

## Ramón María Roca Sastre

El jueves 27 de diciembre de 1979 falleció en Barcelona uno de los más grandes juristas de este siglo, Ramón María Roca Sastre (d.e.p.).

Escribo estas líneas con profunda emoción, Roca Sastre ha sido uno de los tres maestros que en el trato y magisterio directo más han influido en mi vocación jurídica. El primero cronológicamente, en la Universidad Autónoma de Barcelona, en el curso 1935-1936, fue el, joven entonces, Catedrático de Derecho civil José Alguer Micó, prematuramente fallecido. Luego, en mi preparación de las oposiciones a Notarías y durante muchos años, lo ha sido Roca Sastre. Y, finalmente, desde mi llegada a Madrid, en 1949, el Profesor Federico de Castro Bravo, con quien colaboro, con gran provecho para mí, en las gratas reuniones de su Seminario del ANUARIO DE DERECHO CIVIL, donde sigo gozando de su magisterio.

Cuando el año 1955 se publicaron, en edición separada, mis «Apuntes de Derecho Sucesorio», hice constar esta dedicatoria cargada de sinceridad: *«A Ramón M.<sup>a</sup> Roca Sastre, que en los primeros años de nuestra postguerra volvió a despertar en mí la afición al Derecho, que se me había adormecido con el olor de la pólvora y el ruido de las explosiones».*

Le conocí el año 1940 en Barcelona, en su despacho de Abogado en la calle de Mallorca chaflán Bruch, al unirme al pequeño grupo de sus discípulos, Jorge Roura, Luis de Molina, Lorenzo García Tornel (con quien formaría pareja para la preparación de las oposiciones a Notarías, y a quien, joven aún, Dios se llevó consigo hace unos años), José María del Pozo, Luis Alós. Durante bastantes semanas gocé de sus enseñanzas, que luego continuaron espontáneamente cada vez que iba a visitarle, ya notario, cuando regresaba a Barcelona, pues siempre gocé de su orientación y consejos que me prodigó como notario y como maestro.

Por todo esto, antes de hablar de él como jurista insigne, he querido recordar al maestro generoso y cordial. Y quiero destacar que su trayectoria jurídica y su magisterio constante, ha ido siempre unida, en perfecta armonía, a una trayectoria humana, rectilínea y bondadosa a la vez. No sólo ha sido un extraordinario jurista, sino maestro unánimemente respetado, admirado y querido, y un modelo como profesional y como caballero.

Nació Ramón M.<sup>a</sup> Roca Sastre en Tárrega (Lérida) el primero de enero de 1899. Se graduó en Derecho en 1921 en la Universidad de Barcelona.

En 1923 ingresa por oposición en el Cuerpo de Registradores y desempeña los Registros de Belchite, Sort, Fraga y Gandesa. En 1932 gana plaza por oposición en Notarías. En 1933, en Judicatura, y en 1936 es designado, también por oposición, Magistrado del Tribunal de Casación de Cataluña, siendo sus sentencias como juez y sus ponencias como magistrado calificadas de modélicas por su calidad, maestría y equidad. Ejerció de abogado en Barcelona de 1939 a 1944, año en que por oposición directa obtiene una notaría de Barcelona que desempeñó hasta su jubilación.

Ha sido Censor, Vicepresidente y Presidente Honorario de la Academia de Jurisprudencia y Legislación de Barcelona; Académico de Número de la Real de Jurisprudencia y Legislación, Vocal de la Comisión Compiladora que elaboró el Anteproyecto de Compilación del Derecho Civil Especial de Cataluña. Formó parte de un Tribunal de Oposiciones para una cátedra de Derecho Romano. En 1972 se le investió Doctor «Honoris causa» por la Universidad de Barcelona; fue nombrado Decano Honorario del Colegio Notarial de Barcelona y, asimismo, fue Presidente Honorario del II Congreso Jurídico Catalán.

Es muy difícil hallar que una sola persona abarque tan amplio abanico profesional que se extiende por casi todo el ámbito jurídico. Las funciones que ha realizado, en su fructífera vida, igualmente abarcan casi toda la vida del Derecho. En mi colaboración a su libro-homenaje, destacué cómo Roca Sastre ha compendiado la labor de nuestros insignes predecesores juristas catalanes: había seguido el rastro de aquellos notarios compiladores, como los tortosinos, Pere Thamarit y Pere Gil; había formulado como ponente sentencias llenas de doctrina, de equidad y *seny*; seguía comentando y glosando nuestras leyes con profundo conocimiento de ellas, con saber jurídico y claro sentido de la realidad, y siempre dictaminó con pericia, difícil de superar, en las más complicadas y controvertidas cuestiones de Derecho catalán, sin perjuicio de ser indiscutible maestro en Derecho registral y de enseñar incluso en materia de Derecho fiscal, porque sus conocimientos de Derecho romano y de Derecho común le dotaron de esa *bona rahó* que debe presidir siempre la formulación, la interpretación y la aplicación del Derecho.

Su bibliografía es amplísima.

Sus obras generales incluyen: las seis ediciones de su grandioso *Derecho Hipotecario*, la última con cuatro tomos en cinco volúmenes; las dos ediciones de su *Tratado de la Contribución de Utilidades*, en colaboración con José Muncunill Palet; sus *Estudios de Derecho Privado*, en dos volúmenes, comprendiendo I *Obligaciones y contratos* y II *Sucesiones*, con la colaboración en algunos temas de José Puig Brutau; sus notas de comparación y adaptación a la

legislación y jurisprudencia española de los dos volúmenes del *Derecho de Sucesiones*, de Th. Kipp, que forman el tomo V del *Tratado de Derecho Civil* de Enneccerus, Kipp y Wolff, y, en colaboración con J. de Molina Juyol, la compilación en diez volúmenes, de la *Jurisprudencia registral*.

Se hallan inéditos sus inacabados *Comentarios a la Compilación del Derecho Civil Especial de Cataluña*, que esperemos complete su hijo Luis Roca Sastre y Moncunill y no tarden en publicarse.

Sus 46 estudios monográficos, algunos escritos en catalán, y publicados en distintas revistas, anales o anuarios, libros-homenaje o cursos de conferencias, podrían clasificarse por materias abarcando el Derecho fiscal, el Derecho Registral, el Derecho civil, y, dentro de éste, subdividir los referentes a temas generales, a derechos reales, a obligaciones y contratos y a sucesiones, los referentes al Derecho común español o al Derecho especial de Cataluña, los de crítica legislativa, los de construcción conceptual y los referentes a la problemática de cuestiones prácticas.

De Derecho fiscal tenemos sus artículos *La concepción del usufructo como «pars domini» y sus reflejos en la legislación del Impuesto de Derechos reales* y *La unidad de la empresa en el Impuesto de Derechos reales*, en los cuales iluminó los problemas fiscales con su profundo conocimiento del Derecho civil y de la realidad que subyace en sus conceptos.

De Derecho Hipotecario o Registral, podemos citar, trabajos de índole general: como el titulado *Imperfecciones hipotecarias*; el publicado en 1932, *Dret Hipotecari i l'Estatut de Catalunya*, y, al año siguiente, *La materia hipotecaria en la futura legislación civil de Catalunya*, o el referido, en 1945, a *la nueva ley de reforma hipotecaria*, y otros relativos a cuestiones concretas, tales: *La acción Pauliana y el artículo 37 de la Ley Hipotecaria*, *La inscripción de los excesos de cabida*, *Hipoteca en garantía de rentas y percepciones periódicas*, *El derecho de opción y el Registro de la Propiedad*. *La servidumbre predial como cauce adecuado del acceso registral de limitaciones privadas, urbanísticas*. *El Registro y el Derecho de sucesiones*.

En cuanto al Derecho civil hallamos estudios institucionales o conceptuales, aunque no pierdan nunca de vista la problemática viva, como son su *Crítica institucional del Código civil* y los relativos a *El patrimonio*, *La partición hereditaria, ¿es acto traslativo o declarativo de propiedad?*, *L'herencia yacent*. *Construccions jurídiques sobre la seva titularitat*, *Naturaleza jurídica de la legítima*, *Naturaleza jurídica de la aportación social*, *La donación remuneratoria*, *La subrogación real*, *Ensayo sobre el derecho de superficie*, *La designación, la vocación y la delación sucesorias*.

Y orientados a la problemática, aunque sin perder nunca de vista los conceptos, podemos citar *La comunidad de gananciales; destino de éstos en caso de renuncia*, *Observaciones críticas sobre*

*la tendencia expansionista del derecho de representación sucesoria, Eficacia de los llamamientos sucesorios a favor de los «nascituri», Eficacia de la cláusula valor oro, Heredero vitalicio sin deposición de la herencia para después de su muerte, Elogio del criterio electivo de la Ley «Feminae» y otras cosas acerca de la reserva binupcial, La adquisición hereditaria de la posesión, Problemas de la venta de herencia, Dictamen acerca del negocio jurídico de asentimiento por los reservatarios, El «beneficium separationis» y los actuales sistema de separación sucesoria, Acrecimiento propio e impropio, Derecho de representación en fideicomiso, Interpretación de conjeturas, El término incierto implica en los testamentos, condición, salvo que pueda colegirse la voluntad contraria del testador.*

En los títulos de sus estudios que hemos recorrido vemos que, entre los de Derecho civil, predominan los de Derecho sucesorio. Sobre esta materia destacan especialmente *La necesidad de diferenciar lo rural y lo urbano en el Derecho sucesorio*, publicado en el tomo I de los Anales de la Academia Matritense del Notariado y que recoge su conferencia del anterior año 1943 en la tribuna de esa Academia; *El fideicomiso «si sine liberis decesserit» y el Código civil*, que constituyó su discurso de ingreso en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, leído el 30 de abril de 1956 al que contestó otro ilustre Notario, Rafael Núñez Lagos; y *La conmutación modal (Precedida de una síntesis de la figura jurídica del modo)*, que desarrolló en su discurso de recepción en su solemne investidura de Doctor «*honoris causa*» de la Universidad de Barcelona.

La Compilación del Derecho civil especial de Cataluña fue contemplada de modo general en su trabajo *Los elementos componentes de la Compilación*. Naturalmente el derecho catalán, antes y después de promulgada la Compilación, fue objeto muy especial de su atención. Citemos *L'heratament fiduciari al Pallars Sobirà, El dret de firma enfiteutic, El problema fideicomisario de los hijos puestos en condición, La acción revocatoria de donaciones en la Compilación, La supressió de la regulació romana del prellegat, La sucesión abintestato de los impúberes y la reserva lineal del art. 811 del Código civil antes de entrar en vigor la Compilación catalana*.

Riquísimo elenco que merece ser recogido, en varios volúmenes, en unos «Estudios Jurídicos Varios» de Roca Sastre.

\* \* \*

No hace mucho que, en Revista Jurídica de Cataluña, afirmó que Ramón María Roca Sastre había sucedido a Juan Martí Miralles como príncipe de los juristas catalanes y que, en su tarea, había compendiado prácticamente las diversas labores de los más insignes juristas catalanes. Su integración en la escuela jurídica catalana, no obedece únicamente a razones geográficas ni sólo a



su indiscutible dominio del derecho del Principado. La impronta realista de los juristas catalanes es patente en la mayor parte de sus trabajos, como luego trataremos de mostrar.

No obstante, es también evidente que recibió el influjo del conceptualismo pandectista y del romanismo bonfantiano que, en sus tiempos de estudiante y de opositor, dominaban en la Universidad y en la bibliografía española y extranjera más prestigiada.

No creemos que pueda afirmarse que Roca Sastre recibiera directamente la influencia de Savigny. Sin embargo, existe un cierto paralelismo, aunque con evidentes diferencias, entre el jurista alemán y el catalán. Ambos se preocupan, de una parte, por la elaboración del sistema, por las instituciones y la correcta formulación de las ideas; y, de otra parte, uno y otro se interesan muy especialmente por la problemática concreta. El Profesor Peter Nörr, titular de la Cátedra de Derecho Civil de la Universidad de Munich, nos ha explicado recientemente, en su conferencia *La intuición en el método de Savigny*, que Savigny contrastaba sus conceptos en la problemática viva a la que los proyectaba. Y esto mismo ha venido haciendo reiteradamente nuestro maestro y Notario catalán.

El malogrado, Joaquín Viola Sauret, con ocasión del homenaje prodigado al maestro, con motivo de su jubilación como notario, nos recordaba «la integración social de Roca Sastre como jurista de completa vocación, en la vida de una comarca donde muchos años ejerció el cargo de Registrador de la Propiedad», demostrada en su estudio *L'heratament fiduciari al Pallars Sobirà*, que recopilaba y ordenaba los usos capitulares que, en esa materia, se vivían en dicha comarca del Pirineo leridano. Ese conocimiento y comprensión de las peculiares instituciones vividas en diversas comarcas catalanas lo hizo valer en las Sentencias de las que fue ponente, dictadas por el Tribunal de Casación de Cataluña, tratándolas exhaustivamente y con modélica maestría, como en el citado homenaje, destacó el Magistrado Carlos Obiols Taberner, entonces Presidente de la Audiencia Territorial de Barcelona.

El mismo Obiols subrayaba que, Ramón Roca estaba dotado de «una entrega total y un espíritu jurídico afirmado por el sentido exacto de las realidades y mudanzas de la vida, inasequibles a conceptos rígidos e inexorables, ilustrado en el origen y evolución de las instituciones jurídicas, que siente con calor de humanidad y una preocupación por los problemas jurídicos palpitantes, unida a una visión de perspectiva para enfocarlos y resolverlos».

Luis Figa Faura, el 31 de enero de 1974, en la Academia Matritense del Notariado, al concluir su conferencia «*Mos italicus*» y los *juristas catalanes*, aseguraba: «Hoy el más grande entre los muchos y grandes juristas de habla castellana Federico de Castro, al continuar la obra de su vida, escribe un tratado de Derecho civil, edifica una catedral. Hoy el más grande entre los muchos y grandes juristas catalanes, Ramón María Roca Sastre, al dar los últimos

toques a la obra más esperada entre nosotros [esperada aún] escribire unos Comentarios al Derecho Civil Especial de Cataluña, pinta un retablo. Podemos preguntarnos si Roca Sastre, atento a la aplicación práctica del derecho, hubiera podido ser lo que es sin la sistematización y conceptualización teórica del Derecho civil; podemos preguntar, si Federico de Castro hubiera podido siquiera iniciar su obra, sin tener el pensamiento fijo en las necesidades reales de la sociedad que le rodea. La respuesta en ambos casos es *no*.

No es fácil de abarcar en una sola perspectiva el método jurídico de Roca Sastre, como difícil es definir el de Savigny. En éste se han querido distinguir tres Savignys distintos: el de sus primeros escritos, el de la *Vocación* y el del *Sistema*; y, aún, el Profesor Pieter Nörr nos ha mostrado otra perspectiva de él en la que la intuición juega un papel fundamental. En Roca Sastre, evidentemente, no cabe distinguir diversos períodos, pues en lo fundamental su posición ha sido siempre la misma. Pero, por otra parte, contrasta en algunos aspectos el Roca Sastre que estudia experimental y realísticamente la problemática capitular de los heredamientos y la sucesoria ahondando en el problema fideicomisario de los hijos puestos en condición, y el que conceptualiza sea en materia hipotecaria, o en el tema del negocio jurídico abstracto o en la categoría de los derechos reales sobre el *ius disponendi*. Sin embargo, las obras de Roca Sastre forman una sola pieza sin contradicciones, como trataremos de explicar.

Para ello, creo que no basta conocer la superficie de su obra, sino que es preciso profundizarla para percatarse de que cuando escribe estudios dogmáticos tiene siempre en su mente problemas concretos a los que con la resolución de la cuestión dogmática tratará de dar la justa solución, así como de que cuando estudia problemas prácticos concretos, como cuestiones principales, procura esclarecerlos proyectando su perspectiva conceptual acerca de la institución en la que subsume la realidad jurídica en torno a la que gira el problema discutido. Para mejor percatarnos de ello, creemos conveniente pedir ayuda al mismo Roca Sastre que, en varios de sus estudios, de sus prólogos y en alguna nota necrológica, nos expone su pensamiento jurídico y metodológico.

Durán y Bas, al tratar de la *escuela jurídica catalana* moderna, el 31 de enero de 1883 en la Academia de Jurisprudencia y Legislación de Barcelona, señalaba como *caracteres* de aquélla los de ser: «Espiritualista sin abandonarse al idealismo; práctica sin ser empírica; con el principio ético y el elemento histórico por base, sin immobilizarse; más inclinada al derecho privado que al público, sin tener por éste injustos desdenes; esencialmente analítica, sin dejar de elevarse a la síntesis cuando puede y debe generalizar; armónica con la filosofía del sentido común, la más adecuada a un pueblo de gran sentido práctico como Cataluña; modesta en sus pretensiones porque funda sus doctrinas en la observación de los hechos; y propone sus aplicaciones con sujeción a las condiciones

del país». Y aún añadía, más adelante, que ese movimiento, «sin comunicarle dirección e impulso, viene a ayudar la de aquellas escuelas filosóficas y jurídicas que hacen descansar el Derecho sobre la base ética; que hacen desenvolverlo dentro de las condiciones históricas de los pueblos; y que hacen aplicarlo de conformidad a las realidades de la vida».

Y como *tendencias en materia de Derecho privado*, indicaba Durán y Bas, que la escuela jurídica catalana tiene «en alta estima al Derecho civil, porque hay en él, más aún que en otras ramas del derecho positivo, un elemento natural y un elemento histórico, íntimamente coordinados en la organización de la familia y de la propiedad». Estimando «inadmisible que pueda ser dependiente la la organización de la familia de la mera voluntad del legislador».

Ramón M.<sup>a</sup> Roca Sastre reúne indudablemente estos caracteres y recoge esas tendencias. Pero, muestra unas peculiares características en las que influyeron algunas corrientes del conceptualismo dogmático dominante en la época de su formación jurídica, aunque a su vez este método es utilizado por él con ciertas peculiaridades resultantes de su contraste con las tendencias fundamentales de la escuela jurídica catalana.

La base ética no sólo la recibió Roca Sastre en su hogar y de los hombres de la escuela jurídica catalana, sino que le ayudarían a formarla los Hermanos de las Escuelas Cristianas que, recién llegados de Francia, abrieron colegio en Guisona, en el que coincidió como alumno con Ramón Faus Esteve, y de cuya formación me habló largamente en cierta ocasión, con gratitud y veneración para sus antiguos maestros.

Esta base ética está implícita en toda su obra, pero la vemos explícita en su prólogo escrito en 1951 de la obra de José Puig Brutau, *Estudios de Derecho Comparado. La doctrina de los actos propios*. De él transcribimos esta primordial observación: «El Derecho implica un condicionamiento de la conducta humana, dirigido a proteger intereses legítimos en pro de la coexistencia social. Su fin u objetivo inmediato será esta misión protectora de los intereses humanos, pero, como su fin u objetivo remoto es la coexistencia social, no pueden ser tales intereses sino justos y legítimos. Solamente en este sentido de interés respaldado por la justicia puede entenderse aquel verso de Horacio: *utilitas iusti prope mater et aequi*». Y en el prólogo del libro de Camps i Arboix, *La propiedad de la tierra y su función social*, al definir la propiedad «como derecho a gozar y disponer de las cosas con arreglo a su naturaleza, al servicio de la comunidad y para provecho del propietario», concluye: «En definitiva, es el criterio que responde al *bonum commune* del pensamiento aquinatense».

El *realismo*, referido a la adecuación del derecho a las *necesidades de la vida*, resulta vivo en Roca Sastre en cuanto toca a las instituciones familiares y las sucesorias, aunque presente la referida impronta conceptualista que en otras materias llega a resultar

más fuerte. El mismo ha subrayado reiteradamente la necesidad de adecuar el derecho a la realidad viva, en especial en su memorable conferencia, *La necesidad de diferenciar lo rural y lo urbano en el derecho sucesorio* que desarrolló el 6 de abril en 1943 en la Academia Matritense del Notariado. En ella, ya de entrada, lo expuso vigorosamente:

«No entramos en el estudio y construcción jurídica de las instituciones sucesorias con la frialdad propia de la investigación técnica, antes bien las observaremos en conjunto en su realidad viva, biológica, de encaje o adaptación a la vida jurídica y destacando su carácter de solución histórica en determinado momento, ambiente, signo o circunstancias.»

En el transcurso de la conferencia insistió en esa perspectiva realista, en diversos párrafos, entre los que destacamos los siguientes:

— «... es preciso que las leyes no desconozcan tal realidad social, pues de lo contrario ésta, más fuerte que la norma tenderá a desbordarla. Por ello deben evitarse las consecuencias perturbadoras de la posible pugna entre la realidad jurídica vivida y el rígido pragmatismo de los textos legales positivos.»

— «Debe huirse del simplismo perturbador y ver las cosas con visión orgánica y compleja, pues la vida jurídica es varia y varias deben ser las soluciones jurídicas.»

— «Repetimos lo dicho antes: no hay fórmula jurídica mala *per se*; lo que se requiere es que cada una se aplique a cada caso adecuado. De aquí la conveniencia de adoptar soluciones históricas basadas en la experiencia.»

Esa orientación realista, atendidas la naturaleza de las cosas y las necesidades de la vida, la mostró ya en el volumen III de sus *Instituciones de Derecho Hipotecario*, en su primera edición de 1941, al ocuparse de la pretensión de movilizar la propiedad inmueble. Así leemos al respecto:

«Querer asimilar la propiedad inmueble a la mueble, es contra naturaleza, pues ambas son completamente distintas, y siempre se habrán de regir por normas diferenciadas»... «La propiedad inmueble siempre constituirá una parte del suelo nacional; siempre será asiento territorial de la *familia*, considerada ésta como un ente semipúblico interferido entre el Estado y el individuo: siempre en ella habrá de apreciarse un *valor de afección*, de *historia familiar* y de *linaje*, o abolengo imposible de adscribir, en general, a los bienes muebles, siempre habrá en ella un elemento de *estabilidad*, de *tradición* y de *conservadurismo* bien entendido; siempre en ella habrá de procurarse cierta permanencia, pues el cambio incesante de dueños perturba las condiciones de producción; siempre habrá de procurarse que ella vaya a parar a *manos aptas*, siempre, en una palabra, habrá que ver en ella, especilmente tratándose de la propiedad rústica, el aspecto de *propiedad-institución* más que el de propiedad-simple elemento económico.»

La expresión *propiedad-institución* nos lleva a contemplar la peculiaridad característica de Roca Sastre, en su observación jurídica de la realidad viva, consistente en que su perspectiva la subsume en unos moldes conceptuales que trata, a su vez, de que sean adecuados a ella a fin de colmar las necesidades observadas. Y aquí vemos qué encaje efectúa entre la realidad viva y la dogmática conceptual. Pero, lo mejor es leer como él mismo lo explica.

En septiembre de 1940 apareció en Revista Crítica de Derecho Inmobiliario un primero y único artículo del estudio que debió constituir, según su título, una *Crítica institucional del Código civil*, que se inicia en el siguiente párrafo:

«Indudablemente existe un Derecho que podría denominarse institucional, estructural o de otra forma. Es el Derecho que fija las líneas fundamentales o perfiles constitutivos de las instituciones jurídicas. Construye los tipos o fórmulas básicas, con las cuales el Derecho positivo se llena de contenido, eligiendo, entre los varios modelos institucionales que le ofrece en cada materia, el que más se adapte a las necesidades y convicciones jurídicas de cada momento y de cada pueblo».

Poco después añade:

«Esta justificación empírica del Derecho institucional es preferible, al menos de momento, a su demostración filosófica. En este último aspecto, baste decir que dicha visión institucional del Derecho se halla fuera de la órbita del llamado Derecho natural (...). Pero, con todo funciona en él cierto logicismo iusnaturalista, pues el estilo dominante en cada construcción jurídica impone, en sus consecuencia, la rigidez de una verdadera lógica institucional. Y no se crea tampoco que al apartarse del Derecho natural caiga el Derecho institucional bajo la influencia de la escuela histórica y del positivismo jurídico. No obstante, hay en el Derecho institucional una gran dosis de realidad jurídica, manifestada bajo la gran exuberancia de fórmulas e instituciones vividas a través de la Historia y de la positividad del Derecho.»

En su referido prólogo al citado libro de Puig Brutau, creemos que ahonda en esta conjugación de lo institucional en la realidad viva, juzgada a través de la experiencia de lo históricamente vivido. Así leemos:

«Ante un interés el Derecho puede ofrecer para su amparo o protección diversas fórmulas, figuras e instituciones jurídicas de las que será elegida la que mejor de todas ellas se adapte al modo de ser, precedentes históricos y demás circunstancias del país respectivo. Esta protección de un mismo interés con dispositivos diversos, según sean los distintos grupos de ordenamientos positivos, viene a demostrar una vez más la existencia de lo que, sin pretensiones de acertada nomenclatura, venimos denominando *Derecho institucional*».

De éste, dice que «constituye una fuente fecunda en concepciones jurídicas y un instrumento eficientísimo en el campo del De-

recho privado. Bajo la idea básica de que el Derecho no se crea sino que sólo se descubre, hay que sostener que en el mundo jurídico, al igual que en el orden físico, químico, etc., existe una serie completa de distintas figuras e instituciones jurídicas que se ofrecen al Derecho positivo de cada pueblo, como posibles fórmulas de protección de los intereses humanos, entre los que el legislador o la costumbre elige las más aptas para incorporarlas a su ordenamiento positivo. El Derecho histórico (o experiencia vertical) y el Derecho comparado (o experiencia horizontal) nos revelan este proceso de privatización de aquellas figuras o instituciones típicas, idéneas todas para dicha función protectora, y que serán objeto de elección, según las particularidades de cada país, por parte del legislador (en sus diferentes órganos de manifestación) o la sociedad (mediante las costumbres, las decisiones jurisprudenciales o la doctrina de los juristas). En ocasiones una misma figura o institución jurídica sirve sucesivamente según las épocas a distintos intereses...».

Estos párrafos nos muestran también la perspectiva histórica con que Roca Sastre contempla el Derecho, perspectiva que podemos ampliar con otros párrafos de su conferencia del año 1943, antes citada, en la Academia Matritense del Notariado:

«... las obras de los tratadistas de la Historia del Derecho estudian éste en la estática rigidez de los documentos o fuentes de conocimiento, sin pararse a examinar el Derecho en su aspecto más interesante, que es el evolutivo, el del desenvolvimiento y transformación de las instituciones».

— «... en el fondo no hay fórmula jurídica mala; todas las que reúnan la condición de jurídicas son fórmulas aceptables; el problema consiste en que encajen, que se adapten a las necesidades y circunstancias del caso, o sea que respondan a una necesidad sentida en cada situación específica. De ahí que propugnamos por *soluciones históricas*, o sea las que se apoyan en la experiencia, sin perjuicio de que de la realidad vivida ascendamos después de la construcción institucional de la figura jurídica especialmente contemplada. Es indispensable tener una concepción historicista del Derecho, pues sin ella se corre el peligro de desviarse hacia doctrinarismos estériles y perturbadores, exponiendo al legislador a un evidente fracaso al formular normaciones que la vida jurídica deja inoperantes».

El contraste de esta perspectiva institucional, forjada en un conceptualismo entreligado a la realidad viva y a la experiencia histórica, con la obra legislativa y la tarea judicial también la hallamos explicada por el propio Roca Sastre. Así, ya en su *Crítica institucional del Código civil*, después de referir los dos tipos institucionales en materia hereditaria (el romano de la *successio* y el germánico de la *adquisitio per universitatem*) y examinar su reflejo en el Código civil, concluye que éste «demuestra la deficiencia institucional del Código civil» y «cierto confusionismo en materias tan fundamentales», y, por ello propone:

— que «en una nueva revisión codificadora, será conveniente pronunciarse más claramente acerca de dichos sistemas hereditarios, y así, una vez escogido el que más satisfaga las exigencias de la tradición, las necesidades nacionales y la convicción jurídica, será preciso que en su ordenamiento legislativo se guarde la lógica institucional del correspondiente sistema hereditario adoptado».

— que «el llamado Derecho institucional aparecerá con todo su vigor», cuando, aclarado el sistema institucional del Código, «los principios generales del Derecho, de que habla el artículo 6.º del Código civil vigente, serán los principios institucionales del sistema elegido, pues hay que tener en cuenta que el articulado de un Código, por completo que sea, no llega a agotar toda la materia a normas», y así, para llenar las lagunas inevitables en los Códigos, «los principios inspiradores de la institución constituirán una abundante cantera de donde el juzgador sacará los materiales necesarios para integrar la norma legal insuficiente».

— y que, «mientras tanto la reforma del Código arriba, dicho Derecho, y por ende la lógica institucional, podrá servir de valioso auxilio».

Y, en el citado prólogo al indicado libro de Puig Brutau, añade, aún, que el juez al sentenciar, «para mejor desempeñar este cometido, contará con un resorte excelente mediante el Derecho institucional, pues le bastará con averiguar el tipo institucional adoptado por el legislador para extraer de él la norma adecuada con lo cual no creará normas, sino que, sin extravasar su función, aplicará por lógica institucional la norma querida por el legislador al elegir este tipo de figura o institución escogida. En esta cantera abundante del Derecho institucional ha de buscar el juez las normas integradoras en la aplicación del Derecho positivo respectivo, más bien que en aquellos altos principios que, como el de que «nadie puede enriquecerse en perjuicio ajeno» y tantos otros más, pertenecen a la Moral»:

Roca Sastre rechaza la idea de que con el Derecho legislado se pretenda agotar toda la regulación de lo jurídico. Así lo dice claramente en su conferencia, repetidamente citada de 1943, en la Academia Matritense del Notariado.

— «... debe pedirse al legislador civil que no estorbe con sus normas, pues con la acertada tónica de la escuela histórica del Derecho, que da prevalencia al pacto, a las regulaciones voluntarias y a la fuerza fecundante de la costumbre, basta que el legislador establezca las líneas institucionales del régimen jurídico sucesorio [al que en la conferencia se refería] y los preceptos necesarios para evitar abusos. Lo demás ya lo regularán las partes dirigidas por el Notario o Letrado».

— «... con ello sería posible llegar a la unificación del Derecho privado; unidad que, en rigor, antes existía a la sombra de la vigencia del *Corpus*, corregido por el Derecho canónico y por las variantes del derecho indígena o estatutario, y que la legislación

de factura napoleónica o de revolución francesa, en mala hora rompió».

«Pero, además, todo esto requiere la actuación de un elemento básico en la vida de nuestro Derecho privado; *el Notario*. Donde no llegue, o no debe llegar la presión del legislador, debe llegar el Notario, o sea, ese consejero nato de los otorgantes»... «pues, el Notario en España, no es un mero redactor de instrumentos públicos, sino, sobre todo, es un jurista en pleno contacto con la realidad de la vida del Derecho. De la vocación y hondo sentido que de las instituciones jurídicas vividas tenga el Notario dependen muchas cosas».

En el volumen LX de Revista Jurídica de Cataluña, correspondiente a 1949, aparece la nota necrológica que dedicó a Juan Martí Miralles, en la que recordó la tesis de este eximio jurista de que, antes de la codificación de tipo napoleónico, existía una verdadera unidad del Derecho civil, pues regía como elemento básico el Derecho común, formado fundamentalmente por el Derecho romano; que, para España, proponía la sustitución del texto del artículo 176 del Código civil a fin de que dispusiese la vigencia supletoria de las *Partidas*, y que por vía jurisprudencial el Tribunal Supremo declarase que por principios generales del Derecho debían entenderse las normas y reglas contenidas en el *Corpus*. Roca Sastre apostilló su opinión de que «el buen camino de la unidad jurídica en España indudablemente se halla en un gran Código civil de imperio general con el *Corpus iuris civilis* como supletorio y con varios subcódigos, anexos o apéndices comprensivos de las instituciones y fórmulas jurídicas especiales o diferenciadas de todos y cada uno de los diversos territorios en que, según este diferente régimen jurídico civil, se distribuye España».

Por lo que se refiere a las tendencias de la escuela jurídica catalana, en materia de Derecho privado, enunciadas por Durán y Bas, relativas a la organización de la familia, que no puede ser dependiente «de la mera voluntad del legislador», y consecuentemente a la de la propiedad, recordemos que Roca Sastre, en el texto que antes hemos citado del III tomo de la edición de 1941 de sus *Instituciones* de Derecho Hipotecario, consideró la familia como «un ente semipúblico interferido entre el Estado y el individuo», y a la propiedad inmueble como «asiento territorial de la familia».

Estas concepciones determinan lo que, a continuación, expuso en contra de la movilización de la propiedad inmueble.

«El afán de movilizar al máximo la propiedad territorial desconoce este carácter institucional y sólo atiende unilateralmente a su valor de elemento negociable, como si se tratara de una vulgar mercadería. Esta noción, tan sólo excepcionalmente, o sea tratándose de solares, puede ser tomada en cuenta».

En «la actualidad», «aquel ambiente de liberalismo ultraeconómico, de fiebre desvinculadora y desamortizadora y de reinte-



gración y recomposición del dominio dividido o desmembrado, ha sido superado por otro ambiente y clima de signo contrario, que mida aquéllas medidas con recelo».

«A base de la función social de la propiedad, de la necesidad de arraigar en el suelo a la familia rural y asentar al proletariado agrícola en su terruño, de combatir el absentismo y el éxodo a la ciudad de los trabajadores de la tierra, de descongestionar los grandes centros urbanos, de propulsar una repoblación y colonización interior, de proceder a una ponderada reforma agraria liquidadora del latifundismo, de intensificar la producción agrícola como base de una racional autarquía económica, etc., etc., por todos estos grandes fines u objetivos, actualmente se vuelve a mirar con cariño la vinculación, así como la descomposición del dominio mediante el gravamen censal o la división enfiteútica...».

«Por otro lado, aquel tópico de descomponer el dominio, integrándolo en toda su plenitud, de poner en una sola mano, libre y autónoma, se ha visto que no da todos los beneficios apetecibles, porque aquéllas cargas, aquéllos dominios directos, aquéllos retratos, etc., más que cadenas eran frenos y vínculos que ligaban y jerarquizaban a la sociedad, impidiendo su estructuración atómica y estableciendo una trabazón que ordenaba orgánicamente al país. Por esto, se ve ahora en los censos y hasta en la enfiteusis redimible, instrumentos poderosos de parcelación automática que no exigen la intervención burocrática estatal ni el recurso doloroso de la expropiación; cada día surgen tipos y configuraciones más curiosas de comunidad de bienes no regidos por la nota individualista de la comunidad romana...».

Todas estas tendencias «ponen a prueba el Derecho hipotecario, nacido en un mundo de contratación libre; pero en él existen recursos que permitirán su adaptación...». Y estimó que debían distinguirse la *movilización de la propiedad* y la *movilización del valor de la propiedad*. Esta última la analiza detenidamente en el último tomo de su 6.<sup>a</sup> edición, examinando ponderadamente sus ventajas y sus inconvenientes.

Los mismos principios le sirven para enfocar la llamada función social de la propiedad en su prólogo al citado libro de Joaquín de Camps y Arboix, en el cual recuerda Roca Sastre que el autor coincide en sus conclusiones, con conceptos por él ya expuestos, en el tomo III de las *Instituciones de Derecho Hipotecario*, y que hemos transcrito tres párrafos más arriba.

«Se habla —prosigue— de la *propiedad-función*, pero conviene reducir el alcance de este concepto a sus relaciones límites, eliminando todo significado funcionarista en el propietario, pues del contrario entraríamos en el campo socialista...».

«Debe descartarse toda idea que pretenda ver en el propietario un funcionario social y, por ello, quizá sería preferible substituir el concepto de *propiedad-función* por el de *propiedad-servicio*».

En consecuencia, prosigue:

«Hay que huir del socialismo, pues su corta experiencia ha demostrado que es una fórmula inservible para curar con menos estragos los males de la humanidad...».

«... La noción de *utilidad pública* ha sido utilizada ampliamente por las leyes, más nada es tan vago como esta noción, de suerte que es suficiente para poner la propiedad privada a la disposición del Estado. Pero apoderarse de la propiedad es cosa relativamente fácil mediante leyes; explotarla es más difícil. La explotación de monopolios acaban por ser ruinosos para las finanzas públicas. De ahí la idea de una cooperación entre el Estado y los particulares para explotar ciertos servicios. Esta forma de explotación ha sido denominada *economía mixta*... «En el fondo es una socialización disfrazada, una forma bastarda que se detiene a mitad del camino de la obra socializadora».

«... La socialización del hombre es una faena pavorosa, porque no se contenta con exigir que lo mío sea para los demás, sino que me obliga a que lo de los demás sea mío, incluso a que adopte las ideas y gustos de los demás, de todos». Y cita que para Röpke la solución está en un tercer camino, «consistente en una economía más humana, o sea: una distribución más equitativa de la riqueza, el acceso a la propiedad del mayor número de hombres posible, una limitación de la importancia relativa del maquinismo, un renacimiento de la producción artesana y una clase campesina acomodada y estable».

\* \* \*

Con lo expuesto, creo posible afirmar que el mismo Roca Sastre nos ofrece bastantes datos para tratar de completar, con perspectiva, los matices que su posición, acerca del Derecho y del método más adecuado para determinarlo y aplicarlo, presenta con respecto de los criterios considerados como característicos de la escuela jurídica catalana, antigua y moderna, y, de pasada, para cotejarlos con los más salientes de la escuela histórica de Savigny.

He transcrito, antes, la síntesis formulada por Durán y Bas de los caracteres de la escuela jurídica catalana del siglo XIX. Por mi parte, de mi estudio acerca del *Apparatus* de Tomás Mieres y de los trabajos efectuados por otros autores, en especial Torras y Bages y Elías de Tejada respecto de los juristas catalanes, induje las siguientes características de la concepción jurídica catalana en la Baja edad media, no muy alejadas de las de la nueva escuela: *Convicción de la trascendencia del derecho*, respecto del príncipe y de los organismos humanos que lo formulan; *sentido racional no voluntarista*, aunque *sin caer en el racionalismo*; *realismo* en su concepción y *practicismo* en su formulación, realizada en *continuidad histórica*, adaptándola a las circunstancias morales de los habitantes, a las geográficas del país e históricas del momento vivido; *razonable sentido de la equidad (equitat i bona rahó)* y *seny (sensum naturale)*, con sentido de la proporción y la pruden-

cia, es decir, juicio sagaz y equilibrado que pondera todas las circunstancias y todas las posibles consecuencias.

Me atrevo a aventurar, después de releídos los textos de Roca Sastre que acabo de transcribir, que en él se han repetido estos firmes caracteres, aunque algo afectados por el hecho real del positivismo legalista imperante en nuestro ordenamiento jurídico vigente (queramos o no y aunque luchemos cuanto podamos frente a él) y, sin duda, por el predominio efectivo en la doctrina, en especial en su época de formación jurídica, de la dogmática conceptual como superación de la exégesis del positivismo legalista.

Trataré de comprobarlo; pero, para ello, conviene precisar que tanto el realismo y el conceptualismo como la interpretación superadora del literalismo de la exégesis más rigurosa, ofrecen diversas perspectivas y matices.

El realismo puede referirse:

— al orden de la naturaleza, sin duda dinámico y en el que incide la actuación humana, que se discierne por los efectos de ésta actuación en el bien común, tanto desde un punto de vista ético, en primer lugar, como utilitario; o,

— a lo sociológicamente impuesto, es decir, a lo que se vive como derecho en la práctica, ya sea por el aparato coercitivo que acompaña a la ley, ya por los fallos de los tribunales de justicia, o bien por las fuerzas sociales que, a su modo, imponen sus propias reglas, a veces con el fin de destruir el orden establecido para abrir paso a otro nuevo, en ocasiones utópico.

La primera perspectiva fue la de los juristas catalanes. Por eso Ferrer y Subirana proclamaba que la legislación de Cataluña «no anda errante y perdida», «por la región de las teorías y los delirios humanos; no, tiene su trono, y un trono de diamantes acá en esta tierra en que vivimos»; advertía Torras y Bages: «Leyes de la tierra las llamaban, tanto en catalán como en latín, porque lo son, como son de la tierra las montañas y los ríos y las costas; producto e imagen de su sustancia nacidas de la misma entraña de la sociedad, no del cerebro de un príncipe o de una cámara legislativa»; y decía Faus y Condomines: «El fundamento del Derecho consuetudinario catalán es granítico, como obra que es de la naturaleza y de la Historia, los dos grandes factores de la realidad indestructible».

Por eso, *equidad* (o *convenientia rerum, quod naturalis ratio suadet*) y *bona ratio*, eran algo más que las fuentes supletorias de último grado. Si bien el *dret comú* se les anteponía, eran excluidas por ellas, como decía Mieres, aquellas normas romanas que carecieran de equidad o de buena razón. Y de ser inicuas e irracionales: ni las leyes eran leyes más que de nombre, ni las costumbres eran sino abusos. Incluso fue así tratándose de las constituciones generales, pese a ser aprobadas por el rey con los tres brazos de la Cortes. Como decía Mieres: «*quando intellectus legis repugnat rationi naturale, repellendus est*»; «*ubi ratio vincit legem possumus facere*

*contra legem rationi adherendo*», «*ubi deficit interesse, ubi lex deficit*», y «*cessante causa legis, cessat lex*».

Generalmente los juristas catalanes operaban realistamente, acudiendo a la inducción de las causas partiendo de los efectos y mediante juicios prudenciales. No fue una excepción al realismo pero sí en cuanto el camino seguido para captar la realidad, el genial Raimundo Lulio, dotado de poderosísimos *intellectus principiorum* y *synderesis*, fruto de su capacidad de contemplación, su experiencia, y su intuición con los que captaba los principios de la razón teórica y de la razón práctica, para proyectar su luz a los más recónditos y singulares detalles de la realidad concreta.

Mas no olvidemos que para juzgar por la equidad, como siguiendo al jurisconsulto romano Trifonino, aseveró Mieres «*debet attendi non pura naturalis, sed mixta ex traditionibus iuris positivi*». Tal vez, por esto, al fin de una centuria en la que el regalismo se imponía, Ramón Lázaro de Dou y de Bassols, se debatía moviéndose entre las leyes que arrancaban del Decreto de Nueva Planta y que lo desarrollaban e interpretaban, para tratar de conseguir de ellas el sentido más adecuado posible a la realidad. Su realismo no podía olvidar el peso en la realidad de los mandatos de las nuevas leyes, aunque sin perder de vista la realidad genuina, tratando de alcanzarla en lo posible aun a pesar y a través de aquéllas. La mentalidad jurídica de la primera mitad del siglo xv y la dominante en el tránsito del siglo xviii al xix eran muy diversas.

Roca Sastre se forma jurídicamente en un momento en que la ley positiva se autoproclama, en el Código civil, primera fuente del derecho; relega a supletorios en último lugar a los principios generales del derecho, y rechaza todo valor al desuso y a la práctica en contrario. Por otra parte, el iusnaturalismo, vivo en Durán y Bas, en Torras y Bages y en Prat de la Riba, resultaba décadas después, en los años veinte y treinta de este siglo, mal comprendido y era dejado de lado por las corrientes jurídicas predominantes. Los más prestigiosos juristas que habían superado la escuela exegética lo habían logrado acudiendo a la dogmática conceptualista. Ahora bien, el uso que de ésta puede hacerse, y que se ha hecho, es ciertamente muy diverso, como trataremos de precisar.

La escuela dogmática propiamente dicha construye los conceptos partiendo de la regulación del derecho positivo. Constituye así un positivismo que se autocalifica de científico y hace uso del método denominado de inversión (calificada tal relación dentro de una categoría dada, habrá que aplicarle en lo no previsto las normas correspondientes a tal categoría) y de la analogía. Frente a ella, otros autores rechazan el método de inversión y la analogía no basada en identidad de *ratio* (atendiendo para ello la finalidad de la norma).

Tampoco han faltado autores que han elaborado conceptos y sistemas no apoyándose en el Derecho positivo vigente, sino en el Derecho romano clásico o, contrapuestamente, en el viejo Dere-

cho germánico. La escuela Histórica del Derecho nos ofrece ejemplos de una y otra de estas tendencias. Otros, aún han tratado de elaborarlos mediante la captación de la realidad. Así González Palomino ha calificado de «conceptualismo realista» el de Carnelutti.

El mismo José González Palomino, en su salutación a Carnelutti, advertía: «Sin los conceptos no podríamos captar la realidad. Sin el sistema no podríamos entenderla. Pero conceptos y sistema tienen sólo un valor instrumental, y hemos de estar siempre dispuestos a mejorarlos y aún a desecharlos cuando no funcionen bien, porque estamos al servicio de la vida jurídica y no de los conceptos ni del sistema».

Creo que algún tiempo antes, en su estudio de la calle Héroe del 10 de agosto, le decía yo a González Palomino —como recientemente he recordado en un trabajo destinado al libro-homenaje de un profesor argentino amigo, *Los juristas ante las fuentes y los fines del derecho*— que otros dos compañeros y maestros —refiriéndome a Ramón María Roca Sastre y a José Luis Díez Pastor—, grandes conceptualistas y pandectistas, guiaban el método dogmático con su buen sentido jurídico, su experiencia de la realidad, su concepción objetiva de la justicia y su sensibilidad para lo equitativo, señalándole metafóricamente que «hacían conceptualismo con trampa». Frase que mi interlocutor aceptó como expresiva de lo que, a él, le parecía óptimo para buscar la justicia, valiéndose de los conceptos para el buen orden mental, pero sin supeditarse a ellos.

Que Roca Sastre no buscó el sistema ni los conceptos en el Derecho positivo, como la dogmática propiamente dicha, sino en la realidad histórica es evidente. El mismo lo dice en su repetido prólogo al citado libro de Puig Brutau: «Bajo la idea básica de que el Derecho no se crea sino que sólo se descubre, hay que sostener que el mundo jurídico al igual que en el orden físico, químico, etc., existe una serie completa de distintas figuras e instituciones jurídicas que se ofrecen al Derecho positivo de cada pueblo, como posibles fórmulas de protección de los intereses humanos». Y, como dice en su *Crítica institucional del Derecho civil*, observó las instituciones sucesorias «en conjunto su realidad viva, biológica de encaje o adaptación a la vida jurídica y destacando su carácter de solución histórica en determinado momento».

En ese mismo trabajo, advertía que le preocupaba más la justificación empírica de ese Derecho institucional que su demostración filosófica; añadiendo que éste se halla «fuera de la órbita del llamado Derecho natural» (¿De cuál? Creemos que propiamente se refería al racionalista de Grocio, Puffendorff, Heinecio, etc., o al pseudotomista de los manuales más en curso). Pero sin que «tampoco al apartarse del Derecho natural, caiga el Derecho institucional bajo la influencia de la escuela histórica y del positivismo jurídico».

Lo que observa en el Derecho institucional es «una gran dosis de realidad jurídica, manifestada bajo la gran exuberancia de

fórmulas e instituciones vividas a través de la historia o de la positividad del Derecho». Constituyen una *cantera*, como dice en su últimamente citado prólogo, de la cual no sólo el legislador ha de buscar el sistema, las instituciones y las formas, sino donde —dice Roca— el juez ha de extraer las normas integradoras, «más que en aquellos altos principios que como el de que "nadie puede enriquecerse en perjuicio ajeno" y tantos otros más pertenecen a la Moral».

¿Es que para Roca Sastre el Derecho institucional es neutro o indiferente a la moral? Creo que de ningún modo lo estima así. El mismo, al comienzo de su prólogo al libro de Puig Brutau, que seguimos teniendo a la vista, nos dice que el Derecho se dirige a «proteger intereses legítimos» y que «no pueden ser tales intereses sino justos y legítimos».

¿Cómo entiende, pues, Roca Sastre que puede lograrse dicha finalidad con el Derecho institucional?

Parece que de dos maneras. Una, operante en la misma entraña del sistema, institución o figura, es decir captando su justa configuración. Y otra, en la elección del sistema, institución o figura, entre las diversas que la Historia del Derecho y el Derecho comparado nos muestran.

La primera manera la observamos en su definición de la propiedad, que, en su prólogo al libro de Camps y Arboix, delimita, en cuanto estima que debe ser «con arreglo a la naturaleza, al servicio de la comunidad y para provecho del propietario», y aclara que el criterio «responde al *bonum commune* del pensamiento aquinatese». Y, en el mismo sentido, escribe en su *Crítica institucional*: No entramos en la construcción jurídica de las instituciones sucesorias con la frialdad propia de las investigaciones técnicas».

Pero, la principal manera de lograrlo parece ser la segunda, la de la elección «por el legislador o la costumbre», entre las figuras o instituciones jurídicas, de «las más aptas para incorporarlas al ordenamiento positivo». Tomándolas ya sea de la experiencia vertical del Derecho histórico o bien de la experiencia horizontal del Derecho comparado, de modo que «serán objeto de elección, según las particularidades de dicho país, por parte del legislador (en sus diversos órganos de manifestación) a la sociedad (mediante las costumbres, las decisiones jurisprudenciales o la doctrina de los juristas)». A juicio del propio Roca, «en el fondo, no hay fórmula jurídica mala; todas las que reúnan la condición de jurídicas [entendamos, «justas y legítimas»] son fórmulas aceptables; el problema consiste en que encajen, que se adapten a las necesidades y a las circunstancias del caso».

Con el fin de que la elegida sea la más adecuada, aconseja Roca Sastre —tanto en su conferencia de 1943 como en su prólogo al libro de Puig Brutau— «la conveniencia de adoptar soluciones históricas basadas en la experiencia», que la fórmula «se adapte al modo de ser, precedentes históricos y demás circunstancias del país respectivo». A su juicio, hay que examinar el aspecto más interesante de

la historia del Derecho, «el evolutivo, el del desenvolvimiento y transformación de las instituciones»; y cree «indispensable tener una concepción historicista [en el sentido de *histórica*; no en el del determinismo histórico, ni en el que estima que nada trasciende a la historia; pues resultan rechazados por el mismo Roca en los primeros párrafos de su *Critica institucional del Código civil*], pues sin ella se corre el peligro de desviarse hacia doctrinarismos estériles y perturbadores, exponiendo al legislador a un verdadero fracaso al formular normaciones que la vida jurídica deja inoperantes».

Sin duda en esto recuerda a Savigny, pero con evidentes salvedades.

El profesor alemán, pese a su ponderación del Derecho consuetudinario y del valor prevalente que le concede, no se ocupó de su búsqueda sino que investigó las fórmulas, figuras, instituciones y sistema en el Derecho romano, y no en el aportado a la práctica por el Derecho común, sino en el Derecho clásico, depurado de interpolaciones postclásicas; efectuando, según expresión de Tell y Lafont, una labor de arqueología jurídica.

Es cierto que Roca Sastre, a veces, traza las grandes líneas institucionales —como en las distinciones de perfil bonfantiano de la *successio* y la *adquisitio per universitatem* o de la legítima romana y la reserva germánica— con una pureza que, tal vez, casi nunca tuvieron dadas las grandes variantes que muestran el Derecho civil y el pretorio, el clásico, el postclásico y el justiniano, el Derecho romano vulgar y el germánico romanizado, y el juego corrector del Derecho común amparado en el uso extensivo de las cláusulas codicilar y *omni meliori modo quod valere possit*, estimadas a veces como tácitas o sobreentendidas. O como en la concepción del enriquecimiento sin causa y del negocio abstracto, con igual influencia bonfantiana, soslayando para que no empañaran la pureza de sus líneas, las tesis de Savigny-Pferche y de Pernice-Girard evocadas por Arias Ramos.

Pero, esa postura, que parece esquemáticamente rígida en los grandes andamios conceptuales —como creo que son las de su categoría de los derechos reales sobre el *ius disponendi*, y de ahí que él se escandalizase de que yo no los considerase sino meras garantías reales—, en cambio se flexibiliza tan pronto como enfoca cuestiones concretas que trata siempre de resolver con realismo, adecuadamente a las circunstancias, y con equidad.

Especialmente es de observar que, para resolver las cuestiones de Derecho catalán que se le plantean, busca, recopila y ordena las costumbres vividas y sigue la tradición de los juristas catalanes o recurre a los autores de Derecho común, aunque sea con algo menos de aparato bibliográfico del que empleara años antes, Martí Miralles. Recurre Roca Sastre no sólo a Cancr y Fontanella, sino también a Mantica, Menochio, Peregrino, Surdo, Fusario, Chiffletius (o sea, Claude Chifflet), Gregorio López, Antonio Gómez, el

Doctor Luis de Molina, Barbosa, Castillo Sotomayor, Merlino, Fabro, Bonfinio, Voet. No obsta que, además invoque a autores de los que, en el siglo pasado, se tomara la que Luis Figa ha calificado de tercera recepción del Derecho romano, como Vinnio, Maynz v Windscheid, y aún haya añadido otros de este siglo, como Bonfante, en especial, y Sohm, Jörs-Kunkel, etc.

En ese terreno práctico, Roca sigue siempre decididamente el camino más realista, conforme su propia consigna, formulada en su conferencia de 1943: «Debe huirse del simplismo perturbador y ver las cosas con visión orgánica y compleja, pues la vida jurídica es varia y varias deben ser las soluciones jurídicas».

Es conocida la anécdota de aquel paisajista famoso a quien una encumbrada dama le reconoció que desde que había contemplado su exposición de pinturas tomadas del Parque de Londres, éste le gustaba más. El pintor le contestó, con fino humor, que el Parque había mejorado mucho desde que él lo pintaba. Lo cierto era que su pintura captaba unos matices de la realidad que generalmente escapaban a los ojos de los meros paseantes, que no poseían la sensibilidad del artista, hasta que éste, en sus cuadros, destacara aquellas perspectivas y tonalidades que, a partir de entonces, todos sabían ya apreciar.

Pues bien, Roca Sastre ha sabido mostrar muchos matices de la realidad jurídica catalana con un relieve antes no advertido, estableciendo clasificaciones y dotando de un nombre adecuado a cada una de las figuras clasificadas. Pongo como ejemplo, el caso de los heredamientos: a favor de los contrayentes, simples o de herencia, cumulativos o complejos y mixtos; a favor de los hijos nacederos, puros, preventivos y prelativos, y mutales o recíprocos entre los cónyuges.

No hay duda de que esta conceptualización ayuda a captar mejor los matices jurídicos de la realidad, para valorarla debidamente, y orientar mejor las soluciones, para hallar las más adecuadas. Y de que, al favorecer la ordenación de las experiencias, facilita la aplicación de las normas.

La subsunción y analogía conceptual se efectúan así más rápidamente, con todas sus ventajas, aunque no sin riesgos. Y voy a poner un ejemplo para mostrar éstos. Gracias a esa fina cualidad de Roca Sastre para captar conceptos, diferenciarlos y darles un nombre adecuado, la Compilación catalana distingue de los fideicomisos de residuo la categoría que denomina sustitución preventiva de residuo, que deslinda el artículo 216. Ahora bien, el artículo 210, que en su § 1 define el fideicomiso de residuo, advierte en el § 2.º: «No habrá fideicomiso de residuo, aunque se emplee esta denominación, si el heredero o legatario resultan expresamente autorizados por el testador para disponer libremente de los bienes de la herencia o legado por actos entre vivos y por causa de muerte, designando para después de fallecer aquéllos un sustituto o susti-



tutos. En este caso se considerará ordenada una sustitución preventiva de residuo». No hay duda que la analogía existe, pero ¿es total?; y, de no serlo plenamente, ¿hasta dónde llega? En la sustitución preventiva de residuo basta que el sustituido, teste en general para que la sustitución no tenga lugar. En cambio, en el fideicomiso de residuo, si el heredero o el legatario (a quien aquél fideicomiso se le impone aún autorizándole para disponer *mortis causa* de los bienes en cuestión) testa de modo general sin referirse en forma alguna, expresa ni tácitamente, a los bienes que les fueron relictos con dicha particularidad, ¿es realmente conjeturable que en su llamamiento hereditario quiso comprenderlos? Estoy seguro que de plantearseles el problema, Roca Sastre hubiese vuelto a subdistinguir. Pero, ¿cuántos, ante el texto del art. 210 § 2.º, se detendrán en sus palabras y aplicarán la analogía sin más subdistinciones ni límite alguno?

Joan Martí Miralles, en la primera de las conferencias que pronunció en el curso 1909-1910 de la Academia de Jurisprudencia y Legislación de Barcelona, advertía que, al jurista «la realidad nos enseña que en la mayoría de los casos, ni aún ante las primeras excepciones de la regla, le es dado detenerse ante el espíritu investigador, que cree encontrar la verdad completa armonizando en estrecha y anhelada síntesis el principio y la excepción; ¡ilusión vana!, ésta, que constituye también a su vez una norma o regla, se halla a su vez sujeta a otras divergencias, a otras excepciones que convierten en interminable la tarea de un jurista, y en indescriptiblemente compleja la labor del práctico cuando pretende alcanzar, fatigado, jadeante, las últimas particularidades de una verdad jurídica».

Roca Sastre, sin duda, al tratar de los más complejos problemas de Derecho catalán siempre hacía esto, aunque dejara planteados como mejores unos conceptos jurídicos que bautizaba adecuadamente. El riesgo está en que sus lectores se detengan en esos conceptos, sin seguir subdistinguiendo, lo que equivaldría a no comprender al maestro.

Esa posibilidad muestra un riesgo, que aún se agranda tratándose de los conceptos más generales y por lo tanto más alejados de la problemática concreta. Y es que Roca Sastre no sólo ha elaborado ese retablo inacabado, que sólo él podía dirigir, que constituyen sus comentarios a la *Compilación catalana*, en una buena parte obra casi suya, sino que también ha edificado una catedral, la del Derecho Hipotecario, eso sí, llena de maravillosos retablos de cuestiones prácticas de Derecho civil que la hacen mucho más monumental. Pues bien, en las líneas de esa catedral abundan los perfiles dogmáticos de los conceptos más generales y, por ello, más alejados de la realidad concreta prácticamente experimentada.

Ante estos conceptos, aunque sean panorámicamente abstraídos de la realidad a través de lo que Roca denomina Derecho

institucional y no meramente del Derecho positivo, cabe distinguir varias posibles actitudes:

— la rigurosamente dogmática que impone el andamio conceptual como un corsé a la realidad, sometiendo al andamio toda posible realización de la arquitectura jurídica; y que, para resolver y juzgar, aplica inexorablemente el método de inversión y la analogía meramente conceptual;

— la flexiblemente conceptual, que continuamente, adiciona nuevas piezas en el andamio y al lado de él, de tal modo que lo salva sin impedir las construcciones adecuadas fuera de sus grandes líneas, y buscar la solución justa con nuevos subconceptos y variantes;

— y la que acepta la dogmática tan sólo a beneficio de inventario, como un medio auxiliar para la realización de la justicia, y sin sentir inconveniente en modificar el andamio conceptual, o en derribarlo, o incluso en prescindir de él, si resulta más aconsejable para lograr una solución más justas.

La primera actitud es la mecánicamente conceptual. La segunda ha sido la de Roca Sastre. La tercera es la de González Palomino, que antes hemos referido con sus propias palabras. La mía actual es otra, de vuelta ya del conceptualismo. Entiendo los conceptos que construimos sólo son medios, siempre insuficientes de ordenar las realidades jurídicas, pero que del mismo modo que las clasificaciones por materias y submaterias de los ficheros de las bibliotecas jurídicas, no nos deben hacer perder de vista la variedad infinita de las posibles variantes atípicas existentes entre unos y otros conceptos, que por lo demás son siempre aproximativos, razón por la cual si bien aquéllos pueden servirnos de orientación, nunca podrán utilizarse como apoyo de razonamientos decisivos.

En cambio, es de destacar que Roca Sastre, con su concepción del Derecho institucional, como con conceptualismo realista y lleno de matices, que él desarrolla con su excepcional genio jurídico en todas las cuestiones vivas de Derecho catalán, aun en los supuestos más arriesgados por su mayor lejanía a la problemática concreta, realiza insuperablemente una función magisterial de gran valor plástico, para dar una perspectiva más clara del complejo mundo jurídico. Esto precisamente hace de Roca Sastre uno de los más grandes maestros del Derecho.

