESCIGNO, P., *Manuale del Diritto Privato Italiano*, Napoli 1977, pp. 357 y 358. Véanse asimismo las agudas críticas que este autor formula respecto del sistema matrimonial vigente actualmente en Italia, basadas fundamentalmente en la quiebra del principio de igualdad ante la ley de todos los ciudadanos. A su juicio, el sistema provoca disparidad entre los ciudadanos, en la medida en que el régimen de una forma de matrimonio difiere del régimen de la otra. La discriminación aparece ligada en definitiva al factor religioso y, por ello, en contraste con el principio constitucional de igualdad (art. 3, 1.^o co., Cost). La sustancial disparidad de tratamiento no puede decirse compatible con el principio de igualdad por el hecho de que la elección entre los dos tipos de matrimonio es libre. Mientras todos los ciudadanos pueden acceder al matrimonio civil, al matrimonio católico pueden acceder solamente los ciudadanos que son admitidos por el Ordenamiento canónico de conformidad con valoraciones llevadas a cabo en el derecho de la Iglesia.

(30) RESCIGNO, P., *Op. cit.*, p. 358.

Nuevas consideraciones valorativas en la teoría del abuso del Derecho

JOSE MANUEL MARTIN BERNAL

Doctor en Derecho. Licenciado en Ciencias Políticas
Profesor de Derecho civil

SUMARIO: I. Necesidad de una valoración: Una referencia inevitable al Derecho subjetivo.—II. Posibilidad de un control del abuso o ejercicio antisocial del Derecho: 1) Coordenadas en que ha de moverse la autonomía de la voluntad en la teoría del abuso del Derecho. 2) Dos versiones jurídicas socializantes en el tratamiento del tema.—III. Valoración del uso, del abuso y del ejercicio antisocial del Derecho. 1) Daño a un interés no protegido. 2) La inmoralidad o antisocialidad del daño: A) Manifestación subjetiva: a) Intención de dañar. b) Ausencia de interés. B) Manifestación objetiva: diversos aspectos de esta manifestación.—IV. Valoración del abuso y ejercicio antisocial del Derecho con referencia a algunas disciplinas jurídicas: 1) En el Derecho civil: Estudio de los derechos fundamentales. 2) En el Derecho penal. 3) A modo de observación final.

I.—NECESIDAD DE UNA VALORACION: Una referencia inevitable a la teoría del Derecho subjetivo

No ha existido hasta ahora —al menos que conozcamos— un tratamiento metodológico de la teoría del abuso del Derecho. Tampoco advertimos en la doctrina grandes preocupaciones por incardinár el tema dentro de coordenadas típica y estrictamente sociológicas, para después valorar el supuesto determinado que se contempla del abuso del Derecho a través de los componentes e ingredientes que lo integran.

Naturalmente, no desconocemos la tesis de Josserand, entre otros, al considerar el derecho como una función social, reduciéndose ya con ello el poder jurídico concedido al titular de un derecho, limitación que expresa el propio civilista al hablar de la relatividad de los derechos. Quizá a partir de la publicación del nuevo artículo 7, apartado 2, por Decreto 1.836/1974, por el que se sanciona con fuerza de ley el texto articulado del Título Preliminar del

Código civil, la doctrina haya perfilado más nítida y sistemáticamente la figura que estudiamos (1), cuyo centro de gravedad, como muy bien ha tenido ocasión de destacar el profesor Díez Picazo, se centra en la pura idea de normalidad (2) del ejercicio, considerán-

(1) Con posterioridad a la publicación del nuevo texto articulado del Título Preliminar del Código civil, se han escrito múltiples trabajos que demuestran la atención y el interés por el tema del abuso del Derecho. Así, LUIS DÍEZ PICAZO, *El abuso del Derecho u el fraude de la Ley en el nuevo Título preliminar del Código civil u el problema de sus reciprocas relaciones*, en "Documentación Jurídica", núm. 4 (octubre-diciembre 1974). PEDRO GONZÁLEZ BOTELLA, *El nuevo Título preliminar* (en la misma revista), págs. 1200-1203.

Otros muchos autores se hicieron eco del tema en numerosos estudios. MANUEL GITRAMA GONZÁLEZ, *La corrección del automatismo jurídico mediante las condenas del fraude u la Ley u del abuso del Derecho*. (Conferencia pronunciada el día 6 de febrero de 1975 e incluida en el libro "Curso Monográfico sobre la Ley de Bases para la modificación del Título preliminar del Código civil"), publicaciones del Ilustre Colegio de Abogados de Valencia 1975, págs. 113-168; ROBERTO GARCÍA CALVO, *Consideraciones sobre el abuso del Derecho*, en "Boletín de Información del Ministerio de Justicia", núm. 1.015 (25 febrero 1975), págs. 3-10.

Asistí a la conferencia pronunciada por el profesor HERNÁNDEZ GIL (Antonio) *La Reforma del Título preliminar* en la Escuela Superior de Dirección de Empresas de Madrid (ICADE).

Otros trabajos relativos al tema desde la perspectiva totalizadora del nuevo Título preliminar los encontramos en E. SERRANO ALONSO, *Aproximación al nuevo Título preliminar del Código civil*, anexo del "Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Oviedo", núm. 8 (2.^o semestre 1974), págs. 16-17; MIGUEL HERRERO Y RODRÍGUEZ DE MIÑÓN, *Marginales al nuevo Título preliminar del Código civil*, en "Civitas", núm. 3 (octubre-diciembre 1974), págs. 368-370; JOSÉ MARÍA CASTÁN VÁZQUEZ, *La reforme du Titre préliminaire du Code civil espagnol*, en "Revue Internationale de Droit comparé", núm. 4/1974, pág. 841. Este último autor, preocupado por la teoría del abuso del Derecho, recientemente (en 1977) y en *Estudios*, tomo I —Academia Matritense del Notariado— "Edit. Rev. de Derecho Privado", ha publicado un amplio trabajo sobre el abuso del Derecho en el nuevo Título preliminar del Código civil", págs. 469-531.

En general, todas las obras generales del Derecho civil aparecidas a raíz de la fecha indicada estudian este siempre interesante y palpitante problema. Ver JOSÉ LUIS LACRUZ BERDEJO, *Elementos de Derecho civil*, t. I, Librería Bosch, Barcelona, 1974, págs. 258-260; DIEGO ESPÍN CÁNOVAS, *Manual de Derecho civil español*, vol. I, 4.^a edic. "Editorial Revista de Derecho Privado", Madrid 1974, págs. 479-481; JOSÉ CASTÁN TOBENAS, *Derecho civil español, común y foral*, t. I, vol. 1.^o, 11.^a ed., puesta al día por José Luis de los Mozos. Edit. Reus, Madrid 1975, pág. 583-585.

(2) Ya Saleilles, en 1895, establecía que la atribución de responsabilidad civil en los supuestos de daño producido en el ejercicio de un derecho habría de basarse en la anormalidad del daño entendida como ejercicio contrario al destino económico o social del Derecho subjetivo. Criterio este de la anormalidad del daño sobre el que más tarde habría de ahondar SAVATIER, quien en su *Tratado de la Responsabilidad Civil en el Derecho francés*, publicado en París en 1951, distingue hasta cinco clases de derecho "para perjudicar a otro".

DÍEZ PICAZO, Luis. Esta idea de normalidad o anormalidad del Derecho, aparece casi como obsesiva en el joven maestro de Derecho civil. Se observa, en materia de abuso del Derecho, en su comentario a la célebre Sentencia de 14 de febrero de 1944, en uno de cuyos considerandos se

dose como antisocial todo ejercicio anormal, pero como he advertido anteriormente en el tema del abuso del Derecho se ha descuidado el amplio contexto de la socialización del Derecho, presentándose ésta precisamente como paradoja si se piensa que el ejercicio de un derecho se torna abusivo cuando el mismo se ejercita antisocialmente.

No parece que sea éste el momento oportuno de una elaboración doctrinal del Derecho subjetivo, dificultada, como es sabido, merced a resonancias filosóficas, políticas e ideológicas que han venido latiendo en su génesis, fruto del racionalismo iluminista del Augklarung y su concepción del Derecho natural y punto de partida encontrado en la teoría de los derechos del hombre en el estado de naturaleza, y la subsiguiente del contrato social (producto por tanto de un frente filosófico-ideológico), con las tesis sustentadas por Windscheid (poder de la voluntad), por Ihering (el interés protegido), por Beker (protección de interés que funda un poder de la voluntad), y por Thon (expectativa de pretensiones).

Ni es momento tampoco para analizar las críticas que surgirían del concepto de Derecho subjetivo, a partir de Ferrara, para quien el Derecho subjetivo «es ya un efecto del Derecho objetivo individualizado y apropiado por el individuo», o más concretamente un «poder jurídico que tiene por fuente el Derecho objetivo que se dirige contra los otros hombres para obtener el cumplimiento de los derechos impuestos por las nuevas normas jurídicas con el fin de alcanzar la satisfacción de intereses humanos» (3).

habla del exceso o anormalidad en el ejercicio del Derecho. «El exceso o la anormalidad pueden producirse por contravención, en el concreto acto de ejercicio del Derecho, de la función económica del mismo. Por ejemplo: abuso del derecho de crédito, cuando éste se ejerce con un fin distinto del logro de la satisfacción de los intereses del acreedor: abuso del derecho de socio en una sociedad, etc.... (*Estudios sobre la Jurisprudencia civil*, t. I, 2.^a ed., 1973, pág. 175). Se observa igualmente en su trabajo *El abuso del Derecho*..., "Documentación Jurídica, núm. 4, octubre-diciembre 1974, pág. 1332, y en *Los límites del Derecho de propiedad en la legislación urbanística*, "Rev. Derecho Urbanístico", número 18, págs. 13 y ss.

Obsesión que implica grandes reflexiones sobre lo que en Derecho sea normal en un momento dado, históricamente, y quizás por ello sometido a una inevitable y necesaria contingencia, al menos en muchos de sus presupuestos.

Y el profesor LACRUZ, a la vista ya del artículo 7, 2.^º y de sus palabras "límites normales", ha observado recientemente que la normalidad del ejercicio en cuestión de las costumbres y apreciaciones de cada época sobre lo normal o anormal, y que límites normales no equivalen a límites legales..., "no se trata simplemente de averiguar la voluntad del legislador al estructurar el Derecho, sino de ver cómo la gente estima que deben ejercitarse y hasta dónde pueden llegar en la práctica de cada época las facultades concedidas por la Ley. (*Elementos de Derecho civil*, t. I, 1974, pág. 258).

(3) Un examen detallado y sistemático de esas corrientes y teorías lo encontramos en CASTÁN TOBEÑAS, J., "Rev. de Derecho Privado", 1940. En el mismo se contienen dentro de cada teoría las definiciones de muchos tratadistas en el tema.

Sería preciso que el nivel metacientífico del pensamiento jurídico-social, la idea de un orden social basado en un orden natural, fuera sustituido por la de un nuevo orden social basado sobre la idea de poder elevado a la dignidad de derecho. Tránsito éste que sitúan los historiadores sumamente lejano en el tiempo y que iniciado por Guillermo de Occam en el siglo XIII, y continuado por el dominico Suárez, Locke... desembocará, como apuntábamos anteriormente, en el iusnaturalismo racionalista, iluminista e individualista de los siglos XVIII y principios del siglo XIX, con su formulación de la teoría del contrato social.

Pero sí importa destacar a nuestros posteriores propósitos —de ahí que hayamos hecho esas referencias doctrinales—, y dentro ya de una tesis superadora del Derecho subjetivo, como éste mismo derecho desciende del plano de los principios filosóficos al estrictamente jurídico, y cómo la ciencia del Derecho —la dogmática jurídica—, encontraría los elementos necesarios para la elaboración de un concepto científico de Derecho subjetivo, aunque todavía estuviera impregnado de factores filosóficos e ideológicos, los propios de su origen. Todavía, claro está, a partir de esa época existirían impugnaciones de todos conocidas: la de León Duguit (para quien el Derecho subjetivo no corresponde a nada real); la de Kelsen, para quien el Derecho objetivo y Derecho subjetivo no son más que la respuesta a dos formas distintas de contemplar el Derecho; la de Gurvitch, quien entiende que el Derecho subjetivo no es compatible con la ineludible finalidad social del Derecho; la de M. Villey, autor que concibe el Derecho subjetivo como el concepto «rey» del pensamiento jurídico, pero ya su elaboración científica habría de considerarse como lograda.

Pues bien, sólo a partir de ese ligerísimo recorrido histórico del Derecho subjetivo, puede hablarse del Derecho subjetivo —que no debe elevarse a la categoría de mito—, en expresión de Frosini, sin que por ello estemos en presencia de una metáfora o forma de hablar o ficción verbal—; y sólo a partir de esos movimientos histórico-sociológicos pueden comprenderse otras situaciones entre las que se encuentra el abuso del Derecho, como límite negativo al Derecho subjetivo por tanto. Desde esa conclusión las facultades del titular del Derecho subjetivo vienen limitadas por la exigencia de no perjudicar innecesariamente a un tercero o de no utilizarlas de forma antisocial.

No conviene tampoco olvidar, que el contenido del Derecho subjetivo no es que esté condicionado por elementos ideológicos (iusnaturalistas, por ejemplo), o axiológicos al margen del ordenamiento jurídico, sino que el propio ordenamiento jurídico, a través de una norma o de una orientación jurisprudencial, tiene a veces que ponerse en contacto con el sistema de unos valores vigentes (en la teoría del abuso del Derecho, sociales), en una sociedad, y que deben ser valorados constantemente y no simplemente quedarse en una mera controversia de intereses en juego.

Karl Larenz (4), con particular referencia a Alemania, brinda al respecto unas visiones panorámicas orientadoras. Tras referirse al movimiento iusnaturalista, señala como directriz muy característica la «transformación de la jurisprudencia de intereses en jurisprudencia de valoración».

La teoría del abuso del Derecho no puede construirse totalmente a partir de postulados exclusivamente positivistas: su elaboración debe insertarse dentro de un contexto más amplio, cual es de la propia naturaleza espiritual del Derecho, como superadora de criterios de valor supralegales de una parte, y de otra porque determinados componentes necesarios para el estudio de aquella teoría (¿fin serio?, ¿modalidades en la inmoralidad del uso del derecho?, ¿lo ilícito?, la ausencia o no del interés?) sólo partiendo de principios jurídicos antepuestos a la ley, de la propia naturaleza de las cosas y de una jurisprudencia valorativa que se ajuste a los hechos y los supere, valorándolos como digo, y apreciándolos, puede ser coherente y totalitariamente estudiada.

Nuestro intento —dificultado por las distintas categorías e instituciones jurídicas—, con su dispar naturaleza, se orienta desde esa perspectiva apuntada: función valorativa de la ciencia del Derecho que propicie y reconduzca a un redescubrimiento de nuestra sensibilidad jurídica en suma.

II.—LA POSIBILIDAD DE UN CONTROL DEL ABUSO O EJERCICIO ANTISOCIAL DEL DERECHO

Sobre las consideraciones expuestas en el anterior apartado, debe existir un tratamiento por la doctrina que vaya más allá, que trascienda al empleo asistemático de una serie de conceptos o términos que se han venido barajando indiscriminadamente por aquél, en la elaboración de la teoría del abuso del Derecho, y que conduzca a un estudio detenido de cada uno de aquellos, a su control y valoración, o para decirlo técnicamente y en terminología de Jurisprudencia valorativa o de apreciación, y teleológica.

Categorías jurídicas, que sólo incidentalmente como digo han sido tratadas, como las de autonomía de la voluntad y abuso del derecho (5), poder e interés (poder sin interés, e interés sin poder (6) constante pugna entre la función del Legislador y el Juez (7), moralidad y equidad que tanto inspiran el Derecho, como

(4) KARL LARENZ, *Metodología de la ciencia del Derecho*, trad. esp. de Gimbernat, 1966, pág. 136.

(5) Vid. LUIS DÍEZ PICAZO, *Autonomía contractual y el derecho necesario en la Ley de Arrendamientos Urbanos*. ANUARIO DE DERECHO CIVIL, 1956, págs. 1149-1180.

(6) Vid. JOSÉ LUIS PARDO, *El uso, abuso u no uso de los Derechos subjetivos*. "Revista de Derecho Privado". 1964, págs. 3-12.

(7) Vid. RAFAEL RUIZ GALLARDÓN, *El abuso del Derecho en la nueva Ley de Arrendamientos Urbanos*. ANUARIO DE DERECHO CIVIL, 1956, pá-

reprimen su abuso (8), el abuso como subversión de la certidumbre de la norma jurídica (9), y hasta la cuestión de conducta relativa al conocimiento del Derecho propio y ajeno, son entre otras muchas, algunas de las cuestiones que configurarán el carácter y la naturaleza de la disciplina y de la institución en que se insertan, pues sólo cuando se ha comprendido la especial finalidad y la función social de una institución jurídica se podrá alcanzar un concepto expresivo de su sentido y encuadrarle en más amplias relaciones o conexiones. Piénsese que la formulación de la teoría del abuso del Derecho se contiene en el Título preliminar de nuestro Código civil, y por ello de aplicación general a todas las ramas del Derecho, con la consiguiente especialidad de sus instituciones, y es que como advierte el Profesor Guasp (10) «tanto el abuso como el gran fraude son enfermedades del Derecho no inventadas sino auténticas. Uno y otro atacan a todos los sectores jurídicos. ninguno de ellos puede evanecerse de permanecer inmune ante un morbo tan nocivo».

La superación de los intereses en juego, ínsitos en la teoría del abuso del Derecho «caracterización sintética de los intereses causales» en expresión de Heck (11), ha de conseguirse a través de su control y posterior valoración como primera medida en la teoría del abuso del Derecho.

La primera cuestión por tanto es que la existencia de los supuestos de antisocialidad o inmoralidad del Derecho, ocasionando un perjuicio anormal a un tercero, consiste en saber si existe posibilidad jurídica de su control. Esto es, que si una vez reconocido por el ordenamiento jurídico un derecho subjetivo, en favor de un determinado titular, puede practicarse, sin que ello suponga desvirtuar la auténtica esencia del derecho otorgado, un control exterior de su ejercicio cuando éste, aún siendo anómalo, no ha traspasado los límites que el legislador le señaló.

Naturalmente la solución del problema se condiciona en función a la tesis que aceptemos en orden a la noción del derecho subjetivo. Si profesamos por ejemplo la concepción clásica y aceptamos con Windscheid que el derecho es un poder de la voluntad fundado en la norma, tendremos que preguntarnos si el control, haciendo desaparecer la autonomía de las decisiones, no supone también la desaparición de la voluntad y con ella el derecho. Si, por el contrario, entendiéramos con Ibering que el derecho es un interés jurídicamente protegido, tendríamos igualmente que preguntarnos si se puede lícitamente privarse a su titular de la facultad o el conocimiento de juzgar su interés según su libre arbitrio.

ginas 1183-1191; JUAN EMILIO LUQUE, *El abuso del Derecho como subversión de la certidumbre de la norma jurídica*. "Rev. Jurídica de Cataluña", 1958, págs. 426-450.

(8) Vid. RAFAEL RUIZ GALLARDÓN, *Ob. cit.*

(9) Vid. JUAN EMILIO LUQUE, *Ob. cit.*; JOSÉ LUIS PARDO, *Ob. cit.*

(10) JAIME GUASP DELGADO, *Derecho procesal*, pág. 376. Madrid 1971.

(11) HECK, *Gesetzesauslegung u Interssenjurisprudenz*, págs. 3 y 64.

Con el representante de la Pandectística, estamos ante el ejercicio del Derecho (abusivo o antisocial o no —ahora no importa tanto esa cuestión—) dentro del ámbito de la autonomía de la voluntad (12).

1. Coordenadas en que ha de moverse la autonomía de la voluntad en la teoría del abuso del Derecho.

Es acaso esa autonomía como poder del individuo, de la persona y como poder de la ordenación de la esfera privada del individuo entendiendo por tal el conjunto de derechos, facultades, titularidades, relaciones, etc..., la que sintetiza a la vez que acapara ese cúmulo de derechos subjetivos y que por ello debe ser moderada mediante criterios objetivos que nos suministran el artículo 1.255 del Código civil a través de las Leyes, la Moral y el Orden Público; el artículo 1.258 que extiende los efectos y la obligatoriedad de los pactos a las «consecuencias que según su naturaleza sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley»; y por último el artículo 1.275 que viene a decretar la nulidad de los contratos con causa ilícita, entendiendo por tal la que se opone a las leyes o a la moral.

Dentro de esas coordenadas debe moverse el ejercicio del derecho. Quiero decir con ello que el estudio —a posteriori de lo que sea abuso o ejercicio antisocial del derecho— debe ir precedido de esas consideraciones que nos suministran los preceptos citados, y que deben moderar el ejercicio del derecho, de prioridad histórica y lógica, si a éste lo consideramos desde la óptica de Windscheid.

En momento alguno puede prescindirse por tanto de esos preceptos en cualquier tratamiento que quiera hacerse de la teoría del abuso del Derecho, puesto que son su atmósfera, a la vez que límites y elementos esenciales del concepto del abuso del Derecho y que la doctrina reconoce estableciendo,

- a) Uso de un Derecho objetiva o externamente legal.
- b) Daño a un interés no protegido por una específica prerrogativa jurídica.
- c) Inmoralidad o antisocialidad de ese daño, manifestado en forma subjetiva (cuando el Derecho se actúa con la intención de perjudicar o sencillamente sin un fin serio y legítimo) o bajo forma objetiva (cuando el daño proviene de exceso o anormalidad en el ejercicio del Derecho).

(12) Nos hemos referido anteriormente a las tesis de Windscheid y de Ihering, por ser las más características en la formulación de la teoría del Derecho subjetivo, viendo cómo pueden condicionar, y condicionando, calificando el acto como abusivo o no, y lo propio podríamos hacer respecto de las demás teorías esgrimidas por otros tantos tratadistas en el breve recorrido histórico que se ha efectuado en el primer capítulo de este trabajo. Queda apuntado el fenómeno condicionante de la concepción del Derecho subjetivo que se adopte previamente y de cara a la posterior construcción jurídica de la teoría del abuso del Derecho.

Más adelante tendremos ocasión de desarrollar cada uno de esos elementos. Hemos querido destacarlos aquí por ser el correlato fiel y exacto de los preceptos del Código civil a que antes hemos hecho mención.

2. Dos versiones jurídicas socializantes en la teoría del abuso del Derecho.

Por el contrario, si nos adherimos a la teoría de Ihering, quien como se ha dicho vería el fundamento en el interés jurídicamente protegido (el goce o ventaja que el ordenamiento jurídico proporciona al individuo), con independencia de su actitud tan individualista como la de Windscheid, y de la crítica a su doctrina (el Derecho no es nunca en sí mismo interés, sino medio de protección de dicho interés) estamos más próximos a una concepción sociológica del Derecho y superadora desde luego del uso «abstracto» de la expresión derecho subjetivo.

La socialización —leemos en Hernández Gil— (13) considerada formalmente ha venido recibiendo hasta el presente dos versiones jurídicas: Una la creación de un derecho específicamente social; la otra, la revisión desde el punto de vista social, de gran número de instituciones, categorías y teorías, y en su conjunto del total ordenamiento jurídico», y es que como advierte Chironi (14). «En la teoría del abuso del Derecho se producen en síntesis una serie de reglas que se reducen a que el Derecho como formación social (y voluntad social es la Ley que lo asegura) se realice por el sujeto en aquellos términos que impliquen un equilibrio entre el interés del individuo y de la colectividad, imponiendo que sea ejercitado el derecho de conformidad con su fin, y como lo ejercitan o lo ejercitarian, dada su posición económico-social, la mayor parte de las personas a quienes pudiera corresponder. Este límite dedúcese de la función social del Derecho».

Pues bien ambas versiones son de aplicación a la teoría del abuso del Derecho, pues la creación de un derecho específicamente social surge como es bien sabido como superador de la obra de la ilustración francesa al exacerbar el individualismo jurídico, y que como lógica reacción pendular ocasionaría más tarde el auténtico nacimiento de la teoría del abuso del Derecho.

Resulta muy significativo al respecto que precisamente los ordenamientos que con mayor dificultad y en tono más restrictivo han acogido el abuso del Derecho, han sido los que tradicional-

(13) ANTONIO HERNÁNDEZ GIL. Esos planteamientos y preocupaciones son una constante en su doctrina. Ver en ese sentido, entre otras de sus obras, *La Función Social de la Posesión* —discurso leído el día 17-4-1967 en su recepción como Académico de Número de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación—, Madrid, 1967.

(14) CHIRONI, *La culpa en el Derecho civil moderno*, t. II. Edit. Reus. pág. 380. Madrid 1928 (2.^a edic.).

mente se hallaban imbuidos de una mayor dosis de individualismo y concretamente entre ellos, los países anglosajones, aunque posteriormente la jurisprudencia inglesa fuera orientándose hacia soluciones de carácter más social que implicaban vedar el abuso del Derecho tanto en los supuestos de simples facultades legales en la esfera de la libertad individual, como en el campo de los derechos subjetivos.

La segunda versión de ese socialismo, en la que se inserta más decididamente la teoría del abuso del Derecho, hace referencia al uso antisocial del Derecho, y de las instituciones que comprende. En un capítulo posterior estudiaremos la incidencia y la distinta naturaleza de ese ejercicio antisocial según la disciplina y la categoría jurídica a que se refiera. Ahora, por exigencias de la exposición, establecemos algunas consideraciones sobre el uso y ejercicio antisocial del Derecho.

III.—VALORACION DEL USO, DEL ABUSO Y DEL EJERCICIO ANTISOCIAL DEL DERECHO.

El concepto de uso del Derecho aparece como más amplio que el del ejercicio del mismo entendido éste como simple goce o abstención del derecho. Ejercitar el derecho es, según Ennecerus (15) «no sólo hacerlo valer frente a los demás, sino también toda realización de hecho de su contenido», aunque convenga precisar que «no se prohíbe todo ejercicio del derecho que perjudique a otro», porque «hay derechos que, si han de ejercitarse alguna vez, no tienen más remedio que perjudicar a otro». Quizá por todo lo anterior no puede hablarse de un abuso, ni de ejercicio antisocial, cuando el derecho sea únicamente gozado pero no usado, y por tanto no serán susceptibles de abuso ni de uso antisocial los derechos llamados estáticos, reducidos al simple o mero hecho de su tenencia. Piénsese al respecto en los derechos derivados de la personalidad (derecho a la integridad física...), cuyo contenido viene limitado a exigir la no realización por los demás de actos que atenten contra un bien jurídico.

El problema se plantea en otros términos ante la posible abstención o no utilización del Derecho. No creemos que ante determinados supuestos pueda presentarse el caso del abuso del Derecho si se piensa que la institución del abuso debe recaer sobre derechos de contenido estrictamente egoísta.

Diferente en cambio se presenta el caso —contemplado expresamente por nuestro Código civil en su artículo 7, apartado núm. 2— en que no se produzca una abstención en el uso del

(15) ENNECCERUS, *Tratado de Derecho civil*, t. I, vol. II, trad. de Pérez González y Alguer. Ed. Bosch. Barcelona, 1935, pág. 532.

Derecho, sino un uso mediante actos omisivos, en los que sí creemos podría producirse el abuso.

La omisión, por ejemplo, en el cumplimiento de una determinada función social, sí que puede ser considerada como un uso antisocial. Pensemos en los derechos función en los que el ejercicio no es facultativo sino obligatorio para su titular al comportar una falta de realización del fin trascendente previsto en la norma.

Otra valoración a tener en cuenta respecto del uso consiste en que éste ha de referirse necesariamente a un derecho que esté expresamente definido por el Ordenamiento. Creemos que no puede estarse en presencia de la figura del abuso del Derecho ni de su ejercicio antisocial ante determinadas facultades integradas en el ámbito y en la esfera de los derechos de la personalidad, como sucede en el caso de la libertad simplemente, si no va referida a una libertad de expresión o de desplazamiento... esto es concretadas sus manifestaciones por hallarse con anterioridad expresamente reconocidas por el Derecho positivo y atribuidas a un determinado titular.

Todavía es más importante destacar que el uso del Derecho ha de producirse dentro de los límites externos fijados al mismo por la normativa legal, pues realmente toda la teoría del abuso del Derecho se monta y se construye sobre la base hipotética de que no se rebasen los límites externos de su contenido, ya que rebasados éstos, se abandona cualquier abuso del Derecho para incidir de lleno en lo que realmente sea ilícito.

1. Daño a un interés no protegido.

El segundo de los elementos del abuso del Derecho que se contempla por la doctrina y la jurisprudencia, hace referencia a la necesidad de un daño ajeno.

No es nuestro propósito ahora extendernos sobre el concepto de daño, dado que ante la inexistencia de especialidades que lo impongan, parece preferible hacer una remisión a la doctrina general elaborada sobre ese concepto.

De conformidad con la teoría general del Derecho civil, entendemos por daño, toda lesión, perjuicio o menoscabo real que se infringe a una persona en sus bienes, derechos o intereses, ya sean materiales o espirituales.

Al tratarse de un concepto muy amplio, entiendo que además debe quedar cubierta cualquier otra situación que entrañe peligro evidente respecto de esos bienes, derechos o intereses, esto es el aumento incluido de las posibilidades de que se produzca una lesión efectiva de un bien jurídico ajeno. Como consecuencia de lo expuesto, la indemnización será naturalmente distinta según que la lesión se haya producido o no y el alcance de la misma,

pero el ilícito penal al poder venir atribuido incluso en función del riesgo —como sucede en los delitos en general a los que atentan contra la seguridad del tráfico—, puede hacer innecesario que el resultado dañoso trascienda a la realidad para que el acto abusivo que lo origina sea considerado como tal cuando comporte un imminente peligro de intereses ajenos, siempre claro está que en virtud de la exigencia reconocida por la teoría general del derecho, conste la certeza del daño.

Resulta desde luego ocioso subrayar que a los efectos del abuso o de uso antisocial de un derecho, se valorará como daño el moral que afecta a los intereses tanto espirituales como intelectuales del individuo siempre que reúna requisitos de certeza y no simple eventualidad del mismo.

Como es bien sabido, la más importante especialidad del daño en orden a su integración en la teoría del abuso del Derecho, es la de que según la construcción doctrinal y jurisprudencial, ésta deberá recaer sobre «un interés no protegido por una específica prerrogativa jurídica», porque si en lugar de ese interés no protegido fuera el derecho subjetivo el efectivamente dañado, estaríamos más que ante el abuso o uso antisocial del derecho, ante una colisión de derechos, y entonces cualquier acción no sería «ex jure», sino «contra jus», y el titular del derecho dañado debería acudir a acciones específicas diferentes de las que corresponderían al abuso o ejercicio antisocial del mismo, como serían las consistentes en acciones de ineficacia, cuando no de ilegalidad del acto, con la consiguiente responsabilidad civil reparatoria de la lesión sufrida (16).

Conviene además tener en cuenta que para que exista el posible abuso o ejercicio antisocial del Derecho, es necesario que el interés lesionado aun no estando específicamente protegido, sea protegible, esto es que se presente como legítimo y digno de tutela por el ordenamiento (17).

El artículo 7 del Código civil en su nueva formulación legal ha venido a añadir un requisito relativo al daño que no aparecía, de manera explícita al menos, en la doctrina jurisprudencial, aunque pudiera colegirse de ella: la de que el daño debe ser ajeno o perteneciente a una tercera persona distinta del que lo ocasiona. No obstante, este requisito de la alienidad del daño sugiere alguna matización. Y es que creemos que en todos aquellos supuestos en que el daño lo sufre no solamente el propio dañador, sino también

(16) Ver Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de diciembre de 1964. En la misma se plantea la colisión o pugna de un derecho sin interés, con un interés sin derecho —situación esta última en la que quedan abiertas otras vías para que su pretensión quede reconocida (se trataba de una servidumbre forzosa de paso).

(17) El abuso del Derecho no puede invocarse en su favor por quien es responsable de una conducta antijurídica que lleva aparejada una sanción prevista en la Ley (Sentencias del Tribunal Supremo de 5 de febrero de 1968 y 30 de junio de 1970).

el tercero, puede invocarse el abuso del Derecho. El profesor Gitrama (18) se preguntó por qué para tercero y no para segundo. Iribarren (19) advierte que cuando la Ley se refiere a la defensa del tercero, se refiere también a la defensa del segundo. En realidad, como destaca Ruiz Gallardón (20), en la doctrina sobre el abuso del Derecho ha sido frecuente mencionar como «tercero» al que sufre el daño.

En realidad el fenómeno se dará no sólo cuando los intereses infringidos sean comunes a dañador y dañado, sino también en aquellos casos de uso antisocial de un derecho función, pues aunque «prima facie» pudiera reputarse establecido en favor del titular que lo ejercita realmente, su finalidad altruista y radicada en el servicio a un tercero, hacen que siempre pueda hallarse un interés ajeno perjudicado con su uso en forma antisocial. La teoría del abuso del Derecho de conformidad con la fórmula sancionadora del artículo 7.º, 2 podría excluirse ante supuestos de abuso de Derechos con finalidad altruista y cuando los perjuicios se limiten exclusivamente a los intereses propios del que establezca el daño.

2. La inmoralidad o antisocialidad del daño.

Desenvueltos hasta aquí los dos primeros elementos esenciales reconocidos unánimemente por la doctrina jurídica, el tratamiento de la teoría del abuso del Derecho resultaría insuficiente si el daño no reviste una especialidad que al trascender transforme la situación jurídica, con la consiguiente reparación. Tal especialidad no es otra que la inmoralidad o antisocialidad de la conducta que lo causó, que puede manifestarse en forma subjetiva (cuando el derecho se actúa con la intención de perjudicar o sencillamente sin un fin serio o legítimo) o en forma objetiva (cuando el daño proviene de exceso o anormalidad en el ejercicio del derecho). Si el derecho es una tesis mediadora —leemos en Emilio Luque— (21) y la mensurabilidad jurídica estriba en la conducta que los hombres han de guardar cuando conviven, si en resumen lo jurídico es una manera de conllevarse, hemos de dar por cosas sentadas, ciertas, notorias y constantes y antecedentes de todo cuanto digamos las dos siguientes:

«a) Que la moralidad es sustancia de la convivencia interindividual y que no cabe la vida colectiva sin un respeto a determinados imperativos éticos.

(18) GITRAMA, M., *La corrección del automatismo jurídico...* páginas 157-158.

(19) IRIBARREN. Intervención en las Jornadas de Zaragoza, resumida en el «Boletín de las Jornadas de Derecho civil», núm. 4 (25 abril 1975), pág. 5.

(20) RUIZ GALLARDÓN, Rafael, *El abuso del Derecho en la nueva Ley...*, pág. 1187.

(21) JUAN EMILIO LUQUE, *El abuso del Derecho...*, pág. 426.

b) Que la norma jurídica, cuyo contenido es necesariamente ético, si quiere ser vital, consiste en la norma y en la mensura por donde se han de contemplar y apreciar los actos convivenciales, de ahí la certeza de la norma, la que a su vez requiere la certidumbre, o sea, la obligación de indefectible de que lo dispuesto en la norma se cumplirá.»

Moralidad y certidumbre de la norma jurídica son, por consiguiente tomadas en presuposición para investigar la corrección de las mediaciones.

A) MANIFESTACIÓN SUBJETIVA.

a) Intención de dañar.—El primero de los supuestos viene a cristalizarse en el ejercicio mismo del derecho con intención de dañar. Y esa intención ha de hallarse suficientemente acreditada sin que quepa presumirse, toda vez que, si es una circunstancia que puede apreciarse por deducción «ha de desprenderse de hechos ciertos que con eficiencia o razón lógica lo revelen» (22).

El Código civil silencia los posibles supuestos en que la intención de dañar coexisten con otras de motivación del acto abusivo, lo que plantea un difícil problema cuando no de imposible solución apriorística. Pero es que además la exigencia de que la intención de dañar sea la única que concurre en el acto, imposibilitaría en la práctica la apreciación de supuestos de abuso, pues siempre resultaría cómodo para el dañador acreditar la existencia de otra motivación. Si optamos por la solución contraria, es decir la de apreciar el abuso en cuantos casos mediara la intención de dañar aunque concurriera con otros motivos legítimos, tampoco se presenta como justa. Dificultad que igualmente ha resaltado el Professor Espín (23) cuando se trata de averiguar si la intención de dañar

(22) Así se muestra la Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de enero de 1959 (no es dable ni se puede confiar al nuevo juicio o criterio subjetivo del que enjuicia).

(23) DIEGO ESPÍN CÁNOVAS, *Manual de Derecho civil Español*, vol. I, 3.^a edic. Editorial Revista de Derecho Privado, 1968. pág. 442. En dicho manual y en la página 441, pie de página 2, se encuentra numerosa bibliografía, especialmente extranjera, respecto a la teoría del abuso del Derecho, que copiamos a continuación: CASTIGLIONI, *El abuso del Derecho*, Buenos Aires, 1921; CALVO SOTELO, *La doctrina del abuso del Derecho*, Madrid, 1917; CASSO, *Aportación a la sistemática del abuso del Derecho*, Sevilla, 1935; CAMPION, *De l'exercice antisocial des droits subjetifs*, (*Hthéorie de l'abus des Droits*), París, 1925; FERNÁNDEZ DE VELASCO, *Apuntes sobre el abuso del Derecho*, RGLJ, 192, 1915, 74; FLEITAS, *Del abuso del Derecho en la reforma del Código civil argentino*, 1944; GIORGIANNI, V., *L'abuso del diritto nella teoria della norma giurídica*, Milano, 1963; JORDANO, *Abuso de Derecho y fraude a la Ley*, ADC, 1969, 958; JESSERAND, *De l'abus des droits*, 1905; JOSSEURAND, *De l'esprit des droits et de leur relativité*, París, 1927; trad. esp.: *El espíritu de los derechos y su relatividad*, Méjico, 1946; MARKOVITCH, *La théorie de l'abus des droits en droit comparé*, París, 1936; MARÍN, *Abuso del Derecho*, NEJE,

es el móvil, único o principal del acto abusivo que convertiría a los jueces en censores de conciencias. Es posible que ante esos problemas la solución correcta venga dada al estimar que en la apreciación del abuso del Derecho exista esa intención como la motivación principal.

Podría acudirse en la solución del problema a la reducción del Derecho subjetivo al Derecho objetivo, como la fórmula de Kelsen (24) a una absorción del uno por el otro, excluyéndose todo abuso (Kelsen habla del abuso ideológico) de esas dos nociones.

Naturalmente el abuso del Derecho desaparecerá en los casos en que la intención del agente convierta en ilícito el acto lesivo. Así venía ya entendiéndose por nuestra jurisprudencia y así lo ha consagrado nuestro Código, cuando en la exposición de Motivos que precediera a la nueva normativa, al hablar de la intencionalidad del agente se dice expresamente que «no ha de consistir, sin embargo, en su comportamiento doloso o culposo, porque entonces se penetraría en la ilicitud por el cauce de la responsabilidad civil».

b) Ausencia de Interés.—La segunda manifestación subjetiva de inmoralidad o antisocialidad en el uso del derecho se refiere a su ejercicio «sin un fin serio y legítimo», o, lo que es igual sin que el titular, al ejercitarlo, lo haga movido por un interés tal que explique su actuación.

Ese interés o su falta deberá, por tanto, ser valorado más que desde unos intereses determinantes para el legislador comprendidos en la ley (positivismo jurídico tal como lo implantara Rudolf von Ihering) y que deja sin resolver el problema de una conexión interna lógica de la unidad intelectual del ordenamiento jurídico (25), desde una finalidad político social y de su función social.

Conocida es la postura al respecto de Wieacker quien se ha manifestado en el sentido de resaltar la función valorativa de la ciencia jurídica. El abuso de la ley —dice ese autor— como instrumento de una contingencia política, no tiene que ver nada con las superiores exigencias de la convivencia. Valores que estimulan e invitan al hombre a una decisión personal que es siempre un acto de su libertad. Con el valor se alumbra una nueva dimensión: la del espíritu del Derecho (26).

Il, 127); MARTÍNEZ USEROS, *La doctrina del abuso del Derecho y el orden jurídico-administrativo*, Madrid, 1947; RODRÍGUEZ ARIAS, *El abuso del Derecho en la historia y en la legislación comparada*, RCDI, 1955, 129; PARDO, *El uso, abuso y no uso de los derechos subjetivos*, RDP, 1964, 3; PERREAU, *Origines et development de la théorie de l'abus de droit*, "Revue gen. Droit, Legislation et Jurisprudence", 1913; RIPERT, *La règle morale dans les obligations civiles*, 4.^a ed., núms. 90 ss.; ROTONDI, *L'abuso di diritto*, "Rivista diritto civile", 1923, 195.

(24) HANS KELSEN, *Teoría pura del Derecho*. Ed. Universitaria de Buenos Aires. Decimocuarta edición. Agosto 1976, pág. 123.

(25) COING, *Juristenzzeitung*, 1951, pág. 484.

(26) Ver ANTONIO HERNÁNDEZ GIL, *Metodología de la Ciencia del Derecho*. Volumen III, 1973, pág. 28.

Por lo demás, alguna referencia se ha hecho anteriormente a esta idea de interés cuando se trataron de combinar y armonizar las dos teorías tradicionales sobre la naturaleza y estructura del derecho subjetivo, la de Windscheid y la de Ihering. Conjugadas ambas nos darían la siguiente fórmula: «El derecho subjetivo es un interés protegido por el ordenamiento jurídico mediante el reconocimiento de la potestad humana de querer; un poder de la voluntad para la realización de un interés». Poder o potestad de querer e interés protegido mediante él, son las dos ideas básicas y conforme a ellas, tomándolas como base y punto de partida, se aclaran entre otros los problemas del uso, abuso y no uso del derecho subjetivo —leemos en José Luis Pardo López (27).

Para Carnelutti, quien como es sabido se ha preocupado de esa idea fundamental que es el interés, no es sino la aptitud de las cosas, materiales o inmateriales (cosas corporales y servicios de los hombres), para satisfacer las necesidades humanas y subsiguiente deseo o interés del hombre de tenerlas a su disposición.

La exigencia de este fin o interés en el uso del Derecho resulta lógico si tenemos en cuenta que, el ejercicio de un derecho subjetivo dentro de los límites en que ha de moverse, supone una causa de justificación que excluye la antijuridicidad de los daños causados a terceros en razón precisamente a la necesaria protección de ese fin o interés que se contempla en la Ley, bien venga dado ese interés en favor de un determinado titular, como sucede en los derechos de finalidad egoísta a los que en repetidas ocasiones nos hemos referido o bien se conceda en favor de un tercero, como en los derechos-función.

El fin o interés ha de ser ante todo legítimo, lo que supone su conformidad no sólo con el tenor del precepto en que se apoya, sino también con el espíritu que conforma el ordenamiento jurídico.

Por otra parte el interés contemplado debe ser «serio»; ¿qué se quiere decir con esta expresión? ¿Puede concebirse de forma apriorística una valoración o un juicio de tal término?

Se podrá discutir sobre si el daño es o no es un factor esencial de la idea del abuso del Derecho, pero no creemos que pueda excluirse esa idea de daño, al menos cuando se produzca para «valorar» ese fin serio. Creemos que al menos en esos casos se produce una relación de causa a efecto entre lo que no sea serio jurídicamente y la cuantificación del daño. La apreciación de ese fin serio no especificado habrá de confiarse al órgano judicial. De esta forma se deja al Juez un margen grande de posibilidades de apreciación quien habrá de tener en cuenta aquellas normas de equidad, de buena fe, de buenas costumbres, de orden público, etc., que mejor se adapten a las transformaciones económicas y sociales, contexto del que la teoría del abuso del Derecho creemos no

(27) JOSÉ LUIS PARDO, *El uso, abuso y no uso...*, pág. 4.

puede abstraerse en momento alguno. También aquí la interpretación jurídica consistirá no tanto en averiguar la voluntad del legislador entendida psicológicamente, como investigar y valorar los intereses para él determinantes.

Importa por lo demás resaltar la evidente interrelación que media entre las dos modalidades subjetivas de manifestación de la inmoralidad en el uso del derecho, y que cuando falte ese interés al que venimos refiriéndonos, al menos existirán graves indicios que presuman la concurrencia de una intención dañosa.

B) MANIFESTACIÓN OBJETIVA: DIVERSOS ASPECTOS DE ESTA MANIFESTACIÓN.

Cuando la inmoralidad o antisocialidad antes estudiada no proviene del autor sino «del objeto o de las circunstancias» en que se realiza el ejercicio y que «sobrepasan notoriamente los límites normales», se habla por la doctrina jurisprudencial de una manifestación objetiva del abuso y que se concreta «cuando el daño proviene del exceso de anormalidad en el ejercicio del Derecho».

Como criterio doctrinal para determinar en qué supuestos habrá de estimarse la existencia de esa modalidad objetiva del abuso del Derecho, hay que recurrir a la tesis mantenida por Josserand en torno a la idea de finalidad conforme a la cual se debe actuar el derecho subjetivo.

Alguna referencia hemos hecho anteriormente sobre la valoración de derecho según que tengan carácter altruista o egoísta. «La sociedad dispone los egoísmos individuales al servicio de la comunidad; y puesto que cada egoísmo concurre al objetivo final, es de toda evidencia que cada uno de nuestros derechos subjetivos debe ser orientado y tender hacia ese objetivo; cada uno tiene su misión propia que cumplir, lo que equivale a decir que cada uno de ellos debe realizarse conforme al espíritu de la institución; en realidad, y en una sociedad organizada, los pretendidos derechos subjetivos son derechos-función; deben mantenerse en el plano de la función a la que corresponde, pues en otro caso, su titular comete una desviación, un abuso de Derecho».

La tesis de Josserand parece válida en el razonamiento pero quizá extremada, categórica e indiscriminada en su conclusión, pues por ejemplo los derechos de contenido egoísta y ejercidos con ese carácter (tal cualificación de egoísta o altruista exigirá muchas veces por parte del sujeto que actúa el Derecho un previo conocimiento) pueden o no ser un derecho-función. Dabin (28) admite que aún los derechos de contenido egoísta tienen una función que cumplir, pero de ahí a llegar a la conclusión de que por ser dados por la sociedad los derechos deberían ejercerse en función

(28) DABIN JEAN, *El Derecho subjetivo*, Editorial Revista de Derecho Privado, pág. 359, Madrid, 1955.

del bien de ella, a falta de lo cual nacerían el abuso por desviación del Derecho de su fin social, hay una distancia que no puede franquearse».

Ante esos derechos instrumentados con finalidad egoísta, Mazeaud (29), acude a un criterio según el cual «la cuestión debe ser resuelta simplemente por aplicación de la definición de falta; aquel que ejercite un derecho con intención (ya se ha visto anteriormente la problemática que suscita la intencionalidad), comete una falta delictiva; aquel que sin intención maligna, se comporta al ejercer un derecho de manera distintá de como lo habría hecho un individuo prudente, es decir, con imprudencia o negligencia, comete también una falta quasi-delictiva; en los dos casos su responsabilidad aparece comprometida» y concluye finalmente «es indiferente que el daño haya sido causado en el ejercicio de un derecho o fuera de él, puesto que la solución es la misma; deberá procederse siempre a investigar si hay falta, y cuando la haya condenar al autor del daño a su reparación.

Pero esta teoría de la falta que reconduce a una política de resultado, como es la consiguiente responsabilidad civil, no parece que pueda admitirse puesto que incide en la ilicitud, escapando así a la pura teoría del abuso del derecho. Quizá por ello el único criterio válido para la determinación del abuso de los derechos egoístas sea el de acudir al de la moralidad. Se ejerce por tanto un derecho dentro de la esfera de la legitimidad que se realiza de forma moral referida a unos criterios sociales. Exigencia por tanto de una moral social (no ética) integrada de normas que prohíban a cada persona hacer mal a los demás y desenvuelta dentro de deberes de justicia, equidad y humanidad que existen como cobertura de la legalidad.

Cuando un acto «sobrepasa los límites normales» y supone un ataque a la norma moral, será problema a la vez que función que incumbirán al órgano judicial que decidirá soñando los hechos sobre la moralidad o immoralidad del acto. Función por tanto interpretativa a realizar por los tribunales y que en materia de abuso del Derecho deberá efectuarse con carácter restrictivo. En ese sentido se ha mostrado la jurisprudencia del Tribunal Supremo al establecer que «el principio general prohibitivo del abuso del derecho es de índole excepcional y de alcance restrictivo (30), así como la de que «la doctrina del abuso del derecho no cabe interpretarse extensivamente por respeto a la seguridad jurídica, principal postulado de nuestro Derecho positivo (31), sentencias que no vienen sino a confirmar una vez más la trascendental tarea que la Jurisprudencia ha desempeñado en la creación y elaboración de la teoría del abuso del Derecho.

No quedaría completo este tema si no nos refiriéramos a las

(29) MAZEAUD, *Responsabilité civile*. Volumen I, pág. 623.

(30) Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de marzo de 1963.

(31) Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de diciembre de 1962.

consecuencias jurídicas que tal acto abusivo o antisocial genere y que podrían concretarse en dos: la ineeficacia del mismo, y si fuera posible su anulación, si es que no puede el mismo recomponerse y ejercerse normalmente, y la consiguiente reparación del daño causado.

El problema parece complicarse cuando en el acto hayan intervenido terceras personas, o se vean éstas afectadas por el mismo. Nuestro Derecho positivo no suministra criterios al respecto pero quizás por aplicación analógica de situaciones parecidas previstas en el Código civil y en algunas otras leyes, haya que acudir al criterio de su buena o mala fe.

La Sentencia de 24 de febrero de 1959 así lo proclama al establecer que «tal doctrina es de sencilla y clara aplicación cuando la relación jurídica vincula únicamente al titular del derecho que lo ejerce abusivamente y al lesionado perjudicado, puesto que su aplicación lleva o a la nulidad del acto de extralimitación de facultades jurídicas o a su limitación dentro de los cauces del normal ejercicio del derecho, o en último término, a la indemnización del perjuicio indebidamente causado; se complica en sus efectos gravemente cuando el negocio jurídico relaciona o vincula además a tercera personas, ya que en este caso puede suceder que los terceros sean ajenos a la voluntad torpe del titular del derecho y a su intención de dañar o perjudicar con el abusivo ejercicio de sus facultades, por lo que concurren al negocio jurídico fiados en su normalidad externa y los derechos que adquiere son plenamente legítimos y exigibles y sólo será dable al perjudicado promover el reconocimiento del daño de aquél que se lo ha causado; o por el contrario, si los terceros conocedores del torpe móvil que encierra la voluntad del titular, coadyuvan con sus actos a la consecución del fin ilegítimo por immoral o antisocial, en cuyo supuesto los negocios jurídicos adolecen de un vicio originario que les hará caer en la inexistencia que llevará en todo caso a la ineeficacia de los actos aparentemente jurídicos y a la responsabilidad o perjuicios de cuantos intervinieron en la confabulación, en el dolo asignado».

La segunda consecuencia jurídica que consiste en la reparación del daño causado, sí que se contempla específicamente en el apartado segundo «*in fine*» del artículo 7 del Título Preliminar. Pretende el legislador en ese apartado borrar las consecuencias dañinas originadas por el acto a la vez que impone al autor del abuso o de uso antisocial, una obligación reparatoria que se concreta en la indemnización del daño causado, a la vez que previniendo que el acto abusivo o antisocial pueda seguir causando efectos dañosos, establece la adopción de medidas judiciales o administrativas que impidan la persistencia en el abuso, fórmula esta que al introducir una acertada iniciativa ha sido unánimemente aplaudida por la doctrina (32).

(32) Ya Ripert se había mostrado en el sentido de que la Ley no

El texto no concreta cuáles puedan ser esas medidas, por lo que su atipicidad legal habrá de ser configurada en cada caso por los órganos competentes. De la exposición de motivos parece admitirse cualquier condena de hacer o no hacer que sea además susceptible de «ejecución en forma específica».

No parece que existan grandes dificultades para suponer que por lo que se refiere a las medidas judiciales, éstas se contengan en una resolución judicial con rango de sentencia, producida tras un proceso contradictorio en el que se puedan adoptar —si la Ley de Enjuiciamiento lo permite— medidas cautelares para ello; criterio este expuesto por el profesor Díez Picazo (33) y que hacemos nuestro. Este mismo autor señala mayores dificultades a la hora de averiguar en qué consistan precisamente las medidas administrativas: «No parece —indica el anterior autor— que el artículo 7º del Código civil suponga una plena legitimación de la Administración pública, ni una atribución de competencia a la misma, en toda su posible escala de órganos, para adoptar medidas de preservación de los particulares frente a los abusos. Entiendo que la norma del Código civil es de mera remisión y que la autoridad administrativa tendrá legitimación y competencia cuando se la atribuyan las leyes especiales por las que se rija».

IV.—VALORACION DEL ABUSO Y EJERCICIO ANTI SOCIAL DEL DERECHO CON REFERENCIA A ALGUNAS DISCIPLINAS JURIDICAS

Ya anteriormente hemos destacado que el abuso del Derecho viene a ser como una especie de enfermedad que puede atacar cualquiera de los sectores jurídicos.

1. *En el Derecho civil.*

Acaso sea en el campo del Derecho civil donde el abuso del Derecho pueda ser valorado en mayor medida por cuanto en el mismo hay múltiples manifestaciones en que tal teoría del abuso se hace patente. Resulta significativo destacar que fue precisamente en ese sector donde se adoptaron las primeras fórmulas correctoras del acto de emulación y que desembocarían en la formulación de la teoría general del abuso del Derecho.