Y aun es de destacar otra perspectiva del conceptualismo realista de Roca Sastre, situándolo en su momento histórico. La escuela jurídica catalana, antigua y moderna, se ha caracterizado siempre porque, sin perder nunca su identidad en las líneas maestras, ha tenido siempre una gran receptibilidad de las nuevas corrientes, por las que nunca hasta ahora se ha dejado arrastrar, sino que las ha asimilado una vez las ha adaptado a las características fundamentales de la escuela.

Así lo hizo notar Torras y Bages de Jaume Callis, respecto la recepción del derecho común y a la influencia de la escolástica tomista, con palabras que creemos cabe hacer extensivas a Tomás

Mieres y a Jaume Marquilles, destacando su notable potencia intelectual, armonizadora y asimilativa, y «la admirable alianza que supo lograr entre el elemento indígena, la institución nacida en Cataluña, con el derecho general y la ciencia especulativa de las leyes», actuando como «un verdadero escolástico, no sólo por su sistema de aliar el presente con el pasado», «sino por el desarrollo lógico de la materia, por la manera natural con que la divide y explica, deshaciendo los *dubbia* que se le proponen y reflejando en la exposición una luz de verdadera evidencia» y con «la maña de saber acomodar las instituciones viejas a las necesidades nuevas, de iluminar y vivificar el organismo jurídico que se forma en un determinado país con las doctrinas, instituciones y precedentes del derecho general, o que han merecido alta categoría dentro de la estimación de los hombres ilustrados».

Del mismo modo, en el siglo pasado, los juristas catalanes asimilaron la escuela *experimental* escocesa y la *ecléctica* de Coussin, y, finalmente, la escuela *histórica* de Savigny, pero adaptándolas a la propia mentalidad. La adaptación de esta última queda muy clara en la polémica en que se entrecruzaron las opiniones de Durán y Bas, Reynals y Rabasa y Pou y Ordinas, de una parte, y de Planas y Espalter, Pla y Deniel y Tell y Lafont, de otra, en pro y en contra de la escuela histórica, y en las mediaciones y puntualizaciones de Prat de la Riba, Borrell i Soler y Victorino Santamaría, entre otros. Resulta de ella, con claridad, que los hombres más calificados de la escuela jurídica catalana asimilaron de la escuela histórica lo que de ella resultaba concorde con la propia tradición jurídica, sin abdicar de los fundamentos iusnaturalistas, ni abandonar la trayectoria peculiar entroncada en el Derecho común, ni sustituirla por la búsqueda de las soluciones del Derecho romano clásico, ni en un momento dado dar el paso de traspasar el carisma de detentadores del espíritu del pueblo a los catedráticos, como estructuradores de un futuro Código en el que formular conceptualizado el propio Derecho, hasta entonces popular y guiado por sus juristas prácticos.

Roca Sastre ha efectuado en este siglo algo semejante, a lo expuesto, con respecto a la dogmática, conceptualista que nos llegaba en su época de estudiante. Supo despojarla de su positivismo genuino y de la rigidez de su método de inversión, para transformarla en lo que él denomina derecho institucional, caracterizándolo porque sus figuras son forjadas en la realidad, y requiriendo la adopción de las más convenientes, según criterios de adecuación histórica y local, para el bien común y, en definitiva a la justicia.

Queda, aún, una importante cuestión por analizar: relativa, primero a la posición de Roca Sastre ante la tarea legislativa y a la compilación del Derecho catalán, y, después a la que tuvo ante el Derecho legislado.

Hemos visto ya que, en su prólogo al referido libro de Puig Bru-

tau, Roca opina que los órganos que conforman el Derecho positivo deben circunscribirse a tomar del Derecho institucional existente en el mundo real —en el que existe un orden jurídico como hay un orden físico, químico, etc.— las figuras e instituciones, «más aptas para incorporarlas a su ordenamiento positivo», atendiendo para esa elección a la tradición histórica y a las particularidades de cada país. Y que los órganos que deben captar esas instituciones, dándoles el rango de Derecho positivo, no se circunscriben a los legislativos, sino que los extiende a la sociedad (en la elaboración de costumbres), a los órganos judiciales y a los juristas. Pero, como veremos, al hablar de los juristas, Roca no se refiere a los profesores de Derecho, como Savigny, sino a los juristas elaboradores de fórmulas en la vida jurídica práctica.

A su juicio, expresado en su conferencia dada en 1943 en la Academia Matritense del Notariado, el legislador debe dar «prevalencia al pacto, a las regulaciones voluntarias y a la fuerza fecundante de la costumbre, basta que el legislador establezca las líneas institucionales» y «los preceptos necesarios para evitar abusos. Lo demás ya lo regularán las partes dirigidas por el Notario o Letrado». E insiste: «Donde no llegue, o no debe llegar la presión del legislador, debe llegar el Notario, o sea el consejero nato de los otorgantes».

En esto, también, sigue la línea tradicional más pura de la escuela jurídica catalana.

En cuanto a la codificación, hemos visto que en sus palabras en memoria de Martí Miralles, en la misma directriz de éste, propugró por «un gran Código de imperio general con el *Corpus iuris civilis* como supletorio y con varios subcódigos anexos o apéndices comprensivos de las instituciones y fórmulas jurídicas especiales o diferenciadas de todos y cada uno de los diversos territorios...».

En la práctica, mientras la dogmática de los pandectistas alemanes construye el B. G. B., como una catedral del sistema con sus conceptos técnicamente elaborados con gran perfección por los catedráticos más ilustres, la Compilación catalana, en la que tanto pesó Roca Sastre, trató de elaborar una serie de retablos que recogieran fielmente las instituciones vividas en el país. Así sus redactores procuran recoger el Derecho peculiar lo más minuciosamente posible, sin abstracciones ni cientifismos, pretendiendo incluso que los preceptos de la Compilación se integraran con los textos originarios y remitiéndose para aclaración o complemento a la costumbre local o territorial. Estas pretensiones sólo se aceptaron en parte por las Cortes, que únicamente admitieron en el artículo 1, § 2, que para interpretar los preceptos de la Compilación se tome en consideración «la tradición jurídica catalana, encarnada en las antiguas leyes, costumbres y doctrina de que aquéllos se derivan», y, en el artículo 2.º, que el Derecho local escrito o consuetudinario, peculiar de algunas poblaciones o comarcas, se observe

«en el mismo territorio que desde antiguo aquéllas comprendían, en la parte que esta Compilación lo recoja o se remita a él».

¿Cuál fue, en fin, la postura de Roca Sastre ante el Derecho ya legislado o codificado?

El profesor de Historia de la Filosofía del Derecho de la Sorbona de París, Michel Villey, en el volumen correspondiente al año 1972 de los *Archives de Philosophie du Droit*, distinguía cuidadosamente tres criterios interpretativos, que van desde el positivismo más extremo al criterio propugnado por el sistema iusnaturalista clásico:

a) El de la escuela de la exégesis, que circunscribe la búsqueda de la solución en el análisis del *texto literal* de la norma, efectuándolo por procedimientos silogísticos, «casi mecánicos».

b) El menos positivista y más abierto, que reconoce la imposibilidad de deducir literalmente todo el Derecho de las normas escritas, y entiende que toda norma positiva no hace sino sugerir, de modo más o menos claro o confuso, una *orientación*, una pista del orden de preferencia que el ordenamiento positivo establece entre diversos intereses o valores, de cuya prelación han de extraerse los criterios para interpretar las normas.

c) Y el que concibe la regla del Derecho, no tanto como el medio de dirigir una conducta, sino más bien como un intento de *buscar el Derecho natural*: esto es, lo naturalmente justo; por lo cual las normas no pueden sino colocar jalones, aportar indicaciones fragmentarias que, entre otras, deberán ayudar a descubrir lo justo, puesto que lo escrito no puede abarcar todo lo justo natural, que, por esencia, es inexpresable en su plenitud.

Este último criterio es el que propugna el profesor de la Sorbona y el que yo trato de seguir. También es el que claramente siguieron los viejos juristas catalanes a través de la *equitat* y la *bona rahó*, en sus funciones no sólo supletorias sino determinantes de la aplicación del Derecho romano e interpretativas, incluso correctoras, de las *constitucions generals*. Recordemos las expresiones de Mieres que antes hemos reproducido. Incluso, después de la Constitución de Felipe IV (III en el Condado de Barcelona) que acoó el juego de la equidad, vemos cómo Luis de Peguera, con palabras que recuerdan las de Aristóteles, escribió que las leyes suelen dictarse en términos de generalidad, y como la vida se traduce en hechos completamente distintos entre sí, puede ocurrir que estos conceptos generales, al ser aplicados a casos concretos, produzcan una solución injusta, en cuyo caso «sería una iniquidad —*esset iniquum*, dice literalmente— aplicar el Derecho constituido», por lo cual es preciso rectificar la conclusión.

Roca Sastre, lo repetimos, vive en un momento en que la ley positiva proclama su propia prevalencia y en que no están de moda Aristóteles y Santo Tomás sino Windscheid y Bonfante, y se trata de superar el literalismo de la exégesis por la dogmática conceptualista. Sin embargo, como el Presidente Carlos Obiols, en la Aca-

demia de Jurisprudencia de Barcelona el 8 de marzo de 1974, en su discurso en homenaje a Roca Sastre, dijo: en el ideario y directrices de éste, la finalidad práctica del Derecho «es la realización de la justicia, cuyo sujeto es el hombre, no el hombre abstracto sino el hombre social determinado por los grupos donde el mismo se organiza y se completa».

Esto nos recuerda cómo Mieres, en el capítulo III de la collatio XI de su *Apparatus*, al tratar del pretendido *ius maltractandi* de los señores sobre sus payeses, advertía que si las sevicias no eran lícitas contra los siervos, en cuanto eran hombre, mucho menos cabían contra los rústicos, que no eran siervos; y que los payeses podían trasladarse a poblar los lugares reales a pesar del pretendido mal uso de la remensa personal, salvo en el caso de que en su juramento de fidelidad hubiesen prometido residir en el manso sin abandonarlo para habitar en lugares reales ni en otros. Y como, contra el mal uso de no poder acudir los payeses a los tribunales reales por los malos tratos recibidos de su señor y la confirmación del *ius maltractandi* por la constitución de paz y tregua de Cervera de 1202, proclama, con énfasis, «*Rex etiam cum tota Curia non potuit, neque posset facere legem iniquam contra legem Dei, quae si facta foret, non valeret; nec esset lex, quia oportet, quod lex sit iusta et rationabilis*».

La finalidad de realizar la justicia, ante las mayores dificultades actuales, antes indicadas, pretende lograrla Roca Sastre recurriendo a lo que él denomina Derecho institucional, en cuyos conceptos introduce juicios éticos y de utilidad común y entre cuyas figuras trata de que se elijan las más adecuadas, como antes hemos visto.

Por otra parte, con su realismo, en su tan citada conferencia de 1943, advierte «que deben evitarse las consecuencia perturbadoras de la posible pugna entre la realidad jurídica vivida y el rígido pragmatismo de los textos legales positivos», y contra el peligro «de desviarse hacia doctrinarismos estériles y perturbadores, exponiendo al legislador a un evidente fracaso al formular normaciones que la vida jurídica deja inoperantes».

\* \* \*

No quiero concluir este apresurado comentario sin expresar mi deseo de que la gigantesca dimensión jurídica de Roca Sastre, como maestro y como jurista práctico, y de su obra jurídica, como científico y como artífice del Derecho, sean objeto de los estudios que se merecen en extensión y en profundidad. Yo me he limitado a apuntar los aspectos que me parecen más destacables y más significativos de su personalidad, en los campos de la ciencia y el arte del Derecho, pero bien sé que no he podido abarcarlos ni profundizarlos suficientemente. Para que las figuras gigantes puedan ser comprendidas adecuadamente es necesari-

ria la contribución de muchos lectores y relectores, más el esfuerzo de muchas mentes reflexivas y esclarecidas.

A este deseo agrego la reiteración de los que ya antes he expresado. De que se publiquen, en unos Estudios Jurídicos Varios de Roca Sastre, sus trabajos hoy dispersos en revistas, anales, anuarios, libros-homenajes o fascículos, o inéditos aún; y de que su hijo Luis complete y ordene los Comentarios a la Compilación del Derecho Civil Especial de Cataluña que su padre, pacientemente, durante varios años, fue elaborando, es decir, su gran retable, como lo calificó Luis Figa.

Yo, en mi memoria y en mi corazón conservaré, mientras viva, el recuerdo entrañable, no sólo del gran jurista, sino del querido maestro y amigo, sencillo, cordial, generoso y humano, que me hizo revivir mi afición por el Derecho y con el que, incluso en aquellos en que pensábamos diferentemente, siempre sintonicé en su amor al Derecho, en su sentido de su realidad, en su dedicación al logro de su finalidad de la consecución de la justicia concreta, equitativamente. Maestro al que sigo admirando por su sabiduría, su ecuanimidad, su prudencia, por su *seny* y su *bona rahó*.

¡Descanse en paz, y que su memoria nos sirva de ejemplo y de guía!

JUAN VALLET DE GOYTISOLO





# El arbitraje y la nueva «Lex mercatoria»\*

FEDERICO DE CASTRO Y BRAVO

SUMARIO: I.—OCASION Y PROPOSITO DE ESTAS NOTAS.—II. VICISITUDES DEL ARBITRAJE: 1. Los antecedentes históricos.—2. El arbitraje en el Derecho romano.—3. El Derecho común.—4. Cataluña.—5. Aragón.—6. Castilla.—7. El movimiento codificador: a) En Francia. b) En España.—III. LA CLAUSULA COMPROMISORIA: 1. Significado de la cláusula.—2. La validez de la cláusula en el Derecho francés.—3. La validez de la cláusula en el Derecho español antes de la Ley de arbitrajes.—IV. VENTAJAS E INCONVENIENTES DEL ARBITRAJE: 1. Del arbitraje.—2. De la cláusula compromisoria.—V. LA NUEVA *LEX MERCATORIA*: 1. Su conexión con el arbitraje.—2. La antigua y la nueva *lex mercatoria*.—3. La lucha contra las leyes imperativas.—4. El movimiento de unificación.—5. Protagonismo del arbitraje.—VI. REACCION FRENTE AL MOVIMIENTO DE LA NUEVA *LEX MERCATORIA*: 1. La justificación doctrinal.—2. La protección de la parte más débil.—3. Control del arbitraje: a) Justificación doctrinal. b) Las limitaciones legales.—VII. LA NUEVA *LEX MERCATORIA* Y EL COMERCIO INTERNACIONAL: 1. Repliegue de la *lex mercatoria* al tráfico internacional.—2. El arbitraje internacional.—VIII. ALGUNAS CONSIDERACIONES EN TORNO A LA LEY DE ARBITRAJES DE DERECHO PRIVADO: 1. Carácter general de la Ley.—2. La independencia del contrato preliminar.—3. Las condiciones del árbitro.—4. El procedimiento arbitral.—5. Los recursos contra el laudo.—6. Otras observaciones.—IX. EL PACTO DE ELECCION DE FUERO.—X. REFLEXIONES FINALES.

---

(\*) Ante todo, debo expresar mi gratitud a Antonio Manuel Morales y a Agustín Font por su continuada y generosa ayuda, proporcionándome bibliografía y facilitándome el manejo de libros y revistas, y también a R. Bcosman, bibliotecario del Tribunal Internacional de Justicia. Debo agradecer, además, a Manuel Peña los datos que me ha suministrado sobre leyes municipales, y a Rafael González Gallarza sobre las Comunidades Europeas. En fin, y muy especialmente, he de expresar mi reconocimiento a Juan Hernández Canut, sin cuya colaboración estas notas no hubieran llegado a publicarse.

## I. OCASION Y PROPOSITO DE ESTAS NOTAS

Me parece justo y debido, decirle al lector unas palabras del porqué, y del para qué de estas notas. Así podrá conocer de antemano a lo que se expone con su lectura y lo que en ellas puede encontrar.

Es de todos sabido que estamos ante la amenaza de hondas y extensas reformas legislativas. Entre éstas, se cuenta la de una nueva Ley que venga a sustituir la de 22 de diciembre de 1953, por la que se regula el Arbitraje de Derecho privado. El propósito de reforma es relativamente antiguo y según autorizadas noticias, la Comisión General de Codificación prepara al efecto, sobre él, un anteproyecto detallado (1). Anuncio que me ha llevado a apresurar la redacción y publicación de este trabajo; en la optimista esperanza de que los datos que ofrece, puedan interesar y ser útiles a quienes está confiada la temerosa tarea de preparar leyes, de redactar el texto de la nueva ley de arbitraje.

Las reformas legislativas son vistas con recelo, vendrán siempre a conmover el ordenamiento jurídico y a resquebrajar la confianza social en las leyes; mas hay casos en que la derogación de una ley resulta tan aconsejable que urge sustituirla con una nueva ley. Mas no debe olvidarse que todo cambio encierra peligro y que una mala ley puede ser reemplazada por otra peor.

La Ley de arbitraje ha sido objeto de críticas, a veces de gran dureza, por sus defectos técnicos, y en especial, por su desgraciada regulación de los recursos contra el laudo arbitral. Son merecidas y serán recordadas en la última parte de estas observaciones; pero lo que ha motivado estas notas, la causa principal de mi preocupación es otra distinta; se refiere a la orientación general de la ley, a los principios sobre los que se ha fundado la reglamentación que contiene.

La regulación del arbitraje establecida en 1953, deriva abiertamente de la concepción del arbitraje, que se ha llamado consensualista o contractualista. Los que conciertan un Arbitraje o establecen una cláusula compromisoria (2), se piensa que podrían hacerlo con la mayor libertad, en virtud del principio de la autonomía de la voluntad («pacta sunt servanda»); si una parte resulta perjudicada, que no se queje, habrá de atenerse a lo que ella quiso o dijo querer. Esta postura jurídica, sobre la que luego se tratará

---

(1) Reforma de la Ley de Arbitraje que consideran urgente CHILLON y MERINO, *Tratado de arbitraje interno e internacional*, Madrid, 1978, p. 18.

(2) En la Ley de Arbitraje se utiliza, en lugar de este término, el de contrato preliminar de arbitraje, por entender que es más exacto. GUASP, *El arbitraje*, Barcelona, 1956, pp. 80-81. Aquí se ha preferido no emplearlo, no sólo en razón de la brevedad y de su uso general, sino también por su naturaleza accesoria (aunque sea cláusula establecida en documento distinto), respecto al contrato llamado principal.

con despacio, será utilizada y aprovechada por los empresarios más poderosos y por las multinacionales, para introducir en las condiciones generales de los contratos impuestas de ordinario, la sumisión al arbitraje, y a favor de un árbitro que se encuentra en dependencia de aquéllas o al de una institución arbitral que le pueda ser favorable.

Esta realidad social, bien conocida en la práctica de muchos países y también, sobre todo, en los negocios internacionales, será la que, hace ya muchos años, me llevara a decir, tratando de las condiciones generales de los contratos, que «con razón se ha advertido que ninguna cláusula de las condiciones generales es más peligrosa que la cláusula compromisoria» (3). Aspecto de peligrosidad de la cláusula que parece evidente, ya que facilita a las grandes organizaciones industriales y mercantiles, el lograr imponer a los más débiles económicamente, tribunales arbitrales y normas favorables a sus intereses. Por esta razón, en las leyes de muchos países, en su jurisprudencia y hasta en los convenios internacionales, se puede notar una preocupación creciente respecto de este peligro. Hasta en los Estados que se han cuidado de establecer normas para evitar que se nombren árbitros sospechosos de parcialidad, se sigan procesos arbitrales sin garantías y se dicten laudos que choquen abiertamente con normas imperativas o con el orden público nacional, la doctrina insiste sobre la necesidad de que los tribunales vigilen severamente el cumplimiento de estas cautelas, antes de dar o reconocer eficacia ejecutiva a las sentencias arbitrales (4).

---

(3) *Las condiciones generales de los contratos y la eficacia de las leyes*. Discurso leído el día 27 de abril de 1961, en su recepción pública. Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, p. 46, nota 142; se hace allí especial referencia a lo dicho por HILDEBRANDT, *Das Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen*, A. C. Pr., 143 (1937), p. 328, y por MROCH, *Zum Kampf gegen die unlauteren Geschäftsbedingungen*, 1960, pp. 54 y sig. "La condiciones generales de los contratos y la eficacia de las leyes", han sido publicadas también en el A. D. C. XIV, II (abril-junio, 1961), p. 332 (nota 142) y reeditada en Cuadernos Cívitas, Madrid, 1975.

(4) Puede verse, al efecto, BAUMBACH-LAUTERBACH, *Zivilprozessordnung*, 30.<sup>a</sup> ed. München, 1970, p. 1730. También, STEIN-JONAS, *Kommentar zur Zivilprozessordnung*, 19.<sup>a</sup> ed., Tübingen, 1970. Brand II, Lieferung 31, com. al § 1.025, pp. 2 y 3. Especialmente, todo el excelente y documentado estudio de KRONSTEIN, *Business Arbitration-Instrument of Private Government*, *The Yale Law Journal*, 54 (1944-1945), pp. 36-69. Trabajo reproducido en *Recht und Wirtschaftliche Macht. Ausgewählte Schriften von Heinrich Kronstein*. Karlsruhe, 1962, pp. 37-68 (Las citas que después se hacen a KRONSTEIN son al *Yale Law Journal*). STEINDORFF, *Autonomy of Contracting Parties in Interstate Commerce-An Economic Evaluation*, en *New Directions in International Trade Law. Acts and Proceedings of the 2nd Congress on Private Law held by the INTERNATIONAL INSTITUTE FOR THE UNIFICATION OF PRIVATE LAW*, N. Y., 1977, vol. I, p. 101; publicación después citada como *New Directions*; otras referencias a autores, leyes y convenios internacionales, podrán verse a lo largo de este trabajo; aquí se han indicado algunos de los que pueden tener un carácter más general.

Teniendo en cuenta los hechos recordados, un buen concededor de la práctica de los negocios, en especial de la de los Estados Unidos, ha creído deber llamar la atención sobre ella, sentando estas conclusiones: «Instrumento de los "Cartels" y de las asociaciones comerciales monopolistas, el arbitraje moderno se muestra no sólo como incompatible con los conceptos generales del Derecho positivo, sino que es un ataque a los mandatos jurídicos de la Constitución»; «Aunque dada la dificultad de hacer volver el arbitraje a su función original, de medio de decidir cuestiones entre individuos (ello parece irrealizable en la presente organización económica), el hacer volver el arbitraje a una función *dentro* en lugar de *fuera* del Derecho, es una finalidad de importancia capital. El procedimiento ante los Tribunales se debe ampliar y hacerse efectivo, para servir al interés público, como a las exigencias justificadas de los negocios modernos. Mientras esto no se consiga, el público y el Gobierno deberán asegurarse de que el arbitraje organizado no viole los principios del Derecho, de la justicia social y del interés nacional» (5).

Aquellos hechos y estas reflexiones, se verá que están en abierta contradicción con el espíritu que informa la Ley de 1953, la que no concede ningún control judicial práctico respecto de las cláusulas compromisorias y del laudo arbitral. Esta contradicción no parece haber sido advertida por la doctrina española. Resulta sorprendente que, al dictarse la Ley de 1953 y después al ser ella objeto de comentarios, no se haya alzado alguna voz autorizada, advirtiendo de las posibilidades de abuso a las que favorece la nueva regulación.

Por lo contrario, las observaciones críticas hechas a la ley sobre arbitraje, más bien resultan de considerarla demasiado restrictiva y poco liberal. Valorada desde el punto de vista de los intereses de quienes imperan en el mundo de los negocios, en el tráfico internacional, se habla de la «mentalidad recelosa del legislador español de 1953», en contraste con la confianza del legislador internacional cuando se ocupa del arbitraje internacional (6). Desde un ángulo más doctrinal, se predica que «contra el laudo arbitral no debe darse recurso alguno, porque lo veda la voluntad de los compromitentes que, al excluir a la jurisdicción ordinaria, se someten expresamente a la decisión de los árbitros; y es de desear que en la futura reforma del arbitraje se suprima todo recurso contra el laudo, para ser consecuente el legislador con la naturaleza contractual de la institución» (7).

En estas palabras, puede observarse que se afirma ser consecuencia lógica indeclinable de la naturaleza del arbitraje, la exclusión de todo control respecto al proceso arbitral. Con ello, se ha

(5) KRONSTEIN, *Loc. cit.*, p. 69.

(6) CREMADES, *Panorámica española del Arbitraje comercial internacional*, Madrid, s. d., p. 12.

(7) OGAYAR, *El contrato de compromiso y la institución arbitral*, Madrid, 1977, p. 232. *Problemas de la Ley de Arbitraje*, R. Ac. de Jur. y Leg. Anales, núm. 6, Madrid, 1978, pp. 58-59.

sacado la problemática del arbitraje de la zona llana de la valoración de intereses y se le ha llevado a la de la dogmática abstracta, al «cielo de los conceptos», de que hablara Jhering. La cuestión se ha podido elevar todavía más, se le ha sublimado hasta ver, en las distintas opiniones sobre la naturaleza del arbitraje, el reflejo del enfrentamiento de unas contrarias concepciones del Derecho y de la vida. Lo que se ha expresado de forma impresionante, diciéndonos que «colocado frente al arbitraje, no existe ningún grupo de juristas que no reaccionase vivamente, en favor o en contra, y acaso sea la mejor manera de diagnosticar la concepción del Derecho que cada uno tiene, la de preguntarle, en sustancia, qué opina del arbitraje, ya que según se manifieste en pro o en contra, habremos descubierto sus últimos pensamientos, metafísicos más que dogmáticos, sobre lo que el Derecho verdaderamente debía ser» (8).

Me parece que bastarán las citas hechas, para observar cómo se desmesura el significado atribuido a las opiniones sobre el arbitraje. Con ello, se deja en segundo lugar o se olvida lo que parece más importante, sus ventajas y desventajas prácticas, el nuevo significado que el arbitraje adquiere con la cláusula compromisoria, su peligrosidad y la posibilidad de remediarla o limitarla, su encaje, en fin, en el sistema jurídico general.

Muchas son las causas que han contribuido a la sacralización del arbitraje. De un lado, juegan los intereses de quienes vienen utilizando la cláusula compromisoria y las condiciones generales de los contratos para asegurar su prepotencia en el mundo de los negocios, con las asesorías jurídicas a su servicio; de otro, se encuentran los tratadistas que piensan salvar las dificultades que ocasiona la diversidad de leyes nacionales, en caso de conflicto de leyes, acudiendo a la autonomía de la voluntad y, en fin, la antigua y continuada mitificación de la autonomía de la voluntad. Valoración del arbitraje que se potencia al máximo, como ninguna otra institución jurídica, por el creciente número y valía de quienes se ponen al servicio de su desarrollo y fomento; asociaciones para su estudio y desarrollo, cámaras nacionales e internacionales, conferencias y congresos, convenios internacionales, revistas especializadas y consejos internacionales.

Estas notas se han redactado, creo, sin prejuicios, a favor o en contra del arbitraje y sin pretender con ellas el servir a una u otra concepción del Derecho o de la metafísica. Las conclusiones a las que con ellas se puede llegar, tienen un alcance más modesto y utilitario. Se han recogido datos de la Historia, de Derechos

---

(8) GUASP, *El Arbitraje en el Derecho español. Su nueva regulación conforme a la Ley de 22 de diciembre de 1953* Barcelona, 1956, p. 13. La frase citada ha sido reproducida literalmente y en español por MINOLI, en su *Prefacio* al libro de MARANI, *Aspetti negociali e aspetti processuali del arbitrato*, Torino, 1966, quien la hace suya, añadiendo que en muchos juristas italianos sus íntimos pensamientos pesan más que las exigencias de la economía y de la auténtica justicia, p. XIII.

extranjeros y de la práctica judicial; se intenta conocer cuáles son las raíces de la moderna regulación del arbitraje y del cambio de funciones que se le han atribuido, con el movimiento llamado de la «lex mercatoria» y, en fin, se ha considerado el valor de la autonomía de la voluntad en la ordenación total del sistema jurídico. Todo ello, sin aspiraciones de ofrecer una construcción dogmática, sino con la más limitada de ir observando cómo se conjugan y pueden armonizarse los intereses legítimos del comercio y la debida protección de los económicamente más débiles. Datos y observaciones utilizables o utilizados para la crítica de la vigente Ley sobre arbitrajes y que se recogen y publican por si pudieran ser objeto de consideración, cuando se trate en serio de la reforma de dicha Ley.

## II. VICISITUDES DEL ARBITRAJE.

### 1. *Los antecedentes históricos.*

Ha sido un viejo hábito el de comenzar el estudio de cada institución o figura jurídica con una breve introducción sobre antecedentes históricos. Uso, hoy, un tanto desacreditado; se observa, y no sin razón, que en general, los libros se limitan a una indigesta enumeración de datos recogidos de manuales, elementales también, y sin verdadero valor científico. Sin embargo, puede advertirse el hecho de que autores prestigiosos vienen utilizando la referencia a las antiguas instituciones, como argumento de autoridad para explicar el Derecho vigente o para amparar en ella sus propias construcciones doctrinales; así sucede, respecto al arbitraje, con los partidarios de la concepción contractualista y de la procesalista (9).

A mi parecer, el recuerdo de las sucesivas manifestaciones del arbitraje, y el tenerlas en cuenta, puede ser útil en la doctrina jurídica. El conocer las raíces de una figura jurídica puede explicarnos algunas de sus actuales características. Además, cabe que sirvan para decirnos el significado real de algunos prejuicios heredados, y cuya aceptación acrítica puede dificultar la debida apreciación del Derecho actual. Todavía, y respecto al arbitraje en especial, pueda resultar en una deseable desmitificación del arbitraje, observando que no se trata de algo dado «a priori» sino de una figura cambiante, resultado del variado entorno social y del juego de intereses de ciertos grupos sociales.

(9) Así, por ej., de un lado SATTI, *Contributo alla dottrina del arbitrato*, Milano, 1969 (reedición, presentada por Furno, de la primera edición de 1931), pp. 76 y sig. MARANI, *Aspetti negoziali e aspetti processuali del arbitrato* (Contributo alla dottrina del arbitrato), Torino, 1966, pp. 7 y sig; MAZZARELLA, *Arbitrato e processo. Premesse per uno studio sull'impugnazione del lodo*, Padova, 1968, pp. 15 y sig., pp. 108-109, nota 168. Del otro lado, VECCHIONE, *L'arbitrato nel sistema del processo civile*, Milano, 1971, pp. 16 y sig.

## 2. El arbitraje en el Derecho romano.

El examen de las vicisitudes del arbitraje habrá de comenzar por una referencia al Derecho romano (10). No se pretende hacer un estudio erudito de dicho Derecho, lo que es cometido propio de los romanistas, sino de una tarea menos ambiciosa, la de recordar los textos que hubieran de tener en cuenta los autores del Derecho común o intermedio, pues será su doctrina la base del Derecho moderno.

Basta el hojear el «Corpus iuris civilis» para darse cuenta de la importancia que el arbitraje hubo de tener en la Sociedad romana; ello se manifiesta, tanto en lo numeroso de los textos recogidos, como en el elenco de cuestiones prácticas que tratan de resolver (11). De ellas, y de noticias que nos dan alguna que otra obra literaria, parece resultar que el interés por el arbitraje tenía como motivo el que su uso ofrecía ventajas importantes respecto al procedimiento judicial. En primer lugar, permitía escapar de la rigidez del proceso formulario; mediante el arbitraje se obtenía el que la cuestión controvertida no se decidiese según la «dura ley» sino «quatum aequius et melius sit» (12). Después, tenía la ventaja, inestimable en ocasiones, de escapar a la publicidad y «estrépito» propio de contienda judicial y, con ello, sustraer a la curiosidad ajena la intimidad y el secreto de lo que fuera objeto de la controversia (13). En fin, puede también estimarse como ventaja de la sentencia arbitral, el que, a diferencia de la sentencia del juez, ella no estaba sujeta a la apelación (14); en

(10) No se recogen las noticias más o menos curiosas que se suelen citar, sobre manifestaciones más antiguas del arbitraje, pues ellas no influyeron en su evolución.

(11) El título octavo del libro cuarto del Digesto, bajo la rúbrica «De receptis, qui arbitrium receperunt, ut sententiam dicant»; contiene cincuenta y dos fragmentos; el título cincuenta y seis del libro segundo del Código, cuenta con seis fragmentos, bajo la denominación «De receptis arbitris». Además, a lo largo de todo el «Corpus» se pueden encontrar referencias al arbitraje, algunas de importancia; así, D. 17,2,75-80; D. 38,1,30; D. 45,1,43; Nov. 22.11.1.

(12) CICERÓN contraponen el proceder judicial al arbitraje. El primero es calificado de «directum, asperum, simplex», mientras que considera al arbitraje «mite, moderatum». *Pro Roscio Comoedo*, 4, 8-12. También SÉNECA contrasta la conducta del juez con la del árbitro, «quia illum formula includit, et certos, quos non excedat, terminos ponit; huius libera, et nullis stricta vinculis religio, et detrahare aliquid potest, et adjicere, et sententiam suam non prout lex aut iustitia suadet, sed prout humanitas et misericordia impulit, regere», *De beneficiis*, III, 7; «Clementia, liberum arbitrium habet: non sub formula, sed aequo et bono indicat, et absolvere ille licet, et quanti vult, taxare litem. *De Clementia*», II, 7. También, D. 4.8.3, § 1: «quasi virum bonum inter se elegerunt».

(13) Como se deduce de D. 4,8,3, § 1: «post nudata utriusque intima et secreta negotii aperta».

(14) Cuyo uso frecuente justificaba Ulpiano, como necesario para evitar la iniquidad y corregir la impericia, D. 49,1,1.

razón a que se consideraba resultado de lo que ahora se llama la autonomía de la voluntad (15).

La construcción jurídica del arbitraje, dentro del sistema romano, es tan compleja como hábil. Consta de dos convenios. Por el primero, aquellas partes que entre sí tienen una controversia o litigio, y abrigan el propósito de terminarla sin intervención de la autoridad judicial (16), se harán mutuas promesas («cum-promisso facto») para confiar su decisión a una tercera persona («arbitrator») (17). No era dado a unos particulares conferir a otra persona funciones judiciales, ni otorgarle a su decisión la eficacia de una sentencia judicial. Esta dificultad se salva, ingeniosamente, mediante la estipulación de una pena pecuniaria, que habría de pagar la parte que no cumpliera lo ordenado por el árbitro, a la parte que estaba conforme con la Sentencia arbitral (18). Estipulación de la pena, que será así elemento esencial del compromiso, que le daba fuerza jurídica y que le distinguía del consejo u opinión autorizada (19). La mutua promesa de la pena, se nos dice, servirá para que por miedo a ella, ninguna de las partes deje de cumplir lo acordado (20).

El segundo convenio viene a obligar al árbitro respecto a las partes. Para que el arbitraje funcione, se requiere que el elegido haya aceptado («arbitrium recipere») ejercer el oficio de árbitro; es decir, según la expresión de Pedio, la de asumir el deber de actuar como juez, de modo que con su Sentencia se ponga fin a las controversias existentes entre las partes del compromiso (21). Dado

---

(15) El mismo Ulpiano dice que debe estarse a la Sentencia que dicte el árbitro sobre el asunto, resulte ella justa o injusta; y ello impúteselo a sí mismo, pues quiso hacer el compromiso (“sive aequa, sive iniqua sit; et sibi imputet, qui compromisit”) D. 4,8,27, § 2. No cabe compromiso fuera del ámbito de la autonomía. D. 4,8,3, pr.; D. 4,8,3, §§ 6 y 7.

(16) D. 4,8, 1; comp. D. 4,8,11, §§ 4 y 5.

(17) No habrá que advertir, por evidente, que aquí se trata siempre del “arbitrator ex compromisso” (“receptum arbitrii”), y no del “arbitrator” en el procedimiento judicial, con funciones análogas a las del iudex (“iudicium privatum”). La referencia que se haga al árbitro, comprende no sólo el supuesto de árbitro único como el de varios árbitros, p. ej., tres o dos (en este supuesto, a falta de unanimidad, podría nombrarse un tercero dirimente).

El árbitro habrá de ser una tercera persona; lo que explicaba Marciano diciendo que no puede dictar sentencia quien hubiera sido nombrado árbitro en un asunto propio (“de re sua”); porque habría que mandar hacer o prohibir algo y a sí mismo no cabe se mande o prohíba algo (D. 4,8,51).

(18) En base al Edicto del Pretor: “Qui arbitrium pecunia compromissa receperit”, D. 4,8,3, § 2 y D. 4,8,11, § 2. Las referencias al requisito y aplicación de la pena son numerosas: Así: D. 4,8,23; D. 4,8,25, § 2; D. 4,8,26; D. 4,8,28, §§ 6 y 7; D. 4,8,29; D. 4,8,31; D. 4,8,32, pr.; D. 4,8,34 § 1; D. 4,8,35 y 36,37,38,39,40,42,43,44 y 52; C. 2,56,1 y 2.

(19) Comp. D. 4,8,13, § 2.

(20) C. 2,56,1.

(21) D. 4,8,13, § 2. La frase “iudices partes suscepit” no supone su asimilación al juez, excepto en lo de buscar poner fin a las controversias; pues, como dijera Ulpiano, se le elige por las partes para que



lo especial del cometido del árbitro, su naturaleza no encuentra encaje en los tipos de obligaciones ya reguladas; para obligar al árbitro a que cumpla su promesa se discurre un remedio también especial. Se nos dice que cuando el árbitro, por cualquier causa, no quisiera dictar Sentencia arbitral, será muy justo que el Pretor interponga su autoridad para que cumpla el cometido («officium») que aceptó (22). Lo que lleva a concluir que, en el caso de que el árbitro se ocultase y no aparezca, el Pretor debe investigar, y si la ausencia durase demasiado, podrá imponerle una multa (23).

No se desconoce, sino que repetidamente se advierte, la semejanza entre la Sentencia arbitral y la Sentencia judicial, entre la función del árbitro y la del juez, señalándose que el compromiso, como los juicios, tiene por objeto poner fin a los litigios (24). Tal semejanza puede llevar a ciertas referencias analógicas (25), pero no hasta ocultar sus esenciales diferencias. El árbitro aparece como dueño del procedimiento, que puede llevar a su modo y manera y no tiene que atenerse a una aplicación estricta de las leyes (26). Además, la eficacia de la sentencia arbitral es muy otra que la de la sentencia judicial. Aquélla carece de fuerza ejecutiva; la parte que no cumple está obligada tan solo al pago de la pena estipulada. En razón del compromiso no podrá oponerse la excepción de incompetencia ni dada ya la sentencia arbitral, la excepción de cosa juzgada; pues cabría siempre la posibilidad de que una de las partes llevara el litigio ante el Juez; en tal caso, por incumplimiento del compromiso habría de imponerse la pena estipulada, siguiendo el litigio por su orden ante el juez, del modo ordinario (27).

Conforme a la naturaleza del Derecho privado, propia del compromiso, contra la sentencia arbitral no se concede apelación ni recurso (28). Ello no obstante, en un caso en que se denunció que se había dictado sentencia arbitral a pesar de haberse recusado sin éxito al árbitro, por ser enemigo manifiesto de una parte, y en que ésta por ello había solicitado poder utilizar la excepción de dolo malo, y también en otro caso, respecto a la consulta de un Juez, ante quien en parecidas circunstancias se solicitaba imponer la pena, el Emperador Antonino decidió que, aunque no podía apelarse, sí podía oponerse la excepción de dolo malo. Rescriptos del Emperador, los que comenta Paulo diciendo que, por

---

actúe como hombre bueno («quasi virum bonum, disceptatorem inter se elegerunt») D. 4,8,3, § 1.

(22) D. 4,8,3, § 1. Conclusión que se razona, partiendo de que el árbitro ha conocido la interioridad de la controversia y sus secretos. Sobre el modo de obligar al árbitro, también D. 4,8,3, § 2; D. 4,8,4; D. 4,8,11, pr. y § 1; D. 4,8,15; D. 4,8,32, § 12; comp., D. 4,8,48.

(23) D. 4,8,32, § 12.

(24) D. 4,8,6; D. 4,8,13, §§ 2 y 3.

(25) C. 3,1,14 («quod iudicium imitatur»).

(26) Puede verse lo citado en nota 12.

(27) D. 4,8,12; C. 2,56,1; D. 4,8,30; D. 4,8,32, § 14.

(28) D. 4,8,27, § 2; C. 2,56,1.

medio de dicha excepción, hay algo como una especie de apelación, pues así resulta posible el revocar la Sentencia del árbitro (29):

La figura del arbitraje, bien perfilada y lógica en el título del Digesto, «De receptis arbitris», comienza a desdibujarse en manos de Justiniano. Este Emperador, se preocupa ante el hecho de que estipulado un compromiso bajo la santidad del juramento, hombres de mala fe traten de eludir las decisiones de los árbitros (30); para evitarlo, dispone que elegido árbitro bajo la santidad del juramento, ni el reo ni el actor puedan separarse de la decisión arbitral y que en todo caso queden obligados por ella y sean compelidos a obedecerla (31). Poco después, el mismo Emperador cambia de opinión; tiene el escrúpulo de hacer incurrir en perjurio, aunque involuntario, a quienes por ignorancia o inexperiencia hayan prestado juramento, y luego no quieran cumplir la sentencia arbitral, por entender ellos, con razón, que han sido lesionados, y así pretendan que el negocio se examine de nuevo; para evitar este resultado, ordena que no se haga compromiso bajo juramento (32). Justiniano trata entonces de reforzar la eficacia del compromiso de otro modo. Dispone que, si después de la Sentencia arbitral, las partes la confirmaban, ya sea con el término «omólogo» o con frase de semejante sentido, quedaban obligados a lo que consintieron; agregando todavía que la sentencia arbitral queda confirmada por el silencio, y produce los efectos de excepción y acción, en el caso de que dentro de los diez días de dictada la decisión del árbitro, ninguna de las partes hubiera enviado al Juez o a la otra parte una declaración notificando que no acepta aquella decisión (33).

Los retoques dados por Justiniano a la figura del arbitraje, implican una desviación de su significado primitivo; se sigue considerando elemento del compromiso la estipulación de una pena, pero la eficacia de ésta se estima insuficiente, y se trata de reforzar el cumplimiento de la sentencia arbitral por medidas indirectas; primero, mediante la santidad del juramento y luego

(29) D. 4,8,32, § 14. Se nos dice que suele agregarse a la estipulación de compromiso la cláusula de dolo. C. 2,56,3. También D. 4,8,21, § 7 y D. 4,8,31.

(30) Se advertirá que en C. 2,56,4, como en C. 2,56,5, se utiliza el término "iudex" comprendiendo a los árbitros designados por el compromiso (jueces privados); también a los comprometidos se les denomina actor v reo.

(31) C. 2,56,4, § 1.

(32) Nov. 83, c. 11, pr.; C. 2,56, con referencia a dicha Novela y capítulo 11.

(33) C. 2,56,5, pr. Aquí se encuentra todavía una referencia a la elección de los árbitros bajo juramento.

En *Manuale Legum sive Hexabiblos*, de HARMENOPULOS, se recogen en forma abreviada los textos del *Corpus*, lib. I, tít. IV, núms. 48-66; pero no, en cambio, las últimamente señaladas disposiciones anómalas de Justiniano; se ha utilizado la ed. de Heimbach, Lipsiae, 1851, pp. 86-92, con texto griego y traducción latina.

con la presunción legal de una confirmación tácita, por el silencio durante el breve plazo de diez días.

En el «Corpus», nos encontramos todavía con textos que mencionan como decisión arbitral, la de alguien que no ha sido nombrado en virtud de un compromiso. Ello ha dado lugar a posteriores confusiones y dificultades; por lo que interesa tenerlos en cuenta. Lo normal es que, cuando deba de realizarse una prestación, se haya determinado previamente su naturaleza y cuantía; pero también podría dejarse tal determinación al arbitrio de un tercero, al que por esta función se llama árbitro. Así, en los siguientes casos: la compra de una cosa por el precio que estime Ticio (34); el que se compre un esclavo por el precio que resulte de los libros de su dueño (35); el que se constituya una sociedad con la condición de que Nerva, amigo común, determinaría las participaciones en la sociedad de los dos socios (36); el que en un contrato de arrendamiento de obra, se establezca que la obra se haga a juicio del dueño (37); el que en un testamento se deja al tutor nombrado la fijación de la dote de la hija del testador (38); el que en testamento se deja al pupilo o a la pupila un legado, al arbitrio del tutor (39); o bien si alguno estipula que restituirá al arbitrio de Lucio Ticio (40).

En tales supuestos, no parece que se confía al capricho o a la arbitrariedad del tercero elegido como árbitro (en sentido lato) el determinar el cuánto que haya de entregarse, sino que, como se indica en algunos de los fragmentos citados, habrá de procederse a juicio de buen varón (41). Es decir, atendiendo debidamente a todas las circunstancias de cada caso (42).

La existencia de supuestos como los mencionados, y en concreto el de la fijación de la cuota de participación de los socios (caso

(34) Cuya validez se acepta, aunque nos dice Justiniano que con grandes dudas de los autores. C. 4,38,15.

(35) D. 18,1,7, pr.

(36) D. 17,2,76.

(37) D. 19,2,24; D. 17,2,77. También sobre locación, C. 4,38,15.

(38) D. 32,43.

(39) D. 31, 1, § 1.

(40) D. 45,1,43. Sobre la distinción entre arbitrio de un tercero (arbitrador) y arbitraje, Díez PICAZO, *El arbitrio de un tercero en los negocios jurídicos*. Barcelona, 1957, pp. 59 y sig.

(41) Las participaciones "quas virum bonum oportuisset", D. 17,2,76; "arbitrio viri boni", D. 18,1,7, pr.; "boni viri arbitrium", D. 19,2,24, pr.; "pro viri boni arbitrio accipiat", D. 31,1, § 1; también C. 4,38,15.

(42) Confiado a Nerva el determinar las participaciones que corresponden en la sociedad a cada socio, podrá resultar que no sea lo adecuado el que los socios lo sean por partes iguales, en el supuesto, p. ej., que uno haya de aportar a la Sociedad más trabajo, industria, influencia o dinero. D. 17,2,80. Si el arbitrio de Nerva resultase tan injusto que fuera manifiesta su iniquidad, podría ser corregido por juicio de buena fe. D. 17,2,79. Cuando sea el arbitrio del tutor conforme al que haya de fijarse la cuantía de la dote para la hija, habrá de arbitrarla teniendo en cuenta la dignidad, la fortuna y el número de hijos del testador, D. 32,43.

del «arbitrador» o arbitraje en sentido lato), a diferencia del arbitraje en virtud de un compromiso (arbitraje en sentido estricto) lleva a que Próculo nos diga que hay dos géneros de árbitros; uno «ex compromisso», en el que lo decidido hay que observarlo sea justo o injusto (43) y otro, por el que se ha de decidir al arbitrio de buen varón, aunque se haya designado por su nombre la persona que haya de arbitrar (44).

### 3. *El derecho común.*

La decadencia y caída del Imperio romano de Occidente, traerá consigo la desaparición o transformación de las antiguas estructuras sociales; el paso a la nueva realidad se hizo menos difícil gracias a los glosadores y comentaristas, que logran asegurar el respeto de los viejos textos jurídicos. La recepción o conservación del Derecho romano, aparece verificada con el cuidado y el respeto, casi supersticioso, a su letra; mas las interpretaciones adoptadas en muchas ocasiones alteran su sentido, con desarrollos pseudoanalógicos, simplificaciones y clasificaciones escolásticas; las que a veces son también hechas para adaptarlo a las nuevas circunstancias.

En el Derecho español, la primera disposición legal conocida sobre el arbitraje se encuentra en el Fuero Juzgo. En ella, se puede advertir el reflejo de la tendencia a considerar el árbitro como una especie de Juez. Se trataba de afirmar, como regalía fundamental, el que «Ninguno non deve judgar el pleyto, si non es mandado del principe», y se opone como una especie de excepción la figura del árbitro: «quien es cogido por juez por voluntad de las partes con testimonias de dos omes buenos o con tres» (45). Referencia que se mantiene en el Fuero Real, aunque ya con los términos que también se emplearán en Las Partidas; se dice: «Ningun home sea osado a juzgar Pleytos sino fuera Alcalde puesto por el Rey,

---

(43) Como se dice también en D. 4,8,27, § 2 (comentario al Edicto de Ulpiano).

(44) D. 17,2,76. Traduzco literalmente "boni viri arbitrium", para recordar su peculiar carácter.

En escolio a *Exvabiblos*, I, 4, núm. 54, se considera al árbitro como juez privado y sin jurisdicción; añadiendo que algunos incluyen entre ellos a los mediadores, en cuanto median entre dos que tienen una controversia, pero que algunos otros consideran que los mediadores son estimadores (vulgarmente llamados arbitradores, como en el caso de los socios o de la construcción de una casa; pensamos, se dice todavía, atenernos a lo pronunciado por el mediador, si arbitra como buen varón; si fuera pronunciado por un árbitro, tenemos que estar a lo que él diga. excepto si preferimos pagar la pena.

(45) F. J. 2,1,13. El texto latino ofrece una curiosa variante; termina la frase diciendo "aut ex consensu partium elato iudice trium testium fuerit electionis pacto signis, vel subscriptionibus roborata". El comentario de VILLADIEGO a esta Ley, viene a recoger detenida y eruditamente la doctrina del Derecho común, *Forum antiquus gothorum Regum Hispaniae*, Matriti, 1600, fol. 76 vto. al fol. 82.

o a placer de ambas partes, que lo tomen por avenencia, para juzgar algún pleyto» (46).

Serán Las Partidas, las que vendrán a ocuparse detenidamente de la regulación del arbitraje en nuestro Derecho. Lo que se hace con especial cuidado y detalle (47). Recoge de modo fiel y brillante la doctrina mayoritaria del Derecho común de la época (48); mas, en su consecuencia, se desvía también de la línea clara del Digesto, y hereda las confusiones en que incurren la glosa y los comentaristas sobre el arbitraje.

La desviación primera se encuentra en apartarse un tanto de la concepción contractualista del arbitraje y en haber considerado a éste como una especie de función judicial (49). En la enumeración de las «muchas maneras» que hay Jueces, se cita entre ellas, aunque en último lugar, a los Juzgadores de albedrío, después de haber mencionado en general los Jueces Ordinarios (50). Se distinguen dos clases de Juzgadores de albedrío; los Jueces avenidores, «árbitros en latín», nombrados por las partes para que oigan y libren sus contiendas según Derecho, «como si fuesen jueces ordinarios»; y los que llaman en latín Arbitradores, es decir, «albedriadores e comunales amigos, que son escogidos por avenencia de ambas las partes, para avenir e liberar las contiendas que hubieren entre sí, en cualquier manera que tuvieren por bien» (51).

Admitido así, que existe una esencial semejanza entre el árbitro y el juez ordinario, puede parecer lógico que se dedujera que el árbitro habría de proceder y juzgar como si fuese un Juez, aunque no hubiera ningún texto romano que lo abonase (52). Opinión que pudo predominar, porque entonces no se habían conocido los textos literarios, en los que se muestra que la particularidad del arbitraje reside en que el árbitro no tenía que decidir

(46) F. R. 1,8,2. La glosa a esta Ley de DÍAZ DE MONTALVO, carece de interés. *El Fuero Real de España*, Madrid, ed. 1781, p. 83 nota (a).

(47) Se dedican al arbitraje las Leyes 23 a la 35, ambas inclusive, del título cuarto de la Partida tercera, y también las Leyes 106 y 107, P. 3, tit. 18.

(48) Se recordará lo que el CARDENAL DE LUCA nos dice sobre las Partidas como modelo para la interpretación del Derecho común, *De servitutibus praedialibus*. Disc. 1, Ann. 1, § 9; en *Theatrum Veritatis et Iustitiae*, ed. Venetiae, 1726, IV, p. 5.

(49) La glosa pudo basarse en D. 4,8,1; D. 4,8,13, § 2, y C. 3,1,14. En el *Hexabiblos* se recogen las disposiciones sobre el arbitraje del Digesto, en el título cuarto del libro primero, sobre sentencia judicial, y cosa juzgada. El título 4 de la Partida tercera, trata "De los Jueces, e de las cosas que deven fazer e guardar", y se trata del arbitraje al final de dicho título (leyes 23-35).

(50) P. 3,4,1.

(51) P. 3,4,23.

(52) Pudo quizá entenderse que lo abonaba el que Justiniano, al imponer el juramento judicial, extiende esta obligación a los que "ex recepto, id est compromisso (quod iudicium imitatur), causas dirimendas suscipiunt, vel qui arbitrio peragunt", C. 3,1,14.

conforme al Derecho común sino de acuerdo con la equidad (53).

Admitido el arbitraje de Derecho, como la primera y normal figura del arbitraje, hubo de buscarse acomodado al arbitraje de equidad. Se pensó poderlo autorizar en los fragmentos del Digesto, en que las partes acuerdan entregar al arbitrio de un tercero el fijar la cuantía de una prestación (54). Este tercero decisor vendrá bautizado por la glosa de «arbitrador» (55), y se le asimila al amigable componedor (56). Con el resultado, de que aquel amigo que, según el Digesto, era elegido como hombre bueno, para determinar la cuantía de una prestación, queda convertido en árbitro, y en árbitro cuya decisión podría ser enderezada según el albedrío de algunos hombres buenos (57).

De este modo y manera, gracias a la interpretación dominante en el Derecho común, y también por la autoridad de Las Partidas, se generaliza la idea de que el árbitro habría de juzgar según Derecho. También se acoge la figura y el nuevo nombre de arbitrador, como nuevo tipo de árbitro. Mas respecto del arbitrador, la doctrina vacila; de un lado se piensa, como en Las Partidas, que el arbitrador es un árbitro que ha de decidir como amigable componedor (58); mas también, y ya desde los comentaristas, se atiende

---

(53) Puede comp. lo indicado en nota (12). La antigua doctrina se encontraba con otra dificultad. Si la sentencia arbitral habría de ser según Derecho, en el caso de que no lo fuera se plantea la cuestión de si habría de ser nula; lo que chocaba con la repetida regla de que había que estar a la sentencia arbitral, fuese justa o injusta (vide nota 15). Comp. lo dicho por GREGORIO LÓPEZ, gl. 4 a P. 3,4,23. También SATTÀ, *loc. cit.*, en p. 9, pp. 78 y sig.

(54) Los citados en notas 34 a 40.

(55) P. ej., en glosas a: D. 4,8,7, § 2; D. 4,8,9, § 2; D. 17,2,78; D. 45,1,43; C. 3,1,16. La denominación se considera, en un escolio a HEXABIBLOS, como la vulgarmente utilizada para los mediadores, *loc. cit.* en nota 44.

(56) En la glosa a D. 4,8,13, § 2, se dice "arbitratores seu amabilis compositoris". En D. 17,2,76 se califica a Nerva (comp. nota 36) como "amicus communis".

(57) Solución que no sólo forzaba el sentido de los textos romanos, sino que resultaba poco práctica. Nos refiere GREGORIO LÓPEZ que nunca vio practicar esto, sino que del caso conocía el mismo juez, sin la elección de estos hombres, a diferencia de lo que sucede en el Derecho común, gl. 14 a P. 3,4,23; se refiere a D. 17,2,79, en donde se dice que si el arbitraje de Nerva fuera malo y manifiesta su iniquidad, puede corregirse "per iudicium bonae fidei".

(58) Sobre todo ello. YÁÑEZ PARLADORIO, *Quotidianorum differentiarum sesquicenturia*. Diff. 43 y 44. *Opera jurídica*, ed. Coloniae Alobrogum, 1734, pp. 272 y sig. CANCER, *Variarum Resolutionum Juris Caesarici, Pontificii et Municipalis Principatus Cathalanuniae*, Cap. XXI, *De arbitris et arbitratoris*, ed. Lugduni, 1683, I, pp. 338 y sig. HEVIA BOLAÑOS, *Comercio terrestre*, II, cap. 14. *Compromiso*, en *Curia Philipica*, ed. Madrid, 1797, pp. 432 y sig. DOMÍNGUEZ VICENTE, *Ilustración y continuación a la Curia Philipica*, II, cap. XIV, ed. Valencia, 1770, II, páginas 415 y sig (con abundantes citas de autores españoles y extranjeros). FERRARIS, *Prompta Bibliotheca, hodie etiam Juris Hispani*, voz *Arbiter Arbitrator* (editada y completada por Vallerna), Madrid, 1786, I, pp. 201 y sig. VOET (J.), *Commentarius ad Pandectas*, I, a D. 4,8, ed. Hage-Co-

por algunos autores a que, mientras el árbitro tiene el cometido de decidir una controversia, el arbitrador viene a completar un contrato, determinando el monto de la prestación que haya de cumplirse (59).

Por lo demás, Las Partidas se mantienen en parte bastante fieles a la concepción contractualista o privatista del Digesto. Se considera esencial que se establezca en el compromiso una pena para la parte que se negase a cumplir la Sentencia arbitral; «ca si pena non y fuesse puesta, non serian tenidas las partes de obedecer el mandamiento, nin el juicio que dieren entrellos» (60). El árbitro carece de poder jurisdiccional (61), su laudo no tiene fuerza obligatoria (62), no dando lugar a la excepción de cosa juzgada, pero contra el cual no cabe apelación o alzada (63).

La eficacia del laudo descansa en que cada parte deberá cumplir lo decidido por el árbitro y, si no lo hace, habrá de pagar la pena establecida; aunque se refuerza esta su eficacia alternativa, siguiendo lo establecido por Justiniano (64), dando fuerza de obligar a la confirmación expresa de la sentencia arbitral y a la tácita

mitum, 1716, I, pp. 290 y sig. PÉREZ (Antonio), *Praelectiones in duodecim libros Codiciss*, en C. 2,56, ed. Venetiis, 1733, pp. 66 y sig.

(59) Sobre la cuestión, recogiendo las opiniones de Bártolo y del Abad Panormitano, el P. MOLINA, *De Justitia et Jure. Opera Omnia*, tract. V, disp. 30, ed. Colloniae Allobrogum, 1733, III, pp. 86 y sig. (es uno de los autores que trata el arbitraje más detenidamente). Muy claramente, DURANTE, *Speculum iudiciale*, I, 1, citado por VECCHIONE, *loc. cit.*, pp. 20 y sig.; comp. GREGORIO LÓPEZ, gl. 2 a P. 3,4,30. Romanistas posteriores, ya en la corriente más crítica, no recogen siquiera para discutir las interpretaciones del Derecho común. HUBER, no se ocupa del arbitrador y señala que aunque vulgarmente se llama árbitro al amigable componedor, a éste le es ajena la normativa del arbitraje (D. 4,8), *Praelectionum Juris Romani et Hodierni*, Pars. II, ed. Lipsiae, 1716, II, p. 695. NOODT, a D. 4,8, en *Opera Omnia*, ed. Lugduni Batavorum, 1724, II, pp. 135 y sig.

(60) P. 3,4,26 y también P. 3,4,33 y 34. En el título “De las escrituras”, se ofrece con todo detalle el modelo de la Carta de compromiso de nombramiento de avenidor o árbitro y de nombramiento de arbitrador o amigo comunal; en este modelo se establece una pena, “la cual pena tantas vegadas sea pagada quantas vezes ficieren o venieren contra lo que el avenidor sobredicho judgare o mandare”. P. 3,18,106. El modelo de carta estableciendo cómo los jueces de avenencia han de dictar su juicio, termina diciendo: “todas estas cosas mando que sean guardadas de amas las partes, so la pena que es dicha en la carta de compromisso”. P. 3,18,107.