La idea de la supuesta igualdad de las partes ante la relación jurídica civil, no deja de ser una entelequia distante de la realidad en muchas ocasiones, condicionando cuando no falseándose la autonomía de la voluntad al tener que aceptar aquellas condiciones

sólo debe limitarse a reusar su protección al acto abusivo, sino que debe mirar a impedirlo.

(33) LUIS DÍEZ PICAZO, *El abuso del Derecho y el fraude...*, pág. 1334.

contractuales impuestas por imperativos subjetivos u objetivos, cuando no por sistemas monopolísticos en una determinada circunstancia y en un país determinado. Condicionamientos que repercutirán sobre la parte débil de la relación contractual, lo que supone admitir por ello un trato discriminatorio a la vez que favorable para la parte que impone cláusulas abusivas en esa contratación. Desde esa perspectiva, la resolución del contrato que contempla el artículo 1.124 de nuestro Código civil por ejemplo, concediendo distintas opciones a la «parte perjudicada» no parece justa puesto que el contrato nace a la vida jurídica tarado por el abuso del Derecho.

Los ejemplos observables en esta disciplina están en la mente de todos y no parece este el caso de enunciarlos. Desde aquí queremos no obstante hacer una serie de reflexiones respecto de una parcela del Derecho anclada a caballo del sector público y privado como son los derechos fundamentales de la persona, en los que la valoración ha de hacerse desde una perspectiva estática por contraposición a la valoración dinámica de relaciones contractuales cuyo contenido se inserte en instituciones como la propiedad o la posesión por ejemplo.

Naturalmente obviamos aquí el problema tradicional a la vez que dogmático en orden a la enumeración y clasificación de los derechos fundamentales ante la falta de conformidad manifestada en la doctrina (34) para referirnos a aquellos derechos fundamentales que tienden a la protección de la seguridad jurídica del individuo, los que pretenden salvaguardar la libertad de su actividad física y psíquica, y aquellos ordenados para garantizar su libertad intelectual y finalmente los estatuidos. Veamos someramente y dentro del primer grupo:

a) *Derecho a la seguridad*.—El respeto de la seguridad individual por parte del Estado, exigirá por parte de éste una especial conformación, así como el comportamiento de sus órganos que deberán sujetarse a las reglas del Derecho. En orden al aseguramiento de ese respeto, como primera garantía exigible al Estado, es la de autolimitación de su poder a través de la división de poderes: el legislativo, el ejecutivo y el judicial, cumpliendo cada uno sus típicas funciones, controlando cada uno a los restantes y ase-

(34) La controversia en la doctrina puede verse no sólo cuando viene establecida en términos de “*numerus clausus*” o “*numerus apertus*” de tales derechos, sino desde el punto de vista del sujeto, del objeto, del contenido y de la jerarquización de los mismos. Ver en ese sentido entre otros muchos autores J. CASTÁN TOBEÑAS, *Los Derechos del Hombre*, 2.^a ed., Reus, S. A., Madrid 1976, págs. 25 y sigs.

Más recientemente J. BELTRÁN DE HEREDIA. Discurso leído ante la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación el día 29 de marzo de 1976 sobre “Construcción Jurídica de los Derechos de la Personalidad”, págs. 51 y sigs.

Ver nuestro artículo: *Los Derechos de la personalidad en la Constitución española*, “Rev. General de Legislación y Jurisprudencia”, enero 1979, págs. 3 a 32.

gurando su funcionamiento conforme a postulados y principios de sumisión al Derecho.

Control que por lo que respecta al legislativo se concreta a través de dos clases de garantías:

a) Las preventivas tendentes a evitar cualquier arbitrariedad parlamentaria (derecho de petición, participación del pueblo en la tarea legislativa mediante la iniciativa popular y el derecho de voto...), y

b) Las represivas para paliar cualquier lesividad de aquellas posibles siempre arbitrariedades (a través del control de constitucionalidad de las leyes).

Si formalmente la protección de la seguridad del individuo contra la arbitrariedad del Estado legislativo se concreta en que la norma jurídica revista el rango de Ley, la imparcialidad exige de ésta tres requisitos como son: la normatividad, la impersonalidad y la irretroactividad. No toca ahora hablar de esos tres requisitos que nos alejarían del propósito buscado en este trabajo. Digamos únicamente que se trata de recabar para la Ley su exclusividad, que ésta ha de ser dictada con vocación de generalidad y que la propia seguridad exigirá que determinados derechos subjetivos adquiridos al amparo de una determinada normativa anterior, sean respetados por la que posteriormente la derogue, principio este de la irretroactividad susceptible de ser matizado según las distintas parcelas en que se escinde el ordenamiento jurídico.

Más frecuente que la arbitrariedad legislativa y por tanto más fáctica y peligrosa para la seguridad individual, resulta ser la arbitrariedad administrativa concretada en muchas ocasiones en la realización de actos que pueden comportar evidentes atentados a la seguridad de los ciudadanos, y que no son sino manifestaciones de abuso o desviación de poder. En evitación de éstos se impone el acatamiento a la división de poderes, al principio de legalidad y el control jurisdiccional de la actuación de la Administración.

También el abuso del Derecho puede provenir del poder judicial no sólo desde una perspectiva contra la seguridad jurídica, sino también física. Esa posibilidad de atentado a los derechos fundamentales puede advertirse de forma inmediata; de ahí que tanto las Declaraciones de Derechos como las Constituciones regulen detalladamente los condicionamientos impuestos a la actuación penal de los órganos jurisdiccionales que habrán de ser garantes para que la privación de los derechos se ajuste a los principios de la más estricta juridicidad, sin limitaciones que impidan el acceso del individuo por cualquier circunstancia al órgano jurisdiccional, que deberá actuar en todo momento con imparcialidad e independencia.

b) *Derecho a la libertad física.*—Este Derecho se orienta en torno a la llamadas libertades físicas o corporales y entre las que pueden incluirse los derechos relativos a la vida e integridad física que cristalizan en un derecho estático que exige un absoluto respeto

por parte de los terceros, bien sean los restantes individuos o incluso el mismo Estado.

El carácter eminentemente estático de los derechos al respeto de la vida y de la integridad física, y casi absoluto, dificultarán al máximo la casuística e hipótesis del abuso del Derecho. Acaso una defensa activa por parte del titular ocasione daños que pueden ser superiores a los que pudieran estimarse ciertamente necesarios. Estoy pensando, como puede advertirse en los supuestos de legítima defensa que cuando se trata de un exceso en la misma, entra de lleno en la teoría del abuso del Derecho.

Más problemática se presenta la cuestión del reconocimiento del Derecho a disponer o no de la propia vida. Contentémonos aquí con señalar que el suicidio como conducta contraria a Derecho no supone sino una especie de conversión de lo que hasta hace poco tiempo se ha considerado ilícito, en abuso del Derecho y un uso inmoral del Derecho; criterio éste que hacemos extensible a los supuestos de eutanasia propiamente dicha, como a los supuestos de ortotanasia o eutanasia por omisión que supone una abstención de cuidados ocasionando la muerte natural, y a casos de eugenésica que como se sabe defiende la muerte de los seres que por hallarse privados de «valor vital» vienen a suponer una carga o un riesgo de contagio de enfermedades o degeneración de la raza que amenaza a toda la sociedad. Uso por tanto abusivo de las tres manifestaciones anteriormente expuestas.

Distinta es la valoración que ha de hacerse de la distanasisa que supone la muerte de un enfermo incurable e irreversible reducido a vida vegetativa y que tanto para la doctrina como para la jurisprudencia, la interrupción del curso vital aparece como lícita y por tanto el ejercicio de ese derecho extinguendo la vida no puede reputarse en modo alguno de abusivo.

c) *Derecho a la intimidad del domicilio*.—Este Derecho no puede presentarse como absoluto y por tanto aparece como sujeto a limitaciones e incluso en ocasiones susceptible de ser reputado como abusivo, especialmente cuando es considerada la institución del domicilio familiar en casos en que la designación del mismo se haga por el titular de una manera inmoral o con la intención de perjudicar a alguno de los miembros de que se nutre la familia.

Aparecerá además el abuso del derecho cuando la utilización del domicilio sea tal que suponga molestias a un tercero. También aparecerá el abuso del derecho o el acto ilícito cuando alguien se aprovecha de la supuesta inviolabilidad del domicilio para fines inmorales o tendentes al perjuicio ajeno —encubrimiento o comisión de actos dañinos, inmorales o delictivos.

d) *Derecho a la imagen*.—El tratamiento del abuso del Derecho respecto al Derecho a la propia imagen está de entrada en gran parte condicionado por la clase de personas a la que se refiera, y los límites vendrán impuestos según el carácter de la persona a considerar en el ámbito público o privado. Se quiere decir con lo anterior, que manifestaciones relativas a la vida familiar e incluso

actividades profesionales que deben ser protegidas de la indiscreción ajena, pueden ser objeto de lícita curiosidad ante personajes populares dedicados por ejemplo a la política o a otras actividades públicas, en los que el abuso del Derecho se muestra más restrictivo.

e) *Libertad de desplazamiento*.—Se trata éste de un derecho tradicionalmente reconocido a los ciudadanos por las Declaraciones Programáticas de Derechos y por las mismas Constituciones (35), e implica la utilización de todos los medios y vías de locomoción con las consiguientes restricciones emanadas de reglamentaciones de policía y de circulación.

También aquí advertimos la aplicación correctora de la teoría del abuso del Derecho en supuestos en que aquellos ejercicios del Derecho se realicen con ánimo de perjudicar a terceros, como sucede en supuestos de circulación que suponga una merma cuando no una exclusión del Derecho de los demás a circular, o el abusivo estacionamiento de vehículos.

Dentro ya del segundo grupo de Derechos ordenados para garantizar la forma de pensar del hombre, tenemos:

a) *Libertad de opinión y de religión*.—Un estudio medianamente detenido de este tema, incluso desde la perspectiva del abuso del Derecho, nos llevaría demasiado lejos, y no puede ser ahora ese nuestro propósito. Con un alcance limitado por tanto, la simple enunciación de esos derechos son la garantía última de la libertad de conciencia. Incluso para el hombre menos liberal, repugnaría el no reconocimiento de la absoluta libertad para alcanzar cualquier convicción, sea equivocada o no, aunque esa posibilidad así planteada resulte insuficiente, si reflexionamos en los siguientes interrogantes:

¿Si se trata por tanto de un Derecho tan absoluto, y por ello no susceptible de abuso, qué sucede cuando el derecho es ejercitado activamente? Creemos aquí que las nociones de orden público y buenas costumbres constituirán firmes limitaciones a la libre emisión de opiniones sobre cuestiones civiles o religiosas (36). Por lo demás, en la manera en que las mismas sean expuestas, deberá contar igualmente como limitación el respeto hacia tercera personas.

¿Cuando la manifestación o la opinión resulte manifiestamente

(35) En ese sentido se muestran la Declaración Universal formulada por las Naciones Unidas en 1948 y los Pactos y Convenciones de las Naciones Unidas de 1966.

Nuestra Constitución, en su artículo 19, establece literalmente: "Los españoles tienen derecho a elegir libremente su residencia y a circular por el territorio nacional. Asimismo, tienen derecho a entrar y salir libremente de España en los términos que la Ley establezca. Este derecho no podrá ser limitado por motivos políticos o ideológicos".

(36) El Derecho a expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones —sin adjetivación alguna—, pero mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción, se contempla en el artículo 20, apartados a) y c) de nuestra Constitución.

inmoral, estaremos ante un abuso del Derecho, aún cuando aquéllo se ajuste a límites legales? ¿Cómo se armoniza el binomio legalidad-moralidad?

¿Respecto a determinadas opiniones políticas emitidas por funcionarios en una especial relación de servicios, puede advertirse, y en qué ocasiones el abuso del Derecho?

Los ordenamientos jurídicos ofrecen soluciones diversas a ese problema de acuerdo con la ideología que las impulsa y que irían desde concepciones más o menos totalitarias, hasta una prohibición expresa de participar activamente. Un temperamento intermedio y más liberal propio del sistema francés —al margen claro está de las excepciones en cuanto a los Cuerpos Armados y Judiciales—, exige una obligada discreción en la expresión de sus opiniones políticas.

Todos los anteriores interrogantes y otros muchos que podríamos hacernos, y sus posibles soluciones, deberán ser valorados con criterios razonables y amplios siempre de libertad, como presupuesto de la igualdad, y de neutralidad, tarea esta que por lo que respecta a nuestra Constitución será servida y llevada a cabo por el Tribunal Constitucional, al que se refiere el Título IX (artículos 159 al 165) de aquella recientemente aprobada en Referéndum Nacional con fecha 5 de diciembre de 1978, y sancionada solemnemente por el Jefe del Estado con fecha 27 del mismo mes y año.

b) *Derechos a la información y a la enseñanza.*—Estos dos derechos que componen el grupo de los que garantizan la actividad intelectual y psíquica de la persona, ofrecen algunas particularidades que escapan a la teoría del abuso del Derecho por cuanto se trata de unos derechos estáticos y desde luego de alcance casi absoluto.

Toda persona por el hecho de serlo, deberá ser suficientemente informada por cuanto que ello resulta de interés para sus actividades individuales, familiares, sociales y políticas, así como recibir la adecuada enseñanza o instrucción que venga a completar al máximo el total desarrollo de su personalidad. Se trata de supuestos, en los que la persona es mero receptor pasivo por tanto de esos derechos. De ahí su estaticidad, su configuración de Derecho-función, y la dificultad de establecer limitaciones a los mismos.

Pero esos mismos derechos se complementan y posibilitan cuando son ejercidos activamente —lado activo del ejercicio del Derecho, de su contenido— y entonces sí que pueden advertirse y establecerse limitaciones ante un posible ejercicio antisocial de un derecho, ocasionando daño a terceros, lo que comportaría su ineeficacia y eventualmente la necesidad de reparar el daño causado que lleva consigo.

Para terminar con este apartado de protección del Derecho público subjetivo, nos referiremos a una serie de derechos que tienden a garantizar la actividad social de los individuos, conocidos con la expresión de Derechos de expresión colectiva.

Vienen a incluirse en este grupo, los derechos de reunión y asociación también objeto de reconocimiento universal por parte de Declaraciones Programáticas y Constitucionales (37). En ambos derechos late una idea común: La actividad de varias personas que tratan de conseguir un fin altruista y trascendente que no podría obtenerse con el esfuerzo de uno solo. Ese altruismo es el que confiere el carácter de derechos-función, a los que en repetidas ocasiones, a lo largo de este trabajo nos hemos venido refiriendo, y que al no ser absolutos encontrarán las inevitables limitaciones que los ordenamientos jurídicos establecen como son: la moral, el orden público, el respeto a los demás...

Conviene sin embargo decir respecto al Derecho de Asociación, que dado que este Derecho puede cristalizar en Asociaciones que pueden llegar a poner en peligro la estructura social del Estado, sea lícito que éste en defensa de su propia integridad limite los fines de aquellas para que no se tornen abusivos o antisociales en perjuicio de los intereses de los particulares. Y es que cuando se conculquen esos fines señalados, habrá también de entrar en juego la eficacia correctora de la teoría del abuso del derecho, puesto que el mismo se ejercita antisocialmente.

Aquí como en tantas ocasiones, los derechos-función sufrirán de las inevitables restricciones en cuanto a su uso, cuando éste suponga un daño para terceros, que deberá ser reparado.

2. *En el Derecho penal.*—Aquí el abuso del Derecho se presenta con incidencia menor en cuanto que viene ciertamente dificultada por el principio de legalidad que reduce el margen del posible arbitrio judicial, aunque la idea del abuso del Derecho todavía se manifieste para agravar determinadas situaciones como serían:

Abusar de superioridad o emplear medio que debilite la defensa (art. 10, 8.^a) del Código penal.

Obrar con abuso de confianza (art. 10, 9.^a).

Otros supuestos de abuso del Derecho en el campo penal, serían aquellos en que la pena resulta extremadamente grave o leve en relación con la entidad del delito, o en el ejercicio de acciones penales contra una persona con objeto de coaccionarle al cumplimiento de una simple obligación civil.

3. *A modo de observación final.*

Digamos para terminar, que aunque efectivamente como queda advertido, el artículo 7, 2 del título preliminar de nuestro Código civil, permite su aplicabilidad al ámbito de cualquier disciplina ju-

(37) Nuestra Constitución regula esos derechos en dos artículos distintos: El 21 para el Derecho de Reunión y el 22 para el Derecho de Asociación. Al estar integrados por elementos comunes, doctrinalmente son tratados conjuntamente, aunque en el Derecho de Reunión se vea más el aspecto de agrupamiento momentáneo, no intencional, convencional, o permanente, que se observa en el de Asociación.

rídica y por tanto referida a cualquier derecho fundamental donde el abuso precisamente puede ser valorado más gravemente, parecería oportuno que la consagración del abuso del Derecho se hubiera reflejado en nuestro texto Constitucional. Ese criterio se ha tenido en cuenta en Alemania, país en el que la Ley Fundamental de la República Federal de 8 de mayo de 1949, en su artículo 18 establece que « pierde los derechos fundamentales de la libertad de opinión, particularmente de la libertad de prensa, la libertad de enseñanza, la de reunión, la de asociación, el secreto de las comunicaciones postales, telegráficas y telefónicas, así como el derecho de propiedad y el de asilo, quien para combatir el régimen fundamental de libertad y de democracia abuse de los mismos. La pérdida y la extensión de la misma será dictada por el Tribunal Constitucional Federal».

En nuestra Constitución tal reconocimiento no aparece explícitado y sólo por vía interpretativa podrá superarse la ausencia de una norma en tal sentido.

Quizá si no a nivel de reconocimiento explícito del posible abuso del Derecho en los Derechos Fundamentales, sí a nivel de principios informadores de los mismos, podamos acudir al artículo 9 de la Constitución en sus tres apartados, genéricamente el primero y específicamente el tercero. ¿Suficiente? En su día el Tribunal Constitucional tendrá la palabra.

VIDA JURIDICA

NOTAS CRITICAS

I. La confirmación del contrato anulable

Luis-Humberto CLAVERÍA GOSÁLBEZ. Un volumen de 315 páginas. Publicaciones del Real Colegio de España. Bolonia, 1977.

Para hacer una recensión sumaria de esta obra bastaría con transcribir algunos fragmentos del excelente prólogo que el profesor JORDANO BAREA —en cuya escuela sevillana ocupa el autor posición destacada— ha escrito para ella. El doctor CLAVERÍA —dice JORDANO— «ha indagado en los artículos del Código civil español atinentes a la confirmación, qué pretendió nuestro legislador de 1889 al trazar sus líneas arquitectónicas generales, es decir, qué efectos produce, según el Código civil, dicho acto, y qué requisitos son por él exigidos para la producción de tales efectos. Fijó, así, su atención especialmente en los artículos 1.309 y siguientes y en los referentes a la anulabilidad en general («nulidad», en el lenguaje del Código) para poder entender el cometido, la finalidad y el sentido de la figura, así como sus presupuestos y su ámbito de actuación. Algunas sentencias del Tribunal Supremo le han sido también útiles para iluminar este camino previo».

«Definida la figura, principalmente desde una perspectiva funcional, mediante un procedimiento inductivo, ha deducido después consecuencias importantes para la exposición, íntegra y acabada, de su régimen jurídico: la regulación de la confirmación es incompleta y fragmentaria en el Código civil; era misión obligada de una monografía la tarea de integración, de explicitación y de sistematización.»

«Siguiendo modernas orientaciones —vigentes en el Departamento de Derecho Civil que me cabe el honor de dirigir—, no se ha limitado el doctor CLAVERÍA a una labor puramente exegética dirigida a fijar el contenido y el alcance de las normas positivas, sino que ha tratado de plantear problemas y de proponer para ellos vías de solución.»

Añadiendo el prolonguista más adelante que «las soluciones que se proponen en este libro tratan de ser acordes con la concepción que nuestro legislador y nuestra jurisprudencia tienen de la figura: ni se puede construir a capricho la confirmación, ni se pueden importar ciegamente concepciones exóticas de ella, por brillantes que sean, carentes de arraigo en nuestro Derecho positivo, tratando de adaptar miméticamente éste a aquéllas.»

«En suma, el doctor CLAVERÍA ha intentado —y, a nuestro juicio, conseguido plenamente— exponer de un modo ordenado y claro el régimen jurídico total de la confirmación del contrato anulable en el Derecho civil español, con un acertado y fecundo método realista, instrumentalmente conceptual, al servicio de la justicia de los casos de la vida real, que le

ha permitido resolver de manera siempre adecuada hasta los más graves problemas que la figura objeto de investigación planteaba.»

Mas la calidad de la obra reclama la exposición, siquiera sintética, de alguno de los extremos en los que la aportación del doctor CLAVERÍA es más notable.

Los conceptos de «ineficacia» e «invalidez»

Dedica el autor inicialmente un razonable espacio a discernir los conceptos de *ineficacia* e *invalidez*, y, dentro de la invalidez, las categorías de la nulidad y la anulabilidad, distinción ésta fundamental para determinar qué contratos son confirmables, y para la cual entiende, con MANRESA, que se ha de partir de los artículos 1.261, 1.300 y 1.310 del Código civil.

Mas tales preceptos «no nos dan la clave —dice— de la invalidez de los contratos opuestos a la ley (contratos prohibidos, artículo 6-3 del Código civil) o los que tienen causa u objeto ilícitos (artículos 1.275, 1.305 y 1.306). ¿En cuál de los dos grupos los clasificamos? ¿Los asimilamos a los que no reúnen los requisitos esenciales del artículo 1.261? ¿Son, por el contrario, una simple modalidad del grupo de casos regulados en los artículos 1.300 y siguientes? ¿O acaso constituyen un *tertium genus*?».

En un análisis superficial cabría pensar que los contratos ilícitos responden a un tipo distinto de invalidez del que aqueja a aquellos contratos a los que se refiere el artículo 1.261: los que se hallan faltos de requisitos esenciales serían *inexistentes*; y los ilícitos (incluyendo en esta categoría lo mismo los que tienen causa torpe que los ilegales) serian *nulos*.

Mas el autor prefiere, con buen criterio, prescindir de la categoría de la inexistencia, «pues —dice— la nulidad es, etimológicamente, la *inexistencia jurídica* (*nullus = ne ullus*) y, como dicen prestigiosos autores, en el Derecho lo importante es *valer o no valer, no existir o no existir*. Por supuesto que cabe hablar de inexistencia del contrato, pero fuera del mundo estrictamente jurídico: en el campo de la invalidez sólo hay contratos nulos y anulables. Es claro que sobre los contratos que no existen nada hay que decir, jurídicamente hablando».

Sin embargo, admite el autor la relevancia de los negocios que no existen *todavía*: los denominados *negocios incompletos* o los negocios en formación en sentido estricto.

Dubitativamente, explica que entendiendo el término «nulidad» en sentido muy amplio, abarcaría éste figuras especiales como la inoponibilidad o irrelevancia: los negocios realizados por el *falsus procurator*. Mas acaso, en este terreno, habríamos de distinguir entre los contratos concluidos con poder aparente, que sólo pueden ser válidos y eficaces en tanto la confianza de la contraparte en la veracidad del poder y sus límites venga protegida por el Derecho, y los concluidos sin tal apariencia de poder, por quien en realidad no es un *falsus procurator*, sino abiertamente un contratante a nombre ajeno sin poder alguno y sin alegarlo, que acaso se hace garante de la ratificación por la persona en cuyo nombre contrata (*se porte fort*, dicen los franceses), evento en el cual pienso que nos hallamos fuera

del marco de la *invalidez*, tal como la entiende el Código, y más bien en el terreno de la *ineficacia*.

En cuanto a la anulabilidad, el autor, tras enumerar los supuestos clásicos de ésta, se manifiesta en favor de la teoría dominante, defensora de la validez y, sobre todo, de la eficacia provisionales del negocio anulable mientras no sea anulado. En particular, cuando la parte legitimada para pedir la anulación o para confirmar está en condiciones de celebrar el contrato —esto es, ha salido de la situación que provocó la anulabilidad—, viene obligada a cumplir las obligaciones pactadas. Es cierto que puede, en la contestación a la demanda en la que se le exija al cumplimiento, oponer, por vía de excepción, la anulabilidad, esto es, pedir la anulación para apoyar en ella su exención de la obligación; pero tal exención se produce sólo cuando el Juez anula el contrato y por el hecho de esa anulación, de tal manera que, sin ella, la parte en cuestión estaría obligada a cumplir: no se trata de que la parte demandada pueda eximirse de cumplir porque el contrato es anulable, sino que *debe pedir que se anule para que se le exima de cumplir*. Por tanto, «si la parte que estuvo afectada por la irregularidad —incapacidad natural o de obrar, vicio de la voluntad— se niega a recibir la prestación de la otra —para no confirmar—, incurrá en *mora credendi* con todas sus consecuencias. No obstante, tanto tal mora como tales consecuencias desaparecerán *ex tunc* cuando, mediante acción o excepción, el contrato sea anulado».

La confirmación y figuras afines

Distingue en el capítulo III la confirmación de otras figuras afines, singularmente del negocio celebrado por el *falsus procurator* o por el representante excediéndose de los poderes a él concedidos. En efecto: la confirmación, *a) opera sobre negocios anulables; b) consolida una eficacia ya producida precariamente; c) produce efectos «erga omnes»; d) generalmente es producto de la misma voluntad que intervino en el negocio irregular, y e) no puede ser impedida por la otra parte contratante*. Mientras que la ratificación de la que trata el artículo 1.259 del Código civil, *a) opera sobre negocios ineficaces; b) determinando un efecto antes inexistente; c) sin perjudicar a terceros; d) es acto de una persona que no intervino en el negocio irregular, y e) puede ser impedida por el contratante que no determinó la irregularidad*.

En mi opinión, la diferencia decisiva reside en lo señalado *sub a)*, es decir, en un caso la confirmación consolida la validez de un negocio claudicante, pero provisionalmente válido y eficaz, mientras que en el segundo la ratificación confiere eficacia vinculante a un negocio que carecía de ella en cuanto al supuesto contratante, pudiendo producir sólo efectos secundarios frente a quien efectivamente manifestó la voluntad ajena sin legitimación para hacerlo. Negocio, el del representante sin poder, carente asimismo de *validez* en cuanto a su propósito principal, pues falta totalmente la voluntad de una de las partes; pero que no podría calificarse como *nulo* o como

anulable o *impugnable*, por exceder, en sus circunstancias, el marco de una y otra categoría.

Naturaleza

El autor dedica un extenso capítulo, bajo el nombre de «el cometido de la confirmación», al tema de su «naturaleza», en torno a la cual expone y critica las diversas teorías de la integración del negocio defectuoso; de la sanatoria; de la convalidación en sentido amplio; de la renuncia, y de la figura jurídica *sui generis*, planteando seguidamente su opinión, de cara al Derecho español. Fundado en el artículo 1.310 hace notar cómo, en nuestro ordenamiento, «la confirmabilidad de los contratos se hace depender *ex lege* del grado de irregularidad de éstos, es decir, de elementos netamente estructurales». De donde «nuestro legislador no reputa esta figura como una mera renuncia sin influencia *objetiva* sobre el contrato», pues en tal caso sería ilógico limitar la confirmabilidad a los contratos que adolecen de defectos de menor entidad.

Ciertamente, el artículo 1.310 no excluye de la confirmabilidad los contratos celebrados en contra de una prohibición legal ni aquellos con causa u objeto ilícitos; pero el hecho de no ser confirmables se deduce, en primer lugar, de la identidad de esta clase de invalidez con la de los otros contratos cuya confirmabilidad viene expresamente excluida por la ley (supuestos de falta de consentimiento, objeto o causa); ulteriormente, porque hallándose legitimado para pedir la nulidad absoluta cualquier interesado, sería preciso que todos mostrasen conformidad con la validez definitiva del negocio; en suma, y generalizando, porque supuesta la distinción entre las dos clases de invalidez, «la posibilidad de que un contrato nulo *stricto sensu* —sea cual sea el motivo de la nulidad— pueda ser confirmado repugna al buen sentido, por ser opuesta a la misma historia de las figuras jurídicas en cuestión: la confirmabilidad va unida a la *relatividad* en el poder de impugnación y a la existencia de plazo para poder actuar ésta: se trata de las notas características de la *anulabilidad* tradicional en la doctrina europea».

En cuanto a los efectos que produce la confirmación en el contrato anulable, el autor critica las tesis que la conciben «como subsanación de un negocio viciado o como integración de un negocio incompleto...; la confirmación no hace sano lo enfermo ni termina de formar lo que aún no estaba plenamente formado: no suprime la irregularidad, sino su efecto jurídico, la posibilidad de ineficacia. Es evidente —contra la opinión de quienes reputan a la confirmación *acto integrador*—, que el contrato anulable tiene su ciclo de formación cerrado, aunque irregularmente; pero también parece evidente —contra los defensores de la teoría de la *sanatoria*— que la definitividad de la eficacia del negocio no tiene necesariamente que ser consecuencia de la supresión del motivo de la precariedad de dicha eficacia; que dicha supresión descansa en una ficción y que las ficciones deben ser evitadas si es posible hallar otro medio explicativo más realista y más ra-

cional. El tenor literal del citado artículo 1.313 de nuestro Código civil, que nos habla de una *purificación retroactiva* de los *vicios* del contrato por obra de la confirmación, no debe, por sí solo, movernos a afirmar que nuestro Ordenamiento concibe a la confirmación como una subsanación del contrato anulable».

De igual modo rechaza el autor la idea de que la confirmación sea una convalidación en sentido estricto, es decir, un acto jurídico en cuya virtud conferimos al negocio anulable una validez que antes no tenía; ni tampoco una renuncia a la facultad de impugnar el contrato: lo primero, dada la validez inicial del negocio impugnable, y lo segundo, debido a la diferencia entre la causa típica de la renuncia y la de la confirmación.

Lo «típico» de la renuncia es que la voluntad «del renunciante sólo vaya encaminada a la pérdida del derecho o de la facultad, ya que, si tal pérdida fuese querida como medio —o como consecuencia— para producir otro efecto —la adquisición del derecho o la facultad por otra persona, por ejemplo—, nos hallaríamos ante un negocio distinto». Otro argumento importante nos lo suministra el artículo 1.313, que «configura la confirmación como un acto dotado de influencia objetiva sobre el negocio confirmado. La expresión *purificación de los vicios*, aun sin ser entendida literalmente, nos expresa una incidencia directa sobre el contrato anulable que no puede ser identificada con la simple pérdida subjetiva de la facultad impugnatoria: en otras palabras, la voluntad que nuestro Código tipifica al referirse a la confirmación tiene un contenido y un alcance diferentes —y más amplios— de los de la voluntad de desprenderse de la acción de anulación en que la renuncia consiste». Mientras la voluntad del confirmante contemplada en el Código «comprende algo más que la pérdida de la facultad de impugnación: tal acto tiene un efecto positivo, constitutivo e intrínseco, además del efecto negativo, extintivo y extrínseco característico de la renuncia». No es que no sea viable la renuncia, pero es distinta de la confirmación: mediante aquélla el renunciante pierde la posibilidad de invocar la anulabilidad, pero sin que ésta sea suprimida, siendo invocable por otros legitimados; mientras que la confirmación da carácter definitivo a la eficacia antes precaria del negocio. Lo que el confirmante pretende entonces es «destruir la incertidumbre acerca de la estabilidad de la relación creada por el contrato: suprimir la provisionalidad de su eficacia». Por eso, «la confirmación es un acto dirigido a la otra parte, directamente orientado a su beneficio. De ahí su carácter de acto receptivo... El contratante que confirma no realiza la conducta opuesta a la impugnación, sino que consolida la eficacia del contrato anulable haciendo salir al otro contratante del estado de inseguridad en el que se hallaba y del que, por si solo, no podía salir». De acuerdo con este planteamiento, el autor define la confirmación como «el acto jurídico en virtud del cual la persona legitimada para solicitar del poder judicial la anulación de un contrato suprime, en favor de la otra parte, la incertidumbre acerca de la permanencia de los efectos de ese contrato, fijando definitivamente el valor vinculante de sus cláusulas y destruyendo así la anulabilidad».

Incidentalmente, el autor acepta que, junto a la renuncia meramente

abdicativa, que sólo produce la pérdida del derecho o de la facultad, se pueda hablar de una renuncia *extintiva* y de una *transmisiva*; pero en un sentido bastante distinto de la doctrina clásica: para él sólo se puede hablar de tales renuncias en aquellos casos en los cuales los efectos «extintivos y transmisivos son totalmente preterintencionales, es decir, no han debido ser queridos por el renunciante: se producen, no por la voluntad de éste, sino por la naturaleza del objeto de la renuncia o por otros motivos: si a través de una interpretación de la voluntad negocial se supiese que esos efectos han sido pretendidos por el declarante, ya no nos hallaríamos ante una renuncia, sino ante un negocio de naturaleza distinta».

Legitimación para confirmar

En una segunda parte de su libro estudia el autor el régimen del acto confirmativo y, en primer lugar, entre sus requisitos —y en buen número de páginas— la legitimación para confirmar.

Correspondiendo ésta a quien «tuviese derecho a invocar la nulidad» (artículo 1.311), hace notar que, sin embargo, el hecho de que «ese consentimiento deba ser prestado por la misma persona afectada antes de incapacidad o de vicio de la voluntad, no obedece a que se trate de realizar correctamente lo que previamente se realizó de modo incorrecto, sino a que la anulabilidad es una sanción del Ordenamiento jurídico frente a un tipo de actos irregulares, pero una sanción establecida generalmente para proteger a las personas en las que la irregularidad concurra; es absolutamente admisible y explicable que sólo el protegido o los protegidos por las normas que establecen la anulabilidad de un determinado negocio jurídico puedan manifestar eficazmente su voluntad de una validez y de una eficacia definitivas de éste».

Plantea el autor, entre otros, el problema de la confirmación en aquellos casos en los que hay más de un legitimado para pedir la anulación, como ocurriría habiendo varios herederos del contratante que podía invocarla o varios contratantes constituyendo una sola parte. No le parece que, siempre y en todo caso, «cualkiera de los miembros componentes de una parte contractual se halle facultado por el ordenamiento, por el hecho de haber padecido una irregularidad causante de anulabilidad, para provocar una ineeficacia total del contrato, aun contra la voluntad de los otros miembros de dicha parte contractual, algunos de los cuales —o todos— celebraron el negocio siendo víctimas de la misma irregularidad». Sino que, en principio (y siguiendo a IUDICA) entiende que «cada uno de los miembros que integran la llamada *parte compleja* puede impugnar su *cuota*, su *porción* de contrato; los otros legitimados, si desean que, con respecto a ellos, permanezca la eficacia del contrato, no deben ser afectados por el ejercicio de dicha impugnación; pero si la porción de contrato que queda eficaz no hubiera sido querida por sí sola por la otra parte, la impugnación de uno de los legitimados extinguiría la eficacia del contrato con respecto a todos los participantes».

Si la anulabilidad parcial no es posible, piensa CLAVERFA que «para que se produzcan los efectos objetivos de la confirmación, se requiere la declaración de voluntad confirmatoria de todos los legitimados a la impugnación: si uno de ellos no participa en tal declaración, podrá siempre —dentro del plazo pertinente— pedir la anulación, aunque todos los demás hayan manifestado su deseo de consolidar los efectos precarios del negocio anulable».

Cuando concurre a la confirmación la parte contratante que no ha sufrido el vicio, no por ello deviene el negocio bilateral: la declaración de esa otra parte, «por un mecanismo de conversión, valdría como manifestación de conocimiento del acto convalidante de la otra parte, conocimiento necesario para la producción del efecto confirmatorio».

«Tampoco hay confirmación bilateral, sino dos confirmaciones unilaterales, si las dos partes de un contrato celebraron éste siendo, por ejemplo, incapaces o víctimas de error, dolo o violencia moral: ambas pueden solicitar del Juez la anulación y ambas pueden confirmar: si sólo confirmase una de ellas, la anulabilidad permanecería abierta para la otra; conviene diferenciar este supuesto de otro, precedentemente planteado, que consiste en que existan dos o más legitimados para pedir la anulación, pero siendo todos miembros componentes de una sola *parte contractual*, es decir, perteneciendo todos ellos al mismo núcleo de intereses.»

Y «aunque cada uno de los miembros componentes de una determinada *parte contractual* se halle legitimado para impugnar por un motivo diferente del de los demás —uno puede impugnar por dolo, otro por intimidación, otro por error, otro por un error distinto del anterior, etc.—, se trata de una sola anulabilidad y tanto su invocación ante los Tribunales como la confirmación que la destruya se regirán por el esquema unitario referido: es decir, anulabilidad y confirmación *pro quota*, si cabe eficacia parcial; y anulabilidad total y efecto confirmatorio por voluntad de todos los legitimados, en caso contrario».

Estima CLAVERFA que la acción de anulación es cedible si con ella se cede el interés correspondiente, deduciendo tal conclusión de la amplitud de la fórmula empleada por el legislador en el artículo 1.302 al regular la legitimación para impugnar: «tal vez —dice— quepa afirmar que generalmente se cede, junto a la citada acción anulatoria, la posición de parte contratante»: en mi opinión, sólo así cabe efectuar una propia cesión, que entonces, como se ve, no afecta a la acción aislada, sino a la posición jurídica de la cual nace. Evidentemente, el cesionario puede entonces confirmar el contrato.

Admite igualmente la legitimación para impugnar, por subrogatoria, del acreedor del contratante que actuó con incapacidad o vicio de la voluntad. Mas entonces, ¿es también lícito decir «que el acreedor del contratante que actuó siendo víctima de trastorno mental o de vicio de la voluntad o que era incapaz de obrar, puede confirmar el contrato? A la vista del artículo 1.311 del Código civil, ello parece indudable: en efecto, si dicho acreedor está legitimado para el ejercicio de la acción de anulación —aunque sea a través de la vía subrogatoria—, puede confirmar el contrato». Mas la subrogatoria es sólo un medio de proteger al acreedor contra la inactividad

del deudor que le produce un daño patrimonial indebido, lo que conduce al autor en una interpretación teleológica del artículo 1.311, a la solución negativa.

Afirma, finalmente, con razonamiento en cuyo detalle no cabe ya entrar aquí, la legitimación del fiador para confirmar, pero concurriendo el deudor principal, y la del deudor solidario: en ambos difíciles temas pienso que cabría algún mayor desarrollo del argumento.

Condiciones subjetivas de la confirmación

Aparte de que, en cualquier caso, la causa de la impugnabilidad debe haber cesado para que la confirmación sea viable (artículo 1.311), además, evidentemente, el acto de confirmar debe estar exento de cualquier otra incapacidad o vicio sobrevenido: la confirmación, para ser eficaz, debe ser un acto consciente y libre.

La capacidad para confirmar es la requerida para el acto o negocio que se confirma.

Conocimiento de la causa de anulabilidad. El artículo 1.311 del Código civil requiere, entre otras cosas, que quien realiza el acto que implica voluntad de desprenderse de la acción anulatoria conozca el motivo de la anulabilidad, y si bien tal exigencia la plantea sólo para la confirmación tácita, ello es porque, en cuanto a la expresa, conocer que el contrato es impugnable representa más bien un ineludible presupuesto fáctico que un requisito *stricto sensu*: nadie declara directamente su deseo de confirmar un determinado contrato si desconoce que puede solicitar su anulación. Aun en la hipótesis de confirmación tácita, el conocimiento del motivo de anulabilidad, más que requisito para la validez o la eficacia de la confirmación, es elemento que atribuye valor confirmatorio a una conducta que ya tiene, por sí, otro valor jurídico: pago, enajenación, etc. O sea: «no es exactamente un requisito de eficacia o de validez de la confirmación, sino un elemento necesario para que la conducta descrita en el artículo 1.311, inciso 2.º, *in fine*, del Código civil, además de su valor jurídico original (vg.: solutorio), adquiera el significado confirmatorio. En otros términos: el conocimiento de la causa de nulidad al que se refiere el Código integra la figura de la confirmación tácita hasta el punto de que, si el legitimado para impugnar cumple la prestación a la que se hallaba obligado en virtud del contrato anulable sin conocer el motivo de anulabilidad, su comportamiento no es una confirmación ineficaz, sino sólo un pago».

¿Basta conocer la irregularidad en sí, o es preciso, además, conocer su aptitud para producir la anulabilidad? Según el parecer de CLAVERÍA, para que la confirmación implique necesariamente la voluntad de desprenderse de la acción anulatoria debe ser ejecutada con conocimiento previo de la anulabilidad, es decir, del vicio y de la facultad para invocarlo; requisito explícito en la primera parte del segundo inciso del artículo 1.311 (aunque parcialmente, pues sólo se menciona «la causa de nulidad» como objeto de ese conocimiento) e implícito en la parte final de dicho artículo. En

efecto, «si nuestro legislador exigió el *conocimiento de la causa de nulidad*, no sólo requirió el conocimiento de la irregularidad en sí misma (vicio de la voluntad, incapacidad, etc.), sino también el conocimiento de ella precisamente como *causa productora de nulidad* (más exactamente, de anulabilidad). Carecería, tal vez, de sentido exigir, como requisito del efecto confirmatorio, la presencia de un elemento —el mero conocimiento del vicio en sí mismo considerado—, que, salvo en casos excepcionales o en los que el legitimado para impugnar sea sucesor *inter vivos* o *mortis causa* del que contrató siendo víctima de la irregularidad, concurre de hecho siempre».

Mientras «las necesidades de seguridad del tráfico y de la protección de la confianza de terceros, que podrían ser invocadas en apoyo de la tesis de la no exigibilidad de elementos subjetivos concurrentes en la persona legitimada para pedir la anulación cuando ejecuta el acto que se reputa confirmación tácita, quedan, a nuestro juicio, satisfechas mediante la presunción *turis tantum* de concurrencia del conocimiento del derecho de impugnación, presunción cuyos efectos puede destruir el titular de éste probando que actuó sin saber qué consecuencias podían derivarse de su comportamiento en relación con la anulabilidad del negocio».

Tiempo. En cuanto al tiempo en que la confirmación es útil y tiene sentido, por cuanto la causa de impugnabilidad se puede oponer por quien la sufre, como excepción, incluso después de haber caducado la acción correspondiente por transcurso del plazo, dura mientras no consumado totalmente el contrato, sirva la confirmación para eliminar la excepción.

Carga de la prueba. La prueba de los requisitos de la confirmación no incumbe al que alega ésta; por el contrario, la prueba de la no concurrencia de alguno de los requisitos corresponde al que defiende la ineffectuacía de la confirmación. Por tanto, «si no se prueba la presencia de los requisitos estudiados, se entiende que concurren, beneficiándose de ello el que alegue la confirmación». Incluso, y «a pesar de que el conocimiento del motivo de anulabilidad no sea requisito de efectividad de la confirmación, sino elemento integrante de ésta, incumbe a la parte interesada en la ineffectuacía de la confirmación la prueba del desconocimiento de la irregularidad invalidante; o más exactamente, la carga de la prueba de la ignorancia de la causa de anulabilidad corresponde a la persona que ejecutó o cumplió el contrato anulable sin conocer el posible doble alcance jurídico de su conducta; por tanto, bastará a la parte interesada en la existencia y en la efectividad de la confirmación alegar y probar el cumplimiento o la ejecución del contrato anulable, es decir, el acto al que alude el artículo 1.311 *in fine* del Código civil: si la otra parte no consigue demostrar ante el Juez su falta de información sobre el vicio o defecto, su conducta tendrá efectos confirmatorios». Pero acaso, más que una alteración de las reglas generales de la prueba, hay aquí una presunción de hecho del conocimiento del vicio cuando el acto posiblemente confirmatorio se realiza por quien sufrió aquel defecto, y no en otro caso: con ello se explica lo que parece al autor una «extraña construcción».

La confirmación expresa

Siendo ambas variedades de la confirmación harto distintas, el autor dedica sendos apartados al régimen de cada una.

Confirmación expresa es la hecha mediante signos que denoten directamente la voluntad de confirmar: «a causa de la naturaleza del fenómeno confirmatorio, sólo empleando el lenguaje es posible indicar directamente ese propósito».

La confirmación es un negocio jurídico «con eficacia final»: «quien confirma consigue su objetivo práctico sólo por el efecto jurídico del acto confirmatorio, sin necesidad de conducta ejecutiva alguna: la confirmación no es ejecutable: es un acto que queda en un mundo exclusivamente jurídico, sin materializarse en conductas concretas».

El Derecho español no impone un contenido rígido a la declaración de confirmar: en particular, no exige, como el francés o el italiano, que la declaración confirmatoria deba mencionar la sustancia de la obligación o el vicio que afectaba al contrato.

Con todo, en opinión del autor, la mención del contrato anulable cuya confirmación se pretende, o la referencia al motivo de anulabilidad y declaración confirmatoria propiamente dicha, integran «la estructura de una manifestación de voluntad confirmatoria completa y coherente y constituyen una prueba de que algunos de los requisitos de la confirmación se han cumplido verdaderamente (conocimiento de la causa de impugnabilidad y del alcance jurídico del acto); por ello entendemos que deben concurrir en toda confirmación expresa»; sin perjuicio «de acudir en su caso a elementos extrínsecos a la declaración confirmatoria misma para llevar a cabo una interpretación correcta del contenido de ésta», de modo que, en último término, la mención de los presupuestos de la confirmación no es indispensable cuando se pueda demostrar por otra vía su presencia.

Por eso concluye el autor que «en nuestro Derecho lo esencial para que exista confirmación expresa es la declaración en sí misma y sólo ella: es decir, la producción y exteriorización de signos que denoten directamente tal intención».

¿Es posible someter una declaración confirmatoria a condición o término?

El autor excluye la condición resolutoria y el término final que, en efecto, son incompatibles con la auturaleza de la confirmación (¿se tendrán por no puestos o invalidarán el acto?). Valen el término inicial y la condición suspensiva: según CLAVERÍA, ésta, sin efecto retroactivo, pues de lo contrario se descubriría «*a posteriori* que durante el intervalo que ha existido entre la declaración confirmatoria y el cumplimiento de la condición el contrato anulable de que se trata era definitivamente válido»: A su juicio, no es compatible con la función y finalidad del negocio de confirmación la situación de incertidumbre que se produce, habiendo retroactividad, «con respecto al intervalo que hay entre la declaración de confirmación (y su pertinente recepción por el destinatario) y el cumplimiento de la condición:

en efecto, antes del cumplimiento de ésta no sería posible saber si el contrato anulable ha devenido definitivamente válido y eficaz o no». Mas el argumento no parece suficiente frente al poder de la autonomía de la voluntad, e incluso, según me parece, la declaración de confirmar sometida a condición o término resolutorios encontraría dificultades, no en el plano de la validez, sino en el de la eficacia, cosa que también podría deducirse de la manera de expresarse el autor en este punto.

En opinión del doctor CLAVERÍA, «la confirmación de un contrato anulable para cuya celebración la ley exija una determinada forma *ad substantiam* o *ad solemnitatem* requerirá también dicha forma»: es decir, que en esta hipótesis, la confirmación será, a su juicio, un acto solemne. Funda esta afirmación,

a) En que se trata aquí de uno de esos negocios «de segundo grado», es decir, «aquellos que preparan, complementan e consolidan a otros modificando una relación jurídica ya constituida anteriormente... tales negocios deberán ser celebrados en la forma exigida para el negocio de primer grado del que dependen o sobre el que influyen».

b) En que «permitir que un determinado contrato anulable, para cuya correcta celebración la ley exige, por ejemplo, escritura pública, pueda ser confirmado verbalmente o por documento privado, sería un modo de hacer disminuir la protección que tanto la anulabilidad como la exigencia legal de forma concreta pretendían conferir».

«El hecho de que nuestra legislación permita la confirmación hecha de forma tácita no constituye un argumento suficiente para afirmar que nunca puede ser solemne la confirmación expresa: la ley puede perfectamente otorgar los efectos de la confirmación a conductas que inequívoca o indirectamente impliquen intención confirmatoria y, por otra parte, exigir que, en algunos supuestos, la declaración confirmatoria expresa sea realizada en determinada forma, pues las conductas a las que la ley y la jurisprudencia atribuyen el efecto citado constituyen una mayor garantía de seriedad y de libertad del consentimiento prestado (y deducido) que una simple declaración confirmatoria verbal».

A esto cabría replicar que la confirmación tácita en ocasiones se traduce en una declaración implícita, y que en el fondo lo que se examina es su equivalencia a esa declaración verbal; y en cualquier caso, observada previamente la forma al contratar, no es seguro que la declaración de voluntad dirigida a la confirmación de un contrato que ya es provisionalmente válido, por fuerza haya de reduplicar la forma del contrato.

También habría acaso de matizarse la afirmación de ser, la declaración expresa de confirmar, acto recepticio, por cuanto «la finalidad de la citada declaración no se cumpliría si no llegase a conocimiento de la otra parte del contrato. La confirmación se halla destinada a conferir certidumbre a una relación caracterizada por la falta de ella; la confirmación es una declaración hecha *en favor* de una determinada parte del contrato anulable, precisamente la que no estaba legitimada para invocar la anulabilidad; esta parte es la especialmente interesada en que la incertidumbre, la precariedad, sean suprimidas; tras la confirmación, no podrá temer el ejercicio de la

acción de anulación de la parte legitimada para ella. Además la esfera jurídica del otro contratante queda afectada por la confirmación».

Desde luego, y según explica el autor con detalle en la primera parte de la obra, la confirmación no es una simple renuncia del derecho a impugnar, pero en lo que tiene de renuncia parece claro que no precisa comunicación.

Confirmación tácita

La confirmación tácita es inferida de actos o conductas que, con arreglo a un criterio práctico, empírico, impliquen o indiquen con claridad la intención de confirmar.

Frente a la afirmación de DÍEZ PICAZO de que la confirmación tácita no debe fundarse en una voluntad que ha de ser inducida a través del acto, sino entenderse producida objetivamente, por virtud de la regla que consagra la inadmisibilidad de contradecir el sentido de la propia conducta (*venire contra factum proprium*), entiende CLAVERÍA que «la figura contemplada en el inciso 2.º del artículo 1.311 del Código civil no es una mera aplicación del principio según el cual no está permitido ir contra los propios actos: si lo fuese, el efecto confirmatorio se produciría independientemente de la voluntad del agente o incluso sin ella; la impugnación estaría vedada a éste, no porque hubiera mostrado su intención de desprendérse de la facultad de llevarla a cabo, sino porque tal impugnación constituiría un atentado contra la buena fe en sentido objetivo... dado que había realizado precedentemente un *acto propio*, consistente, por ejemplo, en la ejecución del contrato anulable. Nada más lejos de la voluntad del legislador español al redactar el inciso 2.º del artículo 1.311 mencionado: para que se dé el efecto confirmatorio se requiere voluntad confirmatoria; estamos ante una verdadera manifestación tácita de la voluntad: el citado precepto contempla un conjunto de *facta concludentia* y no un *factum proprium*».

«Este carácter estrictamente voluntarista de nuestra figura explica y justifica cumplidamente la posibilidad de excluir la atribución, a una determinada conducta, del valor confirmatorio como consecuencia de la protesta o reserva hecha expresamente por el autor de dicha conducta: si, conociendo el motivo de anulabilidad y habiendo ésta cesado, el legitimado para invocarla ejecuta un acto que lógicamente implica intención de no hacerlo nunca (vg., cumple su prestación), pero advierte que su comportamiento no debe ser reputado confirmación, tal conducta carece de valor confirmatorio».

La confirmación tácita es una verdadera declaración: en cualquier caso, «una manifestación indirecta de voluntad que podría ser llevada a cabo a través de un comportamiento ejecutivo (éste es el caso normal) o de un comportamiento declarativo; el comportamiento será ejecutivo, por ejemplo, si el legitimado a la impugnación exterioriza su intención de confirmar cumpliendo la prestación a la que le obligaba el contrato anulable, recibiendo la prestación de la otra parte o destruyendo físicamente el objeto de ésta

una vez recibida; por el contrario, el comportamiento será declarativo si, por ejemplo, vende a un tercero, en documento público o privado, el bien que recibió en virtud del contrato viciado referido».

El autor hace seguidamente una muy completa relación de las conductas que pueden constituir confirmación tácita, examinando los problemas particulares de cada supuesto. En cuanto al artículo 1.314, piensa, con DÍEZ PICAZO, que hay confirmación tácita en el caso de pérdida de la cosa que sea objeto del contrato por dolo del facultado para impugnar el contrato, y no por culpa; opinión de la que no ha participado ulteriormente DELGADO ECHEVERRÍA, quien excluye aquí en ambos casos la naturaleza confirmatoria del acto. Por mi parte, creo que determinados eventos de destrucción intencionada de la cosa debida pueden cumplir los requisitos del artículo 1.311, y entonces supondrán confirmación, pero ésto no sucede siempre y necesariamente, de modo que puede haber casos de dolo a los que sea aplicable el artículo 1.314 y no el 1.311.

Acaso merecería este artículo 1.314 —aun situado fuera del área de estudio anunciada por el título de la obra— una más detenida consideración, y en particular su párrafo 2.º, supuesto que una pérdida del objeto que obligue a indemnizar no es incompatible con la menor edad de quien destruye la cosa (sobre todo, si tiene conocimiento suficiente), ni menos con los otros eventos de incapacidad. De tal precepto cabría deducir, por lo demás, un argumento en favor del carácter confirmatorio de la destrucción consciente de la cosa: hay confirmación cuando el que la destruye es capaz, y no la hav, por defecto de capacidad para confirmar, en otro caso, si bien, aún entonces —es decir, cuando el destructor de la cosa es incapaz— pueden tener aplicación los artículos 1.303 y 1.308.

¿Es el simple transcurso del plazo al que hace referencia el artículo 1.301 un modo de confirmación tácita? O sea: ¿cabe deducir del transcurso del plazo de caducidad de la acción anulatoria una intención confirmatoria? El autor critica la opinión de DÍEZ PICAZO, quien, defendiendo la vigencia del principio de no caducidad de la excepción de nulidad (anulabilidad), hace depender, «guiado por una orientación puramente efectualista, la adscripción de la figura del vencimiento del mencionado plazo al instituto de la confirmación, del hecho de que el contrato haya sido o no cumplido». Cita asimismo la opinión de GULLÓN, que considera sin distingos el transcurso del plazo a que alude el artículo 1.301 como una forma de confirmación tácita. El, por su parte, no está de acuerdo con ninguno de ambos autores. «Es cierto —dice— que los efectos de la decadencia de la acción anulatoria coinciden plenamente con los de la confirmación en el supuesto de que la prestación del contratante legitimado para impugnar se haya realizado ya, puesto que entonces la excepción de anulabilidad es impensable. Pero, a diferencia de lo que opinan DÍEZ PICAZO y GULLÓN, tal coincidencia de efectos de modo alguno debe movernos a mantener la tesis de que una figura se halla con respecto a la otra en una relación de género a especie; se trata, por el contrario, de figuras diferentes, que tienen fundamentos distintos: la confirmación es un negocio jurídico; la caducidad de la acción de anulación, sólo un medio técnico de proporcionar estabilidad y fijeza a las relaciones

jurídicas impuesto directamente por la ley al margen de la voluntad de los particulares».

Otros problemas

Examina el autor, el de si cabe confirmar solamente algunas de las estipulaciones de un contrato, y no otras, supuesto que, según la opinión más autorizada, nuestro sistema admite la nulidad (o anulabilidad) parcial. Aun así, cree que confirmar una parte del contenido del contrato anulable será viable en determinados supuestos, y no en otros, según la hipotética intención de los contratantes acerca de la porción del negocio que queda válida trata la amputación de la inválida.

Se detiene asimismo en el estudio del «contrato de confirmación», o sea, «el acuerdo de voluntades en virtud del cual la persona legitimada para impugnar y confirmar un negocio anulable se obliga, con contraprestación o sin ella, frente a la otra parte del negocio anulable o frente a un tercero interesado, a confirmar dicho negocio inmediatamente o dentro de un plazo».

Se trata de un contrato atípico o innominado que, en principio, tiene perfecta cabida en nuestro Derecho, y que puede celebrarse, por el facultado para impugnar, con persona distinta de la otra parte del contrato impugnable.

«Si la confirmación es, por definición, negocio unilateral, el contrato de confirmación es, como todo contrato, negocio bilateral (y puede ser plurilateral); ahora bien, puede, a su vez, ser contrato unilateral o bilateral, gratuito u oneroso, según se pacte o no un precio o contraprestación a cargo de la persona interesada en la confirmación y no legitimada para ella». Este contrato tendrá su propia *causa*, que no es la de la confirmación misma: en cuanto a ésta, cree CLAVERÍA, con PIAZZA, que «no es correcto hablar de confirmaciones onerosas ni gratuitas ni defender que el acto de confirmación, dada la posibilidad de verificarse a cambio de otra prestación o sin que ésta exista, pueda ser reputado *negocio con causa variable* o negocio abstracto: el negocio confirmatorio desempeña una función tipificada y descrita por el Ordenamiento jurídico, siendo totalmente innecesario indagar fuera de él una justificación causal de sus efectos». Piensó, con todo, que en el caso de confirmación procedente de un acuerdo entre las mismas partes contratantes, tal acuerdo opera como *causa* de la declaración de confirmar, que pierde su unilateralidad en cuanto ambas partes la han contemplado en su función de prestación proveniente de una de ellas en virtud de convenio.

Negándose a confirmar el contratante que se obligó a ello, cree CLAVERÍA que «la confirmación es un derecho de naturaleza demasiado delicada para que pueda ser coartado su titular a ejercerlo; quien confirma, realiza una conducta puramente técnico-jurídica, no ejecutiva y, por tanto, inejecutable en caso de incumplimiento del obligado. Por otra parte, la posibilidad de una *confirmación judicial* es algo que pugna abiertamente con el régimen de la confirmación presentado por el legislador español». «En síntesis, el

contrato de confirmación no produce los efectos propios de la confirmación misma ni faculta al acreedor de ésta a obtener del Juez una resolución que produzca eficacia confirmatoria; el contrato de confirmación obliga, sí, a confirmar, pero de un modo imperfecto, más tenue; el incumplidor deberá indemnizar los daños y perjuicios producidos por la ausencia de confirmación o por el ejercicio de la acción anulatoria».

Finalmente, el autor examina si cabe que una declaración de confirmar sea meramente anulable, y no nula, de modo que, realizada por un incapaz o con vicio de la voluntad, sea provisionalmente eficaz e impida la impugnación del contrato anulable al que pretende afectar, hasta que ella misma sea impugnada y anulada. El se inclina por la negativa: en primer lugar, porque si el artículo 1.311 no concede efectos confirmatorios a determinados comportamientos realizados sin que haya cesado la *causa de nulidad* (más exactamente, anulabilidad), de ahí resulta que una confirmación sin haber cesado la causa de nulidad es absolutamente inválida, no teniendo eficacia ni siquiera provisional. «Si la confirmación pretende destruir la incertidumbre provocada por la anulabilidad, no puede padecer ésta: una pretendida confirmación anulable, si deseamos ser coherentes con la naturaleza jurídica propia de cada una de las figuras que en este momento manejamos, conferiría precariamente carácter definitivo a la eficacia de un contrato anulable, lo cual es una *contradiccio in terminis*».

Final

He expuesto, espigando aquí y allá en la obra, alguna de las tesis que me han parecido más interesantes. Contiene muchas otras, junto con abundantes referencias a las tesis de autores latinos y alemanes (pocas, en cambio, a la historia, si se prescinde de alguna alusión a las «Concordancias» de GARCÍA GOYENA) y a la doctrina española actual, exhaustivamente consultada. Es un libro equilibrado, útil, práctico para la interpretación y entendimiento del Código civil, con todo el andamiaje teórico preciso, pero sin exagerar su dosis ni su importancia. Un buen libro, asombrosamente maduro dada la juventud de su autor; otrosí, una aportación de primera calidad a la doctrina y la práctica de nuestro Derecho civil.

José Luis LACRUZ BERDEJO

2. «Apariencia jurídica y representación»

GORDILLO, Antonio: «La representación aparente (una aplicación del principio general de protección de la apariencia jurídica)». Con prólogo de J. B. Jordano Barea. Publicaciones de la Universidad de Sevilla. Sevilla, 1978, 502 págs.

El uso inadecuado y desmedido de adjetivos encomiásticos aplicables a cualquier obra o actividad en la vida actual hace que tenga que retraerme al expresar mi juicio crítico sobre la presente obra, pues el lector de estas líneas no comprendería la importancia del libro en cuestión si afirmase yo —sin demostrar mi aseveración— que nos hallamos ante una obra sencillamente extraordinaria. Extraordinaria en el sentido más genuino de este término, es decir, fuera de lo ordinario. Es, en efecto, una obra fuera de lo común por sus pretensiones (repárese en el significado y en el alcance de su subtítulo); es una obra fuera de lo común por sus logros (sobre los que hablaré más adelante); es una obra fuera de lo común no porque deje resueltas todas las cuestiones, sino porque abre un camino casi insospechado; es, en fin, una obra fuera de lo común porque —y esto es muy sorprendente— la singular maestría del autor «envuelve» a veces al lector de tal modo que le impele a considerar indiscutible lo que, huyendo de la seducción de las páginas del libro, es discutible. Porque —digámoslo ya— uno de los mayores atractivos de esta espléndida obra reside, para mí, en mi relativo desacuerdo con lo que pretende demostrar su autor en ella.

Se compone esta nota de dos partes bien diferenciadas: un resumen del libro objeto de estudio y unas reflexiones críticas.

* * *

Vayamos primeramente al contenido. Encuentra el lector al principio del volumen un prólogo del profesor Jordano Barea, director de la tesis doctoral en que consistió este estudio. Se trata de un prólogo breve y preciso en el que el profesor Jordano presenta el tema, hace referencia a los puntos fundamentales del trabajo de A. Gordillo y, superando opiniones propias, acoge la opinión de su discípulo referente a que la protección de la apariencia es ya hoy un principio general del Derecho español.

La obra de Gordillo tiene tres partes, divididas en capítulos.

La 1.^a (I. Delimitación negativa: se rechaza la concepción separada de la representación) se compone de cuatro capítulos, en los cuales se fija la vinculación existente entre representación y relación-base que la sustenta, pretendiéndose con ello no sólo clarificar términos y perfilar conceptos, sino también mostrar el espacio libre que queda para la apariencia. En el capítulo 1.^º (pág. 15 a 53), tras definir la representación como «actuación en nombre ajeno con eficacia directa sobre el representado» (pág. 15) y distinguir, en torno a ella, el fundamento en que reposa (apoderamiento, *Bevollmächtigung*), el poder en que se cifra (poder, *Vollmacht*) y el docu-

mento en que a veces se refleja (documento del poder, *Vollmachtsurkunde*) (págs. 17-18), se pronuncia Gordillo, combatiendo las tesis que, reputando al apoderamiento acto jurídico en sentido estricto, pretenden desconectar sus efectos de la voluntad de su autor, a favor del carácter negocial del apoderamiento, dado que el contrato-base es indudablemente negocio y «dado el ser accidental del poder de representación respecto a la situación creada por el contrato-base que lo fundamenta» (pág. 24), aludiendo antes a que la regulación de los diversos Códigos civiles relativa al cometido configurador del poder por parte del poderdante reafirma dicha naturaleza negocial (págs. 19-25); tras afirmar que el apoderamiento es una declaración unilateral (págs. 25-27) y no recepticia (págs. 27-34), pasa el autor a tratar de los requisitos de la actuación representativa, que, según él, son dos: el poder de representación y la *contemplatio domini* (págs. 34 y ss.); el poder representativo consiste en una legitimación indirecta o excepcional de segundo grado (págs. 38 y 39); con respecto a la *contemplatio domini*, en cuya virtud el representante actúa en condición de tal y da a conocer al tercero la persona del destinatario de los efectos del negocio que concluyen representante y tercero (pág. 47), Gordillo insiste en su necesidad, oponiéndose a algunas tesis que pretenden, desde puntos de vista diversos, lo contrario (págs. 45-53). El capítulo 2.^º (pág. 55-80) está destinado a demostrar la dependencia de la representación en su ser, respecto del contrato-base; Gordillo se enfrenta abiertamente a quienes, movidos por la conveniencia de proteger al tercero de buena fe, escindieron la vida del mandato y la vida del poder, arguyendo la abstracción de éste y, por ello, su autonomía frente a aquél; considera el autor que no cabe representación verdadera sin contrato-base válido, siendo la representación, como modalidad o cualidad del mandato, un puro accidente que, como tal, requiere para su existencia una substancia: el mandato (pág. 64); para Gordillo, si a veces (p. e., en caso de mandato inexistente o viciado) los terceros de buena fe son protegidos por confiar en el poder, no se debe ello a la abstracción de éste, sino a la inmisión de un principio distinto, no produciéndose entonces tales efectos en virtud de la representación; dicha dependencia de la representación respecto al contrato-base se da no sólo respecto de su nacimiento, sino también respecto de su régimen y de su funcionamiento; «No hay..., entre nosotros, abstracción del poder, sino únicamente un efecto reflejo de la protección de los terceros de buena fe» (pág. 79): la abstracción, por otra parte, no protege nunca al tercero más que el principio de protección de la apariencia (la abstracción no protege al tercero de mala fe) y, a veces, lo protege menos (piénsese en el supuesto de irregularidad del mismo negocio de apoderamiento) (págs. 78 y 79); para Gordillo, en síntesis, mandato y representación son figuras distintas, siendo posible la existencia del primero sin la segunda; pero ésta no puede darse sin aquél. Insiste en las mismas ideas, con valiosas matizaciones, el capítulo 3.^º (págs. 81-101), en el que Gordillo indica que la extensión del poder coincide necesariamente con la del mandato subyacente (no siendo admisible hablar de «instrucciones internas» del mandante al mandatario que, por no contenerse en el poder, son inoponibles al tercero); lo que sucede

es que, con independencia de ello, el Derecho sanciona la eficacia frente a terceros de buena fe de aquellos actos que se comprendan dentro de la esfera aparente del poder de representación; en este supuesto, los efectos producidos tienen su origen en la ley y no, como ocurriría si se tratase de representación real y verdadera, en la voluntad privada creadora y configuradora del poder (págs. 93-94); algo similar sucede en el supuesto de abuso del poder: la irrelevancia frente a terceros de dicho abuso no se explica por una pretendida desconexión del poder respecto del mandato o por una amplitud menor de éste respecto de aquél, sino por la intervención de la ley ante la buena fe de los terceros, intervención acaecida al margen de los negocios de mandato y apoderamiento (págs. 95-101). El 4.^º capítulo (págs. 103-128) consolida aún más la vinculación entre apoderamiento y negocio causal subyacente observando dicha vinculación desde la perspectiva de la extinción del poder de representación: «Entre sus causas —escribe nítidamente Gordillo, a modo de conclusión— ha de enumerarse... la de su relación-base; y, a su vez, la irrevocabilidad del poder sólo se explica como el resultado de la influencia sobre éste de la causa atípica compleja que justifica el conjunto negocial en que el mismo se integra. Y de todo ello, una importante consecuencia: siempre que tras la extinción de la relación causal se produzcan en relación con el tercero los efectos propios del poder, no será porque éste se considere subsistente, sino porque la ley así lo dispone en función de un interés digno de tutela» (pág. 128). En síntesis, el causalismo es, en nuestro Ordenamiento, terminante; cuando el tercero es protegido lo es por intervención legal ante su buena fe, no como consecuencia de una pretendida independización del poder como tal.

La 2.^a parte (II. Positivamente: funcionamiento de la representación aparente) se compone de cinco capítulos, precedidos de una corta pero expresiva introducción, en la que, recapitulando primeramente sobre lo dicho en la 1.^a parte, se distingue luego la representación aparente de la actuación del llamado *falsus procurator*, afirmándose que no todo *falsus procurator* es representante aparente: la apariencia de representación «... descansa sobre un dato objetivo o de hecho que, en la representación aparente ha de implicar de algún modo al *dominus*. Dándose este elemento objetivo y supuesta la buena fe del tercero, el Derecho operará el milagro de convertir en realidad lo que sólo es apariencia» (pág. 132); si, por el contrario, el *falsus procurator* no es representante aparente, sólo gozará el tercero de la protección que le da la responsabilidad del pseudorrepresentante culpable, no siendo afectado en absoluto el *dominus* (págs. 132-133). El capítulo 1.^º, referente a las cuestiones relativas al *dominus negotii* o representado (págs. 135-219), trata de fijar el modo de intervención de la persona en cuyo nombre se contrata, en la representación aparente; como antes se sugirió, para que se dé ésta y no mera actuación de *falsus procurator*, es necesaria la implicación del *dominus*, implicación que no consiste en una voluntad regular y perfecta de la actuación concreta del representante, pues entonces no estaríamos ante apariencia, sino ante una representación real; ni tampoco en la voluntariedad del *dominus* en la creación de la apariencia, ni en su culpabilidad respecto del mantenimiento de ésta; la repre-

sentación aparente no supone voluntariedad del *dominus* en la creación de la apariencia, sino que su implicación queda suficientemente explicada por haberse producido ésta en la esfera de riesgo del *dominus* (pág. 183): «El riesgo —escribe Gordillo—, precisamente por ser un criterio objetivo de imputación, no requiere ni creación consciente de la apariencia, ni previsión de su posibilidad...», consistiendo en «... la mera *referibilidad objetiva* al *dominus* de la apariencia de representación fundada, bien en el comportamiento del mismo, bien en actuación desarrollada en su ámbito de dirección y control (familiar o profesional)» (pág. 212); invoca a favor de su tesis algunos textos de Derecho extranjero (Códigos civiles de Alemania, Italia, Portugal y Francia) y de Derecho español (arts. 1.734 y 1.738 C. c. y algunas sentencias del Tribunal Supremo) (págs. 178-183); aclara, no obstante, el autor más adelante (págs. 212 y ss.) que en los casos de representación legal —que son supuestos de «apariencia pura»— tal implicación del *dominus* —menor, incapacitado— no se requiere, fundándose entonces la buena fe del tercero en una situación objetiva —distinta de la descrita implicación— que viene dada por la publicidad legal o por alguna actuación pública u oficial (pág. 214); especialmente llamativas son las páginas que Gordillo dedica, dentro de este capítulo, a distinguir conceptualmente la representación aparente del apoderamiento tácito, llegando a afirmar que en la práctica se confunden, pues los datos reveladores de la existencia de la voluntad de apoderar suelen ser los que determinan, simultáneamente, la implicación del *dominus* en la *species facti* aparente (pág. 153); o las páginas que dedica a defender la irrelevancia de los vicios de la voluntad del *dominus* (págs. 185 y ss.). El capítulo 2.º (cuestiones relativas al representante) (págs. 221-253) muestra la función que desempeña el representante aparente; según Gordillo, en la hipótesis de apariencia de representación, el representante aparente y el *dominus* no tienen por qué actuar necesariamente de modo conjunto, contribuyendo, en un mismo plano, a la formación de la apariencia: por el contrario, *implicado* efectivamente el *dominus*, es el representante quien, presentándose como tal, crea una concreta apariencia representativa utilizando o sirviéndose de las circunstancias (pág. 223); el capítulo en cuestión, sentado esto, insiste en la diferenciación de la responsabilidad del representante según se produzca frente al *dominus* o frente al tercero: si tal representante es un mero *falsus procurator*, pero no un apoderado aparente, surge una responsabilidad ex confianza de éste frente al tercero que confió en sus declaraciones (sin perjuicio de su posible responsabilidad frente al *dominus* por eventual incumplimiento del contrato de mandato); en tal caso cabe plantear la posibilidad de que, a modo de indemnización, el tercero resulte protegido por el representante a través de la prestación que se habría derivado del negocio representativo válido (posibilidad contemplada en el § 179 *BGB*, pero no en el artículo 1.398 del *Codice*); por supuesto, si el «representante» de que hablamos es un auténtico representante aparente, será el *dominus* el acreedor de su deber de resarcimiento, pues es éste quien padece el hecho de quedar vinculado al tercero por unos efectos que no quiso o que quiso en otros términos; en uno y otro caso, la responsabilidad del pseudorrepresentante depende (claramente en los Ordenamientos francés y español, menos claramente en el alemán)

de su culpabilidad; especialmente interesante es la meditación del autor sobre el art. 1.738 de nuestro C. c., precepto que no contempla sólo situaciones de apariencia *stricto sensu*, sino también (tal vez preferentemente, diría yo) de protección de la simple confianza del representante; por supuesto, cree Gordillo que la buena fe del pseudoapoderado no se requiere para la protección de la apariencia, requiriéndose, por el contrario, para la concreta protección de la confianza en favor del representante (protección que beneficia reflejamente al tercero) que dicho texto legal impone (págs. 240, 245, 246, 250 y 251): la protección de la apariencia viene, en sede de representación, tratada, en nuestro C. c., en los arts. 1.733 y 1.734 (ampliados en su alcance por la jurisprudencia), siendo el art. 1.738 un precepto que alude *también* a otros modos de protección del tercero que no consisten en la protección de la apariencia en sentido estricto: «A través... de la protección del representante —escribe el autor, a propósito del artículo 1.738— comprobamos la existencia de un nuevo modo de protección del tercero, distinto del normal y ordinario en que consiste el expediente de la representación aparente. La tutela del tercero transcurre normalmente por los cauces de la protección de la apariencia; excepcional e indirectamente se obtiene —no como fin, sino como resultado— mediante la protección de la confianza del representante» (pág. 251). El capítulo 3.^º (cuestiones relativas al tercero) (págs. 255-316) comienza con la insistente afirmación de que el expediente de la protección de la apariencia jurídica requiere un elemento objetivo (la apariencia en sí —recuérdese lo dicho precedentemente sobre la implicación del *dominus* y la actuación del representante en nombre de aquél—) y un elemento subjetivo (la buena fe del tercero); faltando uno de estos elementos no puede operar el referido expediente; penetrando en el concepto de buena fe, aclara Gordillo que la buena fe del tercero de la que hablamos es lo que habitualmente se denomina «buena fe en sentido subjetivo» (pág. 267), consistente en una «... actitud psicológica que comprende en sí, junto a un elemento negativo de ignorancia o error acerca del dato determinante de la apariencia (art. 433 del Código civil), otro positivo de creencia o confianza en la realidad de la situación que aparece (art. 1.950 C. c.)» (pág. 268); aclara el autor, en concreto, que la buena fe del tercero, protegida por el Derecho al recaer sobre una apariencia engañosa, puede describirse como «... una situación psicológica cifrada en un estado de error o ignorancia, ética y jurídicamente calificada de inculpable y determinante de una actuación realizada en la convicción de su juridicidad y en la confianza de su intrínseca eficacia» (págs. 271-272), debiendo darse, en calidad de presupuestos de operatividad de dicha buena fe, una relación causal entre apariencia y buena fe y entre buena fe y conducta posterior del tercero (págs. 274 y ss.); supone la buena fe diligencia, no siendo protegido el tercero que ignora la realidad por negligencia; ello implica ordinariamente la necesidad de que el tercero, para ser protegido, exija al representante la demostración de sus poderes, siendo, sin embargo, la notoriedad eximente de dicha necesidad de comprobación del poder (págs. 276 y ss.); aclara, en concreto, Gordillo que, por otra parte, la lectura del documento en cuestión por el tercero no le preserva indefectiblemente del error (inculpable), convirtiéndose, a veces, el mismo docu-

mento en apariencia (pág. 282); la buena fe del tercero se presume (arg. análogo ex arts. 433, 434 y 464 C. c. y 34 LH), debiendo el *dominus* probar la mala fe; al tercero sólo incumbe probar la situación de apariencia, situación de la que cabe inferir precisamente su buena fe (pág. 288); puntualiza el autor, al describir la función de la buena fe, que ésta es «... el dato fundamental y radicalmente desencadenante de la medida legal de protección» (pág. 290), no siendo la producción de la apariencia de representación en el área de riesgo del *dominus* y la actuación representativa dentro de dicha apariencia, sino sólo el lado objetivo o «elemento visible» de la compleja *species facti* aparente (págs. 290-291); añade que el *actus contrarius* notificador de la limitación o extinción del poder, desvanecedor de la apariencia, ni es necesario (el tercero puede conocer la «realidad» por otro camino) ni, en caso de su ineffectividad sin culpa del tercero, suficiente, pues no se trata de sancionar al *dominus*, sino de proteger al tercero (pág. 301); finaliza el capítulo con unas referencias a la publicidad registral como modo artificial de creación de apariencia, expresándose la opinión de que la publicidad registral no excluye, en nuestro Ordenamiento, otros modos de apariencia y de que, como sucede —según antes se dijo— respecto de la documentación del poder, no puede exigirse comprobación registral a quien de buena fe se apoya en una situación notoria (pág. 316), pudiendo triunfar la apariencia «natural» o «espontánea» sobre la publicidad registral (apariencia artificial no notoria) (pág. 316). El capítulo 4.º (Eficacia de la representación aparente: su explicación) (págs. 317-347), tras un *excursus* a través de las opiniones relativas al tipo de ineficacia que origina la representación sin poder y tras la exposición, muy razonada, de la tesis, según la cual estamos ante «una nulidad equivalente a inexistencia» (págs. 333-334) (siendo colofón de ello la función creativa que, según Gordillo, tiene la ratificación) (págs. 337-338), se destina a señalar que la interferencia de las normas protectoras de la apariencia en el negocio celebrado por representante sin poder no convalida ni sana el negocio frente al tercero: el negocio es tratado frente a éste «... como si fuera válido y eficaz, arrancando su eficacia, no del negocio en su mismo ser, sino... de la ley» (página 340); por ello califica el autor la adquisición del tercero de originaria, si bien con alguna matización importante (págs. 346-347). Por último, el capítulo 5.º (La protección del tercero de buena fe frente a otras alternativas de solución) (págs. 349-374) se dedica, en animada polémica con diversos sectores de la doctrina, a demostrar que «... la protección de la apariencia... es... una institución a se, que responde a un fundamento propio y específico y que se explica suficientemente por sí misma, sin necesidad de ser apuntalada desde figuras distintas» (pág. 374); critica Gordillo las posiciones de los que han pretendido explicar la protección de la apariencia acudiendo al concepto de legitimación (pág. 350-356), al de culpa del *dominus* o *factum proprium* de éste (págs. 356-359), al de simulación (págs. 359-365), al de gestión de negocios (págs. 365-369) y al de enriquecimiento sin causa (págs. 370-374); especialmente interesantes son las reflexiones sobre la llamada «legitimación extraordinaria» (que ni es verdadera legitimación ni explica la protección de la apariencia) y sobre la simulación (la simulación no explica la apariencia, sino justamente al revés: la apariencia explica

una faceta del régimen jurídico de la simulación: la protección del tercero que confía en el negocio aparente).

La 3.^a parte (III. La protección del tercero de buena fe, como principio general en nuestro Código civil) se compone sólo de dos capítulos. En ella el autor sale de la contemplación de la figura concreta de la representación aparente para afrontar directamente —como reclama el subtítulo del libro— la problemática de la protección de la apariencia jurídica en general. Hasta este momento, Gordillo extrajo, en su meditación sobre la representación aparente, pautas y datos de preceptos del Código español relativos al mandato, pero, al mismo tiempo, explicó, integró y sistematizó la figura de la representación aparente al margen del mecanismo puramente representativo y *contando con un principio general de protección de la apariencia*; ahora se trata de indagar si efectivamente cabe extraer dicho principio de nuestro Derecho positivo: en un texto crucial se pregunta nuestro civilista: «¿No habremos construido un castillo de naipes? ¿Tiene base legal suficiente el conjunto de nuestra elaboración? ¿Es posible inducir de las disposiciones antes citadas un principio más amplio de protección de la apariencia?» (página 378). Se halla destinado el capítulo 1.^º (Comprobación de la existencia de tal principio) (págs. 377-440) a responder a esta pregunta que parece ser justamente la que, hace algunos años, se hizo el autor al emprender su trabajo; tras un breve recorrido a través de la doctrina, se examina el Derecho positivo español, escogiendo preceptos que, a primera vista, parecen establecer o implicar protección al tercero: estudia Gordillo, desde la perspectiva que le interesa, los arts. 197, 464, 645 y ss., 974 y ss., 1.124, 1.160, 1.164, 1.295-1.298, 1.473, 1.510, 1.526-1.527, 1.540, 1.693-1.695-1.698, 1.734-1.738 (remitiéndose a lo antes escrito), 1.765, 1.778 y 1.897 C. c. y el art. 275 de la Compilación de Cataluña, refiriéndose seguidamente a la protección legal del tercero operada a través del instituto de la publicidad registral, a través del instituto de la forma y a través de la notoriedad; especialmente sugestivas son las reflexiones que, en tal sentido, hace el autor sobre el matrimonio putativo y sobre la llamada «capacidad aparente»; de todos estos datos jurídico-positivos (a los que se añaden otros, pertenecientes a otros sectores del Ordenamiento —Derecho mercantil, administrativo, etcétera—) infiere el autor que nos hallamos ante algo más que un mero principio lógico informador de hipótesis singulares, debiendo afirmarse, por el contrario, que la protección de la apariencia es «un auténtico principio de aplicación general en nuestro ordenamiento civil» (pág. 430), tesis que refuerza Gordillo invocando seguidamente algunas sentencias del T. S. (págs. 431 y ss.) que, según él, conducen a la misma conclusión: «... la protección de la apariencia es algo más que una medida excepcional de exclusiva y restrictiva aplicación en los casos en que la ley expresamente lo permite. Se trata de un auténtico principio general rigurosamente inducido del ordenamiento: informador, por ello, del mismo y... criterio de interpretación y de integración del mismo» (pág. 435); siendo esto así, ¿qué alcance tiene entonces el principio *nemo plus iuris in alium transferre potest quam ipse habet*? ¿No es contradictorio con el de protección de la apariencia? Para Gordillo, el principio «*nemo plus iuris...*» es solamente una regla lógica (pág. 437), «... constituye o expresa la norma lógica, indicadora

del valor a se de la actuación jurídica y aplicable a las relaciones *inter partes*» (pág. 439); llega hasta donde se encuentra con el correctivo de equidad que entra en acción al aparecer en escena el tercero de buena fe (página 439). El capítulo 2.º (Condiciones de aplicación y fundamentación del principio de protección de la apariencia) (págs. 441-475) se dedica a describir los límites y las condiciones de aplicación de dicho principio, cuyo significado es «la equiparación instantánea y definitiva entre apariencia y realidad en relación con el tercero de buena fe» (pág. 442); para que se produzca esta equiparación se requiere buena fe en el tercero, objetividad de la situación aparente y onerosidad de la adquisición, no siendo, por el contrario, necesaria la imputabilidad de la apariencia creada a la persona a cuyo cargo se protege al tercero; examina Gordillo algunos supuestos especiales en los que la apariencia protege no al tercero, sino a la parte (capacidad aparente y matrimonio putativo), así como la cuestión relativa a la operatividad del principio fuera del ámbito del Derecho patrimonial, exigiéndose, también entonces, que se trate de tercero y que éste actúe de buena fe; particularmente interesante es la distinción entre protección de la apariencia *stricto sensu* (objeto de este estudio) y protección de apariencia en sentido amplio (casos, p. e., de prescripción adquisitiva o de protección interdictal) en la que la equiparación o es provisional o no es instantánea: la usucapión, p. e., es un modo de protección de la apariencia (en sentido amplio) *inter partes*; «... respecto a terceros actúa la adquisición instantánea como consecuencia de la superposición de la apariencia sobre la realidad en homenaje a la buena fe de aquéllos» (pág. 446); por último, el autor fundamenta el principio de protección de la apariencia en la buena fe, derivando de ello el destacado componente ético de la teoría de la apariencia; no se funda la citada protección directamente en la necesidad de agilización y seguridad del tráfico, lo que llevaría a la conclusión de que el principio en cuestión encuentra aplicación específica y preferente en aquel sector del Ordenamiento en el que la protección del tráfico es más perentoria, el Derecho mercantil; por el contrario, fundándose en la buena fe, el principio de protección de la apariencia halla aplicación también en el Derecho civil, en el que no actúa como expediente excepcional, sino como criterio informador de valor general.

El estudio de Gordillo finaliza con unas «Conclusiones», esquemáticamente formuladas (págs. 477-479), en las que resume lo dicho en su obra. Las conclusiones son nueve; las siete primeras se refieren a la representación aparente, y las dos últimas, al principio general de protección de la apariencia jurídica.

* * *

Lo primero que, a mi juicio, debe plantearse a la hora de enjuiciar esta singular obra es la cuestión de su concreta finalidad: ¿Ha pretendido el autor indagar una supuesta vigencia del principio general de protección de la apariencia utilizando el régimen de la representación como medio preferente de llegar hasta él? ¿Ha querido, por el contrario, investigar sobre la representación aparente apoyándose en un pretendido principio general

que infiere de todo el Ordenamiento? Parece que la verdad se acerca más a esta última alternativa, siendo factor indicativo de ello, entre otros, el título del libro; no obstante, una observación atenta nos revela que, en la intención del autor y en el desarrollo de su pensamiento, la demostración de la vigencia, en Derecho español, del principio de protección de la apariencia jurídica es algo más que un medio para investigar la regulación de la representación aparente: como muy bien dice el prólogo, Gordillo (... ha centrado su atención en el punto en que confluyen representación y apariencia» (pág. 7); lo que tal vez sucede es que el autor pretende fundamentalmente detectar el citado principio preferentemente *a propósito* de la problemática de la representación: tesis, pues, realmente bifronte, lo que plantea cierta complejidad metodológica que paso a describir.

Conviene indicar previamente que por «principio general» no parece entender Gordillo lo que entiende, por ejemplo, De Castro; se refiere probablemente el autor —aunque nunca lo diga expresamente— a un principio positivo al estilo de Esser, principio susceptible de ser inducido de los preceptos concretos de la ley.

La representación aparente, como muy expresivamente afirma Gordillo, nada tiene de representación y todo de apariencia; en sede de representación y de mandato escasas pautas hallamos en el C. c. español para estudiar su régimen jurídico: éste cobra vida y adquiere sentido, sistema y cohesión lógica —y Gordillo lo demuestra de manera magistral— precisamente a la luz del principio de protección de la apariencia jurídica; por ello me extraña el orden de colocación de las materias en el libro: partiendo —lo que no siempre es indiscutible— de que el orden de exposición debe corresponderse con el orden de investigación, considero que habría tenido quizá más sentido comenzar indagando la vigencia del mencionado principio a través de un detenido *excursus* por todo el Derecho español; averiguada la vigencia del principio aludido y hecha su formulación pormenorizada y matizada, podría haberse acometido el estudio de la problemática de la representación aparente (*rectius*, de la apariencia de representación): no es posible caminar desde las escasas y parciales normas del C. c. español sobre el mandato y la representación hasta el principio general, sino desde éste (una vez recorrido *todo* el C. c.) a las normas del mandato y de la representación: tal vez la 3.^a parte del libro podría haber sido la 1.^a. Creo, no obstante, que Gordillo *ha hecho* esto, pero es evidente que ha dispuesto la obra de modo inverso al presentarla al lector: sorprende cómo el autor construye un *corpus* compacto y de coherencia extraordinaria hasta la pág. 374, preguntándose en la 378 si no habrá edificado un castillo de naipes; hasta entonces el lector va recorriendo páginas a veces magníficas, pero que no tienen otro asiento que su cohesión lógica y débiles apoyos legales y jurisprudenciales; es cierto que se invocan abundantemente preceptos de Derecho extranjero (francés, alemán, italiano o portugués), pero escasa utilidad pueden prestarnos dichos preceptos si nuestro Ordenamiento (que es el objeto de estudio) es tan insuficiente; hasta la pág. 374 encontramos un bello edificio sin cimientos. Ello es científicamente admisible si se trata sólo de una *técnica expositiva*: todo depende de lo que se haga seguidamente. y en este punto reside el nudo de la cuestión: ¿Consigue demostrar Gor-

dillo, en la última parte de su obra, la vigencia en nuestro Ordenamiento jurídico (y, en concreto, en nuestro Derecho civil) del tantas veces mencionado principio general de protección de la apariencia? Recordemos cuál es su significado según el mismo autor: la equiparación instantánea y definitiva entre apariencia y realidad en relación con el tercero de buena fe; me pregunto si cabe extraer este principio de nuestro Derecho civil.

Me parece claro, tras la lectura de la obra de Gordillo, que no es posible afirmar que la protección de la apariencia es un expediente excepcional, siendo necesaria la interpretación restrictiva de las normas que expresamente lo empleen; pero, a mi juicio, no me parece aún aceptable la tesis de que nos hallamos ante un verdadero principio general (positivo); al menos, no estoy tan seguro de ello como lo está el autor del estudio que comento: mis reservas a la admisión de la tesis de Gordillo obedecen fundamentalmente a dos motivos:

1.º Si bien la mayor parte de los textos legales que el autor invoca a favor de su opinión favorecen la defendibilidad de ésta (sobre todo en la LH y en el C. de c., sin olvidar el art. 275 de la Compilación catalana), no todos son tan claros en tal sentido como Gordillo pretende: si lo son los arts. 464, 1.124, 1.164, 1.295, 1.298, 1.473, 1.526, 1.527 y 1.540 C. c.; pero no lo son tanto los arts. 197, 1.160 (el autor lo reconoce en este supuesto), 1.693, 1.695, 1.698, 1.765, 1.778 y 1.897 C. c.; y hay algunos textos jurídico-positivos nítidamente adversos: los de los arts. 644 y ss. (en sede de revocación de donaciones), los de los arts. 968 y ss. (en sede de reserva ordinaria), y el del art. 1.510 C. c. (en sede de retracto convencional). En algunos casos observo una cierta inversión metodológica: el autor explica o integra algunos de los preceptos referidos (que, en sí, son de interpretación difícil y dudosa) amparándose en el principio de protección de la apariencia, en lugar de tener presente que es precisamente la vigencia de este principio lo que se pretende investigar basándose en tales textos; ejemplos de ello pueden ser el texto del autor sobre el art. 197 C. c. (el C. c. no habla de buena fe, pero Gordillo la supone), los arts. 644 y ss. (tal vez el legislador sólo quiso una ineeficacia de alcance reducido, no teniendo que ser afectado el adquirente del donatario que conocía la supervivencia o superveniencia de hijos o la ingratitud) o el art. 1.510 (el C. c. no protege al tercero de buena fe, salvo en el caso de que sea protegido por la LH).

2.º No creo, por otra parte, que el principio «*nemo plus iuris...*» sea sólo una regla lógica; yo diría que es también un principio jurídico con peso propio y que responde a necesidades sociales objetivas, de las que el mismo Gordillo, aludiendo frecuentemente a García-Goyena, se hace eco.

De todo lo dicho cabe inferir mi posición de duda al respecto; a diferencia de Gordillo, yo pienso que el C. c. español no contiene una doctrina clara sobre la cuestión; a veces el tercero *resulta* protegido no por la aplicación del principio de protección de la apariencia, sino por el alcance restringido de la ineeficacia negocial o paranegocial, siendo entonces indiferente el hecho de la buena o mala fe; otras veces ni siquiera resulta protegido... Desde luego, reconozco que se detecta en el mismo C. c. y, sobre todo, en el T. S. (más intensamente aún en la legislación especial, auténtica avanzadilla en tal sentido) una tendencia hacia lo que Gordillo reputa

ya con vigencia total, pero opino que *aún* no cabe afirmar que estemos, en Derecho civil, ante un verdadero principio general. La protección de la apariencia no es, sin duda, una medida excepcional ni tampoco «mero principio lógico informador de hipótesis singulares»; yo la consideraría, *hic et nunc*, como un *topos* (en el sentido en el que emplean esta expresión Esser o Viehweg) que puede restringir, cada vez más, en los supuestos similares a los previstos expresamente en la ley, la mecánica aplicación de la regla «*nemo plus iuris...*». No obstante, el modo especialísimo de gestarse y desarrollarse el Derecho puede provocar que, a partir de ahora, lo que, como dictamen sobre la realidad me parece no totalmente exacto, llegue a convertirse en realidad: nadie ignora que *funcionalmente* jurisprudencia y doctrina son fuentes del Derecho y que sin la *iuris prudentia* (en el sentido romano de la expresión) el Derecho no evolucionaría: la obra que nos ocupa puede —y merece— hacer verdadero lo que *ahora* aún no lo es totalmente; Gordillo practica una *iuris prudentia* realista, operativa y de profunda inspiración ética: como todo innovador, utiliza el Derecho positivo de un modo muy instrumental y relativista, pretendiendo transformarlo desde dentro de su seno.

Al margen de estas observaciones estructurales y de fondo cabe hacer otras de carácter más accesorio: p. e., si bien comparto la tesis de que el negocio representativo celebrado por falso representante es nulo, no creo que dicha nulidad sea exactamente equiparable a la «inexistencia», en el sentido en que propone Gordillo, desempeñando entonces la ratificación un cometido creador; a mi juicio, el *quid facti* en que consiste el negocio celebrado por falso representante es un negocio nulo (ya existente) que puede ser *convalidado* por la ratificación, que no crea el negocio. Por otra parte, me manifiesto en desacuerdo con el texto de la pág. 322 (en nota), según el cual el negocio no es calificable por su ratificabilidad, siendo la ratificación la que debe configurarse desde la condición de la *species facti* en que opera (idea que se repite, también en nota, en pág. 335), pues la ratificabilidad es un dato legal que, si bien debe calificarse en relación a toda la problemática del supuesto, sirve también, en sí, para explicar éste, del mismo modo que no sólo la anulabilidad explica a la confirmación, sino también ésta a aquélla.

En desacuerdo estoy también con el tratamiento —brillante, por otra parte— que da el autor al tema de la apariencia de capacidad de obrar (págs. 427-430): no creo que el art. 226 C. c. aluda a ello: los actos anteriores a la «demanda de interdicción» no son actos de un aparentemente capaz, sino de una persona capaz realmente; los actos del enfermo mental no incapacitado pueden ser anulados; los del «pródigo potencial», no, aunque el tercero tenga noticias de su desorden económico y moral. Lo cual no quiere decir —en esto sí estoy conforme— que no quepa hablar de capacidad aparente en nuestro Derecho: sí cabe, pero el art. 226 no guarda relación alguna con ella.

Tras estas observaciones, que demuestran más que cuestionan la importancia de la monografía, no me resisto a reflejar en las presentes líneas mi admiración ante textos como el de la pág. 118 (crítica a una tesis de Hupka), como el de la pág. 153 (sobre la relación entre poder tácito y poder

aparente), como el de las págs. 176-177, en nota (sobre la imputabilidad al *dominus* de la apariencia), como los de las págs. 181-183 y 240 y ss. (donde se interpretan de modo habilísimo los arts. 1.734 y 1.738 C. c., sirviéndose del auxilio del T. S., sin el cual los arts. citados no serían tan convincentes), etcétera. Es digna de mención la lucidez del autor cuando, en pág. 266, escribe sobre la buena fe; o cuando, en pág. 297, se refiere a la eticidad del Derecho; o cuando, en págs. 350 y ss., trata el tema de la relación entre poder del representante aparente y legitimación; o cuando, en págs. 359 y siguientes, alude a la simulación como hipótesis de protección de apariencia (en esta sede Gordillo, tan buen conocedor del Derecho extranjero, debió citar los arts. 1.415 del C. c. italiano y 243 del portugués, que tan sólidamente refuerzan su opinión al respecto). Verdaderamente excelentes (aunque discutibles) las referencias a la usucapión (págs. 446 y 452), las polémicas con López y López, Peré Raluy y Fuenmayor (págs. 447 y ss.) sobre la aplicabilidad del principio en cuestión fuera del campo jurídico-patrimonial y sobre la posición del tercero en el Registro civil, o, sobre todo, las reflexiones finales (págs. 465 y ss.) sobre la fundamentación del principio mencionado en la buena fe del tercero.

Todo lo dicho puede ser indicativo de la importancia de la obra, excepcional por varios motivos: por la valentía de sus tesis, por la precisión de su lenguaje y por el formidable rigor lógico que se palpa en ella: el autor controla con sorprendente facilidad un manojo complejísimo de elementos a los que somete a férrea disciplina, haciéndolos caminar por una senda definida. Su capacidad para detectar errores (y, sobre todo, incoherencias) de los autores es inusitada: juristas como Canaris, Hupka, Sotgia, Falzea, etcétera, son escrupulosamente estudiados y, a veces, apisonados por la inapelable máquina en que la obra consiste: y es que ésta puede ser criticada —como sucede en las aportaciones cruciales— en sus cimientos, pero casi nunca es rebatible en su desarrollo.

No nos hallamos, desde luego, ante una buena monografía más, sino ante un verdadero replanteamiento de una de las más importantes problemáticas de nuestro Derecho privado. Podrá estarse o no de acuerdo con la tesis de Gordillo; pero pocos sectores del Ordenamiento civil pueden ser, desde ahora, investigados sin tenerla presente.

LUIS HUMBERTO CLAVERÍA GOSÁLBEZ

BIBLIOGRAFIA

LIBROS

ALONSO OLEA, *De la servidumbre al contrato de trabajo*. Editorial TECNOS, 1979, 137 páginas.

El autor nos informa de que su estudio es un intento de profundizar en el examen del artículo 1.583 del Código civil y de contemplarlo a la luz de la Historia, de la Historia de las ideas. En verdad, nos ofrece mucho más que esto, pues nos hace el regalo de un ensayo ambicioso e importante, el de examinar la realidad jurídica desde un nuevo e inexplorado puesto de observación. Se insiste, a menudo, sobre la influencia de las infraestructuras, del sistema de producción, de las clases sociales, de su lucha y del juego de intereses; se olvida en general aquella que tienen y han tenido las ideas y las ideologías en la realidad social y en las normas jurídicas. Alonso Olea ha sabido ver y mostrarnos el otro gran motor del vivir humano; el significado que ciertos pensadores han tenido en la apreciación de la relación de trabajo, ya sea como exponentes o divulgadores de ideas dominantes en la época, ya sea como forjadores de innovadoras doctrinas.

Nuestro autor ya había ofrecido estudios en los que se revelaba esta preocupación por ese aspecto tan descuidado de la ciencia jurídica; uno de ellos, de gran interés, publicado en el ANUARIO (1). Ahora aparecen ampliados y completados con otros, que constituyen partes nuevas por completo, ofreciendo así un panorama muy amplio de la doctrina sobre la esclavitud, la servidumbre, el trabajo del servidor, hasta dejarnos a las puertas del moderno contrato de trabajo.

La obra se centra en el estudio del pensamiento de los autores de la época llamada moderna, sobre el tema del trabajo. Comienza con una interesante exposición de la doctrina de Francisco de Vitoria y de su enfrentamiento a la autoridad de Aristóteles, cuya teoría de los hombres que son esclavos por naturaleza, trata de interpretar para ponerla en armonía con la doctrina cristiana. Después va examinando sucesivamente las teorías de Soto, Bodino, Suárez, Grocio, Hobbes, Espinosa, Pufendorf y su traductor Barbeyrac, Leibniz, Locke, Montesquieu, Vico, Rousseau, Pothier, Adam Smith, Kant, Bentham, Beccaria y Condorcet y Hegel, sobre los temas tratados.

La exposición de la postura de estos autores sobre el tema estudiado es clara y concisa, aunque adornada con abundantes y eruditas citas, en sus 279 notas. De entre estas notas destacan dos, por su interés especial y por su extensión, las que constituyen valiosos ensayos, con valor propio e independiente; la una sobre el espíritu del pueblo (*«Volkgeist»*), considerado desde el punto de vista de la filosofía del Derecho y de la filosofía de la Historia de Hegel (nota 108, páginas 104-108) y la otra sobre la rela-

(1) *Inalienabilidad de la persona, alienabilidad de los servicios. Apunte sobre el tema en Hegel y sus precedentes*, ADC, XXVII-IV (octubre-diciembre 1975), págs. 875-896.

ción de trabajo según la doctrina y legislación inglesa (nota 214, páginas 104-108).

Aunque pueda ser tachado de lector desagradecido, no quisiera concluir esta reseña sin hacer una petición al autor. Pienso que sería muy de agradecer que continuase y completase sus investigaciones; que nos informase sobre las relaciones e influencias de los filósofos, sobre los tratadistas de Derecho positivo, p. ej., la de Pufendorf, sobre Pothier, y, de otro lado, la que unos y otros tuvieron en formar y transformar la opinión común y en la posterior formulación de las disposiciones sobre el contrato de trabajo.

R.

NAVARRO VALLS, Rafael: *Estudios de Derecho matrimonial*. Un volumen de 282 págs. Editorial Montecorvo. Madrid, 1977.

Tres datos recientes me parecen de particular interés en relación con nuestro Derecho de familia. Es el primero de ellos el artículo 32 de la Constitución de 1978, en el que se reconoce al hombre y a la mujer el derecho fundamental «a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica», al paso que se determina que «la ley regulará las formas de matrimonio, la edad y capacidad para contraerlo, los derechos y deberes de los cónyuges, las causas de separación y disolución y sus efectos».

Justamente un día después de la entrada en vigor de la Constitución, el 30-XII-1978 —y es el segundo dato al que aludíamos—, aparece una Instrucción de la Dirección General de los Registros y del Notariado con la que culmina, por ahora, el largo y complejo *iter* interpretativo del a. 42 de nuestro Código civil.

La citada Instrucción, sobre la base de distintos preceptos constitucionales, establece que «los Jueces y Cónsules encargados de los Registros civiles deben autorizar los matrimonios civiles de las personas que lo deseen sin indagación ni declaración alguna sobre las ideas religiosas de los contrayentes». Es decir, con la Instrucción de 30-XII-78, nuestro sistema matrimonial pasa a ser —sin ningún tipo de ambages— un sistema de matrimonio civil facultativo.

Finalmente, el 3 de enero de 1979, la Santa Sede y el Gobierno español —«prosiguiendo la revisión del Concordato vigente entre las dos partes, comenzada con el acuerdo firmado el 28 de julio de 1976» (Preámbulo del Acuerdo jurídico)— firman, como es bien conocido, cuatro Acuerdos más.

En lo relativo al tema matrimonial —y éste es el tercer dato que queríamos consignar—, el artículo VI del llamado Acuerdo jurídico comprende tres puntos fundamentales: a) reconocimiento por parte del Estado de efectos civiles al matrimonio canónico; b) eficacia civil de las sentencias de nulidad dictadas por tribunales eclesiásticos y de la decisión pontificia sobre matrimonio rato y no consumado, pero —en uno u otro caso— mediando un *exequatur*; c) reafirmación por la Santa Sede del valor permanente de la doctrina sobre el matrimonio, con referencia especial a las propiedades esenciales, esto es, a la unidad e indisolubilidad.

Estos datos que, naturalmente, operan a distintos niveles —constitucional, pacticio, reglamentario—, han de ser tenidos en cuenta, en su conjunto y en su individualidad, a la hora de realizar un correcto análisis y una adecuada configuración de nuestro Derecho de familia. Y desde esta perspectiva adquiere un singular relieve, a mi modo de ver, esta obra del profesor Navarro Valls, en la que se aborda, con unos presupuestos metodológicos unitarios, el tema del matrimonio —tanto desde la vertiente canónica como civil—, con referencia frecuente, oportuna y equilibrada al ordenamiento jurídico español.

Cinco son los «Estudios» que el autor ofrece en el volumen reseñado. En el primero y en el último se aborda el tema de la forma jurídica en el matrimonio. Bajo los títulos «Forma jurídica y matrimonio canónico» (pp. 17-78) y «La expresión legal del consentimiento matrimonial» (pp. 249-275), Navarro Valls se ocupa sucesivamente de los aspectos históricos del tema, de la función que la forma desempeña en el matrimonio canónico, de las propuestas de revisión y su crítica. Finalmente, el autor concluye subrayando la necesidad de mantener el actual sistema de forma *ad valorem*, si bien realiza unas ponderadas sugerencias de reforma en algunos puntos concretos.

En el segundo trabajo recogido en el volumen («Estatuto personal islámico y eficacia en Derecho español del repudio unilateral»), el autor commenta la importante resolución de la DGR de 18 de septiembre de 1971, que autorizó el matrimonio civil «entre natural saharaui español —doblemente "divorciado" al amparo de su peculiar estatuto religioso— y nacional sometida al régimen de Derecho común» (p. 92). El comentario permite al autor hacer tanto un profundo análisis del Derecho matrimonial islámico como de sus relaciones con el Derecho matrimonial europeo, manejando con soltura el Derecho comparado.

El tercer trabajo («La restauración de la comunidad conyugal») tiene por objeto el análisis de la temática relativa a la reconciliación entre cónyuges, tanto en el ámbito del Derecho canónico como en el sistema matrimonial español, con especial referencia al art. 74 del Código civil. Se trata de un estudio bien trabado y de un marcado carácter técnico.

Particular interés reviste el estudio dedicado a «Divorcio y Derecho» (pp. 187-248), en el que Navarro Valls analiza el tema a tres niveles distintos: filosófico-jurídico, prudencial y sociológico. El rigor con que el autor se desenvuelve, la abundancia de datos que presenta y, en fin, el apoyo bibliográfico que ofrece autorizan, sin duda, esta conclusión que extrae al término de su estudio: «No parece, pues, que el divorcio, como expediente jurídico, haya positivamente logrado alcanzar las metas sociales para las que inicialmente surgió. Más bien parece que ha contribuido a agravarlas» (p. 248).

En estos momentos de relativa inestabilidad en nuestro ordenamiento jurídico-positivo —los datos que apuntábamos al comienzo lo ponen de manifiesto—, la obra de Navarro Valls supone, a mi modo de ver, una estimable aportación. En ella pueden encontrarse, en efecto, soluciones técnicas, criterios doctrinales y orientaciones prácticas nada despreciables cara a

una adecuada y coherente configuración de nuestro Derecho de familia, en el que el autor se nos muestra como un calificado especialista.

JUAN FORNÉS

VATTIER FUENZALIDA, C.: *Las mejoras en el arrendamiento rústico*. Estudio de Derecho comparado. Publicaciones del Departamento de Derecho Civil. 2.^a Cátedra. Salamanca, 1978, 484 páginas.

Bajo el título arriba reseñado nos ofrece el doctor VATTIER una completa monografía con un tema de gran actualidad no sólo por la temática y oportunidad del mismo —téngase en cuenta la tarea de renovación legislativa que en materia de arrendamientos rústicos ha emprendido en nuestro país—, sino también porque nos presenta un estudio exhaustivo de la materia tal y como se desarrolla en el Derecho comparado, en el cual se ha plasmado ya la moderna legislación de arrendamientos rústicos.