(61) A diferencia de los “arbitris iuris seu necessarij”, establecidos por los Estatutos o por los Jueces ordinarios; los que no son mencionados por las Partidas, aunque son conocidos por la doctrina común, la que cuida de distinguirlos de los árbitros por compromiso. MOLINA, Disp. 31, §§ 2 y 3, *loc. cit.*, V, p. 92; FERRARIS, *loc. cit.*, p. 202, § 5.

(62) El término de laudo, no usado en las Partidas ni en los textos romanos, y que tampoco se considera latino, será utilizado para contraponer la decisión del árbitro a la sentencia judicial, MOLINA, Disp. XXX, § 3, V, p. 86.

(63) P. 3,4,30 y P. 3,4,35.

(64) Vide nota 33.

confirmación, «si se callasen hasta diez días, después de que fuese dada» (65).

Conforme al carácter no judicial del arbitraje, en Las Partidas no se conoce la alzada contra el laudo; mas siguiendo la doctrina del Derecho común (66), se señalan varias causas de su nulidad. Dispone, «que si el mandamiento o el juicio de los avenidores fuese contra nuestra Ley, o contra natura, o contra buenas costumbres, o fuese tan desaguisado, que non se pudiese cumplir; o fuese dado por engaño o por falsas pruebas, o por dineros, o sobre cosas que las partes no oviessen metido en mano de los avenidores; que por cualquier destas razones que fuese averiguada, non valdría lo que así mandassen, nin la parte que assí non lo quisiесе obedecer, non caería por ende en pena» (67).

El régimen que Las Partidas vienen a establecer, se reveló poco satisfactorio. Resultaba inexplicable que una decisión dada por quien era considerado como Juez, careciera no sólo de fuerza ejecutiva sino hasta de fuerza de obligar a cumplirla. Los juristas prácticos, procuraron conseguir la deseada fuerza ejecutiva de los laudos, mediante cláusulas ingeniosas y artificiosas (68); mas habrían de ser las quejas y peticiones hechas en Cortes las que muevan a los Soberanos a dictar al efecto nuevas leyes. Pudiéndose observar la coincidencia de los medios arbitrados en Cataluña, Castilla y Aragón, para conseguir plena eficacia a los laudos arbitrales.

#### 4. Cataluña.

Se tiene noticia de que será en Cataluña, en donde por primera vez en España se ordene que las autoridades (veguer y baile) hagan observar los compromisos, no obstante los estatutos y usos en contrario (Alfonso II en las Cortes de Monzón, 1289). Parece que hubo gran dificultad para imponer que los laudos tuviesen inmediata fuerza ejecutiva, pues ello chocaba con lo dicho en los textos romanos y con lo repetidamente sostenido por los Doctores del Derecho común. Jaime II, en las Cortes de Barcelona, 1311, hubo de ordenar que se lleve a ejecución sin retardo, excusa, ni malicia las sentencias o arbitramentos, así de árbitros como de arbitradores y amigables componedores; también, y a pesar de opiniones contrarias, dispone que tenga valor la renuncia hecha en el compromiso por las partes, de recurrir a arbitrio de buen varón. Disposición que el mismo Rey hubo de confirmar en Cortes de 1321. Todavía se dará

(65) P. 3,4,35.

(66) Basándose en los textos romanos citados en la nota 29.

(67) P. 4,8,34.

(68) Con un cierto apoyo en lo dicho respecto a las transacciones (en D. 2,15,16 y C. 2,4,17) se piensa que añadiendo la cláusula "rato manente compromisso et arbitrio seu laudo super eo loco". se entiende que juegan independientemente la pena y el cumplimiento de lo prometido, de modo que pagada o no pagada la pena, se quedaba obligado a cumplir el laudo, pudiéndose exigir su ejecución ante los Tribunales ordinarios, FERRARIS, *loc. cit.*, pp. 207-208, § 68.



un paso más en el abandono del Derecho Común por Pedro III, en Cortes de Monzón 1363, estableciendo la plena eficacia del compromiso, aunque éste no fuere jurado y no se hubiera en él puesto o conocido pena alguna.

La difícil cuestión práctica de la posibilidad de recurrir contra la sentencia arbitral, fue resuelta por Fernando II, en Cortes de Barcelona, 1481, del siguiente modo. Se establece que dicha sentencia debe llevarse a ejecución no obstante cualquier recurso, apelación o suplicación, y también no obstante alegación de nulidad, lesión enormísima, dolo, fraude y corrupción del arbitrio o arbitrador, si en el compromiso se hubiera renunciado a todo recurso y arbitrio de buen varón. Mas, si lo que se alegaba era dolo deliberado del árbitro o arbitrador, corrupción o enormísima lesión, en estos tres casos, el que pida la ejecución podrá obtenerla, pero solamente prestando caución idónea de restituir lo ejecutado, en caso de que aquel que recurrió obtuviese fallo favorable (69).

##### 5. Aragón.

En Aragón hubo de darse una disposición especial sobre los árbitros, conforme a la que se concedía a la sentencia arbitral fuerza ejecutiva; mas había que notar que dicha fuerza se reconoce a aquellos «que serán loados por las partes» (70), lo que significa que se trata de laudos que hayan sido aprobados u homologados por dichas partes; coincidiendo así con lo dispuesto por Justiniano (71).

Lo que hubo de ser objeto de discusión entre los juristas del Reino, fue la posibilidad de que se pudiera apelar o pedir la nulidad, por injusticia notoria, sea ante el juez ordinario o por «denuncia evangélica», conforme al Derecho común (72).

En cambio, atendiendo a la especialidad del Derecho propio aragonés, se pudo sostener que toda sentencia arbitral habría

(69) Las Disposiciones citadas están recogidas en «Constitutions et altres Drets de Catalunya»; libro II, título XIII, traducción castellana de VIVES Y CEBRIÁ, ed. Barcelona, 1882, I, pp. 155 y sig., 2.<sup>a</sup> ed., 1864, pp. 165 y sig. Sobre los árbitros necesarios, IV, pp. 102-103.

La doctrina trata del Derecho municipal de Cataluña teniendo como telón de fondo el Derecho común (Derecho romano y canónico, doctrina de los autores), CÁNCER, *loc. cit.*, en nota 58; FONTANELLA, *Sacrii Regii Senatus Cathalonie Decisionis*, Dec. 449-454, ed. Barcinone, 1645, páginas 418 y sig. (estos dos autores se enfrentan en el caso de los hermanos Lluñel). PEDUERA, *Praxis Civilis*, ed. Barcinone, 1673, pp. 380 y siguientes.

(70) *Fororum Regni Aragonum*, lib. II, tit. «De arbitris», *Fueros y Observancias del Reino de Aragón*, ed. 1667, fol. 44.

(71) Véase nota 33.

(72) MOLINO, *Fororum et Observantiarum Regni Aragonum*, ed. Caesar-Augustae, 1585, voz «sententia arbitrallis», fol. 306. PORTOLES, *Scholia sive adnotationis ad Repertorium Michaeli Molini, super Foris et Observantiis Regni Aragonum*, Caesar-Augustae, 1587, voz «Arbiter», II, pp. 254 y sig. FRANCO DE VILLALBA, *Fororum atque Observantiarum Aragoniae Codex*, 2.<sup>a</sup> ed., Caesar-Augustae, 1743, I, pp. 243 y sig.

de tener fuerza de obligar, porque aunque no la tuviera como tal sentencia, la tendría como estipulación por la que las partes prometían cumplir el laudo; a la que habría de estar siempre, porque —se nos dice— «in aragonia stamus chartae, et observare debet in charta contentum» (73).

## 6. Castilla.

En el Derecho castellano, la primera manifestación conocida de que los laudos arbitrales habrían de tener fuerza ejecutiva por sí mismos, se encuentra en una ley de Enrique IV, en Madrid, 1458; en ella se manda que contra las obligaciones y contratos, y *compromisos* o sentencias u otras escrituras que tengan aparejada ejecución, no se admita por los jueces otra excepción, salvo la de pago de la deuda o pacto de no pedir, falsedad, usura, temor o fuerza (74). Esta disposición habría que entenderla en relación con lo que se indica respecto al deseo de los hombres de negocios de poner coto a «las malicias de los deudores», que alegaban razones falsas para diferir o evitar el pago (75).

Mas la Ley de Enrique IV, dado lo escueto de su referencia a los compromisos, hace nacer la duda de si se refiere a todos las sentencias arbitrales o si alude tan sólo a aquellos laudos a los que pudieran considerarse como títulos ejecutivos por otra razón; por ejemplo, por haber sido confirmados expresa o tácitamente, por haber sido homologados, haberse hecho bajo juramento, o por llevar cláusula de rato (76).

Pone término a la evolución del Derecho castellano, en materia de arbitraje, la Ordenanza de Madrid, de 1502, dictada por los Reyes Católicos y confirmada por Don Carlos I y Doña Juana, de Toledo, 1539. En ella, se completa y corrige lo establecido por

(73) SESSE, *Decisionum sacri Senatus Regni Regni Aragonum et Curiae Domini Justitiae Aragonum causarum civilium*, Caesar-Augustae, 1624, Decisio 411, fol. 209, vto. § 11.

(74) Está recogida en O. R. 3,8,4, y luego en N. R. 4,21,1 y Nov. 11, 28,3. Comentada por DIEGO PÉREZ, *Ordenanzas Reales de Castilla*, ed. Madrid, 1779, quien en la palabra “compromisos” estudia el arbitraje conforme al Derecho común, y a las leyes castellananas. I, pp. 626 y sig. También AZEVEDO, *Comentarium Iuris civilis in Hispaniae Regias Constitutiones*, Salmaticae, 1587. II, p. 304.

(75) N. R. 4,21,2; Nov. 11,27,1. Dada por Enrique III, en Sevilla, pragmática de 10 mayo 1396, a petición y “en favor de los mercaderes y otras personas de la ciudad de Sevilla”; confirmada por los Reyes Católicos, en Toledo, 1480.

(76) Sobre la homologación, v. notas 33 y 65; sobre la cláusula de rato, v. nota 68. El juramento, admitido y luego prohibido por Justiniano (notas 31 y 32), se consideró así en Derecho común. P. MOLINA, *loc. cit.*, Disp. XXXVI, passim, V, pp. 114-118; CARDENAL DE LUCA, Disc. XI, *De compromisso*, lib. XV, pars. prima, *De judiciis*, en *Theatrum Veritatis et Justitiae*, Venetii, 1726, XV, p. 33, § 26. Mas algunos autores entendían que el juramento añadido tenía la eficacia de la cláusula de rato. FERRARIS, *loc. cit.*, p. 208, § 69; GUTIÉRREZ (Juan), *Tractatus tripartito de juramento confirmatorio*. Pars. I, cap. 60, en *Operum*, VI, ed. Lugduni, 1730, p. 255, §§ 10 y 11.

Las Partidas, en dos extremos fundamentales. Se decide, y ahora de modo claro y terminante, que la sentencia arbitral, tanto sea la dictada por jueces árbitros *juris*, como por jueces amigos (árbitros arbitradores) habrá de ser ejecutada libremente, presentándose el compomiso y la sentencia firmada por Escribano público. En el caso de que a la ejecución del laudo se oponga apelación, albedrío de buen varón, nulidad u otro medio, ello no obstante se dará lugar a la ejecución, con tal que la parte que la solicite dé fianzas llanas y abonadas de tornar y restituir lo que hubiera recibido en virtud de tal sentencia, con los frutos y rentas si la tal sentencia fuera revocada (77).

Las citadas leyes reciben una más amplia autoridad al ser recogidas en la Nueva y en la Novísima Recopilación, lo que facilitará el que se las aplique no sólo en Castilla sino también en los otros Reinos españoles (78). Hasta fines del siglo XVIII, los autores vendrán entendiendo que el arbitraje estaba regido mediante una especie de yustaposición de lo dicho en la doctrina del Derecho común, de las disposiciones de Las Partidas, y de las leyes recopiladas (79). Con el resultado de que, mientras por una parte se sigue considerando requisito indispensable la estipulación de una pena, por otra se afirma que el laudo tiene fuerza ejecutiva por mandato legal, aunque con amplias posibilidades para su impugnación. Mas en la práctica, en aquella que aparece recogida en los formularios del contrato de compromiso para uso de los escribanos públicos, se encuentra al lado del mantenimiento de la pena para caso de incumplimiento, la novedad, respecto del modelo de cartas de Las Partidas (80), de un intento de reforzar la eficacia del laudo, mediante la cláusula garantía (81) y el juramento (82),

(77) N. R. 4,21,4; Nov. 11,17,4. Los requisitos exigidos son, además de los necesarios para dar lugar a la ejecución, los de que la sentencia arbitral fuese dada dentro del término establecido en el compromiso y sobre las cosas objeto del compromiso.

(78) Lo que parece no ofrece dificultad por la evolución paralela que habían experimentado los diversos Derechos. SALA, *Ilustración del Derecho Real de España*, 2.<sup>a</sup> ed., Madrid, 1820, II, pp. 148 y sig.

(79) Puede verse la señalada mescolanza en las obras citadas en las notas 58 y 74, especialmente en las de HEVIA BOLAÑOS y su anotador DOMÍNGUEZ VICENTE.

(80) Citada en nota 60.

(81) La utiliza MONTERROSO, para que se pueda ejecutar como "sentencia pasada en cosa juzgada". *Práctica civil y criminal y Instrucción de Escribanos*, Madrid, 1598, 177 vto.

(82) En el formulario de la Escritura de compromiso, se indica que si las partes "quieren hacer juramento pueden hacerlo", incluso siendo menores de veinticinco años, p. 305; pero, al tratar del juramento en la transacción, se aconseja al escribano que no lo haga, porque si bien queda más firme el contrato, se da pie a que se entrometa el juez eclesiástico en negocios meramente seculares con motivo del juramento, p. 302 y nota (\*). *Librería de Escribanos, Abogados y Jueces* que compuso don JOSEF FEBRERO, reformado y adicionado por D. JOSEF MARCOS RODRÍGUEZ, Parte primera, tomo II, 5.<sup>a</sup> ed., Madrid, 1819; también en la edición del *Febrero*, por GARCÍA GOYENA y AGUIRRE, Madrid, 1842, V, pp. 40, § 4225 y 48, § 4238.

mien.ras que también se pretende evitar la posibilidad de pedir reducción, nulidad o apelación, mediante el artificio de la renuncia de las leyes que conceden estos remedios, y hasta con la renuncia de las leyes que prohíben la renuncia de las leyes (83).

La situación jurídica del arbitraje, que se ha tratado de describir, con su carácter poco coherente, es el resultado de coincidir para determinarla, la tendencia conservadora del Derecho común propia de los autores, y las pretensiones de los comerciantes, de que se otorgue fuerza de título ejecutivo a los laudos arbitrales. Ella se mantendrá sin oposición hasta el momento en que se dejan sentir en España los efectos del movimiento codificador, a comienzos del siglo XIX.

### 7. *Movimiento codificador.*

Dicho movimiento, impulso renovador y revolucionario, nos viene de Francia, y se traduce no sólo en tomar como modelo leyes francesas sino también en recibir de su doctrina ideas y conceptos. Por ello, parece que será provechoso ir viendo cómo se desarrollan esas ideas, en cuanto determinan la evolución del Derecho francés e indirectamente la del Derecho español.

a) *En Francia.*—Como en España y en otros países, el Derecho francés en esta materia se basa en la doctrina del Derecho común, pero profundamente alterado y en parte derogado por las Ordenanzas regias y también por la práctica notarial (84). De modo, que aunque se sigue recordando el requisito de estipular una pena, desde 1560 se establece que el compromiso será válido aunque no contenga pena. La sentencia arbitral habría de ser presentada por el interesado al Juez ordinario para que la confirme u homologue; lo que el Juez habría de hacer, con tal que no contenga vicios de forma (exceso de poder o del tiempo fijado); pues en este caso podría oponerse a la homologación, sosteniendo su nulidad. Homologando la sentencia arbitral, es ejecutoria como toda otra sentencia, salvo la apelación. En París dicha homologación no es

---

(83) Se acudía no sólo a la renuncia de las leyes que prohibían las renunciaciones, sino hasta a confirmar con juramento la dicha renuncia. Sobre este uso de los escribanos y su crítica, JUAN FRANCISCO DE CASTRO, *Discursos críticos sobre las leyes y sus intérpretes*, Madrid, 1765, II, pp. 118 y sig.

(84) Una buena exposición de la doctrina de la época, sobre la base del Derecho común, pero corregida al comentar la Ley 12, artículo 34 de las publicadas en 1512, en REBUFFO, *Tractatus de arbitris et arbitratoribus*, en *Commentariorum in Constitutiones Regias Gallicas*, ed. Lugduni, 1552, III, pp. 193 y sig. Conforme a la ley comentada, asimila los árbitros, los arbitradores y los amigables componedores. Señala la diversidad de criterio entre los doctores; unos dicen que árbitro es aquél que ha de proceder conforme al orden judicial y que el árbitrador decide sea sobre cuestión de Derecho o de hecho, y no necesita seguir el orden jurídico, sino "quam bonis iuribus"; otros, que el árbitro conoce de cuestiones litigiosas y el arbitrador sobre contratos y casos no litigiosos, p. 195.

necesaria, bastará depositar la sentencia arbitral cerca de un Notario, pues este depósito equivale a la homologación (85).

Pero más que el detalle de esta regulación del arbitraje en Francia, interesa la formulación dogmática de los autores sobre el arbitraje, pues ella será decisiva para la posterior evolución jurídica. Al efecto caben destacar los siguientes dos factores o consideraciones.

El primero se refiere a la naturaleza atribuida al arbitraje. En la sistemática jurídica, que ahora comienza a preocupar a los autores, se puede observar una consideración preferente del aspecto procesal a costa del contractual. Domat, todavía estudiará el compromiso dentro del libro I de sus Leyes Civiles, y al lado de la transacción como otro medio de terminar o prevenir los procesos (86); mas este autor se ocupa también de los árbitros con especial detenimiento en su Derecho público, libro segundo, dedicado a «Los oficiales y otras personas que participan en las funciones públicas», y cuyo título séptimo y último se rotula, «de los árbitros». En el prefacio que precede a las secciones en que se divide dicho título, se advierte que, a diferencia de las materias hasta entonces tratadas en la obra, en la materia del título sobre el arbitraje se contienen reglas del Derecho privado, lo que se explica porque en él hay que considerar dos cosas, el convenio entre las partes o compromiso, materia de Derecho privado y la otra, que mira a la función y deberes de los árbitros, materia de Derecho público, «ya que es una especie de administración de la justicia» (87). La preponderancia completa dada a lo procesal, puede verse en la influyente obra de Pothier; quien no se ocupa del arbitraje al estudiar los contratos y, en cambio, trata de «la convención por escrito que se llama *compromiso*» en su Tratado de Procedimiento civil, en el capítulo dedicado a «Los procedimientos particulares en ciertas jurisdicciones y en los arbitrajes», después de haberse ocupado «Del procedimiento de los Consulados» (88).

Tanta o más importancia para el futuro tendrá otro factor, el

---

(85) Se ha seguido la exposición de POTHIER, *Traité de la Procédure civile, Oeuvres de Pothier*, París, 1820, XIII, pp. 98 y 99, que ofrece diferencias con las de otros autores, pero que es la posterior de las que conozco.

Varias Ordenanzas regulan la figura de los jueces necesarios, que se establecen respecto la partición de herencia entre parientes, cuentas de la tutela y otras administraciones, restitución de dotes, y cuestiones entre los comerciantes sobre mercancías (Ordenanza de 1560); también sobre las cuestiones entre los socios (Ordenanza de 1673).

(86) *Les lois civiles dans leur ordre naturel*, ed. París, 1777, en tit. XIII, proemio de las transacciones, I, p. 212 y tit. XIV, sobre los compromisos, I, pp. 216-221.

(87) *Le droit public*, contenant les matiéres qui se rapportent a l'ordre général d'un Etat, et les regles des fonctions et des devoirs de toutes sortes de Professions par rapport à cet ordre, París, 1777, pp. 266-271.

(88) *Traité de la Procédure civile*, en *Oeuvres de Pothier*, París, 1820, XIII, pp. 98-99.

asentar la fuerza del arbitraje en la autonomía de la voluntad. Justificación que ya fuera formulada por Domat: «La autoridad de las sentencias arbitrales tiene su fundamento en la voluntad de quienes han nombrados los árbitros; porque es esta voluntad la que obliga a los que se comprometen a ejecutar lo que sea arbitrado por las personas que han escogido para ser sus Jueces» (89).

Los señalados dos factores irán alcanzando una mayor o menor importancia, según sean las ideas dominantes sobre ellos en cada momento, y así se manifestarán en las leyes y en las opiniones de los autores sobre el arbitraje; esto todavía puede observarse en las enfrentadas teorías conocidas como procesalistas y contractualistas (90). En la época ahora considerada, la del movimiento de Codificación, puede verse cómo dichos factores predominan sucesivamente en la legislación francesa y en la española.

La revolución francesa, en su primer tiempo, llevada por su entusiasmo hacia el principio de la libertad, y consecuentemente por el del respeto a la voluntad de cada ciudadano, aplicará estos principios a todas las instituciones. De ahí su simpatía por el arbitraje. La Constitución de 3 de septiembre de 1791, viene a garantizar el mantenimiento del arbitraje y dispone que «los legisladores no podrán dictar ninguna disposición que tienda a disminuir sea el favor sea la eficacia del compromiso» (parte III, cap. V, art. 5). No admitiéndose contra el laudo arbitral apelación alguna, salvo pacto expreso. Desaparecido el ingenuo entusiasmo primero de los revolucionarios y su desconfianza hacia los Jueces, se tiende a fortificar el poder del Estado. Pronto se restablece la apelación contra el laudo arbitral (D. 4 brumario, año IV). Con el Directorio se llega hasta suprimir el arbitraje (Consejo de los quinientos, 20 floreal, año IV), aunque pronto se le salva, por intervención del Consejo de los Ancianos (19 ventoso, año IV). En fin, la ley sobre organización de los Tribunales, advierte que «no se ha derogado el derecho de los ciudadanos de hacer que sus diferencias sean juzgadas por árbitros de su elección» (91).

Momento decisivo para la institución del arbitraje será el de la Codificación en Francia. Entonces hubo de tomarse partido sobre su naturaleza, al determinar qué materias habría de regular cada Código. El Código civil no menciona ni trata del compromiso. Será el Código de Procedimiento civil el que en su tercer y último

(89) *Les Loix civiles*, citadas, p. 217.

(90) Una cuidada exposición de dichas teorías en SERRA DOMÍNGUEZ, *Naturaleza jurídica del Arbitraje*, en *Estudios de Derecho procesal*, Barcelona, 1969, pp. 571-583; también PÉREZ GORDO, *El recurso de nulidad contra el laudo arbitral*. Re. Gen. de D., Valencia, dic., 1972, año XIX, núm. 339, pp. 1125 y sig. OGAYAR, *El contrato de compromiso*, cit., páginas 69 y sig., y en *Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales*, Madrid, 1979, tomo XXII, vol. 2. Artículos 1.809 a 1.821 del Código civil y Ley de Arbitraje, pp. 91 y sig. CHILLÓN y MERINO, *loc. cit.*, (en nota 1), pp. 91-104.

(91) RUBELLIN-DEVICHI, *L'arbitraje. Nature juridique. Droit interne et droit international privé*. París, 1965, pp. 18-19.

libro contenga un título único dedicado a los arbitrajes (92). Articula una regulación bastante completa del compromiso y del procedimiento arbitral (artículos 1.003 a 1.038 inclusivos). En relación al Derecho anterior, se advierte que se abandona el requisito de establecer una pena, considerado esencial en el Derecho romano y en el Derecho común. Como en éste, se consideran dos clases de árbitros, unos los que habrán de decidir según las reglas del Derecho y otros a los que se les da poder de pronunciarse como amigables componedores (art. 1.019). Se deja a la libre voluntad de las partes el que, en el procedimiento arbitral, ellas y los árbitros se aparten de los plazos y formas establecidas para los Tribunales (art. 1.009), y también el que ellas renuncien a la apelación (art. 1.010). Para que la sentencia arbitral alcance valor ejecutivo, se necesita una Ordenanza del Presidente del Tribunal de primera instancia del lugar en que se haya dictado (art. 1.020). Las partes podrán oponerse entonces a la dicha Ordenanza, pidiendo la nulidad de la sentencia arbitral cuando haya causa para ello; entre otros casos, por ser nulo el compromiso (93).

b) *En España.*—El movimiento codificador en España, aunque más tardíamente, sigue un curso paralelo al que tomase en Francia. Como en la Constitución francesa de 1791, también la primera Constitución española, la 1812, se preocupa de salvaguardar el arbitraje. En el capítulo segundo del título quinto, «De la administración de la justicia en lo civil», se comienza estableciendo que «no se podrá privar a ningún español del derecho de terminar sus diferencias por medio de jueces árbitros, elegidos por ambas partes» (art. 280) y continúa diciendo que «La sentencia que dieran los árbitros se ejecutará si las partes al hacer el compromiso no se hubieran reservado el derecho de apelar (art. 281). En el Discurso preliminar leído en las Cortes al presentar el Proyecto de Constitución, se explican y justifican estos artículos diciendo: «El derecho que tiene todo individuo de una sociedad de terminar sus diferencias por medio de jueces árbitros, está fundada en el incontestable principio de la libertad natural» (94). Estos preceptos

---

(92) El Código civil se termina por Decreto de 15 marzo 1804; el libro tercero del Código de Procedimiento Civil se publica el 29 abril 1806.

(93) Artículo 1.028. Señala los siguientes casos: Que la sentencia se haya dado sin haber compromiso o fuera de sus términos; que el compromiso sea nulo o haya expirado; que se haya dictado por algunos árbitros no autorizados a ello en ausencia de los otros; que lo haya sido por un tercero sin consultar con los árbitros desacordes; si se ha pronunciado sobre alguna cosa no pedida.

(94) Continúa diciendo: «Nuestra antigua Constitución y nuestras leyes le han reconocido y observado en medio de las vicisitudes que ha padecido desde la Monarquía goda. Y en el espíritu de concordia y de liberalidad que hacen tan respetable la institución de los Jueces árbitros, persuaden cuan conveniente sea que los alcaldes de los pueblos ejerzan el oficio de conciliadores en los asuntos civiles e injurias de menor momento». *Constitución política de la Monarquía española, promulgada en*

constitucionales no serán desarrollados, parecen olvidados por la doctrina (95) y no se recogen en las posteriores Constituciones.

La primera disposición legal del siglo XIX, dictada con el fin de regular el arbitraje, es la Ley de Enjuiciamiento civil sobre los negocios y causas de comercio de 24 de julio de 1830 (96). Regula el arbitraje forzoso (97) y el voluntario. Este podría celebrarse por escritura pública o por convenio en el juicio de conciliación y también por contrato privado firmado por las partes. Había de celebrarse consignando el negocio a arbitrar y el nombre de los árbitros; éstos podrían también no ser comerciantes. Respecto al arbitraje en que se debería proceder conforme a Derecho, podrían ejercitarse dos recursos, el de apelación y el de nulidad, pero no el de reducción. Cuando se trataba del laudo de amigables componedores, las partes habrían de conformarse con su ejecución o bien no darle efecto, en cuyo caso, la que se negase, habría de pagar la pena estipulada. Este régimen se aplica sólo a las controversias entre los comerciantes, mientras que respecto a los no comerciantes, el arbitraje se seguiría rigiendo por las Partidas y la Novísima Recopilación (98).

Al tratarse de llevar a buen término la codificación civil, hubo de plantearse la cuestión de cuál sería el lugar adecuado para regular el arbitraje; cuestión de sistemática, que implicaba dar por resuelta la de su propia naturaleza jurídica. García Goyena hubo de encararse con ella. Considera que los Códigos que pueden servir de modelo al español, como el Código civil francés y aquellos otros que le han seguido, no se ocupan del compromiso y habían dejado su reglamentación para los Códigos de procedimiento. Mas agrega la reflexión de que, a pesar de todo, los compromisos son «verdaderos contratos o convenciones, pues que principian y se

---

*Cádiz, en 19 de marzo de 1812.* Reimpresa en la Imprenta Nacional de Madrid, 1820, I, p. 82.

(95) He visto una sola escueta referencia al citado artículo 280 en el *Diccionario de Derecho Civil Aragonés* de DIESTE, Madrid, 1869, voz Arbitro, p. 17.

(96) En el título VII, arts. 252 y sig. Esta Ley estuvo en vigor hasta el D. L. de 6 de diciembre de 1868, que aplicando el criterio de la unidad de fuero, que estableciera la Constitución de 1812 (art. 248), suprime los Tribunales especiales de Comercio. El Proyecto de Código de Comercio de 1828 regulaba el Juicio de albedrío en su libro VI (artículos 861-871), publicado por RUBIO, *Sáinz de Andino y la Codificación mercantil*, Madrid, 1950, pp. 359, 360. El Código de comercio de 1829 se refiere a una figura especial de jueces avenidores (arts. 1.206-1.208) en su libro final *De la Administración de Justicia en los negocios de comercio*.

(97) Respecto de las diferencias entre los socios o individuos de una compañía y sobre reclamaciones sobre agravios en la división de bienes de una sociedad. Se recoge lo ya dispuesto en el Código de comercio de 1829, arts. 323 y 345.

(98) ORTIZ DE ZÚÑIGA, *Elementos de Práctica Forense*, Granada, 1841; estudia sucesivamente el arbitraje en general, I, pp. 126-128; el arbitraje en cuestiones civiles, I, pp. 208-222 y el arbitraje sobre negocios mercantiles, I, pp. 222-228.



formar por el solo y libre consentimiento de las partes». Lo que se traduce en que el Proyecto de Código civil de 1851 contenga un título XV, en el Libro III, rotulado «De las transacciones y compromisos», en el que se dedican tres artículos (1.730, 1.731, 1.732) al compromiso; disposiciones, en verdad, sin contenido propio, pues de ellas, se limitan dos a hacer remisiones a lo establecido sobre las transacciones (arts. 1.730 y 1.731) y otra a decir que el modo de proceder de los compromisarios, la extensión y efectos de los compromisos, se determinará en el Código de Procedimientos civiles (art. 1.732) (99).

La esperada Ley de Procedimiento civil, se publica en 1855 (100). En su primera parte, «Jurisdicción contenciosa» se encuentran, el título XV «Del juicio arbitral» (arts. 770-818) y el título VI, «Del juicio de amigables componedores» (art. 819-836). El juicio arbitral es el antiguo arbitraje de Derecho; se basa en el compromiso, que habría de formalizarse en escritura pública y contener los requisitos exigidos por la Ley, bajo pena de nulidad (art. 773); entre aquéllos se cuenta la estipulación de una multa (la antigua pena), que habrá de pagar la parte que deje de cumplir con los actos indispensables para la realización del compromiso, y la de otra multa que el que se alzase del fallo deberá pagar al que se conformase con él para poder ser oído (art. 774, núms. 6 y 7). Respecto de la sustanciación del juicio arbitral, se dictan reglas análogas a las que rigen el juicio ordinario (arts. 788-801) y la sentencia habría de ser conforme a Derecho y a lo alegado y probado (art. 803). Contra dicha sentencia, cabe el recurso de apelación ante la Audiencia y contra esta sentencia se da el recurso de casación (arts. 814, 816). Para el juicio de amigables componedores, se requiere también escritura pública y contener los datos especialmente requeridos por la ley (arts. 820 y 821) y se señala que tiene por fin que la contestación entre partes se decida por los amigables componedores «sin sujeción a formas legales y según su saber y entender» (art. 819). «Estos compromisos producen todas las consecuencias legales que las demás obligaciones» (art. 824). La sentencia de los amigables componedores será ejecutoria y se llevará a efecto de la manera prevenida en la Ley para la ejecución de las sentencias (art. 836) (101).

La asimilación del juicio arbitral al juicio ordinario de primera instancia, no hizo olvidar la sublimación hecha del arbitraje, como expresión de los principios de libertad del ciudadano y de la autonomía de la voluntad. Poco después de publicada la Ley de 1855,

(99) GARCÍA GOYENA, *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*, Madrid, 1852, IV, pp. 139-140.

(100) Promulgada la Ley de Bases de 13 de mayo de 1855, conforme a lo decretado por las Cortes, el Gobierno publica la Ley de Enjuiciamiento Civil, en 5 octubre 1855, para que empiece a regir desde el 1 de enero 1856.

(101) Como se ha recordado en nota 96, esta Ley se aplica también a los asuntos de comercio, desde la Ley de 1868.

y comentándola, se cantan las excelencias del arbitraje, diciendo «No obstante, según el sistema de una buena ley», el que los litigantes pudiesen utilizar la facultad de la *prorrogatio fori*, «era conforme asimismo que se permitiera constituir un tribunal, obra exclusiva de su voluntad. En esa libertad tan grande, tan ilimitada, consiste una de las principales garantías del individuo: elegir el juez que nos ha de juzgar es lo mismo que constituirnos a nosotros mismos como verdaderamente soberanos, pudiendo decir si somos condenados: esa condena es por boca nuestra, nadie sino nosotros mismos la hemos dictado, toda vez que el que la pronuncia ha recibido de nosotros mismos la investidura» (102).

La posterior reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil no trae consigo ningún cambio de importancia respecto del arbitraje. En ninguna de las diecinueve Bases conforme a la que habría de hacerse la nueva Ley, se menciona el arbitraje (Ley de 21 de junio 1880), y en el texto que las desarrolla (arts. 790-826, R. D. 3 febrero 1881), no se advierten novedades sustantivas. La mayoría de los cambios son de redacción, y también alguno de ordenación de la materia. Así, los antiguos artículos sobre las contestaciones que pueden someterse al arbitraje (arts. 770-772) se llevan a la sección de «Reglas para determinar el juicio correspondiente», en el nuevo artículo 487 (al que se remite el artículo 790). Hay otras disposiciones de carácter complementario (103), pero ni aquéllas ni éstas significan un cambio de sistema o de orientación sobre el significado y alcance del arbitraje.

El Código civil, todavía vigente, trata de los compromisos, y lo hace siguiendo casi al pie de la letra al Proyecto de 1851, aunque recogiendo los tres artículos de éste (1.730, 1.731, 1.732) en sólo dos (1.820, 1.821), en los que remite a lo dispuesto sobre transacciones para la regulación material de los compromisos y a la Ley de Enjuiciamiento civil sobre el modo de proceder, extensión y efectos de los compromisos.

---

(102) NOGUES, *Tratado de Práctica forense novísima según la Ley de Enjuiciamiento Civil de 5 de octubre de 1855*. Madrid, 1856, II, p. 239.

(103) P. ej., artículo 812, 820, 821, 838, 839. Para mayor detalle y para ver las concordancias y diferencias entre el articulado de la antigua y de la nueva Ley, puede consultarse MANRESA (miembro que fuera de la Comisión Codificadora a la que se debe la reforma), *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Madrid, 1889, IV, pp. 14 y sigs. Sobre el juicio de arbitraje así regulado, hubo de decirse que siendo "en nuestra vida jurídica una curiosidad más que una realidad, debe suprimirse". ALCALÁ-ZAMORA CASTILLO, *Nota para la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil*. *Estudios de Derecho Procesal*, Madrid, 1934, p. 237.

### III. LA CLAUSULA COMPROMISORIA

#### 1. Significado de la cláusula

El arbitraje, tal y como resultaba regulado por la Ley de Enjuiciamiento civil y también como se venía desarrollando en la práctica, se nos ofrece como una figura jurídica útil, de ámbito modesto, no superior en importancia práctica a la transacción; el arbitraje de Derecho reemplaza la primera instancia ante los Tribunales ordinarios, permitiendo así aligerar la tramitación del asunto; el arbitraje de equidad facilita el medio de resolver una controversia sin tener que atenerse a las formalidades y reglas legales.

La cláusula compromisoria es la que potenciará el arbitraje y lo hace al máximo. Mediante su empleo, se consigue poder designar, previamente, como árbitro, a persona de la confianza de una de las partes, para que sea ella quien decida cualquier controversia que pueda surgir de una relación jurídica ya nacida entre ambas; eliminando al efecto, en mayor o menor medida el control judicial. En la práctica, vendrá por ello a ser el arbitraje usado de modo más corriente, aquel que resulta de haber sido empleada la dicha cláusula (104). Impuesta por las fuerzas más o menos ocultas que manejan el tráfico internacional, les permitirán liberarse de cualquier disposición legal que les resulte molesta; lo que ha hecho del arbitraje un instrumento tan eficaz como peligroso.

En el antiguo Derecho, no se plantea siquiera la posibilidad de la cláusula compromisoria. Ella se presenta y se extiende a mediados del siglo XIX. No parece que se haya estudiado debidamente su origen. Posiblemente se pensó en ella a la vista del hecho que, en Inglaterra y en Alemania, ciertas organizaciones de comerciantes hacían que sus miembros acudiesen o que impusieran en sus contratos el recurrir a arbitadores, en el sentido de mediadores o peritos, para dirimir sus diferencias, en especial sobre la calidad de las mercancías contratadas. La poca claridad de la doctrina sobre la diferenciación entre árbitro y arbitrador, vendría a facilitar la extensión de la cláusula de arbitrajes a cualquier otro caso de posible futura controversia. Los letrados asesores de las empresas, en especial los de las dedicadas al tráfico internacional, serán los que generalicen en la práctica el empleo de la cláusula compromisoria, en los contratos entre comerciantes.

---

(104) En el texto del *Reglamento de arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Internacional (CNDMI)*, se ha creído imprescindible acompañarlo de un *Modelo de cláusula compromisoria*: "Todo litigio, controversia o reclamación resultante de este contrato, su incumplimiento, resolución o nulidad, se resolverán mediante arbitraje de conformidad al Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI, tal como se encuentra en vigor".

## 2. *La validez de la cláusula en el Derecho francés.*

La cuestión de la validez de la cláusula compromisoria se planteará pronto en Francia. Los Tribunales se encuentran ante una difícil disyuntiva. De un lado, al respecto a la voluntad de las partes, basado en el principio de la libertad (105) impulsaba a dar plena eficacia a la cláusula (106). Del otro lado, estaba el deber de atenderse a la letra de la Ley, y en el Código de Procedimiento civil se dice que «el compromiso designará los objetos en litigio y los nombres de los árbitros bajo pena de nulidad» (art. 1.006); requisitos que no reúne la cláusula compromisoria. Prevalecerá esta última consideración, desde la sentencia en casación de 10 de julio de 1843, con la que se afirma y consolida en este sentido la jurisprudencia, decidiéndose en contra de la eficacia de la dicha cláusula (107).

La presión de los comerciantes, hará que lleguen a las Cámaras francesas varios proyectos de ley para permitir la cláusula y que, al fin, logren que por la Ley de 31 de diciembre de 1925, se modifique el Código de comercio, admitiendo la cláusula compromisoria, aunque sólo entre «negociantes, mercaderes y banqueros», «respecto de las controversias relativas a los actos de comercio» (108). Esta Ley permite que la cláusula compromisoria se vaya utilizando cada más en el campo de los negocios, y esto hará tam-

---

(105) En la "Declaration des droits de l'homme et du citoyen" (3 septiembre 1791) se declara que "La libertad consiste en poder hacer lo que no perjudica a otro: así, el ejercicio de los derechos naturales de cada hombre no tiene otros límites que los que aseguran a los otros miembros de la sociedad estos mismos derechos. Estos límites no pueden ser determinados más que por la Ley". Cuyo desarrollo se encuentra en el artículo 1.314 del Código civil, que establece que "Los convenios legalmente formados tienen valor de Ley para los que lo han hecho".

(106) Se aducía, además, el art. 51 del Código de comercio, que establece el arbitraje necesario para las controversias entre asociados y el art. 332 del mismo Código, que lo impone en el contrato de seguro. También se alega que el art. 1.006 del Código de Procedimiento civil se refiere sólo al compromiso y no a la cláusula compromisoria.

(107) Se nos dice allí que "no hay en los árbitros las cualidades que se está seguro de encontrar en los magistrados: probidad, imparcialidad, competencia, delicadeza de sentimientos, necesarias para juzgar"; el requisito de nombrar en el compromiso quiénes serán los árbitros "tiene por fin principal poner en guardia a los ciudadanos respecto a su propia irreflexión, que le llevaría a suscribir con demasiada ligereza a irreflexión, arbitrajes futuros, sin tener la certidumbre de tener por jueces voluntarios personas capaces y dignas". Se señala que el artículo 1.314 del Código civil se refiere a "los convenios legalmente formados", lo que requiere que estén formados conforme a lo mandado en el art. 1.106 del Código de Procedimiento civil. Se responde también, que el artículo 332 del Código de comercio, es una regla particular del Seguro Marítimo (arbitraje necesario). Se aduce, además, que el arbitraje voluntario es una derogación de la competencia judicial, que constituye la jurisdicción común y que toca al orden público.

(108) La Ley modifica el artículo 631 del Código de comercio, que determina la competencia de los Tribunales de Comercio, añadiendo un

bién que se advierta su peligrosidad; por lo que se buscará restringir el campo de su aplicación. Una ley de 22 de julio de 1972, vendrá a introducir en el Código civil un título sobre los compromisos (arts. 2.059-2.061), en el que después de señalar qué personas pueden convenir los compromisos (art. 2.059) y sobre qué materias pueden hacerlo (2.060), se establece que: «La cláusula compromisoria es nula si no se dispone otra cosa por la Ley (109).

### 3. *La validez de la cláusula en el Derecho español, antes de la Ley de arbitraje.*

El antiguo Derecho español, siguiendo al Derecho común, ha visto la función del árbitro como la de otro Juez; es decir, para terminar un litigio ya existente. No parece se llegara a pensar en la posibilidad de que las partes hubieran de someterse al arbitraje, respecto de unas futuras posibles controversias. Estado de la doctrina que se refleja en las leyes. Las Partidas, en el modelo de carta de compromiso que ofrece en el título «de las escrituras», se cuida de señalar que en ella había de consignarse que lo convenido era «sobre tal contienda o pleyto que era entre ellos» (110). Después, la Ley de Enjuiciamiento civil de 1855, al regular el Juicio arbitral, precisa como uno de los requisitos de la escritura de compromiso, el que en ella conste: «El negocio que se someta al fallo arbitral, con expresión de sus circunstancias» (art. 774, 3.º), bajo sanción de nulidad (art. 775); respecto al juicio de amigables componedores, se dispone que la escritura pública de compromiso habrá de contener: «La debida expresión del negocio que se sujeta a su fallo» (art. 822, 3.º), y que a falta de dicha circunstancia la escritura sería nula, de ningún valor ni efecto (art. 823) (111). La nueva Ley de Procedimiento civil de 1881, reproduce el contenido de dichos preceptos, con sólo variantes de redacción (arts. 793, número 3.º y 828).

nuevo párrafo que también dice, “sin embargo, las parte podrán, cuando contratan, convenir el someter a árbitros las controversias después enumeradas, cuando lleguen a producirse”.

(109) Sobre la cláusula compromisoria en el Derecho francés, RUBELIN-DEVICHI, *L'arbitrage. Nature juridique. Droit Interne et Droit international privé*, París, 1965, pp. 20-22; ROBERT, *Arbitrage civil et commercial, en droit interne et droit international privé*, 4.ª ed., Dalloz (s.d.), pp. 126-127; SCHLOSSER, *Das Recht der internationalen privaten Schiedsgerichtsbarkeit*, Tübingen, 1975, I, Systematische Darstellung, p. 255.

Se utiliza, para introducir en el Código civil las disposiciones sobre el compromiso, el hueco que había dejado el antiguo título XVI “De la contrainte par corps en matière civile”, al ser derogado por Ley de 22 julio 1867.

(110) P. 3,18,16. Se recoge juez avenidor por las partes “para librar la contienda que es entre ellos”, P. 3,4,23.

(111) Lo que se traduce en la definición del compromiso, “contrato por el cual se convienen los litigantes en someter su cuestión al arbitrio de una o varias personas, sometiéndose a su decisión”, FERNÁNDEZ ELÍAS, *Novísimo Tratado, histórico y filosófico, del Derecho civil español*, Madrid, 1873, p. 641, § 6.

No creo se haya investigado o averiguado cuándo y cómo aparecen las cláusulas compromisorias en la práctica jurídica española. Posiblemente, su introducción se debe al contacto con empresas extranjeras. Al no haber España participado activamente en la revolución industrial, la mayor parte de la industria española quedó en manos de capital extranjero. Ferrocarriles, minas, electricidad, tranvías, casinos, grandes hoteles, pertenecen a sociedades extranjeras y están dirigidas por técnicos extranjeros. Unos y otros procuran imponer en sus contratos las cláusulas compromisorias, sea por desconfianza hacia los Tribunales y leyes indígenas, sea con el propósito de asegurarse el nombramiento de árbitros favorables a sus intereses o que sean conocedores de los problemas específicos de la rama del comercio o de la industria de que se trate (112).

La reacción de los Tribunales españoles frente a la cláusula, se produce también en dos direcciones, como en Francia, aunque en otro orden y con diferentes motivos. Primeramente se considera ser nulo el compromiso, al no haberse formalizado conforme a lo dispuesto por la Ley de Enjuiciamiento Civil. En un caso, en el que la Audiencia condenó a los litigantes a que procediesen a otorgar la correspondiente escritura de compromiso, con arreglo a lo pactado y con los requisitos y formalidades que previenen las disposiciones procesales, el Tribunal Supremo casa la sentencia del inferior, «considerando que si es inconcuso que los Tribunales no pueden reconocer y sancionar con sus decisiones convenios que de Derecho sean nulos, es también inconcuso que no pueden condenar a las partes a que los sustituyan con otros que sean válidos, imponiéndoles, así, obligaciones y creando derechos ajenos a su voluntad y propósito» (113).

---

(112) Caso típico: Los arrendatarios franceses del Casino de San Sebastián, por documento privado, otorgado en París, arriendan los juegos, bajo una cláusula que dice que: "en caso de controversias que pudieran sobrevenir con motivo de la interpretación de este contrato, las partes renuncian formalmente a presentarse ante ningún Tribunal judicial y se comprometen expresamente y sin reservas de ninguna clase, a aceptar como soberanas y sin apelación, las sentencias pronunciadas por un Tribunal nombrado por B. y C. (los arrendadores) o sus cesionarios y otro nombrado por C. D. (el arrendatario) y un tercero sacado a la suerte entre los abogados adscritos al Tribunal del Sena. Cláusula semejante se encuentra en el contrato celebrado entre unos banqueros de París, arrendatarios del Casino y quienes toman en arrendamiento los servicios de restaurante, entradas y abonos al Casino (excepto los juegos); cláusulas que fueron objeto de las Sentencias del Tribunal Supremo de 20 de marzo y 20 de mayo de 1889.

(113) S. TS. 4 mayo 1878. Las Sentencias de 20 marzo y 20 mayo 1889 en los casos citados en la nota anterior, declaran que el compromiso de someterse a juicio arbitral, sin recurso alguno, no puede cumplirse en España, por ser contrario en el fondo y en la forma a lo preceptuado en las leyes. La primera sentencia, confirmando la del inferior, que no da lugar a la excepción de incompetencia de jurisdicción; la segunda, casando, por haber dado lugar a la excepción de incompetencia. También S. T. S. 19 junio 1891 y 4 noviembre 1899.

Un cambio de orientación se opera en la Jurisprudencia, al considerar la cláusula compromisoria como una manifestación normal de la autonomía de la voluntad (114). Se dirá que, «si bien la Ley de Enjuiciamiento Civil determina las reglas y condiciones con que han de formalizarse los compromisos de someter las cuestiones a juicios de árbitros o de amigables componedores, esto no quiere decir que no sea perfectamente válido en Derecho el pacto en virtud del que convienen las partes, como en el caso del presente recurso, en hacerlo así; derivándose de él la acción correspondiente para obligarse mutuamente a realizar lo convenido en la persona que, según la misma Ley se requiere, cualesquiera que sean los efectos que en su caso y día produzca la falta de avenencia entre los obligados» (115).

El Tribunal Supremo intentará conciliar así el respeto casi superticioso al principio de la autonomía de la voluntad, que se piensa había consagrado el Código Civil, con el deber de atenerse al mandato terminante de la Ley rituaria. A este efecto, la eficacia de la cláusula compromisoria se descompone artificialmente. Se le interpreta o se le convierte en una promesa de someter las futuras controversias al arbitraje o a la amigable composición; promesa que no hará que nazca por ella misma el compromiso, ya que le faltan los requisitos exigidos por la Ley de Procedimiento Civil. Su eficacia consiste, en que origina una obligación para las partes, la de otorgar el compromiso con las condiciones establecidas por la Ley procesal. Es decir, habría de elevarse a escritura pública y las partes tendrían que ponerse de acuerdo sobre las cuestiones a juzgar en concreto y sobre la designación de los árbitros o amigables componedores. En caso de negativa de una de las partes, se atiende a que se trata de una obligación de hacer personalísima y que, por ello, no puede ser sustituida por la acción de otro, ni siquiera por la del Juez; mas, como incumplimiento de una obligación de hacer dará lugar a la indemnización de daños y perjuicios (116). En cambio, en el ámbito procesal, la jurisprudencia aunque no sin vacilaciones se inclina en favor de admitir que la cláusula permite oponer la excepción de falta de competencia frente a la otra parte, que hubiera llevado el pleito ante los Tribunales ordinarios. Doctrina que ha merecido, en su conjunto, la crítica de los autores, por conducir a que la cláusula resulte prácticamente ineficaz y por ser causa de pleitos e innecesarias com-

---

(114) Todavía contra la declaración de ser nulo un pacto de promesa de compromiso arbitral, se recurre por infracción del principio "pacta sunt servanda"; no se da lugar, entendiendo el T. S. que no se había infringido y que se había aplicado debidamente el art. 828 y 793, núm. 3.º L. E. C., S. T. S. 26 mayo 1888.

(115) SS. T. S. 10 noviembre 1903, 9 julio 1947. También, entre otras, las de 3 octubre 1908, 8 diciembre 1925, 23 abril 1927, 24 marzo 1947.

(116) Pero, cuya existencia y alcance será prácticamente imposible probar. Comp. S. T. S. 9 julio 1940, 13 febrero 1953, entre otras.

plicaciones (117). Disimulada ineficacia resultante para cláusula compromisaria que ha llevado a decir que se le convertía en «una especie de perro del hortelano jurídico» (118).

No obstante la postura negativa de los Tribunales, en la práctica se siguió utilizando la cláusula compromisoria, como cláusula de estilo en la mayor parte de los contratos mercantiles, incluso en muchos ajenos al comercio (119). Para encontrar una posible base para su eficacia, se acude a veces al artículo 2.177 de la Ley de Enjuiciamiento civil (120). Recurso que, aunque patrocinado por algún autor (121), se revela insuficiente (122); ya que dicho artículo se encuentra en el título VIII del libro III de dicha Ley que como muestra su epígrafe, trata «Del nombramiento de árbitros y del de peritos en el contrato de seguros», es decir, de aquellos casos de arbitraje necesario y de arbitramento establecidos por el Código de Comercio de 1829; preceptos que por su especialidad, no caben sean aplicados a supuestos de distinta naturaleza (123). De hecho,

---

(117) Sobre ello, con citas de jurisprudencia, CARRERAS, *Contribución al estudio del arbitraje (Estudio de Derecho mercantil comparado)*. Rev. del Inst. de D. Comp., Barcelona, núm. 1, julio 1953, pp. 125-129. Estudio reproducido en FENECH, CARRERAS, *Estudios de Derecho Procesal*, Barcelona, 1962, pp. 433-466. También OGAYAR, *loc. cit.*, p. 122. RAMÍREZ LÓPEZ, *El arbitraje de Derecho privado en España*, Libro-Homenaje de Roca Sastre, 1976, III, p. 944.

(118) GUASP, *El arbitraje en el Derecho español*, Barcelona, 1956, p. 37.

(119) CARRERAS, *loc. cit.*, pp. 118, 119.

(120) A tal efecto, se redacta con el siguiente tenor: "Todas las cuestiones incidencias, dudas o diferencias que en cualquier tiempo se susciten entre los interesados con motivo del cumplimiento o de la interpretación del presente contrato, serán resueltas por amigables componedores nombrados extrajudicialmente por las partes con arreglo a la Ley de Enjuiciamiento Civil, y, en defecto de acuerdo, en la forma prevenida en el artículo 2.177 del propio Cuerpo legal, a cuya decisión o *laudo*, debidamente dictado, se someten por sí y por sus herederos, por así convenirlo por ahora, y a cuyo fin se obligan a otorgar, en su caso, la oportuna *escritura de compromiso*, conforme a Derecho y con prohibición de acudir a los Tribunales bajo pena de costas y resarcimiento de perjuicios como no sea para compeler al cumplimiento de este pacto y al del *laudo* que se dicte". BATALLA, *Contratos de transacción y compromiso. Composición amistosa. Juicio de árbitros y de amigables componedores*. Barcelona, 1945, p. 47. El autor proponía se señale el número de árbitros y si habían de actuar como árbitros o como amigables componedores. Sobre la aplicación del art. 2.177, DÍEZ PICAZO, *El Pacto compromisorio y la nueva Ley de Arbitraje*, A. D. C., VII-4 (1954, Oct.-Dic), pp. 1169-1170.

(121) CARRERAS, en contra de la autoridad de Manresa y apoyándose en la de Prieto Castro, *Estudios de Derecho Procesal* (citado en n. 117), p. 444 y nota 1.<sup>a</sup>. También RAMÍREZ-LÓPEZ, *El arbitraje en el Derecho privado de España*, en Libro-Homenaje a Ramón M.<sup>a</sup> Roca Sastre, Madrid, 1976, III, p. 946.

(122) Comp. OMAR Y GELFI, *La cláusula de amigable composición*, R. D. Pr., abril 1946 (núm. 349), pp. 274-275.

(123) Suprimido el arbitraje forzoso por el Código de comercio de 1885, ha desaparecido la base para la aplicación de las citadas disposiciones de la Ley de Enjuiciamiento Civil; así, MANRESA, *Comentarios*



la cuestión no parece fuera planteada debidamente ante el Tribunal Supremo, respecto de pactos posteriores a la entrada en vigor del Código de comercio de 1885, que suprime los árbitros necesarios (124).

La situación descrita no cambia con la ratificación por España del Protocolo de Ginebra de 24 de septiembre de 1923, y del Convenio de Ginebra de 26 de septiembre de 1927. En ellos, se hace referencia a Sentencias arbitrales extranjeras dictadas a consecuencia de cláusulas compromisoras válidas; mas el «exequatur» a ellas debido será al laudo hecho firme en el país donde hubiere sido dictado, no teniendo la mera cláusula compromisoria extranjera otro valor que el que corresponde a la establecida en un contrato celebrado en España.

La cláusula compromisoria alcanzará otro significado y otra importancia con la publicación de la Ley de 1953, la que apartándose de la tradición jurídica española y sin tener en cuenta las precauciones que, frente a posibles abusos de la figura, se establecen en tantas leyes extranjeras e incluso en los Convenios internacionales, ha venido a concederle una incontrolada e ilimitada eficacia.

#### IV. VENTAJAS E INCONVENIENTES DEL ARBITRAJE.

##### 1. *Del arbitraje.*

El recuerdo de las vicisitudes de la regulación del arbitraje, ha hecho que se llegue al mismo umbral de la Ley sobre Arbitrajes Privados de 1953. Antes de comenzar su estudio y examen crítico, ha parecido necesario hacer todavía alguna disgresión sobre el subcontrato social del arbitraje y de la cláusula compromisoria y los presupuestos de que parten para valorarlo la doctrina y las legislaciones.

El arbitraje, debido a sus dos fases, la de contrato de compromiso y la de proceso arbitral, ha sido en la época moderna, desde la Codificación, figura descuidada por civilistas y procesalistas; que piensan que su estudio, al menos en parte, le es ajeno. En cambio, ha florecido una rica literatura de especialistas del arbitra-

---

o la *Ley de Enjuiciamiento Civil reformada*, Madrid, 1895, VI, pp. 570-571.

(124) La S. T. S. 18 mayo 1892, dice que la cláusula es válida, aunque no reúna la escritura de compromiso los requisitos exigidos por la ley procesal, porque "a falta de convenio de las partes, tiene prescrito su desarrollo en los artículos 2.175 y siguientes de la Ley citada"; pero, se trataba de una cuestión que había de decidirse conforme al Código de comercio de 1829, pues la escritura de sociedad en la que se incluye la cláusula es del 16 de abril 1881, y el nuevo Código mercantil entró en vigor el 1.º de enero de 1886. En S. T. S. 25 abril 1896 se considera, sin embargo, aplicable el art. 2.177 L. P. C. "cuando se hubiere estipulado someter a su decisión (de árbitros o amigables compondores) cualquier asunto mercantil"; en el caso se trataba del convenio que celebra una casa de comercio con sus acreedores.

je. Sus libros contienen, en general, no sólo un encendido elogio de la figura estudiada, sino también una especie de cómputo de sus ventajas e inconvenientes. Hecho ya, de por sí mismo, notable y que no se observa respecto de otras instituciones jurídicas. Siendo especialmente significativo el que ese balance de pros y contras del arbitraje, se acostumbre a hacer sólo desde que empieza a usarse y a convertirse en cláusula de estilo la cláusula compromisoria. Examen de méritos que, aunque hecha corrientemente con evidente simpatía por el arbitraje y por la cláusula compromisoria, permite atisbar la infraestructura de los intereses en juego.

Entre las enumeraciones de ventajas e inconvenientes que pueden encontrarse reseñados por los autores (125), quizá ninguna sea tan gráfica como aquella que contrapone el arbitraje al procedimiento judicial, destacando al primero con las notas de rápido, fácil y barato, y caracterizando al segundo de lento, complejo y caro (126). Esta contraposición, que viene a condensar la opinión de muchos autores y prácticos del Derecho, no se ha podido aceptar sin reservas, por unos y otros; aunque no pueda negarse que tiene mucho en su abono.

Lo barato del arbitraje no resulta a menudo de acuerdo con la realidad. Las partes, siguiendo el procedimiento judicial, no tienen que pagar a los Jueces; los árbitros, en cambio, han de ser remunerados y siendo por lo general profesionales de gran prestigio, sus honorarios resultan muy elevados. Además, habrá que atender a las costas del procedimiento arbitral, a los gastos de secretariado, además de los abogados, notarios y peritos. No existiendo además en el arbitraje la defensa por pobre (127).

(125) Pueden citarse, por ejemplo, VALCARCE, *El Arbitraje privado*, Rev. D. Procesal, X (1954, abril-marzo), pp. 181-185; OGAYAR, *loc. cit.* en nota 7, pp. 66-68; CHILLÓN Y MERINO, *loc. cit.*, nota 1, pp. 58-59; FOUCHARD, *L'Arbitrage commercial international*, París, 1965, pp. 1-3; RUBELLIN-DEVICHI, *loc. cit.*, nota 91, pp. 23-24; SANDERS, *Trends in the Field of International Commercial Arbitration*, Rec. des Cours, Ac. de D. I., 1975, II, Leyden, 1976, pp. 213-217; MINOLI, en Prefazione a MARANI, *Aspetti negoziali e aspetti processuali del arbitrato* (Contributo alla dottrina del arbitrato), Torino, 1966, pp. XIII-XVI; VECCHIONE, *L'arbitrato nel sistema del proceso civile*, Milano, 1971, pp. IX-XI; MÜNZBERG, *Die Schranken der Parteivereinbarungen in der privaten internationalen Schiedsgerichtsbarkeit*, Schriften zum Prozessrecht, Berlín, 1970, p. 31.

(126) FOUCHARD, *loc. cit.* antes citado, p. 1. Opinión que enseguida matiza señalando las desventajas del arbitraje.