Precede a la obra que en su día constituyó la tesis doctoral del autor un interesante Prólogo del profesor don José Luis de los Mozos, el cual, después de poner de manifiesto la actividad docente e investigadora del autor, nos dice cómo el arrendamiento rústico se ha convertido en el más importante de los instrumentos de la Reforma Agraria, sobre todo al fracasar en Europa el intento de actuar aquella reforma sobre la redistribución de la propiedad de la tierra; por ello se impone dotar a esta relación arrendaticia de una mayor sustantividad encaminada a que en el contrato de arrendamiento la facultad de mejorar entre a formar parte del contenido típico del mismo.

La obra está claramente sistematizada en cuatro capítulos, si bien en su lectura se distinguen dos partes fundamentales: una dedicada al estudio de la actividad mejoraticia rústica tal y como está regulada por la obra codificadora, y una segunda parte tiene como finalidad estudiar la disciplina, pero dentro de la normativa especial a la que ha sido sometida en virtud de la reforma y desarrollo agrario. Atendiendo al enunciado el método que el autor emplea en la elaboración de su trabajo no es otro que el método comparativo, si bien el autor combina en él la historia y la sistematica con mucho acierto y con un gran rigor. Ambas partes van precedidas de una introducción de Derecho histórico, ya que este Instituto Jurídico, igual que otros de Derecho privado, tiene sus precedentes en el Derecho romano, y su evolución histórica nos pondrá de manifiesto, como a pesar de la importante función social que la actividad mejoraticia está llamada a cumplir pendiente el contrato, ésta no ha sido siempre la misma.

El objeto del trabajo se centra en dos cuestiones que con gran maestría su autor nos va poniendo de manifiesto:

— De una parte la extensión de las facultades que el contenido típico del Derecho de uso y disfrute le autoriza, cualquiera que sea la naturaleza real o personal atribuida al Derecho del arrendatario, y que podemos denominar «Legitimidad del arrendatario para la ejecución de dichas mejoras».

— De otra parte la indemnización de los resultados de la actividad de

mejorar, pues la ejecución de las mejoras ha originado siempre una tensión entre un facere y un habere, tanto en relación con la autonomía mayor o menor con que el arrendatario las puede ejecutar, cuanto una vez llevadas a efecto por éste, cual puede ser la indemnización que le corresponda. Este conflicto de intereses que se plantea en el fondo en la actividad mejoraticia llevada a efecto por el arrendatario ha sido resuelto de diversas formas a través de las diversas épocas del Derecho.

I. En el Derecho romano clásico la posición del arrendatario estaba limitada por dos principios: uno el de accesión por virtud de la máxima de superficie «solus credit», el arrendador se hacía propietario por accesión de lo incorporado a su propiedad; y otro el de que el arrendatario tenía la consideración de detentador y en consecuencia la facultad de mejorar era incompatible con el denominado dominio quiritorio del arrendador. Posteriormente en la denominada legislación justinianea, el principio de accesión es sustituido por el de «non debet petitor ex aliena iactura lucrum facere», con ello se legitima al arrendatario en el ejercicio autónomo y unilateral de la actividad mejoraticia en el objeto arrendado indemnizándole sus resultados como si fueran gastos necesarios.

II. La disciplina de la actividad mejoraticia durante el período codificador se ve afectada por las tendencias políticas y sociales que caracterizan a dicho proceso. En el primer aspecto, dos institutos jurídicos recogen principalmente el programa político a la sazón en vigor, y éstos son el derecho de propiedad privada sobre todo tipo de bienes y el régimen de libre contratación, en torno a los cuales disciplina la obra codificadora el ejercicio de la actividad mejoraticia. Pero al plasmarse en los Códigos un individualismo agrario que concreta en el propietario la exclusividad de los poderes de gestión sobre el objeto de su derecho, minimiza la legitimidad del ejercicio de la actividad mejoraticia llevada a efecto por un sujeto distinto a través de la actuación inmediata del principio de accesión. Y esto es así, dice el autor, hasta el extremo de que la obra codificadora se abstiene de disciplinarla, salvo dos excepciones:

— Una de tipo indirecto, consistente en la recepción de la teoría de las impensas.

— Otra de tipo directo, la cual se materializa en el hecho de concebir el ejercicio de la facultad de mejorar como un posible objeto lícito para la autonomía contractual, siendo esta contractualidad el principio rector según el cual la codificación disciplina el ejercicio de la actividad mejoraticia.

A) A continuación comienza el autor estudiando el encuadre sistemático del contrato de arrendamiento rústico en el «Code civil de 1804» y de las codificaciones en él modeladas, en las cuales se puede destacar cómo el contrato de arrendamiento recibe una regulación unitaria junto con las demás relaciones arrendaticias, si bien reconoce la individualidad que este contrato asume cuando tiene por objeto un bien productivo rústico. Se expone a continuación el criterio adoptado por dicho cuerpo legal para distinguir el «bail à ferme» del «bail à loyer», la discusión acerca de si el Derecho del arrendatario es de naturaleza real o personal para pasar a exponer la disciplina de la actividad mejoraticia del arrendatario, dentro de la cual el único legitimado para decidir con autonomía el modo de utilización de la cosa

es el arrendador y, en consecuencia, omite de modo explícito la indemnización de sus resultados.

Esto se deduce del claro enunciado del art. 1.730, que obliga al arrendatario a restituir inmodificado el objeto del contrato, motivo por el cual la doctrina hace aplicable a esta situación la teoría de las impensas formulada en torno al Instituto de la accesión, hipótesis en la que el arrendatario recibe como régimen indemnizatorio el establecido por el art. 555 Código civil. Por último, el autor estudia doctrinalmente la naturaleza jurídica de la relación que existe entre el arrendatario —sujeto mejorante— y las mejoras resultantes de tal actividad, reflejando de manera especial la postura de aquellos autores que atribuyen a la misma naturaleza real.

B) Nuestro Código civil, de conformidad con la más pura tradición romanista recibida del «*Ius commune*», adopta el sistema de la tipificación única para las relaciones arrendaticias contractuales —art. 1.543 C. c.—, si bien partiendo de la expresión «goce y uso» que acertadamente utiliza dicho precepto se califica al arrendamiento rústico como un contrato generador de un Derecho de uso y disfrute sobre un objeto rural.

Partiendo de las obligaciones que el art. 1.554, núms. 1.^º y 2.^º C. c., señala para el arrendador consistente en hacer entrega material de la cosa para el goce y uso del arrendatario y paralelamente la obligación del arrendatario que debe restituirla al arrendador tal como la recibió, está obligado el arrendador hacer en la cosa arrendada las reparaciones necesarias, si bien específicamente limitado a no variar la forma de la cosa, según preceptúa el art. 1.558 C. c. Sin embargo, la normativa legal no regula el supuesto de que el arrendatario pueda sustituir al arrendador incumpliente en el ejercicio de esta actividad mejorativa necesaria; por ello, dice el autor, es preciso centrarla en el contenido del art. 1.573 C. c., con arreglo al cual se establece una paridad entre la posición jurídica del arrendatario y la del usufructuario en cuanto a las mejoras útiles y a las de recreo, concediendo en este caso a su favor una única forma de indemnización consistente según el art. 487 del C. c. en un «*Ius Tollendi*», sin que el arrendador en este caso goce de preferencia para la adquisición de estas mejoras. En este caso el autor se plantea el problema de en qué momento ocurre la accesión de cierto tipo de mejoras incorporadas al inmueble mejorado y después de determinar que es automática, llega a la conclusión de que no es posible configurar cómo una titularidad real la relación jurídica existente entre el sujeto mejorado y los resultados de su actividad de mejorar dada la función cautelar que de este modo está llamado a desempeñar el «*Ius Tollendi*» concedido al arrendatario.

III. La segunda parte del trabajo la dedica el autor a estudiar la actividad mejorativa dentro ya de una normativa especial, lo cual viene a resaltar el desfase producido entre la dogmática del Derecho privado y los requerimientos socio-económicos de la realidad operando un cambio significativo en la evolución de la disciplina de la actividad mejorativa, ya que de ser ésta concebida como un simple expediente privado destinado a reequilibrar la situación interpatrimonial del sujeto mejorante y la del titular real del objeto mejorado, se ha convertido esta disciplina de una parte en un idóneo instrumento para la planificación agro-económica y, de otra parte,

su regulación recibe una predominante orientación publicista, como la ponen de manifiesto las más generalizadas tendencias de Derecho comparado.

— Así, en el Derecho inglés se ha regulado el Derecho de propiedad rústica con fines productivos, aunque sea bajo la concepción difusa de su función social. «Agricultural Holdingg Act», 1948.

— En el Derecho francés se ha alterado la concepción fisiocrática de la autonomía contractual formulándose normas de «*Ius cogens*» para la relación arrendaticia agraria. Code Rural de 1953 y ley de 31 de diciembre de 1970.

— En el Derecho italiano la disciplina en estudio se presenta fuertemente vinculada con la planificación agro-económica, ya que esta disciplina es el resultado de la compleja relación dialéctica existente entre la noción de empresa agraria como típica actividad productiva, y por otro lado la posición jurídica correspondiente al arrendatario en virtud del contrato de «*affitto de fondo*» rústico como empresario agrícola no propietario típico. Codice Civile 1942 y ley núm. 11/1971.

En el Derecho español especial esta actividad de mejorar presenta las mismas tendencias que hemos expuesto se manifiestan en el Derecho comparado, por ello la materia aparece diversificada según la naturaleza de la relación, surgiendo una doble disciplina en orden a esta actividad de mejorar: así de carácter estrictamente privado o voluntario cuando se trata de arrendamientos rústicos convencionales, y de carácter estrictamente planificador cuando se trata de arrendamientos rústicos forzosos; de las primeras se ocupa el Reglamento de arrendamientos rústicos de 29 de abril de 1959 y de las segundas la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario de 12 de enero de 1973.

Sin embargo, el autor pone de manifiesto cómo a pesar de estar regulados los arrendamientos rústicos por una ley especial, ésta presenta la misma insensibilidad que el Derecho codificado al problema de la naturaleza del Derecho del arrendatario y a la empresariadidad que tal titularidad legitima, lo cual se pone de manifiesto en la falta de autonomía del arrendatario para el ejercicio de la actividad mejoraticia que tal titularidad le permite.

El doctor VATTIER parte del estudio que de las mejoras realizan doctrinalmente en nuestro derecho los profesores SERRANO Y SERRANO, DE LOS Mozos y LUNA SERRANO para a continuación centrarse en la normativa legal que a este respecto establece la legislación vigente, para lo cual es preciso distinguir entre actividad mejoraticia extracontractual y contractual o «*ad meliorandum*». En relación con la primera, la actividad mejoraticia se presenta como necesaria, según el art. 19 RAR, obligatoria, arts. 20 y 21 RAR y voluntaria, y dentro de ésta en mejoras útiles y de lujo o adorno según los arts. 20, 22 y 23 RAR. Distinto criterio, dice el autor, es el que se utiliza para distinguir unas de otras y distinta es igualmente la legitimidad para llevarlas a efecto e indemnización de las ya realizadas, pues si bien a veces su calificación se realiza con arreglo a un criterio cuantitativo, como es el utilizado para las mejoras de tipo voluntario y útiles, otras veces es un criterio cualitativo medido en términos de productividad; en relación con la legitimidad para realizarlas, ésta está íntimamente relacionada con la natu-

raleza de las mejoras; aquí el autor va exponiendo con gran precisión los distintos supuestos en que la realización de las mejoras se lleva a cabo, distinguiendo además cuando su ejercicio es unilateral —llevado a efecto por una u otra parte de la relación arrendaticia— o cuando media pacto para que las mejoras se realicen. Igualmente es diferente, dice el autor, la disciplina de las indemnizaciones, pues hay que tener en cuenta tanto el tipo de mejora como por quien sean éstas llevadas a efecto.

En relación con la actividad mejoraticia contractual o «ad meliorandum», ésta es calificada como un arrendamiento para mejorar que presenta ciertos rasgos diferenciales de las restantes tipicidades simples, tanto reales como personales, llegando a ser considerada por el autor como un derecho personal de superficie similar al «Ius aedificandum».

A continuación estudia la vertiente de la actividad mejoraticia tal y como está regulada en la legislación de reforma y desarrollo agrario, en cuyo caso se la configura como una forma de actuación de la llamada función social de la propiedad.

Culmina la obra con unas interesantes consideraciones acerca de la naturaleza jurídica de la relación que une al sujeto mejorante con la cosa mejorada. El autor, siguiendo las directrices del profesor DE LOS MOZOS y teniendo en cuenta que el objetivo del arrendamiento es su incorporación a la finalidad específica de servir de instrumento de «reforma agraria», sugiere la posibilidad de que como garantía del mejorante se yuxtapusiera al derecho arrendaticio una relación jurídico real semejante a un derecho de superficie, tal como es contemplado por el art. 30, 3º, del Reglamento Hipotecario, con lo que la realización de mejoras encontraría una posibilidad aún inédita de crédito territorial.

La conclusión general que a modo de «lege feienda» propugna el autor la podemos centrar en una doble proposición: necesidad de adoptar un criterio cualitativo para las mejoras en la finca rústica arrendada combinando en su concepto un criterio material y otro jurídico, y cuyo fin será el incremento de las condiciones de productividad de la explotación agrícola objeto de arrendamiento. Y al mismo tiempo estimular la actividad de mejorar señalando la existencia de dos vías para llevar ésta a efecto: una por medio de la indemnización, según el criterio de la plusvalía generada por sus resultados, y otro instrumento puede ser el reconocimiento normativo de una titularidad real que, bajo la forma de un derecho de vuelo, se conceda al arrendatario sobre la cosa mejorada, aunque el contrato de arrendamiento esté ya extinguido.

Se trata, en suma, de una obra muy bien documentada y elaborada, una contribución valiosa del doctor VATTIER a la investigación de un tema complejo, de gran trascendencia, tanto teórica como práctica, y cualquiera que desee profundizar en el tema, inédito hasta ahora, deberá consultar este libro con la confianza que encontrará soluciones atinadas para la mayoría de las cuestiones que, en el estado actual de desarrollo de la legislación en España y en el extranjero, se plantea.

TEODORA TORRES,

Profesora Adjunta de Derecho civil

REVISTA DE REVISTAS

A cargo de
JOSE RAMON ANTON RIESGO

LACRUZ BERDEJO, José Luis: "La posesión y el Registro en la adquisición y tutela de la marca". R. C. D. I. núm. 517, noviembre-diciembre, págs. 1297 y ss.

Con unas observaciones previas sobre el concepto y la función de la marca, da comienzo José Luis Lacruz este trabajo que se sitúa en la frontera del Derecho civil y el Derecho administrativo, para pasar a determinar los presupuestos de la titularidad de la marca y la condición de productor, haciendo un examen en este punto del Derecho comparado, donde la mayoría de los sistemas se inclinan porque la marca sólo pueda ser registrada exclusivamente por los industriales y comerciantes para sus productos.

El apartado III de su estudio se dedica a examinar los derechos extraregistrales sobre la marca, dividido en dos partes, una, destinada a examinar la dualidad de derechos en la ley de 1902 y otra, que perfila la pluralidad de situaciones en el Estatuto.

Seguidamente, en un apartado amplio, estudia la cuestión del supuesto del primer usuario versus titular registral. En este apartado se enumeran una serie de problemas, entre los que tienen mayor relieve: el valor preferente de la llamada consolidación, un estudio serio de la jurisprudencia relativa al caso, la situación existente mientras la titularidad no se consolida, llegando a afirmar que la situación del titular extraregistrual (preusuario) de la marca es una situación inferior a la que tenía antes de la introducción del Registro en nuestro ordenamiento: es en realidad, una marca deteriorada por relación a la que ha cumplido las formalidades administrativas.

La posesión de la marca y sus diversos problemas es el epígrafe siguiente de este documentado estudio, en él se enumeran los siguientes: sentido de la posesión de la marca, concurrencia de posesiones y dentro de éstas, a su vez posesiones paralelas, posesión derivada, con su secuela de la representación, siendo necesario a su juicio que el representante sea a la vez poseedor y concretamente poseedor inmediato. Dentro de este apartado se examinan además los derechos del poseedor de la marca y la posible exención de embargo de estos bienes en determinadas circunstancias, así como se efectúa un breve estudio de la tutela de la marca y su posesión.

Finalmente, con un criterio pragmático, se estudia la protección a la posesión de la marca desde el punto de vista de la competencia desleal, con dos apartados, el fundamento de la prohibición de la competencia desleal y el uso continuo de la marca como fuente de un derecho a la

clientela. En esta última cuestión, el autor se detiene con profundidad en el examen de la figura de la ley alemana de 1936, conocida con el nombre de presentación, o con otras palabras la notoriedad en el tráfico como presupuesto de la protección de la denominación entra en el lugar de la inscripción en el Registro.

MERINO HERNANDEZ, José Luis: "La renuncia al derecho expectante de viudedad". R. C. D. I. núm. 517, 1976, noviembre-diciembre, páginas 1397 y ss.

Se nos da una visión limpia clara y sencilla de lo que es el derecho expectante de viudedad, después de afirmar que es una institución típica y genuinamente aragonesa, puesto que esta figura no existe en el Derecho navarro. Hoy se encuentra regulado en el artículo 76,1 de la Compilación de Derecho aragonés, al igual que en otra época lo estuvo en el artículo 63,1 del derogado Apéndice. Sigue a Sancho Rebullida, para el que este Derecho en tesis del profesor De Castro es un Derecho jurídico subjetivo preventivo.

El apartado segundo se dedica a examinar la renuncia y el consentimiento, recogiendo el contenido positivo del artículo 76, número segundo, y como consecuencia de ello, sostiene el autor, que lo que el legislador ha querido es que en caso de enajenación de bienes sujetos al Derecho expectante de viudedad, éste desaparezca es necesario el acto de renuncia expresa del mismo por parte de su titular, sin que baste ni sea suficiente con que el titular preste su consentimiento a la enajenación.

Por lo tocante a la forma de la renuncia, el autor después de haber examinado históricamente el problema, estudia la cuestión a la luz de los preceptos vigentes, especialmente el artículo 74 de la vigente Compilación "deberá constar en documento público". Ello hace decir al autor la posible cuestión de renunciar en acta notarial. Examina el problema de la renuncia subsidiaria, manifestando que hoy la renuncia al Derecho expectante de viudedad no puede ser suplida por ninguna otra fórmula, pues es un acto personalísimo.

Más adelante, estudia la renuncia genérica y la renuncia por poder, advirtiendo respecto de la primera, el artículo 74, que ésta podrá ser total o parcial. Cabe, pues, con ello la renuncia a un solo bien, de varios o de todos sobre los que recae. Pero no cabe la renuncia respecto de los bienes futuros.

Pasado este examen, que consideramos el más importante del trabajo, se detiene en el estudio de la renuncia de los bienes consorciales, la posibilidad de renuncia en caso de permuta, en caso de hipoteca, la reserva del Derecho expectante, la renuncia en la división de comunidad y el examen de la figura en la adjudicación en régimen de propiedad horizontal.

MARTINEZ CALCERRADA, Luis: "Cumplimiento defectuoso de la prestación". R. C. D. I. núm. 517, 1976, noviembre-diciembre, págs. 1335 y siguientes.

Un detallado y exhaustivo estudio, a lo largo de sesenta páginas, que nos lleva a una nueva y orientadora visión en torno al problema del cumplimiento defectuoso de la prestación.

Cuatro grandes apartados y una conclusión personal del autor son el formato dentro del cual se da cobijo a este orientador esquema.

También, el autor, da una motivación personal, al principio de su estudio, puesto que esta monografía fue desarrollada en un ejercicio de oposiciones a ingreso en el cuerpo de profesores agregados de Derecho civil.

Partiendo de la postura de Hernández Gil, el autor de este trabajo nos lleva de la mano en la introducción a través de una serie de precisiones terminológicas que tratan de aclarar el planteamiento para dar una idea más asequible y ne cierto modo más personal.

El primer apartado del trabajo se orienta en el sentido de la línea clásica y tradicional, con el concepto, la vulneración del "pacta sunt servanda" y el artículo 1.091 y la frustración del fin de la obligación.

Un segundo apartado, importante igualmente, tiene por objeto el darnos a conocer una adición sistemática personal del autor conocido por el cumplimiento irregular, defectuoso, englobados ambos términos dentro del original de cumplimiento erosionante de la obligación.

El epígrafe tercero se dedica a estudiar las causas de la responsabilidad contractual, y dentro de él los precedentes y el Derecho comparado en la materia, la hermenéutica de la literalidad y la relatividad de sus consecuencias, el dolo, las matizaciones más relevantes del mismo, la distinción entre cumplimiento parcial y defectuoso el examen y estudio de la culpa, con sus clases, el concepto, la mora, su diferencia con el retraso, el cumplimiento tardío o el retraso leve.

Un capítulo IV, bajo el título de contravención, se dedica a este examen como la prestación defectuosa, la literatura jurídica escasa sobre el tema, con el estudio de los principales autores españoles sobre la materia, la posibilidad de considerar esta materia, como una cuarta causa del artículo 1.101, el examen de la evolución histórica del precepto con su antecedente en el artículo 1.011 del Código de 1851, mejor dicho, del proyecto de Código.

Finalmente, el autor sienta las conclusiones personales, en tres líneas generales principales, sustantividad de la contravención, la tutela del acreedor, la integración de la responsabilidad del contraventor y dos presupuestos elementales: el factor económico constante y el factor económico variable como determinantes del resarcimiento.

SERRERAS CONTRERAS, Luis: "La anualidad corriente en la hipoteca legal tácita por contribuciones". R. C. D. I. núm. 524, 1978, enero-febrero, págs. 9 y ss.

Estudiando en primer término las fuentes legales o normativa legal de esta figura, comienza el presente trabajo sobre esta materia.

En efecto, en primer lugar examina el artículo 1.923 del Código civil, en segunda posición, la Ley de Administración y Contabilidad de 1.º de julio de 1911, en su artículo 11, párrafo 1.º, y finalmente la normativa típicamente hipotecaria, contenida en los artículos 194 de la Ley actual, así como el artículo 271 del reglamento hipotecario. En esta materia netamente hipotecaria asegura el autor que se pueden destacar el mantenimiento de la hipoteca legal tácita por los dos años de la Ley de 1911, que dicho derecho se extiende también a las provincias y los pueblos y que se define lo que ha de entenderse por anualidad vencida.

Como críticas de esta posición legal, cabe decir que el artículo 271 repite innecesariamente parte del artículo 194 de la Ley, así como en el reglamento se aclaran cuáles son los impuestos privilegiados, debiendo de haberse dado la definición de anualidad vencida en el texto reglamentario mejor que en el artículo 194 de la Ley.

En conclusión sobre este problema, el autor afirma que si la legislación hipotecaria estimaba necesaria alguna referencia a la prelación general del Estado, debió de hacerse en la Ley y con separación del tema de la hipoteca legal tácita.

Un segundo apartado se dedica estudiar la legislación que sobre esta materia se encuentra contenida en la moderna legislación tributaria, por ejemplo en el artículo 71 de la Ley General Tributaria de 28 de diciembre de 1963, así como el artículo 73 de la propia ley y el artículo 37 del Reglamento General de Recaudación de 14 de noviembre de 1968, aclarando una pretendida antinomia entre ambos la regla 19 de la instrucción de recaudación.

El tercer epígrafe de este trabajo se dedica a examinar el problema de lo que debe entenderse por anualidad corriente y desde un triple punto de vista. En primer término, la situación de insolvencia del deudor, la segunda perspectiva desde el punto de vista del acreedor y en último término la posibilidad del artículo 19 de la instrucción de recaudación.

Con dos epígrafes destinados a examinar el Estatuto de Recaudación de 1948 y la instrucción de Recaudación de 1969, da paso el autor a su interpretación personal de la materia con un examen gramatical, histórico, sistemático y lógico sentando la conclusión que le lleva a admitir que por anualidad corriente ha de entenderse la que corre al pasar la finca a poder del tercer adquirente.

VAZQUEZ BOTE, Eduardo: "Los alimentos al ex cónyuge en el divorcio vincular". R. C. D. I. núm. 524, 1978, enero-febrero, págs. 47 y ss.

Es materia de Derecho civil de Puerto Rico y con ello el autor trata un tema netamente de actualidad en casi todas las legislaciones, concretamente en ésta es el artículo 109 del Código civil el que examina esta materia, estableciendo: "si una mujer que ha obtenido el divorcio no cuenta con medios suficientes para vivir, el Tribunal Superior podrá asignarle alimentos discrecionales de los ingresos, rentas, sueldos o bienes que sean de la propiedad del marido, sin que pueda exceder la pensión alimenticia de la cuarta parte de los ingresos, rentas o sueldos percibidos. Si el divorcio se ha decretado por la causal de separación, la mujer podrá solicitar los alimentos a que se refiere el párrafo anterior, si no cuenta con medios suficientes para vivir. La pensión alimenticia será revocada si llegase a hacerse innecesaria, cuando la mujer divorciada contrajese segundo matrimonio o cuando viva en público concubinato u observare vida licenciosa". Ante el precepto parece existir, como dice el autor, una extendida opinión entre los varones de que lleva implícita una discriminación contra ellos, que por ser en función del sexo deviene anticonstitucional.

Originariamente, el precepto está tomado del artículo 109 del Código civil de Louisiana, donde el matrimonio era fiel reflejo del pensamiento napoleónico enriquecido con las influencias anglosajonas, que hasta finales del siglo pasado negaron sistemáticamente existencia jurídica a la mujer casada.

Para el autor se explica fácilmente la conexión entre el citado precepto y los artículos 142 y ss., que se dedican a estudiar la obligación alimenticia entre parientes. Para ello, el autor se esfuerza en argumentar esta conexión y que nos encontramos ante un régimen no excepcional, sino complementado e insertado en la doctrina y en la Ley. Distingue después el caso de que las partes no hayan celebrado capitulaciones matrimoniales en el cual al producirse el divorcio y disolverse la comunidad ganancial resultante por disposición subsidiaria del legislador, son dables varias hipótesis y no en todas sería aplicable el artículo 109.

La legislación vigente en Puerto Rico está tomada de la de Louisiana y complementada en muchas materias de la neoyorquina, en las cuales no existe divorcio sin que exista un cónyuge culpable, y esta necesidad de atribuir la culpa a alguien ha creado la práctica de que por incoar la esposa el procedimiento resulte culpable el marido, surgiendo entonces las sanciones económicas al culpable y apareciendo el artículo 109.

GARCIA GARCIA José Manuel: "Motivos de suspensión de denegación". R. C. D. I. núm. 525, marzo-abril 1978, págs. 189 y ss.

El autor, que es uno de los más firmes valores del Cuerpo de Registradores, nos ofrece otro trabajo completo, perfecto, exhaustivo y pe-

neutrante, donde se aúna conocimientos científicos y soluciones prácticas en uno de los temas menos claros del Derecho inmobiliario registral.

Un primer apartado dedicado al examen histórico es la introducción del estudio, en él se examinan la distinción de las faltas en el proyecto de Código civil de 1851, en la Ley Hipotecaria de 1861, las relaciones entre el artículo 65 y el 20 con otros preceptos, la postura del Reglamento Hipotecario de 21 de junio de 1861, la Ley de 21 de diciembre de 1869 y el Reglamento de 1870. Se estudian igualmente las opiniones interpretativas doctrinales de los principales autores maestros de Derecho hipotecario, como Galindo y Escosura, Díaz Moreno, Morell y Terry, y se continúa con la Ley de 1909 y el Reglamento de 1915, la reforma hipotecaria de 1909 y el Reglamento de agosto de 1915 y las principales interpretaciones de los autores a partir de 1915, entre otras las de Campuzano y la de Poveda Murcia, las observaciones de Gayoso y la especial y personal de Roca Sastre, en relación con la ley y legislación anterior a 1946.

Más adelante se detiene en la exposición y crítica de las principales opiniones doctrinales, entre ellas las de Roca, Sanz Fernández, los criterios empíricos de Chico y Bonilla y los de José María Lacruz y Sancho Rebullida.

Se adentra en una serie de criterios y precisiones terminológicas en torno a la distinción de faltas subsanables e insubsanables, así como para la distinción entre motivos de suspensión y de denegación, entre ellos el autor enumera el criterio de la publicidad registral o prioridad, el criterio de retroactividad, la definición atendiendo a ambos criterios, y el fundamento de los criterios que el autor sustenta. Sigue con los criterios para la distinción desde el punto de vista específico y entre ellos descuellan: los criterios atendiendo al contenido del título, los criterios específicos atendiendo a las formas y solemnidades del título y dentro de éste la forma pública o privada del negocio, formas y solemnidades según las normas que regulan la forma de los documentos, los requisitos exigidos por la inscripción y la falta de documentos complementarios. Un tercer criterio es el que atiende a los obstáculos del Registro y dentro de él tienen y adquieren relieve e importancia: la denegación, el criterio especial del artículo 103 del Reglamento Hipotecario, la no inscripción de la finca, defecto de identidad de la finca o duda sobre la misma, limitaciones o prohibiciones de disponer y la imposibilidad.

SAPENA TOMAS, Joaquín: "Los órganos de la Propiedad Horizontal: forma y eficacia de sus resoluciones". R. C. D. I. núm. 525, marzo-abril 1978, págs. 311 y ss.

El presente trabajo es una conferencia pronunciada por el autor en la cátedra de Derecho civil de la Facultad de Derecho de la Universidad de Zaragoza.

El estudio es un tema importante que el autor trata de justificar en la entrada del tema, bajo el epígrafe de génesis, donde además da una

idea personal en su opinión sobre la materia, especialmente en torno a la naturaleza jurídica de la institución.

Un segundo apartado se dedica con especial interés a determinar cuáles son los bienes de la comunidad, sus caracteres y sus clases. Dentro de los elementos comunes Sapena distingue los comunes esenciales y los accidentales; aquéllos por su propio ser, éstos por el destino impuesto por sus titulares.

¿Qué es la comunidad y cuál es su naturaleza? es el apartado III del trabajo; dentro de él se enumeran una serie de cuestiones, tales como su personalidad, la necesariedad o no de que estén dotadas de personalidad y que es una comunidad especial para lo que el autor se muestra partidario de la ley francesa de 10 de julio de 1965 que crea la figura del sindicato y reconoce personalidad a esta figura para administrar el inmueble y conservar las partes comunes.

La regulación legal es objeto de examen detallado en el siguiente capítulo, allí se fijan cuestiones como si es o no justa a los fines del presente estudio, cuáles son los órganos de gobierno de esta figura y detenidamente se centra en el examen e investigación de la figura del presidente y en torno a él se examinan su naturaleza y caracteres, manifestando que en su actuación siempre está limitado por dos coordenadas: la importancia del acto y la perentoriedad.

Dentro de esta misma materia que atañe a la figura del presidente son estudiadas la forma de sus resoluciones y la prueba documental, aquí se detiene en el libro de actas, y las certificaciones.

En cuanto a la Junta de Propietarios, los capítulos de su estudio son las facultades de la misma y dentro de ellas las cosas comunes, partes privativas y externas; la naturaleza del acuerdo, su eficacia en cuanto al orden interno y frente a terceros, la afección en cuanto al objeto y dentro de ella la naturaleza de la misma y su extensión y realización.

Finalmente, la forma y la prueba dentro de ellas, el modo de formarse la voluntad, propio de todo acto decisorio: convocatoria, reunión, deliberación y votación que se convierte en voluntad del órgano cuando se reúne el "quorum" necesario.

PESET Mariano: "Los orígenes del Registro de la Propiedad en España".

R. C. D. I. núm. 527, julio-agosto, págs. 695 y ss.

La aparición de los Registros de la Propiedad debe situarse en 1768, cuando la Pragmática de 31 de enero del rey Carlos III.

Antecedentes más antiguos carecen de relevancia, por tratarse de realidades diversas que poseen sentido en otra época.

Es posible que existan otros tipos de registros, registro de censos, o que se conserve la hipoteca como doctrina romana, que inspira la legislación de Castilla o de los reinos aragoneses, más las realidades sociales y económicas son muy diversas y no es posible remontar los orígenes a épocas anteriores al siglo XVIII.

Tan es así, que en las peticiones efectuadas durante el siglo XVI,

para el conocimiento de los cesos, las hipotecas no están aludidas o al menos no constituyen el objetivo central.

La Pragmática de 31 de enero de 1768 es la ley de mayor rango y se dicta por el rey como si estuviera hecha en Cortes.

La exposición de motivos de la misma, según el autor, no resulta demasiado sugerente.

El autor del presente trabajo se centra especialmente en el contenido normativo de la citada Pragmática.

Para ello examina, en primer lugar, la organización de los registros, la cual se basa en los Ayuntamientos, ya que efectivamente era la única organización disponible a nivel general.

Son los escribanos de Ayuntamiento de la cabeza de partido quienes deben de llevar en uno o en varios libros cada uno de los pueblos del distrito.

Su percepción de honorarios es con arreglo a arancel y tan sólo en el sellado de los libros intervenía el juez de primera instancia.

En cuanto a los libros, además del libro principal existía un libro índice o repertorio general, en que por orden alfabético se ponían los nombres de los que establecían hipotecas y otro por distritos o parroquias.

Las inscripciones o asientos es el apartado siguiente, afirmando el autor que las inscripciones de censos e hipotecas eran obligatorias y constitutivas.

Por cuanto a los actos que tienen acceso a registración, están entre otros los siguientes: en la mayoría de los casos, la propiedad, los censos; en otras palabras, se registra la propiedad aunque a veces pueda ir acompañada de censos particulares. Existen igualmente asientos relativos a permutes y ventas judiciales, declaraciones de obligación, arrendamientos no muy numerosos pero que se generalizan precisamente para asegurar su pago con hipotecas.

Finalmente, existe otro grupo de actos que se refieren a la muerte, como testamentos y particiones.

CAMARA ALVAREZ, Manuel: "Meditaciones sobre la causa". R. C. D. I. número 527, julio-agosto 1978, págs. 637 y ss.

En realidad, este trabajo del maestro De la Cámara es una recensión ampliada del estudio y libro publicado por Tomás Zumalacárregui y, aparte de ello, sirve al autor para exponer siquiera brevemente, su opinión, tan clara y contundente como todas las suyas, en torno a la causa.

Así, después de afirmar que éste es uno de los grandes temas, juntamente con la forma y la voluntad del negocio jurídico más importantes en la doctrina y en la práctica, su examen se centra seguidamente en el libro del autor antes citado, al que califica de estilo fluido, fácil y pletórico de imágenes ingeniosas.

Seguidamente hace un resumen de las principales posturas doctrina-

les y la propia en torno a la causa para pasar a deleitarnos con sus posturas y opiniones personales en torno a la causa.

Quiero hacer constar que De la Cámara es una especie de ducha tonificante por su claridad. Yo no sé si, como dice él mismo, porque sólo escribe de aquello que él antes ha comprendido muy bien, desde luego todo lo que escribe es clarísimo, pero incluso en torno a la causa es claro.

Afirma que el equívoco creado por la causa se debe principalmente a haberla referido al contrato en su conjunto y aquí se detiene en la cuestión y en el estudio histórico que la misma plantea.

Después de examinar el contenido y función de la causa en una serie de contratos pasa a examinar esa misma función en torno a la figura de la donación. Da su opinión diciendo que la causa, o mejor dicho el contrato, consiste en la suma de dos o más actos humanos de donde se deduce que la causa resultante o final hay que contemplarla en función de cada uno de ellos y de ahí se deduce que se pueda puntualizar con alguna precisión, cuando la causa existe o no, si es lícita o ilícita, verdadera o falsa.

Dedica unas cuantas páginas a examinar la existencia, licitud y validez de la causa afirmando que de estas notas de existencia y licitud depende la validez de la propia causa.

Su postura, según el propio autor, ayuda a comprender la estructura de los contratos obligacionales abstractos.

Aprovecha incidentalmente esta nomenclatura del contrato abstracto para dar una visión total de su posibilidad en el Derecho español, a semejanza del B.G.B., centrándose especialmente en los títulos de crédito y más especialmente en la letra de cambio. Después de todo ello, el autor afirma que no es posible dar entrada en el Derecho español a los contratos abstractos, aunque no sea más que por una razón de concordancia. La última parte de su estudio se dedica a examinar todo lo dicho en la transmisión de propiedad.

MARIN PADILLA, María Luisa: "Estudio y aplicación de la subrogación real en el Derecho de familia". R. C. D. I. núm. 527, julio-agosto, páginas 717 y ss.

Con seis grandes apartados, dedicados, respectivamente a la subrogación real en el régimen de gananciales, el régimen dotal, las pruebas del carácter privativo de los bienes en la comunidad legal de gananciales, la cuestión o problema de la compraventa con precio aplazado en la sociedad de gananciales, la inestabilidad monetaria y la subrogación real en las relaciones o régimen paterno filial, el presente estudio analiza desde un punto de vista personal y original la presente problemática.

Con relación al primer apartado, dentro de él se examinan cuestiones tales como la subrogación en los bienes propios de los cónyuges, hace referencia a la Compilación civil de Aragón en su artículo 38 y la de Cataluña y además el resto de las normas forales, como igualmente

a la especialidad de la figura en torno al artículo 1.396 del Código civil; plantea el problema de ¿qué ocurre en el seguro de vida designando beneficiario al cónyuge sobreviviente y cuyas primas se hubiesen satisfecho con dinero ganancial?

La subrogación en el régimen dotal se estudia con relación a la dación en pago, y las especialidades previstas en el 1.345 y 1.371.

Acaso el tema más conflictivo del trabajo es el de la prueba del carácter privativo de los bienes en la comunidad legal de gananciales, no porque la autora lo exponga, sino porque el tema siempre lo ha sido, pero sin embargo en el presente estudio se realizan aclaraciones que tienen eficacia desde el punto de vista práctico. No obstante, el problema sigue siendo de prueba vidriosa y nunca clara en sentido absoluto.

Otra cuestión interesante es el del precio aplazado, en el que únicamente se limita a exponer las opiniones de los autores que más recientemente se han ocupado del problema.

El problema de la inestabilidad monetaria es estudiado sobre la base de poner algunos remedios a través de la jurisprudencia, la revisión del Código civil o la teoría de la estabilización monetaria. Por lo tocante a la subrogación real y el régimen filial se examina a la luz del artículo 164 del Código civil, donde se exige que se dé una causa de utilidad o necesidad para que el juez pueda autorizar la venta de bienes de menores y exige que el juez ordene que el precio de la venta se invierta efectivamente en nuevos bienes. Este juego de la subrogación real puede darse en caso de venta, permuta, concesión de préstamos y otros previstos en el artículo 269 del Código civil.

GONZALEZ PEREZ, Jesús: "Las licencias de urbanismo y el registro de la propiedad". R. C. D. I. núm. 528, págs. 913 y ss.

Ya se nos aclara por el autor que el presente trabajo es uno de los capítulos de su libro titulado "Las licencias de urbanismo", tema en el cual es uno de los más aventajados maestros.

Tres grupos fundamentales de temas se señalan a lo largo del estudio, las nociones generales y el entronque del Registro de la Propiedad y los actos administrativos, otro, los actos inscribibles sujetos a licencia y el último destinado a las autorizaciones que establecen limitaciones a los derechos susceptibles de inscripción.

Por lo que afecta al primero de ellos, se pone en concordancia el Registro con los actos administrativos, se estudian las licencias como acto administrativo que puede afectar al dominio y derechos reales sobre bienes inmuebles, y se hace especial mención de las licencias de urbanismo desde una doble vertiente: como requisito de validez del acto jurídico objeto de inscripción y como acto que condiciona el ejercicio del Derecho.

La parte segunda del estudio se refiere a los actos inscribibles sujetos a licencia, examinando en primer lugar las parcelaciones, donde sostiene que la falta de licencia en las mismas no da origen a su nulidad, trayendo a colación el artículo 98 del Reglamento Hipotecario.

Seguidamente, dentro de este mismo apartado se estudia la relación de la licencia y de su falta en consonancia con las obras de nueva planta y de modificación de estructuras, en las cuales a juicio del autor no es necesaria la licencia para la inscripción.

Por último, en lo relativo a las autorizaciones que establecen limitaciones a los derechos susceptibles de inscripción se examinan los requisitos, el procedimiento y dentro de él, la solicitud de inscripción, la subsanación de defectos, y la inscripción.

Por lo tocante a los efectos, finalmente, se estudian la vigencia de los mismos, la vigencia del asiento, los efectos al revocarse la autorización y ordenarse el derribo del edificio.

CORRAL DUEÑAS, Francisco: "La ordenación del territorio y el Registro de la Propiedad". R. C. D. I. núm. 528, 1978, septiembre-octubre, páginas 927 y ss.

El trabajo es la ponencia presentada por el autor al Centro Regional de Estudios Hipotecarios de Albacete.

Da comienzo con la necesidad de un planteamiento sobre la tierra que es nuestro tesoro y que hemos de traspasar a generaciones venideras sin dilapidarlo, para lo que sirve de cita unas cuantas ideas programáticas de la ONU, la FAO y el Comité Europeo de Derecho Rural.

Señala dentro de esta necesidad los motivos que imponen la ordenación como las nuevas concepciones de la propiedad, el aumento de población, las plusvalías de la transformación, la llamada civilización del ocio y la deficiencia de las estructuras rústicas.

Estudia a continuación la planificación territorial en España, la normativa legal de la materia, las actuaciones urbanísticas, y las medidas de planificación agraria para detenerse especialmente dentro de éstas en la agricultura de grupo, las correcciones territoriales y el uso y conservación de los recursos naturales renovables.

Otro apartado es el dedicado a las funciones del Registro de la Propiedad, destacando las finalidades privatísticas, el aspecto social del Registro, y la concordancia que debe existir entre ambas funciones.

Por lo que atañe a la función del Registro en la ordenación territorial señala algunos aspectos que resaltan por su importancia, tales como la publicidad registral, los modos de hacer constar la ordenación, y los efectos de la publicidad registral y dentro de ésta el valor de las inscripciones, donde se muestra partidario decidido de la inscripción obligatoria y acaso constitutiva como en el supuesto del derecho de superficie, aludiendo incidentalmente y de pasada al final de estos aspectos a la seguridad jurídica como básica en lo económico-social.

La conclusión del autor es que la legislación urbanística no es actualmente muy acorde con el Registro de la Propiedad, pero puede y debe llegar a serlo. En cambio, la confrontación de las leyes agrarias con los principios del Derecho hipotecario es bastante favorable y ello

hace esperar resultados positivos en una deseada ordenación del territorio, sobre todo, según el autor, si se concede un más alto valor, un efecto constitutivo a la inscripción.

RUBIO LINARES, Santiago: "La prescripción extintiva del crédito hipotecario". R. C. D. I. núm. 528, 1978, septiembre-octubre, págs. 947 y ss.

Cuatro grandes apartados son el conjunto de este trabajo, que adquiere una perspectiva especial dada la naturaleza tan singular del tema.

El primero de ello se dedica a examinar el plazo que el autor denomina veintenal y que dedica a estudiar desde los precedentes de la institución pasando por el Derecho romano, el Derecho español hasta la normativa vigente en la materia.

Dentro de ella se detiene en la crítica de la misma conforme a los artículos 128 de la Ley Hipotecaria y 1.964 del Código civil. Aquí hace un somero estudio de la cuestión, deteniéndose en algunas opiniones doctrinales, tales como la de Díez Picazo y la de Giménez Arnáu.

En cuanto a la interpretación, recoge la postura de algún autor como De Buen para el que, partiendo del carácter accesorio de la hipoteca, ésta debe prescribir al mismo tiempo que la obligación personal. Tesis que es recogida por la Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de noviembre de 1960. Otros autores sostienen que lo único que ha hecho el Código civil es ampliar el plazo de las acciones reales, concretamente en este caso, sin que por otra parte su redacción ofrezca duda alguna sobre dicho plazo.

La segunda de las cuestiones es la referente a qué momento debe entenderse como el inicial de la prescripción. Diversos son los autores y las posturas. En ellas se distingue unas veces entre acción y derecho, otras, la lesión del crédito que no ha sido satisfecho. Positivamente el artículo 128 de la Ley Hipotecaria coincide con el artículo 1.969 del Código civil, señalando la fecha "desde el día en que pudieron ejercitarse".

Es especial la significación de cuando el crédito devengue intereses. En este caso se habrá de estar a lo previsto en el artículo 1.970 del Código civil. Un tercer apartado es el que se dedica a la figura de la interrupción de la prescripción. En ella se examina la materia desde la figura del acreedor-deudor hipotecario, el acreedor-tercer poseedor y acreedor-hipotecante no deudor. Finalmente, el último apartado del trabajo es dedicado a las conexiones entre prescripción y registro de la propiedad. Nuestra jurisprudencia en esta materia, aunque con la oposición de algún autor, viene sosteniendo reiteradamente que la prescripción es cuestión sometida a la exclusiva competencia de los Tribunales y que no incumbe al Registrador tenerla en cuenta a los efectos de cancelar los derechos inscritos.

El autor afirma en lo tocante a este punto que este criterio, si bien referido a los supuestos de cancelación, cabe generalizarlo a cualquier otro caso de calificación registral.

TORRES ESCAMEZ, Salvador: "Las capitulaciones matrimoniales y la liquidación de la sociedad de gananciales". R. C. D. I. núm. 528, 1978, septiembre-octubre, págs. 963 y ss.

Con una cariñosa dedicatoria a don Alfonso de Cossío da comienzo este estudio sobre una materia de actualidad en la época de su publicación.

En la introducción ya señala el autor con una visión, un tanto moderna, que el granítico principio de la inmutabilidad del régimen económico matrimonial ha saltado por los aires.

No interesa al autor cuál sea el verdadero sentido y la causa de la reforma, pero lo cierto es que se había llegado a una situación insostenible que hacia levantar el clamor de la doctrina mientras se iba acudiendo a situaciones y soluciones que sólo eran subterfugios que no eran ciertamente sino parches a esa vía de agua producida por las crisis matrimoniales.

Los fines de los esposos a los efectos del cambio de régimen matrimonial pueden tener diversos objetos que van desde evitar los riesgos ocasionados por la actividad profesional de uno de los esposos, al deseo de independencia financiera o el mero y simple deseo de paliar un accidente familiar.

La doctrina, por otra parte, ha acogido con buen criterio la posibilidad de capitulaciones matrimoniales post nuptias y la modificación del régimen económico después de contraído el matrimonio.

El último epígrafe de este estudio se dedica a examinar los problemas que pueda plantear la liquidación de la sociedad de gananciales en las capitulaciones matrimoniales.

Dentro de este apartado se examinan su posibilidad, las relaciones que se originan entre la separación de bienes y la liquidación de la sociedad de gananciales, la naturaleza del acto liquidatorio de la sociedad ganancial, la postura de los cónyuges ante la liquidación, los problemas que se puedan plantear en relación con el contenido de la liquidación de la sociedad de gananciales, en especial en materia de arrendamientos urbanos que el autor investiga con cierta originalidad y por último se detiene en la problemática que plantean los terceros ante la liquidación de la sociedad de gananciales. En ella hace una breve diferenciación entre los acreedores de una parte y por otro lado la postura de los legitimarios.

Afirma, finalmente, que lo normal es distribuir el haber liquidado por mitad pero que a veces la liquidación capitular puede llevar igualmente encubierta una donación.

C L A V E D E A B R E V I A T U R A S

- ACP = Archiv für die Civilistische Praxis (Tubinga).
- AD = Anuario de Derecho (Panamá).
- AFB = Annales de la Faculté de Droit de l'Université de Bordeaux.
- AFD = Anuario de Filosofía de Derecho (Madrid).
- AJCL = The American Journal of Comparative Law (Michigan).
- AUM = Anales de la Universidad de Murcia.
- BCAM = Boletín del Colegio de Abogados de Madrid.
- BCD = Boletín de la Sección de Investigaciones de Derecho Comparado (Quito).
- BFD = Boletín de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales (Córdoba, Argentina).
- BFDC = Boletim da Facultade de Direito (Coimbra).
- BI = Boletín de Información del Ministerio de Justicia (Madrid).
- BIM = Boletín del Instituto de Derecho Comparado de Méjico.
- BIR = Bollettino Informativo dell'Istituto Giuridico Spagnuolo in Roma.
- BMI = Boletim do Ministerio da Justiça (Lisboa).
- BS = Boletín del Seminario de Derecho Público de la Universidad de Santiago de Chile.
- BUSC = Boletín de la Universidad de Santiago de Compostela.
- CDA = Cuadernos de Derecho Angloamericano (Barcelona).
- CDF = Cuadernos de Derecho Francés (Barcelona).
- CLJ = The Cambridge Law Journal.
- CLQ = Cornell Quarterly (Ithaca, Nueva York).
- DG = Diritto e Giurisprudenza (Nápoles).
- DM = Derecho (Medellín, Colombia).
- ED = Estudios de Derecho (Antioquía).
- EF = Ehe und Familie im Privaten und Öffentlichen Recht. Zeitschrift für das gesamte Familienrecht (Bielefeld).
- F = El Foro (Méjico).
- EG = Foro Gallego (La Coruña).
- FM = Foro Manchego. Revista del Ilustre Colegio de Abogados (Ciudad Real).
- IC (ICLQ) = The International and Comparative Law Quarterly (Londres).
- IDC = Instituto de Derecho Comercial y de la Navegación (Buenos Aires).
- IJ = Información Jurídica (Madrid).
- IM = Ius (Milán).
- IR = Iustitia (Roma).
- JF = Journal do Foro (Lisboa).
- L = La Ley (Buenos Aires).
- LQ = The Law Quarterly Review (Londres).
- LRN = La Revue du Notariat (Québec).
- MDR = Monatschrift für Deutsches Recht (Hamburgo).
- MLR = The Modern Law Review (Londres).
- NC = The North Carolina Law Review.
- NJW = Neue Juristische Wochenschrift (Munich-Berlín).
- NR = Nuestra Revista (Madrid).

- NRD = *Nuova Rivista di Diritto Commerciale, Diritto dell'Economia, Diritto Sociale* (Padua, Pisa).
- OZOR = *Osterreichische Zeitschrift für Offentliches Recht* (Viena).
- P = *Pretor. Revista Técnica de Justicia Municipal* (Madrid).
- PC = *Propiedad y Construcción. Revista Técnico-Informativa* (Valencia).
- RAP = *Revista de Administración Pública* (Madrid).
- RB = *Revista Jurídica* (Cochabamba, Chile).
- RCA = *Revista del Colegio de Abogados de Buenos Aires.*
- RCD = *Revista Cubana de Derecho* (Habana).
- RCDI = *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* (Madrid).
- RCH = *Revista de Derecho* (Concepción, Chile).
- RCJS = *Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales* (Santa Fe, Argentina).
- RCM = *Revista del Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario* (Bogotá).
- RCP = *Revista del Colegio de Abogados* (Puerto Rico).
- RDC = *Revista del Diritto Commerciales e del Diritto Generales Delle Obbligazioni* (Milán).
- RDDC = *Rivista di Diritto Civile* (Padua).
- RDEA = *Revista de Derecho Español y Americano* (Madrid).
- RDES = *Revista de Dereito e de Estudos Sociais* (Coimbra).
- RDJ = *Revista de Derecho Judicial* (Madrid).
- RDLC = *Revista de Derecho y Legislación* (Caracas).
- RDLP = *Revista de Derecho* (La Paz).
- RDM = *Revista de Derecho Mercantil* (Madrid).
- RDMSP = *Rivista del Diritto Matrimoniale e dello stato delle persone* (Milán).
- RDN = *Revista de Derecho Notarial* (Madrid).
- RDP = *Revista de Derecho Privado* (Madrid).
- REDM = *Revista Española de Derecho Militar* (Madrid).
- REDME = *Revista de la Facultad de Derecho de México.*
- REP = *Revista de Estudios Políticos* (Madrid).
- REVL = *Revista de Estudios de la Vida Local* (Madrid).
- RFC = *Revista del Foro Canario* (Las Palmas).
- RFDBA = *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales* (Buenos Aires).
- RFDC = *Revista de la Facultad de Derecho* (Canarias).
- RFDM = *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales* (Montevideo).
- RFDSP = *Revista de Facultade de Direito da Universidade de São Paulo.*
- RFDUM = *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid.*
- RN = *Revista del Notariado* (Buenos Aires).
- ROW = *Recht in Ost und West Zeitschrift für Rechts, vergleichung und interzonale Rechtsprobleme* (Berlín).
- RP = *Revista de Derecho Procesal* (Madrid).
- RPR = *Rivista di Diritto Processuale* (Padua).
- RPI = *Revista de la Propiedad Industrial* (Madrid).
- RS = *Rivista delle Società* (Milán).
- RTC = *Revue Trimestrielle de Droit Commercial* (París).
- RTDC = *Revue Trimestrielle de Droit Civil* (París).
- RTDP = *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile* (Milán).
- RTDPO = *Rivista Trimestrale di Diritto Público* (Milán).

RUM = Revista de la Universidad de Madrid.

SA = Sociedades Anónimas. Revista de Derecho Comercial (Montevideo).

SJ = Svensti Juristtdning (Estocolmo).

T = Temis. Revista de Ciencia y Técnica Jurídicas (Zaragoza).

UNC = Universidad Nacional de Colombia (Bogotá).

ZRV = Zeitschrift für Vérgleichende Rechtswissenschaft (Stuttgart).

RESOLUCIONES DE LA DIRECCION GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO

A cargo de
CHICO ORTIZ, José María
Registrador de la Propiedad

DERECHO MERCANTIL

Separación de administrador en sociedad de responsabilidad limitada. Es inscribible el pacto contenido en los estatutos de una escritura de constitución de sociedad de responsabilidad limitada que establece para la separación del cargo de administrador no el «quórum» superior al normal establecido en el artículo 12 de la Ley, sino el señalado para el supuesto de gerente estatuario. (Resolución de 22 de diciembre de 1977; «Boletín Oficial del Estado» de 10 de enero de 1978.)