(127) En algunos países, se nos dice que la práctica del arbitraje no se ha generalizado porque a veces resulta muy caro; así, BERNARD, sobre Bélgica, en *Arbitrage international commercial. International commercial Arbitration*, en SANDERS (*Rapporteur general*) I, París, s. d., p. 120. FOUCHARD recuerda el arbitraje del gato Raminagrobis, "árbitro experto en todos los casos", escogido por mutuo acuerdo por la comadreja y el conejo para decidir su diferencia, y que se comió a los dos: rápido, simple y poco costoso; *loc. cit.* antes citado, p. 1, nota 1. En ciertos casos, el arbitraje resulta más largo y costoso que el procedimiento ante los Tribunales del Estado; HOFFMAN, *Internationale Handelsschiedsgerichtsbarkeit*, Frankfurt a M. Berlín, 1970, p. 17. También comp. SARRE, *Arbitration clauses in Oil Industrie in the Middle East*, en *Internacional*

La rapidez de procedimiento importa mucho al litigante de buena fe y, en especial, a industriales y comerciantes (inmovilización de capitales, deterioro de mercancías) y no puede ocultarse que, por imperfección de las leyes y falta de personal, los Tribunales ordinarios funcionan con excesiva lentitud (128). Además, en estos Tribunales, hay una doble instancia, lo que no es corriente en el arbitraje (129).

La simplicidad del procedimiento arbitral no se logra siempre; una de las partes puede negarse a cooperar o poner obstáculos al desarrollo de las diligencias previas y, con más facilidad que ante los Tribunales de Justicia, alegar falta de competencia del Tribunal arbitral, recusar árbitros, pedir se declare nulo el compromiso o el laudo e impugnar éste ante los Tribunales ordinarios (130).

Se citan todavía otras ventajas del arbitraje. Así, la de evitar la

---

Commercial Arbitration, N. Y., London, 1974-1975, p. 336. Comp. SANDERS, *International Commercial Arbitration*, Ned. Tydschrift voor I. R. XX-1 (1973), pp. 37-41; HILL, *The Law of Arbitration*, 2.<sup>a</sup> ed., London, 1975, p. 5 (distingue entre cuestiones de hecho y de derecho).

(128) En Dinamarca se nos dice que no está muy extendido el arbitraje, debido a que allí la Administración de Justicia es comparativamente rápida, particularmente en los procesos mercantiles, y también a que el Tribunal marítimo y comercial de Copenhague goza de una muy buena reputación, HJELLE, en *Arbitrage International*, cit., I, p. 154.

En los estudios dedicados a las instituciones para el arbitraje del *Handbook of International Arbitration in International Trade. Facts, Figures and Rules*, edited by COHEN, DOMKE, EISENMANN, Amsterdam, N. Y. Oxford, 1977, se dice que en la "Chambre Internationale de Commerce" de París, el caso más rápidamente decidido duró tres meses, que la duración normal de los arbitrajes venía a resultar de dos años y que había uno comenzado hace diez años y que no había concluido en 1977.

En los arbitrajes que se han de celebrar no por instituciones, se establece de ordinario un plazo para que se dicte el lado; pero, a menudo se solicita y concede su prórroga; también hay casos en que es necesario nombrar nuevos árbitros y en que, agotado el plazo, hay que acudir a los Tribunales judiciales.

(129) Sin embargo, la "Chambre Arbitrale" de París (Reg. de 25 mayo 1960) consta de una "Commission de premier degré" (arts. 13-16) y de una "Commision de deuxième degré" (arts. 17-19), cita de RUBELLIN-DEVICHI, pp. 367 y sig. El Reglamento de conciliación facultativa y de arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional, de 1 de junio de 1975, no establece una segunda instancia, pero el laudo arbitral queda sometido al examen previo de la "Cour d'arbitrage" (art. 21). También en el Tratado de arbitraje lanero internacional (art. 70) y en el Reglamento para arbitrajes en Barcelona, para las operaciones de importación (art. 80), está prevista la apelación (citas en *Recopilación de usos, costumbres y prácticas mercantiles seguidas en España*, CONSEJO SUPERIOR DE CÁMARAS DE COMERCIO, Madrid, 1964, pp. 1061 y 1064. En los países del "Common Law" es corriente establecer un "Appeal Committee" o un "Board of Appeal", VAN DER BERG, *Etude comparative du droit de l'arbitrage commercial dans les pays de Common Law*, Aix, Marseille, 1977, p. 126; RUSSELL, *On the Law or Arbitration*, ed. 16.<sup>a</sup>, by WALTON, London, 1970, p. 342.

(130) No obstante su práctica inutilidad, a resultas de la Ley de 1953, son muchos los recursos de casación que contra los laudos llegan a nuestro Tribunal Supremo.

publicidad. Ya Ulpiano mencionaba que al árbitro se confiaban secretos e intimidades que las partes podían querer no revelar (131); lo que hoy se estima de especial importancia en las relaciones comerciales, dado el peligro de la competencia. Con ello se pierde la garantía que la obligada publicidad supone para las partes, mientras que el secreto del procedimiento arbitral puede encubrir fraudes a la inspección fiscal y llevar a la decisión arbitral cuestiones que importa ocultar a los Tribunales por su naturaleza ilegal o ilícita, por ejemplo, sobre explotación de casas de lenocinio, juegos prohibidos, exportación de divisas, repartos de zonas para evitar la competencia o para mantener prácticas monopolíticas (132).

En ciertos casos puede ser importante la elección de un técnico como árbitro, por ejemplo, cuando se trata de cuestiones sobre la calidad de una mercancía. En ellos está bien justificado el que se prefiera entregarlas a la decisión de un experto en la especialidad del tráfico de que se trate. Respecto de los demás casos, se ha preguntado el porqué se ha de preferir un particular a un Magistrado, para una función tan delicada como la de juzgar, para la que se requiere independencia y un cultivado sentido de la Justicia (133).

En fin, no puede desconocerse lo limitado del poder arbitral; requiere la colaboración del Juez, no sólo para la ejecución del laudo, sino también respecto de ciertas pruebas; además de que no lo tiene que para ordenar medidas preventivas (embargo) y para atender una reconvencción.

La enumeración de ventajas y desventajas del arbitraje, puede bastar para concluir que se trata de una figura, no sólo avalada por una práctica secular, sino que sigue pudiendo ser útil en varios casos y circunstancias. También muestra, que no es una panacea de tal virtud que justifique cualquier medio por el que se llegue a imponer el arbitraje. No resulta suficiente ponderar las ventajas del arbitraje para deducir que también ellas se dan en la cláusula compromisoria. La aceptación y el control de ésta ofrece otros problemas, los propios de su especial naturaleza.

## 2. *Del arbitraje por cláusula compromisoria.*

La peculiaridad de la cláusula compromisoria se suele disimular, como si fuera una simple etapa previa (precontrato), en el proceso de formación del contrato de compromiso (134). Mas

(131) D. 4,8,3, § 1.

(132) Ejemplo de una cláusula compromisoria, con el propósito de asegurar una operación de corrupción. DERAIS, en *New Directions in International Trade Law*, Unidroit, N. Y., 1977, II, p. 613.

(133) FOUCHARD, *L'arbitrage commercial international*, Paris, 1965, pp. 2 y 3. Sobre el peligro, en ciertos medios, del arbitraje de equidad o por amigables componedores, VALCARCE, *El arbitraje privado*, Rev. D. Proc., X (1954, abril-mayo), pp. 364-365.

(134) GUASP, nos dice: "Sencillamente, es la importancia del hecho del arbitraje la que explica su preparación"; como antes de la Ley, los proyectos; antes del matrimonio, la promesa; antes del contrato, el pre-

entonces, habremos de preguntarnos: ¿Qué se adelanta bautizando a la cláusula compromisoria de precontrato o de contrato preliminar de arbitraje? ¿Sustituir una incógnita por otra cuestión dudosa? Pues habrá que preguntarse: ¿Qué se entiende por contrato o por promesa de contrato? ¿El concepto aceptado por la mayoría de la doctrina de los autores y de la Jurisprudencia? Para que el precontrato exista y tenga eficacia jurídica, se piensa que habrá de «determinar suficientemente ("zur Genüge") el contenido del contrato futuro, pues se habrá de celebrar en base a aquél» (135), o sea, que contenga los requisitos esenciales propios del contrato que se prepara (136). Así, se entiende que la promesa de vender, en la que no se fije el precio y el objeto que se ha de vender, no obliga como precontrato. En la cláusula compromisoria, nos hallamos ante una promesa de someter una eventual, posible, futura controversia al arbitraje, sin determinar, en concreto, la controversia de que se trata, sin tener que designar quien habrá de actuar como árbitro y sin necesidad de guardar los requisitos de capacidad y de forma exigidos para el contrato principal. No parece, por tanto, que la referencia a la figura del precontrato baste para justificar la eficacia de la cláusula compromisoria; así lo ha entendido la jurisprudencia del Tribunal Supremo; será necesario, para que resulte eficaz la dicha cláusula, que la imponga como válida una norma jurídica, sea legal o consuetudinaria.

Existe una diferencia esencial entre el arbitraje que resulta de un compromiso y el que deriva de una cláusula compromisoria. Los que celebran un compromiso saben lo que hacen y a lo que se exponen; conocen la controversia a decidir y sus circunstancias, y se ha elegido como árbitro a alguien que también se conoce y que ofrece a ambas partes, en aquel momento, la debida confianza para realizar la función arbitral —cuando por virtud de la cláusula compromisoria sea el Juez quien designa al árbitro, éste no lo será

---

contrato; "la preparación de una figura jurídica está en razón directa de su trascendencia; y a mayor importancia de una relación jurídica, más necesidad hay de su preparación". *El arbitraje en el Derecho español*, Barcelona, 1956, pp. 78-79. Teoría que parece haber aceptado OGÁYAR, *Creación judicial del Derecho*, Discurso leído en el acto de recepción de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid, 1975, p. 96. *El contrato de arbitraje y la institución arbitral*, Madrid, 1977, pp. 123-124.

(135) Así, en los Motivos del Código civil alemán, cita de FLUME, *Allgemeine Teil des Burgelichen Recht*. II, *Das Rechtsgeschäft*, Berlín, Heidelberg, New York, 1965, § 33,7, p. 614.

(136) Sobre estas cuestiones, me permito remitirme a lo que dijera en *La promesa de contrato, algunas notas para su estudio*, A. D. C., III-IV (octubre-diciembre 1950), pp. 1133-1186; además, el erudito estudio de BLOMEYER, *La promesse de vente vaut vente*, Sonderdruck aus "Festschrift für Leo Raape", pp. 269-303, que no pude utilizar en mi citado trabajo. También SÁNCHEZ VELASCO, *Contrato de promesa y promesa de contrato*. An. Acad. Matritense del Notariado, VI, Madrid, 1952, pp. 451 y sig., en esp. p. 515.

por gozar de la confianza de las partes—. En todo arbitraje juega un azar, y mayor que poniendo la cuestión en manos de los Tribunales (137); más, mediante la cláusula compromisoria, se llega al arbitraje a ojos cerrados y, a veces, frente a quién juega con las cartas marcadas; ya que la dicha cláusula suele insertarse entre las condiciones generales impuestas al contratante más débil, al que, además, puede imponerse un árbitro o una institución arbitral de la que espera favor la parte económicamente más poderosa. La cláusula compromisoria, escondida en la letra pequeña del contrato, entre el oscuro fárrago de condiciones, puede surgir de pronto como muralla inexpugnable frente a cualquier reclamación de comprador (138).

Parece evidente que el arbitraje y la cláusula compromisoria responden a dos concepciones jurídicas distintas y que corresponden a momentos e ideologías diferentes; por lo que no pueden transportarse consideraciones apropiadas a la una para justificar a la otra.

Con lo dicho, no se quiere negar que la cláusula no haya sido y siga siendo el motor del moderno desarrollo y de la importancia actual del arbitraje (139); se pretende destacar que el señalado auge de la cláusula compromisoria tiene su propia causa; se debe, ante todo y sobre todo, a un cambio en la situación de las relaciones económicas, a unos nuevos hechos para los que la ordenación jurídica existente no ofrecía remedio adecuado. El comercio internacional, antes de importancia secundaria, ha venido a convertirse en algo esencial para la economía de muchos países. Desarrollo de dicho comercio, tan importante para los más industrializados, que no encuentra respuesta adecuada en las legislaciones nacionales, ni siquiera en los que han dictado normas especiales para el comercio exterior. Desplazado en la época moderna el «*ius commune*» por los Derechos nacionales, el comerciante o el empresario se encuentra ante la amenaza de la aplicación de disposiciones que le son extrañas, difíciles de conocer, de las que desconfía, que son diferentes o contrarias entre sí y de las que temerá le resulten poco favorables a sus intereses; y todavía, para colmo de inconvenientes, se encuentra ante la dificultad de saber cuál podría ser la Ley aplicable a una posible controversia entre los contratantes. Como re-

---

(137) De lo que advierte el P. MOLINA, XXX, § 7; V, pp. 88-89 (loc. cit. en nota 59).

(138) En la práctica notarial se procura garantizar la independencia del árbitro, designando como tal a persona de un alto nivel social, p. ej., al decano del Colegio de Abogados, al decano del Colegio Notarial, al presidente de la Cámara de Comercio. Mas antes de que se haga jugar la cláusula y, en especial, desconociéndola, nada les impide a ellos aceptar o haber aceptado encargos lucrativos de una de las partes; lo que hará dudar de su imparcialidad e independencia. Lo que no ocurre con el juez, dadas las disposiciones sobre incompatibilidades.

(139) RUBELLIN-DEVICHI, dice que con la aprobación legal de la cláusula comienza lo que se ha podido llamar "el renacimiento del arbitraje", loc. cit., p. 22.

medio útil y seguro frente a tales inconvenientes, se ofrece la cláusula compromisoria, mediante la que las partes se obligan a someter sus diferencias a un árbitro, árbitro que podría ser designado ya en la misma cláusula (140). Las ventajas de ésta resultaban evidentes; con ella, se evita la intervención de jueces extranjeros y se confiaba la solución de cualquier posible controversia a quien podría desentenderse de las disposiciones sobre conflictos de leyes, y de quien cabría esperar que aplicaría sin reservas el Derecho elaborado por los empresarios (condiciones generales de los contratos).

Además, pasada la época de la guerra fría y predicada por Rusia la doctrina de la convivencia pacífica, se piensa superar la división del mundo en dos bloques incommunicados, el de los países de libre comercio y el de los Estados socialistas, estableciendo y fomentando entre ellos relaciones comerciales. Para resolver las controversias que pudieran surgir entre empresas de uno y otro bloque, se piensa también acudir al arbitraje; como el medio más adecuado y seguro (141).

Estas consideraciones, en particular la última aludida, pueden explicarnos las entusiastas recomendaciones del arbitraje que se encuentran en el Acta final de la Conferencia sobre seguridad y cooperación en Europa, firmada en Helsinki (1.º agosto 1975) por representantes de treinta y nueve Estados (142).

---

(140) Las primeras cláusulas arbitrales aparecen en los contratos tipos establecidos por asociaciones o gremios de comerciantes (p. ej., los de sedas, granos, frutos); aunque en ellos se imponen, más que verdaderos juicios arbitrales, el someterse a la decisión de peritos, a la manera de los arbitradores.

(141) Lo peculiar del arbitraje en los estados socialistas, hace que no interese especialmente considerarlo en estas notas; aunque pudiera convenir tener en cuenta su reglamentación, para una posible reforma de la legislación española. El arbitraje se realiza por Tribunales oficiales adscritos a las Cámaras de Comercio de Moscú, Berlín, Praga, etc., debiéndose elegir los árbitros de las listas oficiales establecidas (necesariamente, excepto en Hungría). No obstante este carácter oficial, se establece que los árbitros han de ser independientes, no sospechosos de parcialidad; si lo fueran, pueden ser recusados. Los países socialistas, cuando se trata de exportación, imponen su propio arbitraje, y con ello la aplicación de su propio Derecho y condiciones generales; en los negocios de importación, admiten el arbitraje del país vendedor o de una Cámara de arbitraje de buena reputación. La composición amistosa está excluida, excepto en Yugoslavia. Una referencia a este Derecho, con estudios especiales respecto a Bulgaria, Cuba, Checoslovaquia, República Democrática Alemana, Hungría, Polonia, Rumania, Rusia Soviética y Yugoslavia, en *International Council for Commercial Arbitration, Yearbook Commercial Arbitration*, I, 1976, pp. 11 y sig.; FINK, *L'arbitrage socialiste dans le commerce Est-Ouest*, Dr. et pratique du commerce international, Sep. 1975, I, 3.º, pp. 367 y sig.; PLAFF, *Die Aussenhandels-schiedsgerichtsbarkeit der sozialistischen Länder in Handel mit der Bundesrepublik Deutschland*, Berlín, 1973.

(142) Dice así:

“Considerando que el arreglo rápido y equitativo de las diferencias que puedan surgir de las transacciones comerciales, respecto de mercan-

Mas habrá que reconocer que no es fácil que, las figuras ardentemente patrocinadas por un grupo o clase social, carezcan de peligros o desventajas para otros grupos de interesados. Lo que también ocurre con el arbitraje. El empleo de la cláusula compromisoria en los contratos del comercio internacional, resulta a menudo demasiado favorable para las empresas de los países más desarrollados industrialmente, para las monopolistas y para las multinacionales; con la consecuencia de ser desfavorables para los países no desarrollados o menos industrializados. Resultará natural, por ello, que en estos países, en especial en los del llamado Tercer Mundo, repugne una cláusula en cuya virtud se impongan árbitros o instituciones arbitrales favorables a los intereses de las empresas extranjeras y dispuestas a la aplicación de las condiciones por éstas establecidas.

Respecto de los arbitrajes organizados en los países socialistas, se ha podido observar que, cuando tienen posiciones económicas preponderantes, en sus relaciones comerciales con empresas de otros países (en general, las de exportación), imponen el arbitraje de sus propias instituciones arbitrales; las cuales, siendo creadas y dependientes de cada Administración estatal, y siendo también del Estado todas y cada una de las empresas industriales y comerciales, hacen que sus laudos arbitrales hayan podido parecer sospechosos, al actuar los Estados por medio de sus órganos, a la vez como Juez y parte, respecto de las empresas extranjeras (143).

Las ventajas de la cláusula compromisoria para el comercio internacional, no pueden ocultarnos la otra cara de la moneda, la peligrosidad de la cláusula. Autor entusiasta del arbitraje y de la máxima libertad contractual, no ha dudado en observar que «el

cías, servicios y contratos para la cooperación industrial, hna de contribuir a la expansión y a facilitar el comercio y la cooperación;

Considerando que el arbitraje es un medio adecuado para el arreglo de las diferencias;

Recomienda como apropiado que las organizaciones, las empresas, y las firmas, incluyeran cláusulas de arbitraje en sus contratos comerciales y en sus contratos de cooperación industrial o en convenios especiales;

Recomienda que se prevean estipulaciones sobre una serie de reglas mutuamente aceptables y que permitan el arbitraje en un tercer país, teniendo en cuenta los convenios internacionales y de otra clase en esta materia.”

La Asamblea General de las Naciones Unidas, por su parte, al recomendar el uso del Reglamento de Arbitraje de la C.N.U.D.M.I., para el arreglo de las controversias que surjan en el contexto de las relaciones comerciales internacionales, lo hace: “Reconociendo el valor del arbitraje como método para resolver las controversias que surgen en el contexto de las relaciones comerciales internacionales”, 99.<sup>a</sup> Sesión plenaria, 15 nov. 1976 (IX, 31/98).

La C.N.U.D.M.I. consideró la sugerencia de hacer una referencia aquí al Acta final de Helsinki; pero no la acepta por tratarse de un acuerdo regional (Estados europeos y Estados Unidos).

(143) FOUCHARD, *L'arbitrage commercial international*. París, 1965, §§ 331 y sig., pp. 199 y sig.; SANDERS, *Trends in the Field of International Commercial Arbitration*, Rec. Cours, A.D.I. 1975-II-p. 227.



consentimiento de una y otra parte no es tan libre como parece; en bastantes casos, el pertenecer a una rama de comercio determinada, impone al comerciante aceptar en sus contratos una cláusula arbitral cuyo contenido le es a menudo dictado, bajo pena de ser puesto en el índice más o menos oculto y hasta la expulsión de la corporación: la práctica de los contratos tipos que tienden a convertirse en verdaderas normas consuetudinarias en el comercio internacional y que contienen a menudo una cláusula arbitral preestablecida, disminuye todavía la libertad real de apreciación y decisión de cada parte, sobre todo cuando las condiciones generales de este contrato sean fijadas o impuestas por un organismo corporativo o por la parte en situación dominante en las negociaciones precontractuales» (144).

Esta peligrosidad propia de la cláusula compromisoria, fue tenida en cuenta en la legislación francesa (145), y más recientemente se advierte de dicho peligro en la Exposición de Motivos al Parlamento belga presentando la Ley de 4 de julio de 1972 (146). Se justifica el que para la constitución del arbitraje se requiera que la controversia haya previamente nacido, diciendo que: «Sólo en tal momento las partes pueden considerar las ventajas e inconvenientes de atribuir tales poderes y puedan ellas expresar válidamente su intención. Esta solución toma también en cuenta lo extendido del arbitraje, para evitar que la amigable composición sea una cláusula insertada automáticamente, mientras sus consecuencias sean desconocidas por las partes no familiarizadas con el procedimiento arbitral» (147).

Mas la realidad nos muestra que, en general, se viene desconociendo los inconvenientes y peligros de la cláusula compromisoria,

(144) FOUCHARD, *loc. cit.*, § 20, p. 10. Sobre la desconfianza hacia la cláusula compromisoria, también HEBRAUD, *El arbitraje*, Jornadas franco-españolas de Derecho comprado. Rev. Inst. D. Comparado, Barcelona, 1954, núm. 3 (julio-diciembre), pp. 192 y sig.; HOFFMAN, *Internationale Handelschiedsgerichtsbarkeit*, Arbeiten zur Rechtsvergleichung, 48, Frankfurt A.M., Berlin, 1970, p. 25; KERR, *The English Courts and Arbitration*, en *International Commercial Arbitration*, Documents and Collected Papers, Clive M. SCHMITTHOFF, N. Y., London, 1974-1975, página 201; especialmente, además, los autores citados en las notas (4) y (146).

(145) Vide notas 107-109.

(146) Bélgica en 1969 cambia su "Code judiciaire", pero todavía no lo referente al arbitraje, para tener en cuenta el Convenio de Unificación Jurídica Europea; esta labor, que se completa en 4 de julio 1972, agregando una 6.<sup>a</sup> parte sobre arbitraje. SANDERS, *The new Arbitration Statute in Belgium*, en *International Council for Commercial Arbitration*, Yearbook Commercial Arbitration, vol. I, 1976 pp. 173 y sig.; SIMONT, *Amiables Composition and their reasoning*, en *International Commercial Arbitration*, Documents and Collected Papers, N. Y. London, 1974-1975, pp. 131 y sig.

(147) Lo que se justifica también en que los poderes de los árbitros podrían destruir el delicado equilibrio de intereses concluido por las partes, después de difíciles negociaciones (Fettweis); critican la ley, Harman y SIMONT, *loc. cit.*, p. 134.

que se les olvida o se les da de lado. No parece dudoso que ello es debido a la poderosa corriente de intereses y de pensamiento que suele llamarse «la nueva *lex mercatoria*». En su virtud, después de haberse reconocido que la cláusula ofrece un «evidente riesgo» se agrega: «Pero es preferible, desde luego, correr ese riesgo a condición de disfrutar de los muchos beneficios que el arbitraje privado nos puede deparar» (148). Favor atribuido a la «nueva *lex mercatoria*» que, aún después de haberse admitido lo dudoso de la legitimidad de sus prescripciones, llevará a que se haya concluido, dando por salvada la dificultad, diciendo: «Pero esto, habría dicho Kipling, es otra historia» (149). A Kipling, como literato, le está permitido hacer esta pirueta al terminar así alguno de sus cuentos; lo que no es lo mismo para el hombre de Derecho; para él, la legitimidad de los resultados de una figura jurídica no constituye otra historia, es la cuestión fundamental e ineludible con la que tiene que enfrentarse (150).

Estas ligeras referencias, creo podrán bastar para que se advierta que para la debida valoración jurídica de la cláusula compromisoria, resulta inevitable tener en cuenta el ambiente social en que ha surgido y al que debe su actual auge. Por ello, ha parecido necesario tratar de lo que ha significado y significa, todavía hoy, el movimiento de la «nueva *lex mercatoria*» y también el de la autonomía de la voluntad, como su fundamentación dogmática. Lo que es preciso hacerlo teniendo además presente otra poderosa corriente, y de signo contrario, la de la protección de los consumidores.

## V. LA NUEVA «LEX MERCATORIA».

### 1. Su conexión con el arbitraje.

Como se ha venido diciendo, el movimiento que se conoce como de la «nueva *lex mercatoria*» está íntimamente ligado al arbitraje resultante de la cláusula compromisoria; de tal manera, que no podría entenderse bien el significado del uno sin tener presente

(148) CHILLÓN, MERINO, *loc. cit.*, p. 60. Comp., sin embargo, p. 223.

(149) GOLDMAN, *Frontières du droit et "lex mercatoria"*. Archives de Philosophie du Droit, núm. 9. Le droit subjectif en question, 1964, p. 197.

(150) El Comité para la reforma de "Conditions and Exceptions in Insurances Policies" (1957) se considera incompetente para decidir sobre las injusticias que se alegan cometidas en las pólizas de seguros, considerando que ellas no resultan de la Ley, sino de "estipulaciones contractuales expresas" y que, por tanto, se trata de una cuestión de "política social", en cuanto supone una "interferencia en la libertad de contratar del asegurador", HICKMOTT, *Arbitration in Insurance and Re-Insurance*, en *International Commercial Arbitration*, citada, p. 396. Conducta impropia de juristas, pues éstos han de juzgar y aconsejar conforme a la idea de lo que es el Derecho, de la que es elemento esencial la de Justicia; como señala HOFFMAN, tratando de semejante cuestión, *loc. cit.*, p. 25.

al otro. Sin la dicha conexión no se explicaría el moderno auge del arbitraje y del ingente aparato (Conferencias internacionales, Congresos, Organizaciones, Revistas) consagrados a su servicio y fomento. De otro lado, el arbitraje no sólo es instrumento eficaz para imponer el «Derecho de los comerciantes», sino que también se le aduce como prueba de la realidad jurídica independiente de dicho Derecho.

## 2. La antigua y la nueva «lex mercatoria».

La denominación de «nueva *lex mercatoria*» viene a disimular su naturaleza anómala y a conferirle la apariencia de ser un renacimiento o continuación del Derecho de los «mercaderes» anterior a los «Códigos». Mas a pesar del nombre común dado, no cabe ocultar la diferencia de la *nueva ley* respecto de la antigua o tradicional *lex mercatoria*.

Lo especial del Derecho mercantil, antes de la Codificación, se justificaba como Derecho autónomo de la clase de los comerciantes, por ser el Derecho propio para regular las relaciones *entre* comerciantes (151). Característica que se mantiene aún después que fueran desapareciendo los privilegios de que gozaban los mercaderes en ferias y mercados, incluso los de su configuración gremial; unos y otros propios y peculiares de la Edad Media (152). Los usos comerciales pronto se recogen en Ordenanzas, aprobadas y confirmados por los Reyes; reglas para el tráfico comercial que tienen también en cuenta las relaciones con el extranjero (153). Además, tales usos y reglas van perdiendo su carácter local y particular, al irse integrando en el Derecho común (154). La especialidad del Derecho de los comerciantes se mantiene entonces y se manifiesta en tener una jurisdicción propia, la de los consu-

---

(151) ASCARELLI, *Iniciación al estudio del Derecho Mercantil*, introducción y traducción de Evelio Verdura Tuells, Barcelona, 1964, páginas 35-36.

(152) P. 5,7, "De los Mercaderes, de las Ferias e de los Mercados e del Diezmo e del Portazgo, que han de dar por razón dellas".

(153) En la Confirmación Real y Decretos para hacer las Ordenanzas de la Ilustre Universidad y Casa de Contratación de la M. N. y M. L. Villa de Bilbao, se dice que se atiende a "lo que se ejecutaba en otros pueblos de Europa". En el discurso del editor, debido a CAPMANY, del *Código de las costumbres marítimas de Barcelona, hasta aquí vulgarmente llamado Libro del Consulado*, Madrid, 1791, puede verse también esta consideración internacional del comercio.

(154) La literatura sobre materia mercantil en este sentido es bastante amplia, además de las obras generalmente citadas de Straccha, Scaccia y Ansaldo, pueden mencionarse las de Molineo (*Tractatu commerciorum et contractum*, París, 1605). Masquardus (*Jure mercatorum et commerciorum*, Francofurti, 1662). Tobeau (*Les instituts de Droit consulaire ou la jurisprudence des marchands*, París, 1682) Malynes (*Consuetudo vel lex mercatoria*, London, 1686, escrito en inglés), y, muy especialmente, los tratados "Comercio Terrestre y Comercio Naval", publicados en *Curia Philipica*, ed. Madrid, 1797, pp. 261 y sig., pp. 450 y sig., de Juan de HEVIA Y BOLAÑOS.

lados. Estos Tribunales estaban formados por comerciantes distinguidos; su competencia se extiende a «todas las diferencias y debates que hubiere entre mercader y mercader, y sus compañeros, factores y encomenderos, sobre los trueques, compras y ventas, cambios y seguros y cuentas y todo género de negocios tocantes y pertenecientes a mercancías, y cualquier otra cosa dependiente de éstas», sustanciándose y determinándose «breve y sumariamente, según el estilo de mercaderes, la verdad sabida y la buena fe guardada, sin dar lugar a largas y dilaciones» (155).

La condición del Derecho mercantil como un Derecho de comerciantes y para las relaciones entre comerciantes, no se pierde con la Codificación y el establecimiento de los Tribunales de Comercio. Es cierto, que parece que su ámbito se amplía al enumerarse cuáles son los actos de comercio; mas también lo es que dicha condición estricta se mantiene para el acto básico del tráfico comercial, es decir, para la compraventa de mercancías. Así, en el Código de comercio francés (14, 24 septiembre 1807), se establece la competencia de los Tribunales de comercio, respecto de todas las controversias sobre obligaciones y transacciones entre negociantes, mercaderes y banqueros y, en segundo lugar, sobre las controversias entre cualquier persona relativas a actos de comercio (art. 631). A renglón seguido, se hace una enumeración taxativa de los actos que la Ley reputa como actos de comercio y, entre ellos, no se encuentra el de la venta hecha por un comerciante a quien no lo sea (arts. 632-635). Siguiendo el modelo francés, nuestro Código de Comercio de 1829, califica de compras y ventas pertenecientes a la clase de mercantiles: «Las compras que se hacen de cosas muebles con ánimo de adquirir sobre ellas algún lucro, revendiéndolas, bien sea en la misma forma que se compraron, o en otra diferente, y las reventas de estas mismas cosas» (art. 359); definición que repite casi con las mismas palabras, nuestro vigente Código de comercio, aunque simplificándola (156).

Esta disposición se explica por los señalados antecedentes, y se justifica por lo diferente de los principios apropiados a las relaciones entre comerciantes sobre venta de mercancías (mercantiles) y aquellas otras que han de regir a las que nacen entre el

---

(155) Términos usados en la cédula sobre la creación del Consulado de Madrid, Nov. 9,2,4; y otros semejantes se emplean respecto a los Consulados de Burgos y Bilbao (Nov. 9,2,1), de San Sebastián (Nov. 9,2,6), de Burgos (Nov. 9,2,8), de Barcelona (Nov. 9,2,11), de Sevilla (9,2,14). Advierte HEVIA que la competencia de los Consulados se extiende a las causas entre mercaderes sobre todas las cosas tocantes al trato de la mercancía, pero no sobre lo que es fuera de mercancía (*Curia Philipica*, Comercio terrestre, § 11, p. 441); añadiendo que sobre causas de mercancía, el que no es mercader puede convenir en el Consulado al que no sea mercader, aunque se trate de mercancía, pues el actor ha de seguir por el fuero del reo, id. § 23, p. 442.

(156) "Será mercantil la compraventa de cosas muebles para revenderlas, bien en la misma forma que se compraron o bien en otra diferente, con ánimo de lucrarse en la reventa" (art. 325).

comerciante que vende y el particular que le compra unas cosas para su consumo (civiles). En aquéllas juegan los criterios de diligencia, rapidez y presunción de conocimiento especializado, los que sería injusto aplicar al mero consumidor (157).

Resulta, por ello, un tanto sorprendente ver que nuestros mejores mercantilistas coincidieran en pensar que el buen hombre que hace un encargo en una tienda, no puede reclamar por incumplimiento o mal cumplimiento del comerciante, mas que conforme a las exigentes reglas del Código de Comercio (158) lo que aunque sea contra el sentido literal del artículo 325, se afirma frente a la autoridad del Tribunal Supremo, y todo ello se haga sin argumentos jurídicos convincentes (159).

---

(157) Sobre todo ello, además, lo dicho en *Derecho Civil de España*, ed. 1949, p. 282, nota 6 y ed. 1955, p. 309, nota 3. La S. T. S. 27 enero 1945. considera civil y no mercantil una compra de maquinaria "para servirse de ella y no para traspasarla a su vez", evitando así la aplicación del art. 336 C. de c. La S. T. S. 25 enero 1947, considera no aplicables los arts. 336 y 342 C. de c., "por no tratarse evidentemente de compraventa de índole mercantil, por carecer de uno de sus caracteres, el ánimo de lucro". La S. T. S. 27 mayo 1949, respecto de una compra de traviesas para un ferrocarril la considera de naturaleza civil y no comercial, por estar ésta caracterizada por "la finalidad de revender, excluyente del destino a usos propios del comprador". Sobre adquisición y montaje en almazara de maquinaria para extracción aceite (aplicación de arts. 336 y 342 C. de c.) S. T. S. 7 junio 1969. También S. 14 mayo 1979 (citada en nota 159).

Plantear la cuestión de la naturaleza de la compra en una tienda como la de un acto mixto, que impondría decidir si se le aplica en todo su contenido el Derecho civil o el mercantil (GARRIGUES, *Curso de Derecho mercantil*, 2.<sup>a</sup> ed., 1955, 1, p. 146), parece excesivo. Habrá que atender a que se trata de una relación jurídica establecida entre personas de condición distinta y a la que habrá de atender: el comerciante habría de responder como profesional y al particular no se le exigirá otra diligencia ni se le presumirán otros conocimientos que los propios de su condición. Imponer a este comprador las disposiciones del Código de comercio sobre la venta y la reventa, llevaría a resultados injustos e inaceptables. Es de advertir que en el Código de comercio alemán, el criterio del § 344 no es general (§ 345), y, precisamente, se aplican las reglas más especiales sobre compraventa mercantil sólo a las que son mercantiles por ambas partes (§§ 377-379).

(158) Ya GARRIGUES, en la primera edición de su *Curso de Derecho Mercantil* (II, pp. 131-132). Después POLO, en su cuidado y erudito estudio, *La calificación mercantil de la reventa* (en torno a la Sentencia de 27 de enero de 1945), R. D. Pr., XXIX, núm. 338, mayo, 1945, pp. 285-306; también GARRIGUES, *Tratado de Derecho mercantil*, Madrid, 1954, III, 1.º, pp. 238-242; LANGLE, *Manual de Derecho mercantil español*, Barcelona, 1959, III, pp. 139-143; URÍA, *Derecho mercantil*, Madrid, 1958, página 380-381. En contra, sin embargo, BROCEA, *Manual de Derecho mercantil*, Madrid, 1971, pp. 331 y sig.; ROJO Y FERNÁNDEZ-RÍO, *La responsabilidad civil del comerciante*, Bolonia, 1974, pp. 259 y sig.

(159) Me atrevo a decir esto, porque el único utilizado es el siguiente: que el art. 85 C. de c., por tratar de la compra de mercancías en almacenes o tiendas abiertas al público, en el Código de comercio, les otorga la condición de actos mercantiles (art. 2.º C. de c.), y, con ello, también la condición de compra mercantil. No se advierte que un acto se puede mencionar en el Código de comercio, precisamente para destacar su

A mi modesto parecer, la doctrina dominante entre nuestros mercantilistas, no se explica —como ha podido creerse— por ese afán natural del especialista de extender el campo de su disciplina (160); creo que se trata de algo más serio, importante y significativo; responde al influjo de ese nuevo espíritu que ha venido a inspirar a tantos cultivadores del Derecho, y no sólo a los mercantilistas; me refiero a la corriente de pensamiento y de intereses que ha venido llamándose la «nueva *lex mercatoria*» (161).

Dicha «nueva *lex mercatoria*» no es una vuelta a la antigua; es otra *lex mercatoria*, con otro contenido y diferentes características. El motor que impulsa al cambio se encuentra en la radical transformación experimentada por la estructura económica de los países más desarrollados. Durante mucho tiempo, los economistas pudieron hablar de «la soberanía del consumidor». Parecía lógico; los productores dependen del consumidor, habían de atenerse a las apetencias, deseos y gustos del cliente presunto, era indispensable servirles y adivinarlos, para lograr vender; situación favorecida por el «minifundio» industrial y por la amplia concurrencia de productores de la misma rama industrial. Estado del mercado, que habrá de terminar con la Revolución industrial. Las nuevas técnicas posibilitan e imponen la producción en masa. Las facilidades crediticias ofrecidas por la Banca permiten a las empresas ampliar, indefinidamente, la esfera de sus negocios y emprender la conquista de siempre nuevos mercados. Competitividad y endeudamiento que impiden la espera del cliente y el atender a sus gustos. El buen paño no se vende ya en el arca. Es imprescindible para subsistir, el conservar y aumentar siempre más el círcu-

---

condición de no serle aplicable las disposiciones mercantiles. Lo que hace, por su parte, el Código civil al excluir de su regulación las ventas entre comerciantes, diciendo que sólo están incluidas (son civiles) las obligaciones de abonar a los mercaderes el precio de los géneros vendidos a otros que *no lo sean* o que siéndolo se dediquen a distinto tráfico (artículo 1.967, núm. 4.º). El Tribunal Supremo, al declarar aplicable al caso de autos el art. 1.967, núm. 4.º del C. c., ha vuelto a explicar que así lo hace “por tratarse de una venta de un comerciante a otro que no lo es, contrato que resulta excluido del ámbito mercantil, por la definición del art. 325 del Código de comercio”, S. 14 de mayo de 1979 (casando la del inferior); también S. T. S. 30 mayo 1979.

(160) En este respecto, sin embargo, ha dicho GARRIGUES que el problema de los actos mixtos afecta a la existencia misma del Derecho mercantil, porque casi la totalidad de los actos de comercio son actos mercantiles sólo para una de las partes, en razón a que la actividad del comercio es una actividad de mediación entre no comerciantes”. *Tratado*, III, 1.º, pp. 239-340.

(161) Lo que puede observarse en GARRIGUES, quien entiende que la compraventa mercantil pertenece a la “serie indefinida de la repetición en masa”, en la que no importa (la del consumidor), ella es indiferente. “Lo único que importa es que el contrato sea rigurosamente cumplido, porque su incumplimiento arrastraría a otros incumplimientos en la cadena de los contratos de compraventa de la empresa mercantil, donde cada contrato es el supuesto y el apoyo de otros muchos”, *Tratado*, III, 1.º, p. 242.

lo de la clientela. La empresa ha de planificar su producción en masa, asegurándose el mayor número de compradores. Para ello, cuenta con la fuerza todopoderosa de la propaganda; la publicidad vendrá primero a solicitar al cliente y luego a crearles nuevas necesidades; se despiertan apetitos, se imponen modas, se convierte en signo de prestigio la posesión de ciertas mercancías; en fin, se crea esa ansiedad de consumir más y más que caracteriza a la llamada «sociedad de consumo». De este modo, no queda nada de la soberanía del consumidor, pasando el poder a manos de las empresas; en especial de las grandes empresas, nacionales o multinacionales, que dominan el mercado.

El «New Industrial State» que nos describe Galbraith (162) impondrá también nuevas maneras al tráfico jurídico. La empresa ha de planificar, con la antelación oportuna, cuál ha de ser su producción; para ello, no cabe que cada contrato tenga contenido y condiciones distintas, a discutir en cada caso; se impone la necesidad de simplificar la contratación. A tal fin, las asesorías jurídicas de las empresas elaboran contratos tipos o modelos y establecen en ellos condiciones generales para la contratación. Por semejantes razones, de racionalización y previsibilidad, se estima imprescindible el evitar litigios, lo que se procura mediante las cláusulas de no responsabilidad y las cláusulas de arbitraje.

La infraestructura del tráfico económico, origina un cambio sobre el concepto mismo del Derecho mercantil, para los mercantilistas. Se abandona el sentido propio y ordinario de los términos comercio y comerciante. Antes, se entendía por comercio el acto de comprar para vender con lucro y por comerciante o mercader, al intermediario o mediador entre el productor y el consumidor. Mantener ahora este sentido significaría, se piensa por los mercantilistas, condenar el Derecho mercantil a su disolución. Por ello, y para atender a las nuevas circunstancias, vendrá a dominar ahora la tendencia de considerar el Derecho mercantil como Derecho de la empresa y como Derecho que regula los actos jurídicos realizados en masa (163). Lo que supondría nuevas reglas, las creadas o impuestas para los comerciantes.

¿Cómo se compaginan tales reglas con las de los Códigos y demás leyes? ¿Quedan subordinadas a las de carácter imperativo? A tal efecto, se afirma la existencia de un Derecho autónomo de Una importante dirección doctrinal ha contestado negativamente. A tal efecto, se afirma la existencia de un Derecho autónomo de los comerciantes, existente por encima de las fronteras (164),

(162) En la obra con el mismo título, 1.<sup>a</sup> ed. octubre 1958.

(163) Esta concepción moderna del Derecho mercantil y su justificación, queda expuesta con detalle y de modo ejemplar por GARRIGUES, *Tratado*, antes citado, I, pp. 7-45.

Respecto al paso "del comercio a la industria", RAVÁ, *Diritto industriale*, Torino, 1973, I, pp. 3 y sig. Sobre la actual crisis de la doctrina mercantilista, vide nota 354.

(164) El mismo GARRIGUES menciona la existencia de un Derecho autónomo, el llamado Derecho de los formularios, *Tratado*, III, 1.<sup>o</sup>, pá-

independiente de los Derechos nacionales, reencarnación del Derecho de los mercaderes de la Edad Media, que crea una ley «anacional», la «nueva *lex mercatoria*», obra de la comunidad de los comerciantes, de la «Internacional Business Community», de la «Société internationale des vendeurs et des acheteurs» (165). Liberación de la «*lex mercatoria*» de todo Derecho nacional, que se intenta probar, señalando: 1.º, la existencia de normas jurídicas creadas por los comerciantes (166); 2.º, el disponer de órganos judiciales propios, en los árbitros de las instituciones arbitrales y en los nombrados «ad hoc»; 3.º, el tener medios coactivos para obligar al cumplimiento de los laudos o sentencias arbitrales.

### 3. *La lucha contra las leyes imperativas.*

El comercio moderno requiere la rapidez y la uniformidad de la contratación; lo que impulsa a ciertas asociaciones de comerciantes y a empresas con gran volumen de contratos a que establezcan contratos tipos o condiciones generales para la contratación; lo que permite atender a la complejidad técnica de ciertos suministros y a evitar dudas, equívocos y futuras discusiones. También ofrecen la tentación y ellas facilitan el uso de las cláusulas de exención de responsabilidad y el esquivar así la aplicación de disposiciones imperativas molestas (para las empresas) establecidas en las leyes nacionales. La generalización de tales condiciones generales y de tales cláusulas, como hecho generalizado y

---

gina 243. Sobre la importancia dada a las condiciones generales de los contratos y los contratos tipos, la nota (167).

(165) GOLDMAN, *Frontières du droit et "lex mercatoria"*, Archives de Philosophie du droit, núm. 9; Le droit subjectif en question, 1964, pp. 177-192; FOUCHARD, *L'arbitrage commercial international*, Paris, 1965, §§ 576-580, pp. 401-403; aquí, también *Préface de GOLDMAN; GONDRA, La moderna "lex mercatoria" y la unificación del Derecho del comercio internacional*, Rev. de D. Merc., núm. 127, 1973 (enero-marzo), pp. 7-38. En *New Directions in International Trade Law* (Actas y actuaciones del 2.º Congreso de Derecho privado, celebrado por el Instituto para la Unificación del Derecho privado, N. Y., 1977), los informes de DAVID (pp. 5-20) y de POPESCU (pp. 21-49), *The Law of International Trade: a new Task for National Legislators or a new "Lex mercatoria"?*; y las comunicaciones sobre el mismo tema de BLAGOEVIC, ENDERLEIN, GORLA, KOS-RAJCEWICZ-ZUBROWSKY, RAJSKI y VIEIRA. En relación especialmente con el arbitraje. MÜNZBERG, *Die Schranken der Parteivereinbarungen in der privaten internationalen Schiedsgerichtsbarkeit*. Schriften zum Prozessrecht, 15, Berlín, 1970, pp. 54 y sig.; HOFFMAN, *Internationale Handelsschiedsgerichtsbarkeit*, Arbeiten zur Rechtsvergleichung, 48, Frankfurt a. M. Berlín, 1970, pp. 21-26; SCHMITTHOFF, *Introduction en International Commercial Arbitration*, N. Y., London, 1974-1975, p. 17; SANDERS, *International Commercial Arbitration*, Nederlands Tydschrift voor International Recht, XX-1, 1973, p. 50; *Trends in the Field of International Commercial Arbitration*, Rec. des Cours, Ac. D.I., 1975, III, Leyde, 1976, pp. 262-263. Otras citas en las notas siguientes.

(166) Se emplea aquí y se seguirá utilizando este término en el nuevo sentido amplio que le viene dando la doctrina, es decir, referido también a industriales y productores.



acatado en amplios círculos de la industria, hayan sido o no queridas o conocidas por los clientes, ha hecho que una parte de la doctrina las valore como constituyendo una fuente independiente del Derecho (167).

El segundo elemento necesario para la plena e ilimitada eficacia de las condiciones generales de los contratos, como «*lex mercatoria*», será el incluir entre ellas la cláusula compromisoria, estableciendo el arbitraje. Con esto se excluye la temida intervención judicial y se impide la aplicación de los preceptos imperativos de las leyes, que pudieran ser un obstáculo para la imposición de las condiciones generales y entre ellas la de las cláusulas de exención de responsabilidad, tan gratas a los empresarios. De este modo, el arbitraje se convierte en el instrumento imprescindible y más poderoso para la afirmación de la «*lex mercatoria*» y, en consecuencia, para la consagración del predominio jurídico de empresarios y banqueros (168).

Para que la «*lex mercatoria*» adquiera la condición de Derecho vinculante necesita de disponer de medios para obligar a que sus preceptos se cumplan. El arbitraje impuesto por la cláusula compromisoria, termina en el laudo arbitral; pero éste, para tener fuerza ejecutiva, precisa que el Estado se la preste, poniendo a su disposición, llegado el caso, su fuerza coactiva. Esta intervención del Estado, supone la temida posibilidad del control judicial sobre el contenido del laudo, a la luz de las leyes imperativas estatales. Lo que precisamente se trata de evitar a toda costa, como contrario a

---

(167) Sobre todo ello lo ya dicho en *Las condiciones generales de los contratos y la eficacia de las Leyes*, citado en la nota 3. También GARCÍA-AMIGO, *Condiciones generales de los contratos*, Madrid, 1969. Con bibliografía más reciente, CLAVERÍA, *La predisposición del contenido contractual*, Rev. D. Pr., julio-agosto 1979, pp. 667- 687; BONELL, *Le regole oggettive del commercio internazionale*, Milano, 1976, *The relevance of courses of Dealing, Usages and Customs in Interpretation of International Commercial Contracts*, pub. en *New Directions* 1, p. 109 (citado en nota 165), los Informes de EORSI y de SCHMITTHOFF, *Contracts of Adhesion and Protection of the Weaker Party in International Trade Relations* y Comunicaciones de VILUS, GONDRA y LANDO, en *New Directions*, citada, I, pp. 155 y sig., 177 y sig., II, pp. 560 y sig., 171 y sig., 586 y sig. KRAMER, *Zusamentenschutz als neue Dimension des Privat- und Wettbewerbsrechts*, Z. f. Schweizerisches R. 98 (1979), I, 1, pp. 62 y sig. SCHMIDT-SALZER, *Allgemeine Geschäftsbedingungen*, 1971.

(168) Lo que certeramente se ha expresado diciendo: “el arbitraje privado está llamado a ser uno de los pilares más seguros del floreciente nacimiento que se ha dado en llamar *lex mercatoria universal*. Institución ésta que abre uno de los capítulos más apasionantes de la historia del Derecho privado, desde los tiempos del *ius civile*, como Derecho común de los pueblos”, CHILLÓN-MEDINA, MERINO MERCHÁN, *Tratado de Arbitraje interno e internacional*, 1978. Nota introductiva de los autores, p. 18. El valor normativo de la “*lex mercatoria*” resulta sobre todo “de la existencia de órganos encargados de consagrarlo y hacerlo respetar; precisamente estos órganos son los árbitros y las instituciones arbitrales, verdadero poder jurisdiccional de esta sociedad internacional de comerciantes”. FOUCHARD, *L'arbitrage commercial international*, París, 1965, § 580, p. 403.

la predicada *autosuficiencia* de la «nueva *lex mercatoria*». La que, los autores señalan sería posible de conseguir, y ponderan a tal efecto las sanciones que algunas Asociaciones de comerciantes e Instituciones arbitrales establecen, para quienes no cumplan voluntariamente las sentencias arbitrales (169). Mas, todas ellas, se reducen a ser medios coactivos indirectos y siempre frágiles, dada la posibilidad de acudir a las autoridades judiciales contra la aplicación de tales medidas (170).

Parece indudable, que la existencia misma de la «*lex mercatoria*», y paralelamente la omnipotencia del arbitraje, depende, en primer lugar, del resultado de los esfuerzos hechos para liberar al comercio de las ataduras establecidas por las leyes imperativas de los Estados. Se trata de una lucha de larga duración, que no ha terminado, que se produce en varios frentes o respecto de cada una de sus manifestaciones, y en la que cabe distinguir unos momentos de creciente aceptación de la «*lex mercatoria*», y otras en las que se le discute o se le rechaza, en la doctrina o en las leyes. Dada la complejidad de las cuestiones que con ello se plantean, para apreciar mejor su hondura y alcance, ha parecido conveniente detenerse en el examen de algunas de sus principales manifestaciones.

#### 4. *El movimiento de unificación.*

Ante todo, deberá advertirse que la referida lucha cobra un nuevo sentido, al ponerse al servicio de «la nueva *lex mercatoria*», una serie de ilustres cultivadores del Derecho mercantil y del Derecho internacional privado. No se trataba ya de los asesores jurídicos de las grandes empresas ni de los miembros de las instituciones o asociaciones organizadas para fomentar el arbitraje, sino de maestros del Derecho de gran autoridad, por su prestigio científico y por su intachable independencia. Fenómeno que, en buena parte, puede explicarse por un cierto complejo de impotencia o de

(169) FOUCHARD los clasifica en: 1) sanciones pecuniarias, provisión de una caución de cumplimiento del laudo, depósito del objeto litigioso en un tercero o su venta con consignación del precio, depósito de una suma en cuenta bancaria; 2) sanciones morales, advertencia, amonestación, publicidad del incumplimiento; 3) sanciones privativas de derechos en instituciones, exclusión de Bolsas y Mercados, suspensión o pérdida de la condición de socio, puesta en índice, boicot, lista negra, *loc. cit.*, p. 468. El concepto de "arbitration out-side the Law", se nos dice aparece primero en los Estados Unidos, en las recomendaciones de Owen D. Young a la "International Chamber of Commerce", en 1921, proponiendo sanciones morales y económicas, impuestas por las Cámaras, KRONSTEIN, *loc. cit.*, pp. 36-37.

(170) Se observa que se ha negado la licitud de algunas de las citadas sanciones por los Tribunales franceses, GOLDMAN, *loc. cit.*, p. 192; también se menciona el cambio de proceder de las Cámara Internacional de Comercio, que advierte expresamente de la insuficiencia de la coacción extraestatal; MÜNZBERG, *loc. cit.*, pp. 71 y sig.; HOFFMAN, *loc. cit.*, p. 20;

culpabilidad respecto a la situación del comercio internacional. Resultaba y sigue resultando desesperante, el que dada la diversidad de las leyes nacionales aplicables a un mismo acto mercantil, se llegue a la imposibilidad de resolver el conflicto de una manera satisfactoria o racional (171). Para salvar esta situación, y apoyándose en el principio de la autonomía de la voluntad, se inventa un remedio ingenioso y atrevido, el de proponer que sean los propios Estados los que renuncien a la imposición de sus leyes, en beneficio de la unificación jurídica.

Resulta natural que, la ofensiva «mercantilista» contra las trabas puestas por las leyes imperativas a la libertad contractual, se manifieste y tenga sus primeros triunfos en el campo del Derecho internacional privado. La dificultad nacida de que un contrato tenga conexiones con el Derecho de más de un país, desde antiguo se trata de superar acudiendo a la elección que entre ellos hicieran los contratantes. Todavía, se nos dirá que la autonomía de las partes para elegir la ley aplicable es el método menos peligroso para llevar la certidumbre a los agitados problemas del Derecho internacional privado, contribuyendo, así, a crear esa regla «rápida y cierta» «tan importante para los comerciantes» (172).

La cuestión vino a plantearse en el plano internacional con la Séptima sesión de la Conferencia de La Haya (173), cuyo primer tema era el «Proyecto de Convenio sobre la ley aplicable a las ventas de carácter internacional de objetos muebles corporales» (174). En la Conferencia, se enfrentan dos opiniones; muchos de los delegados piensan que la autonomía de las partes debe limitarse a la elección entre leyes que tengan algún contacto con el contrato, pero preva-

(171) Así se ha podido decir, por autores pertenecientes a sistemas jurídicos diferentes, que la nacionalización del Derecho producida en el siglo XIX origina una situación lo más insatisfactoria posible: que «ella choca a la razón y constituye una vergüenza para los juristas, aunque no haya logrado frenar el desarrollo del tráfico internacional. Este se acrecienta cada día y ha adquirido una importancia primordial en nuestras economías; pero esta expansión, sea permitido decirlo, ha tenido lugar desafiando todo lo que los juristas han podido hacer para contrariarla». DAVID, en *New Directions* (citado en nota 165), I, p. 6; que «la reglamentación del comercio internacional es intolerable»; POPESCU, también en *New Directions*, I, p. 22; y que se encuentra en una «desesperada situación», BARMANN, en *International Commercial Arbitration*, N. Y., London, 1974-5, p. 84.

(172) RABEL, *The Conflict of Laws. A Comparative Study*, Chicago, 1947, II, p. 429.

(173) Celebrada del 9 al 31 octubre 1951. Asistieron representantes de quince países europeos, Japón y Yugoslavia. La delegación española estaba compuesta por el embajador, Marqués de Santa Cruz, José Trias de Bes, Federico de Castro y Bravo y Manuel Viturro.

(174) Se trabaja sobre la base del Proyecto de Convenio adoptado por el Comité especial de la Conferencia, en su sesión de 28 mayo-2 junio 1931. CONFERENCE DE LA HAYE DE DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ, *Documents relatifs à la septième session*, La Haya, 1952, pp. 5-29, también sobre las respuestas recibidas de los Estados, pp. 83 y sig. La del Gobierno español, pp. 211 y sig., considera peligrosa la admisión ilimitada de la autonomía de la voluntad.

leció el criterio contrario de quienes pensaban que no debía establecerse este límite (175). Resultó decisivo, en tal sentido, la consideración de que, en interés de los comerciantes, se ha de apartar toda limitación, y que si un comerciante elige una ley que no presenta ninguna conexión con el contrato, es porque verá en ello un interés (176). Triunfo sólo relativo de la concepción «mercantilista», al dejarse abierta la posibilidad del control judicial, mediante la reserva expresa de permitir la ilimitada utilización del orden público (177).

Intento más ambicioso, para evitar las dificultades que la diversidad de leyes nacionales ocasiona al comerciante internacional, ha sido el de superarlas, eliminando la diversidad de leyes, mediante convenios estableciendo leyes unificadas. Loable misión para la que se creara el Instituto para la Unificación del Derecho privado, en Roma (Unidroit). Uno de sus primeros trabajos será el de la unificación del Derecho sobre la compraventa. Los que tendrían por primer resultado el Proyecto de 1935 (178), reformado en 1938 (179). Interrumpidos los trabajos, a causa de la segunda Guerra Mundial y siempre por iniciativa del Instituto, el Gobierno de los Países Bajos decide invitar a los Estados a una Conferencia diplomática para examinar en primera lectura el Proyecto ya elaborado (180).

Al muy limitado objeto de este trabajo, importa recordar que en la redacción de ambos Proyectos citados, tiene preponderante

---

(175) Artículo 2, pár. 1, "La venta se rige por la Ley interna designada por las partes contratantes".

(176) Razón expresada por FRÉDÉRICQ, el muy ilustre profesor belga y especialista de Derecho mercantil, CONFÉRENCE DE LA HAYE DE DROIT INTERNACIONAL PRIVÉ, *Actes de la septième session tenue de 9 au 31 octobre 1951*, p. 33.

(177) Artículo 7.º "En cada uno de los Estados contratantes la Ley determinada por el presente Convenio puede no ser aplicada por un motivo de orden público".

El Proyecto de Convenio fue firmado por las delegaciones el 31 de octubre de 1951; sin embargo, se indica como fecha del Convenio el 1.º de junio de 1955, fecha de la primera firma de un Estado.

Sobre la Conferencia, con el debido detalle, lo que expusiera en "La séptima sesión de la Conferencia de Derecho internacional privado. El Proyecto de Convenio sobre la Ley aplicable a las ventas de carácter internacional de objetos muebles corporales. Rev. Esp. D. I., V-3 (1952), pp. 765-836.

(178) Publicado, con los comentarios del profesor Rabel, por JERÓNIMO GONZÁLEZ MARTÍNEZ, en trabajo recogido en sus *Estudios de Derecho hipotecario y Derecho civil*, 1948, III, pp. 18-52 (pub. antes en Rev. Crít. D. Inm. 1935, p. 902. 1936, pp. 16, 103. 174 y sigs.

(179) Publicado por INSTITUT INTERNACIONAL POUR L'UNIFICATION DU DROIT PRIVÉ, *L'Unification du Droit*, Roma, 1948, pp. 102 y sig. (en francés e inglés). Sobre sus antecedentes, BAGGE, *Génesis e importancia del proyecto de una Ley uniforme sobre la venta internacional de los objetos muebles corporales*, A.D.C., XI-IV (oct.-dic. 1958) pp. 979 y sig.

(180) Sobre la Conferencia, *Actes de la Conférence convoquée par le Gouvernement des Pays-Bas, sur un Project de Convention relatif à une Loi Uniforme sur la vente d'objets mobilières corporales, Rome 1952*.

influjo la personalidad y autoridad del Profesor Ernst Rabel, quien fuera uno de los más convencidos propugnadores de la existencia de un Derecho autónomo de los comerciantes (181); no extrañará, por ello, que en dichos Proyectos se deje mano libre a los comerciantes (al que tenga poder económico para ello), para eliminar de la Ley Uniforme cualquier disposición molesta, y para insertar en su lugar las reglas que más le convengan (182).

Nada más comenzada en 1951 la Conferencia diplomática, en La Haya, para su mejor funcionamiento, por iniciativa de su Presidente Massimo Pilotti, son designados diez ponentes, a cada uno de los cuales se le asigna una cuestión, para que la precisen y la expongan a la consideración de la Conferencia (183). De las dichas ponencias interesa a nuestro propósito la número 7.<sup>a</sup> sobre «las relaciones entre la Ley Uniforme, la voluntad de las partes, los usos y las leyes nacionales». El ponente planteó en ella la cuestión fundamental: ¿Conviene que todas las reglas de la Ley Uniforme tengan carácter supletorio? ¿En particular aquellas sobre la resolución, la ejecución, la responsabilidad por dolo? ¿No será el mantener dicho carácter un obstáculo para la adopción de esta Ley, por los regímenes que estiman que algunas de esas cuestiones son de Derecho imperativo, de orden público y hasta de Derecho público? (184). La Conferencia no encuentra cómodo enfrentarse con esta pregunta y adopta la siguiente resolución: «La Conferencia hace constar que las disposiciones del Proyecto tienen todas carácter supletorio. El problema de saber si ciertas disposiciones deberían tener carácter imperativo se reserva para su estudio posterior» (185).

(181) *Das Recht des Warenkaufs*, 2.<sup>a</sup> ed., 1947, pp. 37, 49.

(182) Artículo 12. "Las partes pueden excluir totalmente la aplicación de la presente ley, bajo la condición de que determinen expresamente la legislación nacional que se haya de aplicar a su contrato.

Las partes pueden derogar parcialmente las disposiciones de la presente Ley, bajo la condición de que se hayan puesto de acuerdo sobre disposiciones diferentes, sea enunciándolas expresamente, sea indicando con precisión cuales son las reglas particulares ajenas a la presente Ley a las que ellas entienden referirse".

Rabel participó en la redacción del Anteproyecto y del Proyecto revisado y redactó sus exposiciones de motivos o comentarios.

(183) Conforme al plan de trabajo adoptado (p. 88), se distribuyen las ponencias: sobre los puntos núms. 1 y 2, J. Hamel; núms. 3 y 4, E. Rabel; núms. 4 bis y 4 ter, H. Ussing; núm. 5, V. Angeloni; núm. 6, L. Fredericq; núm. 7, F. de Castro y Bravo; núm. 8, M. Gutschwiller; número 9, a), B. A. Wortley; núm. 9, b), E. M. de Meijers, y núm. 10, A. Bagge (p. 96). *Actes de la Conférence convoquée par le Gouvernement Royal des Pays Bas sur un Projet de Convention relatif á une Loi uniforme sur la vente d'objets mobiliers corporeles, élaboré par l'Institut International du Droit Privé*. La Haye, 1er-10 Novembre 1951 - Roma 1952.

(184) *Actes*, p. 214. Parece que, hasta entonces, habíase admitido sin dudas el principio de la autonomía de la voluntad ilimitada. "M. Castro y Bravo est le premier á soulever cette question". GUTZWILLER, LUGANO, 1954, Doc. 831, p. 46.

(185) *Actes*, p. 276.

La Conferencia, todavía encargaba a una Comisión especial que revise el Proyecto de 1939, tomando en consideración las observaciones hechas por los Delegados de los Gobiernos presentes en la Conferencia (186). Comisión que trabaja en el seno de UNIDROIT. En varias de sus sesiones, se enfrentan las tesis mayoritarias de la ilimitada libertad de los contratantes para pactar lo que ellos quieran, sin que importen las condiciones que se impongan, y la minoritaria de que varios preceptos de la Ley Uniforme debían tener carácter imperativo, no sólo para protección de los económicamente más débiles, sino también porque ciertas cláusulas de exoneración de responsabilidad son contrarias a la naturaleza misma del contrato de compraventa. El resultado fue que la mayoría se inclina por mantener el criterio de la autonomía ilimitada, siempre bajo la bandera de que en las relaciones comerciales hay que atender a lo que quieran los comerciantes (187). Esta decisión no hubo de tomarse sin oposición, dudas o importantes reservas. Así, la comisión que redacta la exposición de motivos, para el segundo Proyecto, dice que la Ley Uniforme no toca en nada las reglas imperativas de las leyes nacionales; citándose como tales las relativas a la validez de las cláusulas de irresponsabilidad o responsabilidad limitada, sobre la buena o mala fe de las partes, e incluso respecto al fraude (188).

Siempre por iniciativa de UNIDROIT, el Gobierno neerlandés convoca una Conferencia diplomática en La Haya, para la Unificación del Derecho en materia de venta internacional; en ella se discute el Proyecto del Instituto (La Haya, 2-25 abril 1964). Mas, como autorizadamente se nos cuenta, por presión de ciertas Delegaciones que tienden a salvaguardar de la manera más absoluta el principio de la autonomía contractual, se adopta una solución todavía más liberal que la prevista por los redactores del Proyecto, sobre la ilimitada autonomía de la voluntad (189).

---

(186) Estuvo formada por M. Pilotti (presidente), V. Angeloni (Italia), A. Bagge (Suecia), F. de Castro (España), L. Frédericq (Bélgica), M. Gutzwiller (Suiza), J. Hamel, asistido por A. Tunc (Francia), E. M. Meijérs, sustituido a su muerte por T. Ascarelli (UNIDROIT), O. Riese (Alemania), H. Ussing (Dinamarca), fallecido y no reemplazado, y B. A. Wortley (Gran Bretaña).

(187) En el art. 6.º se conserva el texto del art. 12 del Proyecto (recogido en nota 182), con un nuevo párrafo para admitir la designación tácita; el texto del Proyecto se encuentra traducido por Sánchez Calero y Prieto Gómez, en A. D. C. XI-IV (oct.-dic. 1958), pp. 1143 y sig.

(188) *Project. Nouveau texte. Rapport de la Commission*, pp. 29-30. La Haya, 1956. Sobre toda la materia, con el debido detalle, lo expuesto en *Las leyes nacionales, la autonomía de la voluntad y los usos en el Proyecto de Ley Uniforme sobre la Venta*. A. D. C., XI-IV (oct.-nov. 1958), pp. 1003-1040. Sobre los acuerdos de Lugano, base de las reservas señaladas, p. 1020.

(189) MATTEUCCI (entonces secretario general de UNIDROIT, ahora su presidente). *L'activité de l'Institut International pour l'unification du Droit privé*. UNIDROIT, *L'Unification du droit*, Rome, 1965, p. 60.

El texto adoptado dice: Artículo 3.º "Las partes en un contrato de

De este modo, favorecida por circunstancias de momento (190), la tendencia favorable al Derecho autónomo de los comerciantes obtiene un notable triunfo; al menos, el de la autoridad de la Conferencia. Lo que ha llevado a que el Proyecto de Convenio sobre la representación, preparado por los expertos de UNIDROIT, mantenga el mismo criterio de la autonomía de la voluntad ilimitada (191). Mas ya, respecto de este mismo Proyecto, puede advertirse un cierto retroceso respecto a las pretensiones de la «nueva *lex mercatoria*». Pues aunque se acepta la propuesta de dicho Proyecto sobre la autonomía ilimitada en la Conferencia diplomática de Bucarest (28 mayo-13 junio 1979), convocada por el Gobierno de la República Socialista de Rumanía, bajo los auspicios de UNIDROIT, también se decide constituir una Comisión especial para tratar de la cuestión difícil de impedir que las disposiciones del Convenio entren en conflicto con las imperativas de otras reglas del Derecho nacional, destinadas a proteger a los agentes comerciales independientes (192). Retroceso que puede advertirse también en alguna otra ocasión en que se trata de la unificación en materia de Derecho privado (193).

---

venta son libres de excluir total o parcialmente la aplicación de la presente Ley. Esta exclusión puede ser expresa o tácita”.

Poco después, esta solución será criticada. BARRERA GRAF, *La regulación uniforme de las compraventas internacionales de mercaderías*. México, 1965, piensa que sería deseable declarar la obligatoriedad de toda la ley, lo que “hubiera ofrecido una solución justa a los intereses de los países importadores, o sea, la parte débil en los contratos”, p. 60. GONDRÁ propondrá establecer “límites mínimos imperativos” dentro de los cuales pueda discurrir la autonomía privada, *loc. cit.*, p. 38. También *Protection de la partie “plus faible” en droit de la vente internationale*, en *New Directions*, II, pp. 581-583.

(190) Preside la Delegación española el profesor Joaquín Garrigues, firmando por España el profesor Olivencia, también mercantilista. De la antigua Comisión asisten sólo Riese, van der Felts, Tunc, Wortley, Bagge y Gutzwiller (comp. nota 186).

(191) Art. 6.º. “Aun cuando la presente Ley sea normalmente aplicable: a) las partes pueden elegir otra ley para regir sus relaciones mutuas; b) las partes pueden excluir o modificar cualquier disposición de la presente ley que produzca efecto sólo en las relaciones mutuas”. Principio que no excluye siquiera la posibilidad de eludir la obligación de actuar de buena fe (art. 15). UNIDROIT, *Projet de Convention portant loi uniforme sur la représentation dans les rapports internationaux en matière d'objets mobiliers corporels*. Texte arrêté par le Comité d'experts gouvernementaux réuni par Unidroit, avec rapport explicatif, Rome, février, 1974.

(192) UNIDROIT, 1979, C. D. 58, Doc. 8. A la conferencia asisten 43 estados. Se adopta en el art. 9 el pár. 6 del art. 6 del Proyecto. Se piensa convocar otra conferencia sobre el mismo tema, para corregir y completar el texto adoptado indicativamente.

(193) En la 6.ª Comisión, N. U., YÁÑEZ-BARNUEVO (España), dirá ser un acierto que en el Proyecto sobre transporte marítimo se tienda a restringir la autonomía de la voluntad respecto a la elección de foro: “se requirieren normas para evitar los frecuentes abusos causados por la inclusión de ciertos artículos atributivos de jurisdicción, compromisorios o de arbitraje, que privan al propietario de mercancías perdidas o ave-

### 5. Protagonismo del arbitraje.

En el referido forcejeo para soslayar la aplicación de molestas leyes imperativas nacionales, y de cuyo éxito depende la misma existencia de la postulada «nueva *lex mercatoria*», tiene papel de protagonista el arbitraje, desde que se cambia su naturaleza, con la implantación y difusión de la cláusula compromisoria. Transformación que se logra con hábil táctica, al llevarse el arbitraje al plano del comercio internacional. Con lo que así se facilita su admisión. A la gran industria exportadora, lo que le interesa principalmente es librarse de las rémoras que las condiciones de sus contratos podían encontrar en las leyes de los países importadores. De otra parte, se evitaba así el choque con las leyes de sus propios países. Con la consecuencia de que países, incluso aquellos que no daban validez a la cláusula compromisoria en su Derecho interno, la aceptasen para las controversias en el campo del comercio internacional y, también se conseguía que no se notase demasiado el que, con ella, se violaba el principio del Derecho anglosajón, que no permite «to oust the jurisdiction».

Paso decisivo en tal sentido, será el dado por el Protocolo de Ginebra de 24 de septiembre de 1923, en el que expresamente se reconoce la validez de las cláusulas de arbitraje sobre todas o cualesquiera diferencias actuales o futuras que puedan suscitarse respecto de un contrato, entre partes sujetas a la jurisdicción de los diferentes Estados contratantes (194). Su ejemplo será pronto seguido por los Derechos de varios países, sea o no limitando dicha validez a los contratos internacionales comerciales; de modo que, en su consecuencia, ha podido decirse con razón que desde 1931, el arbitraje se extiende de modo «fenomenal» (195); convirtiéndose desde entonces, la cláusula compromisoria, en otra cláusula de estilo, entre las demás condiciones generales de los contratos, sean internacionales o internos, comerciales o no comerciales.

La razón de este impresionante éxito parece evidente. Con la jurisdicción arbitral, confeccionada a la medida, el gran comercio podía y puede, sea imponiendo un árbitro *ad hoc*, o remitiéndose

---

riadas de todo medio de arreglo», 36.ª sesión, 4 nov. 1976, A/C 6/31/SR, 36.

Es de advertir que la URSS y los estados de su círculo, dada la situación de prepotencia del Estado comerciante, respecto a la empresa particular extranjera, vienen a coincidir con los países capitalistas de alta industrialización, en propugnar la máxima libertad contractual (posibilidad de eliminar leyes imperativas); tomando así una postura contraria a la de los países en trance de industrialización.

(194) Se permite la reserva de limitar su aplicación a los contratos que se consideren comerciales por el derecho nacional de cada estado contratante. Reserva de la que hace uso el Estado español.

(195) KRONSTEIN, *loc. cit.*, pp. 36-38, con referencias a los Estados Unidos, Gran Bretaña, Francia y Holanda.



a instituciones de arbitraje, asegurarse que se daría plena e indiscutida eficacia a las condiciones generales insertas en los contratos impuestos a sus clientes, sustrayéndolas al control judicial. «Qui eligit iudicem eligit ius».

La fuerza expansiva de la nueva «lex mercatoria», mediante la potenciación de las cláusulas compromisorias, se manifiesta repetidamente. El mismo Protocolo de Ginebra de 1923 ya dice que el procedimiento de arbitraje, incluso la constitución del Tribunal arbitral se regirá por la voluntad de las partes y por la ley del país en cuyo territorio tenga lugar el arbitraje (196).

En el Convenio de Nueva York (10 junio 1938) el procedimiento arbitral se habrá de ajustar al acuerdo celebrado entre las partes (art. V, 1 d).

En el Convenio europeo sobre el arbitraje comercial internacional (Ginebra, 21 abril 1961) se establece además que las partes podrán, según su libre criterio, determinar de común acuerdo la ley que los árbitros habrán de aplicar al fondo de la controversia (art. VII).

Los especialistas en la materia, por su parte, tratarán de impedir cualquier posibilidad de control judicial respecto al arbitraje. La cláusula compromisoria inserta en un contrato, queda integrada en él y, en caso de nulidad del contrato, parece que será nula también la cláusula. Nulidad del contrato sobre la que los Tribunales judiciales habrán de juzgar. Para evitar que dependa así de la potestad judicial el decidir sobre la validez de la cláusula compromisoria al juzgar sobre la validez de todo el contrato, se ensayan diversas teorías y remedios. Se propone el del doble contrato (197); se afirma la independencia de la cláusula compromisoria, basándose en la naturaleza mixta (procesal y contractual) del convenio arbitral; se mantiene que la cláusula compromisoria tiene su propia causa (la de eliminar la competencia judicial en favor del árbitro), diferente de la del contrato principal (que p. ej., en la compraventa sería el precio por la cosa), con lo que se llega a la conclusión querida de que el Convenio de arbitraje subsiste en caso de nulidad del contrato principal y que los árbitros tienen el derecho de estatuir sobre la validez del contrato principal, si ella fuera puesta en duda (198).

Conexa con la anterior, está la cuestión de la validez de la misma cláusula compromisoria. Por ejemplo, si es tachada de

---

(196) Disposición 2.<sup>a</sup>, páf. 1. La referencia a la "lex loci", parece tener carácter complementario, más que acumulativo; en todo caso, el lugar de celebración del arbitraje será el designado por las partes.

(197) Atribuido a Heinrich Ehlers, KRONSTEIN, *loc. cit.*, p. 54.

(198) ROBERT, *loc. cit.*, pp. 363-364. La ingeniosa teoría de Robert de la doble causa, no resulta adecuada para resolver la cuestión. La causa de la cláusula compromisoria no es independiente; su objeto son las posibles controversias que puedan nacer de la relación resultante del contrato principal, no existiendo éste, la cláusula carece de objeto. Es posible, en cambio, un compromiso que tenga por objeto una controversia sobre la validez de un contrato.

haberse pactado ésta con un vicio de la voluntad, o si se le acusa a un árbitro de dependencia respecto de una de las partes —siempre para evitar la intervención judicial— se habla de la competencia del árbitro para decidir sobre su propia competencia («Kompetenz-Kompetenz») (199). Llegándose al resultado de decir que «el tribunal de arbitraje cuya competencia fuera impugnada no deberá renunciar al conocimiento del asunto y tendrá la facultad de fallar sobre su propia competencia y sobre la existencia o validez del acuerdo arbitral o del contrato, transacción u operación de la cual forme parte dicho acuerdo o compromiso» (200).

Con ello quedaría cerrado, y bien cerrado, el círculo mágico. Mediante el cuidado empleo de la cláusula compromisoria, se impedirá toda intervención o control de la autoridad judicial; mientras en el ámbito del contrato principal, quedaría permitido el juego libre de los poderes económicos. De manera que se lograrían los objetivos propuestos con «la nueva *lex mercatoria*», confiando a los comerciantes (a los grandes comerciantes) amplios poderes legislativos (condiciones generales de los contratos) y judiciales (arbitraje) (201). Al Estado le quedaría la función obligada y subordinada de reconocer en los laudos arbitrales la fuerza ejecutiva, como si fueran sentencias judiciales.

La cláusula compromisoria se ha convertido así en la clave

---

(199) Se observará que en este caso no existe analogía alguna con la obligación de jueces y tribunales de decidir sobre su propia competencia; las cuestiones de competencia ante ellos no se refieren a la validez del acto de su nombramiento, como ocurre respecto de los árbitros.

(200) Artículo V, 3 del Convenio Europeo sobre arbitraje comercial internacional, Ginebra, 21 abril 1961. El artículo comienza diciendo: "A reserva de que se pueda ulteriormente apelar conforme a la 'lex fori' contra el indicado laudo del tribunal de arbitraje ante un tribunal estatal competente". También entiende que corresponde al árbitro proveer sobre su propia competencia el Reglamento de la Cámara de Comercio Internacional (1 junio 1975), art. 8, párr. 3.

(201) Para lograr que se acepten estos resultados, se admiten ciertas reservas, como la señalada en la nota anterior. Los especialistas señalan también que, en el supuesto de control judicial del laudo, cabe la posibilidad de que se considere la validez de la misma cláusula compromisoria. El efecto de independización de la cláusula sería, en todo caso, que los árbitros, sea cuál fuere la excepción alegada, deberían dictar sentencia, aunque sea estatuyendo de manera provisional. ROBERT, *loc. cit.*, p. 366; SANDERS, *Trends in the Field of International Commercial Arbitration*, Rec. des Cours, A. D. I., 1975, II, Leyden, 1976, pp. 277-278, con referencia a la doctrina aceptada de la separabilidad en Estados Unidos, Inglaterra, Alemania y Francia. En contra de la doctrina de la competencia, de la competencia, con especial referencia al Derecho alemán, MÜNZBERG, *Die Schranken der Parteivereinbarungen in der privaten internationalen Schiedsgerichtbarkeit*, Schriften zum Prozessrecht, 15, Berlin, 1970, p. 128; BRMANN, *Limits of Arbitral Jurisdiction*, en *International Commercial Arbitration*, N. Y., London, 1974-1975, con referencia también al artículo V, 1, a) y c) del Convenio Europeo, pp. 81 y sig. También DEVOISE, *The arbitrability of Gaps in Long-Term Scientific, Technical and Industrial Development Contracts*, Harvard I. J. 17 (1976), pp. 124 y sig.

del arco en que descansa la gran máquina de la «nueva *lex mercatoria*». No creo que ninguna de las teorías y figuras jurídicas ensayadas para servir al nuevo Derecho mercantil (202) haya logrado tan amplia e indiscutida eficacia. Para mantenerla están a su servicio asociaciones, conferencias, cámaras, consejos, publicaciones, revistas especializadas en casi todos los países (203); con el resultado de hacer del arbitraje un mito, respecto del que parece sacrilegio cualquiera consideración crítica.

## V. REACCION FRENTE AL MOVIMIENTO DE LA «NUEVA I EX MERCATORIA».

El movimiento conocido con el nombre de «nueva *lex mercatoria*», patrocinado por las grandes empresas y en favor de ellas, cobra rápida fuerza, en especial dada la buena acogida y al apoyo que recibe —aunque por otros motivos— por muy ilustres juristas; de modo que, en algún momento, hubo de tenerse por arrollador e incontenible. La reacción contra dicho movimiento no se hizo esperar; aunque lenta al principio en su desarrollo, ha ido adquiriendo progresivamente mayor fuerza, que hoy parece creciente, e inevitable su buen éxito. Primero, ella ha podido advertirse en la doctrina, el examinarse críticamente la fundamentación teórica de las cláusulas generales de la contratación y la de la cláusula compromisoria; después, cobra inesperado ímpetu con el movi-

---

(202) Me refiero, además de a las condiciones generales de los contratos, entre otras, a los negocios jurídicos abstractos, incorporación del crédito al título (“Wertpapiere”), teoría declaracionista del negocio jurídico, impenetrabilidad de la persona jurídica, convenio en la quiebra (el dicho: en Francia nadie puede decirse rico sino después de la tercera quiebra), reserva del dominio, prórroga del foro, teoría del doble efecto en el negocio fiduciario, etc., etc.

(203) Debo limitarme a referirme a alguna de las revistas especializadas, pues otra cosa haría duplicar la extensión de este trabajo. El *International Council for Commercial Arbitration*, se crea para la promoción del arbitraje comercial, cambiar información y promocionar publicaciones. En el quinto Congreso, New Delhi, 1975, se decide publicar el *Yearbook Commercial Arbitration*, en cuyo primer volumen se dan importantes datos sobre el arbitraje y una bibliografía hasta el momento de la publicación (pp. 238-251). Merecen citarse, además, las siguientes revistas: *Revue de l'arbitrage*, publicada por *Le Comité français de l'arbitrage*, de París; *The Arbitration Journal*, publicado por *Institut of Arbitrators*, London; *Rassegne dell'arbitrato*, por *Associazione per l'arbitrato*, Roma; *Arbitration Journal*, por *American Arbitration Association*, New York; *Quarterley of the Japan commercial Arbitration Association*, por *Chamber of Commerce and Industry*, de Tokio, que crea *Commercial Arbitration Institute*, para el estudio jurídico, técnico y ético del arbitraje; *Arbitration Quarterley*, del *Indian Council of Arbitration*, New Delhi; *Boletín informativo de la Academia de arbitraje comercial internacional*, de Méjico.

miento de la protección del consumidor; en fin, puede verse en las medidas tomadas en ciertas leyes nacionales y hasta en alguno de los convenios internacionales, para limitar la peligrosidad de las cláusulas compromisorias.

### 1. *Justificación doctrinal.*

Los juristas no pueden quedar satisfechos con dar cuenta de los hechos sociales; sienten la necesidad de contrastar su valor jurídico, su licitud y eficacia general. Lo que resulta imprescindible respecto de las cláusulas generales de los contratos, en cuanto se trata de justificar la existencia del postulado Derecho autónomo de los comerciantes, cuya manifestación se daría primero en ellas, como poder creador de normas jurídicas.

Pero la calificación de dicho poder ofrece una grave dificultad; la de que se comprende bajo la misma denominación y concepto, indiferentemente, a las condiciones generales establecidas por un grupo de empresarios, o un ramo de la industria, y también a las establecidas por un empresario con poder económico suficiente para imponerlas; considerándose como tales, tanto las insertas en cada contrato como las no consignadas expresamente y que se estiman eficaces por ser habituales.

Una primera justificación jurídica del pretendido nuevo «ius mercatorum», será la de considerarlo como «consuetudo et stylus mercatorum», incluyéndolo entre los usos normativos o legislativos. Mas la asimilación de la «nueva *lex mercatoria*» a la antigua, no resulta posible. El viejo Derecho de los comerciantes adquiere carácter de Derecho consuetudinario, en cuanto formado por los usos nacidos dentro de las comunidades de mercaderes y así obligatorios para sus miembros. Las condiciones generales, por el contrario, son obra de un grupo de comerciantes o de un solo comerciante que las imponen —incluso contra ley— a unos clientes o consumidores, es decir, a personas ajenas a la comunidad de comerciantes; no se trata, pues, de una norma originada entre quienes se vienen sometiendo a ella voluntariamente, sino de unas disposiciones impuestas a cada cliente, y que éste acata, dada su situación de inferioridad económica o por su falta de información (204).

Admitir que las cláusulas generales de los contratos alcanzan fuerza normativa sin la aceptación voluntaria por parte del cliente, implicaría reconocer la existencia de un poder legislativo privado («*staiuta condere*»), de una soberanía de ciertos empresarios (Bancos, aseguradores, exportadores, empresas de transporte, de

---

(204) No parece que interese todavía hoy tratar con despacio sobre esta cuestión de la justificación de las cláusulas generales; sobre ello, puede verse lo que dijera en *Las condiciones generales de la contratación y la eficacia de las leyes*, citada, Discurso, pp. 20 y sig., ed. Civitas, pp. 29 y sig.

suministros, etc.) sobre sus clientes, incompatible con los ordenamientos de los Estados modernos (205).

Lo débil de la argumentación, con la que se ha defendido la condición de fuente independiente del Derecho, para las cláusulas generales de los contratos, explica que se acuda a otro medio para justificar la nueva «lex mercatoria»; al principio de la autonomía de la voluntad, tanto para dichas cláusulas, como en especial para la cláusula compromisoria. Cambio de táctica inteligente. La autonomía de la voluntad ha sido, y sigue siendo, uno de los grandes tópicos de la doctrina jurídica (206). Como la idea de la libertad que le es conexas, tiene su base última en el respeto debido a la persona, a su exigencia, por ser tal, a no ser ajena al formar y conformar su propia esfera jurídica (207). El hombre puede vincularse a otra persona por medio del contrato y, al obligarse así, enajenará, libremente, una parte de su libertad (208). Lo evidente de este postulado hace que el principio «pacta sunt servanda» se haya utilizado para fundamentar distintas ramas de Derecho; así, respecto al Derecho político (el contrato social) (209), al Derecho

---

(205) BYDLINSKI, *Privatautonomie und objektive Grundlagen des verpflichtenden Rechtsgeschäftes*, Wien, New York, 1967, p. 221.

Que las condiciones generales de los contratos no constituyen fuentes de Derecho objetivo, ya lo sostuve en *Derecho Civil de España*, Valladolid, 1942, pp. 275 y sig. (también en ed. Madrid, 1949, pp. 335 y sig., Madrid, 1955, pp. 371 y sig); criterio que primero fue no aceptado por los mercantilistas (GARRIGUES, *Curso de Derecho mercantil*, Madrid, 1955, I, p. 117; LANGLE, *Manual de Derecho mercantil español*, Barcelona, 1950, p. 255) y especialmente criticado (GARRIGUES, *Contratos bancarios*, Madrid, 1958, p. 25, núm. 30); aunque parece que aquella opinión se va admiendo más recientemente (GONDRA, *La moderna "lex mercatoria" y la unificación del Derecho del comercio internacional*, Rev. D. Merc., número 127, 1973 (enero-marzo), p. 27, GARRIGUES, citado en nota 363.

No hay que confundir las condiciones generales de la contratación (impuestas), con los contratos tipos (propuestos), como son los de la Comisión Económica para Europa de las Naciones Unidas. Comp. SCHMITT THOFF, *The Unification or Harmonisation of Law by means of Standard Contracts and General Conditions*. UNIDROIT, Annuaire 1967-1968, II, Rome, 1969, pp. 93 y sig., *Standard Contracts and the Protection of the Weaker Party in International Trade Relations*, en *New Directions*, I, pp. 177 y sig.

(206) He tenido ocasión de ocuparme de la autonomía de la voluntad, con más detenimiento que aquí pueda hacerlo y con distintos motivos, en *La séptima sesión...* (cit. en nota 177, pp. 804 y sig.), *Las leyes nacionales...* (cit. en n. 188, pp. 1010 y sig.), *Las condiciones generales...* (cit. en nota 167, discurso, pp. 38 y sig. *El negocio jurídico*, Madrid, 1969, pp. 11 y sig.

(207) Lo que ha llevado a considerar como "imperativo categórico" el principio "pacta sunt servanda", ENGUISCH, *Einführung in das juristischen Denken*, 4.<sup>a</sup> ed., 1956, p. 32.

(208) La autonomía se convierte en heteronomía. Lo que también se expresa diciendo que la libertad se pierde al ejercitarla, quien contrata no es libre de no haber contratado. BATTIFOL, *La crise du contrat*, Arch-Phil. du D., XIII, *Sur la notion de contrat*, París, 1956, p. 32.

(209) Todavía, ROB, *La idea del contrato social y el problema de la vigencia del Derecho*, Anales de la cátedra Francisco Suárez, núm. 17, 1977 (Univ. de Granada), pp. 285-303.

internacional público (210), a la regulación de los conflictos de leyes (211) y de los contratos civiles y mercantiles (212).

Mas las ideas, al desligarse de su por qué y para qué, de sus condicionamientos y de lo peculiar de cada una de sus aplicaciones en la realidad, se vuelven locas y llevan a resultados absurdos y hasta contrarios a su misma esencia (213). Respecto de la autonomía de la voluntad, la tentación ha sido la de convertirla en un valor absoluto y entender que el principio «pacta sunt servanda» no permite limitación alguna. Lo que ha ocurrido en varias ocasiones. En el antiguo Derecho se muestra en el repetido uso («mal uso») de la renuncia a las leyes imperativas (214) y en la interpretación del ambiguo aforismo «standum est chartae» (215). El movimiento liberal, desde su principio, lo acogerá («laissez faire, laissez passer»), llevando a la mitificación del contrato y popularizando la frase «que dit contractuel dit juste». De tal modo, que el viejo dicho «standum est chartae», de raíces feudales, será visto conforme a la ideología liberal como: «una solemne proclamación de libertad individual en lo civil, prescribe que se atienda y guarde la voluntad de los particulares, antes que lo preceptuado en la legislación, investida por este hecho de carácter supletorio» (216). Punto de vista que se defenderá especialmente para el tráfico mercantil, como requerido por la seguridad del comercio y de su libertad, liberándolo de trabas legales molestas.

Los resultados injustos a los que se llega con los contratos de adhesión y con las habituales cláusulas de exención de responsabilidad, origina pronto una reacción, con la consiguiente crítica de

---

(210) KELSEN, *Reine Rechtslehre*, 2.<sup>a</sup> ed., Wien, 1960, pp. 222-223, 234. Es de notar que en el Convenio de Viena sobre el Derecho de los tratados (23 marzo 1969) se recoge el principio "pacta sunt servanda" (art. 26), pero subordinado a las reglas sobre la validez de los tratados en caso de vicios (arts. 48-52) y a que el tratado no contradiga una norma imperativa ("ius cogens") de Derecho internacional general (artículo 53).

(211) Puede comp. lo dicho antes, notas 175 y siguientes.

(212) Consagrada en el Código civil, en el art. 1.091, elevada a la categoría de dogma: "Le droit c'est l'autonomie de la volonté" (Beudant), cita de VILLEY, *Essor et décadence du volontarisme juridique*, Arch. de Philos. du D., París, 1957, p. 92.

(213) Se ha dicho que la autonomía, más que un concepto propio para resolver problemas, es más bien "un problema en sí mismo, que pide diferentes soluciones conforme a las condiciones económicas y sociales en las que está llamada a operar". STEINDORFF, *Autonomy of contracting parties in intertate commerce. An economic evaluation*, en *New Directions*, I, p. 102.

(214) Sobre ello, lo dicho en *Las condiciones generales* (citado en nota 3), Discurso, pp. 38 y sig.

(215) Por su formulación ambigua, con buena razones ha podido sostenerse tanto que se trata de un principio hermenéutico de los Fueros de Aragón o bien que expresa el principio de la primacía absoluta de la autonomía de la voluntad. Recoge las encontradas opiniones, COSTA, *La libertad civil y el Congreso de los jurisconsultos aragoneses*, Madrid, 1883, pp. 110 y sig.

(216) COSTA, *loc. cit.*, pp. 109-110.

sus fundamentos doctrinales. Se observa que no puede hablarse de consentimiento contractual, cuando éste no existe en verdad, sea por haber sido aceptados unos pactos por imposición del más fuerte económicamente (no sería contrato sino «Diktat») o por no saber lo que se firma («falta de transparencia»), y se señala, que si bien las leyes reconocen la autonomía de la voluntad, lo hacen siempre señalándole límites (217).

El significado y alcance de la autonomía de la voluntad en el campo jurídico, no se ha de centrar sólo en la libertad de los particulares, habrá de considerarse también el cómo y por qué se justifica la puesta a su servicio del aparato estatal. Los particulares, sean o no comerciantes, gozan de amplia libertad en sus tratos y contratos y pueden cumplirlos voluntariamente, aunque sea contra leyes imperativas. La cuestión surge cuando se impetra la intervención de las autoridades del Estado, para forzar a que se cumpla lo pactado. No se trata entonces de un problema sobre el ejercicio de la libertad, sino de pedir que se le prive de su libertad, de obligarle a hacer o no hacer, a quien pretende liberarse (ejercer su libertad), de una promesa que entiende no estar justificada. Cuando se acude al Juez solicitando una sentencia de condena, y que así se ponga en movimiento el aparato coactivo del Estado, será lo conforme a la naturaleza de su oficio y de su función de dictar sentencia en justicia, el contrastar el porqué y el para qué de ese pacto que se pretende imponer a la fuerza. El Juez, cuando se trata de cumplir su alta función, no habrá de cerrar los ojos a la realidad de lo pactado y convertirse, en su caso, en cómplice o colaborador de empresarios o grupos de empresarios que abusan de su prepotencia social o económica.

---

(217) En nuestro Código civil, al lado del artículo 1.091 se encuentra el 1.255, que impone como límites las leyes, la moral y el orden público; el artículo 1.256 se opone a la validez de las cláusulas de exención de responsabilidad, ya que éstas dejan al arbitrio del vendedor el cumplimiento de las obligaciones esenciales del contrato.

Los antiguos autores aragoneses, que tan enérgicamente defendieron la superioridad de lo pactado respecto a las leyes imperativas, matizan la aplicación del dicho: “standum est chartae”, exceptuando el que se contenga algo que sea imposible o contrario al Derecho natural (MOLINO, *Repertorium Fororum Regni Aragonum, Caesaraugustae*, 1585, fol. 186, vto.) o que sea contrario al Derecho divino e inmutable o al Derecho natural y necesario (PORTOLÉS, *Tertia Pars Escoliorum sive Adnotationum ad Repertorium Michelis Molini*, Caesaraugustae, 1590, II, p. 156, Licari, núm. 69). La reeferencia al Derecho natural hace pensar en que las leyes sobre lo que constituye la esencia del contrato y de cada contrato, pueden considerarse que resultan del Derecho natural, “per modum conclusionis” o “per modum determinationis”.

El Fuero Nuevo de Navarra entiende que, según el principio “paramiento Fuero vienze”, “paramiento Ley vienze”, la voluntad individual o contractual prevalece sobre cualquier fuente de Derecho; pero salvando los supuestos de si dicha voluntad es contraria a la moral o al orden público, vaya en perjuicio de tercero o se oponga a un precepto prohibitivo de la Compilación con sanción de nulidad (Ley 7.<sup>a</sup>).

## 2. La protección de la parte más débil.

La idea de la Justicia, implícita en todo quehacer jurídico y ello a pesar del auge del positivismo, sigue operando, y llevará a decir justamente, que la autonomía de la voluntad, como también la libertad contractual, pierden su sentido «cuando ella deviene señorío de los fuertes sobre los débiles» (218). Sus efectos se dejan sentir, en favor de quienes contratan en situación de inferioridad (219), en la doctrina, en las sentencias de los Tribunales y en las leyes. «Opinión romántica» de la doctrina que se abre paso frente a «la prepotencia económica de los industriales, comerciantes y banqueros y de sus agrupaciones sobre el resto del pueblo» (220), y también frente a la paralela dogmática mercantilista (221).

Esta corriente, se manifiesta primero en leyes especiales sobre determinados contratos (p. ej., de seguros, ventas y préstamos a plazos, transportes) en los que se prohíben ciertas cláusulas abusivas. Ahora, aunque limitada a una clase de personas consideradas débiles, la de los consumidores, se vendrá a extender dicha protección respecto a toda clase de Contratos en General. La protección del consumidor, aunque relativamente reciente (222), gracias a unas condiciones políticas favorables, se ha convertido en el objetivo de un movimiento socio-político de fuerza extraordinaria y en crecimiento, el que, incluso, ha podido considerarse con la importancia y dignidad dogmática de una rama especial del Derecho (223). De sus manifestaciones (información, control de calidad, seguridad,

(218) Frase de NEUHAUS (*Die Grundbegriffe des I. P. R.*, 1962, página 172), recogida como lema de su estudio por HOFFMANN (B. V.), *Über den Schutz des schwächerem bei internationalem Schuldverträgen*, *Rabels Z.* 38 (1974) H-2-3, p. 396.

(219) En general, cuando se habla de la protección de los débiles en la contratación, se piensa en los que contratan en una situación de inferioridad socio-económica. Con cierta razón se ha pensado que, como tales, además de aquéllos a los que le falta un mínimo de razón y de voluntad, habría que tener en cuenta los vicios del consentimiento (error, dolo), "culpa in contrahendo", lesión, etc., GUILLIERON, *La protection du faible dans les contrats*, *Z.f.Sw.R.*, 98 (1979) I-3, pp. 234 y sig. Sin embargo, como el mismo autor señala (p. 243), la protección a que se refiere la legislación de los últimos años es la de la parte débil en el plano económico y social. Es la que interesa a nuestro actual propósito.

(220) *Las condiciones generales* (citada en nota 3), Discurso, p. 16, nota 31.

(221) Vide nota (202).

(222) Se señala como su momento inicial, el Mensaje a los consumidores de J. F. Kennedy, en 1962. KRAMER, *Konsumentenschutz als neue Dimension des Privat- und Wettbewerbsrechts*, *Z. f. Schw. R.*, 98 (1979) I, 1, p. 49, nota 1. Aunque fueran dadas también en favor del consumidor las leyes anti-trust y en defensa de la competencia.

(223) Así lo entiende SCHRICKER, al reseñar la obra de VON HIPPEL, *Verbraucherschutz*, Tübingen, 1974 (en la que se trata de todos los aspectos jurídicos de la protección, en Derecho privado, penal, público, procesal...), en *Rabels Z.* 41 (1977-2) p. 402. También, sobre la cuestión en general, VON HIPPEL, *Verbraucherschutz*, *Rabels Z.* 40 (1976), pp. 513



peligros para la salud, consejos, asociaciones), la que aquí importa es la tendencia que se manifiesta en la legislación de muchos países de proteger al consumidor frente a la práctica abusiva de las condiciones generales de los contratos.

En esta dirección, pueden señalarse como ejemplo, en Gran Bretaña, el «Supply of Goods (Implied Terms) Act. 1973, que declara nula respecto de los comerciantes, la exclusión de obligaciones en las compras de los consumidores («consumers sale») (224), también el «Fair Trading Act» (1973) (225) y el «Unfair Contracts Bill», 1977. Se permite a los Tribunales aplicar la piedra de toque de «lo razonable», para liberar de cargas excesivas al consumidor. Tendencia que se refleja en la jurisprudencia, en una serie de importantes decisiones judiciales (226). La ley sueca sobre contratos (en vigor desde 1 julio 1976), dispone que las condiciones de los contratos pueden ser alteradas o no aplicadas, cuando la condición no sea equitativa en relación con el contenido del contrato, de las circunstancias de la celebración del contrato y de cualesquiera otra circunstancia (§ 36), ley no muy distinta de la danesa reformando la antigua ley sobre contratos (227).

Dentro de este amplio movimiento defensivo frente a las cláusulas generales de los contratos, se destaca la importante y detallada Ley alemana de 9 diciembre 1976, que define y limita jurídicamente

---

y sig.; LANDO, *Who should be protected against unfair contract clauses?*, en *New Directions*, II, pp. 586-592; BIANCA, *Protection of the weaker party in international trade relations through an international rule*, en *New Directions*, II, pp. 603-605.

(224) También entre comerciantes, si se prueba que las cláusulas no son «fair or reasonable».

(225) Ley que confía al «Director General of Fair Trading» la vigilancia de toda transacción comercial.

(226) Se afirma en la «fundamental breach doctrine», formulada en sentencias de Lord Denning, en las que se protege de la «economic duress», cuando hay «inequality of bargaining power» y cuando la liberación de responsabilidad impuesta resulta contraria a la raíz del contrato («root of the contract»); con detalle de las sentencias, WOOLRIDGE, *Inequality of Bargaining Power in Contract*, J. of Buss. L., 1977, pp. 312 y sig.; en especial pp. 314-318.

Sorprende el cambio radical de la doctrina inglesa; cuando hasta hace poco se sacralizaba el contrato, se había convertido en una mera formalidad la «consideration» (así, en la venta de una finca por una moneda) y se consideraba impenetrable la persona jurídica, siguiendo la doctrina de «Salomon v. Salomon», caso éste que también recientemente a pasado a la sombra (SCHMITTHOFF, *Salomon in the Shadow*, J. of Buss. L. 1976, p. 305).

(227) Ley de 12 junio 1975 que agrega a la de 8 mayo 1977 una disposición, diciendo que un contrato puede ser anulado total o parcialmente si resulta irrazonable y contrario el mantenerlo a una conducta honrada. En Suecia y Dinamarca, según las Leyes de Ordenación del Mercado de los consumidores, puede censurar el «Ombudsman» las condiciones generales injustas. JORGENSEN, *Unreasonable Conditions in Nordic Law*, J. of Buss. Law, oct. 1975, pp. 323 y sig. También pueden verse, KORRISCH, *Verbraucherschutz in Schweden*, *Rabels Z.* 37 (1973), 755 (760 y sig.); BERNITZ, *La protection du consommateur en Suède et dans les pays nordiques*, *Rev. I. D. Comp.*, 26 (1974), pp. 534 y sig.

el ámbito de las condiciones generales de los negocios (228). Contiene una regla general, por la que se declara ser ineficaces las dichas cláusulas, cuando a la parte a la que se le hayan impuesto, se le cause contra la buena fe, un perjuicio desmesurado; presumiéndose tal perjuicio cuando aquéllas no sean compatibles con las ideas fundamentales de la regulación legal, y también cuando limitan los derechos y las obligaciones resultantes de la naturaleza del contrato, de manera que se ponga en peligro el conseguir la finalidad del contrato (§ 9). Regla que se desarrolla en una larga y detallada serie de disposiciones en las que se distinguen los casos en los que se declara la ineficacia de la cláusula (§ 11) de aquellos otros en los que ello se deja a la apreciación judicial («Wertungsmöglichkeit») (§ 10). Más importante en la práctica habrá todavía de resultar el que se confiera competencia a las Asociaciones de consumidores, a las del fomento de intereses industriales y a las Cámaras de Industria y Comercio y Cámaras de oficios, para ejercitar acciones contra quienes emplean dichas cláusulas para que se abstengan de usarlas y, respecto de quienes las recomiendan para que retiren la recomendación (§ 13). Disposición prudente, pues los más de los consumidores carecen de decisión y medios económicos para entablar un pleito, posiblemente largo y difícil (229). Respecto de esta ley alemana, se ha dicho justificadamente que, no sólo es la más completa y detallada entre las de los países de las Comunidades europeas, sino en todo el mundo (230). Ella también nos ofrece un muestrario impresionante de las cláusulas abusivas ordinariamente utilizadas en perjuicio de los consumidores (§§ 10 y 11).

De importancia más inmediata para España, aunque todavía de futuro, son los trabajos y proyectos de las Comunidades europeas y del Consejo de Europa en favor de los consumidores. En ellos se indica que la pretensión de los consumidores es un principio ya en germen en el mismo Tratado fundacional constituyendo la Comunidad Económica Europea (231). En 1972, los Jefes de Estado o de Gobierno, reunidos en Parsí (19-20 octubre), invitan las Instituciones de la Comunidad a reforzar y coordinar las accio-

---

(228) "Gesetz zur Regelung des Rechts des Allgemeinen Geschäftsbedingungen-AGB-Gesetz" de 9 diciembre 1976. Fue el resultado de una cuidada preparación. En 1972 se crea un grupo de trabajo con representantes de la Universidad, de la Judicatura, economistas, consumidores y de funcionarios de Justicia y Economía. En base de los Informes de 1974 y 1975 se redacta el Proyecto. Aprobado por el "Bundestag" en 11 de noviembre de 1976, entra en vigor en 1 marzo 1977.

(229) Puede verse su traducción al castellano, por GARCÍA AMIGO (con algunos comentarios), *Ley alemana occidental sobre "condiciones generales"*, Rev. D. Pr., mayo 1978, pp. 384-401.

(230) VON HIPPEL, *Der Schutz des Verbrauchers von Unlauteren Allgemeinen Geschäftsbedingungen in den E. G. Staten*, Rabels Z. 41 (1977-2), p. 256.

(231) Se citan al efecto los artículos 2. 39 y 85: Anejo a la Resolución del Consejo, 14 abril 1975. J. Off des Comun., E. 25,4,75, núm. 92/1 y 92/3-4.

nes en favor de la protección de los consumidores y, en 1975 (14 abril), el Consejo de las Comunidades Europeas aprueba el principio de la protección de los consumidores (232). En el programa preliminar para su desarrollo, se establece como primer principio: que los compradores de bienes y servicios serán protegidos frente a los abusos de poder del vendedor, en particular frente a los contratos tipos establecidos unilateralmente, la exclusión abusiva en los contratos de derechos esenciales, las condiciones de concesión de crédito, la exigencia de pago de mercancías no encargadas y los métodos de venta agresivos» (233). En el Proyecto de programa de la Comisión, 26 de junio de 1979, se nos dice que en el dominio de las cláusulas abusivas de los contratos, la Comisión ha comenzado trabajos con los expertos de los Gobiernos, en vista de la elaboración de una acción comunitaria (234).

En fin, reflejo de lo general de este movimiento, son las declaraciones de la Constitución española de 1978 sobre la defensa de los consumidores (art. 51) y el Defensor del Pueblo (art. 54) (235).

Los datos citados, aunque muy incompletos (236), pueden bastar para concluir que la orgullosa construcción de «la nueva *lex mercatoria*», en los países de libre mercado ha perdido toda justificación sociológica o de «física social». Las condiciones generales de los contratos, a los que se atribuyera ser manifestación del poder legislativo de los comerciantes y prevalecer sobre las

(232) *Loc. cit.* en nota anterior. En 25 septiembre 1973, por decisión de la Comisión de las Comunidades Europeas, se crea el Comité Consultivo de los Consumidores, J. Off. 10.10.73, n. 2283/18.

(233) *Loc. cit.*, J. off. 25.4.75, núm. C 92/6. Entre las acciones prioritarias a realizar se señalan las de protección frente a las prácticas comerciales abusivas. También en primer lugar, las condiciones generales de los contratos, id. núm. C 92/7.

(234) J. off. 30.8.79, núm. C 218/9. El importante trabajo de VON HIPPEL, es un informe a tal efecto. *Der Schutz des Verbraucher von unvorteilhafteren allgemeinen Geschäftsbedingungen in den E. G. Staaten*, Rabels Z. 41 (1977-2), pp. 235-280. También SANTAELLA, *Los derechos de información y expresión de los consumidores y usuarios*, Doc. j., Min. Justicia, núm. 18, abril-junio 1978, pp. 411-430 (56-74).

(235) BERKOWITZ (Alberto), *La protección de los consumidores, la Constitución española y el Derecho mercantil*, en *Lecturas sobre la Constitución Española*, Universidad Nacional de Educación a Distancia, Madrid, 1978, II, pp. 9-37.

(236) Pueden citarse también, el Israelí Act núm. 5724/1964, ZELNER, *Das Vertragsrecht des Staates Israel*, Rabels Z. 37 (1973), 755 (760 y sig.); sobre los Estados Unidos, RAISER, *Die richterliche Kontrolle von Formularbedingungen in amerikanische und deutschen Recht*, Rabels Z. 39 (1975), 56 (72 y sig.); HOFFMANN, *loc. cit.*, pp. 403 y sig.

Puede contarse en el movimiento de protección del consumidor, la aparición del derecho de arrepentirse, que aunque con antecedentes en el antiguo Derecho suizo ("droit de repentir", "Reuerecht") resulta revolucionario para la dogmática moderna; sin embargo, se encuentra establecido en unos doce estados, aunque sólo respecto de ciertos contratos (venta a domicilio, venta a plazos, arrendamiento-venta, crédito al consumo). Sobre ello, JEANPRETRE, *Le droit de repentir*, Z. f. Schw. R. 98 (1979) I, 1, pp. 33-47.

leyes imperativas de los Estados, precisamente en aquellos mismos países en que se creara y desarrollara la doctrina del Derecho autónomo de los comerciantes, se han visto sometidas a un severo control, por las leyes, y en las sentencias de los Tribunales, sancionando con la nulidad aquellas condiciones que resultan injustificadamente en perjuicio de los consumidores o de la parte más débil en el contrato.

### 3. Control del arbitraje.

Respecto de la cláusula compromisoria y el arbitraje, la situación es otra que la antes señalada sobre la protección de la parte más débil; aunque tampoco resulte del todo favorable a las pretensiones de vigencia y universalidad del movimiento de «la nueva *lex mercatoria*». En verdad, no se han dado frente a dicha cláusula, medidas protectoras de los consumidores. Mas ello ha sido porque en los países cuyas legislaciones conocemos, no se ha creído sean necesarias o urgentes, porque en ellos —con la llamativa excepción de nuestra ley de 1953— se han mantenido y en ocasiones reforzado las medidas legislativas para limitar su peligrosidad.

#### a) Justificación doctrinal.

La peligrosidad de la cláusula compromisoria, en cuanto conduce a un forzado arbitraje, es doble. De un lado, puede ser utilizada para esquivar las medidas condenatorias de las abusivas cláusulas generales de los contratos; pues, como muestra la práctica, el árbitro, carente de la independencia y autoridad del Juez, tiende a aplicar a la letra el contrato y así también a cada una de sus cláusulas. Del otro lado, cuando en la cláusula compromisoria se haya designado quién ha de ser el árbitro, la designación puede ser impuesta a la parte más débil y carecer ese árbitro de las condiciones de imparcialidad esenciales para su misión (237).

---

(237) Se citan casos como los siguientes: en las condiciones establecidas para los contratos de una sociedad con sus clientes, se designa como árbitro al consejero-delegado, a un empleado, a un abogado de la compañía, o de una sociedad filial; la empresa constructora para los contratos con los adquirentes de cada piso, designa como árbitro a un arquitecto, abogado o notario de su confianza, o bien al arquitecto director, conuñado del contratista con el que éste tiene una asesoría de estudios técnicos (caso éste referido en S. T. S. 24 marzo 1947). En otras ocasiones, son las organizaciones empresariales las que imponen árbitros o tribunales arbitrales controlados por ellas. En el caso *First National Bank v. Clay* (1942), se dijo: "Todas las precedentes están de acuerdo en que cualquier persona puede ser nombrada árbitro... No será prudente, pero no hay razón legal que nos diga porqué dos personas no pueden escoger a cualquier tercera persona como árbitro. Escoger árbitro del todo desinteresado es un admirable modelo al que aspirar, pero las partes rara vez lo hacen y si todos los laudos se anularan en los que no se hace, pocos laudos se mantendrían". KRONSTEIN, *loc. cit.*, pp. 63-64; citando otros casos, en pp. 41 y 64. También SCHLOSSER, *Das Recht der*

Lo mismo que ocurre con las condiciones generales de la contratación, se sostendrá en la doctrina que la cláusula compromisoria y el consiguiente arbitraje, en cuanto son fruto de la autonomía de las partes contratantes, no hay razón alguna para someter, ni al compromiso, ni al laudo, a límite o control alguno (238). Así, en nombre de la libertad, se predica la intangibilidad de los laudos; su razón profunda está —se nos dice— en ser una manifestación del libre arbitrio, que como tal se encuentra fuera de todo control, porque la naturaleza del libre arbitrio está fuera de la justicia y de la injusticia (239). Y también, del mismo modo que respecto de las condiciones generales, se vendrá a objetar a estas consideraciones, que la idea del Derecho, a la que es de esencia la justicia, impide consentir que el arbitraje se convierta en instrumento para que pueda «reinar el capricho o el provecho de los poderosos» (240); y, además, se admitirá como hecho inevitable el control de los Tribunales antes de conferir valor ejecutivo a la sentencia arbitral (241). Hecho aquel que se manifiesta en las medidas precautorias o sancionadoras, de carácter imperativo, que se encuentran

---

*internationalen privaten Schiedsgerichtbarkeit*, Tübingen, 1975, I. Systematische Darstellung, pp. 460-469, §§ 464-469. Sobre el carácter “dictado” de muchas cláusulas compromisorias, lo citado en nota 144; comp. CHILLÓN, MERINO, *loc. cit.*, pp. 59-60.

(238) CARRERAS, fundamenta el arbitraje en constituir un modo de ejercicio de un derecho de disposición, fundado en el principio de la renunciabilidad de los derechos subjetivos privados. *Contribución al estudio del arbitraje* (Estudio de Derecho comparado), Rev. Inst. de D. Comp., Barcelona, núm. 1, julio 1953, p. 121; reproducido en FENECH, CARRERAS, *Estudios de Derecho Procesal*, 1962, p. 441. De lo dicho por este autor no resulta claro, si con ello se quiere excluir la aplicación de las medidas de protección a la parte más débil, las referentes al control judicial sobre la libertad del consentimiento de las partes y las sobre la imparcialidad del árbitro. Le siguen CHILLÓN, MERINO, *loc. cit.*, p. 53.

(239) SATTA, *Contributo alla dottrina del arbitrato*, Ristampa della prima edizione, Milano, 1969, p. 97 (la 1.<sup>a</sup> ed. es de 1931). En la presentación de la nueva edición por FURNO, se dice que la obra es un “himno a la libertad”, frente a la “tiranía de la jurisdiccionalidad”, p. VII.

Con no menor desenvoltura, en el prefacio a la obra de MARANI, *Aspetti negoziali e aspetti processuali del arbitrato* (Contributo alla dottrina del arbitrato), Torino, 1966, nos dice MINOLI (uno de los directores de “Collana di studi sull’arbitrato”, promovida por la Asociación Italiana para el Arbitraje) que el criterio de lo justo e injusto varía al variar las técnicas económicas, pues varía lo que ayuda o favorece al hombre en general, p. XII (implícitamente para el autor parece que será lo que interese a la gran industria).

(240) HOFFMANN, *Internationale Handelsschiedsgerichtsbarkeit* (Arbeiten zur Rechtsvergleichung, 48), Frankfurt A.M., Berlín, 1970, p. 25.

(241) MÜNZBERG, *Die Schranken der Parteivereinbarungen in der privaten internationalen Schiedsgerichtsbarkeit* (Schriften zum Prozessrecht, 15), Berlín, 1970, p. 178; SANDERS, *Appeals Procedure in Arbitration*, p. 116, en *International Commercial Arbitration*, N. Y. London, 1974-1975; también en *Arbitrage international commercial*, I, París, s.d., pp. 31-32.

en los principales ordenamientos jurídicos, para paliar la peligrosidad intrínseca al arbitraje.

b) *Las limitaciones legales.*

Ha parecido conveniente recordar aquí algunas de las disposiciones legales de ciertos ordenamientos extranjeros, no sólo como prueba de lo antes dicho, sino también y sobre todo, para que así se destaque mejor lo aislado que se encuentra el criterio que ha inspirado la redacción de la Ley española de 1953, por la que se regulan los Arbitrajes de Derecho privado (242).

El Derecho francés, en materia de arbitraje, se ha podido caracterizar por su resistencia a admitir la cláusula compromisoria. Cuando llega a aceptarla por la presión de los comerciantes, ejercida por medio de los representantes de sus intereses en el Parlamento, ello se hace limitándola a las cuestiones comerciales entre comerciantes. En fin, será considerada tan anómala y excepcional, que se le declara nula, a menos que le ampare una disposición expresa de una ley (243). Los Tribunales tienen además competencia para decidir sobre la validez de la cláusula compromisoria o del compromiso (p. ej., capacidad, objeto, fraude), pudiendo, en su caso, declarar su nulidad (244).

El laudo mismo puede ser declarado ineficaz, cuando resulte contra el orden público (245). En especial, y en conexión con la idea del orden público, se entiende nulo el laudo cuando los árbitros han decidido con violación de los derechos de la defensa, considerados éstos como de «esencia superior a la ley positiva, y que encuentra su fundamento en el Derecho natural» (246). También se

(242) He procurado ofrecer datos de las disposiciones en ellos vigentes. He de advertir que no me ha sido posible comprobar siempre respecto de cada ordenamiento, si alguna disposición ha sido alterada o derogada. Las citas hechas espero que de todos modos serán suficientes como contraste de las pretensiones de universalidad de la "nueva *lex mercatoria*".

(243) Vide en notas 105-109.

(244) Los árbitros pueden decidir sobre su propia competencia; pero en caso de cuestionarse ante un Tribunal la validez de la cláusula o del compromiso, la decisión de aquéllos quedará a resultas de la sentencia judicial.

(245) Conforme a lo dispuesto art. 6.º de su Código civil. Sobre la aplicación del orden público en materia de arbitraje: MOTULSKI, *Ecrits, Etudes et notes sur l'arbitrage*, Dalloz, 1974, pp. 60 y sig.; ROBERT, *Arbitrage civil et commercial, en droit interne*, en *droit interne privé*, 4.ª ed., Dalloz, S.d. (aunque de 1967), pp. 46 y sig.; SCHLOSSER, *Das Recht der internationalen privaten Schiedsgerichtbarkeit*, Tübingen, 1975, I, págs. 255 y sig., 276 y sig.; FOUCHARD, *L'arbitrage commercial international*, París, 1965, pp. 342 y sig.; MEZGER, *La Jurisprudence française relative aux Sentences arbitrales étrangères et la Doctrine de l'Autonomie de la volonté en matière d'Arbitrage international de Droit privé*, Mélanges offerts á Jacques Maury, 1960, pp. 273-291.

(246) ROBERT, loc. antes citado, pp. 320, 257. Se requiere que se asegure a las partes seguridad y garantías procesales, respecto a la audiencia de cada una, a las pruebas, examen contradictorio de memorias y testigos, etc., etc.

piensa ser necesario que el laudo esté debida, o suficientemente motivado; pues los motivos son los que permiten contrastar si el tribunal arbitral ha valorado debidamente los argumentos de cada parte; la falta o insuficiencia de motivos se entiende en general, como una violación del derecho de defensa y, por tanto, como una violación del orden público (247).

En los casos referidos, se dan como recursos ordinarios: la apelación, conforme al artículo 1.023 del Código de Procedimiento civil, la oposición a la orden («ordennance») de ejecutar y también en los supuestos enumerados en el artículo 1.028. Los recursos extraordinarios son: la «requête civile» (art. 1.026), la oposición de tercero («tierce opposition»), ambas poco utilizados en la práctica (248), y el recurso de casación («pourvoi en cassation») (248).

Respecto al Derecho belga, es de notar que la ley de 4 de julio 1972 (249), dispone que el arbitraje no será válido si una de las partes tiene una situación privilegiada respecto a la designación del árbitro (art. 1.678), lo que se entiende que, p. ej., cubre los casos en que se trata de contratos de adhesión, o cuando la Asociación a la que pertenece una sola de las partes de la cláusula compromisoria es la que nombra los árbitros. Pudiéndose recurrir del laudo alegándose violación del orden público o ser materia impropia para el arbitraje el objeto del compromiso (250).

En el Derecho común alemán, no se advierte la repugnancia que otros ordenamientos sienten, o han sentido, frente a la cláusula compromisoria (251). Está admitida y regulada en la Ordenanza procesal civil del imperio alemán (Z.P.O. §§ 1.026-1.029) (252). Lo que se explica por el contrapeso que respecto a su peligrosidad, suponen las disposiciones dedicadas a asegurar la imparcialidad y

(247) ROBERT, *id.*, pp. 222-223.

(248) La «requête civile», se dice ser inusitada y se entiende ser renunciante (excepto en casos de dolo, fraude o infracción del orden público), sobre la «tierce opposition» se dice también que sólo se puede citar un solo caso, RUBELLIN-DEVICHI, *L'Arbitrage*, París, 1965, p. 365.

Los artículos arriba citados, modificados por Decr. 5 diciembre 1975 en *Nouveau Code de Procedure Civile*, Dalloz, 1979.

(249) Citada en nota 146.

(250) SANDERS, *The new Arbitration Statute in Belgium*, en *Yearbook Commercial Arbitration*, del International Council for Commercial Arbitration, vol. I, 1976, pp. 173, 175; sobre la amigable composición, nota 147.

(251) SCHONKE señala que el Derecho alemán, a diferencia de los derechos italiano belga y francés no distingue entre compromiso y cláusula compromisoria, *Derecho procesal civil*, trad. Barcelona, 1950, p. 373. Siendo la traducción de la 5.ª ed. alemana, de 1948, la obra citada recoge las modificaciones de la Z. P. O. respecto del arbitraje de 1930, pero no las sufridas en 1970.