Hechos.—En el recurso gubernativo interpuesto por el Notario de Valls, don Tomás Sobrino Alvarez, contra la negativa de V. S. a inscribir una escritura de constitución de una sociedad de responsabilidad limitada.

Resultando que por escritura autorizada en Valls por el Notario recurrente en 30 de junio de 1976 se constituyó la Compañía mercantil «Pinturas Tarracol, Sociedad Limitada», integrada por cinco socios y que se regirá por los Estatutos unidos a la escritura; que en el artículo 6.^º de los mismos se dispone que: «La Administración de la Sociedad y el uso de la firma social corresponderá a un socio, a quien se denominará Gerente, y el cual representará a la Sociedad en todos los asuntos relativos al giro o tráfico de la misma. Su nombramiento se hará en escritura pública por acuerdo de los socios y se inscribirá en el Registro Mercantil.

Para el cese o separación del Gerente por voluntad de los socios será necesario que voten en favor del acuerdo un número de éstos que represente, al menos, la mayoría de ellos y las dos terceras partes del capital social».

Resultando que presentada en el Registro primera copia de la anterior escritura, fue calificada con nota del tenor literal siguiente: «Denegada la inscripción del precedente documento por los defectos insubsanables siguientes:

1.^º Que el párrafo último del artículo 6.^º de los Estatutos no se limita al supuesto de Administrador nombrado en la escritura fundacional.

2.^º Que el requisito de mayoría reforzada exigido para la destitución es superior a la mayoría normal exigida para el nombramiento.

Estimando infringidos en ambos supuestos el párrafo 1.^º del artículo 12 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada.

Con la conformidad de mi cotitular».

Resultando que el Notario autorizante de la escritura interpuso recurso de reforma y subsidiariamente gubernativo contra la anterior calificación y alegó: Que la nota calificadora entiende que el artículo 12 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada es derecho necesario, por lo que parece querer aplicar a la Sociedad Limitada los mismos criterios que la doctrina y la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha fijado para las Sociedades Anónimas al interpretar el artículo 75 de la Ley que rige estas Sociedades; que este criterio no es aceptable si tenemos en cuenta que la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, como dice su exposición de motivos, no tiene «aquellas características de rigor y extensión normativos que son propias de la Sociedad por acciones, sino que, por el contrario, está inspirada en principios de gran elasticidad para permitir a los interesados hacer uso, en amplia medida, de la libertad de pacto, siempre que ésta no se traduzca en una violación directa o indirecta de los postulados esenciales del tipo de Sociedad que ahora se regula»; que no debe entenderse que los quórum previstos para la separación de administradores formen parte de esos «postulados esenciales», ya que lo único esencial es la revocabilidad, lo cual no sucede en la escritura calificada; que la exposición de motivos se cita como elemento de interpretación auténtica; que del texto del propio artículo 12 tampoco resulta su carácter imperativo; que al remitirse el artículo 12 al 17 se entiende que lo hace en sentido integral, y admitiendo el carácter dispositivo y no imperativo de este artículo, por lo que parece que el carácter imperativo que se quiere atribuir al artículo 12 se quebraría en virtud de la remisión que al menos para un caso, hace el propio artículo a otro precepto que es dispositivo; que las resoluciones de 7 de noviembre y 20 de julio de 1957, aunque se refieren a otros supuestos, señalan criterios aplicables al caso presente, como es el de señalar la amplia libertad que se quiso dejar a los fundadores, particularmente en la formación de mayorías y a la posibilidad de pactar en los estatutos quórum superiores a los de los artículos 14 y 17 de la Ley, pues lo único que no autoriza es que sean inferiores; que la doctrina jurídica más calificada admite expresamente el pacto por el que se exijan estatutariamente mayorías superiores a las del artículo 12 para la separación de los administradores; que en cuanto al apartado 2º de la nota hay que manifestar que no puede deducirse de ningún precepto legal ni tampoco de la doctrina ni de la jurisprudencia, la necesidad de que para la separación del administrador haya de exigirse la misma mayoría que para su nombramiento o viceversa, sino que, por el contrario, la misma Ley reguladora de las Sociedades de Responsabilidad Limitada recoge casos en que se exigen mayorías distintas para uno y otro supuesto, como es el del Administrador nombrado en la escritura fundacional, cuyo nombramiento se hace por unanimidad, pudiendo ser separado por la mayoría reforzada del artículo 17 de la Ley, y que en la Sociedad Limitada la naturaleza del Administrador no es la de un mandatario de los socios —en cuyo caso se entendería que los mismos que lo nombraron deberían tener la facultad de revocar su nombramiento—, sino la de un órgano de la Sociedad, no sometido a la doctrina contractual del mandato.

Resultando que el Registrador, de conformidad con su cotitular, dictó

acuerdo manteniendo su calificación por los siguientes fundamentos que el fedatario en sus alegaciones centra principalmente el problema en la determinación de si el párrafo 1.^º del artículo 12 de la Ley permite pacto en contrario, es decir, si tiene carácter imperativo o no, que la jurisprudencia del Tribunal Supremo y la de la Dirección General no se han pronunciado sobre tal cuestión, pero gran parte de la doctrina de los tratadistas sostiene el carácter imperativo de tal precepto; que si la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada hubiera querido dejar la materia de separación de los administradores al criterio dispositivo de las partes, le hubiera bastado mantener silencio respecto a la misma, pero, al contrario, expresamente formula un principio general, el acuerdo de los socios que representen la mayoría del capital social y una sola excepción al mismo, el caso de Administrador nombrado en la escritura social, por lo que la regulación de esta materia aparece clara y no admite pacto en contrario, abonando este criterio el artículo 122 del Reglamento del Registro Mercantil; que en el párrafo 1.^º del repetido artículo 12 de la Ley establece el principio de que para la destitución de un Administrador basta una mayoría igual o menor que para su nombramiento, lo que impide que pueda exigirse una mayoría superior para destituir que para nombrar, y es que tanto en las sociedades anónimas como en las de responsabilidad limitada la mejor censura de la actuación de un Administrador es reducir al mínimo los requisitos para su destitución; que en el caso concreto que nos ocupa podría producirse el absurdo de que un Administrador nombrado por una voluntad social constituida por la simple mayoría de capital, una vez perdida la confianza de esa voluntad social, ésta no podría destituirlo y nombrar otro, aun cuando está capacitada para este nuevo nombramiento.

Doctrina.—«Considerando que la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada establece en el artículo 14, y como norma general para la adopción de acuerdos, el del voto favorable de la mayoría de capital, salvo disposición contraria de la escritura, y este mismo quórum es el que se requiere para el cese de los Administradores —artículo 12—, con la sola excepción del Gerente estatutario, en donde se fija un quórum superior al del artículo 17, aunque más dulcificado que el rígido sistema de unanimidad que en esta materia se contiene en el artículo 132 del Código de Comercio para las Sociedades personalistas.»

«Considerando que a la vista de lo expuesto anteriormente, la cuestión que plantea este recurso versa, pues, sobre la validez de la cláusula en la que se fija para la separación de todo tipo de Administradores los requisitos y quórum que la Ley establece únicamente para los designados en la escritura fundacional, y si además existe en dicha cláusula contradicción al no exigirse la misma mayoría para el nombramiento y para la separación.»

«Considerando que el quórum establecido en el artículo 12 de la Ley es el mismo que con carácter general señala el artículo 14 del mismo texto legal, y que admite pacto en contrario, según el tenor literal de este precepto, lo que no es extraño dado el criterio de amplia libertad, puesto de relieve en la exposición de motivos, con que se ha querido configurar este tipo de Sociedad, como intermedia entre la personalista y capitalista, por

lo que no hay obstáculo alguno que impida, en base a dar una mayor estabilidad al cargo de Administrador, que se haga depender su cese de un quórum superior al normal establecido en el artículo 12, pues lo único que la Ley prohíbe es que el cargo sea irrevocable, incluso cuando el nombramiento ha tenido lugar en la escritura fundacional.»

«Considerando que idéntico razonamiento cabe aplicar ante el hecho de que sea distinto el quórum necesario para el nombramiento que el que se exija para la separación, con lo que queda reforzada la posición del Administrador en estas Sociedades eminentemente familiares y de pocos socios.»

«Esta Dirección General ha acordado revocar la nota del Registrador.»

CONSIDERACIONES CRITICAS

El problema que ofrece y resuelve la presente Resolución es si cabe un pacto para señalar un «quórum» a efectos de separar al Administrador y que el mismo sea el que la ley señala para el puesto de gerente estatutario. No obstante, aparte de esa posible libertad de pacto, lo que sí es importante descubrir son las posibles razones que pueden avalar una postura contraria al principio de libertad de estipulación, siempre y cuando se respeten los límites legales.

La problemática se plantea en el ámbito de las Sociedades de Responsabilidad Limitada y, aunque se trata de escritura de constitución social, el gerente no está nombrado en la misma, sino que se relega su nombramiento a una escritura posterior, lo cual permite descartar el caso del gerente «estatutario». Estas presiones son obligadas, ya que existen ciertas diferencias entre la regulación de las Sociedades Anónimas y las de Responsabilidad Limitada. Por ello, vamos a distinguir los dos puntos concretos que a nuestro juicio son la base del recurso: posibilidad de pacto en contra de lo establecido en la ley y razones que puedan justificar lo contrario.

a) *Posibilidad del pacto.*

Es la postura que defiende el Notario autorizante de la escritura que interpone el recurso de reforma y también la que, en definitiva, adopta la Dirección al establecer una relación inmediata entre el artículo 12 y el 14 de la Ley de Responsabilidad Limitada.

La argumentación utilizada por el Notario está basada en una amplia extensión del principio de «elasticidad» a que parece aludir la Exposición de Motivos al comparar ambas sociedades, esto es, la anónima y la de responsabilidad limitada, y señalar para la segunda hacer uso por parte de los interesados, en amplia medida, de la libertad de pacto, siempre que ello no se traduzca en una violación directa o indirecta de los postulados esenciales del tipo de sociedad que se regula.

La opinión notarial viene a coincidir un tanto con la que sostiene MANUEL DE LA CÁMARA («Estudios de Derecho Mercantil», tomo I, Madrid, 1977, página 422) el cual al hablar de la separación de los administradores, cuando no

se trate de destituir a los designados en la escritura fundacional, requiere el acuerdo de los socios que representan la mayoría del capital, aunque no ve inconveniente en que la mayoría de capital se refuerce exigiendo, además, la mayoría personal. Y añade que si la escritura no dispone nada en punto a las mayorías exigibles para la válida adopción de los acuerdos, se exigirán las de los artículos 12 y 17 cuando se trate de las decisiones que contemplan dichos preceptos, y para los demás casos, el voto de los socios que represente la mayoría del capital social (artículo 14,3).

Esta dirección está avalada por dos trabajos que el autor utiliza y que plantean diversas cuestiones en torno a la formación de mayorías. Uno es de EDUARDO POLO («Reflexiones sobre el régimen de "quorums" y mayorías de los órganos colegiados de la Sociedad Anónima», R. D. M., 1973, pág 199 y ss.) y el otro es de CARLON («La formación de la mayoría en los acuerdos ordinarios de la Sociedad de Responsabilidad Limitada» en Estudios Jurídicos en homenaje a Joaquín Garrigues, II, pág. 11 y ss). Igualmente cita el autor antes mencionado la Resolución de 7 de noviembre de 1957 en la que, refiriéndose a los artículos 14 y 17 de la Ley de Sociedad de Responsabilidad Limitada, concreta que es indudable la posibilidad de pactar en los Estatutos unos «quórum» superiores a los señalados en dichos artículos.

Para la Dirección General la solución está en la normativa general que preside el artículo 14 de la Ley citada que permite pacto en contra para fijar un «quórum» superior al legal, lo cual incide por criterio de dependencia en el artículo 12 de la misma ley que al establecer el mismo «quórum» que el 14 permite una aplicación analógica de doctrina. Puede ser este el criterio acertado, ya que el artículo 12 exige para la separación de administradores el «quórum» de «la mayoría del capital social» y lo que el 14 hace es precisar cómo se averigua cuando hay mayoría a través del voto de un número de socios que representen más de la mitad del capital social. Pero, claro está, esa mayoría y esa forma de lograr la admite, según dicho artículo, un posible pacto en contra que, por supuesto, no puede ser inferior al legal, pero sí superior. El razonamiento parece ser válido si con el referido pacto lo único que se persigue es la estabilidad del cargo de Administrador, sin que se atente al principio de la revocabilidad del mismo. La posibilidad de la solución va a depender, en último término, de si los argumentos esgrimidos por el funcionario calificador son lo suficientemente fuertes para destruir esta argumentación lógica y llena de ponderación.

b) *Prohibición de dichos pactos.*

La argumentación más importante que utiliza el Registrador Mercantil es la de la necesidad de que se guarde el mismo «quórum» en el nombramiento que en la separación de Administrador. Principio éste que sólo podría inducirse forzando mucho la interpretación de la letra de la ley entendiendo que la normativa establecida para los Administradores nombrados en los estatutos significa una regla especial frente a la general del párrafo primero. Pero ocurre preguntar, ¿por qué esa diferenciación de

trato del Administrador ordinario frente al estatutario? Creo que es aquí donde habría que profundizar en aras de una mayor claridad. La norma por virtud de la cual para la separación de un Administrador estatutario es más rígida que los mínimos legales establecidos para el ordinario, no supone una excepción a un principio en el que las mayorías deben ser iguales para el nombramiento y la separación, sino que viene impuesta por un principio superior: la separación de Administradores estatutarios supone una modificación de estatutos o de escritura social que exige la observancia de normas diferentes a las mínimas exigidas para los otros supuestos.

ANGEL VELASCO ALONSO («La ley de sociedades de responsabilidad limitada», Madrid, 1972) toca el problema sin argumentar su afirmación. Partiendo del principio de la libre revocabilidad de los administradores que, a su entender recoge el artículo 12, confirmando lo que dispone el 11, entiende que la colectividad de los socios puede separar cuando quiera a los administradores, en todo o en parte, ejercitando un poder que la ley le atribuye en todo caso y que no puede ser renunciado ni limitado por la escritura, de donde se desprende la dudosa licitud de los pactos en que se estipule la revocación sólo por motivos legítimos o causa justificada. El acuerdo de los socios deberá ser adoptado por mayoría de capital social, es decir, la misma mayoría que basta para el nombramiento (artículo 122 del Reglamento del Registro Mercantil). Como en las sociedades anónimas, los socios podrán acordar sobre la separación en cualquier reunión que se celebre y sin necesidad de que el asunto conste en el orden del día (artículo 75 de la Ley de S. A.). La mayoría reforzada del artículo 17 de la Ley no podrá ser alterada en más ni en menos por pacto de la escritura. Tampoco la simple mayoría podrá ser reforzada por pacto escriturario, ni tampoco rebajada (R. D. G. Registros, 20 julio 1957).

El apoyo que parece ofrecer el autor citado para defender el principio de que las mayorías exigidas para la separación deben ser las mismas que para el nombramiento residen en el artículo 122 del Reglamento del Registro Mercantil y una Resolución de la Dirección General. Leído con cierto detenimiento el artículo 122 del Reglamento a la única conclusión que se llega es que debe acreditarse el cumplimiento de los preceptos legales y, entre ellos, las diferentes mayorías según que el Administrador sea estatutario u ordinario. Aparte de que por mucho que dijera el artículo citado al ser aprobado por Decreto no tenía virtualidad derogatoria de la Ley. La Resolución citada, al igual que la que antes vimos de 7 noviembre de 1957, son de difícil aplicación al caso, pues planteaban otros supuestos y de ambas, lo único que puede deducirse es la mayor amplitud de pacto que permite la regulación de la Ley de Responsabilidad Limitada frente a la de la Anónima.

La argumentación final que utiliza el Registrador referente al posible absurdo que supondría el que una simple mayoría de capital quedaría imposibilitada de separar al Administrador una vez perdida la confianza en el mismo, aun y a pesar de haberlo nombrado la misma mayoría, encierra una especie de sofisma, pues esa misma mayoría al aceptar el

refuerzo que en virtud de pacto en contra le concede el artículo 14, acepta de antemano el cumplimiento de mayores requisitos: la mayoría nombra y condiciona la separación a unas exigencias mayores. Quizá todo ello suponga una renuncia de un derecho en forma anticipada o agregar unos condicionamientos para perseguir la continuidad del Administrador, pero siempre que no exista un perjuicio claro para los accionistas o terceros el pacto ha de admitirse como válido.

De uno de los trabajos citados al comienzo creo que cabe apuntar la siguiente situación doctrinal sobre el punto de libertad o restricción de pacto en la legislación vigente sobre sociedades de responsabilidad limitada, pues parece claro desprenderse del informe del Registrador la «mayor parte» predominante de esta doctrina para defender su tesis. Lo cierto es que GARRIGUES (*«Curso de Derecho Mercantil»*, I, 5.^a edición, revisada por BERCOVITZ, Madrid, 1968), SOLA DE CAÑIZARES (*«Las sociedades de responsabilidad limitada en el nuevo Derecho español»*, Madrid, 1954), ALVAREZ QUELQUEJU (*«La sociedad de responsabilidad limitada como instrumento de la concentración de empresas»*, Valladolid, 1958) son partidarios de que la libertad escrituraria es absoluta sobre la formación de mayorías.

Frente a esta postura radical está la de otro sector doctrinal en la que el principio de libertad se ve limitado en cuanto no cabe alterar la proporcionalidad entre participación de capital y el derecho al voto, ni el voto plural, ni el voto limitado, ni la privación de voto. Siguen esta postura URÍA (*«Derecho Mercantil»*, Madrid, 1968), SÁNCHEZ CALERO (*«Instituciones de Derecho Mercantil»*, I, Valladolid, 1967), GONZÁLEZ ENRÍQUEZ (*«Algunas reflexiones en torno a la Ley de Régimen Jurídico de las sociedades de responsabilidad limitada»*, ADC, 1953), GAY DE MONTELLA (*«La sociedad de responsabilidad limitada en la Ley de 17 julio 1953»*, Barcelona, 1954) y, en cierto modo, la de SALVADOR BULLÓN (*«Comentarios a la Ley de Sociedades Limitadas»*, Madrid, 1956).

Nunca he creído en la decisión de un asunto sobre la base de mayorías de doctrina y menos en el presente caso en que si sumamos a los primeros los que al comienzo citamos y a los segundos el que utilizamos en el segundo punto, veremos que existe una especie de empate doctrinal que tampoco puede ser decisivo. Insisto en lo que antes dije: sólo ante la demostración de que el refuerzo de la mayoría pudiera implicar un posible perjuicio, el pacto habrá de considerarlo válido. La doctrina anterior de la Dirección tampoco nos sirve para el caso, pues la de 20 de julio de 1957 permitió el refuerzo de las mayorías y la del 7 de noviembre del mismo año se sosténía sobre el principio de libertad de pacto. Quizá, ahora con ésta, entremos de lleno en el buen camino de la posibilidad que ofrece el artículo 14 de la Ley de Responsabilidad Limitada.

Sociedad Anónima.—No es inscribible una escritura de constitución de Sociedad Anónima cuando sus estatutos vulneran preceptos de carácter imperativo establecidos en la Ley de Sociedades Anónimas. (Resolución de 27 de junio de 1977; «Boletín Oficial del Estado» de 22 de agosto de 1977.)

Hechos.—En el recurso gubernativo interpuesto por don José Francisco Sánchez-Cutillas Martínez y otros, contra la negativa a inscribir una escritura de constitución de una Sociedad Anónima.

Resultando que, el 13 de agosto de 1976, ante el Notario de Valencia, don José Luis Llobet Alabaú, los hoy recurrentes otorgaron escritura de constitución de la Sociedad Mercantil «Carbonell Joyeros, S. A.», que se regirá por los Estatutos unidos a la escritura que entre otros preceptos, establecen:

Artículo 16. Antes de la celebración de la Junta General ordinaria o extraordinaria en su caso, en la que se somete a aprobación el balance del ejercicio social, cuenta de pérdidas y ganancias, memoria y propuesta de distribución de beneficios, o bien que se someta a votación cualquier acuerdo de tipo económico, todo accionista podrá pedir información sobre extremos en el orden del día o datos contables, con quince días de antelación a la celebración de la Junta, y sin que a tal petición se le pueda oponer el voto del presidente contenido en el artículo 65 de la Ley; si no fuere atendido en su petición dentro de las setenta y dos horas, probando este extremo mediante requerimiento notarial incontestado, podrá comparecer ante el Juzgado de Primera Instancia del domicilio social, actuando el contenido del artículo 2.166 de la Ley de Enjuiciamiento Civil para así obtener coercitivamente los datos pedidos.

Artículo 17. Cualquier accionista o grupo de accionistas que representen el 5 por 100 del capital social, podrá proponer un censor jurado de cuentas para la censura de las del ejercicio social correspondiente, tal y como establece el párrafo segundo del artículo 108 de la Ley sobre el Régimen Jurídico de las Sociedades Anónimas; pero si fueren varios los que quisieren nombrar censor jurado de cuentas, cada grupo que represente el 5 por 100 del capital social podrá nombrar uno por su cuenta, y en tal caso los honorarios de tales profesionales serán abonados por los accionistas que les nombraron y no por la Sociedad.

Artículo 18. En caso de lesión del derecho de información contenido en la Ley de Sociedades Anónimas o de otro cualesquiera, si el accionista o accionistas ejercitasen acción de nulidad de Junta o de acuerdos tomados en la misma, si prosperase el pedimento, la condena en costas no afectará a la Sociedad, sino al Consejero o Consejeros que en el momento de ser citado por el Juzgado no hubiere manifestado su oposición al acuerdo o acuerdos lesivos.

Artículo 21. Las Juntas generales de accionistas serán ordinarias o extraordinarias. Las ordinarias se celebrarán dentro de los seis meses siguientes a partir de la fecha del cierre de cada ejercicio económico en el día, hora y lugar que determine el Consejo de Administración al objeto

de censurar la gestión social, aprobando, en su caso, las cuentas y el balance del ejercicio anterior y resolver sobre la distribución de beneficios.

La extraordinaria tendrá lugar cuando sea convocada por el Consejo de Administración, el que podrá hacerlo cuando estime que ello es conveniente para los fines sociales.

También se celebrarán cuando lo solicite un número de socios que represente al menos la vigésima parte del capital desembolsado, expresando en la solicitud los asuntos a tratar en la Junta. En este caso la Junta deberá ser convocada para celebrarla dentro de los treinta días siguientes a la fecha en que se hubiere requerido al Consejo de Administración con tal objeto. En el orden del día se incluirán necesariamente los asuntos que hubieren sido motivo de la solicitud.

Resultando que presentada en el Registro primera copia de la anterior escritura fue calificada con nota del tenor literal siguiente: «No admitida la inscripción de la presente escritura que ha sido presentada en este Registro Mercantil de Valencia y su Provincia, a las trece horas diez minutos del día 30 de noviembre de 1976, bajo el número 1.452 al folio 217 del Diario 25, por adolecer de los siguientes defectos:

1.^º Contravenir el artículo 17 de los Estatutos Sociales lo dispuesto en el artículo 108 de la Ley de Sociedades Anónimas, por cuanto siendo libre facultad de la Junta General la designación de dos censores de cuentas y uno de la minoría si es superior al 10 por 100 del capital desembolsado, atribuye a ésta la facultad de nombrar censores en número que puede ser superior en más de cuatro veces a los nombrados por la Junta general.

2.^º Infringir el artículo 16 de los Estatutos Sociales lo establecido en el artículo 65 de la Ley de Sociedades Anónimas al privar a la Junta general, por medio de su presidente, de la facultad de negar el derecho de información cuando la prestación de éste perjudique los intereses sociales y sin que se reúna la cuarta parte del capital desembolsado, que previene la Ley para eliminar tal derecho.

3.^º Vulnerar el artículo 21 de los Estatutos los artículos 56 y 57 de la Ley de Sociedades Anónimas al señalar para pedir convocatoria de la Junta general porcentajes inferiores a los mínimos establecidos en la Ley.

4.^º Infringir el artículo 18 de los Estatutos Sociales lo establecido en el artículo 69 de la Ley de Sociedades Anónimas al señalar como momento para oponerse al acuerdo de la Junta General el de «ser citados por el Juzgado», invadiendo la esfera de la actuación judicial al expresar que la condena en costas no «afectará a la Sociedad» y trasladando tal responsabilidad a los administradores que pueden no ser socios y no haber votado tal acuerdo.

La presente nota se extiende de conformidad con mi cotitular».

Resultando que don José Francisco Sánchez-Cutillas Martínez y demás otorgantes de la escritura interpusieron recurso de reforma y subsidiariamente gubernativo contra la anterior calificación alegando: que bajo un aspecto genérico en este recurso puede afirmarse que el fun-

cionario calificador interpreta las normas que regulan las Sociedades Anónimas como defensivas de la labor personal de los administradores, intentando impedir la ingerencia de las minorías, mientras que el recurrente considera la necesidad de reforzar la facultad de control por los socios minoritarios; que sería conveniente que el artículo 2.166 de la Ley de Enjuiciamiento Civil informara los Estatutos de este tipo de sociedades para reforzar la defensa de los intereses de los socios minoritarios, y así se acabaría con la falta de interés del público para pactar este contrato, favoreciéndose la aptitud asociativa; que pasando a un aspecto más concreto puede afirmarse que el artículo 2.155 del Código civil, al establecer la libertad de pacto ampara los acuerdos contenidos en los Estatutos cuya inscripción se deniega; que en cuanto al primer defecto señalado en la nota debe decirse que el artículo 17 de los Estatutos amplía a los minoritarios la facultad de nombrar censor jurado de cuentas estableciendo un porcentaje menor al señalado en el artículo 108 de la Ley, por considerar que todo Estatuto que amplíe derechos concedidos por la Ley no puede ser rechazado en cuanto a su inscripción; que en cuanto al 2.^º defecto de la nota entendemos que es plenamente legal extender la garantía de información disminuyendo el porcentaje necesario para eludir el voto del presidente, que respecto al tercer defecto, relativo al porcentaje exigido para convocar Junta general creemos que aumentar los derechos de los socios es adecuado, pues la Ley prohíbe el restringirlos; y que en cuanto al 4.^º defecto de la nota cabe alegar que el artículo 18 de los Estatutos no infringe el artículo 69 de la Ley por cuanto éste regula la legitimación activa del socio para impugnar acuerdos y aquél se refiere al comportamiento de los Consejeros en el litigio que pueda instarse, sin que el precepto estatutario invada la esfera jurisdiccional, pues el pacto condena en costas es lícito, y dado que el artículo 704.^º de la Ley establece medidas disciplinarias para los administradores o a los socios que impugnen un acuerdo, el artículo 18 estatutario añade una medida de este tipo para los administradores que mantengan los acuerdos lesivos.

Resultando que el Registrador dictó acuerdo manteniendo la calificación suscrita con su conformidad, por el que entonces era su cotitular, por los siguientes fundamentos: que no puede aceptar la afirmación del recurrente de que el Registrador interpreta la norma como defensiva de la labor personal de los administradores frente a la facultad de control de los socios minoritarios, puesto que en la nota se limita a señalar los defectos de los preceptos estatutarios por su falta de adecuación a la Ley, mediante una interpretación sistemática de los preceptos legales; que en cuanto al defecto 1.^º de la nota no puede prosperar la alegación del recurrente a la aplicación del artículo 1.255 del Código civil, dados los términos en que se expresa el artículo 108 de la Ley de Sociedades Anónimas que establece tasativamente que la designación de los censores de cuentas es facultad privativa de la Junta general en que se aprueban las cuentas, y si su designación no hubiese sido hecha por unanimidad, únicamente queda a la minoría «si representa, al menos,

la décima parte del capital social desembolsado», la facultad de designar otro efectivo y su suplente; que este precepto de la Ley es imperativo, y no susceptible de ser alterado por las partes alegando la aplicación del artículo 1.255 del Código civil, puesto que la libertad de pacto que el mismo establece es «siempre que éste no contravenga a las leyes», y resulta clara la contravención a lo establecido en el referido artículo 108, cuyo carácter imperativo no sólo se deduce de los términos en que está redactado, sino que también ha sido confirmado por el Tribunal Supremo en Sentencia de 15 de octubre de 1971; que en relación al 2.^º extremo de la nota debe aducirse que el derecho de veto concedido por el artículo 65 de la Ley de Sociedades Anónimas al presidente cuando el ejercicio del derecho de información perjudique a los intereses sociales, sólo puede ser enervado por los accionistas, cuando representen, al menos, la cuarta parte de los intereses sociales, siendo ilegal, por lo tanto, el acuerdo contenido en el artículo 16 de los Estatutos sociales, que trata de eliminar el veto en la concurrencia de los requisitos legales; que el citado artículo 65 no sólo protege el derecho de información de los accionistas, sino que también regula el derecho de la Sociedad a evitar que los secretos de la empresa puedan quedar al descubierto por la actuación de cualquier accionista indiscreto o mal intencionado, concediendo al presidente la posibilidad de eliminar el derecho de información, cuando la publicidad de los datos solicitados perjudique los intereses sociales; que la Ley, en su difícil postura de mantener el equilibrio entre el derecho de información del socio y el superior interés de la Sociedad, se ha preocupado de señalar el punto desequilibrado, exigiendo un «quórum» preciso para eliminar el derecho de veto y cualquier alteración de este «quórum» debe considerarse inadmisible dado el carácter imperativo o necesario del precepto legal que lo establece; que la remisión que hace el artículo 16 de los Estatutos al artículo 2.166 de la Ley de Enjuiciamiento Civil es inoperante, dado que este precepto fue dictado para las Sociedades Colectivas, no siendo de aplicación a las Anónimas, que, por otra parte, contienen una regulación específica del derecho de información en su propia Ley; que en cuanto al tercer defecto de la nota hay que manifestar que por ser los artículos 56 y 57 de la Ley de Sociedades Anónimas normas de derecho necesario y de inexcusable cumplimiento es ilegal que el artículo 21 de los Estatutos acuerde que para pedir la convocatoria de la Junta general sólo sea necesaria la concurrencia de accionistas que representen un 5 por 100 del capital desembolsado, porcentaje que es inferior al 10 por 100 establecido por aquellos artículos, que no son susceptibles de alteración por pacto de los interesados; y que en este sentido se pronuncia de forma explícita la Resolución de 28 de diciembre de 1951; que en cuanto al 4.^º y último extremo de la nota calificadora debe aclararse que el artículo 18 de los Estatutos contradice abiertamente las disposiciones contenidas en el artículo 69 de la Ley de Sociedades Anónimas que señala como momento para hacer constar la oposición a los acuerdos lesivos, el de la redacción del acta correspondiente, criterio corroborado por reite-

rada Jurisprudencia del Tribunal Supremo al señalar en Sentencias de 30 de enero de 1970, 29 de septiembre de 1971, 31 de enero de 1972 y 27 de abril de 1973, que no basta el voto contrario en el momento de adoptar el acuerdo, sino la oposición al mismo en el acta una vez conocido el resultado de la votación, por lo que la oposición al acuerdo manifestada por los administradores al ser citados por el Juzgado, no sólo no legitima para impugnar, sino que es totalmente inoperante por extemporánea, y que, por otra parte, resulta evidente que el artículo estatutario invade la esfera judicial, ya que la condena en costas necesariamente afectará a la sociedad si ésta resultara vencida (artículo 70 de la Ley de Sociedades Anónimas).

Doctrina.—«Considerando que las diferentes cuestiones que plantea este recurso tienen como denominador común el tener que examinar el carácter dispositivo o imperativo de los preceptos de la Ley de Sociedades que en principio puedan aparecer vulnerados por las cláusulas estatutarias contenidas en la escritura de constitución de la Sociedad, y que solamente en el caso de que estén en contradicción con normas de carácter imperativo, deberá rechazarse su acceso al Registro, dado el límite que al principio de autonomía de la voluntad establecido con carácter general en el artículo 1.255 del Código civil impone este mismo precepto legal».

«Considerando—y entrando en concreto en el primero de los defectos—que en materia de fiscalización y censura de la gestión de los administradores la ley española se inspiró preferentemente en el sistema francés anterior a la reforma de 1966, en donde son los propios accionistas nombrados por la Junta quienes ejercen esta función, tal como se deduce del artículo 108 de la Ley, y solamente en el caso de no existir unanimidad en el nombramiento de censores, se permite que la minoría en desacuerdo pueda, siempre que no sea inferior a la décima parte del capital desembolsado, designar el suyo y su suplente, criterio éste que al no haber obtenido en su aplicación la eficacia deseada, ha motivado una dura crítica, pues resulta además que en las sociedades pequeñas o familiares, al coincidir casi siempre la cualidad de accionista y administrador, se hace imposible o difícil la aplicación del precepto legal, como ya pusieron de relieve las Resoluciones de este Centro de 1 de febrero de 1957 y 16 de septiembre de 1958, por lo que los autores se muestran únicamente partidarios de la modificación de este sistema, y su sustitución por otro que sea similar al introducido modernamente por gran parte de legisladores, en donde esta función se ejerce o por personas extrañas a la Sociedad o por un órgano distinto —Consejo de Vigilancia—.»

«Considerando que en tanto subsista el actual sistema legal el carácter imperativo que presenta la norma contenida en el artículo 108 de la Ley, puesto de relieve por la Sentencia de 15 de octubre de 1971, impide su modificación o derogación por la cláusula estatutaria discutida, pues ello supondría aparte rebajar el «quórum» imperativo legal, tanto como

conceder a la minoría el poder designar más censores de cuentas que los dos que a la mayoría formada para este acto le autoriza dicho precepto, lo que no sólo es un contrasentido, sino también una vulneración de la forma en que el propio artículo resuelve el nombramiento de estos censores por el mayor número de votos dentro del grupo minoritario, con lo que claramente señala que, a su vez, la minoría no puede fraccionarse en nuevos grupos, como podría suceder aquí, a base de que hubiera varios que representen cada uno a un cinco por ciento.»

«Considerando que el 2º defecto de la nota versa sobre la cuestión de si es admisible la cláusula estatutaria por la que en primer lugar se elimina la facultad de voto concedida en el artículo 65 de la Ley al presidente de la Junta general en los casos en que estime que la información solicitada por los accionistas perjudica los intereses sociales, cuando éstos no representen la cuarta parte del capital desembolsado, y caso de ser lícita esta eliminación sí será inscribible la segunda parte de la misma cláusula, en la que se establece que probado mediante requerimiento notarial que la petición no fue atendida en el plazo que se señale, podrán comparecer los accionistas ante el Juez del domicilio social para que éste lo ordene y obtener coercitivamente los datos pedidos.»

«Considerando que el derecho de información al tratar de facilitar a los socios un conocimiento directo sobre la situación y gestión social, constituye uno de los más importantes del accionista, que cada día es tenido más en cuenta por las legislaciones, en cuanto que viene a contribuir a una mayor fiscalización y participación del socio en la marcha de la Sociedad, y de ahí que la Ley de 17 de julio de 1951 lo regule en dos preceptos que se complementan, uno el artículo 108 en relación a los documentos contables y otro el artículo 65, limitado a los asuntos que constituyen el orden del día.»

Considerando que es de advertir, sin embargo, que este derecho de información lleva implícito una delicada cuestión que es la relativa a los límites de su ejercicio, ya que de una parte no puede entenderse ni en un sentido tan amplio que permita sea abusivamente ejercitado, entorpeciendo de esta forma la actividad social, ni tan restringido que por falta de información se haga ilusorio y quede la minoría sujeta a la voluntad de los socios mayoritarios, y de otra parte, habrá de tenerse en cuenta el interés social que exige en ciertos casos no dar a la publicidad el informe solicitado a fin de evitar un perjuicio grave a la Sociedad, y este difícil equilibrio entre ambos intereses aparece resuelto con variadas soluciones en el Derecho comparado, pues mientras unas legislaciones establecen la revisión judicial a la negativa del órgano administrativo o de dirección, otras atribuyen la solución del conflicto a la propia Sociedad, y en estas últimas hay que incluir la nuestra, que confía tal misión con carácter discrecional al presidente de Junta, pero no en términos absolutos, pues habrá de facilitar la información si el número de accionistas que la piden supera la cuarta parte del capital desembolsado (artículo 65 de la Ley).»

«Considerando que no parece exista obstáculo para reconocer la posibilidad de que pueda en los Estatutos pactarse un «quórum» inferior al legal señalado en el artículo 65 de la Ley, lo que permitiría al disminuir la facultad discrecional del presidente de la Junta aproximar el «quórum» en esta materia con el más reducido que se reconoce a los accionistas en el artículo 108 para el nombramiento de censores y consiguiente conocimiento de documentos e informe sobre el balance, cuenta de pérdidas y ganancias, Memoria y propuesta de distribución de beneficios (artículo 110), pero al examinarse la cláusula discutida se observa:

a) Que la facultad del presidente queda totalmente suprimida, con lo que desaparece el sistema establecido por el legislador, que podrá ser atenuado, pero nunca eliminado, al menos mientras no se modifique la vigente Ley.

b) Que contiene un mandato a la Autoridad judicial para que actúe en la forma establecida en la cláusula estatutaria, sin posibilidad de examinar las circunstancias y las alegaciones de los otros interesados, y aunque se pretende fundar tal mandato en el artículo 2.166 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, hay que tener en cuenta que este precepto se refiere a las Sociedades colectivas, y en particular a los administradores de este tipo de Sociedad, supuesto esencialmente distinto del aquí contemplado, que tiene su regulación específica en el mencionado artículo 65 de la Ley de Sociedades Anónimas, y al que habrá de atenerse en todo caso.»

«Considerando que el tercer defecto obliga a examinar la validez de la cláusula estatutaria que rebaja del 10 por 100 al 5 por 100 del capital desembolsado el «quórum» que para la solicitud de convocatoria de Junta extraordinaria establece el artículo 56 de la Ley.»

«Considerando que ordinariamente la facultad de convocar Junta extraordinaria corresponde según el artículo 56 de la Ley a los Administradores de la Sociedad sin más excepción que aquellos casos en que se le reconoce al Juez o al Comisario del Sindicato de Obligacionistas (artículos 57 y 119), pero no se confiere esta posibilidad a los socios, salvo el supuesto de Junta Universal (artículo 55), mas ello no quiere decir que la Ley no autorice a que si no directamente, puedan mediante solicitud pedir su convocatoria al órgano competente en los términos prescritos en dicho artículo, y a fin de no dejar sin tutelar el interés que pueda ostentar la minoría se establece un «quórum»—el 10 por 100 del capital desembolsado—, que hay que entenderlo como ya declaró la Resolución de 28 de diciembre de 1951 como límite máximo en el sentido de que no pueden los Estatutos exigir «quórum» superior, pues ello equivaldría a restringir un derecho de convocatoria de la minoría y en este sentido tiene carácter imperativo de norma, por lo que implícitamente está autorizando que tal «quórum» pueda rebajarse al desaparecer la «ratio legis», como sucede en el presente recurso, y facilitar así la solicitud de la convocatoria de Junta y ulterior examen de los asuntos que se incluyan en la petición.»

«Considerando que en cuanto al cuarto y último defecto es indudable que el contenido del artículo 18 de los Estatutos atenta al campo de actuación judicial, al pretender establecer un régimen acerca de las costas del procedimiento de impugnación de acuerdo distinto del que en esta materia establece el artículo 70, números 5 y 11, de la Ley, que como norma de carácter procesal es de orden público, y en donde sólo el Tribunal puede imponerlas con arreglo a lo indicado en forma minuciosa en el referido precepto legal, todo ello sin perjuicio de la responsabilidad en que hayan podido incurrir los Administradores, si se declara lesivo o nulo el acuerdo impugnado.»

«Esta Dirección General ha acordado confirmar los defectos numeros 1.^º, 2.^º y 4.^º de la nota del Registrador y revocar el 3.^º.»

Consideraciones críticas.—Para un enfoque general de la solución que se contiene en la presente Resolución se hace preciso apuntar la idea que preside la regulación legal de las Sociedades Anónimas y que se hace patente en esta serie de defectos que se confirman avalando la nota que el Registrador extiende en su calificación. Me refiero a esa frase de la Exposición de Motivos de la Ley de Sociedades Anónimas de 17 de julio de 1951, en la que haciéndose eco «de la insólita libertad de que gozaban hasta hoy los fundadores y las mayorías de accionistas», señala cómo al adoptarse la forma de anónima supone que ello «lleva consigo la necesidad de someterse a ciertos esquemas legales insustituibles por el arbitrio individual». Esto, que supone el gran principio a que se somete la regulación legal, viene en la letra de los artículos claramente desarrollado al establecer el apartado quinto del artículo 11 que la escritura de constitución contendrá una serie de requisitos y que «podrán, además, incluir en la escritura todos los pactos ilícitos y condiciones especiales que los socios fundadores juzguen conveniente establecer, siempre que no se opongan a lo dispuesto en la Ley». Con ello viene a destruirse la afirmación del recurrente del posible juego del artículo 1.255 del Código civil que, de otra parte, no hace más que coincidir en su esencia con el transcrto y al cual se refiere el primer considerando de la Resolución: todo pacto contrario a una norma imperativa debe ser rechazado, sin poder tener acceso al Registro. Es la manifestación del principio de legalidad.

Como la Resolución aborda los defectos señalados por el Registrador y confirma tres de ellos (primero, segundo y cuarto) vamos a referirnos a ellos en primer lugar y luego estudiaremos el tercero.

A) *Censores jurados de cuentas.*—De todos es conocido el sistema español—inspirado en el francés—respecto a la «inspección de cuentas», que en vez de crear un «organismo de vigilancia» se inclinó por el nombramiento de censores de cuentas que habrán de ser accionistas—y no miembros del Consejo de Administración—, pero que en algunos casos deben ser elegidos de entre los miembros del Instituto de Censores Jurados de Cuentas. Todo ello viene recogido expresamente en el artículo 108 de la Ley de Sociedades Anónimas, el cual otorga a las minorías

que representen al menos la décima parte del capital nombrar—en caso de unanimidad— un censor y un suplente. El artículo 17 de los Estatutos sociales avanza un poco más en este nombramiento y entiende que el «grupo que represente el cinco por ciento del capital social podrá nombrar uno por su cuenta». Y es aquí donde reside el problema: es necesario el diez por ciento para el nombramiento o basta con el cinco por ciento de los estatutos. ¿Cabe un pacto en contra de lo dispuesto en la Ley? Los argumentos de las partes son diferentes y la Dirección se inclina por una de ellas.

La argumentación de la parte recurrente es simple: cabe pacto en contra a virtud de lo dispuesto en el artículo 1.255 del C. c. y ese principio de amplitud de derechos de minorías que no debe ser rechazado en cuanto a su inscripción. Para el Registrador, el artículo 108 de la Ley de Sociedades Anónimas es preceptivo, ya que asigna la facultad del nombramiento a la Junta general y, sólo en defecto de unanimidad, permite a las minorías que representen el diez por ciento hacer un nombramiento, ratificando este sentido la Sentencia de 15 octubre de 1971. Por su parte, la Dirección resuelve claramente el tema, entendiendo que, sin perjuicio de las posibles críticas que se puedan hacer al sistema legal, lo cierto es que admitir el pacto en contra supondría rebajar el «quórum» imperativo legal y conceder a la minoría la posibilidad de nombrar más censores de cuentas que los dos que a la mayoría les concede la ley y permitir que la minoría se fraccionase en nuevos grupos a base de que cada uno representen un cinco por ciento.

A mi entender, la solución dada por la Dirección acierta en la precisión del carácter imperativo de la norma que—justa o no—parece equilibrar los diferentes intereses en lucha. JESÚS RUBIO («Curso de Derecho de Sociedades Anónimas», Madrid, 1964), en el estudio que hace de la figura de los censores de cuentas cita la Sentencia de 4 de noviembre de 1961, que trata de evitar el fraccionamiento del grupo mayoritario para violar los derechos de la minoría y dice que aplicando certeramente la doctrina del abuso del poder, se anula el acuerdo que, a través de una artificiosa división del grupo mayoritario, frustra el derecho de la minoría representativa del diez por ciento del capital a designar el tercer censor. Lógicamente, y sobre la base de un criterio de reciprocidad la mayoría debe quedar también protegida por ese posible fraccionamiento de los grupos minoritarios.

B) *Derecho de información.*—El artículo 16 de los estatutos, al regular el derecho de información, parece estar en contradicción con el artículo 65 de la Ley, ya que elimina la facultad de veto que dicho artículo concede al Presidente de la Junta General en los casos en que estime que la información solicitada por los accionistas perjudica los intereses sociales, y sin que reúna la cuarta parte del capital desembolsado, que previene la Ley para eliminar tal derecho.

No es muy florida la argumentación que se ofrece en este punto por la parte recurrente ya que se limita a considerar que es plenamente legal extender la garantía de información, disminuyendo el porcentaje necesario

para eludir el voto del Presidente. El Registrador centra su argumentación en la regulación legal que trata de proteger los dos intereses en liza como son el posible secreto de la Empresa y el derecho de información del accionista, entendiendo, además, que la remisión que se hace al artículo 2.166 de la LEC. es improcedente por cuanto tal artículo se dictó pensando en las sociedades colectivas. La Dirección dedica cuatro largos considerando a este punto y, después de dibujar la naturaleza y alcance del derecho de información, señala los dos grandes sistemas existentes: el de la revisión judicial frente a la negativa de información o el de la discrecionalidad del Presidente de la Junta con el límite de que dicha información la soliciten la cuarta parte del capital desembolsado. Fijados estos puntos la Dirección precisa que sería viable pactar un «quórum» más inferior al de la cuarta parte del capital desembolsado para reducir el poder discrecional del Presidente, pero nunca suprimir la misma como se regula en los estatutos, trasladando al Juez la decisión sin posibilidad de examinar las alegaciones de los otros interesados.

Al resolver este punto la Dirección apunta una interpretación en la que se decide algo más de lo que se dilucidaba en el recurso: nada menos que la posibilidad de un pacto en contra del «quórum» que establece la ley, rebajando el porcentaje de la cuarta parte para así acercarlo al que el artículo 108 establece y que antes vimos. Sería difícil tratar de justificar este punto, cuando la base de toda la resolución está fundada en todo lo contrario, esto es, en que no puede admitirse pacto en contra de los porcentajes, «quórum» y tantos por ciento que la ley marca. Ciertamente que el precepto ha sido criticado y que en posibles reformas se abrirá mayor camino para el logro de una mayor transparencia social, pero en la actualidad parece peligroso admitir otra solución. Sin embargo, en lo que sí es correcta la solución es en no admitir la eliminación de la facultad discrecional del Presidente, ya que, como dice JESÚS RUBIO, en la obra antes citada, el Presidente, administrador o no, representa la mayoría de la Junta general que lo ha elegido y, en consecuencia, el interés común que refleja, con arreglo a los principios corporativos, la mayoría de los socios. Frente al interés de un socio quizás movido por estímulos extrasociales debe predominar el de la mayoría representada por el Presidente. Consideración que se robustece al pensar que, dada la posición y la psicología tantas veces puesta de manifiesto del accionista aislado en las grandes sociedades anónimas, no resulta aventurada la hipótesis de que las solicitudes de información sean sugeridas y utilizadas por la competencia.

C) *Acción de nulidad*.—El artículo 18 de los estatutos trata de solucionar la condena en costas de forma distinta a lo que establecen los artículos 69 y 70 de la Ley de Sociedades Anónimas, así como fijar un cierto momento para la oposición.

El recurrente se basa en la distinción entre legitimación para el ejercicio de la acción que parece regular el artículo 69 y el comportamiento de los Consejeros y su condena en costas que regula el 18 de los estatutos. El Registrador apunta la existencia de la contradicción entre el artículo 69 y el 18 de los estatutos, pues en cuanto al momento del ejercicio de la

acción es el de la redacción del acta, criterio que corroboran las sentencias de 30 de enero de 1970, 29 septiembre 1971, 31 enero 1972 y 29 abril de 1973 al estimar que no basta voto en contra, sino oposición en el mismo acta una vez conocida la decisión. Igualmente entiende vulnerado el 70 de la Ley al considerar que la condena en costas afecta a la Sociedad, conforme a dicho artículo. La Dirección General en este punto acude a la lógica de los preceptos y, sin entrar en la posible discrepancia existente entre los artículos 69 de la Ley y 18 de los estatutos, si considera vulnerado el 70 de la Ley en lo que se refiere a la condena en costas, ya que tratándose de norma procesal y de orden público no cabe pacto en contra, aparte de que será el Tribunal quien, ante los hechos, deberá decidir, sin perjuicio de la responsabilidad en que hayan incurrido los administradores si hay lesión o nulidad del acuerdo. La lógica aplastante de la argumentación creo que evita cualquier otro comentario, pues no existe una base firme capaz de montar un argumento en contra.

D) *Convocatoria de Junta extraordinaria.*—El tercer defecto de la nota calificatoria es el único que la Dirección no estima y, en vez de confirmarlo, lo revoca. En forma un tanto breve apuntaremos las razones en que se basa la decisión. Según el Registrador el artículo 21 de los estatutos vulnera los preceptos 56 y 57 de la Ley, al señalar que para pedir convocatoria de la Junta general los porcentajes pueden ser inferiores a los mínimos exigidos por la Ley, esto es, en vez del diez por ciento, el cinco por ciento. Se estima que se trata de dos preceptos de derecho necesario. Mientras que el recurrente entiende que lo que se intenta es aumentar los derechos de los socios, pero no restringirlos, y eso está permitido.

El argumento de la Dirección General es una secuela del que ya se formulara en la Resolución de 28 de diciembre de 1951 que entiende que el límite del 10 por 100 del capital desembolsado supone un límite «máximo» sin que quepa un pacto en el que se establezca un «quórum» superior, por lo que implícitamente la norma está autorizando un posible pacto inferior al desaparecer la razón legal de aquel límite y que no es otra que la de evitar la restricción del derecho de convocatoria de la minoría.

Realmente se hace difícil comprender cómo este defecto lo trata de salvar la Dirección General sin mayor argumento que la cita de un posible precedente constituido por la Resolución de 28 de diciembre de 1951 y el del posible aumento de facultades de la minoría, sobre todo cuando en los demás defectos se esfuerza en rechazar la posible ampliación de estos derechos.

No voy a entrar en el fondo de la cuestión y, por ello, dejo marginado el de que sea o no justo que esas minorías inferiores al 10 por 100 tengan posibilidad de pedir la celebración de Junta general, pero lo que sí se hace preciso señalar es que la Resolución que se cita no permite tal interpretación, que tampoco la doctrina está en esa línea y que de una lectura pacífica del precepto se deduce todo lo contrario de lo que se trata de defender. Veamos:

a) La Resolución de 28 de diciembre de 1951 entiende que no cabe pacto en el que se fije un «quórum» superior al establecido en el artículo 56 de la Ley, pero nada dice si es o no permitido un «quórum» inferior. Por

ello, no creo ni que pueda servir de precedente ni en su letra ni en su espíritu la de la posibilidad que ahora se ofrece.

b) La doctrina jurídica —por supuesto no vinculante— es contraria a ese pacto. GARRIGUES y URÍA en sus conocidos comentarios dicen que «con esta exigencia de la décima parte del capital desembolsado quiere evitar la ley que se pueda perturbar la marcha de la sociedad promoviendo la reunión de Juntas generales una minoría de accionistas con participación insignificante en el capital social. La décima parte del capital es un tope «mínimo» que evita esos inconvenientes sin restringir demasiado la iniciativa de los accionistas en la convocatoria de Juntas».

c) La lectura pacífica del precepto cuestionado —artículo 56— dice todo lo contrario de lo que la Resolución quiere que diga, pues cuando expresa que deberán convocarla cuando lo solicite un número de socios que represente «*al menos, la décima parte del capital desembolsado*», está fijando un mínimo y no un máximo. Podría discutirse si la fórmula gramatical es la más o menos adecuada, pero lo que no ofrece duda es que está fijando un «mínimo» y no un «máximo», pues la expresión «*al menos*» da a entender que por lo menos es preciso reunir la décima parte y si se reúne más, miel sobre hojuelas... Que con esta interpretación no se abren las puertas de satisfacción justa de minorías, pudiera ser, pero una cosa es lo que dice la ley y lo que debe interpretarse conforme a su letra y otra lo que «debe» decir la ley en una posible reforma. Que este punto deba tenerse en cuenta en una futura estructura legal, de acuerdo, pero que mientras esto no sucede hay que estimar poco ajustada al texto la interpretación que quiere ofrecerse en esta Resolución al resolver el defecto registral, único que es discrepante del criterio calificador.

DERECHO HIPOTECARIO

Documentos públicos que completan la escritura calificada.—Presentados dentro del plazo de vigencia del asiento de presentación deben ser tenidos en cuenta por los Registradores para la calificación correspondiente. (Resolución de 16 de septiembre de 1977; «Boletín Oficial del Estado» de 11 de octubre de 1977).