(252) La Z. P. O. entraba en vigor el año 1879 en todo el imperio, antes, por tanto, que el Código civil, y había así una pluralidad de leyes de Derecho material; lo que para BLOMEYER explica que se contengan en aquella Ordenanza disposiciones que son complementarias del Derecho sobre los contratos, *Zivilprozessrecht. Erkenntnisverfahren*, Berlín, Göttingen, Heidelberg, 1963, pp. 707, núm. 1.

neutralidad de los árbitros y también por el amplio poder de control conferido a los Jueces sobre las sentencias arbitrales.

En el segundo párrafo del § 1.025 (añadido al antiguo de la citada Ordenanza) se recoge también el criterio de la protección de la parte más débil, diciendo que: «El contrato de arbitraje es ineficaz, cuando una parte emplea su superioridad, económica o social, para imponer a la otra parte, la conclusión o aceptación de disposiciones que le concedan a ella una preponderancia en el procedimiento, en especial respecto a nombrar o rechazar el árbitro» (253).

La imparcialidad del árbitro, se trata de garantizar señalando las causas que permiten su recusación (§ 1.032). Estas son las mismas que para recusar a un Juez. Mas tales causas no están estrictamente limitadas, como en el Derecho español, sino que son establecidas con toda la amplitud deseable para la protección de las partes. Según la Ordenanza procesal civil (§ 42), un Juez puede ser recusado—además de cuando por ley le está prohibido actuar—siempre que exista temor de que sea parcial («Besorgnis der Befangenheit»); lo que se explica diciendo que, en su virtud, puede recusarse al Juez cuando haya algún motivo apropiado que justifique la desconfianza respecto de su imparcialidad; por tanto, con el mismo fundamento de desconfianza, podrá recusarse al árbitro (254).

Contra el laudo arbitral cabe pedir su anulación (§ 1.042); facultad que se considera irrenunciable. Las causas de anulación son de distinta naturaleza: por no ser válido el contrato de compromiso (§ 1.042.1), es decir, por las causas de anulación de los contratos (255), por ser contrario al orden público o a las buenas costum-

(253) Se entiende que no se requiere una inferioridad económica en concreto, y que la disposición es aplicable también respecto a situaciones de monopolio, BAUMBACH, LAUTERBACH, *Zivilprozessordnung*, 30.<sup>a</sup> ed., München, 1970, pp. 1739-1740.

(254) La remisión del § 1.032 al 42 de la Ordenanza, ha permitido asegurarse de la imparcialidad de los árbitros, dejándose su apreciación a la discreción judicial; se interpretan dichos párrafos apoyándose en los §§ 134 (prohibición legal) y 138 (contra las buenas costumbres) del Código civil y en el principio “no se puede ser juez en el propio asunto”. Así, p. ej., se considera recusable el árbitro que sea o haya sido, respecto de una de las partes: representante o abogado, órgano de persona jurídica, consejero de asociación, sociedad anónima o limitada, de sociedad madre o filial, perteneciente a la misma firma; también, en los casos de Tribunal arbitral de una asociación de un ramo del comercio, a la que no pertenezca la otra parte. STEIN-JONAS, *Kommentar zur Zivilprozessordnung*, 19.<sup>a</sup> ed., 1970, Com. al § 1.032, I, pp. 2-7.

(255) Sobre ello se plantea la cuestión de la “competencia de la competencia”. A pesar de alguna confusión en los Tribunales, se distingue la cuestión de la validez del contrato de fondo (lo que puede ser de la competencia del árbitro) y de la validez del contrato o cláusula de compromiso, sobre cuya validez será el Juez quien habrá de decidir, BLOMAYER, *loc. cit.*, p. 725; WIECZOREK, *Zivilprozessordnung*, 2.<sup>a</sup> ed., Berlín, 1966, p. 2025; MÜNZBERG, *loc. cit.*, p. 128.



bres (§ 1.042,2) (256) y por haberse seguido un procedimiento inadmisibles (§ 1.041,1). Concretándose en este último respecto los casos en que las partes no hayan sido representadas legalmente (§ 1.041,3), no hayan sido oídas debidamente (§ 1.041,4) en que el laudo no esté provisto de motivos (§ 1.041,4) (257).

Para que el laudo arbitral adquiriera fuerza ejecutiva, es imprescindible solicitarlo ante los Tribunales. Solicitud que habrá de negarse en caso de existir alguna causa para que se declare la anulación del laudo (§ 1.042). En todo caso, antes de acceder a la solicitud, habrá de oírse a la otra parte. Si ésta opone la existencia de una causa de anulación de las señaladas en la Ordenanza, puede darse que ello permita el que se rechace de pleno, inmediatamente, la solicitud; en otro caso, habrá de ordenarse que se abra el debate oral, siguiéndose el procedimiento especial establecido al efecto (§ 1.042,a) - 1.042,b).

El Derecho inglés y el de los países que le han seguido, no parece haber encontrado dificultades para admitir la cláusula compromisoria. En cambio, se limita de modo especial la competencia de los árbitros y se eleva casi al máximo el poder de control de los Tribunales respecto del arbitraje. Separándose de tal modo de la regulación establecida al respecto en el resto de Europa, que se subraya la sorpresa de los juristas de otras tierras al encararse con sus especiales características (258).

A diferencia de otros países europeos (259), el Derecho inglés no conoce el arbitraje por amigables componedores o de equidad. Lo que se justifica, aduciendo que con éste quedaría prácticamente excluido el control de los Tribunales sobre la aplicación del

(256) Según la opinión dominante, juega el orden público cuando se trata de normas de Derecho imperativo que tocan a los fundamentos de la vida estatal o económica, o que sean dictadas para fines de política estatal, social o económica; además, los que chocan con una ley imperativa, p. ej., disposiciones sobre precios, arrendamiento, competencia. También se piensa será contra el orden público, el fallo arbitral dado contra la justicia o la equidad de modo grave ("grob"); p. ej., confirmando una pena irrazonablemente alta o una indemnización absurdamente baja, en caso de incumplimiento de contrato por culpa grave o dolo, STEIN-JONAS, *loc. cit.*, sobre § 1.041, 2, pp. 8 y sig.

(257) El requisito de la motivación puede ser dispensado por las partes, § 1.041, párr. 2. Una regla sobre el procedimiento se había establecido ya antes, en § 1.034, que dice que los árbitros antes de dictar su laudo, habrán de oír a las partes e investigar la situación de hecho en que se funde la controversia, si ello lo consideran necesario. Por lo demás, a falta de un acuerdo entre las partes sobre el procedimiento, podrán los árbitros establecerlo a su discreción.

En § 1.041, 6, todavía se hace una remisión a los núms. 1 al 6 del 580 (casos de revisión).

(258) KERR, *The English Courts and Arbitration*, en *International Commercial Arbitration, Documents and Collected Papers*, N. Y., London, 1974-1975, p. 199.

(259) Lo conocen, además de España, Francia, Bélgica, Portugal, Italia y Suiza. Conocen sólo el arbitraje de Derecho, Alemania, los países escandinavos y Finlandia.

Derecho, e incluso respecto a la apreciación de los hechos (260). Los laudos en tales arbitrajes no se consideran sentencias arbitrales, sino acuerdos entre caballeros («gentleman's agreement»), sin valor jurídico (261).

Lo que más llama la atención y produce mayor extrañeza al observador extranjero, es la figura del «special case». Se piensa que los árbitros son aptos para resolver cuestiones de hecho, pero no para las que son propiamente de Derecho, pues se estima que sólo los Jueces son competentes para desentrañar las difíciles cuestiones jurídicas. Criterio que armoniza con la concepción inglesa de las fuentes del Derecho; la formulación de reglas jurídicas y su interpretación es cometido del Parlamento y de los Jueces («Judge made Law»), lo que resulta incompatible con el admitir leyes hechas en casa («Home made Law»), sea por un particular o por una Asociación particular; además, se añade, éllo podría llevar a que cada rama del comercio creara e impusiera sus propios Códigos comerciales (262). Conforme a todo ello, cuando un árbitro se encuentra ante un punto controvertido de Derecho, puede acudir a los Tribunales para que éstos lo decidan; las partes pueden también requerir al árbitro para que establezca un «special case», al efecto de que se solicite la opinión del Tribunal; si el árbitro no accede, el interesado puede dirigirse, directamente, al Tribunal, para que éste ordene al árbitro que lo haga (263). Incluso el árbitro podría merecer el estigma de «misconduct», si se negare a establecer «a special case», cuando la petición fuera razonable y «bone fide» (264).

Se puede todavía impedir la actuación del árbitro por otros

(260) SIMONT, *Amiables compositeurs and their reasoning*, en cit. International Commercial Arbitration, p. 148.

(261) KERR, *loc. cit.*, p. 235, nota 41 A.

(262) Se ha dicho que el Parlamento y los Tribunales no quieren entregar a los particulares la interpretación y aplicación del Derecho, y son como perros guardianes para que se guarden las reglas de la Justicia natural en los Tribunales arbitrales (domésticos) como en los demás, KERR, *loc. cit.*, p. 201; citas de sentencias, al respecto, en pp. 222-223.

(263) Se indica la posición del árbitro en la sección 21 de la «Arbitration Act», 1950, con las frases «may» y «shall so if directed». Ha de indicarse que los contratantes pueden excluir la aplicación del Acta, pero no de los derechos legales que ella menciona, pues ello sería contra el orden público, GILL, *The Law of Arbitration*, 2.<sup>a</sup> ed., London, 1975, p. 11; sobre el «special case», p. 83.

La figura del «special case» ha sido objeto de críticas, por poder ocasionar dilaciones (a veces origina hasta cinco instancias), SCHMITTHOFF, *The Reform on the English Law of Arbitration*, The J. of Buss. L., oct., 1977, pp. 306-307. En la «Commercial User Conference» (1966), formada por 24 asociaciones comerciales y a la que asistió un solo jurista, no se recomienda, sino lo contrario, la supresión de este procedimiento. En Escocia se introdujo el procedimiento del «special case», por ley de 1972, aunque se permite que en el compromiso se establezca su no utilización, KERR, *loc. cit.*, p. 42 y p. 236, n. 41 A.

(264) P. ej., planteando cuestiones de capacidad (respecto de menor, loco, quebrado, corporaciones), GILL, *loc. cit.*, p. 10.

motivos: En primer lugar, alegando que el contrato de fondo es nulo; pues entonces habrá que acudir a los Tribunales, para que decidan sobre ello, ya que la jurisprudencia entiende que su nulidad implicaría la nulidad de la cláusula compromisoria. También en el supuesto de haberse designado el árbitro en el compromiso, cualquiera de las partes puede pedir ante los Tribunales autorización para revocar la designación del árbitro o bien puede solicitar una orden judicial al efecto de que la otra parte o el árbitro se abstengan de proseguir con el arbitraje; lo que ha de fundarse en que el árbitro nombrado no es o puede no ser imparcial (265).

En curso ya el procedimiento arbitral, el Tribunal competente (la «High Court») puede destituir al árbitro, cuando éste haya mostrado un interés o prejuicio sobre la decisión del caso, que sea incompatible con la imparcialidad, o cuando haya observado una conducta indebida («misconduct»), ya sea personal o en el procedimiento arbitral seguido (266).

Dictado el laudo, el poder de control judicial es discrecional, y puede manifestarse de tres maneras. El Tribunal puede rechazar de plano el laudo, incluso sin petición de parte, cuando contenga un defecto o error evidente a primera vista («is bad on the face») (267). Puede también el Tribunal devolver el laudo a los árbitros para su reconsideración, cuando así convenga para evitar resulte una injusticia por inadvertencia, p. ej., se deban llevar a cabo más pruebas (268). En fin, el Tribunal puede anular el laudo, sea por haberse conducido mal el árbitro, por defectos del procedimiento, por haberse conseguido el compromiso o el laudo de modo impropio (269). Se piensa que el laudo otorga, al que resulta

---

(265) La S. 24 (1), "Arbitration Act", 1950, añade que no es base para negar la petición de revocación a una parte, el que ella cuando se concluyó el compromiso conocía o debía conocer que el árbitro podía no ser imparcial, en razón a sus relaciones con la otra parte del compromiso o por su conexión con la cuestión planteada.

(266) S. 23, "Arbitration Act", 1950. Se considera "misconduct" en "sentido técnico" no sólo la inmoral sino también la que pueda conducir a un "miscarriage of justice", a que se contradigan los principios de la "justicia natural"; se considera como tal, además, las irregularidades graves en el procedimiento, p. ej., el denegar indebidamente recibir una prueba, el examinar un testigo en ausencia de las partes. Sobre la falta de imparcialidad, se llega a preguntar si ella existe por haber aceptado la invitación a comer de una de las partes. Sobre todo ello, existe una jurisprudencia muy casuista. RUSSELL, *On the Law of Arbitration*, ed. 18.<sup>a</sup>, by Anthony WALTON, London, 1970, pp. 116 y sig., 377 y sig., 382; también GILL, *loc. cit.*, pp. 31, 77, etc.

(267) Tanto si el error que ofrece es de hecho o de derecho; p. ej., considerar una interpretación clara por literal, no siéndolo; estimar razonables unas costumbres o usos, no siéndolo; condenar al pago de daños al inocente; dar por justificados hechos que no lo están según los documentos; RUSSELL, *loc. cit.*, pp. 357 y sig.; GILL, pp. 105 y sig. Esta facultad hace que, para evitarla, no se motiven los laudos, KERR, *loc. cit.*, p. 211.

(268) S. 22, "Arbitration Act", 1950: "Power to remit award".

(269) Cuando se pide anular un laudo, el Tribunal ("High Court") puede ordenar que lo que se hubiera de pagar según el laudo se deposite en:

favorecido, un título para pedir al poder ejecutivo del Estado que lo ejecute, y es función del Tribunal que no se abuse del poder ejecutivo, y que lo actuado no resulte contra el orden público («Public policy») (270).

## VII. LA NUEVA LEX MERCATORIA Y EL COMERCIO INTERNACIONAL.

Los datos enumerados, aunque incompletos (271), bastarán para mostrar, me parece, que aquel poder judicial independiente, que con el arbitraje se atribuyera al Derecho autónomo de los comerciantes (nueva *lex mercatoria*), lejos de haberse independizado, continuaba sometido a las leyes imperativas de los Estados y al control de los Tribunales, en los más significados países de economía de libre comercio. Lo que resulta evidente, al menos respecto al tráfico interno.

### 1. *Repliegue de la lex mercatoria al tráfico internacional.*

El movimiento de la «nueva *lex mercatoria*» ha tenido, por ello, que replegarse, y abandonando de modo discreto sus antiguas pretensiones respecto al comercio interior, se limita hoy en general a sostener su vigencia para el tráfico internacional.

El auge de dicho movimiento en la actualidad, se debe a dicha limitación. Puede adelantarse, que ello resulta de la concurrencia de causas de distinta naturaleza. La ya señalada de la situación angustiosa en que se ha sentido la doctrina jurídica en materia de Derecho internacional privado, al ser impotente para hallar soluciones prácticamente satisfactorias para los conflictos de leyes (272); la egoísta falta de interés para proteger a la parte más

---

el Tribunal o se asegure de otro modo su cumplimiento, mientras se decida sobre la petición de anulación, S. 23,3, "Arbitration Act", 1950.

(270) RUSSELL, *loc. cit.*, p. 377.

(271) Entre lo mucho que habría que añadir, cabe mencionar al Derecho de los Estados Unidos. Ofrece la dificultad de lo variado de las leyes de sus Estados. Se diferencia del Derecho inglés en que desconoce la figura del "special case". En cambio, su "Arbitration Act", 1925, con sus modificaciones hasta 31 julio 1970, coincide con el Derecho inglés en la facultad de poderse pedir la anulación de un laudo cuando éste fuera obtenido por corrupción, fraude o medios incorrectos ("undue means"), evidente parcialidad del árbitro, "misconduct" en la conducción del procedimiento (§ 10, letras a, b y c).

(272) Puede verse lo dicho en nota 171.

La impresión que produce la literatura jurídica en materia de Derecho internacional privado, se expresa de manera tan significativa en la siguiente frase, que me he permitido recogerla, aunque resulte aquí cita de tercera o cuarta mano: "El reino del conflicto de leyes es una ciénaga siniestra, llena de lodos movedizos, poblado de sabios y excéntricos profesores, que especulan sobre materias misteriosas, en una jerga extraña e incomprensible. El juez o el práctico de tipo medio, cuando en él se sumergen, se pierde por completo y en él se enreda". FRANCISCAKIS, *Droit naturel et Droit international privé*, en *Mélanges offerts à Jacques Maury*, I, p. 149, n. 108 (citando a Prosser, a su vez citado por Bland).

débil en los contratos internacionales; la necesidad de los Estados fuertemente industrializados de favorecer a su comercio exterior; la presión de las multinacionales; el que en el comercio internacional no juega la fuerza política de la protección de los consumidores.

Las necesidades o los intereses de las empresas participantes en el comercio internacional, han presionado a los Tribunales y a la doctrina con tal fuerza, que les ha llevado a dar un trato distinto a la contratación internacional. Se piensa, que ciertas reglas nacionales imperativas y restrictivas, están justificadas como pertenecientes al «orden público interno», pero que no debían aplicarse al comercio exterior, por no imponerlas el que se califica de «orden público internacional». Así, en Francia se han salvado ciertas prohibiciones (273), como la de la cláusula oro, la de los laudos no motivados, la competencia de la competencia, y en Italia los requisitos relativos a las condiciones generales del contrato establecidos en el artículo 1.391 de su Código civil (274).

De otro lado, se entenderá que las disposiciones dictadas para la protección de los consumidores, debían limitarse al comercio interno y no extenderse a los tratos y contratos de carácter internacional (275); y así se hace en las leyes sobre esta materia de Israel, Reino Unido y Alemania Federal (276). Esta discriminación respecto al tráfico con el extranjero, llega al extremo de que, debido a las protestas de los hombres de negocios, que alegaban sus intereses en el mercado mundial, el Tribunal federal de Alemania, deniega la aplicación del principio de la buena fe («Treu und Glauben») en los tratos internacionales (277).

## 2. El arbitraje internacional.

Conforme a la práctica señalada, puede observarse en la doctrina el ya señalado cambio de orientación en el movimiento de «la nueva *lex mercatoria*», por el que va perdiendo fuerza la tendencia a favorecer al empresario en general. En «l'Europe des marchands», lo que más importa será el comercio exterior. Cambio que se manifiesta llamativamente respecto al arbitraje. Desaparece

(273) La «Cour de Casation» (1931, J. Clunet 58,90) considera que si no se daba eficacia a la cláusula compromisoria a favor del arbitraje del «English Corn Products Exchange», se perdería el mercado mundial para los franceses, cita de KRONSTEIN, *loc. cit.*, p. 50.

(274) ROBERT, *loc. cit.*, p. 567; FOUCARD, p. 149; BONELL, pp. 499-501; RUBELLIN-DEVICHI, pp. 104-105.

(275) SCHMITTHOFF, en *New Directions*, II, p. 620.

(276) BONELLI, p. 503, notas 56 y 57; EORSI, *Contracts of Adhesion and the Protection of the Weaker Party in International Trade Relations*, en *New Relations*, I, p. 157. Lo que se justifica, en que tales medidas en favor de la parte más débil no son necesarias en dicho tráfico, no resultan prácticas y no serían ejecutables.

(277) EORSI, *loc. cit.*, p. 163. En Estados Unidos se pone en cuestión si leyes como las «anti-trust» y las sobre valores son aplicables a convenios «trully international»; NISSEN, *Antitrust and Arbitration in International Commerce*, Harvard, I, L. J. 17 (1976), pp. 112 y sig.

el fervor en los elogios al arbitraje en general. Ahora ellos se centran en el arbitraje internacional, el que se considera esencial e imprescindible para el comercio internacional; mientras que para el comercio interno llega a confesarse, y por una de las más altas autoridades en la materia, que en Derecho interno no hay motivos para preferir el árbitro al Juez, en cuanto éste tiene un cuadro, un personal y una tradición bien probada, concluyéndose que la ventaja del arbitraje donde aparece es en los litigios del comercio internacional (278); es para este comercio para el que se le considerará necesario, para su desarrollo y su seguridad (279). Esta valoración del arbitraje internacional explica, el antes indicado grandioso esfuerzo de organización realizado para difundir el arbitraje, estudiarlo y promoverlo, en Congresos, Conferencias, Instituciones, Cámaras y Revistas.

No deja, a primera vista, de parecer extraño la importancia dada al arbitraje internacional. No sin razón se ha observado que las partes buscan menos una jurisdicción especial que la aplicación de reglas particulares (280); es decir, las de un Derecho autónomo, liberado de leyes nacionales imperativas, mercantiles, procesales y de Derecho internacional privado. ¿Cómo y por qué se ha recurrido al arbitraje para conseguir este resultado? Quizá se responda a la cuestión con recordar, someramente, cómo se ha ido entretejiendo la doctrina sobre la regulación del tráfico mercantil internacional.

Se dice, y se repite con razón, que el Derecho de los Estados no ha sido capaz de regular satisfactoriamente la contratación comercial de carácter internacional; con lo que se ha creado un vacío normativo que urge sea colmado. Como la necesidad crea Derecho, se añade, habrá que entender que su regulación se abandona al libre juego de los interesados. Para mejor justificar esta conclusión, se acude al «Deus ex machina» de la autonomía de la voluntad. Teoría que encuentra su apoyo en la tendencia doctrinal que, en Derecho internacional privado, sostiene ser aplicable la ley elegida por las partes contratantes, aunque ella no tenga conexión alguna con el contrato de que se trata, y en la que también afirma que la sumisión a una ley significa someterse a su contenido actual y no a los resultantes de los cambios de legislación. De todo lo que

---

(278) FOUCHARD, *loc. cit.*, p. 3. Exceptúa los litigios de carácter técnico. También, entre otros, HOFFMAN, *loc. cit.*, p. 73; MÜNZZBERG, *loc. cit.*, p. 31; SANDERS, *International Commercial Arbitration*, Nederlands Tydschrift voor I. R., XX-1, 1973, pp. 37-39; GOLDSTAJN, *The attitude of Yugoslav Law to International Arbitration*, en *International Commercial Arbitration*, p. 259. También, CREMADES, pp. 8 y sig.; CHILLÓN, MÉRINO, p. 18.

(279) RUBELLIN-DEVICHI, p. 24.

(280) Se habla al efecto de "selfregulatory contract" y de "contrat sans loi". No bastaba aquí con apoyarse en la fórmula de CARBONNIER del "non droit" (*L'hypothèse du non droit*, Arch. de Phil. de Droit, 1963, pp. 55 y sig.; estudio recogido en *Derecho flexible*, trad. de Díez-PICAZO, Madrid, 1974), pues el no Derecho (Rechtsraumleere) se caracteriza por la carencia de efectos jurídicos (*Derecho flexible*, p. 43).

se deduce, que no existe razón alguna para decir que las partes no puedan crear la regulación que estimen conveniente para sus contratos. Mas, con tales razonamientos, no se consigue todavía evitar que, en caso de litigio, el Juez al que habrá que acudir, juzgue sobre el contenido del contrato, aplicando o teniendo en cuenta las normas imperativas que se trataron de evitar; lo que hará, sea por consideraciones de orden público o para evitar el fraude a la ley.

Será mediante la aplicación del principio de la autonomía de la voluntad al contrato de compromiso, como se consigue evitar el temido momento del control judicial y, siempre basándose en la autonomía de la voluntad, reducir la función del juez a la de homologar el laudo arbitral para dotarlo de fuerza ejecutiva. Lo que será la aspiración que se manifiesta en tantas conferencias y congresos sobre arbitraje, se defiende por las instituciones y Cámaras para el arbitraje internacional y la que, hasta logra verse realizada en alguna legislación y convenio internacional. De esta manera, y por medio de la cláusula compromisoria, parece haberse conseguido que sea realidad el soñado Derecho autónomo de los comerciantes; cuyo postulado sería la liberación de toda regla imperativa. El comercio internacional quedaría de este modo entregado a la lucha libre de los interesados, en la que el más fuerte puede dictar su ley, «quia nominor leo».

Este resultado, que se fomenta y defiende por muy poderosas fuerzas sociales, será puesto en duda y sujeto a reservas, en razón de tres motivos. Ante todo, al haberse sacado a la luz pública, los casos en que la cláusula compromisoria se ha venido y se viene utilizando para imponer árbitros sospechosos de parcialidad, un procedimiento poco correcto, o para servir de cobertura a condiciones de los contratos; contrarias a la justicia o a la equidad (281). En segundo lugar, al mostrarse que es inevitable el control de los Tribunales de Justicia y necesaria la intervención judicial, para que los laudos arbitrales obtengan eficacia ejecutiva (282). En un último término, aunque no con menos importancia, figura la desconfianza hacia la cláusula compromisoria que muestran los países del llamado Tercer Mundo.

Ha de tenerse en cuenta, respecto de lo últimamente dicho, que el tráfico internacional no se limita hoy a la compraventa de mercancías. Tienen importancia creciente los negocios a largo plazo, los

---

(281) Pueden verse notas 3, 4 y 237.

(282) SANDERS, autoridad internacional en la materia, dice ser inevitable el control de los Tribunales, precisando que a ellos toca contestar estas preguntas: ¿hubo compromiso válido?, ¿se siguió un procedimiento adecuado? (p. ej., "auditor et altera pars"), ¿había razones para invalidar el laudo (p. ej., de orden público) o por el contrario para que reciba el "fiat executio"? *Appeals Procedure in Arbitration*, en antes citado *International Commercial Arbitration*, I, p. 116; también, en *Arbitrage international commercial. International Commercial Arbitration*, I, París, s. d., *Introduction*, pp. 31-32; MÜNZBERG, *loc. cit.*, p. 178; HOFFMANN, *loc. cit.*, p. 73. También en *New Directions*, I; POPESCU, p. 34; RECZEI, p. 56; STEINDORF, p. 92; BONELL, p. 118.

que también revisten nuevas formas jurídicas. Se puede tratar, aparte de préstamos y otras transacciones bancarias, de transmisión de tecnología, de conocimiento y experiencia técnica («know how»), construcción de plantas industriales, suministro de patentes, de obras de ingeniería, de establecimiento de agencias y filiales, de «joint ventures», «leasing», «factoring». Negocios que llegan a ser en ocasiones por valor de billones de dólares. En estos casos, la importancia de la cláusula compromisoria, de quién y cómo se designa al árbitro, se potencia al máximo; tanto más cuanto que dada la duración del negocio, puede convenir pactar que el árbitro haya de llenar las lagunas y completar lo no previsto en el convenio según nuevas circunstancias (283).

No hace falta mucha imaginación para darse cuenta de la importancia decisiva de la cláusula compromisoria para asegurar el «imperialismo» de las grandes empresas, respecto de quienes con ellas tratan. Será la mejor arma para implantar y mantener el «neocolonialismo» en las antiguas colonias e incluso para la dominación económica en los países en trance de desarrollo, aún de los de la cuenca del Mediterráneo. En el caso de las multinacionales, su poder avasallador se deja sentir incluso en los países industrialmente más desarrollados.

La prepotencia de las empresas, asegurada por la cláusula compromisoria, afecta no sólo a los particulares, como parte más débil en el contrato, sino también a la política económica de los Estados y a su misma independencia real. Consideración que explica la resistencia creciente de tantos países a reconocer los laudos dictados en el extranjero y también para firmar y ratificar los convenios internacionales sobre arbitraje (284).

Las críticas de los autores respecto a la autonomía de la voluntad ilimitada y la resistencia frente a ella de los países no industrializados, no han tenido mucho éxito en las Conferencias internacionales sobre arbitraje. En ellas, como se ha visto (285), irá triunfando la tesis contractualista frente a la procesalista o jurisdiccio-

---

(283) HOLTZMANN in coordination with BERNINI, *Arbitration in Long-Term Business Transactions*, en *International Commercial Arbitration*, cit., pp. 411-415; DEBEVOISE, *The arbitrability of Gaps in Long-Term Scientific, Technical and Industrial Development Contracts*, Harvard, I. L. J., vol. 17, 1976, pp. 122 y sig.

(284) TIEWAL, TSEGAD, *Arbitration and the Settlement of Commercial Disputes. A Selective Survey of African Practice*, The I. Comp. L. Q. XXIV-3 (julio 1975), p. 398 (trabajo reproducido con algún cambio de redacción en J. of World Trade Law, IX-4 (julio-agosto 1975), pp. 378-397); BLAGOJEVIC, *Le droit du commerce international et le nouvel ordre économique international actuel*, en *New Directions*, II, p. 439; ABBOT, *Latin America and International Arbitration Conventions: The Quandary of Non-Ratification*, Harvard, I. J., vol. 17 (1976), pp. 131-140; MACKIE, *Commodity Arbitration in London*, en *International Commercial Arbitration*, pp. 334, 335. *Journal of World Trade Law*, vol. 12, n. 4 (jul.-aug. 1978), p. 373; ALCALÁ ZAMORA Y CASTILLO, *Estudios procesales*, Madrid, 1975, pp. 107-108.

(285) Puede verse lo dicho en las notas 196-200.



nalista, dejando a la voluntad de las partes (a la de la económicamente más fuerte) la «electio legis» (286). Sin embargo, no se logra la aspiración de los partidarios de la absoluta autonomía, la de liberar al arbitraje de todo control judicial.

El Protocolo de Ginebra de 24 de septiembre de 1923, establece que los Tribunales de los Estados contratantes habrán de inhibirse cuando se excepcione la existencia de un acuerdo compromisorio, precisando que ha de tratarse de un «acuerdo de arbitraje válido» (disp. 4.<sup>a</sup>). Validez que habría que contrastarla con la ley que el Tribunal estime aplicable. El Convenio de Ginebra de 26 septiembre 1927, precisa que para el reconocimiento o ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras, éstas habrán de haber sido dictadas a consecuencia de un compromiso o cláusula compromisoria *válida*, según la legislación que la sea aplicable [artículo 1.º, a)]; condicionándose dicho reconocimiento o ejecución a que uno y otra «no sean contrarios al orden público o a los principios del Derecho público en el país en que se invoque» [artículo 1.º, c)]. Regla por la que se entrega a la discreción de los Tribunales el poder negar reconocimiento o ejecución al laudo, en razón de contrariar alguna ley imperativa o principio general, que entiendan aplicable al caso.

El Convenio de Nueva York, de 10 de junio 1958 sobre el reconocimiento y ejecución de las Sentencias arbitrales extranjeras, sigue estableciendo que el acuerdo compromisorio determina la inhibición de los Tribunales, a menos que se compruebe que dicho acuerdo es nulo, ineficaz o inaplicable (art. II, 3). Condición que se trata de precisar, añadiendo que se podrá denegar el reconocimiento o ejecución de la sentencia arbitral, cuando el acuerdo compromisorio no sea válido en virtud de la ley a que las partes lo hayan sometido; o si nada se hubiera dispuesto sobre ello, de acuerdo con la ley del país en el que se haya dictado la sentencia (artículo V, 1, a); disposición que ha dejado abierta la cuestión: ¿implica ella la posibilidad de desatender las normas imperativas del Estado nacional? (287). De todos modos, su respuesta se deja a la discreción de los Tribunales, al disponerse que se puede denegar el reconocimiento y la ejecución de la sentencia, si resultan contrarias al orden público del país en que se pide dicho reconocimiento y ejecución [art. V, 2, b)].

---

(286) La tesis jurisdiccionalista se basa en que excluyendo el arbitraje la jurisdicción estatal, su idoneidad y validez tiene significado jurisdiccional y, por ello, debe estar sometido a la «lex loci arbitratus»; pero su resultado práctico no será diferente al de la tesis contractualista, si se deja a las partes designar el lugar en que se celebre el arbitraje; comp. *Institut de Droit International*, Annuaire, 1959, pp. 372 y sig.

(287) Pregunta que ha sido contestada diversamente. Bülow, conforme a los antecedentes de la Conferencia, que conoce como miembro del Grupo 3.º de trabajo, de cuyas discusiones da cuenta, afirma que nunca se favoreció la ilimitada autonomía de las partes, cita de BARMANN, *loc. cit.*, pp. 76-77, su opinión en p. 78; también MÜNZBERG, *loc. cit.*, página 175. Lo que importa también en España, «B. O.» 7 julio 1977.

Una orientación muy favorable a no limitar la autonomía de la voluntad, ofrece el Convenio europeo sobre el arbitraje comercial internacional, Ginebra, 21 abril 1961, en el que se suprime la reserva del orden público. Ello no obstante, se reconocen ciertas limitaciones a la autonomía de las partes. Se admite que se puede apelar al Tribunal competente del Estado, conforme a la «*lex fori*», contra el laudo en que el Tribunal arbitral haya fallado sobre su propia competencia, cuando su competencia hubiera sido impugnada (art. V, 3); también se admite que la pedida inhibitoria al Tribunal judicial, por haberse ya incoado un procedimiento arbitral, puede denegarse, si el Tribunal estatal tiene para ello «motivos suficientemente graves» [art. VI, 3)]. Se ha de advertir que por el Convenio se faculta a las partes para elegir *la ley* que los árbitros habrán de aplicar al fondo de la controversia (art. VII, 1) es decir, a un conjunto indeterminado de reglas imperativas y dispositivas; lo que parece excluir la posibilidad de que las partes puedan dictar su propia ley y liberarse, así, de toda norma imperativa (288).

El criterio extremado del Convenio de 1961 se abandonará en los Convenios más recientes. Así, en el Convenio europeo con una Ley Uniforme sobre arbitrajes, abierto a la firma de los Estados miembros del Consejo de Europa, el 20 de enero de 1966 (289); en dicha Ley Uniforme la eficacia del laudo se vuelve a limitar de nuevo, disponiéndose que no habrá de ser contrario al orden público y también que el litigio ha de ser susceptible de ser resuelto por vía de arbitraje (art. 24). Además, se establece que un convenio de arbitraje no será válido si confiere a una parte una situación privilegiada, en lo que concierne a la designación del árbitro o de los árbitros (art. 3.º).

El cambio de ambiente en la doctrina, y la influencia creciente en la organización de las Naciones Unidas de los países del Tercer Mundo, harán que se enfoque de otra manera la deseada unifica-

---

(288) Se viene a conceder un margen semejante de confianza a la autonomía de la voluntad en el Convenio sobre arreglo de diferencias relativas a inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados, 18 marzo 1965. Es de notar el cuidado que se pone al describir las condiciones que han de adornar al árbitro, sea nombrado o no de la Lista de Arbitros: "habrán de gozar de amplia consideración moral, tener reconocida competencia en el campo del Derecho, del Comercio, de la Industria o de las Finanzas, e inspirar plena confianza en su imparcialidad de juicio" (arts. 14,1 y 40); quienes no las reúnan pueden ser recusados (art. 57). El laudo puede ser anulado, entre otros casos, por corrupción de algún miembro del Tribunal, por quebrantamiento grave de una norma de procedimiento y por no haberse expresado en el laudo los motivos en que se funda (art. 52,1).

(289) CONSEIL D'EUROPE, *Rapport explicatif sur la Convention Européenne portant une Loi Uniforme en matière d'Arbitrage*. Strasbourg, 1967. Los estados se obligan a la adopción de la Ley Uniforme en su legislación interna (art. 1,1), pero pueden señalar qué materias no son aptas para el arbitraje o requieren estar sometidas a reglas especiales (art. 1,3), pudiendo las partes contratantes declarar que la Ley es sólo aplicable a las relaciones jurídicas mercantiles por su Derecho (art. 1,4).

ción en materia de arbitraje. La «Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho mercantil internacional» (CNUDMI) abandona el sistema de los Convenios Internacionales y se decide por el sistema del contrato tipo. El Reglamento propuesto (290), servirá así para que las partes y los Centros de arbitraje, tengan un modelo autorizado, y para que puedan referirse al mismo y evitar el peligro de reglamentaciones incompletas o contradictorias (291). Y lo que importa más al objeto de estas notas, en su redacción, puede observarse el encontrado juego de las dos corrientes que se enfrentan en torno al arbitraje, la de la ilimitada entrega a la autonomía de la voluntad y la del respeto a las leyes imperativas.

En el Reglamento citado, habrá de notarse que se mantienen algunas de las conquistas de «la nueva *lex mercatoria*». Los litigios, se establece, «se resolverán de conformidad con el presente Reglamento», añadiéndose que «con sujeción a las modificaciones que las partes pudieran acordar por escrito» (art. 1.1) (292). La Ley aplicable por el Tribunal arbitral será aquella «que las partes hayan indicado como aplicable al fondo del litigio» (art. 33.1). Se deja en manos de los árbitros resolver sobre su misma competencia, diciéndose que «el Tribunal estará facultado para decidir acerca de las objeciones de que carece de competencia, incluso de las objeciones respecto de la existencia o la validez de la cláusula compromisoria o del acuerdo de arbitraje separado» (art. 21.1) y se considera como «un acuerdo separado de las demás estipulaciones del contrato» la cláusula compromisoria que forme parte de un contrato (art. 21.2). En fin, no se establecen recursos ni se abre expresamente la posibilidad de pedir que se declare la nulidad del laudo.

Las referidas concesiones a la autonomía de la voluntad resultarán más aparentes que reales, visto en su conjunto el texto definitivo del Reglamento (293). En el curso de los trabajos preparatorios, hubo de plantearse la cuestión básica de la relación entre el

---

(290) El texto del *Reglamento de Arbitraje de la C.N.U.D.M.I.*, en Informe de la Comisión (12 abril-7 mayo 1976. Asamblea. Documentos oficiales. Trigésimo primer período de sesiones. Suplemento núm. 17 (A/31/17).

(291) SACERDOTI, *Il diritto dell'arbitrato commerciale internazionale nei nuovi regolamenti nella Camera di commercio internazionale e dell'Uncitral*. Riv. D. I. privato e processuale, XII-3 (apr.-jun., 1976), p. 224. También este autor, sobre el mismo Reglamento, *The New Arbitration Rules of I. C. C. und Uncitral*, J. of World Trade L., vol. 11, núm. 3 (mayo-junio 1977), pp. 248-269).

(292) Se observa que de este modo puede quedar poco protegida la parte más débil. Lo que temen los comentaristas de los países menos desarrollados, THOMPSON, *The UNCITRAL, Arbitration Rules*, Harvard, I. L. Journal, 17 (1976), pp. 143-144.

(293) Se recomienda el uso del Reglamento de arbitraje por la Asamblea General, en su 99.<sup>a</sup> sesión plenaria, 15 diciembre 1976 (IX.31/93, p. 195).

Reglamento y la ley nacional aplicable al arbitraje. Se nos dice (294) que se pensó tratarla en varios artículos, pero se desistió de ello, para evitar se utilizare el argumento *a contrario* respecto de otros artículos y se consideró preferible emplear una fórmula general; ésta, según el Comité plenario II, diría que las disposiciones del Reglamento «estaban sujetas al Derecho nacional aplicable al arbitraje». La Comisión abandona esta redacción, estableciendo el texto definitivo, más claro y terminante. Dice así: «Este Reglamento regirá el arbitraje, excepto cuando una de sus normas esté en conflicto con una disposición de Derecho aplicable al arbitraje que las partes no puedan derogar, en cuyo caso prevalecerá esa disposición» (art. 1.º, 2).

La primacía reconocida en general en favor de las normas nacionales de carácter imperativo (295), se extiende a todo el ámbito del Reglamento, es decir, también al ejercicio de las facultades otorgadas a las partes (las de modificar el Reglamento y de elección de ley) y a los árbitros (competencia de la competencia). Dicha primacía explica la carencia de disposiciones en el Reglamento sobre recursos contra el laudo y causas de su nulidad; pues, como se dice autorizadamente en el informe de la Comisión, respecto de unos y otros, el Reglamento remite tácitamente a la ley nacional imperativa (art. 1.º, 2).

El Reglamento muestra su especial preocupación por un aspecto del arbitraje. Respecto a la designación de árbitro o árbitros, no considera la posibilidad de que la designación del árbitro se haya hecho en las cláusulas compromisorias, lo que está previsto es que en ella se haya nombrado «la autoridad nominadora» (persona o institución) (arts. 6 y 7 y modelo de cláusula compromisoria). Esta autoridad nominadora, al hacer el nombramiento, habrá de tomar las medidas necesarias para garantizar que el nombrado sea un árbitro independiente e imparcial (art. 6.º, 4); pudiendo ser recusado, «si existen circunstancias de tal naturaleza que den lugar a dudas justificadas sobre su imparcialidad e independencia» (art. 10, 1) (296).

Todavía resulta de interés, para el objeto de estas notas, una referencia al Reglamento de conciliación y arbitraje de la «Chambre de Commerce Internationale» (C.C.I.), 1 junio 1975. Aunque es un

---

(294) En el Informe antes citado, nota 286, Anexo II, *Informe del Comité plenario*, II, sobre el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI, pp. 166-208.

(295) En un caso, se hace una referencia especial a las leyes nacionales; se admite que el Tribunal arbitral decida como amigable componedor (“*ex aequo et bono*”), “sólo si las partes lo han autorizado expresamente para ello y si la ley aplicable al procedimiento arbitral permite este tipo de arbitraje” (art. 33,2). Posiblemente, se trata de un resto de un anterior anteproyecto (la regla está en el artículo 27,3 del anteproyecto de 1975).

(296) Sobre la buena acogida del Reglamento, designado aquí como de la UNCITRAL (siglas de la Comisión en inglés), *Journal of World Trade*, vol. 12, núm. 2 (mar.-ap. 1978), p. 180.

centro privado, su importancia es grande, por su antigüedad, sus conexiones internacionales (297), el número de asuntos que le son confiados (298) y también como protagonista del movimiento a favor de la máxima autonomía para el comercio internacional (299). En su organización se destaca llamativamente la vigilancia ejercida sobre la designación de los árbitros y sobre el laudo arbitral.

El llamado Tribunal de arbitraje (que es nombrado por el Consejo de la Cámara de Comercio Internacional), no tiene la función de resolver las controversias; le compete designar los árbitros, si las partes no los hubieran nombrado y, aunque lo hubieran hecho, en todo caso el Tribunal habrá de confirmarlos (art. 2.º); lo que queda a su discreción, así como ha de resolver qué ha de hacerse en caso de que una parte recusare algún árbitro (art. 2.º 7) (300). Estos extraordinarios poderes, se completan con otras disposiciones no menos singulares. Antes de firmar un laudo parcial o definitivo, el árbitro debe someter el proyecto al Tribunal de arbitraje. Este puede ordenar modificaciones de forma. Puede también, respetando la libertad de decisión del árbitro, llamarle la atención sobre puntos que interesen al fondo del litigio. No pudiendo dictarse el laudo sin haber sido aprobado en su forma por el Tribunal (art. 21) (301). Se añade que el Tribunal y el árbitro habrán de

---

(297) Constituida por diecisiete comités nacionales en Europa, quince en Asia, seis en Africa y ocho en América y Australia, THOMPSON, *The procedure under the Rules of the I.C.C. (International Chamber of Commerce)*, en *International Commercial Arbitration*, N.-Y., London, 1974-1975, p. 180.

(298) *Handbook of Institutional Arbitration in International Trade. Facts, Figures and Rules*, edited by Cohn, Domke, Eisenmann, Amsterdam, N. Y., Oxford, 1977.

(299) Reflejada en sus "Rapports", "Brochures" y texto del citado Reglamento, arts. 8.º, 11.º, 12.º, 13.º,3 y 13.º,4 del Reglamento. Al emplearse el término Derecho y no el de legislación nacional, se piensa que se refiere a la "lex mercatoria", al "Derecho común en las relaciones económicas internacionales". En el anterior Reglamento se decía que el árbitro tendría los poderes de amigable componedor si las partes así lo convenían, "a condición que la sentencia sea susceptible de sanción legal", EISENMANN, *Le nouveau règlement d'arbitrage de la Chambre de Commerce Internationale*, Droit et pratique du commerce international, I, núm. 3 (sep. 1975), p. 362.

(300) La confirmación del árbitro se entiende ser un "juicio de valoración sobre su calificación profesional e independencia". La condición de independencia aparece ahora en el art. 2.º,4; lo que debe interpretarse como el que no ha de tener el árbitro interés propio en el asunto, vínculos de parentesco o de trabajo con las partes; aunque se nos dice que a pesar de que la práctica de la Cámara es la de excluir los dependientes, es dudoso que se excluya también al abogado habitual de una parte, SACERDOTI, *Il diritto dell'arbitrato commerciale internazionale nei nuovi Regolamenti nella Camera di commercio internazionale e dell'UNCITRAL*, Riv. di D. Privado e Procesuale, XII-3 (ap.-jun. 1976, pp. 222-254, en especial, pp. 230-232; también *The New Arbitration Rules of ICC und UNCITRAL*, J. of World Trade Law, vol. 11-3 (may-june 1977), pp. 248-269.

(301) El Tribunal puede, y así lo ha hecho una vez, reemplazar un árbitro obstinado, en virtud del art. 26 (y 21), EISENMANN, *loc. cit.*, p. 364.

proceder inspirándose en el Reglamento y esforzándose para que el laudo sea susceptible de sanción legal (art. 26) (302).

## VII. ALGUNAS CONSIDERACIONES EN TORNO A LA LEY DE ARBITRAJES DE DERECHO PRIVADO.

### 1. *Carácter general de la Ley.*

En España, como en la mayoría de los países, excepto en momentos de ruptura revolucionaria, las leyes han sido el resultado de un lento proceso y se elaboran en Comisiones en las que se contrastan criterios y se procura atender a las lecciones de la práctica y a la experiencia de otros países. La ley sobre Arbitrajes privados, surgió abruptamente, rompiendo con la tradición jurídica y, en su inspiración y redacción, fue debida prácticamente a una sola persona (303).

La promulgación de la Ley en 1953 no cogió de sorpresa sino que fue acogida con generalizado beneplácito. Nace impulsada por, o mejor dicho, en el ambiente del tiempo, favorable al Derecho autónomo del comerciante, a lo que después se llamará «nueva *lex mercatoria*». Se aspiraba a que se otorgase plena eficacia jurídica a la cláusula compromisoria, como instrumento de máxima eficacia, para que los contratantes pudieran librarse de leyes imperativas y molestas y, en especial, del control de los jueces (304).

El espíritu que inspira la nueva Ley, se nos ha dado a conocer autorizadamente. Es una «Ley liberal y formal», «toda ella regida por el principio de la autonomía de la voluntad y por el deseo de configurar ese contenido de la voluntad privada como productor

---

(302) Muestra la actual convicción de la Cámara sobre lo insuficiente de las medidas coactivas de las instituciones privadas y lo conveniente o necesario de tomar en consideración las reglas imperativas del Derecho nacional que, en fin de cuentas, será el que haya de otorgar valor ejecutivo al laudo arbitral. Vide también nota 170.

(303) El profesor GUASP señala que la Ley fue confectionada, «unilateralmente» o a base de comisiones enormemente compenetradas, *El arbitraje en el Derecho español*, Barcelona, 1956, p. 40. Referencia del autor, demasiado modesta por su parte. Si mis recuerdos no me engañan, el texto del Proyecto, después Ley, fue prácticamente obra personal del ponente; los otros vocales de la comisión, no especialistas en el tema, se mostraron en general aquiescentes o desinteresados. Agregado a última hora otro vocal, civilista, discrepó de la ponencia, no fue escuchado y no pudo unir al Proyecto su anunciado voto particular, dada la premura con la que el ponente presentara el Proyecto al Ministerio de Justicia.

(304) En el Congreso Jurídico de Barcelona, mayo de 1936, se propuso por Gay de Montellá, la reforma del artículo 2.176 L. E. C. (comp. lo dicho en nota 119 y siguientes). En el Instituto Español de Derecho Procesal, 1950, vide ponencia del profesor Guasp. FERNÁNDEZ SORIA, *El arbitraje en Derecho privado*, Rev. D. Procesal, XI (julio-agosto-septiembre 1955), núm. 3, pp. 418-419.

de los efectos jurídicos que la Ley trata de implantar y conseguir» (305).

La Ley, además, al proceder de una sola mano, y de quien es un gran dogmático, no sólo del Derecho procesal, sino también de la Filosofía del Derecho, ofrece las notas de unidad de criterio, coherencia sistemática, lógica en su desarrollo y cuidado uso de los términos jurídicos. Aunque no fueran estos méritos, los que hicieran que se elogiara la nueva Ley; se aplaude el procedimiento imaginado para hacer plenamente eficaz la cláusula compromisoria, lo que se considera que justifica, por ello sólo, la promulgación de la Ley (306).

Sometida la dicha Ley a la prueba de su aplicación práctica, ha ido revelando sus defectos, de modo que las censuras se han venido acumulando de modo creciente. Se le acusa de sacrificar «las exigencias de la realidad práctica, a la pureza de los principios doctrinales» (307) y por las grandes lagunas que la Ley deja abiertas, «hasta el punto que por alguien se ha dicho que la misma es una tortura para los abogados» (308); concluyéndose, que «pese a los plácemes que recibiera al promulgarse, que la Ley de 22 de diciembre de 1953 no ha sido precisamente un acierto, sino una Ley desdichada, porque lejos de mejorar el ordenamiento jurídico anterior ha venido a empeorarlo» «Triste es proclamarlo, pero la práctica ha demostrado que la Ley de 1953, en contra de lo que dijera el legislador en su preámbulo o exposición de motivos, no ha conseguido ni sencillez ni eficacia y mucho menos acabar con los defectos del ordenamiento que derogó», por lo que se propone o urge su derogación (309).

(305) GUASP, *loc. cit.*, p. 44; antes nos dice que en este su libro no se propone dar “una interpretación pseudoauténtica”, “fehaciente” de la Ley, sino “convinciente”, p. 28. El mismo autor insiste en que la Ley del 22-XII-1953, tanto en su letra como en su espíritu, obedece a la concepción contractual del arbitraje, *Derecho procesal*, Madrid 1956, p. 1311.

(306) PRIETO CASTRO, *Una nueva regulación del arbitraje*, R. D. Pr. XXXVIII (sep. 1954), p. 711; también en *Prólogo a El contrato de compromiso y la institución arbitral*, de Ogáyar (Madrid, 1977), p. 9; FENECH, *El arbitraje*. Jornadas franco-españolas de Derecho comparado. Rev. Instituto D. Comparado, Barcelona, 1954, núm. 3 (jul.-dic. 1954), p. 184; trabajo reproducido en FENECH, CARRERAS, *Estudios Derecho procesal*, Barcelona, 1962, p. 417; FERNÁNDEZ DE SORIA, *El arbitraje en Derecho privado*, Rev. D. Procesal, XI (julio-agosto-septiembre 1955), página 419; FERNÁNDEZ SERRANO, *Sobre los arbitrajes de Derecho privado*, Rev. Jur. de Cataluña, año 53, vol. 71 (julio-agosto 1954), p. 331; SERRA DOMÍNGUEZ, *El proceso arbitral*, en *Estudios de Derecho procesal*, Barcelona, 1969, p. 585 (aunque con críticas).

(307) SERRA DOMÍNGUEZ, *loc. cit.*, p. 585; lo que, con otras palabras (“rigurosamente conceptual y científico”. sin “suficiente flexibilidad de adaptación”) señalan CHILLÓN, MERINO, *loc. cit.*, p. 82.

(308) OGÁYAR, *El contrato de compromiso y la institución arbitral*, Madrid, 1977, p. 3.

(309) RAMÍREZ-LÓPEZ, *El arbitraje de Derecho privado en España*, en Libro-Homenaje a Ramón M.<sup>a</sup> Roca Sastre, vol. III, Madrid, 1977, pp. 961, 962. CHILLÓN, MERINO, *loc. cit.*, por su parte, dicen: “el juicio que nos merece la autárquica Ley de 1953 es en general negativo y por

Estas críticas pueden justificar la necesidad de una nueva Ley de arbitraje; mas parece que en ellas se olvida lo que es de esencia, para su debida reforma, el dar una nueva orientación a la Ley: el que no se le ponga sin reservas al servicio ilimitado de la autonomía de la voluntad y que no se atienda a la intrínseca peligrosidad de la cláusula compromisoria.

No debería desconocerse, que el favor con que se recibió la Ley de 1953, no fue sólo por haber dado acogida a la cláusula compromisoria y, con ello, haberse evitado el callejón sin salida en que se encontraba la jurisprudencia del Tribunal Supremo; el entusiasmo con que se le acoge en los círculos internacionales, tiene por motivo el que dicha Ley venia a consagrar el dominio de la autonomía de la voluntad, como medio de evitar la aplicación de leyes protectoras de la parte más débil (máxima aspiración de las grandes empresas) (310). La ley española se inspira en un extremado liberalismo, dando satisfacción a las aspiraciones del movimiento de «la nueva *lex mercatoria*», tanto que en ello aparece como casi única en el Derecho comparado (311). En su consecuencia, ella establece un campo bien abonado para que se dejen sin sanción abusos e injusticias. Lo que resulta ahora especialmente llamativo, cuando en la mayoría de los países las leyes y los tribunales tratan de amparar al contratante más débil y, en aquellas de economía menos fuerte, se considera inexcusable la defensa de sus nacionales y de su economía, frente a las multinacionales y las empresas extranjeras más poderosas (312).

Conforme al muy limitado propósito de estas observaciones, no sería pertinente detenerse en recoger aquellas críticas dirigidas a la Ley, de naturaleza técnica, lo que es tarea propia de los espe-

ende postulamos desde este momento por la urgente publicación de una moderna y operativa Ley de Arbitrajes Privados”, p. 18.

(310) GUASP, hace notar que por esta Ley fuera felicitado el Ministerio de Justicia por el Congreso de la Abogacía, y también que en el Congreso de Milán para la Unificación del Arbitraje, la dicha Ley fuera puesta como ejemplo único de la tendencia científica respecto de una ley moderna sobre la institución arbitral, *El arbitraje, loc. cit.*, p. 51. Sobre el protagonismo del arbitraje en el movimiento de la “nueva *lex mercatoria*”, lo dicho al respecto en notas 194 y sig.

(311) La excepción tenida en cuenta, es la del “Codice di Procedura civile”, de 28 octubre 1940, aunque en éste se requiere, para que se ejecute el laudo que éste se deposite ante el Pretor (art. 825). Semejanza curiosa y digna de más detenida consideración. En este sentido, pudo decirse que la Ley de 1953 estaba “en franca vanguardia dentro del Derecho comparado, MÉNDEZ OLIVÁN, *El contrato preliminar de arbitraje*, Temis, 8, 1959, p. 159.

(312) Tratando de las Bases procesales para la unificación internacional del arbitraje, se ha dicho que ha de evitarse que la proyectada unificación signifique un desplazamiento jurisdiccional indebido en perjuicio del foro natural, en favor de las naciones económicamente más fuertes, en detrimento de las débiles, habitual en las pólizas de los denominados contratos de adhesión, ALCALÁ ZAMORA Y CASTILLO, *Estudios procesales*, Madrid, 1975, p. 41.



cialistas en la materia (313); por ello, habrán de centrarse en destacar cómo la Ley de arbitraje ofrece a los contratantes (al que imponga la cláusula) medios para escapar de la aplicación de normas imperativas y también cómo dicha Ley cierra el camino a la intervención judicial en casos de utilización abusiva del arbitraje y de laudos sospechosos de parcialidad.

## 2. La independización del contrato preliminar.

La característica más peculiar de la Ley de arbitraje no es la de conceder eficacia a la cláusula compromisoria, pues ello se encuentra en anteriores leyes extranjeras y en convenios internacionales; consiste en haber establecido una desconexión total entre la cláusula compromisoria y el contrato principal o de fondo (314): Lo que parece una retrasada e indiscriminada aplicación de la teoría de la abstracción del precontrato (315), en clara discordancia con la doctrina formulada por el Tribunal Supremo (316).

Manifestación de tal concepto del precontrato es el artículo 7.º de la Ley, que dice: «El contrato preliminar de arbitraje no estará sujeto a los requisitos de capacidad, objeto y forma que para el compromiso se establecen especialmente por la Ley, sino a los generales que acerca de estas materias rigen en el Derecho privado de la contratación».

Este precepto ofrece al contratante más poderoso un cauce prefabricado para escapar de la aplicación de las leyes protectoras de la parte más débil; es decir, se le facilita su fraude. Resultado

(313) Pueden verse, sobre ello, además de los estudios antes citados, en notas 307, 308 y 309, PRIETO-CASTRO, en prólogo al citado *El contrato de compromiso*, de OGÁYAR, pp. 10 y 11; ROCA JUAN, *Pacto compromisorio*, An. Univ. Murcia, Derecho, XV, 2, Curso 1956-1957, pp. 184-204; VALCARCE, *El arbitraje privado*, Rev. D. Procesal, X, 1954 (abril-mayo), páginas 177-220; FERNÁNDEZ DE SORIA, *El arbitraje en Derecho privado*, Rev. D. Procesal, XI (julio-agosto-septiembre 1955), núm. 3, pp. 413-448; SERRA DOMÍNGUEZ, *El proceso arbitral*, en *Estudios de Derecho procesal*, Barcelona, 1969, pp. 584-615; PÉREZ GORDO, *El recurso de nulidad contra el laudo arbitral*, Rev. General de D., Valencia, año XXIX (dic. 1972), núm. 339, pp. 1122-1150.

(314) En la doctrina y práctica extranjera se había tratado de independizar la cláusula del contrato principal, mas al efecto limitado de que la nulidad de éste no lleve consigo la de la cláusula, lo que se intenta al efecto de que el árbitro designado tenga facultad para decidir sobre la validez del contrato de fondo, comp. notas 200 y 201.

(315) Comp. nota 136.

(316) "Considerando: Que cualesquiera que sean las dudas que en la doctrina científica suscita el problema general de si los requisitos legales que se exigen para un contrato principal y definitivo son necesarios también para las respectivas promesas o contratos preparatorios no cabe duda, dado el fundamento y fin de las prescripciones que regulan la aptitud para comprometer, que las condiciones por ellas requeridas han de regir también no sólo para otorgar el contrato de compromiso propiamente dicho, dirigido a poner fin a una controversia ya surgida, sino también para estipular la llamada cláusula compromisoria"; S. T. S. 24 abril 1941. Sentencia recogida con otras anteriores y posteriores en S. T. S. 2 marzo 1965.

que se había utilizado como argumento «ad absurdum» contra la antes mencionada teoría del precontrato. En efecto, supone, por ejemplo, que no obstante lo dispuesto en el artículo 317 del Código civil, el menor emancipado puede obligarse (con eficacia para después de su mayoría), a pasar por lo que un árbitro decida respecto a tomar dinero a préstamo, gravar o vender bienes inmuebles, y ello sin el consentimiento de las personas llamadas para darlo. Esta posibilidad extraña o escandaliza a más de un comentarista (317).

Se ha tratado de justificar el dicho artículo 7.º de la Ley, explicando que el menor emancipado podrá pactar el contrato preliminar de arbitraje sobre controversias respecto de bienes inmuebles (p. ej., validez de una venta), y ya «se verá qué efectos ha de producir para el futuro»; será cuando llegue el momento de la formalización del compromiso, el momento en que deberá demostrar si puede enajenar las cosas en controversia, porque si era menor cuando el contrato preliminar, es mayor cuando se ha de formalizar el compromiso (318).

Esta autorizada explicación, demuestra que el artículo 7.º no implica un absurdo lógico, y también muestra que encierra un absurdo en buena lógica jurídica; el de que el mismo legislador que dicta la norma, en protección del menor emancipado, haya dado otra, ofreciendo el medio de burlar aquel mandato. Por el juego del contrato preliminar, el prestamista podrá exigir al menor, ya mayor, que formalice el compromiso a favor del árbitro de su

---

(317) Lo que ya advirtiera repetidamente uno de los vocales de la Comisión para el Arbitraje, v. nota 303. FERREIRO entiende que en un punto determinado, como el de la capacidad de los contratantes, ésta tendrá que ser la misma en el contrato preliminar que en el de compromiso, *Los Arbitrajes de Derecho privado*, Bilbao, 1954, p. 38. DíEZ-PIGAZO advierte brillantemente la contradicción de que quien no puede comparecer en juicio sin la asistencia de su padre, madre o tutor (art. 317) puede dar a sus conflictos una solución arbitral, siempre que versen sobre bienes muebles (p. 1162), y destaca, en general, que o bien lo celebrado válidamente no podrá ser cumplido, lo que es absurdo, o bien habrá de cumplirse cuando se convierta en plenamente capaz, encontrándose inmerso en una relación para la que no era apto en el momento en la que la creó, lo cual constituye un incumplimiento de las normas prohibitivas, *El pacto compromisorio y la nueva Ley de Arbitraje*, A. D. C., VII-4 (oct.-dic. 1954), p. 1163, OGÁYAR entiende que si carece de capacidad especial para comprometerse, el contrato no será exigible y se pregunta: “¿merecía la pena de haberse desviado de la doctrina jurisprudencial, inspirada en la lógica y en los principios generales del Derecho?”, *El contrato de compromiso y la institución arbitral*, Madrid, 1977, p. 126; *Problemas del arbitraje*, Anales R. A. de Jurispr. y Leg., núm. 6 (1978), pp. 39-40.

(318) GUASP, *El arbitraje en el Derecho español*, 1956, pp. 89, 90. OGÁYAR acepta esta conclusión diciendo que el contrato preliminar es válido como tal, pero que la suerte del mismo dependerá de que en el momento de cumplirse se tenga el poder de disposición sobre la cosa controvertida, *Artículos 1.809 a 1.821 del Código civil y Ley de Arbitrajes de Derecho privado*, *Comentario al Código civil y Compilaciones forales*, tomo XII, vol. 2.º, p. 122.

confianza ya designado, a quien en su caso tocará decidir sobre la validez del préstamo.

Más perturbador puede resultar el artículo 7.º en la práctica al establecer que el contrato preliminar no está sujeto a los requisitos sobre el objeto que se establecen para el compromiso; o sea, que dicho contrato puede tener por objeto materias de Derecho privado sobre las que las partes no puedan disponer válidamente (art. 14). Existen materias en las que, al celebrarse el contrato, no cabe renunciar a las medidas de protección establecidas en favor de la parte considerada más débil y en las que, más tarde, nacida y con plena eficacia la relación contractual, se puede ya renunciar válidamente a los derechos ya adquiridos. La cuestión se ha planteado sobre la eficacia de la cláusula compromisoria en los contratos de arrendamiento urbano (319), arrendamiento rústico (320), de constitución de sociedad anónima (321) y de constitución de propiedad horizontal (322).

También ha sido objeto de extrañeza el artículo 7.º, respecto al requisito de forma; pues conforme a esta disposición, será considerado plenamente eficaz el contrato preliminar celebrado oralmente, y aprobado por cualquiera de los medios de prueba establecidos, incluso por presunciones (323).

### 3. *Las condiciones del árbitro.*

El árbitro, se nos enseña, ha de reunir las siguientes «excelsas cualidades», «cuales son: *nobleza y caballerosidad* (pues sin ellas es muy fácil desbaratar el laudo, incluso antes que se dicte), *independencia* (que les libre de las exigencias de las partes) e *imparcialidad* (que les inmunice de las aceñanzas puestas en juego para truncarla)» (324). Exigencia natural, conforme a la función de Juez atribuida al árbitro; la que aparece como tanto más indispensable

(319) En la práctica se ha evitado, a veces, la cuestión con la interpretación dada al art. 1.561, entendiéndolo como "demanda de desahucio" cualquier proceso sobre resolución de contrato de arrendamiento, S. T. S. 17 noviembre 1956 y 28 febrero 1962 y allí citadas, comp. S. T. S. 4 mayo 1962; OGÁYAR, en *Comentarios al Código civil*, pp. 189, 190.

(320) Comp. S. T. S. 29 mayo 1959.

(321) Comp. S. T. S. 15 octubre 1956, MUÑOZ PLANAS, *Algunos problemas del arbitraje en materia de sociedades mercantiles*, en *Estudios de Derecho mercantil*, en homenaje de Rodrigo Uría, Madrid, 1978, páginas 381-494.

(322) Comp. MONTES REYES, *El Arbitraje de Derecho privado a las cuestiones de propiedad horizontal*, Rev. D. Procesal Iberoamericano, 1972, núm. pp. 929-966.

(323) Se afirma que ello no obstante el contrato preliminar ha de revestir forma escrita, por exigirlo la propia naturaleza del contrato, FERREIRO, *loc. cit.*, p. 39; por una razón de seguridad, OGÁYAR, *El contrato de compromiso*, cit., p. 127.

Es de notar que la misma Ley, en el art. 16, pár. 2, no considera más que el compromiso extendido en documento privado, para que las partes puedan compelerse a la formalización judicial del compromiso.

(324) OGÁYAR, *El contrato de compromiso*, p. 4.

y necesaria, dado el amplio ámbito de libertad atribuida a los árbitros.

La Ley de Arbitrajes ha cambiado la situación del árbitro, al admitir el contrato preliminar de arbitraje; por su medio, cabe designar árbitro sin que se haya determinado el tema controvertido, sin reserva alguna respecto de posibles futuras circunstancias que atañan al caso o al mismo árbitro (art. 8.º, par. 1.º). Teniendo en cuenta este hecho (325), se puede observar mejor la extraordinaria confianza depositada en el árbitro, ya que su laudo resulta prácticamente intocable. Se ha suprimido la doble instancia y además, como es sabido, sobre lo que después se insistirá, el mismo recurso de casación resulta difícilmente operante.

La Ley de 1953 se limita a establecer que: «No podrán ser nombrados árbitros quienes tengan con las partes o con la controversia que se les somete, algunas de las relaciones que establecen la posibilidad de abstención y recusación de un Juez» (art. 23, par. 1). Lo que habrá que entender como remisión a lo dispuesto en los artículos 189 y 190 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que enumeran las causas legítimas de recusación de magistrados y jueces.

La equiparación efectuada entre el árbitro y el Juez resulta del todo inadecuada. Se olvida que la condición de Juez, a diferencia de la del árbitro (326), es de por sí una garantía; por su formación, su consideración social y el ambiente profesional en que vive; a más de lo que significan las disposiciones legales sobre incompatibilidad (arts. 109-119 de la L.O.P.J. de 1970) y sobre responsabilidad criminal (arts. 245 L.O.P.J. y arts. 254 y 255 C. p.) y civil (art. 260 L.O.P.J.) (327).

Leyes extranjeras y convenios internacionales, consideran ser condición «sine qua non» del árbitro, la de su neutralidad, imparcialidad e independencia; requisito que se articula en fórmulas amplias o generales (328). La Ley de arbitraje establece unas limitaciones de tipo casuístico, que no permiten se amplíen de modo apropiado, para garantizar aquella condición. Todavía resulta que las prohibiciones establecidas en la Ley de arbitrajes, son nominales más que eficaces. En primer lugar, se permite la renuncia a las prohibiciones del artículo 23, párrafo 1.º, diciendo en su párrafo

(325) Es bien conocido que en la práctica, la parte más débil, al aceptar las condiciones del contrato, lo hace a ciegas, sin entenderlas, con la esperanza optimista de que la otra parte cumplirá debidamente.

(326) Para el arbitraje de equidad se requiere sólo que el árbitro sea persona natural, en pleno ejercicio de sus derechos civiles y que sepa leer y escribir. El arbitraje de Derecho habrá de recaer en letrados que ejerzan la profesión (art. 20). Disposición ésta (dicho sea de paso) de monopolio gremial, sin justificación objetiva; piénsese, p. ej., en los magistrados jubilados y en los profesores de Derecho, que quedan excluidos.

(327) La Ley de arbitrajes ha previsto sólo la responsabilidad por daños y perjuicios del árbitro que, aceptado el encargo, no lo cumple (art. 25, pár. 1).

(328) Comp. notas 253, 254, 265, 266.

segundo que, no obstante, «si las partes, conociendo dicha circunstancia, la dispensan expresamente el laudo no podrá ser impugnado», con lo que queda permitido que una parte imponga como árbitro a quien esté vinculado con ella por relaciones de parentesco, dependencia o amistad íntima (329). En segundo lugar, aunque la letra de dicho párrafo segundo, interpretada «a contrario», hace pensar que no existiendo dicha dispensa quedaba abierta siempre la impugnación del nombramiento de un árbitro recusable, la Ley no ofrece adecuados medios procesales para tal impugnación.

Cuantas disposiciones regulaban antes los arbitrajes privados, han sido derogadas por la Ley de arbitrajes (Disp. derogatoria), y entre ellas las de la Ley de Enjuiciamiento civil sobre recusación de árbitros (art. 799) y de amigables compondores (art. 832); las que no han sido sustituidas por otras de la nueva Ley. En el procedimiento de formalización judicial del compromiso, no se ha previsto la posibilidad de la recusación; lo que ha de parecer lógico dado el carácter atribuido a este procedimiento, en el que, según la opinión más autorizada, se puede alegar la inexistencia, la ineficacia o no oportunidad del contrato preliminar, en base a los documentos que acompañen a la demanda y a la oposición; mas en el que no se admite alguna otra prueba, es decir, ni la de testigos, ni la de confesión, ni el reconocimiento judicial (330), ¿cómo se podría probar que existe una causa de recusación? Cuando el Juez acceda a la formalización, contra su resolución «no se dará recurso alguno, pero su criterio no prejuzgará definitivamente la validez del contrato preliminar» (art. 10, par. 5.º). Con esta regla queda excluido cualquier recurso ordinario contra la resolución del Juez.

Deja la duda sobre si es posible utilizar, en su caso, los recursos de casación (art. 28) y de nulidad (art. 30), y de cómo formularlos. El de casación contra el fallo dictado en un arbitraje de Derecho, puede tener lugar por el cause del número 1.º del artículo 1.692 de la L.E.C. por infracción del artículo 23, pár. 1, L. Arb., en la parte dispositiva del laudo y también podría alegarse error de Derecho o error de hecho en la apreciación de la prueba (art. 1.692, 7.º). Esta última posibilidad se encuentra prácticamente cerrada, al no existir en el procedimiento de la formalización judicial el trámite del recibimiento a prueba (331). Sobre el recurso de nulidad contra el

---

(329) Lo que es contrario al principio de que nadie puede ser juez y parte (“nemo esse iudex in sua causa potest”), que comprende a quienes con ésta se entiende ser una misma persona (“quia cum pro una persona habeantur, videretur in causa propria dicere”).

(330) GUASP, *El arbitraje*, p. 109. También OGAYAR, *El contrato de compromiso*, p. 146.

(331) Comp. nota anterior. En todo caso, habría la dificultad de probar por documento o acto auténtico (en el sentido estricto que le atribuye el Tribunal Supremo a efectos de casación) la equivocación evidente del juzgador, es decir, que el árbitro tiene con las partes o con la controversia alguna de las relaciones que dan lugar a la recusación de los árbitros.

laudo dictado en arbitraje de equidad, la Ley dice que *sólo cabrá* interponerlos por los motivos enumerados en el artículo 1.691, número tres, de la Ley de Enjuiciamiento civil (art. 30 L. A.), y el Tribunal Supremo considera que «como en materia de recursos extraordinarios hay que seguir una interpretación restrictiva en cuanto a las causas que los pueda originar»; así, la circunstancia de ser el árbitro abogado de una de las partes se considera que no puede alegarse como motivo para la nulidad (332); por la misma razón, cualquier otra relación de parentesco, dependencia o amistad íntima del árbitro con alguna de las partes, no podrá ser atendida como causa de nulidad.

Antes de la Ley de Arbitrajes, se admitían dos vías, la del recurso de casación por los motivos del núm. 3, del artículo 1.691 L.E.C. y, dada la dificultad de que en dicho recurso pudieran discutirse las cuestiones sobre validez de la cláusula compromisoria, del compromiso en sentido estricto o del laudo, la jurisprudencia admitió otro camino, el de la antigua acción de nulidad ejercitable en juicio declarativo. La claridad de esta doctrina, se nos dice, ha quedado «empañada» por las frases imprecisas del núm. 5.º del artículo 10 de la Ley, en relación con el artículo 30 de la misma (333). El Tribunal Supremo ha entendido que este precepto no supone hacer viable «un recurso de casación en los arbitrajes de equidad, pues sólo cabe el de nulidad (el del nuevo recurso de nulidad) (334); lo que parece haberse considerado al decir que ello será «sin perjuicio de las acciones civiles que correspondan a las partes comprometentes que si son de índole civil, habrán de hacerse valer en el juicio declarativo correspondiente» (335). Acción de nulidad del laudo arbitral en procedimiento ordinario, que se estima también necesaria, dada la imperfección de los recursos establecidos en la Ley de Arbitrajes, sobre cuestiones que excedan del marco limitado del recurso de nulidad (336).

Desgraciada situación la del comprometente, que pretenda impugnar un laudo, alegando que el árbitro no reúne las debidas condiciones de imparcialidad y que trate para ello de poner en

(332) S. T. S. julio 1969. Esta no tuvo que tratar directamente de la cuestión, más parece que los núms. 4, 8 y 9 del art. 189 LEC, entendidos en sentido estricto, no serían aplicables al simple abogado o asesor de una parte. Comp. también S. T. S. 2 enero 1964.

(333) S. T. S. 2 mayo 1962, 4 junio 1965.

(334) S. T. S. 7 marzo 1963 y allí citadas, 27 noviembre 1963, 12 diciembre 1963, 10 octubre 1967, 13 junio 1967.

(335) S. T. S. 1 julio 1963; la S. T. S. 16 febrero 1968 dice «sin perjuicio de las acciones ordinarias que en su caso procedieran según Derecho».

(336) SERRA, *loc. cit.*; lo que afirma por razones doctrinal, legal y jurisprudencial, pp. 612-614; PÉREZ GORDO, *loc. cit.*, pp. 1133-1137; OGÁYAR, *El contrato de compromiso*, p. 151, en *Comentarios al Código civil*, p. 141, quien señala la contradicción o antinomia entre los arts. núms. 5 y 30 de la Ley de Arbitraje.

marcha el mecanismo de la Ley de Arbitrajes (337). Impugnación que todavía se puede evitar, se nos dice, con la cláusula notarial de uso frecuente, así redactada: «Las partes dispensan expresamente al árbitro de cualquier causa o motivo de abstención o recusación que en él pudiera concurrir»; cuya validez se ha creído poder justificar invocando el principio de la autonomía de la voluntad (338). Con lo que se vendría a consagrar la soberanía del contratante más fuerte, quien por medio de un árbitro, hombre de su confianza, lograría ser Juez y parte.

El supuesto de que el árbitro no haya sido designado previamente en el contrato preliminar de arbitraje, ha sido regulado por la Ley de modo incompleto y carente de medidas que permitan contrastar la idoneidad e imparcialidad de los árbitros (art. 10). Cualquiera de las partes a las que ello interese, puede dirigirse a la otra para proceder a la formalización del compromiso. La Ley ha previsto el caso de que una de las partes se niegue a la formalización, y no considera aquel otro en que la discrepancia entre ellas consiste en que cada una proponga a distinta persona como árbitro. Entonces no se podrá llegar a la formulación voluntaria del compromiso. ¿Con la consecuencia de dejar sin efecto el contrato preliminar?

Para que la Ley no quede sin conseguir su objetivo, habrá que interpretarla entendiendo que existe una doble negativa, y que cada parte podría dirigirse al Juez proponiendo nombre o nombres de árbitros. En tal caso, el Juez puede encontrarse ante dudas insuperables. Dadas las «mínimas proporciones» (E. de M.) del procedimiento, no dispondrá de otros datos que los escritos de solicitud y de oposición de las partes, y sin haber lugar al recibimiento a prueba, se encontrará sin medios para contrastar las condiciones de idoneidad e imparcialidad de los árbitros propuestos. En el caso de que una parte solicite la formalización y la otra se oponga simplemente al árbitro propuesto, ésta se encontrará también sin medios procesales para señalarle tachas. Con lo que aquélla quedará en una situación de injustificado desamparo.

#### 4. *El procedimiento arbitral.*

La Ley de arbitrajes parece haber pretendido asegurar en el arbitraje de Derecho, la buena marcha del procedimiento arbitral, estableciendo reglas procesales imperativas, con la fórmula de que

---

(337) “Es verdad que ello supone el tener que agotar dos instancias y un recurso de casación para decidir sobre la validez del contrato preliminar, pero mientras no se modifique la Ley procesal no puede darse mayor amplitud a los motivos de nulidad”, OGÁYAR, *El contrato de compromiso*, p. 151.

(338) OGÁYAR entiende ser válida esta cláusula con la que se abarca cualquier causa o motivo, conocida o ignorada, presente o futura, en razón de que “está clara la voluntad de los interesados de aceptar la decisión de los árbitros, que es lo único importante”, en *Comentarios al Código civil*, p. 189.

habrá de ajustarse a lo dispuesto en los artículos de la Ley, que «en ningún caso podrán ser modificados por convenio entre las partes» (art. 26). Mas tales reglas son tan incompletas que, malévolamente entendidas, han podido hacer pensar que tienen por objeto más bien impedir que las partes puedan elegir o remitirse a un procedimiento que en realidad garantice el derecho de cada parte; ya que la reglamentación de la Ley supone entregar el procedimiento a lo que quiera el árbitro, se deja a su estimación el recibir o no el procedimiento a prueba (art. 27, 3.<sup>a</sup>) y, en su caso, determinar también qué pruebas habrían de practicarse (art. 27, 4.<sup>a</sup>). «Poderes que son insólitos con respecto a los Jueces» (339); por ser medidas respecto de las que, además, no se establece control ni cabe recurso alguno.

En la Ley de Enjuiciamiento civil, se mandaba que las actuaciones del juicio arbitral habían de verificarse ante Escribano o Secretario judicial (art. 804), quien las autorizaría con su firma (art. 252). La Ley de Arbitrajes ha suprimido la intervención del Secretario judicial, disposición explicable por el prejuicio doctrinal sobre el carácter contractual atribuido al arbitraje (340); pero la que con el silencio de la Ley, ha hecho con razón decir que «han convertido en prácticamente utópico el procedimiento establecido en el artículo 27 de la Ley de Arbitrajes. Faltando un fedatario público que dé fe de las actuaciones practicadas y careciendo las partes de todo control sobre la tramitación del procedimiento, queda en efecto éste sometido a la simple voluntad de los árbitros» (341).

Los señalados defectos de la Ley se manifiestan de modo más claro todavía en el arbitraje de equidad. Su procedimiento, se nos dice, no tendrá que someterse a formas legales, aunque ello no obstante, los árbitros deberán dar a las partes oportunidad adecuada de ser oídas y de presentar las pruebas que estimen necesarias (art. 29). Se deja así a las partes la iniciativa de presentar las pruebas (al contrario que en el art. 27, norma 3.<sup>a</sup>), pero queda a la voluntad del árbitro darle oportunidad para ello, ya que contra lo que éste decida no se establece recurso alguno. En cuanto al fondo, los árbitros no tienen que ajustarse a Derecho, pudiendo dirimir el conflicto según su saber y entender (art. 29). Libertad de

---

(339) OGÁYAR, *El contrato de compromiso*, p. 215.

(340) Le parece bien a OGÁYAR, pues la misión del secretario judicial es la dación de fe y la constancia de los actos procesales, carácter que no revisten las actuaciones arbitrales, *El contrato de compromiso*, p. 209, y en *Comentarios al Código civil*, p. 203; ALCALÁ ZAMORA Y CASTILLO había criticado que, según la Ley de Enjuiciamiento, el juicio arbitral se desarrolle en la Secretaría del Juzgado, por ser una perturbación en el funcionamiento del mismo, *Notas para la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil, Estudios de Derecho Procesal*, Madrid, 1934, página 237. Comp. también SERRA DOMÍNGUEZ, *loc. cit.*, p. 585.

(341) SERRA, *loc. cit.*, p. 596.



apreciaron, no sometida siquiera a los mandatos de la equidad y que así permite los mayores excesos y dislates (342).

La posición de inatacable omnipotencia en la que la Ley coloca al árbitro designado en el contrato preliminar de arbitraje, resultará no sólo del no haber medios para recurrarle y de no admitirse recurso alguno contra sus decisiones durante el curso del procedimiento arbitral (343), sino también de la carencia de medidas eficaces para que se pueda impugnar el laudo.

##### 5. *Los recursos contra el laudo.*

La Ley de 1953 ha suprimido la posibilidad, que otorgaba la Ley de Enjuiciamiento civil, de apelar de la sentencia arbitral ante la Audiencia del distrito (art. 818 L.E.C.), y dispone ahora que, contra el fallo dictado por los árbitros en un arbitraje de Derecho, *procederá sólo el recurso de casación* por infracción de ley o quebrantamiento de forma ante la Sala primera del Tribunal Supremo (art. 28). En dicha Ley de Arbitraje no se desarrolla esta disposición, dando así origen a una imponente laguna, denunciada constantemente por la doctrina (344) e imposible de superar de modo satisfactorio, lo que se debe a que más que de verdadera laguna, se trata de que las disposiciones sobre el recurso de casación están basadas en el sistema general de la Ley de Enjuiciamiento civil, esencialmente distinto —incompatible— con la Ley de Arbitrajes (345).

---

(342) VALCARCE nos cuenta sobre el arbitraje, que conoce por “experiencia inmediata”, la intervención de leguleyos, en los pleitos entre vecinos, que fomentan más que apaciguan, haciendo de sus malas mañas medio de vida poco deseable en el ambiente social, constituyendo verdaderas toxinas jurídicas, *El arbitraje privado*, Rev. D. Procesal, X, 1954 (abril-mayo), pp. 364-365.

(343) “Con lo que no se protegen debidamente los derechos de las partes, al no poder reclamar éstas contra dichas resoluciones, ni tampoco se regula si aquéllas deben o no consignar su protesta para que no se estime su silencio como aquiescencia, omisión más lamentable porque, al concederse el recurso de casación por quebrantamiento de forma, no se da medio para la subsanación de la falta, indispensable para que aquel recurso sea admisible”, OGÁYAR, *El contrato de compromiso*, p. 229.

(344) FERREIRO, *loc. cit.*, p. 93; PRIETO CASTRO (señala que supone un aumento del número de problemas), *Trabajos y orientaciones de Derecho procesal*, 1964, p. 482; SERRA DOMÍNGUEZ, *loc. cit.*, pp. 602 y sig.; FERNÁNDEZ SORIA, *loc. cit.*, p. 437; CHILLÓN MERINO, *loc. cit.*, pp. 198 y sig.; OGÁYAR, *El contrato de arbitraje*, pp. 233, 234 y sig. *Problemas de la Ley de Arbitraje*, Rev. Ac. Jurisp. y L., Anales, 6 (1978), pp. 49 y sig.; el mismo GUASF, *El arbitraje*, *loc. cit.*, pp. 168-170.

(345) OGÁYAR viene denunciando con insistencia la contradicción existente entre la naturaleza contractual atribuida al arbitraje y el recurso de casación, que tiene por fin la fiscalización de la actividad de los Tribunales en su función juzgadora, *Recursos contra el laudo arbitral*, Rev. D. Pr. 1963; *El contrato de compromiso*, *loc. cit.*, pp. 225 y sig.; *Problemas de la Ley de Arbitraje*, *cit.*, pp. 49 y sig. No resulta convincente, en cambio, señalar como único medio adecuado para asegurar el

A consecuencia de ello, resulta ineficaz la garantía «in extremis» que podía ofrecer el recurso de casación, respecto a extremos esenciales, como son: la idoneidad e imparcialidad de los árbitros, el haberse respetado el derecho de defensa de las partes y el que el laudo no contradiga los principios fundamentales del ordenamiento o de orden público. Resultado inevitable, dado el sistema de la Ley. La doctrina del Tribunal Supremo ha podido superar algunas graves dificultades, prescindiendo de la aplicación de muchas disposiciones de la Ley de Enjuiciamiento civil, pero no ha podido salvar la que resulta de haberse establecido el que no exista una documentación autorizada (los autos) de lo sucedido en el procedimiento.

Es cierto que por medio del recurso de casación podrá denunciarse la infracción de alguna norma jurídica en el laudo arbitral (art. 28, L. Arb., art. 1.692, núm. 1, L.E.C.); pero ello resultará en extremo difícil, dado que la infracción dependerá de los hechos que se hayan dado como probados (346); e imposible prácticamente fundarle en que en la apreciación de las pruebas haya habido error de Derecho o de hecho, si éste último resulta de documentos o actos auténticos que demuestren la equivocación evidente del Juzgador (art. 1.692, núm. 7, L.E.C.).

El planteamiento y desarrollo del recurso por quebrantamiento de forma (art. 28 L. A., art. 1.693 L.E.C.) encuentra tales dificultades, que no se columbra la manera de adoptarlo a la mecánica del procedimiento arbitral. No remitiéndose al Tribunal Supremo las actuaciones judiciales, no será posible apreciar la falta de citación para alguna diligencia de prueba o la denegación de cualquier diligencia de prueba admisible (art. 1.692, núms. 4.º y 5.º L.E.C.). Además, en el caso de que se hubiera dado lugar a este recurso, la sentencia de casación resultaría imposible de ejecutar. Esta Sentencia determina que los autos se devuelvan a la Audiencia de que procedan, para que, reponiéndolos al estado que tenían cuando se cometió la falta, los sustancie o determine, o haga sustanciar y determinar conforme a Derecho y se acuerden además las correcciones y prevenciones que correspondan según la gravedad de la infracción (art. 1.766, L.E.C.). Disposiciones que no se pueden cumplir aquí, ya que no existen autos ni actuaciones autorizadas por un

buen funcionamiento del arbitraje, el de la responsabilidad de los árbitros por los daños y perjuicios causados a las partes.

La Ley de Arbitrajes, a diferencia del art. 816 LEC, respecto de la sentencia arbitral, no establece que el laudo en arbitraje de Derecho se dicte en la forma y con las solemnidades prevenidas para las sentencias de los juicios ordinarios. A pesar de ello, se acostumbra a dictarlos con resultandos y considerandos. Respecto del arbitraje de equidad, se considera que al no tener que someterse a formas legales ni ajustarse a Derecho en cuanto al fondo, se excluye la necesidad de razonamientos o motivaciones de ningún orden. S. T. S. 23 octubre 1966.

(346) Por ello, OGÁYAR, que fuera magistrado y presidente de la Sala Primera del Tribunal Supremo durante muchos años, nos dice ser rarísimo que se denuncie infracción por el cauce del número 1.º del artículo 1.962.

fedatario y no hay a quién devolver los autos, ni quien corrija las faltas «in procedendo», pues los árbitros al dicar el laudo han extinguido el arbitraje y no pueden abrir otro nuevo procedimiento arbitral (347).

En el arbitraje de equidad —como se recordará— la Ley deja la más amplia libertad a los árbitros, en cuanto al procedimiento y al fondo de la controversia; ello *no obstante*, se ordena que deberán dar a las partes oportunidad adecuada de ser oídas y de presentar las pruebas que estimen necesarias (art. 29, par. 2). Mas esta exigencia de elemental corrección del procedimiento arbitral, carece de sanción, dados los términos del artículo 30, según el cual, contra el fallo que dicen los árbitros en un arbitraje de equidad *sólo cabrá* recurso de nulidad por los motivos que enumera el artículo 1.691, número tres, de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que no menciona dicha exigencia.

#### 6. Otras observaciones.

Las observaciones recogidas, aunque elementales, pueden bastar para advertir que la Ley de arbitrajes emplea desmesuradamente el principio de la autonomía de la voluntad, sin tener en cuenta siquiera los límites que se estiman adecuados en el Derecho de Obligaciones. La admisión sin reserva de la cláusula compromisoria, no sólo para facilitar el arbitraje de Derecho, sino también respecto al arbitraje de equidad, ha venido a satisfacer las aspiraciones más ambiciosas del movimiento de «la nueva *lex mercatoria*», haciendo posible que el contratante que había impuesto el árbitro decisor en el contrato preliminar de arbitraje, pudiera sentirse seguro de que ni su nombramiento ni su laudo podían ser impugnados, aunque uno u otro resultara abusivo o contra la justicia.

La Ley de 1953, a la larga, no ha venido sin embargo a dar cumplida satisfacción a los círculos proclives a «la nueva *lex mercatoria*», a causa de haber desatendido el arbitraje internacional, centro especial de su interés; y también porque se establece que los árbitros han de ser «personas naturales» (art. 20) y que no será válido el pacto de deferir a un tercero la facultad del nombramiento de árbitro (art. 22); todo lo que supone cerrar la puerta al arbitraje institucional. Disposiciones tachadas de ser nacionalistas y que en efecto son obstáculos para la afirmación del pretendido Derecho autónomo de los comerciantes (348).

---

(347) El mismo GUASP reconoce las señaladas dificultades, y dice que “hay que remitirse a la buena voluntad del intérprete, y en muchas ocasiones más que intérprete será integrador de esa gran laguna de nuevo texto”, *El arbitraje*, cit., p. 169. No nos dice y no se adivina cómo podría ser salvada.

(348) Comp. sobre ello, CREMADES, *Arbitraje comercial*, cit., pp. 18-19; CHILLÓN, MERINO, cit., pp. 225 y 227. También CONSEJO SUPERIOR DE CÁMARAS DE COMERCIO, INDUSTRIA Y NAVEGACIÓN DE ESPAÑA, *Recopilación de*

El artículo primero de la Ley excluye de su competencia los arbitrajes ordenados en prescripciones de Derecho público, sean internacionales, corporativas, sindicales o de cualquier otra índole. De este modo, el legislador se ha desembarazado de una serie de cuestiones espinosas. Ellas deberán ser tenidas en cuenta por el futuro legislador, si se quiere proporcionar una regulación unitaria del arbitraje y delimitar claramente la competencia del arbitraje privado.

Con el término arbitrajes internacionales habrá que entender, no los entre-naciones, sino los arbitrajes privados a los que hayan de aplicarse Convenios internacionales. En cambio, los que se denominan generalmente «arbitrajes internacionales» por tener como objeto controversias sobre el tráfico o comercio internacional, quedan entregados a la regulación de la Ley. El futuro legislador deberá plantearse aquí las difíciles cuestiones de Derecho internacional privado; tanto para determinar a qué laudos extranjeros habría de otorgárseles fuerza ejecutiva, como para tener en cuenta los requisitos mínimos que han de tener los laudos españoles para que obtengan eficacia en el extranjero.

La mención de los arbitrajes corporativos originan otras dudas, dignas de estudio. Parece claro que comprende a los arbitrajes de las Cámaras de comercio, en cuanto conocidas como «establecimientos públicos» (349) y las del Consulado de la Lonja de Valencia, en cuanto calificado éste de «órgano corporativo autónomo» (350); pero, en todo caso, interesa la respuesta de preguntas como las siguientes: ¿qué materias habrían de ser el objeto propio de cada uno de tales arbitrajes?, ¿convendría limitarlos a las cuestiones técnicas o de hecho?, ¿habrían de poder aplicarse sólo entre los socios o miembros de la corporación y sólo sobre las materias

---

*usos, costumbres y prácticas mercantiles seguidos en España*, Madrid, 1964, pp. 108, 109, 961-1078.

(349) La S. T. S. de 15 marzo 1933 no da lugar al recurso de casación interpuesto por considerar que el pacto de someterse al juicio y resolución de la Cámara de Comercio de Zaragoza, en caso de desacuerdos entre los socios, establecido al constituirse la sociedad, es un «pactolícito que no se opone ni a la moral ni a las leyes» y porque la dicha Cámara estaba facultada a tales efectos por el núm. 3.º del art. 9.º del Reglamento de 6 de julio de 1929. Hay que tener en cuenta que, en sentencia firme del juez de Primera Instancia se había ya condenado a los demandados a que, en unión del actor sujeten sus diferencias a la decisión de la Cámara de Comercio. Sobre la cuestión en general, con referencia a la situación posterior a la Ley de 1953, y con elogio de la actuación arbitral, VALENZUELA, *Los laudos de la Cámara de Comercio. Homenaje a la memoria de don Juan Moneva y Puyol*, Zaragoza, 1954, pp. 133-141.

(350) Sobre este arbitraje, el estudio de FAIREN, *El arbitraje del Consulado de la Lonja de Valencia*, en *Temas de ordenación procesal*, Madrid, 1969, pp. 1293-1318.

El centro algodonero nacional establece su propio sistema de arbitraje (en verdad de arbitrador), con especial referencia al art. 1.º de L. Arb. (art. 64 Reg.), cuyo laudo tendrá fuerza ejecutiva (art. 71, b), CONSEJO SUPERIOR DE CÁMARAS, pp. 1069 y sig.

propias de la función de cada una de ellas?, ¿el referido arbitraje podría excluir en todo caso (aunque no hubiera laudo) el que pudiera plantearse ante los tribunales la controversia o desacuerdo? (351).

Los arbitrajes sindicales sufrirán las consecuencias del cambio general de la legislación en la materia; éstos y los de cualquiera otra índole, voluntarios o necesarios, convendría fueran sometidos a revisión, en todo caso, conforme a las nuevas corrientes legislativas (352).

## VIII. EL PACTO DE ELECCION DE FUERO.

Ocuparse aquí, todavía, de la *prorrogatio fori*, puede ser una disgresión impertinente. En su disculpa, cabe señalar el estrecho paralelismo que existe entre esta figura y la de la cláusula compromisoria. Una y otra han sido empleadas con los mismos fines en las cláusulas generales de los contratos y, por ello, también se ha sentido parecidamente la necesidad de limitar o condicionar su empleo para evitar se abuse de ellas, en daño de la parte más débil en los contratos. Además, una y otra figura tienen de común el que se les pretende justificar en la libertad o en la autonomía de la voluntad (353). Como en el compromiso arbitral y en la cláusula compromisoria, el pacto de elección de foro implica el desvincularse del Juez propio e investir de jurisdicción a quien carecía de ella.

La prórroga de jurisdicción por pacto se encuentra autorizada por un texto de Africano, recogido en el Digesto (354). Lo que hará que en el antiguo Derecho no se ponga en duda la validez del pacto que la establezca; así aparece reconocido en las leyes (355) y será de continuo uso en la práctica, como cláusula inserta en las escrituras públicas, para reforzar la eficacia de los contratos (356).

(351) La S. T. S. 30 abril 1957, no da lugar a la casación, estimando que al haber sido declarada la caducidad de la acción, por aplicación del Reglamento interno de la Comisión Permanente de la Junta Sindical Nacional de Cinematografía, actuando como Tribunal Arbitral, no hay posibilidad para reclamar ante los Tribunales judiciales.

(352) Por ejemplo, Tribunal Arbitral de Seguros, Tribunal de Seguros del Campo, Tribunal Arbitral de Censos, Jurado de Publicidad, Tribunal Arbitral de Seguros Ferroviarios. Sobre el arbitraje especial cooperativo, MUÑOZ VIDAL, *El arbitraje cooperativo*, Murcia, 1978.

(353) NOGUÉS, en nota 102.

(354) Dice así: "Si convenerit, ut alius Pretor, quam cuius inriscitio esse, ius diceret, et priusquam adiretur, mutata voluntae fuerit, proculdubio nemo compellatur eiusmodi conventione stare"; D. 2,1,18.

(355) En el modelo de escritura de préstamo recogida en Las Partidas se establece que el prestatario no pondría "defensión ninguna", en razón de que el lugar en que se le reclama el pago "non era de su fuero". F. 3,18,70. En pragmática de 2 febrero 1573, se regula el modo de hacer las ejecuciones por razón de sumisión a los Justicias, con renuncia al fuero propio de los deudores, Nov. 11,29,7.

(356) MONTERROSO, *Práctica civil y criminal e instrucción de escrivanos*. Madrid, 1598, fol 148 vto.

Lo único que se discute en el Derecho común es, si cada una de las partes podría retractarse de la sumisión al Juez ajeno, con tal de que lo hiciera antes de la comparecencia ante el Juez. A favor de la facultad del arrepentimiento, se alegaba entre otras razones la letra del citado texto de Africano, el carácter público de la jurisdicción, de la que no podían disponer los súbditos, y el que se trataba de un pacto nudo; en contra de ella, se opone que en Castilla era plenamente eficaz el pacto nudo, el que su objeto no era contra la Ley ni contra las buenas costumbres y el que servía para comodidad de las partes (357). En la práctica, se vendrá a superar la dificultad, fortificando la prórroga de jurisdicción mediante el juramento, la cláusula garantía, el pacto geminado, la estipulación y con la renuncia a la citada ley «si convenerit».

Este generalizado uso, y la liberalización propia del movimiento codificador, se traduce en el reconocimiento, sin reservas ni límites, de la sumisión expresa hecha por los interesados, cuando se hace renunciando clara y terminantemente a su fuero propio y designando con toda precisión al Juez al que se someten; y así se establece en las sucesivas disposiciones de la Ley de Procedimiento civil, de 1855 (arts. 2.º y 3.º), Ley Orgánica del Poder judicial de 1870 (arts. 303, 304) y en la Ley de Enjuiciamiento civil de 1881 (arts. 56, 57).

La prórroga de la competencia vendrá siendo admitida de modo general. Lo que resulta, más que por respeto al Derecho romano, en atención a sus ventajas prácticas. En efecto, puede interesarle a las partes establecer la competencia de un Tribunal por serles más cómodo, también para evitar cuestiones de competencia y las posibles dificultades de un cambio de domicilio o residencia, e incluso, respecto de los contratos internacionales, para elegir, así, indirectamente, la Ley aplicable al contrato.

Estas razones, en favor de la validez de la elección del foro, no han ocultado sus peligros; pues la parte más débil puede verse obligada a la aceptación de la competencia de un Tribunal al que, por su lejanía o coste, le sea prácticamente imposible acudir. Peligrosidad que ha hecho se limite en determinadas materias la posibilidad de la elección.

En el antiguo Derecho castellano, entre las leyes dictadas para proteger a los labradores, se encuentran algunas sobre sumisión y renuncia de fuero, hasta ordenarse que por sus deudas, puedan sólo «ser convenidos en el fuero de su domicilio» agregándose que lo dispuesto en la Ley a favor de los labradores no pueda ser renunciado ni valga la renuncia de ella (Nov. 10, 11, 6 y 7). Modernamente puede advertirse, en alguna disposición española, cierta preocupación en favor de la protección de la parte más débil, frente al abuso posible de las cláusulas de prórroga de la competencia.

(357) Buena y detallada referencia sobre el estado de la doctrina en el Derecho común, en CARLEVAL, *Questio VII, De foro prorrogationis*, en *Disputationum iuris variarum*, Madrid, 1556, pp. 298-335.

En los juicios verbales civiles de la competencia de los Juzgados Municipales, se permitirá pactarse sumisión expresa sólo a favor del Juez del propio y habitual domicilio de cualquiera de los contratantes o al lugar donde esté sita la cosa inmueble (art. único, L. 21 mayo 1936; también L. 17 julio 1948). La Ley de arrendamientos urbanos, dispone que: «Aunque medie sumisión expresa a la jurisdicción de otro Juzgado, será competente en todo caso el que correspondiere al lugar en que se hallare la finca...» (artículo 121,1, D. 24-XII-1964). Todavía la Ley de 17 julio 1965, sobre venta de bienes muebles a plazo, establece que: «La competencia judicial para el conocimiento de los litigios relativos a contratos regulados por esta Ley, corresponde a los Juzgados y Tribunales del comprador, siendo nulo cualquier pacto en contrario» (art. 14). En su Exposición de motivos, se explica: «La prohibición de los pactos de sumisión que alteren la competencia judicial en la Ley... son medidas precautorias que salen al paso de cualquier propósito abusivo o fraudulento de las partes contratantes».

Estas disposiciones tienen por razón, haberse estimado justo amparar a la parte más débil en ciertos contratos, frente al posible abuso de las cláusulas de sumisión. Tales cláusulas son ciertamente menos peligrosas que el contrato preliminar de arbitraje, y, sin embargo, aquellas están prohibidas y condenadas como nulas y estas últimas están permitidas. Desarmonía legislativa chocante y que puede llevar a resultados sorprendentes. Mientras se condena el pacto de sumisión en los contratos de venta a plazos de bienes muebles, se deja abierta la posibilidad de insertar en ellos una cláusula compromisoria, fijando el lugar del compromiso lejos del domicilio del comprador y designando un árbitro impuesto por la casa vendedora.

El pacto de elección de fuero es considerado en algunas Leyes recientes de otros países, a la par que la cláusula compromisoria, como acuerdos peligrosos, respecto de los cuales habría que defender a los consumidores. Equiparación de dichas cláusulas que ha llevado, por ejemplo, a que no se permita la renuncia del fuero propio más que en los contratos entre comerciantes, que actúen con la condición de tal (358).

---

(358) Art. 48, del "Nouveau Code de Procedure civile" francés (15 diciembre 1975), § 38 del "Zivilprozessordnung", de la República Federal Alemana (21 marzo 1974, entrando en vigor el 1 julio 1977, por la "Verneinungsnovelle" de 13 diciembre 1976).

En leyes especiales se pueden encontrar reglas excluyendo el pacto de sumisión, p. ej., respecto de las pólizas de seguros, de los contratos de venta o préstamos a plazos. El Convenio de Bruselas, 27 septiembre 1968, de las Comunidades Europeas, permite la prórroga de competencia (art. 17), pero contiene disposiciones que atribuyen competencia exclusiva a ciertos Tribunales (arts. 11, 13, 16) aunque permite puedan pactarse por convenio posterior al nacimiento de la controversia (artículo 12, 1.º y art. 15, 1.º).

El art. 1.341 C. c. italiano establece los mismos requisitos en las condiciones generales para la cláusula compromisoria y para la derogación de la competencia de la autoridad judicial.

En la contratación internacional y por los mismos motivos que la cláusula compromisoria, se ha empleado mucho el pacto de sumisión; así, se han visto contratos de venta de máquinas de una empresa alemana a una casa española en los que en las cláusulas generales se incluía una de sumisión, p. ej., al Juzgado de Berlín Este. Como respecto de la cláusula compromisoria no ha podido desconocerse su peligrosidad, como instrumento para colocar en una situación de indefensión a la parte más débil en la relación contractual. Atendiendo a esta realidad, el Convenio de La Haya sobre elección de foro (25 noviembre 1965), enuncia varias reglas para evitar los malos efectos de la libre elección de foro (artículos 1.º y 2.º) y contiene una regla general que dice: «El acuerdo de elección de foro no será válido si se ha obtenido por abuso de poder económico o por otros medios desleales» (art. 4.º, par. 3).

## IX. REFLEXIONES FINALES.

Lo heterogéneo de estas notas, apresuradas, defectuosas e incompletas, parece exigir que terminen con unas conclusiones, aunque ellas hayan de tener también carácter provisional.

Lo primero que salta a la vista es lo diferente, en origen, naturaleza y efectos, de las figuras a las que se cobija bajo el nombre de arbitraje. Lo que conduce a confusiones involuntarias o queridas, que importa mucho despejar. Habrá que considerar separadamente, para evitarlas, el arbitraje en virtud de compromiso y el arbitraje a consecuencia de la cláusula compromisoria, y en cada una de estas figuras, el arbitraje de Derecho y el arbitraje de equidad o por amigables componedores.

El compromiso arbitral, tal y como hubo de configurarlo el Derecho romano, es un contrato sometido a las reglas del Derecho de obligaciones, en virtud del cual se confiaba al árbitro la decisión de una controversia y el procedimiento a seguir para llegar a la sentencia arbitral; tenía socialmente el atractivo y las ventajas del secreto, el de sustraer lo discutido y lo resuelto a la curiosidad pública (359) y, además, el de que no ofrecía especiales peligros, al quedar abierta la posibilidad de acudir a los Tribunales, pagando la pena estipulada. Dicho carácter, puramente contractual, propio del Derecho romano antejustiniano, empieza a perderse, al tratarse de asimilar la sentencia arbitral a la sentencia judicial.

En las Leyes de Enjuiciamiento Civil, se atribuye carácter ju-

---

(359) En estudio consagrado a destacar lo extraño de que los fragmentos recogidos en el "Corpus", traten siempre de cuestiones de menor importancia económica, a pesar de los formidables intereses del capitalismo de la época, latifundios y grandes empresas, se explica este fenómeno señalando que los detentadores del poder económico preferían llevar sus controversias a los árbitros y a las autoridades públicas y, así, procuraban que no fueran discutidas ante los Tribunales. VOLTERRÁ, *La base económica de la elaboración sistemática del Derecho romano*, An. de la Academia del Notariado, XVII (1972), pp. 161-198, en especial, páginas 175 y 195.



risdiccional al arbitraje de Derecho, su ventaja práctica respecto al proceso judicial, se centra en que la actuación de los árbitros viene a sustituir a la primera instancia. En cambio, en el juicio de amigables componedores, no obstante esta denominación, la intervención judicial prácticamente ha desaparecido. A pesar de ello no ofrece mayor peligrosidad. Se entrega a la decisión de los árbitros una controversia ya existente, concreta y definida, conociendo bien lo que se pone en manos de los árbitros y también las condiciones y situación de los árbitros en el momento del arbitraje. Es así, una figura de modesto relieve social, de utilidad pareja a la de la transacción, a la de una transacción confiada a la prudencia de un tercero. Su peligrosidad viene a ser la misma que la propia de la función del arbitrador, y parece que de «lege ferenda» interesa tener en cuenta tal semejanza y regular la posibilidad de su impugnación, a la manera como se ha propuesto respecto a la decisión del arbitrador (360).

La importancia desorbitada que adquiere el arbitraje modernamente, en la práctica y en la doctrina, no se refiere al arbitraje normal, es decir, al resultado de un compromiso, sino al que es consecuencia de haber sido impuesto en una cláusula compromisoria. Esta cambiará el significado social del arbitraje y su eficacia jurídica; le ha convertido, se dirá, en signo de contradicción entre dos concepciones del Derecho (361); lo que en parte es cierto. Los cambios sociales y económicos que se han producido de modo progresivamente acelerado, desde finales del siglo pasado, se han reflejado en la dogmática jurídica. La revolución industrial se piensa que ha convertido y potenciado el Derecho mercantil en un Derecho de la empresa o a favor de las empresas; mientras que en el Derecho patrimonial, se dejaba al Derecho civil la regulación de situaciones residuales, sin verdadero interés económico; concepción imperialista del Derecho mercantil, que llevaba consigo la tendencia a propugnar un Derecho autónomo de los comerciantes, liberado de toda traba legal, que se consagra con el nombre de «nueva *lex mercatoria*». La cláusula compromisoria se convierte aquí en el instrumento todopoderoso para hacer posible que los grandes empresarios esquiven cualquier ley incómoda e imponer sus propias normas.

Los abusos de este modo cometidos, a costa de los contratantes más débiles, provocan la reacción de buena parte de la doctrina, que invoca para condenarlos los tradicionales principios del Derecho. Ello ocasionará un cierto enfrentamiento entre los juristas,

---

(360) DÍEZ-PICAZO, *El arbitraje de un tercero en los negocios jurídicos*, Barcelona, 1957, pp. 31 y sig.

(361) Se ha llegado a decir, para caracterizar su carácter polémico, que "ha sido, alternativamente, una y otra vez, objeto de exaltaciones románticas y de teológicas (!) repulsiones", MUÑOZ PLANAS, *Algunos problemas del arbitraje en materia de sociedades mercantiles*, en *Estudios de Derecho mercantil en homenaje de Rodrigo de Uría*, Madrid, 1972, p. 434. Recogiendo lo dicho por GUASP, vide supra nota 8.

al intentar la delimitación de campos entre el Derecho mercantil y el Derecho civil (362). En el momento actual, la postura crítica frente a la «comercialización del Derecho privado», y muy en especial contra la idea de «la nueva *lex mercatoria*», ha venido a reforzarse con la aparición en la escena política del movimiento de la protección a los consumidores. Su influencia ha sido tan poderosa, que ha determinado un cambio impresionante en la doctrina del Derecho mercantil; en la que ahora se nos dice que hay que atender a la tutela y protección de los consumidores (363), se señala el peligro de las cláusulas generales de los contratos y se afirma que: «Desaparecidas, pues, las posiciones de ventaja de los que contrataban con los consumidores, queda abierta para éstos la protección de un Derecho igualitario cuya misión consiste en equilibrar la diferencia de poder económico entre los empresarios y quienes con ellos contratan, amparados en figuras jurídicas que distan mucho de ser verdaderos contratos libres» (364).

El señalado cambio de enfoque de la doctrina mercantilista, no ha hecho perder fuerza al movimiento que sacraliza el arbitraje, pero debilita su base última, el postulado de que el Derecho mercantil ha de estar al servicio de los empresarios. Con ello, los criterios con los que se caracterizaba el Derecho civil («favor debitoris») y al Derecho mercantil («favor creditoris»), han dejado de ser contrapuestos, al ir perdiendo su base socio-económica. Lo que permitirá que, abandonando prejuicios, se tenga en cuenta el criterio objetivo de que el Derecho, por ser Derecho, no puede consentir se ponga el aparato coactivo del Estado al servicio de una clase o fuerza social, y conceder eficacia a la cláusula compromisoria cuando sea impuesta abusivamente a una parte.

La cláusula compromisoria lleva consigo el peligro de la facilidad de su abuso y tiene dudosa justificación intrínseca. Es un pacto sobre una controversia posible, cuyo motivo y objeto no se conoce, y cuya decisión se pone en manos de alguien que tampoco se conoce, cuya situación no se sabe cuál será al nacer la cuestión. Ello no obstante, habrá de tenerse en cuenta lo general

---

(362) Sobre ello, últimamente, los importantes estudios de GARRIGUES, *Qué es y qué debe ser el Derecho mercantil; Derecho mercantil y Derecho civil; El Derecho mercantil en las Naciones Unidas; El Derecho mercantil en el siglo XX*, recogidos en *Temas de Derecho vivo*, Madrid, 1978, pp. 37-94-117-139, 297-320, 321-339.

(363) POLO, nos explica: «Los dominios del Derecho mercantil están ocupados hoy por los *empresarios* y sus *acreedores*. Pero hace tiempo que llama a sus puertas el *consumidor*, como una manifestación más de ese fenómeno que se conoce como «generalización del Derecho mercantil». El Derecho mercantil, por tanto, debe estar dispuesto a *asumir la tutela y protección jurídica de este nuevo protagonista: el consumidor*». *Reflexiones sobre la reforma del ordenamiento jurídico mercantil*, publicadas en *Estudios de Derecho mercantil*, en homenaje a Rodrigo Uría, Madrid, 1978, p. 616.

(364) GARRIGUES, en su doblemente ejemplar lección *En torno a la reforma del Derecho mercantil*, Documento Universidad-Empresa, Madrid, 1979, p. 23, también p. 17 y toda la conferencia en general.

de su uso, su prácticamente universal aceptación en materia mercantil y también sus posibles ventajas prácticas, dado el hecho lamentable de la lentitud, complicación y falta de agilidad de la administración de Justicia (365). Pudiera, por ello, ser aconsejable el mantenimiento de la cláusula compromisoria, pero paliando su peligrosidad, como se hace en muchos países, mediante disposiciones que permitan el control judicial, respecto de la validez de su conclusión, designación de los árbitros, corrección del procedimiento y contenido del mismo laudo (366).

Hay que distinguir todavía la cláusula compromisoria referida a relaciones comerciales internas y la relativa al comercio internacional. En este último supuesto, es donde el arbitraje tiene mayor importancia práctica y al que debe su exaltación y organizada entusiasta defensa. No puede negarse su utilidad para salvar las dificultades que la disparidad de leyes y jurisdicciones supone para el comercio internacional. Mas esta consideración no ha de hacer que se olvide su especial peligrosidad. Las grandes potencias industriales y financieras, permiten que se utilice la cláusula compromisoria por sus empresas o sus multinacionales, para asegurar su continuado predominio sobre las empresas de países de menor poder económico. Por ello, razones de Justicia, y también de defensa de la propia economía, aconsejan establecer las mismas medidas de control, tanto para el arbitraje cuando se utiliza respecto de contratos del comercio interno que cuando se emplea en relación a contratos del comercio internacional.

El arbitraje de equidad, en cambio, no merece ser mantenido, en cuanto éste sea impuesto por una cláusula compromisoria; pues en tal caso, sería como un juego de azar, de resultado no más seguro que el de los dados; y cuando el árbitro designado en la cláusula haya sido impuesto por una de las partes, se está ante la figura penal de quien utiliza el arbitraje «para asegurar la suerte». Parece, por ello, prudente y adecuado el proceder de aquellas leyes que no conocen o no admiten la amigable composición.

---

(365) Ello se ha salvado en otros ordenamientos con los Tribunales especiales de comercio, y la dificultad señalada posiblemente pudiera disminuirse permitiendo el pacto de llevar la controversia directamente ante las Audiencias.

(366) Mediante la reserva, p. ej., del orden público. También vendría delimitar las materias aptas para ser objeto de la cláusula compromisoria, bien sea limitándola a las controversias entre comerciantes que actúen como tales, o excluyendo las cuestiones nacidas de relaciones jurídicas en las que una de las partes aparece en situación de inferioridad, como se hace sobre los pactos de elección de fuero.



# La responsabilidad civil hoy

LUIS DIEZ-PICAZO

1.—*Las líneas generales de articulación del sistema del Derecho civil codificado en materia de responsabilidad civil.*—Lo que se viene llamando «Derecho de la Responsabilidad Civil» o también, con un giro que no deja de ser significativo, Derecho de daños (Schadenrecht o Law of torts), constituía hasta hace bien poco —y aún hoy se considera en la mayor parte de nuestros tratados y manuales— un apéndice un tanto residual del Derecho de Obligaciones. Nuestro Código civil lo regula fundamentalmente en el Título XVI del Libro IV, al establecer las «obligaciones que se contraen sin convenio». Sigue en este punto la pauta del Código civil francés, aunque subraya más todavía que su modelo el carácter residual. En el Código civil francés la disciplina normativa de la responsabilidad civil se encuentra en los artículos 1.382 y siguientes, que son los últimos preceptos de la teoría general de las obligaciones y de los contratos, inmediatamente anteriores a la regulación de cada uno de los contratos en particular.

La línea de articulación de nuestro Código se abre en el artículo 1.089, que considera como una de las fuentes de obligaciones los actos u omisiones ilícitos o en que intervenga cualquier clase de culpa o negligencia, y se cierra con el artículo 1.093, según el cual las obligaciones que derivan de los actos u omisiones en que intervenga culpa o negligencia no penados por la ley, quedan sometidas a las disposiciones del capítulo II del Título XVI de este Libro.

De esta suerte, parece que la única especialidad que estos supuestos presentan es la relativa a la fuente de la obligación. Se trata de una especial fuente que, cuando aparece, determina *ex lege* unas obligaciones que son en todo idénticas a las demás. Esta idea encuentra su entronque histórico en el concepto romanista de los delitos y de los cuasidelitos, que aparece todavía en el Código civil francés y que, aunque en el nuestro ha desaparecido como rótulo, de algún modo se conserva vivo como idea matriz. Los elementos básicos de este supuesto de hecho determinante de una especial fuente de obligaciones, tal y como lo define el artículo 1.382 francés y como lo recoge nuestro artículo 1.902, son básicamente la producción de un daño causado por consecuencia de un hecho cualquiera del hombre y la intervención de lo que el Código civil francés ambiguamente llama «faute», que nuestro Código traduce como culpa o negligencia.

2. *Los presupuestos ideológicos y la estructuración del sistema del Derecho civil codificado.*—Tiene razón probablemente Genoveva Veney cuando subraya que los redactores de los códigos civiles dieron a la responsabilidad civil una estructura de carácter netamente individualista. Este modo de estructuración del fenómeno jurídico obedecía probablemente a varios tipos de factores que no son nada fáciles de esquematizar. Ante todo, se contemplaba un determinado modo de ser de las relaciones económicas y sociales en la Europa de finales del siglo XVIII. Se trataba de un mundo en el que, aun cuando la primera revolución industrial se había producido ya, no se habían dejado sentir todavía (o por lo menos no habían dejado sentir en profundidad) sus efectos. La actividad económica continuaba siendo de carácter agrícola, ganadera y artesanal. Las relaciones Derecho privado son generalmente interindividuales y se traban entre individuos muy concretos y determinados. En los casos de producción de daños, es un litigio entre individuos concretos lo que hay que resolver.

Cuando hay que resolver este tipo de problema (si el daño producido debe o no ser objeto de resarcimiento), el conflicto, que se suscita, encuentra su vía de solución en una referencia implícita a deberes preexistentes del autor frente a la víctima. Lo cual se correspondía muy bien con la tradición del derecho intermedio, en la que no se puede desconocer la influencia de los canonistas y de los teóricos de la Iglesia cristiana. La obligación de reparar o de resarcir parece una consecuencia de la calificación del hecho como algo reprobable. Idea en la cual no está ausente el concepto cristiano de pecado. Se paga porque se ha pecado. Por ello, la autora citada subraya, probablemente con razón, que toda la disciplina de la responsabilidad estaba destinada más a moralizar las conductas individuales que a asegurar a las víctimas la reparación de los perjuicios.

Al lado de estos claros factores genéticos del pensamiento legislativo de la codificación, se pueden intuir otros que parecen poseer vigencia social en el momento en que el Derecho de la Responsabilidad Civil se codifica y que, expuestos muy a grandes trazos y sin posibilidad en este momento de mayores afinamientos, serían los siguientes. Por una parte, existe una conciencia social habituada a unos esquemas, que no me atrevo a llamar mágicos, pero sí teológicos, en virtud de los cuales se acostumbra a ver por doquiera la mano de Dios (act of God). Cuando se sufre un daño que no resulta inmediatamente imputable (o acaso aunque lo resulte) está allí presente la mano de Dios. Dios lo ha querido como vía de castigo de otros pecados de un réprobo o para poner a prueba el temple del alma de quien lo sufre. De donde deriva, por la misma razón, una evidente capacidad de resignación. Si se recibe el daño como querido por Dios y frente a él no hay que hacer otra cosa que resignarse.

Al mismo tiempo, la estructura de las relaciones sociales y la intensidad de la actividad económica, como probable causa de daños, hace que, cuando éstos aparezcan, o bien la imputabilidad resulte por sí sola de manera casi inmediata, o bien, al revés, que la capacidad

de investigación de las posibles causas no pueda nunca llegar muy lejos.

Los trabajos preparatorios del Código civil francés ilustran con bastante claridad este modo de articulación del problema en aquellos momentos. El título del Code lleva como rúbrica «De los delitos y cuasidelitos» y se abre con una regla conforme a la cual cualquier hecho del hombre que cause a otro un daño obliga a repararlo a aquél por cuya falta haya ocurrido. Obsérvese que la idea clave es el hecho del hombre, que después se establece una obligación y que finalmente la imputación se realiza como consecuencia de una falta (1).

Los preceptos subsiguientes decían que se es culpable del daño que se ha causado no solamente por el propio hecho, sino también por negligencia o por imprudencia; y que se es responsable no sólo del daño que se ha causado por el hecho propio, sino también por el hecho de las personas de las que se deba responder o de las cosas que uno tiene bajo su guarda. Treilahrđ explicaba estos preceptos como «disposiciones necesarias, justas e incontestables». El que por su hecho ha causado daño, está obligado a repararlo. Este compromiso de reparación lo tiene, aunque no haya habido de su parte malicia, sino sólo negligencia o imprudencia. Y ello es una consecuencia necesaria de su delito o cuasidelito. Esta regla o principio aparece seguida de una disposición adicional; la de que se responde también del daño causado por las personas de las que se deba responder. Son los padres, los amos, los maestros y los artesanos. Esta responsabilidad, dice Treilahrđ se considera *como una garantía* y a menudo, además, es la única garantía.