Hechos.—Resultando que el 26 de julio de 1976, la Asociación de la Prensa de Madrid otorgó escritura de compraventa con pacto de retro a favor de la Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid, autorizada por el Notario de la capital don Juan José Gil García, con el número 751 de su protocolo, en virtud de la cual la citada asociación vende a la Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid el edificio denominado Casa de la Prensa, situado en la Plaza del Callao, número 4, de esta capital, e inscrita en el Registro de la Propiedad número 5 de la misma, reservándose la facultad de retractar durante dos años, siendo el precio de 375.000.000 de pesetas, compareciendo en la escritura en nombre de la Asociación de la Prensa su Presidente don Lucio del Alamo Urrutia, con poder que le fue conferido por

escritura autorizada el 22 de julio de 1976 ante el mismo Notario en la que se recogen los acuerdos en este sentido adoptados por la Asociación en la Junta general celebrada el 10 de diciembre de 1975; que en la referida escritura de compraventa se declara que la Asociación de la Prensa de Madrid es una institución reconocida como beneficiaria particular por la Real Orden de 10 de febrero de 1905, e inscrita en el Registro Público correspondiente del Ministerio de la Gobernación.

Resultando que con fecha 14 de octubre de 1976 se presentó en el Registro de la Propiedad anterior escritura de compraventa con pacto de retro acompañada de la escritura de poder ya citada y de una certificación expedida el 27 de septiembre de 1976 por el Jefe del Servicio de Fundaciones y Asistencia Privada del Ministerio de la Gobernación en la que se transcriben los Estatutos de dicha Asociación y se acredita su carácter benéfico particular, causando dichos documentos el correspondiente asiento; que como consecuencia de notificación verbal de los defectos advertidos formulada por el señor Registrador de la Propiedad de conformidad con su cotitular, dichos documentos fueron retirados por el presentante el 16 de noviembre siguiente para su subsanación, habiendo sido devueltos con fecha 9 de diciembre con una instancia suscrita por don Agustín Casas Pérez, como mandatario verbal de la Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid de fecha 30 de noviembre del mismo año, acompañada de los documentos que en la instancia se relacionan y que son los siguientes: certificación del Jefe de la Sección de Actividades de la Dirección General de Política Interior del Ministerio de la Gobernación que da fe de que la Asociación de la Prensa de Madrid no aparece inscrita en el Registro Nacional de Asociaciones de dicho Ministerio; certificación del Secretario del Registro Central de Entidades Sindicales acreditativa de la constancia en dicho Registro, de un protocolo relativo a Asociaciones de Prensa de España y su Federación Nacional, así como fotocopias autenticadas de las bases de integración y regulación sindical de las Asociaciones de la Prensa y su Federación Nacional y Estatutos de ésta última, aprobados por Orden de 9 de mayo de 1964, en la que se indica que las Asociaciones de la Prensa y su Federación Nacional «quedarán vinculadas a la Organización Sindical» (Base 2.^a) y «tendrán la personalidad jurídica correspondiente a las asociaciones profesionales o agrupaciones profesionales, integradas en el sindicato correspondiente y excluidas por tanto del Decreto que regula el ejercicio del derecho de Asociación, de 25 de enero de 1941» (Base 3.^a); certificación del Secretario del Sindicato Nacional de Información, acreditativa de que la Asociación de la Prensa de Madrid está integrada en la Federación Nacional de Asociaciones de la Prensa de España y, por último, un ejemplar del Reglamento de Régimen Interior de la Asociación de la Prensa de Madrid; que el señor Registrador a la vista de la documentación enumerada estimó que debía suspenderse la inscripción de la escritura de compraventa de 26 de junio de 1976, que fue calificada con los siguientes defectos:

1.^º No resultar acreditada la personalidad de la entidad vendedora, Asociación de la Prensa de Madrid, con la correspondiente certificación de su

inscripción en el Registro de las Asociaciones de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 6, 9.3.^º del Decreto de 20 de mayo de 1965.

2.^º No acreditarse tampoco que la Junta General de dicha Asociación celebrada el día 10 de diciembre de 1975, a la que hace referencia la escritura de poder acompañada, en la que basa su representación el Presidente de su Junta Directiva, tuviese el carácter de extraordinaria y la concurrencia en ella del «quórum» de asistencia y votos favorables que exige el artículo 10.3.^º del Decreto de 20 de mayo de 1965, en relación con el 6.^º de la citada Ley, ni intervenir en el otorgamiento de la escritura el Censor de dicha Asociación como expresamente lo exige el artículo 29.3.^º de sus Estatutos de 10 de marzo de 1895, transcritos en la certificación expedida con fecha 27 de septiembre de 1976 por el Jefe del Servicio de Fundaciones y Asistencia Privada del Ministerio de la Gobernación que se acompañó a la escritura.

No se han tenido en cuenta, conforme a los artículos 18 de la Ley Hipotecaria y 97 de su Reglamento, los documentos que acompañaban a la instancia que se menciona al principio de esta nota por no ser subsanatorios defectos advertidos, sino modificativos del elemento subjetivo de la relación jurídica formalizada en la escritura que se califica, nor cuanto de ellos resulta alterada la personalidad de la entidad vendedora, Asociación de la Prensa de Madrid, alegándose, respecto de ella, un «status» legal distinto, no conocido por la otra parte contratante, ni tenido en cuenta por el Notario autorizante para apreciar su capacidad, a cuyos efectos es necesario un documento auténtico conforme a lo dispuesto en el artículo 3.^º de la Ley Hipotecaria.

«Los defectos advertidos se estiman subsanables.»

Resultando que el nombrado procurador en la representación que ostentaba interpuso recurso gubernativo contra la anterior calificación y alegó: Que no puede aceptarse el criterio mantenido en la nota de no tener en cuenta los documentos que acompañaban a la instancia solicitando la inscripción por no considerarlos auténticos, ya que la autenticidad de los mismos es indudable si se examinan los artículos 2.^º y 3.^º de la Ley Hipotecaria y el 34 de su Reglamento, a la vista de los cuales, dentro del concepto de documento auténtico, tienen cabida cuantos documentos emanen de un funcionario competente para expedirlos y sirvan de título al asiento que se practique, tanto en lo que se refiere a su contenido objetivo, como a su contenido subjetivo o elemento personal del contrato; que, no obstante, tal rechazo, el funcionario calificador admite como auténtico y complementario de las escrituras sin formular reparo alguno, el certificado expedido el 27 de septiembre de 1976 por el Jefe del Servicio de Fundaciones y Asistencia Privada de la Dirección General de Asistencia Social del Ministerio de la Gobernación; que esta contradicción en que incurre la nota calificadora admitiendo la autenticidad de un documento y negándola a otros igualmente auténticos constituye una grave infracción de nuestro ordenamiento jurídico; que si toda calificación registral puede y debe ser independiente o contradictoria respecto a sí misma sin conculcar los principios generales del derecho, uno de los cuales está contenido en el axioma jurídico de que «nadie puede ir válidamente contra sus propios actos»; que cada uno de los documentos rechazados como tales, y que el Registrador

ha rehusado calificar, gozan de la misma autenticidad que la certificación administrativa admitida por ellos; que, por otra parte, en la fecha del otorgamiento de la escritura, cuya inscripción se debate, el régimen jurídico de las Asociaciones de Prensa de España y su Federación, era el de las Organizaciones Profesionales Sindicales y estaba constituida por las Bases de Integración y Regulación Sindical de las Asociaciones de la Prensa y su Federación Nacional y por los Estatutos de dicha Federación, Disposiciones éstas cuyas fotocopias autenticadas y certificaciones pertinentes constituyan parte de la documentación complementaria acompañada a la escritura; que según estas disposiciones la Asociación de la Prensa de Madrid goza de personalidad y capacidad jurídica suficiente para la administración y disposición de su patrimonio, gozando de autonomía funcional; que esta capacidad jurídica y de obrar de la Asociación de la Prensa se deduce también del Reglamento de Régimen Interior de cuya vigencia certifica el Secretario del Sindicato Nacional de Información; que la Asociación de la Prensa de Madrid está excluida del régimen común de Asociaciones del Ministerio de la Gobernación y así lo dispone la propia Ley de Asociaciones de 24 de diciembre de 1964 en su artículo 2.º, y en la Disposición Adicional 1.º, y por ello han de considerarse improcedentes los puntos 1.º y párrafo 1.º del 2.º de la nota calificadora; que la exigencia de intervención del Censor en el otorgamiento de escrituras públicas que establecía el artículo 29 de los Estatutos de la Asociación es hoy inoperante, puesto que la norma estatutaria válida y eficaz de la Asociación de la Prensa de Madrid, vigente el 26 de julio de 1976, es el Reglamento de Régimen Interior, sin que sea admisible que una asociación pueda regirse por normas estatutarias diferentes y en muchos puntos contradictorias; que en cuanto a la duda de si la Junta de 10 de diciembre de 1975 tuvo el carácter de ordinaria o extraordinaria, desaparece totalmente, teniendo en cuenta que el artículo 21, párrafo 2.º de los Estatutos de la Asociación dice que serán ordinarias las juntas que obligatoriamente han de celebrarse en enero, abril, julio y octubre; y, extraordinarias, todas las demás, por lo que la junta celebrada el 10 de diciembre de 1975 hubo de tener necesariamente el carácter de extraordinaria.

Resultando que, el Registrador de la Propiedad, de conformidad con su titular informó: que el recurrente fue advertido de la existencia de los defectos que se consignan en la nota de calificación para cuya subsanación era precisa la presentación de los documentos necesarios que completaran la falta en la escritura de los datos precisos para calificar la personalidad y capacidad de la Asociación de la Prensa de Madrid congruentes con el carácter con que comparecía y, por tanto, la legalidad de la representación de su Presidente, pero el recurrente, lejos de presentar los documentos, pretendiendo alterar los términos de la calificación dada a conocer verbalmente y, por tanto, el problema de calificación que de la escritura se deducía, acreditando que la Asociación de la Prensa de Madrid era una entidad de carácter sindical que se regía por los Estatutos y normas legales que resultan de los documentos que se aportan como nuevos, pero que siendo preexistente al momento del otorgamiento de la escritura y configurando ya entonces la personalidad de la Asociación, debieron ser relacionados en la

comparecencia de la escritura en lugar de los que se relacionan a fin de comparecer con dicho carácter y que el Notario calificara su personalidad y capacidad con arreglo a ellos (artículos 165 y 166 del Reglamento Notarial); que la presentación de la referida instancia con los documentos relacionados no viene a subsanar los defectos advertidos, sino que supone un nuevo planteamiento del título inscribible, al resultar alterada por ellos la personalidad y capacidad de una de las partes que en el mismo intervenían, puesto que en la escritura comparece la Asociación en términos que no hacen dudar que se halla sometida a la citada Ley de 24 de diciembre de 1964 sin la más remota referencia a su carácter sindical, y por ello el propio Notario autorizante consigna su inscripción en el correspondiente Registro del Ministerio de la Gobernación, requisito que de haberla considerado como entidad sindical no tenía por qué haber consignado, ya que no es exigible a las asociaciones que tengan tal carácter que están excluidas por la referida Ley de su ámbito de aplicación, que la rectificación de una parte tan esencial de la escritura en el caso que nos ocupa requiere un documento público, pues admitir una simple instancia, por muy documentada que esté, sería como dejar al arbitrio de una sola de las partes la posibilidad de alterar los términos de una escritura pública, sin que el Notario interviniere emitindo su juicio de capacidad; que el Registrador obligatoriamente ha de calificar la capacidad de los otorgantes, solamente por lo que resulta de las mismas escrituras lo que, *«a censu contrario»*, impone la obligación de no tener en cuenta documentos que en las escrituras públicas no se hayan tenido en cuenta por el Notario; que por todo ello ha de estimarse que en tanto no sea subsanado el, al parecer, error sufrido en la comparecencia de la escritura calificada con respecto al carácter y régimen jurídico de la Asociación de la Prensa de Madrid, mediante la correspondiente escritura de subsanación en la que concurran los que intervinieron en ella (Resolución de 5 de agosto de 1907), no se pueden tener en cuenta los documentos presentados con la tan repetida instancia; que la expresión «documento auténtico» se emplea como indicativa, con carácter general, del que ha de considerarse suficiente para causar su asiento registral conforme se define en el artículo 34 del Reglamento Hipotecario de servir de título al dominio o derecho real o al asiento practicable, requisitos que, evidentemente, no concurren en los documentos rechazados; que tales documentos fueron sometidos a un escrupuloso estudio y nunca se puso en duda su autenticidad formal, pero al no ser conocidos por el Notario, ni por la parte a la que afectaban no pudieron ser tenidos en cuenta; que entre tales documentos aparece una certificación del Jefe de la Sección de Actividades de la Dirección General de Política Interior, de la que resulta la no inscripción de la Asociación de la Prensa en el Registro del Ministerio de la Gobernación que, de haberse tenido en cuenta, hubiese dado lugar a la calificación de insubsanable del defecto 1.^º de la nota e impedido la anotación preventiva de suspensión instada por el recurrente.

Resultando que el Notario autorizante de la escritura calificada informó que no hay ningún error en la comparecencia con respecto al carácter y régimen jurídico de la Asociación de la Prensa de Madrid, ya que esto

viene claramente determinado en la escritura al decir que es una institución reconocida como de beneficencia particular por la Real Orden de 10 de febrero de 1905, e inscrita en el Registro público correspondiente del Ministerio de la Gobernación, sin perjuicio de que pueda estar encajada en cuanto a su normativa en otras Secciones, Registros o Direcciones de otros Ministerios, como ocurren con otras varias asociaciones o entidades: que el hecho de que en la escritura sólo se hiciese referencia al Ministerio de la Gobernación se produjo por la conveniencia de recalcar el carácter benéfico-particular de la Asociación a efectos puramente fiscales; que no nuede, pues, decirse que los documentos complementarios presentados son modificativos del elemento subjetivo de la relación jurídica formalizada en la escritura, o que resulta alterada la personalidad de la entidad vendedora; que tampoco puede sostenerse que se alegue un «status» legal distinto no conocido por la otra parte contratante ni tenido en cuenta por el Notario autorizante para apreciar la capacidad de la Asociación, puesto que de la certificación expedida por el Secretario General de la Asociación de la Prensa unida al poder, puede deducirse el nuevo «status» legal al calificarla de «entidad profesional corporativa de los periodistas de Madrid», que es la que en esencia utiliza los Estatutos de la Federación aprobados sindicalmente y el Decreto 3.095/72, de 9 de noviembre; que el decirse en el informe de los señores Registradores que los documentos fueron rechazados, no por falta de autenticidad, sino por no ser conocidos por el Notario autorizante ni por la otra parte contratante, están haciendo una aseveración gratuita, pues, el hecho de que no se testimoniaron o relacionaron en el mismo cuadro de la escritura, nor razones de brevedad o economía notarial, no quiere decir que no fueran conocidos por el Notario autorizante, el cual los tuvo muy en cuenta cuando formuló su juicio de capacidad respecto a la Asociación de la Prensa de Madrid, tanto con respecto a la escritura de anoderamiento como con respecto a la escritura de compraventa con pacto de retro; que en cuanto a los defectos señalados en los apartados 1.^º y 2.^º de la nota, el Notario informante ratifica los argumentos mantenidos en el recurso por la Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid respecto a su inexistencia.

Resultando que el presidente de la Audiencia revocó la nota del Registrador por razones análogas a las expuestas por el recurrente y por el Notario autorizante, declarando, además, que como el recurrente probó de forma eficaz, la Asociación de la Prensa de Madrid en la fecha de la escritura estaba integrada en la Federación Nacional de Asociaciones de la Prensa de España, constituyendo el régimen jurídico general aplicable a las mismas las bases de integración y regulación sindical, puesto que entonces subsistía, la inscripción o incorporación del protocolo de aquellas Asociaciones y Federación y, asimismo, el propio régimen de las Asociaciones Profesionales Sindicales era el de la Asociación de la Prensa de Madrid, por lo que siendo esto así, la Ley de 24 de diciembre de 1964 y Disposiciones complementarias no afectaba a la Asociación de la Prensa de Madrid, por dispensar su aplicación la Disposición adicional primera de la propia Ley; y que, en su consecuencia, de las bases 2.^a y 3.^a de las

de Integración y Regulación sindical de las Asociaciones de la Prensa referidas se deduce la aptitud jurídica de tal Asociación para la administración y regulación de su patrimonio, así como su autonomía funcional.

Resultando que el Registrador, de conformidad con su cotitular, se alzó de la decisión presidencial insistiendo en sus anteriores argumentos.

Doctrina.—«Considerando que para el estudio del presente recurso gubernativo es presupuesto obligado el destacar determinados hechos que por su importancia aparecen como decisivos a efectos de la resolución del mismo, a saber: 1.º, que la Asociación de la Prensa de Madrid, fundada el 21 de mayo de 1895, se constituyó por Real Orden de 10 de febrero de 1905, al amparo del Real Decreto de 14 de marzo de 1899, como Asociación benéfica de carácter particular, y en la que al estar sostenida exclusivamente con la cuota obligatoria —artículo 3.º de la Instrucción para el ejercicio del protectorado por el Gobierno—este último no tendrá otra misión que la de velar por la higiene y la moral pública (Certificación del Jefe del Servicio de Fundaciones del Ministerio de la Gobernación de fecha 27 de septiembre de 1976); 2.º, que por Orden de 16 de julio de 1962 dicha Asociación se integró en la Federación Nacional de las Asociaciones de Prensa de España, y como Organización Profesional Sindical para su normativa a regularse por las disposiciones sindicales; 3.º, que la susodicha Asociación no figura inscrita en el Registro de Asociaciones del Ministerio de la Gobernación (hoy Interior), según resulta de la certificación de 28 de octubre de 1976 expedida por el Jefe de ese Registro.»

Considerando que la cuestión fundamental planteada es, invirtiendo el orden de los defectos de la nota, la de si los documentos públicos que se acompañaron a la escritura como complemento de ésta, dentro del plazo de vigencia del asiento de presentación, debieron ser tenidos en cuenta en el momento de calificar por los titulares del Registro de la Propiedad, o si por el contrario han de ser descartados por ser necesaria una nueva escritura pública de rectificación, dado que, según el criterio de la nota recurrida, al no justificarse la inscripción de la Entidad vendedora en el Registro de Asociaciones, y presentarse en su lugar los referidos documentos, se ha producido una alteración en el «status» jurídico de este compareciente.»

«Considerando que en la escritura calificada el Notario solamente ha indicado que la parte vendedora—la «Asociación de la Prensa de Madrid»—es una institución reconocida como de beneficencia particular e inscrita en el Registro correspondiente del Ministerio de la Gobernación, y omite toda referencia a circunstancia tan esencial como la de que la indicada Asociación se encontraba encuadrada dentro del régimen sindical y sometida al Decreto 3.095/72, de 9 de noviembre, por lo que la cautela de los Registradores está totalmente justificada, ya que para el ejercicio de su función calificadora les era necesario conocer claramente la personalidad de la Entidad compareciente, así como la esfera de actuación de su representante, sin que fuera suficiente la mera referencia a la naturaleza profesional del ente contenida en la escritura de poder, porque este simple

dato no completaba todos los elementos que para la calificación se requerían.»

«Considerando que completada la escritura de compraventa con los documentos auténticos que la acompañan—carácter que no ponen en duda los Registradores—al poder servir todos en su conjunto de base para conocer la verdadera naturaleza de la parte vendedora, no cabe rechazarlos y no tenerlos en cuenta para la calificación, sino, por el contrario, admitirlos, y examinar si se han cumplido los requisitos necesarios para la inscripción del acto solicitado o si existe algún defecto que impida practicar el asiento, máxime cuando la otra parte contratante—que podría ser la perjudicada—aceptó la formalización de la escritura en la forma en que se redactó, por lo que se origina una situación análoga a la contemplada en el artículo 166 del Reglamento Notarial que puede ser subsanada mediante la presentación de los documentos necesarios—como aquí se ha hecho—e implícitamente así lo reconocen los propios Registradores al calificar este defecto de subsanable.»

«Considerando que con ello podría darse por finalizado el recurso, y devolver el expediente para que con los documentos incorporados se procediera a la calificación correspondiente, pero razones de economía procesal, ya tenidas en cuenta en otros recursos gubernativos, aconsejan entrar en el examen de los defectos que constituyen el fondo de la nota recurrida.»

«Considerando, en cuanto al defecto primero, que el estar integrada, tal como se indicó, la Asociación de la Prensa y su Federación Nacional dentro del régimen de las Organizaciones Profesionales Sindicales, quedó sometida a la legislación especial sindical, y excluida del Decreto de 25 de enero de 1941, que regulaba en aquella fecha el derecho de Asociación, así como del posterior régimen general asociativo introducido por la Ley de 24 de diciembre de 1964, tal como se deduce de los inequívocos términos en que aparecen redactados sus artículos 2-2.^º y Disposición Adicional primera de dicha Ley, cuando establecen que a la Organización Sindical y a las entidades y demás agrupaciones encuadradas en la misma no les será de aplicación el contenido de sus disposiciones por quedar fuera del ámbito de esta Ley de Asociaciones.»

«Considerando que, a mayor abundamiento, la posterior Ley Sindical de 17 de febrero de 1971 ordena—artículos 14 y 15—el deber de que tales Organizaciones se inscriban en el Registro de Entidades Sindicales, lo que viene a confirmar el anterior criterio de exclusión establecida en la Ley de Asociaciones.»

«Considerando que en consecuencia no es necesaria la inscripción de la vendedora en el Registro de Asociaciones, por quedar fuera del ámbito de la regla general del artículo 5.^º de la Ley de 24 de diciembre de 1964, lo que resulta de la certificación negativa aportada, así como tampoco será de aplicación el «quórum» de asistencia y de votación que establece para las Asociaciones el artículo 10-3.^º del Decreto de 20 de mayo de 1965, que desarrolla el artículo 6.^º de la mencionada Ley, pues habrá de tenerse en cuenta el establecido en la legislación a que se encuentra sometida.»

«Considerando que se ha cumplido con la previsión estatutaria que exige para la venta de inmuebles de la Asociación que se trata de acuerdo adoptado en Junta extraordinaria, pues no cabe duda tuvo ese carácter la celebrada, que lo fue en el mes de diciembre, por cuanto que el artículo 21-2.^º del Reglamento por el que se rige la vendedora establece que «serán ordinarias las que obligatoriamente han de celebrarse en los meses de enero, abril, julio y octubre, y extraordinarias todas las demás.»

«Considerando que con las modificaciones sufridas entre otras al adaptarse al régimen de Asociaciones Sindicales, ha desaparecido la figura del Censor como integrante de la Junta Directiva —artículo 26-2.^º del Reglamento de Régimen Interior—, por lo que era imposible su intervención en la escritura al no existir actualmente este cargo, aparte de que en este caso concreto no había habido tampoco vulneración del artículo 29-3.^º de los Estatutos de la Asociación por tratarse de un supuesto distinto al que este precepto se refiere, ya que la autorización para el contrato otorgado, que sirve de base para la actuación del representante de la Asociación de la Prensa, tiene su origen en el mandato que le ha sido conferido por su órgano supremo que es la Junta general.»

«Considerando, por último, que el indudable buen criterio de suprimir en las escrituras notariales cláusulas de esto o aquellas otras que hacen farragosa la redacción y posterior lectura del instrumento, no pueden llevar al extremo de que, fundándose en estas razones de brevedad y economía, omita el Notario autorizante circunstancias que son esenciales o de interés el que consten en la propia escritura, aunque puedan ser después completadas dichas circunstancias con otros documentos, pero si la no correcta actuación notarial hubiese sido realizada de esta forma, no cabe afirmar —y ya refiriéndose a este caso concreto— que ha habido un error en la comparecencia del vendedor en la escritura autorizada, pues aparte de que el fedatario ni infringió precepto reglamentario notarial alguno, con los documentos aportados no se ha producido ninguna modificación subjetiva del compareciente, que ha sido la Asociación de la Prensa, sino una concreción o desarrollo de los datos relativos a su «status» jurídico, para lo que se encontraba perfectamente legitimada la parte compradora, como interesada en la inscripción del acto realizado en el Registro de la Propiedad.»

«Esta Dirección General ha acordado confirmar el Auto apelado.»

Consideraciones críticas.—La grandeza de la facultad calificadora que al Registrador concede la Ley, tiene la gran servidumbre de la limitación de los medios que pueden ser utilizados para su desarrollo y, así, fuera del contenido del Registro y de los títulos presentados, principales o complementarios, no puede el Registrador utilizar los posibles conocimientos que obtenga por medios extraños a esos dos vehículos. Puede, en efecto, pedir que se le presenten y justifiquen documentalmente ciertos aspectos, pero su decisión debe estar basada únicamente en la documentación presentada y el contenido del Registro.

Creo que este principio general —con reflejo en la normativa legal y

reglamentaria— debe ser el que presida este comentario crítico a la Resolución, no vaya a ser que yo no recuerde con exactitud todo lo que rodea a la misma—que tuvo un gran eco en la Prensa—y al contar mi versión pueda apartarme de la verdad «entera», y la verdad «a medias» es mejor no contarla, ya que puede no ser útil para la debida claridad. Sigamos, pues, el camino de la grandeza y servidumbre del principio de calificación y ajustémonos a los antecedentes de los resultados y los consiguientes considerandos de la Resolución. Dividiremos estas notas en dos apartados, recogiendo en el primero los dos defectos alegados por el Registrador y en el segundo la consecuencia de haber incluido a la entidad vendedora en un estamento jurídico no tenido en cuenta al otorgar la escritura.

A) *Personalidad y legitimación del otorgante.*—La nota calificadora no podía ser más clara y contundente, ya que de la escritura resultaba sin acreditar la personalidad de la Asociación de la Prensa de Madrid, al no presentarse la certificación de la inscripción en el Registro de Asociaciones y tampoco de ella podía deducirse si la Junta en que se decidió otorgar al presidente la representación tenía el carácter de extraordinaria y a ella había concurrido el «quórum» necesario y si se habían cumplido o no los requisitos estatutarios, entre los cuales figuraba la intervención del Censor de dicha Asociación.

Resulta que, previa a la nota calificadora, advertido verbalmente el representante de los posibles defectos, retira la escritura y aporta unas certificaciones acreditativas de que la Asociación de la Prensa no está inscrita en el Registro de Asociaciones, que sí lo está, sin embargo, en el Registro de Entidades Sindicales, y otros certificados y ejemplar del reglamento de régimen interno.

Lo curioso del caso es que la presentación de esos documentos no producen subsanación de defectos, pues de ser así se hubieran tenido en cuenta, sino modificación de la relación jurídica formalizada en la escritura, al ser alterada la personalidad de la entidad vendedora, que no ha podido ser tenida en cuenta por el Notario autorizante para apreciar su capacidad. La nota no podía ser más clara, más acertada y más ajustada a derecho. Lo que sucede es que admitiéndola llegábamos a la conclusión de que la escritura era nula y parece ser que lo que había que salvar era el documento público.

El recurso se plantea tomando el recurrente la frase final del contenido de la nota calificadora que hablaba de la necesidad de «un documento auténtico» y lo plantea con gran habilidad para que el mismo pueda prosperar, pues aun cuando el Registrador repite y reitera en su informe en defensa de la nota que el señalársele en el artículo 18 de la Ley Hipotecaria que para calificar la capacidad de los otorgantes debe atender a lo que resulta de las escrituras no cabe que puedan ser tenidos en cuenta documentos que en las escrituras públicas no hayan servido de base para la emisión de juicio de capacidad por parte del Notario autorizante del documento.

La Dirección General —confirmando el auto del presidente de la Audiencia

cia—después de hacer una historia de los hechos ocurridos, se plantea la problemática de si deben o no ser tenidos en cuenta los documentos complementarios presentados que pueden producir un cambio de «status» jurídico del compareciente, y lo curioso del caso es que, es que, aun reconociendo la necesaria cautela registral para conocer plenamente la personalidad de la Entidad compareciente, entiende que deben ser admitidos y tenidos en cuenta por los Registradores para su calificación. Si esto fuera así, resultaría que el juicio calificatorio registral, caso de ser positivo, serviría de subsanación al juicio de capacidad notarial, pues como se reconoce en uno de los considerandos el Notario estima que es una institución de Beneficencia e Inscrita en el Ministerio de la Gobernación, cuando resulta encuadrada dentro del régimen sindical y sometida al Decreto de 9 de noviembre de 1972. ¿Cómo es posible que el Notario haya podido apreciar la personalidad de esta entidad si no tenía a la vista la precisa documentación para ello? Es cierto que la personalidad existía, pero no sobre la base de la documentación tenida en cuenta por el Notario, sino en virtud de la posterior que se aporta al proceso calificador.

Y, por todo ello, creo que la Resolución debió de finalizar ahí devolviendo el expediente para que con los documentos incorporados se volviese a calificar, pero ante la posibilidad de que volviese a repetirse la misma calificación y por razones de economía procesal se ahonda más en el supuesto y se demuestra en varios considerandos que la Asociación de la Prensa quedó sometida a la legislación sindical y no a la Ley de Asociaciones, que por ello se inscribió en el Registro de ese carácter y queda sometida a sus preceptos. Que también parece que la Junta en que se acordó la decisión de la venta era extraordinaria y que no era precisa la figura del Censor, según una serie de razones que se dan a este respecto.

Concluye la Resolución con una especie de canto a la brevedad en la redacción y posterior lectura del instrumento y, por ello, se estima el buen criterio notarial de suprimir en la instrumentación las llamadas cláusulas de estilo, siempre que no se atente a las circunstancias esenciales o de interés que deben constar en la propia escritura. Lo que parece incorrecto a juicio de la Dirección es que se entienda que es improcedente alegar que hubo error en la comparecencia del vendedor y que no se produjo ninguna modificación subjetiva del compareciente. Quizá, en este último punto la Dirección General tenga razón, pues no hay «modificación subjetiva del compareciente» y lo que hay es una variación de su «status jurídico» y creo que es ahí donde el razonamiento falla, pues si conforme al artículo 167 del Reglamento Notarial, que no se cita en los vistos, el Notario debe pronunciarse sobre la capacidad de la persona y aseverar que la tienen con el examen anterior de sus antecedentes, es evidente que el juicio notarial era precipitado o erróneo, pues para emitir el mismo se basaba en una legislación que a la Asociación de la Prensa no le era aplicable. Que luego resultó, «a toro pasado», que sí había capacidad en virtud de otra legislación, de acuerdo, pero...

B) *Consecuencias jurídicas.*—La parte negativa de la solución dada al problema es mucho peor que la componenda que trata de ensombrecer

una precipitada actuación notarial. Porque la Dirección General, con una gran habilidad, apoyada por la solución que ofrecía el presidente de la Audiencia en su auto y el poco afortunado informe del Notario autorizante, nos brinda el traslado del «status» jurídico de la Asociación de la Prensa y de la Ley de Asociaciones a la llamada Organización Sindical y, además, se insiste en la aplicación de unas normas de una peligrosidad tremenda en cuanto a su posible nulidad. Y así, dando por supuesto que la documentación presentada viene a ser el complemento que apoya la afirmación notarial de la personalidad y de la capacidad de la Asociación de la Prensa, así como de la legitimación de su presidente para otorgar esa escritura, sin necesidad de más requisitos, el que la misma Dirección nos lleve a la aplicación de la Ley Sindical de 19 de febrero de 1971 es abrir un tremendo surco donde se demuestra que la actuación notarial no era procedente y donde falla la argumentación de la «economía procesal» que se utiliza para ahondar en un supuesto que debió ser devuelto para una nueva calificación, aunque eso hubiera supuesto entrar en el campo de las responsabilidades.

Conforme a la normativa aplicable, según la Dirección General, se hace preciso citar el artículo 71,3 de la Ley de 1971, que exige la celebración de «subasta pública» para la enajenación de bienes, salvo para aquellos casos en los que expresamente se exceptúen en el Reglamento. Ni en la escritura debe decirse nada de esto, porque inicialmente el autorizante situaba la institución en el campo de la beneficencia, ni la nota del Registrador pudo hacer alusión a todo ello, ya que rechazó como documentos complementarios los que se le presentaron durante la vigencia del asiento de presentación y que no servían para subsanar el defecto o defectos atribuidos, sino para ofrecer una posible solución distinta.

Y ante todo esto, la pregunta se hace imprescindible. ¿Si la situación del «status» jurídico es la que la Dirección predica y la subasta parece necesaria, por qué en los considerandos no se hace alusión a los efectos que la falta de celebración de la misma pueden acarrear al acto que se considera inscribible? A mi entender, la falta del requisito de la subasta vicia el acto de nulidad, pero pudiera ser que dentro de la complicada legislación que se aplica al caso concreto exista alguna ranura por donde podamos superar este vicio. Mientras esto no se demuestre es evidente que el acto no podría inscribirse, aun y a pesar de la Resolución dictada, salvo que al caso de que los actos válidos son los que se inscriben, hagamos una excepción a esos otros, como el presente, en el que tratando de entrar en el fondo del asunto sólo se contemplan algunos aspectos y se omiten otros que no afectan a legitimaciones, sino a problemas de validez del acto entero.

I. JURISPRUDENCIA

LA INTIMIDACION EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

La aplicación de los artículos 1.267 y 1.268 del Código civil, en orden al vicio del consentimiento que en nuestro Código recibe el nombre de «intimidación», exige que en uno de los contratantes se haya producido una situación muy peculiar, que aparece caracterizada y dibujada ante todo por sus resultados. El Código lo llama un «temor racional y fundado de sufrir un mal inminente y grave». La primera característica es, pues, el temor o el miedo (*metus*). No basta, sin embargo, esa situación psicológica del agente, ya que, como se ha señalado, situaciones de temor puramente irracional o de miedo espontáneo no son bastantes para anular el consentimiento. El miedo tiene que tener unas características de razonabilidad y de fundamentación. El Código llama a esto «sufrir un mal», que sea al mismo tiempo «inminente y grave».

Así, la Sentencia de 4 de diciembre de 1948 dice que para calificar la intimidación es preciso atender a las «circunstancias que hagan temible la inmediata realización del mal grave constitutivo de la misma».

Al mismo tiempo, toda esa situación del agente ha de proceder de una causa suficiente. El Código se limita a decir que se *inspira* ese temor, pero la doctrina y la jurisprudencia han concretado más, señalando que el temor ha de proceder de una amenaza y que esa amenaza ha de poder considerarse como coacción.

Varias sentencias señalan que para que la intimidación vicie el consentimiento han de mediar, entre otros requisitos, el de que se emplee contra uno de los contratantes la amenaza de un mal inminente y grave y que esa amenaza sea la determinante de la declaración de voluntad. La amenaza puede ser expresa o tácita, pero debe suponer en todo caso una *coacción moral considerable*.

Mas de este modo el tema no queda suficientemente aclarado. Un punto muy debatido en nuestra jurisprudencia es la afirmación de que, para que exista la intimidación, que constituye un genuino vicio del consentimiento, en el sentido de los arts. 1.267 y 1.268 del Código civil, se necesita que la amenaza, y el influjo que pueda ésta haber ejercido sobre la voluntad, «revista matiz antijurídico», por lo que —se dice— no cabe calificar como tal la que deriva de actos lícitos y es consecuencia de una correcta y no abusiva utilización de los derechos.

En principio, en la jurisprudencia se sostiene la tesis de que la amenaza del ejercicio de un derecho, que efectivamente compete al que amenaza, cuando lo que se esgrime como amenaza es este mismo derecho, no determina técnicamente intimidación. Así, se ha dicho reiteradamente que el mal, al que se refiere el art. 1.267, «ha de ser injusto» y que no lo es el que depende del ejercicio de un derecho, como el emprender procedimientos criminales cuando están justificados o el haber amenazado un contratante al otro con retirar una fianza personal que le había prestado si no aceptaba dicho contrato.

Sin embargo, esta jurisprudencia aparece en otras ocasiones más matizada. Así, la sentencia de 18 de febrero de 1944 dice que es inaceptable como criterio general que no sea causa de intimidación la amenaza de un procedimiento judicial, pues no debe estimarse legítima la amenaza de denunciar a los tribunales, «si se utiliza con el fin ilícito de obtener ventajas o mejorar convenios ya concertados». Y la sentencia de 13 de junio de 1950 dijo que la fuerza coactiva de la amenaza de promover un procedimiento judicial contra la persona a quien se pretende intimidar, «ha de ser en cada caso cuidadosamente examinada por los tribunales, por revestir aspectos y matices muy diversos».

La sentencia que acabamos de citar, de 13 de junio de 1950, añade que, para que el ejercicio de un medio intimidatorio sea justo, «no basta con que el que lo utilice tenga derecho a hacer lo que anuncia», sino que es preciso que con la amenaza pretenda obtener lo que conseguiría también mediante el proceso judicial con que intente intimidar, por lo cual habrá de reputarse injusto tal ejercicio cuando con la amenaza de un procedimiento judicial, lesivo para la persona o los bienes del amenazado, se procura forzar el consentimiento para otorgar un contrato.

Llegamos con ello a lo que en este punto nos parece que es la médula de nuestro tema. La amenaza de procedimientos judiciales y en general del ejercicio de derechos puede ser en unas ocasiones amenaza injusta y por consiguiente constitutiva de la intimidación del art. 1.267 y en otros casos en cambio amenaza justa, de manera que, en tales casos, aun cuando la voluntad resulte presionada y el ámbito de la libertad contractual esté restringido, no hay en rigor vicio del consentimiento ni por consiguiente posibilidad de impugnar el contrato.

Parece importante, dados los términos de la exposición anterior, estudiar con algún detenimiento las sentencias de 18 de febrero de 1944 y de 13 de junio de 1950, donde aparece consagrada la doctrina sobre coacción, amenaza y contrato.

La sentencia de 18 de febrero de 1944 (Colección Legislativa núm. 50, página 409. Alvarez de Rivas c. Serra Bilaró) se sitúa frente a un supuesto en el que la impugnación por intimidación tomaba como fundamento una denuncia por usura realizada en Barcelona durante la guerra civil, merced a la cual, dice la sentencia, el denunciante, que era el deudor, obtuvo ventajas muy importantes, como la ampliación hasta diecisiete años del plazo ya vencido para el total pago de la deuda, la exoneración de la obligación de pagar intereses y la renuncia por parte del acreedor a la hipoteca constituida en su favor y a la administración de las fincas, que también judicialmente había obtenido el acreedor.

La sentencia subraya que especialmente en Barcelona, como consecuencia de algunas disposiciones de la Generalidad de Cataluña, fueron frecuentes las denuncias por usura, que aparecían en aquellos momentos muy facilitadas además por la constitución y naturaleza de los tribunales que perseguían este delito.

En esta sentencia el Tribunal extrae la conclusión de que «es inaceptable como criterio general el afirmar que no es causa de intimidación la ame-

naza de un procedimiento judicial, ya que es lo cierto que en ningún caso es legítima la amenaza de denunciar a los tribunales, si se utiliza con el fin ilícito de obtener ventajas o de mejorar las condiciones ya concertadas». En la misma sentencia se hace hincapié en que la parte, que había efectuado la denuncia, se propuso con ella «aprovechar, para obtener ventajas injustas, el temor insuperable que, razonablemente pensando, previó que había de producirse en el espíritu del denunciante, cuando además se obtuvieron de hecho tales ventajas».

De esta manera, a partir de la sentencia de 18 de febrero de 1944, parece que la amenaza de hechos inicialmente justos puede llegar a constituir intimidación en sentido técnico si, no obstante, el carácter justo y lícito del hecho en que la amenaza consiste, ésta se utiliza con un fin ilícito, porque se trata de *obtener una ventaja*, que en sí misma ha de considerarse injusta, y además tal ventaja se obtiene.

El problema de la relación entre amenaza de procedimientos judiciales y vicio del consentimiento por intimidación aparece igualmente en la sentencia de 21 de marzo de 1950, donde se trataba de la nulidad de un matrimonio civil, que la actora había contraído bajo la grave amenaza de un procedimiento de incapacitación por prodigalidad. El Juzgado y la Audiencia de Madrid habían desestimado la demanda, pero el Tribunal Supremo declaró haber lugar al recurso, destacando que la actora había sido sometida a una amenaza grave por la «*capitis diminutio*» de su personalidad jurídica en virtud de la declaración de prodigalidad y también respecto de sus bienes por la consecuencia de producir la anulación de su facultad dispositiva, situación, dice la sentencia, que, además de vejatoria, no aparecía justificada. Se toma también en consideración el hecho de que quienes formulaban la amenaza eran el padre de la actora, que, por serlo y por el ejercicio de su autoridad, había de pesar en el ánimo de la hija, y su tío carnal, que por su profesión gozaba de reconocida competencia en el conocimiento y tramitación de tales procesos, y además que la amenazada acababa de entrar en la mayoría de edad y se encontraba desamparada por la «confesada hostilidad hacia ella de su madre y hermanos».

Por eso la sentencia establece como máxima que la fuerza coactiva de la amenaza de promover un procedimiento judicial ha de ser examinada en cada caso por los tribunales y que si bien en ciertas ocasiones el ejercicio de esa facultad es justo y legítimo por constituir un derecho de quién aborda su utilización, que por una u otra vía pretende obtener lo que le es debido; en cambio, en otros casos se convierte en un verdadero chantaje con trascendencia notoria en distintas esferas jurisdiccionales.

La sentencia concluye con estas palabras: «Para que el ejercicio de este medio intimidatorio sea justo no basta con que el que lo utilice tenga derecho a hacer lo que anuncia, sino que es preciso que con la amenaza pretenda obtener lo que conseguiría también mediante el proceso judicial con que intenta intimidar, por lo que habrá de reputarse injusto tal ejercicio cuando con la amenaza de un procedimiento judicial lesivo para la persona o los bienes del amenazado se procure forzar el consentimiento para otorgar un contrato y con mayor razón si de contraer matrimonio

se trata, que con el dicho procedimiento judicial no podía en modo alguno obtenerse».

De esta suerte, cada vez que tropecemos con una amenaza de utilización de un medio jurídico, habrá que decidir si se ha tratado de obtener y se ha obtenido una ventaja ilícita o injusta y si la situación se ha utilizado para aprovecharse de ella. Lo cual obliga a examinar el interés que ha inspirado y el deseo que ha motivado la acción. Por otro lado, parece también que habrá que analizar si el medio utilizado determina alguna especial ventaja o supone un aprovechamiento de la situación.

En definitiva parece, según esta idea, que cuando alguien se compromete a pagar un precio justo o una prestación equilibrada, si la amenaza tácita inicial fue justa y el resultado final fue justo también, por muy debilitado o disminuido que se encontrara el consentimiento y aún admitiendo que puede haber existido en un sentido muy amplio intimidación, no parece que ello constituya intimidación en el sentido técnico. Lo cual nos lleva a otra importante conclusión y es que, como ha sido señalado, los vicios del consentimiento no son tales por el hecho de que el consentimiento contractual se encuentre efectivamente viciado por falta de libertad para decidir, sino sólo en la medida en que esa falta o disminución de la voluntad y esa falta o disminución de la libertad procedan de supuestos típicos articulados por la ley como injustos. Como lo demuestra además de los casos de intimidación ya examinados, el hecho de que tampoco hay general impugnación en los casos de error y de dolo, sino sólo cuando el error y el dolo revisten determinadas características. Y es obvio que no pueda decirse que el error y el dolo invalidantes hayan actuado sobre la libertad de manera distinta que el error y el dolo no invalidantes.

Por ello señalé ya en alguna ocasión anterior (*Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, vol. I, Madrid, 1970) que más que en presencia de una dogmática categoría de voluntades viciadas nos encontramos en presencia de una serie de supuestos, en los cuales lo que hay que hacer es decidir la justicia o la injusticia de la perpetuación de la vinculación contractual y que, en definitiva, la decisión no recae tanto sobre si el consentimiento aparece o no viciado cuanto como sobre si es o no es justo que el contratante quede o no vinculado o continúe estandolo.

LUIS DÍEZ-PICAZO

II. SENTENCIAS

A cargo de J. DIEZ DEL CORRAL, P. ELIZALDE AYMERICH, G. GARCÍA CANTERO, A. LUCINI CASARES, J. PERE Y RALUY, R. RUIZ SERRAMALERA.

I. DERECHO CIVIL

1. Derecho de la persona

1. *Actos relativos a bienes de menores. Actos de disposición de administración ordinaria y de administración extraordinaria.* La distinción entre actos de disposición—los que tienden a enajenar la cosa o a constituir sobre ella derechos reales o gravámenes—y actos de administración—los que tienden a la conservación, goce o uso de la cosa—que dogmáticamente aparece tan diáfana, en la realidad práctica no lo es tanto, hasta el extremo de que un gran sector doctrinal admite un tercer término en esta clasificación: la de los llamados actos de administración extraordinaria o excepcional, que son aquellos que, por la trascendencia o importancia que despliegan sobre la cosa, impiden o dificultan su realización y exigen, para ser llevados a cabo válidamente, no sólo la capacidad y demás requisitos suficientes para los actos de administración simple u ordinaria, sino los que se exigen para actos de disposición. Nuestro ordenamiento jurídico tiene en cuenta esta naturaleza excepcional de ciertos actos de administración, siendo de destacar, a este respecto, los artículos 269, 5.º, 1.280, párrafo 2.º, y 1.548 del Código civil. La jurisprudencia reconoció igualmente la naturaleza excepcional de ciertos actos de administración proclamando: a) que si bien, por regla general, el contrato de arrendamiento es un acto de administración, en algunos casos, bien por la naturaleza de las cosas a que se contraiga, bien por el largo tiempo de su duración, puede rebasar los límites de la mera administración, debiendo proclamarse que, en la comunidad de bienes, no se hallan facultados los condóminos que representen la mayor suma de intereses para dar en arriendo la cosa común por plazo de más de seis años sin la anuencia de todos los partícipes y b) que aunque en algunas sentencias, con arriendo especial, se llegó a calificar como derecho real, luego se ha vuelto a reconocerle su carácter de derecho de crédito, aunque en ciertos casos se dijo que equivalía a derecho real o actuaba como tal o tenía efectos o recibía trato parecido al de los derechos reales. Por otra parte, la legislación especial de arrendamientos rústicos es terminante en defensa de los bienes de los menores, según muestran las normas de los artículos 3.º a) y 9.º, 5, sin que sea admisible exigir tan sólo la autorización judicial prevista en di-

chas normas, cuando el menor tenga cuota mayoritaria en la copropiedad, pues ello supondría desamparar a los menores que no representaran el 51 por 100 de la aludida copropiedad. (Sentencia 17 octubre 1978; ha lugar.)

2. Obligaciones y contratos, responsabilidad extracontractual

1. Reconocimiento de deuda. Naturaleza contractual. La declaración de voluntad hecha por una persona con el indiscutible ánimo de obligarse respecto de otra, hace nacer un derecho de crédito en favor de ésta, incluyéndose en el artículo 1.254 del Código civil, dado el amplio contenido que comprende la definición de los contratos que en dicho precepto se hace.

Rconocimiento de deuda. Naturaleza jurídica. La emisión de voluntad que constituye su base se realiza a título dispositivo, no enunciativo, y surte efectos obligatorios propios, abstracción hecha de la causa de la obligación contraída.

Facultad interpretadora de los contratos. Corresponde a los Tribunales de instancia, pero en casación esta afirmación está condicionada a que realmente se haya llevado a efecto la interpretación y que sea lógica y acorde con los términos del contrato y la intención de los contratantes.

Pago de deuda tributaria por persona distinta del sujeto pasivo. Tiene la naturaleza de pago por cuenta de otro, de donde deriva la acción de reembolso que corresponde a los pagadores, con arreglo al artículo 1.158 del Código civil. (Sentencia 14 diciembre 1978; ha lugar.)

NOTA: En relación con el pago de deudas tributarias, véase el Título I, Libro I, artículos 17 a 61, del Reglamento General de Recaudación, de 14 de noviembre de 1968, particularmente, en cuanto aquí interese, el artículo 17, p. 3. El pagador de una deuda tributaria ajena podrá utilizar la acción de reembolso, contra el sujeto pasivo, pero nunca será posible que se subrogue en la posición de la Hacienda Pública (v. Notas de Derecho Financiero, dirigidas por F. Sainz de Bujanda. T. I, vol. 3.^º, págs. 831 a 833).

2. Extinción de las obligaciones. Pago por compensación. Diferencia entre depósito y retención en garantía. La apreciación de si la deuda es líquida es una cuestión de hecho. Son hecho probados, que en la sentencia impugnada constan, los de que habiendo mediado entre las partes litigantes un contrato de compraventa de un piso-vivienda, vencida la cuarta anualidad de las cinco en que el pago del precio se había fraccionado, el comprador fue requerido por el vendedor, mediante acta notarial, a los efectos de dar por resuelto el contrato a causa de no haber efectuado el pago de la cantidad correspondiente a dicho plazo, oponiéndose aquél a las pretensiones de éste por estimar que tal suma estaba satisfecha al ser acreedor con relación al vendedor, en la fecha de vencimiento de dicho plazo, cuya existencia de ese crédito está justificada en autos, así como que estaba constituido por el saldo a favor del comprador resultante de la cuenta de retenciones, deducidas por el vendedor, del diez por ciento del importe de las letras giradas por aquél a la orden de éste, para que el recurrente gestionase su descuento, y cuya retención lo era en función de garantía por el riesgo asumido por el

mismo y en previsión de que alguno de los efectos resultare impagado, declarando, finalmente, la sentencia objeto del recurso que en la fecha del mencionado requerimiento notarial, por las entregas de dinero a cuenta del piso, verificadas por el comprador, por el saldo de la cuenta de retenciones y por los cargos y abonos efectuados y que el actor señala en su demanda, la vivienda se encontraba pagada, con un exceso a favor del comprador.

Con base en los hechos que han quedado expuestos, la sentencia recurrida, confirmando la de primer grado, condenó al recurrente a otorgar escritura pública de compraventa, en favor del recurrido, del piso-vivienda objeto del contrato, en cumplimiento de lo en él convenido por las partes, y a restituirlle la suma en que excedía la cantidad entregada por éste a aquéllos, contra cuya resolución se alza el presente recurso, que consta de tres motivos, todos ellos amparados en el número primero del artículo mil seiscientos noventa y dos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en el primero de los cuales se denuncia infracción, en su concepto de violación por inaplicación del párrafo primero del artículo mil doscientos del Código civil, por cuanto, según afirma el recurrente, se aplica la compensación legal respecto de una deuda que proviene directamente de un depósito, pero aun cuando, evidentemente, dicho precepto legal impide puedan compensarse deudas que provengan de depósito o de las obligaciones del depositario o comodatario, esta norma prohibitiva, por su índole excepcional en relación con la regla general del artículo mil ciento noventa y cinco de dicho Código sustantivo, no puede interpretarse extensiva ni analógicamente, como así lo declara la sentencia de treinta y uno de enero de mil novecientos cincuenta y seis, y ha de ser de exclusiva aplicación a los supuestos que previene el artículo mil setecientos cincuenta y ocho del mismo Cuerpo legal, según el cual, se constituye el depósito desde que uno recibe la cosa con la obligación de guardarla y restituirla, siendo por tanto su nota característica la estricta custodia de la cosa entregada a tal fin, y esta circunstancia no se da con respecto a la cantidad compensada, como deuda del recurrente, perteneciente al recurrido y que obraba en poder del primero, pues dicha suma no la rebició en depósito con obligación de guardarla, sino que representa el total de las retenciones del diez por ciento de las letras de cambio libradas en su negocio por el segundo, para que como tomador de ellas le fueran descontadas, operación que se hacía en beneficio del librador, cuyo porcentaje servía al recurrente de garantía por el riesgo que asumía en los posibles impagos de algunas de las cambiales, riesgo inexistente ya, según afirma la sentencia recurrida, en la fecha del requerimiento notarial anteriormente mencionado, de lo que claramente se infiere, como así lo declara dicha sentencia, que esa cantidad, suma total de las retenciones referidas, no podía ser ya retenida por haber cesado el riesgo que justificaba dicha retención y había de ser devuelta a su dueño, que lo era el comprador, lo que hace deba ser desestimado el motivo primero del recurso.

Por lo que respecta a los motivos segundo y tercero, en el primero de ellos se alega infracción, por aplicación indebida del artículo mil ciento noventa y seis del Código civil, por entender el recurrente que la sentencia

impugnada aplica la compensación legal respecto de una deuda ilíquida, y en el otro—tercero del recurso—la violación, por su no aplicación del artículo mil quinientos cuatro del mismo Código, por cuanto la sentencia de instancia, para dar por pagado el precio aplazado de la compraventa del piso-vivienda, que se sujetó en caso de impago a condición resolutoria, aplica la compensación legal en relación con una deuda, cuya liquidez se determina en el pleito, siendo así que, antes de iniciarse éste, el vendedor había formulado al comprador el requerimiento notarial prevenido en el indicado precepto infringido, mas si bien es cierto que para que pueda operar con éxito la compensación, es decir, extinguiendo, en la cantidad concurrente, las deudas y créditos que existan entre dos personas recíprocamente acreedora y deudora, por derecho propio, la una de la otra, es necesario que las deudas estén vencidas y sean líquidas y exigibles; tales circunstancias concurren en el caso enjuiciado en el pleito del que este recurso dimana, pues así lo declara la sentencia objeto del mismo, y no cabe olvidar que el problema relativo a si se dan o no los requisitos necesarios para que la compensación pueda producirse es decisión que compete al Tribunal de Instancia, por tratarse de una cuestión de hecho, susceptible de ser combatida en casación, únicamente por la vía del número séptimo del artículo mil seiscientos noventa y dos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y como la sentencia objeto del recurso declara de manera expresa la liquidez de la cantidad de la que era deudor el recurrente con respecto al recurrido y que en la fecha en que la compensacióu de deudas había de operar, es decir, en la que éste había de hacer efectivo el importe del cuarto plazo de la compraventa, dicha deuda dineraria, además de líquida, era vencida y exigible, tal declaración fáctica ha quedado incólume, al no haber sido combatida por el cauce adecuado, ni demostrado, por tanto, ni intentado demostrar que no era acertada esa apreciación, por lo que no es posible sostener que los artículos mil ciento noventa y seis y mil quinientos cuatro del Código civil, que como infringidos se citan, hayan sido vulnerados, lo que obliga a desestimar los motivos segundo y tercero del recurso. (Sentencia 21 noviembre 1978; no ha lugar.)

3. *Valor de la cláusula penal como sustitutiva de indemnización. Innenecidad de probar los daños.* La resolución del contrato a causa de una esencial vulneración de lo pactado, imputable a la otra parte, hace viable la pretensión de resarcimiento por virtud del quebranto patrimonial sufrido, según determina el artículo 1.124 del C. c., y, precisamente, una de las funciones que cumple la cláusula penal es, como señala el artículo 1.152, apartado 1º, la liquidatoria, como pena sustitutiva de la indemnización de daños y perjuicios en la hipótesis de falta de cumplimiento (SS. de 17 febrero 1959, 13 junio 1962, 21 febrero 1969 y 14 febrero 1977), descartando toda alegación y necesidad de prueba respecto al «quantum» de la lesión económica padecida, y cuya exigibilidad surge en los supuestos de incumplimiento o cumplimiento defectuoso de la obligación por parte del deudor debido a dolo, culpa o cualquier otra causa (art. 1.152, apartado 2º). (Sentencia 28 noviembre 1978; no ha lugar.)

4. Acción Pauliana. Requisitos. Preexistencia del crédito a la enajenación y carácter subsidiario. Valor de las presunciones. Defecto del recurso. No puede prosperar el motivo que, amparado en el núm. 1.^º del artículo 1.692 LEC denuncia la aplicación indebida del último párrafo (sic/.) del artículo 1.111, en relación con el número 3.^º del 1.291, y artículo 1.294, todos ellos del C. c., y de la doctrina legal que cita, por estimar las recurrentes que falta el requisito de la preexistencia del crédito, así como el de la subsidiariedad, cuya concurrencia es necesaria para el éxito de la acción revocatoria o Pauliana; en cuanto al primero de los requisitos indicados, porque el error que se reprocha a la resolución impugnada se hace consistir, en que para admitir la existencia del crédito con anterioridad a las enajenaciones tachadas de fraudulentas, no se basa en hechos tangibles, sino en presunciones, pero, al argumentar de ese modo, olvidan los recurrentes que las presunciones son un medio de prueba como las demás relacionadas en el artículo 1.215 C. c., incumbiendo su estimación el Tribunal sentenciador, cuyo criterio sólo puede combatirse en casación, bien por el cauce del número 7.^º del mencionado artículo 1.692 de atacarse el hecho base, o por la vía del número 1.^º, y acusando la infracción del artículo 1.253 del Código sustantivo, de impugnarse la deducción, nada de lo cual se hace en el recurso; y en cuanto al requisito de la subsidiariedad, porque ésta viene referida a que los acreedores no puedan cobrar sus créditos de otra manera y en este aspecto, la sentencia recurrida declara, sin impugnación adecuada y eficaz en el recurso, que la acción Pauliana ejercitada, lo ha sido después de haber agotado las posibilidades de alcanzar bienes con que hacer efectivo lo adecuado.

Error de hecho.—Para demostrar el error de derecho en la apreciación de la prueba, es preciso citar la Ley referente a la valoración de la prueba que haya sido infringida por la sentencia, y, es lo cierto, que ni el artículo 533, número 4.^º LEC, ni los artículos 1.381, 1.382, 1.384 y 1.386 C. c., contienen norma alguna de valoración de prueba, siendo tales preceptos legales los únicos que expresamente se dan por infringidos en el segundo motivo del recurso, que alega aquel error por la vía del número 7.^º del mencionado artículo 1.692, por lo que procede su desestimación. (Sentencia 20 diciembre 1978; no ha lugar.)

5. Indemnización de daños y perjuicios. Necesidad de probar la existencia de los mismos. La indemnización de daños y perjuicios que el artículo 1.101 del C. c. establece como sanción para quienes, en el cumplimiento de una obligación incurran en dolo, negligencia o morosidad, requiere para su aplicación la base fáctica de la realidad de los daños y perjuicios cuya indemnización se pretenda, pues ese resarcimiento no surge necesariamente de un incumplimiento contractual, cumplimiento inadecuado o morosidad, sino que es indispensable que esté acreditada la real existencia de los perjuicios y que los mismos derivaron del acto ejecutado u omitido, aunque la determinación de su cuantía quede deferida a la ejecución de sentencia. La sentencia de instancia que admite que la demora en el otorgamiento de la escritura pública no puede ser motivo para la indemnización solicitada en la

demandas, al no haberse justificado la realidad de los mismos, ni determinado ni alegado en que podrían consistir, y al propio tiempo condena al pago de su importe en ejecución de sentencia, infringe por violación el artículo 1.106 del Código civil. (Sentencia 14 junio 1978; ha lugar.)

6. Criterios generales sobre interpretación de contrato. Casación e instancia. Si bien la interpretación de contratos corresponde a los juzgadores de instancia, la aceptación de esta doctrina en casación queda condicionada a que sea lógica y acorde con los términos de aquéllos y la intención de los contratantes de modo que la interpretación no contradiga la letra y el espíritu de lo convenido, debiendo hacerse la interpretación conforme a las normas de hermenéutica contenidas en los artículos 1.281 y siguientes del Código civil.

Criterio espiritualista en la interpretación contractual. En la interpretación de contratos precisa atenerse, tanto a la acepción gramatical de las palabras como al espíritu del contrato e intención de los contratantes, sin tomar aisladamente alguna de las cláusulas contractuales y no relacionarla con las restantes, sino teniendo en cuenta todas ellas mediante el elemento lógico y sistemático que el artículo 1.285 C. c. establece.

Contrato de explotación comercial de fórmula química. Interpretación de contrato en relación a la participación en el precio de venta. Si bien en el documento contractual se fijó el beneficio neto para quien explotaba comercialmente la fórmula, en cuatro pesetas por frasco, de las que correspondían dos al cedente de la fórmula, ha de tenerse en cuenta que ese beneficio lo es de conformidad al precio de venta que se fijó en el momento de otorgarse el contrato, teniendo en cuenta los costes y demás gastos y el escandallo determinante de aquél, según se expresa en la cláusula 2.^a del contrato, lo que hace que en modo alguno pueda suponerse que esa cantidad de dos pesetas, que entonces correspondía al 50 por 100 del beneficio, había de ser única, fija e inmutable en el tiempo de vigencia del contrato, pues su variación, conforme se alteren los precios de coste de fabricación y venta del producto, se deduce de los términos de dicha estipulación y que ratifican las cláusulas 3.^a y 4.^a, según las cuales se reservó el demandante el derecho de inspeccionar la contabilidad referente a la preparación y expedición del producto, pues, de haberse estipulado una cantidad fija e invariable, como afirma la sentencia recurrida, eran innecesarias tales facultades del concedente de la explotación, por lo que hay que afirmar que la interpretación del contrato llevada a efecto en la sentencia impugnada no se atiene a la lógica. (Sentencia 30 junio 1978; ha lugar.)

7. La forma en los contratos. Valor de la forma que exige el artículo 1.280 del Código civil. La jurisprudencia tiene establecido que el artículo 1.280 del C. c., sin privar de validez a los actos y contratos a que se refiere, cuando están consignados en documentos privados, da a los que los suscriben la facultad de compelir cada uno de ellos a la otra parte, a que se eleven a escritura pública el contrato privado que entre ellos exista. (Sentencia 2 noviembre 1978; no ha lugar.)

8. *Compraventa de inmueble. Artículo 1.502. Resolución por incumplimiento.* El conocimiento de una sentencia de lo contencioso relativa al exceso de altura del edificio construido por encima del límite permitido, con peligro de demolición que pudiera afectar al apartamento del demandado, no se encuentra en ninguno de los supuestos previstos en el artículo 1.502 C. c.; por otra parte, el temor a verse desposeído del apartamento no fue el que le indujo a incumplir sus obligaciones de pago del precio, toda vez que meses después de aquel conocimiento suscribió un documento para pago de las mensualidades que adeudaba, aceptando letras con tal fin, e incluso realizó algún pago, por lo que existía causa distinta de tal temor; y al obtener tal deducción, que se hace a mayor abundamiento, existe un indudable enlace lógico tal como exige el artículo 1.253 C. c.; por todo ello procede declarar resuelto el contrato a instancia del vendedor al existir una decidida voluntad de incumplir lo pactado en cuanto al pago del precio por el comprador, de forma reiterada y persistente. (Sentencia 11 enero 1979; no ha lugar.)

La relativamente abundante casuística originada por el artículo 1.502 se enriquece con la doctrina sentada por esta sentencia. En principio parece claro que si se lleva a efecto la sentencia de la jurisdicción contencioso-administrativa, con demolición de lo edificado a partir del segundo piso, la perturbación posesoria era real y la aplicación de dicho precepto, evidente, pese a la indemnización que, según la propia sentencia extractada, pudiera recibir el comprador. En cuanto al «fundado temor de ser perturbado en la posesión», es cierto que la jurisprudencia ha declarado que la norma es de interpretación restrictiva y que no puede ampliarse a otras acciones de las mencionadas (SS. 20 diciembre 1898, 5 noviembre 1959, 25 junio 1964, 8 mayo 1965 y 30 octubre 1965). Por otra parte, el supuesto hubiera podido acogerse al artículo 1.483, al tratarse de una carga o limitación de origen legal de no edificar por encima de cierta altura (v. ampliamente DE ANGEL YAGÜEZ, *Algunas consideraciones en torno al artículo 1.483 del C. c.*, en R. C. D. I., 1971, p. 1416 ss., con amplia bibliografía y jurisprudencia reciente). En todo caso, la s. aquí anotada niega que exista relación de causalidad entre la resolución contenciosa y el hecho del impago, al existir actos posteriores del comprador que «sanaron» o «purificaron» el temor inicial. Ahora bien, ¿cabría plantear un renacimiento del temor en el comprador, por ejemplo, al informarse mejor de las consecuencias previsibles de la decisión contencioso-administrativa, sentencia, por otra parte, pendiente del recurso?

(G. G. C.)

9. *Contrato de compraventa. Venta de cuerpo cierto. Irrelevancia de que la finca tenga mayor extensión.* Declarando la sentencia, después de interpretar la voluntad de las partes, que la finca se vendió como una unidad constituida por la casa de campo y cinco parcelas, esto es, como un cuerpo cierto o precio alzado, tal como lo establece el artículo 1.471 del C. c., resulta indiferente cual sea la extensión real de las parcelas, pues sea mayor

o menor, ésta circunstancia no altera el precio convenido en el contrato, que sólo puede tener lugar en el caso de venta por unidad de medida. (Sentencia 5 julio 1978; no ha lugar.)

10. Compraventa de bienes muebles con financiación. Naturaleza jurídica. Tanto el Decreto-Ley de 27 de diciembre de 1962, como la Orden de 8 de febrero de 1964 que lo complementa, no afectan directamente al contrato de compraventa en sí, ya que se refieren respectivamente a la «creación de sociedades de financiación» y a las «entidades de financiación», mientras que las operaciones de venta continúan regidas por la normativa general; el contenido de tales disposiciones, especialmente el artículo 4 del Decreto-Ley y las referencias de la Orden a la entrega de la cosa no tienen otro alcance que el concreto de la financiación, para nada afectan a los requisitos intrínsecos del contrato de compraventa.

Eficacia de disposiciones reglamentarias. Alcance de las Ordenes ministeriales. La Orden de 8 de febrero de 1964 no puede modificar el Código civil, ni el de Comercio, pues ello iría en contra del principio de jerarquía normativa, tampoco es concebible que la mera remisión a las disposiciones reglamentarias que se dicten, hecha en un Decreto-Ley, puede implicar una autorización tácita y genérica, ya que supondría una usurpación arbitraria e ilegal del poder ejecutivo.

Pacto de financiación de compraventa. Naturaleza. Se considera como simple cláusula del contrato de compraventa o como contrato distinto, pero accesorio de él, la entrega de la cosa vendida no tiene otro valor que el de señalar la fecha en que ha de comenzar el pago del precio aplazado, según el artículo 3, apartado b) de la Orden de 8 de febrero de 1964.

Condición de Vicepresidente del Consejo de Administración. Consecuencias. La falsedad de la afirmación realizada por la Sociedad, en el contrato de compraventa con financiación, no es admisible que pueda perjudicar a quien cumplió con sus obligaciones, pero el recurrente, fiador solidario de la financiación, en su condición de Vicepresidente de la misma, era sin duda responsable, y además asumió personalmente los resultados deudores.

Causa de los negocios jurídicos. Significado. La palabra «causa» puede utilizarse en el sentido de «causa genérica», origen o por qué del acto realizado, consustancial a todo acto jurídico, o en el «específico» de los artículos 1.274 y siguientes del Código civil, para qué o finalidad objetivamente perseguida con declaración de voluntad.

Reconocimiento de deuda. Naturaleza jurídica. Cuando se indica que es un acto abstracto, constitutivo por sí solo de los efectos del reconocimiento, no quiere decirse que no exista su causa, sino que sólo podrá entrar en juego negativamente, si se destruye la presunción de su existencia, con la prueba de que la causa no existe o es ilícita.

HECHOS: En una compraventa de bienes de equipo se pacta la financiación por una entidad especializada. En la relación de financiamiento se constituyen como deudores solidarios las entidades compradora y vendedora,

y como fiadores, también solidarios, tres personas, una de ellas, el recurrente, Vicepresidente en la sociedad compradora. Este último reconoce posteriormente como propia la deuda, que pendía sobre la entidad compradora. En los procesos incoados se pretende la nulidad de la compra, de la financiación y del reconocimiento de deuda.

NOTA: De las disposiciones arriba citadas interesa transcribir lo siguiente: Decreto-Ley 57/1962, de 27 de diciembre, sobre creación de Sociedades de Financiación. Art. 4.º: «Las Sociedades de Financiación desarrollarán sus actividades conforme al derecho vigente sobre la materia, pero bajo las condiciones específicas siguientes...

En defecto de tales instrucciones, de las disposiciones del presente Decreto-Ley y de las que reglamentariamente se dicten, serán de aplicación como supletorias, las de Derecho privado adecuadas en cada caso».

Orden 8 de febrero de 1964. Normas complementarias relativas a Entidades de financiación de ventas a plazos. Art. 3.º: «Sin perjuicio de lo que, con carácter excepcional, se prevé en el número siguiente, las entidades acomodarán su actuación a las siguientes normas, mientras tanto no sean modificadas:

a) El importe máximo que podrán financiar en cada operación... debiendo ser satisfechos como mínimo en el momento de la entrega al 20 por 100 restante...

b) Las ventas con pago diferido que fueren atendidas creditivamente por las entidades tendrán un aplazamiento máximo en la liquidación total de su precio de 36 meses, contados a partir de la fecha de la entrega en los casos de bienes fabricados bajo pedido...».

El régimen de las Entidades financieras ha sido afectado últimamente por las disposiciones siguientes: Decreto 896/1977, de 28 de marzo; Orden de 25 de agosto de 1977 y Orden de 14 de febrero de 1978.

Es interesante destacar que el contrato base del litigio se formalizó en los días 30 de mayo y 5 de junio de 1965, por lo que no es de aplicación el régimen instaurado por la Ley de 17 de julio de 1965, desarrollada por Decreto de 12 de mayo de 1966, que resuelven tajantemente la naturaleza real del contrato de compraventa que regulan (Cfr. arts. 2 y 9).

11. Donación como pensión alimenticia a una menor de edad mientras esté en situación de minoría. El único problema debatido es el alcance del documento elevado a escritura pública en 1960, por el que el recurrente hace donación a una niña de la suma de un millón de pesetas, con la obligación además de pagar a la donataria en cuyo nombre acepta su madre y en concepto de alimentos, la cantidad de treinta mil pesetas mensuales mientras fuera menor de edad, obligación que fue confirmada por este Tribunal En Sentencia de 8 de marzo de 1962 y cuya cuantía mensual, atendiendo a que en la misma cláusula del documento se decía que la pensión podría modificarse por alteración de las circunstancias de la vida, fue elevada, previo el dictamen prescrito, al importe de cincuenta mil pesetas mensuales, hasta que el donante dejó de pagar alegando el matrimonio de la donataria.

Defecto del recurso. No puede prosperar el motivo del recurso que, para justificar que el hecho de contraer matrimonio la donataria cuando tenía dieciocho años (antes, claro es, del Decreto-Ley de 16 de noviembre de 1978) es causa bastante para producir el cese del abono de la pensión visto lo dispuesto por los artículos 314 y 315 del Código, alega error de hecho en la apreciación de la prueba, porque esta prueba es la de confesión, cuyo

resultado no puede reputarse documento auténtico a los efectos de la casación y que, además, sólo acredita que la donataria confesó haber contraído matrimonio en determinada fecha.

Interpretación de contrato. La cláusula por la que se asigna una pensión a la donataria, mientras ésta esté en situación de minoría de edad, utiliza unos términos claros y concretos que no dejan duda alguna sobre la intención de los contratantes, por lo que hay que estar a su tenor literal conforme al artículo 1.281 del Código civil, sin que pueda aplicarse, como se sostiene en el motivo, el artículo 1.285, que sólo entra en juego cuando existan cláusulas dudosas en el contrato, lo que aquí no sucede; y si el matrimonio es una causa de emancipación, no es esta emancipación la que se tomó en consideración en el pacto, sino la mayoría de edad que entonces se alcanzaba a los veintiún años cumplidos. (Sentencia 8 enero 1979; no ha lugar.)

12. *Litisconsorcio pasivo necesario. Doctrina general. Comunidad de bienes. Rendición de cuentas exigida al administrador por minoría. Arrendamiento realizado por parte mayoritaria.* Aunque los actores pueden, en principio, dirigir libremente su demanda contra la persona o personas que tengan por conveniente, esta Sala tiene declarado con reiteración que cuando por la naturaleza jurídica material de la acción ejercitada no pueda pronunciarse una declaración, sino con referencia a varias personas, éstas han de figurar como demandantes o como demandadas en el proceso, dado su interés en el derecho sometido a controversia, pues el principio de orden público de la veracidad de la cosa juzgada exige la presencia en el procedimiento de todos los que debieron ser demandados, cuidando de que el litigio se ventile con los que claramente puedan resultar afectados por las declaraciones de las sentencias, de tal modo que incumplido este requisito procesal de audiencia bilateral, la relación jurídica procesal queda viciosa e irregularmente constituida, impidiendo cualquier procedimiento sobre el fondo, defecto relevable de oficio; doctrina que tiene una clara y concreta manifestación en los supuestos de acciones relativas al nacimiento, vicisitudes y extinción de los contratos, respecto de los cuales no pueden los Tribunales pronunciarse cuando no figuran en la litis las personas que en tales contratos actuaron como partes o sus respectivas causahabientes; en el presente caso ha de resolverse si el demandado actuaba como administrador de la comunidad, o como arrendatario de sus bienes, decisión previa para determinar si tiene o no obligación de rendir cuentas sobre gastos, ingresos o beneficios, decisión que ha de afectar inexorablemente al comunero mayoritario, pues sería un ilógico jurídico que frente a los actores pudiera aparecer como administrador y frente a este último como arrendatario, supuesto de hecho que encaja en el litisconsorcio pasivo necesario. (Sentencia 22 diciembre 1978; no ha lugar.)

Los demandantes que son titulares del 34 por 100 de la comunidad pretenden desconocer un arrendamiento verbal otorgado por los restantes en favor del demandado, también partícipe de la comunidad. A la petición de rendición de cuentas se opone la existencia del arrendamiento y la nece-

sidad de demandar al otro comunero, excepción que es acogida por la Audiencia y por el T. S.

13. *Contrato de corretaje. Determinación del obligado al pago del precio o como comisión por la gestión.* El contrato de corretaje, por el que una persona se obliga a pagar a otra una remuneración para que realice una actividad encaminada a ponerla en relación con un tercero a fin de concertar un contrato determinado, en el que el mediador no tendrá participación alguna por requerir para su eficacia el concurso de voluntades a que se refiere el artículo 1.262 C. c., únicamente produce sus efectos entre los que en él intervienen, de suerte que la retribución del mediador, cuando su gestión se haya referido a la venta de fincas rústicas o urbanas, ya se ajuste en su cuantía a lo pactado—en los supuestos previstos en la Sentencia del T. S. de 16 de diciembre 1969—o a las tarifas de los Colegios Oficiales de estos agentes conforme al artículo 23, 1.^º, y disposición transitoria 2.^a del reglamento de 4 diciembre 1969, debe exigirse únicamente del comitente u oferente—SS. de 28-2-1957 y 3-3-1967—o de la persona o personas que hicieron el encargo, que son las únicas contra las que está legitimado el gestor para cobrar su comisión, sin que venga obligado el comprador a satisfacer el importe de dichos honorarios cuando no fue él, sino el vendedor, quien celebró con el agente el contrato de corretaje o mediación y limitó su actuación a aceptar la oferta que el mediador le brindaba, aunque tuviera frecuentes conversaciones sobre tal objeto hasta llegar a la consumación de la compraventa ofertada, pues semejante proceder no lo vincula—sin previo contrato—al pago de ninguna clase de retribución al gestor ni le convierte en cliente del mismo. Si la sentencia de instancia condena al demandado al pago de la comisión por el simple hecho de que, en vista de un anuncio publicado por el corredor en los diarios, acudió a la oficina de éste donde se le facilitaron plazos e información y se le acompañó a visitar la finca sin que se concertara entre ellos contrato de ninguna especie, ni suscribiera la nota de encargo a que se refiere el artículo 30 del Decreto de 4 diciembre 1969, dicha sentencia incidió en las infracciones denunciadas al amparo del artículo 1.692, núm. 1, de la LEC.

Alcance del principio «iura novit curia». Si bien en nuestro ordenamiento los Tribunales gozan de la facultad de indagar y elegir la norma jurídica aplicable al caso controvertido, aunque no la hubieran invocado los litigantes, tal facultad no puede ser interpretada en el sentido amplio que autorice a rebasar los límites que en materia civil establece el artículo 359 de la LEC, alterando o modificando la causa de pedir o sustituyendo las cuestiones pedidas, por otras distintas, que es lo ocurrido en el presente caso, en que la condena del demandado por la sentencia de instancia se fundó en el enriquecimiento injusto que al actor pudo producir el que la otra parte se hubiera enriquecido con sus servicios, argumento no utilizado y acción no esgrimida en los escritos a que se contraen los artículos 524 y 548 de la citada ley. (Sentencia 5 junio 1978; ha lugar.)

14. *Contrato extintivo. Resolución por incumplimiento. Improcedencia por referirse a obligaciones accesorias o secundarias.* No procede acceder

a la petición de resolución por incumplimiento de determinadas obligaciones asumidas por la contraparte, por no tener el carácter de recíprocas y principales en relación con la prestación reclamada en la demanda, sino el de accesorias o sencundarias; a mayor abundamiento, tales obligaciones accesorias, consistentes en la entrega de determinados documentos fueron cumplidas en la persona de un mediador, tal como se pactó, cuyo hecho fue comunicado en numerosas ocasiones al interesado, sin que fueran aquéllos retirados por el demandado, ni conste en autos que éste hubiera hecho alguna gestión conducente a obtener su recibo. (Sentencia 10 enero 1979; no ha lugar.)

NOTA: No deja de resultar paradójico que un acuerdo encaminado a liquidar las relaciones entre una sociedad anónima y su Consejero-Delegado y Director, quede incumplido, con lo que se frustra la evidente intención de evitar un litigio. El tema del contrato extintivo no ha sido muy estudiado entre nosotros. V. DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos de Derecho civil patrimonial*, I, página 839 (G.G.C.).

15. *Arbitraje de derecho. Criterios interpretativos. Autonomía de la voluntad.* Obediente el proceso arbitral a un designio de paz, en su génesis predomina la voluntad privada, incluso en el ámbito de las facultades señaladas al futuro juzgador, ya que a los otorgantes es permitido condicionar las actividades del dirimiente del conflicto dentro del amplio campo del compromiso; pero atendiendo a dicha idea rectora hay que propugnar la tendencia que trata de lograr la amistosa solución de las diferencias surgidas interpretando el alcance de las cláusulas arbitrales y el sentido de las compromisorias con toda la amplitud y flexibilidad que el contenido de las mismas exija en orden a la laudable finalidad perseguida. (SS. 11 marzo 1959, 19 junio 1961 y 27 abril 1962).

Plazo fijado por meses. «Dies a quo». En la hipótesis de un plazo fijado por meses, el cómputo ha de realizarse de fecha a fecha (art. 5.^o C. c.), excluyendo el día inicial conforme a la regla *dies a quo non computatur in termino* (arts. 1.130 C. c. y 452-2.^o C. com.) como fundamental en nuestro ordenamiento positivo (SS. 30 enero 1974 y 19 febrero 1975), por lo que ha de descartarse del cómputo el día de la aceptación de los árbitros, debiendo contarse el plazo desde el día siguiente (SS. 23 enero 1946, 19 febrero 1965, 19 octubre 1968, 27 septiembre 1971 y 21 enero 1975), salvo que los contratantes hayan manifestado de manera expresa y rotunda su voluntad en contrario, lo que no acontece con la utilización de la cláusula usual de que el tiempo será contado «a partir de la aceptación del cargo», según enseña la citada jurisprudencia.

Prórroga de plazo. Como tiene declarado la S. de 28 mayo 1940, prorrogar un término no es conceder otro independiente de él o que rehabilite el ya vencido, sino dotarle de una amplitud mayor de la que antes tenía, de suerte que el término y su prórroga vienen, sin solución de continuidad entre ellos, a constituir un sólo y único plazo; por lo que, si establecido inicialmente un plazo de seis meses se pacta una prórroga de dos, dispondrán los árbitros de un tiempo total de ocho meses, contados de

fecha a fecha y excluyendo del cómputo el día de la aceptación; y de consiguiente si se añade el modo adbervial y conjuntivo «por tanto» para fijar un concreto día final en virtud de tal prórroga, no se altera el tiempo correctamente aplicable aun cuando al hacer innecesariamente la determinación precisa de la fecha se haya incurrido en error material.

«*Favor contractus*». El principio *pacta sunt servanda*, a todas luces aplicable a los plazos contractuales de arbitraje (SS. 12 diciembre 1964 y 7 febrero 1968) y el del *favor contractus o negotii*, ha llevado a esta Sala a declarar que no es misión de los Tribunales complicar o crear dificultades al móvil de paz y equidad que preside el juicio de la amigable composición, desnaturalizándola en sus características esenciales de sencillez y buena fe (SS. 23 mayo y 13 junio 1967 y 14 junio 1971), de donde se sigue que «si alguna duda cupiese al respecto del plazo, habría de ser resuelta en el sentido más favorable para la validez del laudo en el supuesto del tiempo en que ha sido pronunciado» (S. 5 mayo 1971); criterio reiterado para caso de marcada analogía con el presente—plazo pactado de seis meses, prórroga por dos meses más, con mención equivocada del día de expiración—en S. 9 octubre 1978.

Errónea fijación del día final. Si bien en la escritura de 21 marzo 1977, en la que se pactó que «quedó prorrogado el plazo para pronunciar el laudo por dos meses más del fijado» se adicionó la expresión «por tanto, finalizará el 30 de mayo próximo», dicho se está que lo relevante son los ocho meses que en total integraban el tiempo hábil para emitir el fallo, sin que pueda acortarlo la errónea fijación del día final, y, en consecuencia, recaída la aceptación de los árbitros el 30 de septiembre de 1976 y debiendo iniciarse el cómputo al día siguiente, 1.^º de octubre, los ocho meses contados de fecha a fecha expiraban el 1.^º de junio de 1977, data en la cual precisamente se da constancia notarial a la resolución impugnada, la cual ha sido emitida dentro de plazo. (Sentencia de 24 noviembre 1978; no ha lugar.)

16. *Comisión. Consulta del comisionista*. La consulta telefónica es válida, surtiendo los efectos correspondientes (arts. 255 y 270 del Código de Comercio) la contestación del comitente aprobando la venta.

Cuantía de indemnización. Acceso al recurso de casación. La determinación de si en el caso concreto es procedente o no otorgar indemnización, es revisable en casación, pero no la fijación de la cuantía una vez establecida su procedencia. (Sentencia 26 mayo 1978; no ha lugar.)

17. *Contrato de mandato. Extinción por muerte del mandante. Efectos posteriores*. Como expresa y terminantemente establece el artículo 1.732 del C. c., el mandato se extingue por la muerte del mandante, no pudiendo ser aplicable lo que dispone el artículo 1.738 del mismo Cuerpo legal cuando ninguna de las partes ha obrado de buena fe, al conocer las dos que se habría producido el fallecimiento de aquél.

Ineficacia de los contratos por contener pactos ilícitos. Actuación de oficio por el juzgador. Habiendo actuado el que fue mandatario con un poder que se había extinguido, y siendo conocida ésta circunstancia tanto por él como por el tercero, con quien contrató, la ineficacia de este contrato

está acertadamente declarada por el Tribunal «*a quo*», conforme reconocen las SS. de 29 marzo 1932 y 29 octubre 1949, según las cuales debe hacerse tal declaración aunque ninguna de las partes lo haya instado, y aun cuando ambas aceptasen mutuamente su validez, cuando manifiesta y notoriamente sean los pactos y cláusulas que integran el contenido de los contratos contrarios a la moral o ilícitos.

Principio de congruencia. Apreciación de oficio de cláusulas ilícitas o contrarias a la moral. El fallo de toda sentencia ha de guardar sustancial acatamiento a lo solicitado y a los hechos en que la pretensión tenga su fundamento, debiendo existir conformidad entre la parte dispositiva y las peticiones oportunamente deducidas en la «litis», y en el caso objeto del presente recurso es visto que la resolución impugnada, al absolver de la demanda reconvencional al actor en el pleito guarda acatamiento a ese principio, porque el fallo se ajusta a las pretensiones de las partes, el cual, contrariamente a lo alegado, no se funda en hechos que no hayan sido objeto de discusión y prueba, tales como el de si el recurrente era o no propietario de las fincas en litigio, y al declarar la Sala de instancia que en la fecha en que tuvo lugar la cesión de aquéllas no era dueño de las mismas y que su mandato hacía tiempo que se hallaba extinguido, careciendo, por tanto, de acción para reclamar las cantidades que se solicitaban, fallo congruentemente con las peticiones de las partes. (Sentencia 8 enero 1979; no ha lugar.)

18. *Contrato complejo de aval. Calificación.* El contrato mediante el cual la actual recurrente avaló frente a la sociedad recurrida, los créditos que ésta tenía frente al hijo de aquélla, que se encontraba en situación de suspensión de pagos, estipulándose que la avalista se comprometía a satisfacerlos en el plazo de tres años en caso de que el avalado no lo hiciera total o parcialmente, y que la avalista adquiere todas las obligaciones fijadas en los artículos 1.822 y siguientes del C. c., renunciando al beneficio de exclusión y reconociendo a la sociedad recurrida acción directa para reclamar el importe de lo adeudado, finalizando que el compromiso tendrá fuerza de obligar cualquiera que fuese «el acuerdo a que pudiera llegarse en cuanto a plazo y cantidad en el expediente de suspensión», exigiéndose a la entidad acreedora el otorgamiento de un poder amplio y suficiente a favor de su Abogado para personarse y representar al crédito en la citada suspensión, no constituye una simple fianza convencional, sino un contrato complejo, al amparo del artículo 1.255 C. c., a suya virtud la responsabilidad que contrae la avalista excede de la de una mera fianza, constando la exigencia de una contraprestación, y siendo constituida al margen de las vicisitudes que sufriesen los créditos en el expediente de suspensión, por lo que su cumplimiento es exigible al transcurso de los tres años pactados por el importe de lo que entonces continuase debiendo el avalado, sin que pueda afectarle la prórroga del plazo hasta cinco años, obtenidas en el relatado expediente de suspensión.

Irrelevancia de la intención o móvil. La intención de los contratantes a que alude el artículo 1.281 C. c., hay que entenderla como voluntad contractual común y no como finalidad o móvil particular que cada una de

las partes persigue al contratar, que según reiterada jurisprudencia es irrelevante jurídicamente a no ser elevado por ambos contratantes a la categoría de causa impulsiva o determinante de la declaración de voluntad.

Novación extintiva. Según reiterada jurisprudencia es interpretada restrictivamente siendo preciso que el *animus novandi* así se declare terminantemente, o que la antigua y la nueva obligación sean de todo punto incompatibles, ninguno de cuyos supuestos se ha acreditado en este caso, antes bien hay una expresa voluntad contraria a la novación. (Sentencia 24 noviembre 1978; no ha lugar.)

19. *Culpa extracontractual. Ruina de edificio por obras de urbanización. Acción del arrendatario contra empresa constructora. Prescripción. «Dies a quo». Interrupción por requerimiento notarial.* Tomando como punto de partida la conclusión de unas diligencias penales que tiene fecha de 22 octubre 1973, seguida del requerimiento notarial de 19 octubre 1974, el cual mantiene su eficacia hasta el mismo día y mes del siguiente año, debe considerarse no prescrita la acción ex artículo 1.902 C. c., que se ejercita el 25 de septiembre de 1975, siendo intrascendente que hubiera mediado acto de conciliación con respecto del cual habían transcurrido más de dos meses al presentarse la demanda; con ello no se desvirtúa la doctrina de la S. de 12 mayo 1973, en cuyo supuesto sólo entraba en juego un acto conciliatorio y la correspondiente demanda.

Asturación de responsabilidad por el contratista. Constando en autos el pliego de condiciones de la obra contratada del que resulta que la empresa asumió con carácter exclusivo «todas las responsabilidades por daños que en dicha ejecución pudieran originarse a terceras personas», se justifica que la acción se dirija con la misma exclusividad frente a aquélla al margen por completo de la función que corresponda al Ingeniero del Ayuntamiento y de las manifestaciones que éste hubiera hecho en cuanto a la dirección y vigilancia de las obras, no planteándose en su respecto la existencia de litisconsorcio pasivo necesario.

Falta de legitimación pasiva del propietario del inmueble arrendado. Carece de legitimación pasiva el propietario del inmueble arrendado ocupado en parte en concepto de arrendatario por el perjudicado, por ser ajeno totalmente a la acción ejercitada, que fue la de daños del artículo 1.902, frente a quien directamente los causó sin connotación alguna con la relación arrendaticia urbana, y sin que pudiera tener su debido injuiciamiento por el cauce procesal elegido por el actor las posibles consecuencias posteriores de la actitud del propietario en el sentido de agravar aquel resultado dañoso a los efectos del contrato locativo, en relación con el artículo 1.544 C. c. y 116 LAU, con lo que provocó la declaración de ruina del inmueble. (Sentencia 23 mayo 1978; no ha lugar.)

NOTA: Supuesto interesante de daños complejos producidos por causas diversas, que son objeto de un enjuiciamiento parcial. Es indudable que la causa primera y principal fueron las obras de urbanización realizadas por la empresa demandada que originaron el derrumbamiento de una pared del inmueble y que motivaron el desalojo de la vivienda y daños en los enseres.

Este hecho benefició al propietario que logró al cabo de cierto tiempo la declaración de ruina, a base de incumplir su obligación de reparar el inmueble. No cabe duda que el arrendatario hubiera podido dirigirse contra el arrendador. No lo hizo, y optó por la vía del artículo 1.902, si bien no podía imputar a la empresa constructora la totalidad del daño; por ello sólo obtiene algo más de la mitad de la suma que reclama.

(G. G. C.)

20. *Culpa extracontractual. Daños por incapacidad permanente absoluta para todo trabajo. Competencia de la jurisdicción ordinaria.* Aunque la incompetencia de jurisdicción, por el momento procesal en que se alega, pudiera ser conceputada como cuestión nueva, sin embargo, afectando al orden público el problema jurisdiccional, por ser la jurisdicción elemento esencial del proceso, resulta obligado entrar en su examen; en el presente caso son tres los demandados, y aunque uno de ellos es el empresario con relación al actor, no se le demanda como a tal, sino como contratista constructor del inmueble en que se produjo el accidente, cuestión no comprendida en el artículo 1.^º del texto refundido de la Ley de Seguridad Social, resultando clara y manifiesta la competencia de la jurisdicción ordinaria.

Negligencia del constructor, del aparejador y del encargado de la obra. Falta de medidas de seguridad. El actor, como consecuencia de la caída desde el montacargas, que carecía de barandillas o dispositivos de seguridad, sufrió lesiones de tal gravedad que le han dejado como secuela «incapacidad permanente absoluta para todo trabajo», y la causa determinante de la caída no deviene de un mero accidente surgido en el desarrollo normal del trabajo que aquél venía obligado a prestar, sino por la genérica falta de las debidas precauciones que los tres demandados estaban obligados a adoptar en la instalación del montacargas, siendo conjunta la responsabilidad del constructor, del aparejador y del encargado, careciendo aquél de las mínimas garantías de protección reglamentaria consistentes en una barandilla por tres de sus lados y cualquier otro mecanismo o dispositivo de seguridad que hubiese evitado la caída del actor; tal responsabilidad es extracontractual y tiene su base en el artículo 1.902 C. c., no se relaciona con el cumplimiento de una obligación pactada, y se basa en el incumplimiento de las más elementales normas de precaución y cautela exigibles en la realización de la obra, que por su condición profesional debían conocer. (Sentencia 23 mayo 1978; no ha lugar.)

21. *Culpa extracontractual. Paso a nivel sin guarda. Negligencia de RENFE.* En el caso examinado se da el elemento de culpa o negligencia imputable a Renfe, dado que en el paso a nivel sin guarda en donde el accidente ha tenido lugar, no existía barrera móvil ni señal luminosa alguna indicativa de la inminencia de punto peligroso, sino tan sólo indicaciones inscritas sobre tableros cruzados de «atención al tren» y «paso sin guarda», visibles ya en las inmediaciones de la vía cuando la luz diurna lo permita, pero no verosímilmente a la luz nocturna, en que el mencionado accidente tuvo lugar, al no existir el menor asomo de luz artificial, dado que es evidentemente negligente tener puesto un aviso de peligro sin condiciones

de ser adecuada y normalmente perceptible al tiempo en que el accidente se produzca.

Responsabilidad por riesgo. El accidente se produjo por consecuencia del permanente riesgo que significaba el paso a nivel en cuestión, a pesar de las medidas en él adoptadas, y singularmente de noche, cuyas consecuencias no pueden menos de ser imputadas civilmente a Renfe, que al crear y mantener para propio beneficio el servicio ferroviario en tales condiciones de peligrosidad, incurre exclusivamente en la responsabilidad patrimonial aquiliana del artículo 1.902 C. c. por la sencilla razón de que quien crea un riesgo es el que ha de responder de sus consecuencias.

Prueba. Valor documentos públicos. El artículo 1.218 C. c. no puede aplicarse a las apreciaciones subjetivas que, a modo de informe, se contienen en el documento emitido por el Delegado del Gobierno en la Renfe, pues éstas, en cuanto se contraen a la apreciación de responsabilidad en orden al accidente de que se trata, solamente incumben al órgano jurisdiccional de instancia.

Litisconsorcio pasivo necesario. El artículo 8.^o de la Ley de Policía de Ferrocarriles y el artículo 10 de los Decretos-Leyes Orgánicos de Renfe de 1962 y 1964, no suponen que el Estado o la Administración Pública deban ser demandados en este caso, pues tales preceptos lo único que previenen es una normativa genérica de exigencia de adecuadas medidas de seguridad en el tráfico ferroviario por parte de Renfe, que a ésta incumbe exclusivamente adaptar a la realidad, en logro de una exacta efectividad; y si ésta no se alcanza con las medidas reglamentarias que le vienen legalmente impuestas, el ordenamiento le exige adoptar las garantías precisas para prever y evitar los daños previsibles y evitables, cual el objeto de «litis», al revelarse la insuficiencia de las disposiciones legales, faltando algo por prevenir y no hallándose, por tanto, completa la diligencia. (Sentencia 11 enero 1979; no ha lugar.)

22. *Culpa extracontractual. Muerte por electrocución. Pluralidad de responsables. Nexo causal unitario y decisivo. Solidaridad.* La condena solidaria de ambas empresas, la que efectuó la reparación y la dueña del transformador reparado, por los daños causados al morir electrocutado uno de los obreros que efectuaba la operación, se basa en dos tipos de razones: a) Falta de prueba por ninguna de las dos demandadas, de a quien de las mismas, o de sus respectivos técnicos correspondía dejar el transformador en las debidas condiciones de ausencia de corriente y aislamiento necesario, para que con toda tranquilidad y sin riesgo alguno, los operarios—uno de ellos el fallecido—pudieran efectuar su cometido; así como también falta de prueba de que por ambas empresas se habían agotado todas las diligencias posibles y medidas de seguridad necesarias para que no se produjera el evento, y b) aunque la sentencia declara que las medidas adoptadas por una y otra empresa pudieran resultar suficientes para que se realizara normalmente la reparación del transformador, éstas no lo fueron en tal ámbito necesario para que el evento no se llegara a producir, como se produjo, y a ambas les faltó el tomar aquellas precauciones necesarias para evitarlo, in-

cluso, aún más, que no vigilaron como les correspondía; la casa encargada de la reparación, el que el transformador estuviera lo suficientemente aislado de todo influjo posible de corriente eléctrica en seguridad de sus propios operarios, y la otra, en no asegurarse que la labor de soldadura no entrañaba, como entrañó, la posibilidad de que se produjera una corriente de retorno, la que hizo posible el aciago resultado; o, por lo menos, es de presumir, con el respaldo de toda buena lógica, casi con certeza que llega a la evidencia, que tal operación de soldadura fue la que, unida a las otras con causas, hizo posible de forma inmediata que ocurriera la electrocución del esposo de la actora, por lo que concurren en las dos demandadas los requisitos necesarios para apreciar su culpa o negligencia, con nexo causal unitario y decisivo para producir íntegramente el evento dañoso. (Sentencia 16 noviembre 1978; no ha lugar.)

NOTA: La condena de ambas empresas demandadas se basa en la falta de prueba de cuál fue la verdadera causa de la muerte por electrocución del obrero, así como una conducta negligente de ambas apreciada según la doctrina jurisprudencial progresiva que deduce o presume la negligencia por el hecho de haberse producido el accidente. Pueden verse en este caso una dualidad de acciones y omisiones negligentes, distintas entre sí y procedentes de distintos sujetos que obran con independencia (V. LACRUZ, *Elementos*, II-1, p. 225). La S. no hace una especial distribución de responsabilidad entre ambas, por lo cual, en las relaciones internas, aquéllas se repartirán por igual. La solución parece, al menos, equitativa, e inspirada en razones prácticas de tutela de la víctima del accidente (así GULLÓN, *Curso*, p. 491).

(G. G. C.)

23. *Culpa extracontractual. Ruina de edificio por derribo de casa colindante. Daños morales. Doctrina general.* Se ejercita la acción del artículo 1.902 por los perjuicios que fueron ocasionados a los actores al perder los locales y las viviendas que ocupaban en el inmueble en parte derrumbado, a consecuencia de las obras de vaciado que se estaban haciendo en un solar colindante para construir en él una nueva edificación, y al quedar firmes en casación los hechos declarados probados sobre cuantía de los daños morales ocasionados a los actores, el Tribunal *a quo*, lejos de dar a la doctrina jurisprudencial una orientación peligrosa siempre, y más peligrosa aún cuando se trata de reparar daños morales, de nada fácil apreciación cualitativa y cuantitativamente, ha hecho prudente uso de sus facultades, y creyendo con razón que la condena en dinero tiene tanto de punitiva como de compensatoria, la ha pronunciado en términos de evidente justicia y de acusada prudencia (SS. de 21 enero 1957, 18 febrero 1967, 30 octubre 1971 y 14 mayo 1973), como aquí sucede, por lo que hay que admitir son correctas las indemnizaciones que fija, sin olvidar que el paso del tiempo les va mermando efectividad práctica.

Compensación. Requisitos. La compensación es de la apreciación exclusiva del Juzgador de instancia, y el pago abreviado que supone procede cuando existe una relación económica entre dos personas, recíprocamente deudoras y acreedoras, y las cantidades que la integran consisten en dinero, están vencidas, y son líquidas y exigibles.

Solidaridad entre los responsables. Congruencia. No es necesaria para la congruencia que se emplee la palabra solidaridad o cualquier otro vocablo de ella derivado, sino que debe admitirse cuando sea conforme a la intención de los actores la condena solidaria de los demandados al solicitar sentencia condenando a los cuatro demandados o a alguno de ellos al pago de las cantidades reclamadas en concepto de los perjuicios ocasionados, cuando verdaderamente la responsabilidad es legal. (Sentencia 23 octubre 1978; no ha lugar.)

NOTA: No constituye novedad la declaración de la indemnizabilidad del daño moral o *preium doloris*, respecto de lo cual la doctrina jurisprudencial es muy reiterada. Faltan en la S., sin embargo, los elementos fácticos de los que el Juzgador de instancia ha deducido la existencia del mismo, limitándose el T. S. a hacer declaraciones de tipo muy general para ratificar la decisión de la Audiencia. Llama la atención la alusión general a la pérdida de valor de la moneda como factor que, con el paso del tiempo, va mermando efectividad práctica a tal indemnización. Ahora bien, tal consideración, ¿no resulta igualmente aplicable a cualquier tipo de reclamación judicial de sumas de dinero? En el presente caso, entre las obras de derribo y la S. del T. S. transcurren nueve años, y la cuantía de las indemnizaciones por todos los conceptos a inquilinos y arrendatarios eran sumamente moderadas. Un estudio reciente sobre los criterios judiciales de estimación puede verse en GARCÍA SERRANO, *El daño moral extracontractual en la jurisprudencia civil*, ADC., 1972, p. 841 ss.

Un interesante estudio comparativo sobre el tema en SCHWARTZ, *Cuestiones actuales del daño moral en los Derechos español y alemán*, ADC., 1974, espec. p. 345 s. y 351 ss.

Tampoco hay novedad en orden al carácter solidario de este tipo de responsabilidad. Mantiene su criterio opuesto ALEALADEO, *Derecho civil*, II 22, página 445 s. Posición hoy minoritaria en nuestra doctrina (v. CASTÁN, III, 12 ed., a cargo de García Cantero, 1978, p. 134, nota 1).

(G. G. C.)

24. Responsabilidad por daños en Navarra. No puede prevalecer el motivo que denuncia violación de la Ley 488, párrafo 2º del Fuero Nuevo o Compilación del Derecho Privado Foral de Navarra, pues tal precepto, que tanta analogía guarda con la norma del artículo 1.902 del C. c., precisamente impone la obligación de indemnizar «según las circunstancias de cada caso» el daño causado por negligencia, y tanto la resolución del Juzgado como la de alzada entiende, tras una minuciosa ponderación de los elementos probatorios, que cualesquiera que fuesen las deficiencias que en su aspecto o estructura presentaba la casa del demandante, el grave menoscabo sufrido con su parcial derrumbamiento es imputable como causa eficiente a la acción imprudente del demandado, que «no se condujo con la necesaria diligencia para evitar la producción del daño denunciado», categórica declaración del Tribunal sentenciador que no ha sido combatida por la única vía utilizable para impugnar las afirmaciones fácticas.

Litis consorcio pasivo necesario. El litis consorcio pasivo necesario tiene su fundamento en el derecho material, que al disciplinar determinadas relaciones jurídicas con pluralidad de intereses impone la concurrencia de todos ellos en el debate para que el derecho pueda ser declarado con eficacia, pues en otro caso se consumiría estérilmente la actividad jurisdic-

cional y se llegaría a una decisión *inutiliter nata*, situación que claramente no es la de autos, pues el pronunciamiento de condena en ningún aspecto alcanza al propietario del piso inferior, antes bien, atendido por el demandante el total importe de la reparación del edificio en la cuantía que reclamó, la sentencia pronunciada en primera instancia detrae la parte correspondiente al posible crédito de aquel tercero contra el demandado y recurrente, con lo que es evidente que la reducción en el monto a quien afecta es, por el contrario, al actor reclamante.

Acto de conciliación. Fuerza vinculante. Cuestión nueva. Al invocar la no aplicación del artículo 1.218 del C. c., en su relación con el 476 de la LEC y aludir a la fuerza vinculante de lo convenido en acto de conciliación, el recurrente plantea un tema nuevo y al margen de lo debatido en el proceso, contraviniendo lo dispuesto en el artículo 1.729, 5º, de la Ley Rituaria, que en esta fase determina la desestimación.

Acto de conciliación. Renuncia a la Acción de resarcimiento. El acuerdo de voluntad reflejado en el acto de conciliación aviniéndose el demandado «a consentir la construcción de la pared medianera», en manera alguna permite la racional deducción de que el demandante hizo renuncia a las acciones de resarcimiento por la conducta culposa del propietario lindante, dejación unilateral y abdicativa de la titularidad de un derecho que habrá de ser clara, precisa y terminante, sin que sea permitido inferirla de actos o expresiones de dudosa significación, según reiteradas declaraciones jurisprudenciales. (Sentencia 22 abril 1978; no ha lugar.)

Derechos reales

1. Accesión invertida. Requisitos. Según doctrina jurisprudencial establecida, para la estimación de la llamada accesión invertida, que determina la incorporación del suelo a lo edificado, se requiere la concurrencia de los requisitos siguientes, a saber: a) que quien la pretenda sea titular dominical de lo edificado; b) que el edificio se haya construido en suelo que en parte pertenece al edificador y en parte es de propiedad ajena; c) que las dos partes del suelo formen con el edificio un todo indivisible; d) que el edificio unido al suelo del edificador tenga una importancia y valor que excedan a los del suelo invadido; e) que el edificador haya procedido de buena fe, esto es, ignorando que parte del suelo sobre el que ha construido no le pertenece.

Mala fe. Cuestión de hecho. La mala fe, como cuestión de hecho, requiere la declaración previa de su existencia, y, es lo cierto, que la sentencia recurrida no sólo no contiene tal declaración, sino que hace la declaración contraria, pues al afirmar que no pueden ampararse los demandados, como pretenden, en el párrafo 2º del artículo 364 C. c., está proclamando que no ha habido mala fe por parte del causante de la actora.

Obligaciones entre coherederos. Administración de cosa común. No se puede confundir el derecho que concede a los herederos el artículo 1.063 del C. c. con las obligaciones inherentes a una administración del patrimonio indiviso. (Sentencia 6 mayo 1978; ha lugar.)

2. *Accesión invertida. Construcción en suelo parcialmente ajeno. Principio jurídico «lo accesorio sigue a lo principal». Valor superior de lo edificado.* En caso de accesión por edificación en suelo ajeno hay que distinguir entre que la construcción lo haya sido totalmente en suelo ajeno o que edificando en el propio lo edificado haya invadido en parte terreno ajeno, ya que en este último caso si se edificó con buena fe y lo edificado, como en el caso presente, es un inmueble indivisible de por sí y de valor muy superior al terreno invadido (ochenta y un metros cuadrados), ha de ser aplicado el principio de derecho de que *lo accesorio cede a lo principal* y al no haberlo estimado así la Sala de instancia aplicando al caso lo dispuesto en el artículo 361 del C. c., cuando lo procedente era la estimación de que concurría *la accesión invertida* como establecen numerosas sentencias de esta Sala, ha violado por no aplicación el principio de derecho de que *lo accesorio sigue a lo principal* y la doctrina jurisprudencial citada, y ha aplicado indebidamente el citado artículo 361 del C. c. (Sentencia 3 marzo 1978; ha lugar.)

Acciones relativas al dominio. Reivindicatoria y deslinde. No cabe confundir la acción reivindicatoria con la derivada de un contrato de compraventa perfeccionado mediante documento privado, solicitando su consumación con la entrega puesta en posesión de una parcela que ha de segregarse de otra, previo deslinde y amojonamiento.

Incongruencia. Para que exista incongruencia, la contradicción ha de resultar de los términos del fallo, de forma tal que suscite dudas su ejecución ante la realidad antagónica de sus términos. (Sentencia 12 junio 1978; no ha lugar.)

4. *Acción reivindicatoria ejercitada por el Estado. Bienes inmuebles vacantes. Castillo en ruinas. Aplicación de la Ley de Mostrencos.* No hay constancia de que, hasta que lo hacen figurar como de su propiedad los hoy concurrentes, en 1960, el castillo o sus ruinas hubieran sido del dominio particular, lo que evidencia que antes de esa fecha fue un bien inmueble vacante o sin dueño conocido, que indefectiblemente quedó afectado por la denominada Ley de Mostrencos de 9 mayo 1835, que, además del genérico derecho de propiedad, atribuía la facultad de apropiación (art. 3.^º) mediante el ejercicio de la acción reivindicatoria con arreglo a las leyes comunes (art. 4.^º) y con la carga de la prueba de que el poseedor o detentador no era el verdadero propietario (art. 6.^º).

Ley de Patrimonio del Estado. La normativa de la Ley de Mostrencos fue sustancialmente seguida por la vigente Ley de Patrimonio del Estado, texto articulado de 15 abril 1964, que después de declarar en el artículo 21 que «pertenecen al Estado, como bienes patrimoniales, los inmuebles vacantes y sin dueño conocido», añade el artículo 22 que «también corresponden al Estado los bienes inmuebles detentados o poseídos sin título por entidades o particulares, pudiendo reivindicarlos con arreglo a las leyes», que no son contrapuestos, ni mucho menos contradictorios, pues el primero sienta el principio general de la pertenencia en favor del Estado respecto

de los bienes que están vacantes de hecho y de derecho, y en el segundo se hace aplicación del mismo al supuesto de vacancia solamente jurídica, o sea, de que existan meros detentadores o poseedores, teniendo la acción reivindicatoria como título la ley que atribuye la propiedad (art. 21).

Falta de título en los poseedores actuales. Frente al título que presenta el Estado, los poseedores actuales ofrecen uno, a todas luces insuficientes, puesto que el castillo objeto de la reivindicación no figura en el título originario de que trae causa su situación, que fue la escritura pública de subasta por débitos a la Hacienda, escritura en que no se menciona el castillo, simplemente porque no está ubicado en dicha parcela, sino en otra, por lo que, cuando en las dos ventas posteriores se dice que «dentro de la finca existen las ruinas de un antiguo castillo», se comete una doble inexactitud, fáctica y jurídica, que quita todo valor al título alegado por los actuales recurrentes.

Inexistencia de usucaption extraordinaria. Al carecer de buena fe sólo es posible alegar la usucapión extraordinaria, cuyo plazo de treinta años no ha transcurrido desde que tuvo origen la situación inicial.

Litisconsorcio pasivo necesario. Facultad de los Tribunales. Si bien es cierto que, dado su carácter público, puede ser estimado de oficio, ello constituye una facultad de los mismos a los que no se puede compelir a rectificar una decisión anterior consentida por las partes, en sentido negativo, cuando no se aducen nuevos hechos ni argumentos jurídicos que respalden la pretensión, con los que no pueden equipararse las hipotéticas consecuencias de una imaginaria accesión de que habla la parte recurrente, en relación con la parcela en que se halla ubicado el castillo, cuya propietaria fue ajena al presente pleito. (Sentencia 25 junio 1978; no ha lugar.)

NOTA: Nada que oponer a la decisión de fondo, ya que los demandados carecen de todo título, arrancando su posesión de una arbitraria autoatribución de la propiedad sobre las ruinas del castillo en litigio. Sí parece que algunas afirmaciones *obiter dictum* de la sentencia merecen ser puntualizadas.

Nada obsta a que se estime adquirido por el Estado el castillo en cuestión durante la vigencia indiscutida de la Ley de Mostrencos, es decir, hasta la entrada en vigor del Código civil, pero no consta que se ejercitaran a su tiempo las acciones que, con diversa terminología, contemplan los artículos 4.^º, 5.^º y 6.^º de dicha Ley.

Esta sentencia toma partido sobre un tema que dividió a la doctrina hasta la promulgación de la Ley de 1964: A favor de la posibilidad de ocupación de inmuebles vacantes por los particulares se pronunciaron Manresa, Valverde, Traviesas, Anotadores de Ennecerus, Espín y últimamente Albaladejo (aunque estima inutil la discusión). En contra: Mucius Scaevola, Castán, Cossío, Gullón, Oliva, Borrachero, Latour Brotóns, Borrell y Soler. Por mi parte me he pronunciado en otro lugar: *La adquisición de inmuebles vacantes por el Estado*, en R. A. P., 1965, p. 9 ss. esp. p. 22. El 4.^º Considerando de la S. anotada dice que la facultad de apropiación del Estado «amparada en aquella atribución, continuó existiendo legalmente después de la publicación del Código civil en 1889, sea cual fuere la opinión que se acepte acerca de la compatibilidad de éste con dicha Ley de Mostrencos, pues aun admitiendo la posibilidad de que los inmuebles vacantes puedan ser poseídos por particulares, ello sería mientras que el Estado no ejercite la acción reivindicatoria que había de prosperar siempre que aquéllos carezcan de título bastante en Derecho, o no acrediten

haber transcurrido el tiempo necesario para adquirir por usucapión, al modo como ya dijo este Tribunal Supremo en las SS. de 18 diciembre 1928 y 12 noviembre 1956». Esta afirmación jurisprudencial, que, como dije, es *obiter*, ya que la demanda del Estado se interpone después de entrada en vigor la Ley de 1964, es buen ejemplo de jurisprudencia «aclaradora» o «interpretadora» de sí misma, puesto que la que cita, especialmente la S. de 1956, es notoriamente ambigua (v. mi trabajo cit. p. 29 ss.), en su expresión, aunque latifa en ella la doctrina que ahora, publicada la nueva normativa, se declara sin vacilación ni incertidumbre.

En cuanto a otros aspectos de la problemática de la adquisición de los inmuebles vacantes por el Estado, la S. afirma que el título alegado por el Estado en su calidad de actor-reivindicante es la ley, con la posibilidad que permite el artículo 609, 2, C. c., lo que no constituye novedad, sin que se profundice en una de las cuestiones más debatidas por la doctrina, la de si la adquisición es automática o requiere el ejercicio de una acción. Véase el *status quaestionis* en CASTÁN, II-1.^a, 11 ed. a cargo de García Cantero, página 288 s.

(G. G. C.)

5. Reivindicación de monte en Navarra. Aprovechamientos forestales. Helechal. Firmes en casación los hechos declarados probados en la instancia relativos a que las fincas reclamadas forman parte de un monte incluido e inscrito a nombre del pueblo de Goizueta en el Catálogo de Montes de Utilidad Pública y en el Registro de la Propiedad, inclusión e inscripción llevadas a cabo sin oposición por parte de nadie, que indica por sí solas una posición firme que únicamente podría desvirtuar una titulación perfecta del dominio que los actores no tienen, pues lejos de esto aparece de las propias escrituras presentadas por ellos que su derecho se limitaba a un mero aprovechamiento del helechal, no conceptuándose dueños del terreno ni de las demás utilidades forestales que éste comprendía, los recurrentes hacen supuesto de la cuestión, intentando hacer una interpretación subjetiva de la denominación de «helechal», sin citar siquiera las normas hermenéuticas que figuran en el núm. 1.^º del vigente art. 3.^º del C. c. ni acomodarse a sus normas, ni hacer tampoco alusión a las del núm. 6.^º del art. 1.^º del propio Código, caracterizadora de la jurisprudencia como «doctrina que de modo reiterado establezca el Tribunal Supremo al interpretar y aplicar la Ley, la costumbre y los principios generales del Derecho», que tampoco se da en el presente caso.

Buena fe. Su inexistencia en caso de ostensible contradicción entre las realidades extrarregional y registral. Es inadmisible aceptar la buena fe de quien adquiere con una manifiesta inexactitud registral, que por ser ostensible no podía ser desconocida, como era da adquisición según la titulación y el Registro de una borda y una choza con su helechal alrededor, siendo así que, en la realidad, de la borda y de la choza quedaban ruinas y el helechal era en la mayor parte de su superficie un hayado. (Sentencia 24 abril 1978; no ha lugar.)

6. Legitimación registral. Datos físicos de las fincas. La inscripción registral sólo asegura la integridad jurídica de la finca, pero no los detalles físicos de la misma como la superficie.

Retracto de colindantes. Cabida. Firme en casación la declaración de

hecho de la Sala sentenciadora de que la superficie real de la finca retraída es de 1.965 metros cuadrados, queda sin la necesaria base «de facto» el motivo primero que denuncia la aplicación indebida del artículo 1.523 C. c., haciendo supuesto de la cuestión contra la apreciación probatoria del Tribunal «a quo», que ha de prevalecer.

Incongruencia. Para impugnar el fallo alegando vicio de incongruencia ha de citarse el artículo 359 LEC, precepto de naturaleza sustantiva a efectos de casación y el concepto en que haya sido cometida la infracción denunciada.

Error de hecho. Documento auténtico. No puede prosperar el motivo que, fundado en el número 7.º del artículo 1.692 LEC invoca error de hecho en la apreciación de las pruebas, por no tener el carácter de documentos auténticos a efectos de este recurso extraordinario los básicos que han sido objeto de examen e interpretación por el Tribunal «a quo», como son las escrituras públicas deducidas. (Sentencia 30 junio 1978; no ha lugar.)

7. *Retracto de colindantes. Plazo cómputo y caracteres.* Según jurisprudencia que por lo reiterada y conocida de todos resulta ociosa citar, el artículo 1.524 del C. c., posterior a la LEC, ha derogado el artículo 1.618 de la misma, en cuanto se refiere al plazo para ejercitarse la acción de retracto, por lo que desde la promulgación del Código sustantivo el término de nueve días se contará solamente desde la fecha de inscripción de la venta de la finca en el Registro de la Propiedad o, si no fuere inscrita, desde el día en que el retrayente hubiese tenido noticia de dicha compraventa, y como la sentencia impugnada declara que el demandante tuvo conocimiento de la venta que no fue inscrita en el Registro, el 7 de enero de 1976, al interponer la demanda el día 15 del propio mes, es visto que no habían transcurrido los nueve días que, como plazo fatal, improrrogable y de caducidad, señala el referido artículo 1.524 del C. c.

Acción de retracto. Requisitos para su ejercicio. Transmisión de la posesión. El ejercicio de toda acción de retracto viene condicionado a que el contrato por el que onerosamente se transmita la propiedad de la finca, haya sido consumado, y así lo tiene declarado la reiterada jurisprudencia de esta Sala, al decir que la acción de retracto nace, dada su naturaleza real, en el momento en que el adquirente de la finca entra en posesión de la misma mediante su entrega real o simbólica, pues hasta entonces no se lesionaría el preferente derecho del que la retrae.

Acción de retracto. Transmisión de la posesión. Documento privado y escritura pública. Precio. En el caso objeto de este recurso, la exigencia antedicha aparece plenamente cumplida, por cuanto si la escritura pública de compraventa—tradición simbólica según el artículo 1.462 del C. c. se otorgó en 23 de diciembre de 1975, la demanda no se presentó hasta el 15 de enero de 1976, sin que, por otra parte, ello suponga, como el recurrente pretende, que la subrogación del retrayente haya de producirse en las mismas condiciones que en dicha escritura constan, pues la resolución impugnada declara que el retracto se ejercitó con base en el contrato privado de 23 de octubre de 1975, y que el objeto del otorgamiento de mencionado

instrumento público no fue otro que el de constatar la voluntad de transmisión dominical a favor del comprador y la entrega simbólica de la finca, conforme al citado artículo 1.462, pero siendo el precio verdadero el estipulado en el primer contrato, el cual establece una presunción legal que determina la fecha de entrega en los casos de compraventa de un inmueble, pero que no obsta a que tal puesta en posesión en que dicha entrega consiste se haya anteriormente producido. (Sentencia 20 febrero 1978; no ha lugar.)

8. *Propiedad horizontal. Personalidad del presidente de la comunidad. Representación y nombramiento.* El presidente de la Comunidad de Propietarios, al que incumbe la representación en los términos previstos por el artículo 12 de la Ley de 21 de julio de 1960 como portavoz de la voluntad plural formada a través de la correspondiente deliberación de la Junta, que es el «órgano rector colectivo» y soberano en el funcionamiento del régimen de la propiedad horizontal, representación legal y orgánica ejercida *sub especie communitatis*, viene sometido en su nombramiento al criterio de mayorías por aplicación del artículo 16, norma 2.^a, y salvo que en los Estatutos se disponga otra cosa, se entenderá hecho por un año, prorrogable tácitamente por períodos iguales, conforme a lo dispuesto en el párrafo 4.^º de aquel precepto.

Pago de gastos. Carácter de la obligación. De la contienda objeto del presente recurso, lo que se deduce sin margen de duda racional es el decidido propósito del demandado, ahora recurrente, de inobservar con fútiles pretextos la obligación *ob rem* que con enérgicas consecuencias de afectación real le impone el legislador, de contribuir a los gastos generales y servicios recibidos.

Requerimiento de pago hecho en acto de conciliación. Gastos posteriores. No puede el motivo fundado en la interpretación errónea del artículo 20 de la LPH, consistente en la divergencia observada entre la cantidad cuyo pago fue reclamado en el acto conciliatorio, y la suma superior a que se contrae la acción de condena en definitiva entablada, porque una vez desoída la formal conminación e insistiendo el deudor en su voluntad rebelde al cumplimiento, el presupuesto de admisibilidad del recurso habrá de entenderlo acatado también en cuanto a los gastos posteriormente devengados y no satisfechos, pues así lo imponen la *ratio legis* y consideraciones de lógica cuando se trata de prestaciones de trato sucesivo y realización periódica, dimanantes del mismo título. (Sentencia 14 febrero 1978; no ha lugar.)

9. *Propiedad horizontal. Arriendo de piso con destino prohibido en los Estatutos.* Si el arriendo se concertó con la finalidad de que el ocupante del piso sobre que recaía, lo utilizase para desempeñar una actividad no permitida en los estatutos de la Comunidad de propietarios, incurriendo con ello en la prohibición del artículo 7, 3.^º de la Ley de Propiedad Horizontal, debió prosperar la acción ejercitada. Si en los Estatutos se dice que los pisos habrán de dedicarse a vivienda, en tal concepto no pueden entenderse comprendidas las oficinas, sin que a ello quepa oponer el artículo 10

de la LAU de 1947, ya que la ficción establecida en el mismo de reputar vivienda a determinadas oficinas no altera la naturaleza de las cosas y la equiparación se hace sólo a los efectos previstos en la LAU. (Sentencia 28 abril 1978; ha lugar.)

NOTA: En la Sentencia del T. S. se dice que la tesis se refuerza por el hecho de que todos los pisos del inmueble se dedicaron siempre a viviendas, excepto uno, que, previa autorización de la Junta de copropietarios, se destinó a oficina, autorización que, en cambio, fue negada en el supuesto de la sentencia de referencia; este argumento no parece nada sólido, antes bien, habría que atribuirle una virtualidad contraria. Parece muy peligroso el criterio de erigir al capricho de las comunidades de propietarios en determinante de tan graves restricciones en las facultades de propietarios y en todo caso parece aconsejable una nueva normativa que robustezca los derechos de los mismos en orden al destino a dar a las distintas piezas de propiedad horizontal y limite severamente el juego de las prohibiciones estatutarias. Debe señalarse que en el caso al que se refiere la Sentencia, tanto las resoluciones del Juzgado de Primera Instancia como las de la Audiencia fueron desestimatorias de la demanda.

(J. P. R.)

10. *Comunidad hidráulica canaria. Mandato y estatutos de comunidad.* La norma que obliga a todo mandatario a dar cuenta de sus operaciones y devolver al mandante cuanto haya recibido en virtud del mandato, aun cuando lo recibido no se debiera al segundo, no tiene aplicación a una comunidad que, además, tiene regulado por los estatutos que la rige, el control de sus operaciones, la rendición de cuentas y las facultades de los miembros, a estos respectos, que la forman. (Sentencia 26 mayo 1978; no ha lugar.)

10. bis. *Pared medianera en Cataluña. Naturaleza del derecho de los titulares.* Al atribuir la Sentencia recurrida el carácter de medianera a la pared controvertida y al autorizar al actor a proseguir la ejecución de la obra que venía realizando con apoyo de ella, previo pago de la mitad de su valor a la propietaria del edificio contiguo, reconoció la existencia de este tipo de servidumbre (art. 571 del C. c.), mancomunidad (art. 579) o *communio pro indiviso* en el dominio y disfrute de dicha pared, distinta de la regulada en los artículos 392 y concordantes del Código mencionado, aplicó correctamente, no sólo los párrafos primeros de los artículos que el motivo se dicen transgredidos, sino incluso los de la legislación Catalana que sirvieron de precedente al artículo 288 de la vigente Compilación.

Pared medianera. Signos externos. Cuestión de hecho. La existencia o inexistencia de una pared de signos contrarios a la medianería, constituye una cuestión de hecho, que por ser de la libre apreciación de los Tribunales de instancia, no puede censurarse en esta clase de recursos.

Pared medianera. Obras de refuerzo. La circunstancia de que en la parte dispositiva de la sentencia que se combate, se declare que, por ser el muro litigioso insuficiente para soportar la carga de los dos edificios, debe procederse a realizar en él, a expensa de ambos propietarios, las obras de refuerzo, reconstrucción y cimentación que técnicamente resulten precisas, no altera la naturaleza jurídica asignada a dicha pared por el Tribunal

a quo, ni priva al actor de la facultad que le concede el párrafo 1.^o del artículo 285 de la Compilación Catalana, por tratarse de un derecho de carácter forzoso del Ordenamiento Jurídico Catalán, sin que sea obstáculo a todo ello el hecho de que se haya condenado al actor a satisfacer a la demandada la indemnización que proceda por los posibles daños que puedan ocasionarse en su inmueble como consecuencia de la terminación de las obras, que originan este proceso, puesto que con ello, en la sentencia no se hizo más que dar cumplimiento a lo prevenido en el artículo 577 del C. c. y doctrina sentada en la Sentencia de esta Sala de 22 de noviembre de 1889. (Sentencia 11 mayo 1978; no ha lugar.)

11. *Litis consorcio pasivo necesario. Legitimación procesal. Interés actual en el proceso.* Siendo la esencia vitalizante del litis consorcio pasivo el evitar la existencia de pronunciamientos declarativos y condenatorios en que puedan resultar implicados terceros no llamados al proceso, y a los que en su virtud no les afectaría el principio de cosa juzgada, ese evento no se da cuando aquellos pronunciamientos no se producen y desprové por tanto de contenido obstativo a la objeción formulada por dicha causa; por otra parte, lo que indudablemente legítima para intervenir en un procedimiento civil es el interés actual, y éste en manera alguna puede ser apreciado en quien dejó de tenerlo por haber sustituido a otro en él, que de aquél trae causa.

Incongruencia. No puede el juzgador incidir en el vicio de incongruencia, aun cuando utilice en sus resoluciones razonamientos jurídicos distintos de los por ella aducidos, en ortodoxa aplicación de los principios de Derecho «iusta allegata et probata» y «iura novit curia», dado que el concepto de incongruencia procesal, se reduce en su expresión más sencilla a la discrepancia o falta de adecuación que resulte entre las pretensiones deducidas por las parte, con más su razón de pedir, y la resolución acordada por el órgano jurisdiccional de instancia.

Servidumbre voluntaria. Título. Valor de la escritura. Libertad de forma. El título revelador de servidumbre voluntaria no requiere forzosamente el otorgamiento de escritura pública, al no existir precepto legal que expresamente lo exija, puesto que, las bases adoptadas al respecto en el vigente Código civil español, en orden a la contratación, se manifiestan por la aplicación del principio de libertad de forma para la celebración válida de los contratos, siempre que concurran las condiciones esenciales de consentimiento, objeto y causa requeridas por el artículo 1.261 del referido Cuerpo legal sustantivo, en razón a la aplicación del principio espiritualista consagrado en los artículos 1.254 y 1.258 del mismo ordenamiento jurídico civil, que en el supuesto de que la ley no exija forma especial para ciertos contratos conduce a que la ausencia de escritura pública no afecte a la validez de éstos, según tiene reconocido este Tribunal al proclamar que el artículo 1.279 en relación con el 1.280 consigna una facultad y no una obligación, a favor de ambos contratantes.

Servidumbre voluntaria. Título. Valor de la escritura. Al decir la Sentencia de esta Sala de 2 de junio de 1969 que las servidumbres, de cualquier

clase que sean, pueden adquirirse en nuestro Derecho en virtud de título (artículos 537 y 538 del C. c.), entendiéndose por tal todo acto jurídico, bien sea oneroso o gratuito, «inter vivos» o de última voluntad, cuya forma ha de estar en relación con la naturaleza del acto, por lo que si se trata de un contrato, será necesario el otorgamiento de escritura pública, aunque no en concepto de requisito que afecte a su validez (art. 1.280, 1.º, en relación con los 1.278 y 1.279), dicha resolución, en contra de lo apreciado por los recurrentes, está poniendo de manifiesto que el cumplimiento de esa formalidad documentada no es precisa para que el contrato venga provisto de eficacia legal, y especialmente que no afecte al vínculo de las partes, ni por tanto a la obligación considerada estrictamente con relación entre las partes, aunque sí pueda afectar a otras consecuencias que el desarrollo de las obligaciones puedan tener en el orden jurídico, y a los efectos contra terceros y del Registro de la Propiedad.

Obras necesarias. Limitación urbanística de la propiedad. Abuso de derecho. La solución estimatoria en primera instancia de las pretensiones de los actores, conducente a la declaración de su derecho a impermeabilizar y solapar las cubiertas de los locales comerciales construidos sobre sus parcelas y las de los demandados, condenando a éstos a dejar hacer tales obras, no con fundamentación contraída a servidumbre voluntaria, sino por apreciar estar en presencia de una obra necesaria, ante una consecuencia natural de la construcción, que permite calificarla más de limitación del contenido normal de la propiedad que de una auténtica servidumbre real, y como una solución técnica, exigida por la concepción social de la propiedad urbanística, cuya desvirtuación implicaría abuso de derecho, impiden, en todo caso, la apreciación de violación de los preceptos señalados en el motivo tercero de este recurso. (Sentencia 10 abril 1978; no ha lugar.)

4. Derecho de familia

1. *Adopción. Disposición transitoria de la Ley de 4 de Julio de 1970.* La alegada violación por inaplicación de dicha disposición transitoria, por entender que la misma crea una situación jurídica retroactiva que no puede desconocerse, olvida el expreso y concluyente mandato del artículo 3.º del Código civil y la constante y uniforme doctrina jurisprudencial interpretativa de este precepto legal.

Derecho sucesorio. Ley aplicable. Es la normativa contenida en la Ley de 24 de abril de 1958, y no en la Ley de 1970, pues se trata de una adopción otorgada en escritura pública de 26 de febrero de 1969 por el recurrente y su esposa, habiendo fallecido ésta en 7 de abril de 1970 y habiéndose pactado en la escritura que ambos cónyuges instituían a la niña adoptada heredera en una tercera parte de sus bienes, de lo que se deduce que la adopción agotó sus efectos con relación a la adoptante en la fecha de la muerte de ésta, en cuyo momento se abrió su sucesión intestada, siendo la madre la única heredera legítima, ante la ausencia de descendientes legítimos, y por tanto ha de sucederle en los dos tercios de la herencia, dado que del otro tercio había dispuesto en favor de la adoptada.

Interpretación de la disposición transitoria de la Ley de 4 de julio de 1970. De sus propios términos claramente se advierte que no contiene norma imperativa alguna con relación a las adopciones anteriores, sino solamente una facultad o autorización para que los interesados puedan expresar su voluntad de acogerse a la nueva normativa, y esta expresión de voluntad no se ha dado, ni pudo darse en este caso, por el fallecimiento de la adoptante con anterioridad a la promulgación de la referida Ley de 4 de Julio de 1970. (Sentencia 22 diciembre 1978; no ha lugar.)

2. *Reconocimiento de filiación natural en acta sacramental de matrimonio canónico «in articulo mortis», no firmada por el padre que reconoce.* Con precedente en la Sentencia de 11 de abril de 1895, el artículo 185 del Reglamento del Registro Civil afirma la aptitud como documento público de reconocimiento del acta canónica de celebración del matrimonio de los padres, y de consiguiente habrá de serlo también la forma extraordinaria «urgente mortis periculio», de suerte que la función autenticadora del matrimonio se extiende como complementaria al reconocimiento de la filiación natural habida antes por los padres.

Fundamento del artículo 185 Reglamento Registro Civil. Se halla según señala la doctrina, en la circunstancia de que a diferencia de lo que ocurre con el bautismo, el matrimonio canónico tiene trascendencia inmediata en la esfera civil, con plenitud de significado desde su celebración, y todo lo concerniente a la filiación natural es materia intimamente ligada al hecho mismo de las nupcias, con efectos en orden a la legitimación de los hijos.

Falta de la firma del que reconoce. Disciplinado el matrimonio canónico en cuanto ataña a su validez y constitución y, en general, a su reglamentación jurídica por las disposiciones de la Iglesia Católica, es de tener presente que ninguna norma impone como integrante de la forma jurídica sustancial del matrimonio la firma de los contrayentes, y es claro que los requisitos formales del acta no se alteran, para añadirle otro, cuando se produce el reconocimiento de la prole.

Falta de la firma del que reconoce. En el ordenamiento positivo vigente la firma del declarante no es requisito constitutivo de la declaración de voluntad, ni siquiera tratándose del reconocimiento voluntario de la filiación natural en documento público, y lo mismo ocurre en el campo de la legislación canónica.

Interpretación de los preceptos sobre filiación. Como acontecía en la Ley XI de Toro, la nueva legislación del Registro Civil, y también las Compilaciones de Cataluña y de Navarra, siguen unas pautas más generosas que el Código civil para la fijación del vínculo de la filiación natural, inspirándose en la obligación moral que a todo progenitor alcanza de dar nombre y amparo a sus hijos, según declaró la Resolución de 8 de octubre de 1964, de modo que no debe ser agravada la posición del hijo ilegítimo aplicando a su estatuto jurídico una rigurosidad que la reglamentación operante no impone.

Interpretación sociológica. Este procedimiento hermenéutico, recogido hoy por el párrafo 1º del artículo 3º del Código civil, rechaza la utilización de criterios y orientaciones que por su severidad responden a otro contexto

histórico, cuando es evidente que tanto en el Derecho patrio (legislación del Registro Civil y declaraciones programáticas del artículo 39 del Proyecto constitucional) como en el Derecho comparado actual, la directriz en este punto se inspira en el propósito de facilitar la fijación del «status filiationis».

Valor probatorio del acta del matrimonio. Sería anómalo conceder al acta sacramental valor probatorio en cuanto a la celebración del matrimonio y negárselo en lo tocante a la declaración complementaria del reconocimiento de hijos naturales.

Características del documento. Contra lo que afirma el recurrente, no puede hablarse de que el reconocimiento figura en una «nota» puesta al pie del acta, sino que se trata de una parte integrante del todo, que forma cuerpo con el resto y sin rubro o título diferenciador, de manera que el total contenido de la partida viene autorizado por la dación de fe y firma del Cura Párroco.

Precedentes jurisprudenciales. No puede ser traída a colación la doctrina jurisprudencial creada por las sentencias de 11 de diciembre de 1965 y 28 de septiembre de 1966, que se limitan a no aceptar como reconocimiento voluntario las manifestaciones de voluntad hechas ante el Párroco con motivo del otorgamiento de licencia para contraer las nupcias, pues obviamente se trata de un documento atañiente a un acto no equiparable a la trascendencia, significación y solemnidad que entrañan la celebración del matrimonio y la partida sacramental que lo proclama, específicamente señalada ésta como vehículo apto para tal fin reconocedor por el artículo 185 del Reglamento citado. (Sentencia 31 octubre 1978; no ha lugar.)

NOTA: Laudable y progresiva es esta Sentencia del Tribunal Supremo, que se inserta claramente en la línea liberalizadora general en orden a la determinación de la filiación natural. En gran parte sus argumentos coinciden con los que tuve ocasión de exponer al comentar otra Sentencia de septiembre de 1966, citada precisamente en la más reciente (A.D.C. 1967, páginas 600 y siguientes) y a ellos me remito.

Únicamente no puedo compartir la opinión de que la licencia para contraer matrimonio, autorizada por Notario eclesiástico, no sea vehículo apto para el reconocimiento de la filiación natural. Ciento que en esta Sentencia de 1978 la afirmación contraria constituye únicamente un «obiter dictum» y no sería extraño que en el futuro el Tribunal Supremo dulcificara su postura. Como dije en aquella ocasión, el reconocimiento de la filiación natural es un presupuesto necesario de la función autenticadora concedida al Párroco o Notario eclesiástico para autorizar la licencia matrimonial y, por ello, esa función ha de extenderse al primer aspecto.

(J. D. C.)

3. *Disolución de la sociedad legal de gananciales.* La doctrina legal de esta Sala tiene establecido que, al disolverse el matrimonio por muerte de uno de los cónyuges, se transforma la sociedad de gananciales en una comunidad ordinaria formada por el cónyuge «superstite» y los herederos del fallecido.

Enajenación por el cónyuge sobreviviente de un bien concreto de la comunidad disuelta. También ha proclamado la jurisprudencia, lo mismo que la doctrina de la Dirección General de los Registros, que el sobreviviente

carece de capacidad para enajenar cualquiera de los bienes físicos que integran esa comunidad, hasta que, practicada la liquidación, su propiedad se individualiza por la correspondiente adjudicación, a menos que la enajenación se realice con los herederos del cónyuge premuerto por representar todos ellos la totalidad de los derechos que pertenecen a una sociedad en liquidación.

Carácter de la nulidad de la enajenación realizada. La enajenación de un bien concreto, verificada aisladamente por el cónyuge viudo, es un acto contrario a la Ley, que ha de declararse nulo de pleno derecho, como ordena el párrafo 3.^º del artículo 6.^º del Código civil actual, coincidente y más preciso que el artículo 4.^º en su redacción antigua.

Alcance de la nulidad. La nulidad radical de dicho acto acarrea inexorablemente la nulidad también radical de la venta posteriormente realizada por el primer comprador. (Sentencia 27 diciembre 1978; no ha lugar.)

NOTA: Es de advertir que la Sentencia recurrida de la Audiencia había entendido que la venta realizada por la viuda, en las condiciones vistas, era simplemente anulable y sujetaba la acción de nulidad al plazo de cuatro años de caducidad del artículo 1.301 del Código, plazo que había transcurrido. Con toda razón, el Tribunal Supremo en esta Sentencia, de gran precisión y claridad, reconduce la nulidad a la radical o de pleno derecho del actual artículo 6.^º del Código civil. Se echa en falta, sin embargo —seguramente porque no se menciona en los motivos del recurso—la cita expresa al artículo 1.259, que es el más específicamente aplicable al caso.

(J. D. C.)

4. *Tercería de dominio por mujer casada en Aragón. Deudas de bienes comunes.* No puede prosperar la tercería si la deuda se contrae por el marido con anterioridad a la fecha en que se otorgó la escritura de capitulaciones matrimoniales con régimen de separación de bienes, teniendo hasta entonces los bienes discutidos el carácter de comunes que tienen que responder de las deudas contraídas durante su vigencia, por imperativo de los artículos 41-5.^º y 42-1.^º de la Compilación, aplicables al caso al ser los cónyuges aragoneses; y estos datos de hecho no han sido impugnados en casación por la vía adecuada.

Presunciones. No puede alegarse la violación del artículo 1.253 del Código cuando la sentencia recurrida no utiliza para nada este medio de prueba, sino que sienta unas consecuencias —no deducciones en sentido técnico— de hechos inatacados, no susceptibles de impugnación con el simple alegato de conjeturas que interesadamente expone la parte recurrente.

Defectos del recurso. Hay que desestimar los motivos del recurso que hacen supuesto de la cuestión sosteniendo, en contra del resultado probatorio referido, que los bienes sobre los que versó la tercería no tenían el carácter de comunes, aparte de que estos motivos inciden en el defecto formal de incumplir la exigencia de claridad y precisión del párrafo 1.^º del artículo 1.720 de la Ley de Enjuiciamiento. (Sentencia 14 noviembre 1978; no ha lugar.)

II. DERECHO MERCANTIL

1. *Sociedades anónimas. Restricciones a la transmisibilidad de las acciones.* *Doctrina general.* Con anterioridad a la Ley de 1951, la Sala primera había declarado la validez del acuerdo sobre limitación de la transmisibilidad de las acciones de S. A. establecido en los Estatutos o adoptado en Junta general, conforme al principio de la autonomía de la voluntad y en tanto no fueran quebrantados los límites del artículo 1.255; restricciones luego contempladas por el artículo 46 de la vigente normativa, siquiera tales cláusulas deban ser acordadas de manera expresa y su contenido interpretado restrictivamente, según S. 17 abril 1967, en razón de su misma excepcionalidad y de la naturaleza capitalista de la S. A., basada en el objetivismo del *intuitus pecuniae* y, por lo mismo, alejada del *intuitus personae* propio de entidades familiares, que hallan su adecuado lugar en otro tipo de sociedades, como ya advirtió la Kes. de 15 marzo 1974.

Procedimiento de condicionar la negociabilidad de los títulos. La licitud de las cláusulas limitativas resulta irrefutable cualquiera que sea el procedimiento condicionante de la negociabilidad de los títulos, manifestado en la práctica bien mediante cláusulas de «tanteo», bien tendiendo al sistema de aprobación o consentimiento que subordina la eficacia de la transmisión frente a la sociedad al hecho de que el ente societario la autorice.

Limitaciones entre los accionistas. En cuanto a si es permitido a los Estatutos restringir la transmisibilidad aun entre los accionistas, con fundado motivo entiende la doctrina que puede convenir al interés social no sólo evitar el ingreso de personas extrañas, sino mantener un *status quo* inicial, esto es, el equilibrio económico y político pactado en el acto fundacional, impidiendo que se altere la participación de los accionistas en el capital social y, por consiguiente, su influencia en el gobierno de la sociedad.

Eficacia de enajenación que vulnera cláusula restrictiva. Según la opinión común de los autores patrios, la enajenación realizada vulnerando las restricciones estatutarias impuestas a las acciones nominativas, prescindiendo de las consecuencias obligacionales *inter partes*, faculta a la Sociedad para desconocer como accionista al adquirente negándose a inscribirle en el Libro Registro del artículo 35, y a conceptuarle legitimado para el ejercicio de los derechos sociales, todo lo cual se deduce del artículo 46 de la Ley.

Impugnación de acuerdos. Valor de los Estatutos. Los Estatutos constituyen la reglamentación necesaria para el funcionamiento corporativo de la S. A. y sus normas habrán de ser observadas por todos los socios en tanto no se opongan a disposiciones legales con valor de *ius cogens*, bien se trate de los Estatutos aceptados por unanimidad en el momento constitutivo, ya de los modificados ulteriormente con los requisitos de forma, publicidad y mayoría a que se refieren los artículos 84 ss.

Naturaleza jurídica del derecho de adquisición preferente. No entraña un verdadero derecho de retracto y por ello, pese a la calificación lata de «tanteo» no es asimilable a la institución regulada en los artículos 1.636, 1.637 y 1.638 C. c., y así, mientras en el tanteo común o propiamente dicho son los propios contratantes quienes pactan libremente la contraprestación,

por el contrario, en la cláusula estatutaria a que se alude el precio viene determinado ordinariamente con sujeción a bases pre establecidas y atendiendo a métodos objetivos, y, por otro lado, mientras que el retracto presupone una enajenación válida seguida de la subrogación en favor del retrayente, el acto dispositivo realizado infringiendo la cláusula de tanteo se reputa nulo frente a la sociedad, de manera que el ejercicio del derecho preferencial se traduce en un contrato único al estimarse no consumada la transmisión efectuada con inobservancia de los Estatutos.

Fijación estatutaria de tope máximo del precio de venta. Es válida la cláusula estatutaria en cuya virtud se establece que el precio de venta no puede ser superior en ningún caso al 150 por 100 del valor nominal más la parte proporcional correspondiente a reservas efectivas. (Sentencia 24 noviembre 1978; no ha lugar.)

2. Sociedades anónimas. Temporalidad de administradores. Nombramiento por término indefinido. El legislador, abandonando el criterio mantenido en los artículos 132 y 148 del Código de Comercio, respecto a los representantes de las compañías mercantiles colectivas y comanditarias, adoptó como características consustanciales de las anónimas—en la ley reguladora de éstas—aparte de otras, los principios de temporalidad, renovabilidad parcial y escalonada y reeleibilidad de sus gestores, a fin de que éstos sean siempre personas de su confianza, realidad que no se conseguiría si la limitación en el tiempo se concretase únicamente a los primitivamente designados y no a los que ulteriormente les sucedan en la realización de su cometido, dado que, al ser éstos continuadores de aquéllos no existe razón alguna para diferenciarlos en virtud de la máxima «uni est eadem ratio, debet esse eadem juris dispositio» y dado además que de otra forma quedarían prácticamente inoperantes los principios de renovación y reeleibilidad a que antes se ha hecho referencia. El adverbio «indefinidamente», utilizado por el artículo 72 de la Ley de Sociedades Anónimas es sinónimo de inacabable y los nombramientos realizados en esta forma son inadmisibles, por equivaler lo indefinido a falta de plazo conocido y porque aquel adverbio, colocado inmediatamente antes de la palabra reelegidos, proclama, sin duda, que el mismo se concede con la reelección y no con su primer nombramiento. Cualquier acuerdo adoptado por los accionistas que desconozcan estos derechos implicaría por parte de los mayoritarios un «consilium fraudis» basado en la fuerza de sus votos. (Sentencia 10 junio 1978; no ha lugar.)

NOTA. En la sentencia se dice que el criterio de la misma es compartido por la práctica mercantil, doctrina del T. S. y de la Dirección General de Registros y es el predominante en los textos legislativos extranjeros promulgados a partir de 1962.

3. Negocios bancarios. Características y clases. Régimen jurídico. Prescindiendo de la cuestión de si el ordenamiento bancario ha de ser conceputado como un derecho especial típico, por razón del sujeto, como entiende algún sector de la doctrina científica o si lo que requiere es un tratamiento autónomo, justificado por la conveniencia de una mejor sistematización de la materia, la Sala I del T. S. ha recordado que, ni el C. c. ni el C. de com. contienen una regulación sistemática de los llamados contratos

bancarios, si bien la notoria pobreza de los esquemas legales sobre el particular es suplida en el tráfico con la debida utilización del principio de libertad de pacto—artículo 1.255 del C. c.—, pues dentro de sus amplios límites encuentra cobertura la compleja y variadísima negociación bancaria, reconducible, en la generalidad de los casos, a los tipos contractuales contemplados en el ordenamiento positivo, ya que, en puridad, las notas específicas de aquellos contratos derivan, más que de su genuinidad, de la circunstancia de figurar en la relación una gran empresa en forma de Sociedad anónima y entre las operaciones más frecuentes en la práctica, figuran la de mediación en los pagos, concepto genérico en el que se incluyen la transferencia, con intervención de uno o más Bancos, con toda la gama de relaciones surgidas entre el ordenador y el beneficiario entre sí y con relación a las entidades mediadoras y las órdenes de pago en favor de tercero, no cliente del Banco, que éste debe atender con la diligencia y lealtad impuesta por el vínculo creado, indemnizando, en otro caso, los daños y perjuicios por mora en el cumplimiento de la obligación—artículo 1.101 C. c.—en debida correspondencia con el crédito que al beneficiario asiste frente al Banco para exigirle la efectividad de la operación ordenada y por consiguiente la realización del pago. Una vez ordenada la remisión de fondos y comunicada la transferencia al beneficiario por el Banco mediador, ha nacido, en favor del particular destinatario, el crédito correspondiente para exigir, de la entidad receptora de la cantidad, el pago a que se obligó actuando como acreedor de la prestación y titular del derecho según la doctrina de las estipulaciones en favor de tercero.

Prohibición de plantear cuestiones nuevas en la segunda instancia. En nuestro ordenamiento procesal la segunda instancia no constituye un «ius novorum», sino que la pretensión de reforma de la resolución combatida ha de acomodarse a la situación ya mantenida en la primera instancia, sin aportar nuevos elementos de juicio, fuera de los supuestos regulados en los artículos 862 y 863 de la LEC ni aducir pretensiones o excepciones incompatibles con su naturaleza de una «revisio prioris instantiae», por lo que serán cuestiones nuevas a efectos de tal recurso y del de casación.

Acciones de coherederos. Legitimación activa. Cualquier coheredero puede ejercitar, en provecho común, las acciones que corresponderían al causante y las nacidas, luego de su muerte, en favor de la herencia, para lo cual no es menester el apoderamiento, conferido por los restantes sucesores.

Impugnación de presunciones en casación. Reiterada doctrina de la Sala I advierte que el cauce del núm. 7 del artículo 1.692 de la LEC sólo conviene, para lo relativo a la fijación del hecho básico, mientras que el enlace racional ha de ser censurado acudiendo al número 1º. (Sentencia 9 mayo 1978; no ha lugar.)

III. DERECHO PROCESAL

1. *Competencia territorial en acciones cambiarias. Cláusulas de sumisión.* En los juicios, ejecutivos o no, cuyo objeto sea la acción cambiaria ejercida por el librador contra el librado, es competente el Juez del lugar

en que deba cumplirse la obligación, conforme a lo dispuesto en la regla 1.^a del artículo 62 de la LEC, lugar que, según constante jurisprudencial, es el del domicilio señalado en la letra, admitido por el aceptante para el pago de la misma. Si esta regla no tiene como excepción el caso de que en el contrato causal subyacente se hayan sometido expresamente las partes a un juez distinto, para el conocimiento de los procesos que verse sobre el cumplimiento de las obligaciones derivadas de dicho contrato, si la tiene, conforme al citado texto, en relación con los 56 y 57 de la propia ley, cuando en el contrato referido, o en otro posterior, se hubieran sometido expresamente los litigantes a la competencia de un Juzgado distinto al correspondiente al domicilio del librado para el pago de las cambiales que se expidan para el cumplimiento de las obligaciones dimanantes del contrato causal, aunque con posterioridad a este pacto se fijase en tales cambiales un domicilio distinto al del lugar de la sumisión, ya que la mera domiciliación de las letras de cambio no implica un pacto de sumisión de los referidos en los citados artículos 56 y 57. (Sentencia 12 enero 1977.)

NOTA: En el caso resuelto por la citada sentencia, si bien había una cláusula en el contrato de compraventa base de la emisión de las letras, por la que se sometía a determinados Juzgados las cuestiones derivadas del contrato, incluso las referidas a la utilización de las letras de cambio, aunque fuera otro el domicilio señalado en las mismas para el pago, no se consideró aplicable la cláusula sumisoria con relación a unas letras coincidentes, en cuanto a importe y fecha de vencimiento, con las relacionadas en el contrato, pero discrepantes, en cuanto a número de las cambiales y fecha de aceptación.

2. Derecho de adquisición preferente. Requisitos de su ejercicio. Pactado en un contrato de arrendamiento de negocio con vivienda el derecho de preferente adquisición en favor de la arrendataria, para su discusión y decisión judicial, es absolutamente indispensable la presencia de la arrendadora que vendió el local, con arreglo al principio del «litisconsorcio pasivo necesario». (Sentencia 24 noviembre 1978; no ha lugar.)

3. Acción de nulidad contractual. Legitimación pasiva. Precisa demandar a todos los interesados. Ni el demandante es árbitro de elegir ni puede prestársele la tutela de un posible derecho cuando omite el necesario llamamiento a juicio a todos los interesados en el bien controvertido, doctrina que es más rigurosa cuando se ejercita la acción de nulidad de los contratos o la declaración de su vigencia, pues la misma ha de dirigirse forzosamente contra todos los interesados en ellos, entendiéndose que son interesados a estos efectos los intervenientes en el negocio y los que tuvieran beneficios económicos del mismo, pues si así no se exigiera, como la cosa juzgada perjudica únicamente a los que litigaran y a sus causahabientes, se podría dar el contrasentido de que un negocio jurídico determinado podría ser nulo para uno de los interesados en él y válido para otro si éste no fuera llamado al proceso.

Criterios de interpretación contractual. Tribunales de Instancia y casación. En la interpretación de los contratos más que a la acepción gramatical de las palabras hay que atender a su espíritu, dándoles la significa-

ción que los contratantes quisieron que tuvieran y aunque es exacto que las palabras deben entenderse llanamente, como suenan, esto sólo tiene lugar cuando no se suscita duda alguna sobre su genuina inteligencia. La interpretación de los contratos es, en principio, privativa de los Tribunales de instancia y por lo mismo, siempre que sea racional, ha de aceptarse en casación, cuando cupiese alguna duda sobre su absoluta exactitud.

Impugnación de prueba de presunciones en casación. Incumbe la estimación de la prueba de presunciones al Tribunal sentenciador, pudiendo únicamente prosperar la casación cuando se impugne eficazmente la existencia y realidad del hecho base, o cuando la deducción no se sujet a las reglas indeterminadas del criterio humano, resultando absurda ilógica o inverosímil. (Sentencia 4 diciembre 1978; no ha lugar.)

4. *Litisconsorcio pasivo necesario. Requisitos.* Para imponer al actor la carga de demandar a todas las personas que intervinieron en el otorgamiento de un documento es preciso que exista diversidad de sujetos pasivos en la relación jurídica que le afecta, pero ésta no se produce cuando los negocios jurídicos consignados en el documento son independientes por su contenido, por los elementos subjetivos y por su objeto. (Sentencia 11 diciembre 1978; no ha lugar.)

5. *Litisconsorcio pasivo necesario. Concepto. Ambito de aplicación.* En virtud del llamado litisconsorcio pasivo necesario, se exige la intervención en el proceso, desde su iniciación, de todos los pasivamente interesados y se produce en los casos en que la demanda solamente pueda proponerse válidamente por o contra varias personas; de dicha figura es racional y obligada consecuencia que, cuando por razón de la naturaleza de la relación jurídico material controvertida no pueda pronunciarse una decisión, sino con referencia a varias partes, hayan de demandar y ser demandadas éstas en el mismo proceso; para la existencia de tal forma cualificada de «litisconsorcio» es menester se trate de litigios que versen sobre patrimonios llevados solidariamente, o de demandas constitutivas, si el derecho se da contra varias personas o bien que el derecho material imponga esa actuación conjunta por tratarse de relación jurídica inescindible.

Carga de la prueba. Al demandante únicamente le incumbe la justificación de los hechos normalmente constitutivos de su pretensión. (Sentencia 19 diciembre 1978; no ha lugar.)

6. *Confesión. Impugnación de la eficacia que se le atribuye.* La eficacia demostrativa que el órgano jurisdiccional de instancia atribuye a la confesión de parte sólo puede ser impugnada por la vía del número séptimo, como error de derecho, por ser medio probatorio de apreciación tasada.

Confesión. Efectos respecto al codemandado. Aunque propiamente no le perjudique, no hay obstáculo para que, en hipótesis de «litisconsorcio», la confesión en contra de un «litisconsorte» sea valorada por el Juzgador coordinándola con los restantes elementos probatorios.

Artículo 1.253 del Código civil. Su infracción. No se produce cuando la

Sala sentenciadora no sólo utiliza la prueba de presunciones, sino también la confesión de parte, y la propia narración fáctica de la demanda.

Incongruencia. Requisitos. El Juzgador no incurre en exceso cuando se atiene a los elementos subjetivos, objetivos y causales de la acción entablada, respetando el ámbito de la aportación de hechos y el fundamento jurídico, no con literal servidumbre a las peticiones y sí a lo que constituye su esencia. (Sentencia 15 junio 1978; no ha lugar.)

7. *Incongruencia.* No es incongruente la sentencia que deja para el período de ejecución la fijación de la cuantía de la deuda.

Error de hecho en casación. Afirmaciones en escritos de partes. La afirmación contenida en el suplico de una demanda, en lo que no perjudique a la parte que la formula, carece de fuerza vinculatoria para el Tribunal y no puede esgrimirse para demostrar un error de hecho.

Prueba pericial en casación. La prueba pericial es de libre apreciación de los juzgadores de instancia y no puede combatirse en casación.

Apreciación conjunta de la prueba. Elementos probatorios aislados. Desvirtuando un solo elemento probatorio no se puede enervar la apreciación obtenida por la contemplación de los múltiples elementos de prueba obrantes en autos.

Infracción de normas valorativas de prueba. Formalismo de la denuncia en casación. Si se omite el señalar el concepto o manera en que las infracciones pudieron cometerse en relación con supuestos errores de derecho en la apreciación de la prueba, ello es causa de inadmisión y desestimación del recurso. (Sentencia 10 mayo 1978; no ha lugar.)

8. *Ejecución de sentencias extranjeras. Exequator. Prueba de la firmeza.* No procede otorgar el «*exequatur*» por no aparecer cumplimentado el requisito de la prueba de que se trata de una resolución firme, indispensable en la materia, de acuerdo con lo que, para los distintos supuestos contemplados, se requiere en los artículos 951, 952, 953 y 954 de la Ley de Enjuiciamiento español, ajustada en un todo a la vigente normativa internacional.

Exequatur. Falta de tratado internacional, de reciprocidad y del carácter personal de la acción ejercitada. Habida cuenta de que no hay entre España y Alemania Convenio o Tratado bilateral o plurilateral, ni prueba de existencia de reciprocidad, y que la acción ejercitada en la sentencia cuya ejecución se solicita es de carácter real y reivindicatoria, pues tiende a la transmisión del dominio y propiedad de ciertas parcelas, o sea, que contradice lo dispuesto en el artículo 954 LEC, a cuyo tenor se exige, en primer lugar, que la ejecutiva «haya sido dictada a consecuencia del ejercicio de una acción personal»; no es posible acceder a la ejecución que se solicita. (Auto del T. S. 30 noviembre 1978; no ha lugar.)

9. *Concepto de Ley a efectos de casación.* No determinado este concepto por los artículos 1.691 y 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, esta Sala, descartando la lata aplicación del vocablo, lo refiere a las normas de

derecho material y privado dimanantes de la potestad soberana legiferante y promulgadas en forma, sin comprender las disposiciones administrativas o reglamentarias—salvo que deban integrar a una ley material en blanco—y así se han ido rechazando los preceptos del Estatuto de Recaudación, del Reglamento Notarial y del Reglamento de los Agentes de la Propiedad Inmobiliaria.

Reglamento del Seguro Obligatorio. Por las mismas razones no es admisible en casación la infracción que se denuncia de un artículo del Reglamento del Seguro Obligatorio de responsabilidad civil, derivada del uso y circulación de vehículos de motor, aprobado por Decreto 3.987/1964, de 19 de noviembre, según enseña la Sentencia de 16 de octubre de 1974, cuya tesis se reitera.

Seguro obligatorio y seguro voluntario complementario. A mayor abundamiento, la infracción alegada del artículo 23 de ese Decreto no es de recibo, pues con toda claridad las sentencias de ambos grados jurisdiccionales describen una incapacidad parcial, para la reposición de cuyo daño corporal se acude a la cifra máxima correspondiente al límite cuantitativo establecido al efecto en la norma, puntualizando la responsabilidad de la aseguradora voluntaria por las cantidades que excedan del límite cubierto por el Seguro obligatorio; y esta misma separación aparece en cuanto a la asistencia facultativa y sanatorial prestada en Centro Sanitario no aprobado por el Fondo de Grantía.

Confusión e incongruencia en el fallo. La Sala Sentenciadora, lejos de haber formado una sola masa indemnizatoria, distingue nítidamente entre el evento lesivo cubierto por el seguro obligatorio, en orden al cual decide la condena del conductor del vehículo y de la tomadora del seguro, junto con la de la compañía correspondiente solidariamente con los anteriores, y las sumas que excedan del límite cubierto por tal seguro, que serán satisfechas por el seguro voluntario solidariamente también con las personas individuales mencionadas, por lo que en modo alguno hay confusión en el fallo que guarda la más perfecta congruencia con sus antecedentes. (Sentencia 22 mayo 1978; no ha lugar.)

10. *Recurso de casación por infracción de ley. El concepto de ley a los efectos de la casación.* Las disposiciones reglamentarias carecen del rango jerárquico de ley, y no son, por tanto, susceptibles de casación, ya que su base ha de estar constituida o por infracción de ley en el concepto formal, o por infracciones de doctrina legal, teniendo declarado la jurisprudencia en las SS. 9 diciembre 1939 y 24 noviembre 1969, entre otras, que las infracciones del Reglamento ejecutivo de la Ley Hipotecaria no pueden servir de base al recurso de casación, y en la de 22 febrero 1927 se declaran inoperantes los efectos del recurso, y en la de 7 enero 1943 se declara la improcedencia de la casación contra infracción de preceptos del Reglamento del denominado entonces Impuesto de Derechos Reales. Sentencia 5 mayo 1978; no ha lugar.)

11. *Recurso de casación. Error de hecho y de derecho en la apreciación de las pruebas. Requisitos.* La jurisprudencia, en multitud de sentencias y

de autos, ha ido configurando el ámbito del recurso de casación amparado en el número 7.^º del artículo 1.692 de la LEC en su doble aspecto: cuando se denuncie que en la relación fáctica se ha incurrido por la instancia en error de hecho, puesto de relieve por la existencia, en los autos de que se trate, de uno o varios documentos que reúnan las condiciones de auténticos, que la contradigan, y cuando, al fijar dicha relación, se haya cometido error de derecho en la apreciación de las pruebas, con infracción, por algún concepto, de un precepto que las valore de forma insoslayable; y en esta labor de configuración, ha ido definiendo, de una parte, el concepto de documento auténtico en su variedad de matices (SS. 10 mayo, 15, 27 y 31 octubre, 21 noviembre y 22 y 27 diciembre 1970), de otra, el alcance del error de derecho en la valoración de las pruebas (SS. 11 y 24 septiembre, 2, 17 y 24 octubre, 8, 10 y 12 noviembre y 22 diciembre 1969, entre otras muchas), de otra, el concepto de contradicción, que ha de ser clara y manifiesta, o sea, sin necesidad de recurrir a conjecturas ni deducciones (SS. 15, 19, 24 y 27 de junio 8 octubre y 13 noviembre 1968), y, lo que es también interesante, ha desautorizado que, al amparo del precepto que se cometa, puedan ser invocados aquellos documentos que fueron analizados y tenidos en cuenta por el juzgador, al concretar los hechos que dio como probados, pues, en ese caso, se pone de manifiesto el intento de sustituir el criterio de éste por el de la parte, lo cual no es amparable en casación (SS. 17 y 28 mayo, 6 y 14 junio, 4 y 19 octubre 1968, 28 septiembre, 20, 28 octubre y 21 diciembre 1970). (Sentencia 7 junio 1979; no ha lugar.)