A una consecuencia parecida llegaba Bertrand de Grenouille en la comunicación oficial hecha al Tribunalado en la Sesión de 6 de febrero de 1804. Todo individuo es *garante de sus hechos* y ésta es una de las primeras máximas de la sociedad. De aquí se sigue que si un hecho causa a otro algún daño, se está obligado a repararlo. Este principio, consagrado por el proyecto, no admite excepciones. Comprende todos los delitos y, en una palabra, todo lo que lesiona los derechos de otro. Conduce incluso a la consecuencia de la reparación cuando el daño es sólo resultado de negligencia o de imprudencia. El ponente ante el Tribunalado se pregunta si esta consecuencia no es excesiva y si no hay alguna injusticia en sancionar a un hombre por una acción que participa únicamente de la debilidad o de la desgracia y a la cual su intención era absolutamente extraña. La respuesta a esta objeción se encuentra en un *principio de orden público*. La ley no puede establecer un equilibrio entre el que se equivoca y el que sufre. Donde quiera

---

(1) Los exegetas del Code establecían un tríptico de presupuestos: el hecho, el ilícito y la culpa. En las elaboraciones posteriores el hecho (*fait de l'homme*) pasa a comprender también las omisiones. Probablemente en razón a ello (la toma en consideración de las omisiones amplía el abanico de las causas) y a la necesidad de excluir las causas demasiado remotas (la *too remoteness* de los anglosajones), en las construcciones tardías comienza a aparecer el juego de la relación de causalidad, más como un factor de cierre del sistema que como una exigencia primaria del mismo.

que contemple que un ciudadano ha experimentado una pérdida, examina *si le hubiera sido posible al autor no causarla* (2). Y si encuentra en él alguna negligencia o imprudencia, debe condenarlo a la reparación del mal que ha hecho. Todo lo que él tiene derecho a exigir es que no se infame a su persona y que se le conserve su honor. Pero no es exigir demasiado imponerle *sanciones pecuniarias* proporcionadas a la entera magnitud de lo que él ha hecho sufrir a otro, por su poca prudencia o por su inatención. En este defecto de vigilancia sobre sí mismo radica la falta que el Derecho considera como cuasidelito, del que nace la reparación.

La fundamentación es muy parecida en García Goyena. En el artículo 1.900 dice el Proyecto que todo el que ejecuta un hecho, en que interviene algún género de culpa o negligencia, aunque no constituya delito o falta, está obligado a la reparación del perjuicio ocasionado a terceros. Aunque la inspiración francesa del artículo 1.900 del Proyecto parece muy clara, Goyena lo vincula a la Ley 6, del Título 15 de la Partida 7.<sup>a</sup>: «Tenudo es de facer enmienda, porque como quier que el no fiz el daño al otro, pero acaesció por su culpa». Goyena señala que el artículo encierra una máxima de jurisprudencia universal, fundada en un principio eterno de justicia: *sua quique culpa nocet*. La culpa no debe perjudiciar sino a su autor y el que la comete está obligado a reparar el daño causado por ella a un tercero, aunque este acto no haya sido elevado por la ley a la categoría de los delitos o faltas, ni, por consiguiente, se halle comprendido en el Código penal. Así, el campo y la escala de la culpa o negligencia son vastísimos y no pueden encerrarse en las leyes, por muy minuciosas que éstas sean. Cada caso deberá decidirse por las circunstancias particulares del hecho y los de las personas.

En el momento de la codificación hay, pues, una relación muy directa entre la reparación del daño y la idea de culpa. La obligación de resarcir es una sanción y su norte una moralización de las conductas o, si se quiere, un imperativo de diligencia. A esta disciplina normativa se le llamará en adelante «responsabilidad civil» tecnificando una palabra —«responsabilidad»— que merece alguna reflexión.

3. *Una divagación sobre el concepto de responsabilidad*.—Tradicionalmente el Derecho de daños se ha construido jurídicamente sobre el concepto de «responsabilidad», que hasta nuestros días, constituye la espina dorsal de toda la teoría y de toda la elaboración jurídica. Sin embargo, Villey y Henriot han puesto de relieve el carácter tardío de este concepto, su falta de directa de raíces en el Derecho romano y su construcción a finales del siglo XVIII y al principio del siglo XIX.

Villey señala que en latín existen las palabras «respondere» y «responsa», pero que se buscaría en vano la palabra «responsabilis». «Respondere» remite a «sponsio». El «sponsor» es un deudor, esto es, una persona que en el momento de hacerse la pregunta de la estipulación da una contestación. *Responde* afirmativamente a la pregunta del

(2) El subrayado, que es nuestro, parece constituir la clave del pensamiento de los codificadores.



estipulante. El *responsor* es quien, en un segundo cambio de palabras, se obliga como garante del deudor principal. Por ello responder significa constituirse en garante y constituirse en garante del curso futuro de los acontecimientos.

«Respondere» es también dar cualquier tipo de contestación. Los jurisconsultos romanos daban «responsa» cuando contestaban las consultas. Y más especialmente se responde a una exigencia, a una pretensión o, más concretamente, a la demanda de un deudor. Así, *respondere creditoribus* o responder ante la justicia.

De estas observaciones se puede sacar la conclusión de que los términos responder y responsable no conllevan necesariamente la connotación de falta, ni de culpa, ni la de acto ilícito. Se responde o se es responsable cuando determinadas consecuencias, en principio del tipo que sean, recaerán sobre la cabeza o sobre las espaldas de uno. Por ello, en alguna medida es falsa la llamada evolución desde una responsabilidad por culpa a una responsabilidad objetiva. Si se quieren mirar las cosas con un cierto sentido de lejanía, no habría más que un único concepto de responsabilidad, que es igual a tener que cumplir una obligación o a tener que compartir las consecuencia de esta obligación.

4. *La alteración de los presupuestos legislativos y la crisis del sistema.*—La construcción racional del problema experimentó ya alguna modificación durante el curso mismo del procedimiento codificador. El punto más significativo para mí es el paso de la idea simple del «hecho del hombre» al juego conjunto de las acciones y de las omisiones. Todo hecho del hombre que causa otro daño, dice el artículo 1.382° del Código civil francés, mientras que en el artículo 1.902 del Código civil español se habla, como sabemos, del que por acción u omisión causa daño.

Creo innecesario decir —es tópico— que esta concepción codificada, que, como tal, es todavía hoy el objeto de estudio en nuestros programas y en nuestros libros de texto, ha sido objeto de grandes transformaciones en la primera mitad de nuestro siglo y hoy puede decirse que se encuentra de lleno dentro de una situación de crisis. Batiffol, en el prefacio del tomo XXII de los «Archives de Philosophie du Droit», dibuja esta crisis al hablar de «la querrela que ha dividido a los espíritus, desde los comienzos del siglo, y especialmente tras la primera guerra, sobre el papel respectivo del riesgo y de la culpa, que ha dado lugar, por lo menos parcialmente, a la constatación, después de la segunda guerra, del desarrollo, que ya anteriormente se podía advertir, de un sistema de reparación de los daños mediante un sistema de reparto y de socialización de los riesgos, aunque la idea de que un individuo pueda responder personalmente de un daño que obedezca a falta o a culpa no ha sido eliminada. Los juristas, añade Batiffol, comprenden hoy mal, si esta evolución que se está produciendo ante nuestros ojos va a conducir a un abandono total de la idea de obligación personal de reparación o, si ello no es así, cómo va a ser posible en el futuro armonizar debidamente y deslindar con claridad el campo.

respectivo de aplicación de uno y otro modo de reparación de los perjuicios. El tema queda así nítidamente planteado.

La crisis de la construcción tradicional se manifiesta por una transformación radical de los datos sobre los que se montó el sistema jurídico tradicional, que, en parte, se encuentra todavía vigente.

Los efectos de la primera y de la segunda revolución industrial han sido enormemente llamativos y han conducido inevitablemente a una multiplicación y agravación de los daños. El progreso social pasa por esta cota. Estamos tan habituados que casi no nos damos cuenta de ello. La evolución y el progreso constante de la llamada civilización técnica acarrea la inevitable secuela de la multiplicación de la máquinas, los aparatos, los ingenios o los artificios, que, de día en día, aumentan los riesgos y las situaciones de peligro. La moderna sociedad industrial y de masas es, ella, causa de un incremento de los daños y de un aumento de los riesgos. Este es el precio que se paga por disponer de los resultados del llamado progreso. Día a día contemplamos —se reseñan en los periódicos— accidentes de trabajo, de circulación de vehículos de motor, de aviación, explosiones, incendios, catástrofes y muy diversos estragos.

En la jurisprudencia de nuestros tribunales es muy notable señalar que el primer giro se produce hacia finales del siglo XIX y en los primeros años de nuestro siglo, como consecuencia de los accidentes de trabajo y de los primeros efectos de las instalaciones eléctricas y luego ya decididamente por obra de los vehículos de motor. La indemnización adquiere el aspecto de un verdadero imperativo social. Se impone, como una exigencia ineludible, la necesidad de otorgar una protección y una defensa más vigorosa a la persona. Y surge lo que creo que es el primero de los principios del moderno Derecho de daños: un principio *pro damnato* o del resarcimiento del daño. De manera que van perdiendo paulatinamente importancia los demás factores que imponía la disciplina codificada, que tienen que ser objeto de sucesivas reelaboraciones de la jurisprudencia. Primero, la culpa mediante el juego de la inversión de la carga de la prueba o de la concepción de la responsabilidad propiamente sin culpa a través de los esquemas de la teoría del riesgo. Después, los embates que experimenta la figura de la causalidad como título de imputación. El paso de una causalidad necesaria a una causalidad adecuada y las infinitas matizaciones de esta idea de la causalidad adecuada aparecen por doquier en este camino. La conclusión de todo ello, sencillamente expuesta, me parece que es que ya no hay que reparar, porque existió antes una conducta reprochable, sino que hay que reparar a secas; que no se trata tanto de moralizar las conductas de los eventuales autores de los daños como de asegurar las indemnizaciones a las víctimas y que se ha perdido aquella concepción mágica o teológica de la mano de Dios para ver por todas partes las manos de los hombres. No hay, pues, razón sólida que aconseje la resignación.

Curiosamente, el mismo sistema industrial y técnico, al multiplicar los daños, multiplica también las posibilidades de previsibilidad de

estos daños y conlleva los elementos y las condiciones de seguridad y evitabilidad. Lo cual permite jurídicamente poder encontrar culpas donde antes no se hubieran jamás soñado. Y, si a ello se añade que el elemento de la *species facti* no es sólo el hecho del hombre, sino también sus omisiones (lo que se pudo hacer, lo que se debió hacer y no hizo), resulta muy claro que el panorama se complica extraordinariamente.

5. *El paso de la responsabilidad personal a la responsabilidad colectiva.*—Un segundo tema que ha sido puesto de relieve también por G. Viney es el paso de la responsabilidad personal a las responsabilidades colectivas. Por el momento lo que quiero decir es lo siguiente: En nuestros días, la mayor parte de los eventos dañosos no son imputables, si la imputación se lleva a cabo rigurosamente, a un individuo aislado, sino a grupos a veces muy numerosos de individuos. Ello puede ocurrir por varios modos. El primero es porque el aislado individuo, en quien se materializa la causa inmediata, se encontraba sumido dentro de una organización y al servicio de ella. El *fallo humano* del que algunas veces se habla cuando se trata de discernir la causa de una catástrofe, ¿es el fallo del último eslabón de la cadena o es el fallo de toda la organización de que la cadena forma parte? Así aparece el problema de la imputación de los daños y del deber de resarcir a las empresas y a las personas jurídicas, que en nuestro Código civil presentaba unas líneas extraordinariamente débiles y que la jurisprudencia se ha tenido que ir encargando de modificar, y de modificar sustancialmente. En nuestro Código civil la responsabilidad es por el hecho del hombre y es, por consiguiente, responsabilidad del autor material. Se admite —es verdad— una responsabilidad de los empresarios, pero siempre ligado a la propia culpa (*in eligendo* o *in vigilando*) con lo que responden algunos empresarios, que son, obviamente, empresarios individuales. Este esquema, no obstante su subsistencia formal en el artículo 1.903, se encuentra hoy totalmente arrinconado en el desván de los olvidos.

La tendencia es la misma cuando se trata de personas jurídicas que no son en puridad empresarios. No es infrecuente que en las sentencias se declare el deber de indemnizar en razón de una mala organización o de un defectuoso funcionamiento del servicio, sin alusión al hecho individual que en algún lugar ha tenido efectivamente que existir. El sistema de responsabilidad de la Administración, en el Derecho administrativo moderno, es un perfecto ejemplo o modelo.

Al lado del problema de los daños causados por las agrupaciones (empresas, personas jurídicas), aparece el de los daños que son producto de actividades colectivas, en las cuales, en una sociedad masificada, la identificación del autor se hace imposible, porque, como todos los miembros de la sociedad masificada, vive en el anonimato. A su vez, el tema de la responsabilidad colectiva se puede incardinar bajo dos hipótesis. En la primera una colectividad de personas ha intervenido en el acto dañoso, en el que cada una de ellas representaba un papel. Da lo mismo que sean los miembros de una banda de delin-

cuentes o los jugadores en un juego colectivo. Aquí la jurisprudencia ha tenido que proceder a una extensión del deber de indemnizar a todos los autores posibles, considerándolos como coautores e imponiéndoles una responsabilidad solidaria (3).

El segundo campo de la colectivización de la responsabilidad aparece cuando, en virtud de los esquemas de la teoría de la causalidad, cada vez se trata de afinar más, se amplían las posibles concausas y la participación de concausas todas ellas dañosas, procedentes de individuos distintos, cada uno de los cuales actuaba aisladamente.

Se comprende enseguida que, en estos términos, el principio de la imputación de la obligación de resarcir a unos u otros sujetos, según el grado de su participación causal, en muchas ocasiones no deja de resultar arbitrario.

Para entender la crisis hay que volver al punto de partida: la tensión entre moralización de las conductas por la vía de una más rigurosamente exigente responsabilidad o un deber de reparar todos los daños posibles. La moralización de las conductas individuales parece una línea política sana hasta un cierto punto; procurar que el individuo sea cuidadoso y que extreme su diligencia, porque si no el peso de la organización social caerá sobre él. Sin embargo, la acentuación de ese rigor puede conducir a situaciones paralizantes. Nadie se embarcará en situaciones mínimamente azarosas, si el riesgo que ha de recaer sobre sus espaldas absorbe o desplaza el beneficio previsible. El principio social es hoy el otro —no nos engañemos—. Reparar todos aquellos perjuicios en que no se vea razón clara para que la víctima los soporte por sí sola.

6. *La crisis del sistema del Derecho de daños como crisis de la construcción jurídica.*—La evolución experimentada por la jurisprudencia en el curso de los últimos años, hace más claro ese nuevo sistema de la responsabilidad civil, que hoy, lejos de buscar una moralización de las conductas, trata de asegurar la reparación de los perjuicios de las víctimas. Es lo que hemos llamado el principio *pro damnato* o la idea de que por regla general todos los perjuicios y riesgos que la vida social ocasiona, deben dar lugar a resarcimiento, salvo que una razón excepcional obligue a dejar al dañado sólo frente al daño.

Si partimos de esta idea, creo que no será difícil comprender la profunda crisis de la elaboración jurídica, que va bastante más allá del simple paso del sistema subjetivo o de culpa al sistema objetivo.

Es evidente la erosión que han ido experimentando todos los pilares de la teoría de la responsabilidad construidos de acuerdo con los postulados de la codificación: la culpa, el ilícito y la causalidad.

El primero se enraíza indudablemente con la culpa y, precisamente por ello, los autores de las últimas décadas han podido enunciar, como una línea progresiva, el tránsito de la llamada responsabilidad subjetiva a la responsabilidad objetiva o sin culpa, sustituyendo la idea de im-

(3) Resulta curioso e instructivo cuestionar la modernidad de esta solución, que está ya en *DOMAT*, cuando no puede saberse de qué edificio se arrojó el objeto dañoso en la vieja rúbrica «de efussis et dejectis».

prudencia o negligencia por las reglas de la inversión de la carga de la prueba expedientes paliativos o por la llamada teoría del riesgo. Sin embargo, parece que las cosas no se han detenido ahí.

También la noción de ilícito o de injusto ha sido objeto de la misma erosión. Nuestro Código civil es en ese punto menos expresivo que otros y por ello a nosotros se nos han planteado menos dificultades. En el Derecho francés se habla de falta (*faute*), en el Derecho alemán de injusto (*unrecht*) y en el anglosajón de tuerto (*tort*). Nuestro Código civil, en los artículos 1.903 y 1.902, se limita a exigir que intervenga culpa o negligencia, pero no impone que el hecho inicial sea injusto. Sin embargo, el injusto no puede sin más excluirse, aunque sea discutible si el injusto ha de ser el hecho inicial o el resultado final del daño. Y ello en atención a que los daños justamente causados no se indemnizan. Aunque la acción sea punible, no se indemniza, si concurre una causa de justificación. Tampoco se indemniza si uno actúa en el ejercicio de su derecho, porque el que usa de su derecho no lesiona.

Este principio ha tenido que ser objeto de una erosión parecida a la experimentada en tema de culpa y la jurisprudencia ha tenido que admitir que existe obligación de resarcimiento, aun cuando el acto fuera inicialmente justo y aunque se ejercitara un derecho, si el derecho se extralimitó o se ejercitó abusivamente.

Finalmente, la última y tal vez, en el momento actual, más grave de las erosiones de la construcción jurídica tradicional, es la que concierne a la causalidad. Porque la causalidad se encuentra de algún modo en la base misma de la definición legal. El que *causa* daño está obligado a reponer el daño *causado*. Esta sencilla expresión, que probablemente en su origen no determinó graves problemas, desde hace algo más de un siglo ha atormentado a la jurisprudencia, que ha tenido que ir elaborando diferentes teorías y puntos de vista, para discernir cuándo se es causa y qué es lo que es causa del daño. Problema que se complica cuando, como ocurre en nuestro Código civil, en el hecho del hombre entran también las omisiones y cuando el afinamiento del análisis permite discernir múltiples causas concurrentes o, cuando, al revés, la causa no puede ser rigurosamente establecida.

Los postulados finales de lo que se llama la causalidad adecuada, que nos sitúa ante una de las causas probables o de las causas a las que racionalmente el hecho parece que puede ser imputable, conducen finalmente a una auténtica responsabilidad sin causa. De esta suerte, hoy, en muchos casos, estamos en presencia de una responsabilidad sin injusto, sin culpa o, incluso, sin causa.

Ricardo de Angel, que ha dedicado a la responsabilidad civil una notable monografía, aparecida el año pasado, concluye el primero de sus capítulos con lo que creo que puede ser llamado la síntesis de una perplejidad, a la que la mía se une.

La aplicación de doctrinas como la del riesgo o la de responsabilidad objetiva, e incluso la más benigna de presunción de culpa, cuentan desde luego con innegables ventajas sociales. En mayor o menor

medida protegen a las víctimas de los hechos dañosos, facilitando notablemente sus reclamaciones y dando prioridad a los propósitos indemnizatorios.

Mas por un lado —sigue diciendo— subsisten serios reparos de que una persona se vea sujeta a responsabilidad —quebranto económico— cuando no ha mediado culpa por su parte. Por otro, la imposición de responsabilidad no es garantía segura para los perjudicados, que pueden ver frustradas sus pretensiones, si quienes deben, resultan ser insolventes. Partiendo de estas premisas, De Angel llega a la conclusión de que la solución se encuentra en el seguro obligatorio. Se trata, en este caso, de un seguro de responsabilidad civil, por virtud del cual el asegurador asume el riesgo que, para el patrimonio del asegurado le supondría la obligación de indemnizar los daños que cause. Se convierte de hecho en una especie de requisito administrativo para el desempeño de la actividad cubierta por la póliza. El significado del recurso obligatorio es semejante al de la seguridad social: todos los que participan en una actividad, que puede entrañar riesgo, contribuyen con sus cuotas a sufragar los daños que algunos de ellos sufran u ocasionen. Con razón se ha dicho que, mediante el seguro obligatorio o póliza de riesgo, la colectividad de los posibles causantes viene a hacer viable el resarcimiento de todas las eventuales víctimas y se trata en fin de una garantía colectiva.

Sin embargo, la imagen no es seguramente del todo exacta, ni tan optimista como a primera vista parece, pues el seguro es un seguro de responsabilidad civil, que determina la cobertura de los riesgos de una determinada actividad. Lo cual, por lo pronto, está presuponiendo la idea misma de responsabilidad civil, de la que no se puede prescindir, para articular el seguro, que es precisamente el seguro de responsabilidad civil. Por otra parte, en vía de consecuencia sólo quedarán cubiertos aquellos daños de alguna manera enlazados causalmente con la actividad creadora de riesgo cubierta por la póliza. Dicho de otra manera: mi seguro de responsabilidad civil cubre los daños que yo pueda ocasionar por la circulación de mi automóvil o por el desenvolvimiento de mi empresa, pero en modo alguno todos los daños que yo pueda ocasionar en otros círculos o en otras clases de actividades. La vía de los seguros obligatorios es una vía de cobertura parcial, que, para ser adecuadamente seguida, exigiría una multiplicación de los seguros obligatorios respecto de cúmulos de actividades, algunas de las cuales no serán fáciles de imaginar.

Si lo que se busca de verdad es la protección de la persona y la socialización de todas las indemnizaciones de los daños que esta persona pueda experimentar, parece que el seguro no es de responsabilidad civil, sino que es un propio y genuino seguro de accidentes.

El problema sería entonces determinar a cargo de quién se coloca el pago de las primas de este seguro total de accidentes. Saber si debe pagar las primas el asegurado o pagarlas por él otra entidad de naturaleza social o pública.

Ricardo de Angel concluye su capítulo con una cita de Carbonnier,

preguntándose si no llegará día en que la sociedad reparará todos los daños. De ser así, no sería el seguro quien pagase, sino el impuesto, y la responsabilidad civil acabaría disolviéndose a fuerza de hipertrofiarse. El Derecho dejaría entonces de esforzarse por hallar un vínculo al deber de indemnizar y pondría en marcha el mecanismo reparador. Sin embargo, también esta solución es optimista y tampoco acaba con los problemas. Lo que llamamos una cobertura social completa de los riesgos sólo puede producirse en organizaciones políticas no muy amplias —parece que el caso se da en Nueva Zelanda— y respecto de un muy concreto tipo de daños —muerte y lesiones corporales—. Lo que deja planteado el problema de la enorme dificultad o de la imposibilidad de implantación en organizaciones sociales más amplias. Y el que de algún modo siempre habrá que decidir si, pagada la indemnización por la entidad pública, debe existir o no la vía de regreso. En cualquier caso es claro que, en un tratamiento actual de la responsabilidad, no pueden dejarse en la penumbra las transformaciones que en el régimen jurídico de la responsabilidad civil han introducido el sistema de los seguros y el sistema de la seguridad social. A primera vista parece que la existencia de los seguros, sean seguros privados o sean seguros sociales, no modifica el mecanismo de la responsabilidad civil. Pero evidentemente el ordenamiento jurídico se encuentra en este punto lejos todavía de haber reencontrado su coherencia. Por una parte, se encuentra el régimen jurídico privado de la responsabilidad civil, que no ha sido objeto de modificación; por otra parte el régimen también jurídico privado de los contratos de seguro (sean estos seguros de daños o seguros de la propia responsabilidad civil); por otra, los seguros obligatorios; y, por último, el régimen jurídico público de las normas relativas a la seguridad social.

Como ha señalado también Genevieve Viney, lúcida autora, parece claro que, en función de la extensión que han experimentado los seguros, se ha ido realizando de manera progresiva una deformación de las condiciones tradicionales de los principios de la responsabilidad civil. Quizá no fuera aventurado establecer que la sucesiva desaparición de los requisitos de injusto, de culpa o de nexo causal se producen sobre todo en aquellos casos en que la responsabilidad está cubierta por un seguro o en aquellos otros en que, aunque no exista el seguro, debería éste haber existido, bien en virtud de una obligación *ex lege*, de una obligación reglamentaria o incluso si se quiere, de un deber de carácter consuetudinario. Además, si existe el seguro, en puridad la figura del responsable tiende a diluirse. Y tiende a diluirse porque ya no es el responsable, entendido como deudor de la reparación, sino simplemente el suministrador del verdadero deudor de la reparación por la vía del seguro. De esta manera han aparecido todos los problemas de las subrogaciones de los aseguradores en la posición de los asegurados. De alguna manera ha ocurrido también que una gran parte de los conflictos nacidos de la responsabilidad civil se ventilan entre los aseguradores. Y que al lado del derecho legal y del derecho ju-

risprudencial haya, me parece, que hablar y que estudiar un derecho nacido en la práctica de los arreglos extrajudiciales.

El problema es parecido, en lo que se refiere a la seguridad social, si no se olvida que es a la seguridad social a quien compete en la actualidad la obligación de facilitar las prestaciones en caso de muerte o de daño corporal que entrañe incapacidad para el trabajo.

Si las cosas se miran más despacio, parece también claro que toda esta profunda transformación y conmoción del sistema tradicional se encuentra muy ligada a dos grandes factores, que se refieren correlativamente al origen de los daños y a la naturaleza de éstos. En orden al origen de los daños, todo este nuevo Derecho de la responsabilidad aparece en estrecha vinculación con lo que se podrían llamar los daños derivados del maquinismo, en el más amplio sentido de la palabra, y los nuevos ingenios tecnológicos. En el orden de los resultados, parece que se refiere sobre todo a los casos en que se produce un resultado de muerte o un resultado de lesiones corporales. ¿Por qué razón? Es seguramente muy difícil de establecer. Más arriba hablamos del imperativo de la exigencia social de que todas las lesiones sean de algún modo reparadas, pero, quizá, al mismo tiempo está también latiendo la idea de que todos somos de algún modo culpables y partícipes de los daños y de los riesgos. Si esto fuera así, creo que la más obvia conclusión sería la necesidad de escindir el Derecho de daños en dos grandes sectores, cuya línea de frontera no está todavía bien delimitada. Uno de los campos se halla regido por los nuevos principios y en el otro se aplican todavía los criterios tradicionales. Para ser coherente, el primer campo debería llevar a una completa socialización de los riesgos, a un pago de las reparaciones por un organismo público y a medir cuidadosamente el derecho de regreso contra alguna persona individualizada. Dentro de él deberíamos colocar las indemnizaciones por causa de muerte, los perjuicios corporales, y los perjuicios experimentados en las propiedades siempre que procedan de los grandes estragos o accidentes propios del maquinismo y de la tecnología.

Al lado de este campo existe otro, si la jurisprudencia y la literatura se examinan con atención, donde subsisten, y subsisten con todo su rigor, los principios tradicionales. Por lo cual, hay que aceptar la opinión de Battifol cuando dice que la idea de que un individuo tiene que responder personalmente de un daño del que se le reputa autor, especialmente en los casos en que es culpable, no se puede considerar de manera alguna eliminada y que todo nuestro problema en el momento actual es delimitar ese respectivo campo al que Battifol llama de dos modo de indemnización y que hoy creo que habría que llamar dos partes distintas del Derecho de daños.



# Notas para una Sociología de las obligaciones y de los contratos (\*)

GABRIEL GARCIA CANTERO  
Catedrático de Derecho civil

SUMARIO: 1. Indicación general sobre las relaciones entre Derecho y Sociología.—2. Posibles líneas de actuación de la Sociología de las Obligaciones y de los Contratos: A) Contratos típicos de la sociedad de consumo. B) Vigencia efectiva del Derecho contractual del Código civil. C) Sociología de los contratos atípicos. D) Identificación y catálogo de costumbres y usos jurídicos en materia contractual. E) Inventario de las instituciones civiles guipuzcoanas en materia contractual que, sin llegar a constituir Derecho foral, se han conservado por vía consuetudinaria. F) Análisis estructural de los contratos. G) Los contratos y su forma. H) La metodología a utilizar.—3. Algunas conclusiones.

*«La remolona "investigación de los hechos" no basta, hay que levantar la carta sociológica de la nación y aventurar, con todos los inevitables riesgos, pronósticos sobre el futuro de la sociedad. Nosotros, los juristas, mal acostumbrados al pensar abstracto, necesitamos un mayor y más íntimo contacto con lo concreto: oír los deseos, quejas y aspiraciones de hombres y mujeres, ver y padecer con ellos la situación de familias, propiedades, empresas y tráfico, en las grandes ciudades y en los pueblecitos, junto al mar, en lo alto de la montaña y allá abajo en el valle, en toda esta España de hoy que se afana preparando su incierto mañana. Tarea que en la práctica es doble, aproximar los juristas a la realidad y también acercar el Derecho al pueblo, hacerle conocer su cometido justo y necesario, hacerle saber y sentir que le conviene colaborar en su realización.»*

(«Propósitos» del ANUARIO DE DERECHO CIVIL, 1948, p. 6)

Siguiendo el uso tradicional, la primera lección de este curso dedicado a las obligaciones y a los contratos, va a tener un carácter especial. Vamos a adentrarnos en el estudio de una de las partes

---

(\*) Prelección desarrollada por su autor en la Facultad de Derecho de San Sebastián en el curso 1977-1978.

más vivas y, al mismo tiempo, más ricas en problemática, del Derecho civil perteneciente al también denominado Derecho Patrimonial. Del curso pasado habremos de recordar el concepto de relación jurídica patrimonial y el de derecho subjetivo de la misma clase, es decir, de aquellas relaciones y derechos que son susceptibles de valoración económica, de traducción a dinero. Es la parte, por así decirlo, más «materialista» del *Ius civile*, sin que ello signifique que estén ausentes consideraciones de otro tipo, como pueden ser las de naturaleza ideal, espiritual o cultural.

El Derecho civil tiene por uno de sus cometidos el de regular jurídicamente la proyección de la persona sobre el mundo exterior, sobre las cosas, lo que se logra a través de los derechos reales y los de obligación o personales. Pues bien, he escogido como tema de esta pre-lección el de la Sociología de las Obligaciones y de los Contratos por dos razones principales, la de no tratarse habitualmente en los manuales al uso, y la de ofrecer un extenso haz de posibilidades para realizar trabajos prácticos, con proyección sobre la realidad social que nos rodea.

### 1. *Indicación general sobre las relaciones entre Derecho y Sociología.*

No voy a extenderme mucho en este punto pues, en sus líneas generales, fue abordado en la Parte General. Diré únicamente que se trata de dos ramas del árbol de las Ciencias que durante mucho tiempo fueron, no sólo extrañas, sino rivales; que había una singular enemistad entre juristas y sociólogos, habiéndose llegado a escribir, por lo que a nuestra disciplina respecta, que pocas ramas jurídicas demostraban mayor incompatibilidad de caracteres con la Sociología que el Derecho civil. Hoy las cosas están empezando a cambiar lentamente; el legislador, por una parte, ha venido a dar un fuerte aldabonazo a la conciencia jurídica al insertar en el nuevo artículo 3.1 después de la reforma del Título Preliminar del Código civil, como criterio hermenéutico, el de la realidad social del tiempo en que las normas han de ser aplicadas, lo cual, si bien subsisten en pocas incertidumbres sobre su alcance y forma de actuación, supone un indudable acercamiento del jurista a la sociedad; de otra, por parte de los sociólogos se está prestando mayor atención a los fenómenos jurídicos.

Hay en verdad, preciso es reconocerlo, no pocos obstáculos que todavía impiden una mayor armonía y una más fecunda colaboración. En mi opinión, podrían sortearse siempre que, por cada cultivador de una de las ciencias, no se invada el terreno privativo de la otra. Esquemáticamente cabría decir que si bien la Sociología es una descripción de los fenómenos sociales tal como son, al Derecho compete la regulación y disciplina de tales fenómenos según criterios de justicia. Deriva de aquí que el sociólogo no debiera aspirar a convertirse en jurista, suplantando su cometido

y dictando la ley; tampoco el jurista que haga uso de los métodos sociológicos debiera pretender hacer Sociología, sino, únicamente, servirse de ella, en el mejor sentido de la palabra, para mejorar la aplicación de la norma.

Presupuesto lo anterior, conviene añadir que pocas partes hay en el Derecho civil en que, *prima facie*, la colaboración entre juristas y sociólogos puede resultar más fecunda, que la materia de las obligaciones y los contratos. Unas breves reflexiones permitirán confirmar la impresión inicial.

Por de pronto, es aquí en donde la costumbre alcanza mayor aplicación dentro del reducido ámbito en que hoy se mueve esta fuente del Derecho. Añádase la circunstancia de que no hay un *numerus clausus* de contratos, sino que las partes, al amparo del artículo 1.255 C. c., pueden modelar jurídicamente sus relaciones económicas por los cauces que libremente elijan; deriva de ello que, en buena parte, el material que el estudioso ha de manejar ha de buscarlo en la sociedad misma, utilizando las adecuadas técnicas. Por otra parte, también es en esta materia en donde con mayor frecuencia se hace uso del método de la *Interessenjurisprudenz* que inventara Heck, y que tantos puntos de contacto presenta con el método sociológico, como han puesto de relieve recientes investigaciones. Creo por todo ello que las obligaciones y los contratos pueden ser, dentro del viejo *Ius civile*, un buen campo de experimentación para adentrarse por una vía que en Francia ha iniciado Carbonnier y entre nosotros han sugerido últimamente Hernández Gil y Díez Picazo.

## 2. Posibles líneas de actuación de la Sociología de las Obligaciones y de los Contratos.

Debo aclarar que participo de una extendida opinión partidaria de la unificación del Derecho español de Obligaciones, por lo cual lo que aquí sostenga respecto de las obligaciones y contratos civiles, podrá extenderse *pari passu* a las obligaciones y contratos mercantiles.

No sé si posee mucho interés para nosotros aclarar lo que algunos sociólogos extranjeros han investigado con enorme dedicación: ¿Fue antes el contrato o la ley, el contrato de donación o el de permuta? Dejemos a historiadores y etnólogos que lleguen a conclusiones seguras si ello es posible; entiendo que nuestro cometido como civilistas ha de ser, preferentemente, la realidad actual y la prospectiva hacia el futuro. Lo que no ha de ser obstáculo para constatar, si hubiera lugar a ello, que en tiempos de desconfianza o pérdida de valor de la ley ante la sociedad, ésta se refugia en el contrato, en el acuerdo o en el «consenso», del propio modo que la desconfianza en el proceso hará que se multipliquen los arbitrajes; también resulta comprobable que en circunstancias de penuria económica, como las que tuvieron lugar en la

última postguerra mundial, o en la nuestra, resurge el cambio o trueque como cauce jurídico a las transacciones de productos de primera necesidad, y aun de los otros.

A) *Contratos típicos de la sociedad de consumo.*

Aceptado ya el término, y dando por supuesto que la sociedad española ha ido evolucionando hacia este estadio, puede resultar muy instructivo analizar el *índice de contractualidad*. Podemos detenernos para ello en varios momentos cronológicos significativos —por ejemplo las fechas de 1930, 1950 y 1960—, al objeto de comprobar cuáles eran los contratos más frecuentemente concertados en la sociedad, ya sea a través de las colecciones de jurisprudencia (que nos ofrecerán una visión de la patología contractual) o de los protocolos notariales (que nos permitirán, más bien, asomarnos a la biología de los contratos). Todo ello nos obligará a diferenciar la España rural y la España urbana, y a tener en cuenta que en los años más próximos a nosotros el material del que se pueda disponer será probablemente más abundante. En todo caso, la Historia económica habrá de prestarnos una inestimable ayuda.

B) *Vigencia efectiva del Derecho contractual del Código civil.*

Este cambio ha de ofrecer, sin duda, amplio margen de actuación a la investigación sociológica. Como es sabido, los legisladores de 1889, además de utilizar la Historia y el Derecho Comparado, aislaron de la realidad socio-económica de su tiempo una serie de relaciones contractuales a las que dieron una regulación típica por entender que su frecuente aplicación práctica así lo requería. De esta suerte quedaron ampliamente reglamentados contratos tales como la compraventa, el arrendamiento, el mandato, el depósito, la sociedad, etc.; otros, sin embargo, como el de hospedaje fueron objeto de alusiones que hoy resultan pintorescas; en cuanto a los arrendamientos rústicos y urbanos, podemos constatar que su regulación legal ha quedado vaciada de contenido por obra de una legislación especial extraordinariamente cambiante (nada menos que tres Leyes completas de Arrendamientos Urbanos —amén de un gran número de disposiciones de menor rango— han sido promulgadas en el período 1944-1979, y no es aventurado esperar la cuarta en fecha próxima); el seguro civil tiene hoy una escasa aplicación práctica ante el carácter preferente y absorbente de la normativa mercantil, y algo no muy dispar podríamos decir de otros contratos.

Penetrando en concretos regímenes contractuales, aún los más detallados, fácil será comprobar la óptica parcial del legislador; así ocurre en la compraventa en la que se dedican una decena de artículos al saneamiento por vicios en los animales, mientras que

la atención prestada a la compraventa de inmuebles parece reducirse a las diferencias de cabida y a los gravámenes ocultos; por otro lado, las ventas de cosas muebles a plazo han tenido que ser objeto de una reciente Ley especial, de difícil encaje con la regulación general del Código en algunos aspectos.

Ya que he aludido a la Ley de ventas a plazos de cosas muebles promulgada en 1965 —es decir, en una fecha en que la utilización de una técnica depurada no estaba reñida con la aproximación a la realidad social— convendría estudiar en qué medida las compraventas aplazadas que el ciudadano medio celebra a diario (de electrodomésticos, de mobiliario, de motos de escasa cilindrada, etc.) quedan, efectivamente, sometidas a sus preceptos, o si, por el contrario, infringen normas imperativas que imponen precisamente la nulidad de los actos que contravienen dicha Ley. Sería descorazonador tener que concluir que dicha Ley ha caído ya en desuso, al menos para cierta clase de contratos, precisamente por falta de adecuación a esa realidad social, que pretendió encauzar en su articulado, sin conseguirlo.

¿Está justificado el severo régimen y los estrictos requisitos de la donación en el Código civil? De hecho la jurisprudencia muestra un crecido número de casos en que esta figura se enmascara como compraventa, respondiendo a móviles sumamente variados de los contratantes, que pueden ir desde el fraude fiscal hasta el perjuicio a tercero. Permítaseme observar, sin embargo, que la problemática general del acto a título gratuito, dentro del Derecho civil, desborda con mucho el ámbito de las obligaciones y los contratos, prescindiendo del problema de la naturaleza jurídica de la donación, y conecta con la problemática del Derecho de Familia y del Derecho sucesorio, y aún con postulados de la política jurídica en general.

Parece indudable que la puesta en marcha de los diversos Planes de Desarrollo originó en España en general, y en nuestra provincia en particular, una agudización de los problemas del urbanismo, con el trasvase masivo de población del campo a la ciudad, colocando en primer plano el contrato de obra y sus derivados y conexos, los contratos de urbanización y de promoción inmobiliaria, los diversos tipos de sub-contratos de obra, la permuta de solares por pisos o locales, etc. Es ya lugar común la afirmación de la absoluta insuficiencia de la normativa del Código sobre contrato de obra, siendo digno de resaltarse la continuada labor de la Sala 1.<sup>a</sup> del Tribunal Supremo para colmar las numerosas lagunas legales, en esa importante función que ahora le ha encomendado el artículo 1.6 del nuevo Título Preliminar de «completar el ordenamiento jurídico». No cabe olvidar, con todo, que urge elaborar una nueva normativa y para ello puede servir de ayuda la investigación sociológica que permitirá descubrir formas jurídicas nuevas que sirven de cauce a esta realidad, extraordinariamente rica y compleja.

¿En qué medida la extensa y minuciosa regulación del contrato de depósito, contenida en los artículos 1.758-1.780, responde ya a las necesidades presentes? ¿Celebro un contrato de esta naturaleza cuando estaciono mi coche en un aparcamiento público, o es otro tipo de contrato? ¿Cuáles son las notas distintivas del contrato de garaje, y hasta dónde llega la responsabilidad del empresario en caso de robo o de daños a mi vehículo? ¿Qué eficacia jurídica tiene la consabida cláusula «no se responde de los coches en caso de incendio»?

También es prolija la reglamentación del contrato de sociedad civil, pero es lícito preguntarse: ¿Queda algún margen de aplicación a los artículos 1.665-1.709, si tenemos en cuenta la Ley de Sociedades Anónimas, la de Responsabilidad Limitada y las demás normas del Código de comercio en materia de sociedades? No deja de sorprender que se dediquen nada menos que siete artículos a regular la sociedad universal, mientras que hay un único precepto dedicado a la sociedad particular que es, cabalmente, la más universal de las civiles. Será nuevamente la Sociología la que nos haga ver las múltiples aplicaciones que de nuevo encuentra este tipo de contrato civil, y que, sin duda, serían más numerosas de no tropezar con obstáculos fiscales considerables.

### C) *Sociología de los contratos atípicos.*

Es, sobre todo, en el ámbito de los contratos no contemplados por el Código civil donde el empleo de los métodos de investigación sociológica puede dar mayores frutos. Aquí el investigador ha de descubrir la existencia misma del contrato y su regulación convencional; la autonomía contractual, proclamada por el artículo 1.255 C. c., otorga a las partes, como sabemos, no sólo la facultad de regular *ex novo* las figuras contractuales (sin más límites que los generales, y las escasas normas imperativas), dando así origen a los contratos atípicos puros, sino que también abarca la facultad de mezclar diversas figuras de contratos, creando así los contratos atípicos mixtos y complejos. Aunque ya he aludido a algunos en el curso de mi exposición, hay que advertir que en este punto cualquier enumeración no puede aspirar a agotarlos, sino únicamente permite sentar las categorías generales siguiendo el criterio de clasificación económico-jurídico: Contratos atípicos de cambio, de cesión de uso, de custodia, parciarios, de gestión, asociativos, etc.

### D) *Identificación y catálogo de costumbres y usos jurídicos en materia contractual.*

Dado que, con alguna frecuencia, remite el legislador a la costumbre como fuente normativa, anteponiéndola a veces a preceptos dispositivos, y teniendo en cuenta que tal costumbre ha de ser probada (art. 1.3 C. c.) tanto en su existencia como en su ámbito

de aplicación, sería de gran utilidad y conveniencia, con referencia en particular a nuestra provincia y al País Vasco, elaborar el catálogo de usos y costumbres en materia de compraventa, arrendamiento, aparcería, obra, etc., para lo cual resulta también imprescindible la utilización del método sociológico.

Esta línea de actuación nos lleva de la mano a otra posible aplicación del método que propugnamos, a saber:

E) *Inventario de las instituciones civiles guipuzcoanas, en materia contractual, que sin llegar a constituir Derecho Foral, se han conservado por vía consuetudinaria.*

No es de este lugar profundizar en las razones históricas, o de otra índole, en virtud de las cuales Guipúzcoa no es región foral, pese a estar encuadrada entre provincias que lo son en parte (Alava y Vizcaya) o totalmente (Navarra). No es fácil de entender la discontinuidad geográfica que ofrece la aplicación del Derecho foral privado en el País Vasco, aunque lo evidente es que ni en 1889, ni con ocasión del Congreso Nacional de Derecho civil de Zaragoza, se alzaron voces exigiendo tal calificación para Guipúzcoa. También parece claro que una interpretación generosa del artículo 149-8.º de la vigente Constitución podría permitir el «redescubrimiento» de un Derecho autóctono en materia de obligaciones y contratos, junto a otras normas, sin duda más importantes, en el ámbito familiar y sucesorio. Si los estudiosos del Derecho privado guipuzcoano nos hablan de la muy probable existencia de un Derecho consuetudinario en ámbitos concretos de la vida económica, no parece aventurado conjeturar que algunas de esas prácticas están todavía vigentes y pueden detectarse sus vestigios. Pienso que cabría recopilar el mayor número posible de contratos de cesión de uso relativos al caserío y comprobar la legislación a que, de hecho, se sujetan (si la Ley de 1935, y sus complementarias; o el régimen del Código civil; o, acaso, la legislación anterior al propio Código); las vicisitudes jurídicas a que se ha sujetado el pago de la renta; la manera de realizarse las prórrogas; la aplicación, en su caso, de los derechos de retracto o de acceso a la propiedad. Tendría también interés recoger la normativa aplicada a la ganadería de todo tipo, ya se trate de compraventa, aparcería, arrendamiento, así como los contratos relativos a sus productos, especialmente el que regula la entrega de leche a las centrales, la intervención de las cooperativas, etc. Pasando a otro sector económico, no cabe pasar por alto a los contratos relativos a la pesca, desde el de construcción de buques de pequeño calado y embarcaciones de recreo, hasta la venta de pescado fresco mediante subasta «a la baja», o los contratos de suministro a las fábricas de conserva.

Ya se comprende que esta enumeración no puede, ni aspira a ser exhaustiva (cabría mencionar todavía los contratos relativos

a los pastos —muy ligados al régimen de comunidades y servidumbres—, la venta de manzana en árbol o a todo riesgo, que no ha desaparecido aunque sí ha visto disminuida su importancia económica); creo, no obstante, que es lo suficientemente ilustrativa de los buenos resultados que podrían lograrse con una aplicación inteligente y adecuadamente dirigida del método sociológico.

F) *Análisis estructural de los contratos.*

La investigación podría encaminarse en otra dirección, siguiendo sugerencias de Carbonier, analizando las actitudes subjetivas de las partes contratantes.

Obedeciendo a motivaciones muy generalizadas en el mundo de la economía occidental, se han difundido mucho últimamente las cláusulas generales de los contratos, elaboradas e impuestas por la parte más fuerte (no pocas veces, empresas multinacionales). El tema ha preocupado a los legisladores de varios países e, incluso, al Consejo de Europa, dando origen a una legislación que, en apoyo de los consumidores indefensos, trata de implantar alguna forma de control previo, sea de naturaleza administrativa o judicial. Poco se ha hecho en España en este terreno, salvo la labor encomiable del Tribunal Supremo en materia hermenéutica (interpretación *contra proferentem* de las cláusulas oscuras).

En espera de que se tomen disposiciones eficaces, exigidas también por el artículo 51 de la Constitución como protección de los consumidores, cabría investigar la actitud de los ciudadanos en presencia de tales cláusulas generales impuestas por las empresas de seguros, empresas suministradoras de electricidad, Telefónica, etc.; su grado de conciencia de haber asumido, con la firma del contrato, determinadas obligaciones, su grado de aceptación o de repulsa al tomar conocimiento efectivo de las mismas, su reacción cuando la otra parte contratante las invoca o se ampara en ellas, etc.

Con una óptica de Psicología jurídica, podríamos adentrarnos en el complejo fenómeno moderno de la contratación mediante máquinas automáticas, examinando las modificaciones que introduce en el esquema contractual normal, la solución jurídica que debe darse a los vicios de la voluntad o a los supuestos de incapacidad de los usuarios, el tema de los vicios y defectos de la cosa comprada, etc. Quizá la pregunta fundamental sería: ¿Tienen siempre conciencia los usuarios de estar celebrando un verdadero contrato?

En esta línea de investigación cabe mencionar que en Francia empieza a estudiarse científicamente la actitud infantil ante el fenómeno contractual (al margen de su general incapacidad de obrar, es lo cierto que los niños juegan a comprar y a vender, y hasta conciertan algunos contratos adquiriendo chucherías o la



entrada del «cine»); el diverso comportamiento de los sexos en una tienda o en un supermercado; el fenómeno —acaso periclitado ya— de «ir de compras»... (¿Por qué no prolongar la investigación en el tema, marginal para nuestro estudio, de los hurtos habituales en los grandes almacenes? ¿son más frecuentes en las mujeres que en los hombres?, ¿se incrementan en la proximidad de las grandes festividades?, ¿cuál es el destino de lo sustraído?).

Deteniéndonos en los contratos realizados a través de intermediarios, cabría fijarse en la figura del mediador —que está exigiendo una urgente regulación de nuestro Derecho—, en la forma de desarrollar su actividad (si es auténticamente imparcial, o si actúa más bien como mandatario o agente de una de las partes, en la forma de percibir sus honorarios, etc.

Cuando una de las partes contratantes es una entidad o persona jurídica, ¿varía la actitud y el comportamiento de la otra? ¿Obra ésta con más confianza que si es una persona individual o, por el contrario, teme ser engañada? En la compra de pisos a una inmobiliaria, ¿se actúa con más «libertad» al tratar con el gerente o el apoderado que al discutir, «de tú a tú», con el propietario individual? ¿Qué reflejo tiene todo ello en la discusión y redacción del contrato?

#### G) *Los contratos y su forma.*

Frente al conocido principio de libertad de forma (arts. 1.258 y 1.278 C. c.), cabría inquirir de la realidad social si va entrando en las costumbres el hábito de otorgar escritura pública (aunque la ley no lo exija para la validez del contrato), o si se mantiene el respeto a la palabra dada aunque no se haya formalizado por escrito, o si ha desaparecido del tráfico jurídico por sistema el contrato verbal y se tiende a reflejar lo convenido en un documento, al menos privado. Sin duda que en este punto será preciso diferenciar nuevamente lo rural y lo urbano, el tipo de actividad económica a que se refiere, la existencia de Registros públicos u oficiales, la importancia de las cargas fiscales y la cuantía de los honorarios notariales. Quizá nos encontremos con contratos que nunca se formalizan o solemnizan por escrito, aunque se lleven lógicamente por los interesados anotaciones y apuntes (por ej., las transacciones hechas en ferias y mercados), y otros que nunca, o muy raras veces, se hacen verbalmente, como la compra de pisos. Pero una sociedad irregular puede funcionar con pactos puramente verbales, y lo propio se diga de la formalización de no pocos contratos (arrendamientos, compraventas manuales, reparaciones, etc.).

## H) *La metodología a utilizar.*

Después de este panorama descrito en sus líneas más generales, más bien en esbozo y en muchos puntos no más que insinuado, cabe preguntar cómo puede ser llevado a la práctica, en su totalidad o en parte, aquí y ahora, por los alumnos del tercer curso de esta Facultad. Entiendo que no es preciso haber cursado estudios de Sociología para utilizar sus técnicas con finalidad jurídica, y que algunas de ellas están al alcance de cualquier universitario.

Se trata fundamentalmente de aislar la realidad jurídica allí donde se encuentre. Ello resultará relativamente fácil cuando el contrato se ha inscrito en algún Registro público, o cuando se ha suscitado una controversia jurídica y ha quedado constancia en los repertorios jurisprudenciales. En este sentido la Colección de Jurisprudencia Aranzadi, la oficial del Ministerio de Justicia (que desgraciadamente sale con retraso), las secciones correspondientes de las revistas españolas más prestigiosas, el Boletín de jurisprudencia del Ilustre Colegio de Abogados de San Sebastián, por citar las más accesibles a nuestros estudiantes, contienen un material de gran valor para la investigación a realizar.

Otras veces, con las cautelas de rigor, será menester acudir a los Protocolos Notariales, a los Libros del Registro de la Propiedad, a la documentación que se conserva en las Cámaras de la Propiedad Urbana, de Comercio, Agrarias, etc.

En ocasiones, ante la ausencia de constancia escrita, será preciso acudir a la investigación directa utilizando la encuesta personal, oral o escrita. Cabe, incluso, que sea preciso recoger el testimonio directo, por ejemplo mediante su grabación magnetofónica, allí donde el contrato surge (piénsese en las subastas de obras de arte, de sellos, de fincas, o de ciertos productos como el pescado, o en el cruce de apuestas en los juegos populares de nuestro país). A veces podría bastar repasar, con espíritu observador, los anuncios por palabras de la prensa diaria.

### 3. *Algunas conclusiones.*

El plan de trabajo que estamos esbozando responde al propósito de que el estudio del Derecho civil no quede encerrado en los libros, cual torre de marfil, apartado o aislado de la sociedad a la que debe servir. Dentro del Derecho patrimonial, como indiqué al comienzo, ocupan un lugar destacado las normas reguladoras del Derecho de Obligaciones, que ha sido certeramente calificado como «derecho de la solidaridad», frente a la materia de los Derechos reales en que, por predominar la nota de exclusividad, el goce exclusivo y excluyente de los bienes sobre que recaen, por parte de su titular, de algún modo les hacen aparecer como «derecho del egoísmo legalizado».

Por otra parte, la vida social se presenta a nuestra observación como entretejida por una tupida red de relaciones contractuales mediante las cuales los hombres atienden a la satisfacción de sus más variadas necesidades. Basta una leve reflexión para comprobar —la observación es nuevamente de Carbonnier— que, al cabo de su vida, el hombre ha podido formalizar varios miles de contratos. Todo ello nos sirve para demostrar que esta parte del *Ius civile* constituye una de las zonas más dinámicas del ordenamiento jurídico y, consecuentemente, de las de mayor litigiosidad.

Cabe enfrentarse a esta realidad en actitud indiferente, pasiva o resignada, pero cabe también hacerlo con espíritu abierto, receptivo y crítico. Sin pretender que la Sociología de las Obligaciones y Contratos nos dé resueltos todos los problemas, y tampoco que nos ahorre el esfuerzo por asimilar la Ciencia jurídica, sí quiero resaltar que, iniciarse en su práctica, puede constituir un buen acicate, no sólo ahora sino en el futuro, para dominar ésta. Quede, por último, bien claro que lo dicho en esta pre-lección no debe servir de incitación para abandonar o minusvalorar el estudio del Derecho positivo, sino, por el contrario, de estímulo para completarlo con una nueva y no usual perspectiva que podrá ser —así lo espero— enriquecedora



# Examen del artículo 16 de la Ley de Propiedad Horizontal

MARIANO FERNANDEZ MARTIN GRANIZO,  
Abogado Fiscal del Tribunal Supremo

**SUMARIO:** Breve delimitación del tema. I. Aspectos de Derecho sustantivo: A) Examen del párrafo primero del artículo 16: a) En orden a la naturaleza de este párrafo. b) Breve examen de los requisitos previos exigidos para la validez y eficacia de las juntas de propietarios a que se refiere el artículo 16. c) Sistematización de las normas del artículo 16 con vistas a su desarrollo en el presente trabajo: Norma primera, párrafo primero. Norma primera, párrafo segundo. Norma segunda. II. Aspectos de Derecho procesal: Norma primera. Examen de la norma segunda, párrafo segundo del artículo 16 de la Ley de Propiedad Horizontal: a) Plazo para acudir a la presencia judicial. b) Competencia. c) Legitimación. d) Tramitación. Examen de la norma tercera: 1.º Competencia. 2.º Legitimación. 3.º Procedimiento. Norma cuarta: 1.º Objeto. 2.º Competencia. 3.º Legitimación. 4.º Tramitación. 5.º Plazo para el ejercicio de la acción impugnatoria. Norma quinta.

*Breve delimitación del tema.*—El artículo 16 de la Ley de Propiedad horizontal que vamos a contemplar en el presente trabajo, dice así:

«Los acuerdos de la junta de propietarios se sujetarán a las siguientes normas:

«*Primera:* La unanimidad para la validez de los que impliquen aprobación o modificación de reglas contenidas en el título constitutivo de la propiedad o en los estatutos.»

«Los propietarios que, debidamente citados no hubieren asistido a la junta serán notificadas de modo fehaciente y detallado del acuerdo adoptado por los presentes, y, si en el plazo de un mes a contar de dicha notificación no manifiestan en la misma forma su discrepancia, se entenderán vinculados por el acuerdo, que no será ejecutivo hasta que transcurra tal plazo, salvo que antes manifestaran su conformidad.»

«*Segunda:* Para la validez de los demás acuerdos bastará el voto de la mayoría del total de los propietarios que, a su vez, representen la mayoría de las cuotas de participación.»

Si la mayoría no pudiera obtenerse por falta de asistencia de los propietarios, se procederá a una nueva convocatoria con los mismos requisitos de la primera, y en la que serán válidos los acuerdos adoptados por la mayoría de los asistentes, siempre que ésta represente, a su vez, más de la mitad del valor de las cuotas de los presentes.»

«Cuando la mayoría no se pudiera lograr por los procedimientos establecidos en los párrafos anteriores, el juez, a instancia de parte deducida en el mes siguiente a la fecha de la segunda junta, y oyendo en comparecencia a los contradictores previamente citados, resolverá en equidad lo que proceda dentro de los veinte días, contados desde la petición, haciendo pronunciamiento sobre el pago de las costas.»

«*Tercera:* Cuando los propietarios que representen por lo menos la cuarta parte de las cuotas de participación estimaren gravemente perjudicial para ellos el acuerdo de la mayoría, podrán acudir al Juez para que decida sobre la procedencia del mismo, por los trámites establecidos en el número segundo de este mismo artículo.»

«La decisión del Juez será ejecutiva e inapelable, sin perjuicio del derecho de las partes a promover judicialmente la acción que pudiera corresponderles.»

«*Cuarta:* Los acuerdos contrarios a la Ley o a los estatutos serán impugnables ante la autoridad judicial por cualquiera de los propietarios disidentes, pero el acuerdo será provisionalmente ejecutivo, salvo que el juez ordene la suspensión.»

«La acción deberá ejercitarse dentro de los treinta siguientes al del acuerdo o a la notificación si hubiere estado ausente el que impugne.»

«*Quinto:* Será juez competente para conocer de las cuestiones a que se refieren los números segundo y tercero del presente artículo el municipal o comarcal donde esté sita la finca.»

Como puede observarse viene referido este artículo a la forma y requisitos a que deben someterse los acuerdos de las llamadas Juntas de propietarios, conteniendo una serie de reglas tanto de carácter sustantivo como procesal que pasamos a estudiar con arreglo a la siguiente sistemática:

I) Aspectos de Derecho sustantivo, que corresponden al contenido de las reglas primera y segunda, principalmente.

II) Aspectos procesales. Son fundamentalmente los que se contienen en las reglas tercera a quinta.

I) *Aspectos de Derecho sustantivo.* A) *Examen del párrafo primero del artículo 16.* Este párrafo se encuentra en íntima con-

xión con los artículos 13 a 15 de la propia Ley de P. H., el primero de los cuales señala las facultades de la Junta de Propietarios, el segundo la asistencia a dicha Junta y el tercero viene referido a los plazos y formas en que debe ésta ser convocada (1).

Es, pues, evidente que de conformidad con lo dispuesto en este grupo de preceptos, para que los acuerdos adoptados en las Juntas de propietarios sean válidos y eficaces, además de sujetarse en orden a su adopción a las reglas que se recogen en el transcrito artículo 16 deberán acomodarse a las exigencias que previenen los artículos 14 y 15 respecto a la asistencia, convocatoria, citaciones, etc.

a) *En orden a la naturaleza de este párrafo.*—En nuestro modo de ver, el párrafo primero del artículo 16 al que nos estamos ahora refiriendo es claramente de derecho necesario habida cuenta el «...se sujetarán...» empleado por el legislador, que referido a «Los acuerdos de la Junta de propietarios...» da lugar a la invalidez e ineficacia de los adoptados sin sujetarse a dichas normas (2).

Cabría, sin embargo, discutir sobre la validez y eficacia de los que se adoptaren cumpliendo las normas del artículo 16 e incum-

---

(1) Sobre el tema de la junta de propietarios cabe citar entre otros los siguientes trabajos:

BARRENECHEA, J. J., *Estatutos y ordenanzas de la propiedad horizontal. Juntas de condueños y actos de disposición sobre elementos comunes y privativos*, en Est. de Der. Priv., tomo I, Madrid, 1962, págs. 367 y ss.; FERNÁNDEZ MARTÍN-GRANIZO, M., *La asistencia y la intervención en la junta de propietarios* («Examen del artículo 14 de la Ley de P. H. de 21 de julio de 1960»), en Rv. Der. Priv. 1966, págs. 18 y ss.; MONEDERO GIL, F., *La comunidad de propietarios. Sus órganos. La junta de propietarios. Régimen de acuerdos. El presidente. La representación de la comunidad. El administrador*, Rev. Pretor, año XIII, núm. 23/1964, págs. 7 y ss.; HERRERO GARCÍA, M.<sup>a</sup> J., *La junta de propietarios y la función representativa del presidente en la Ley de Propiedad Horizontal*, Rev. Der. Priv. 1977, págs. 417 y ss.; etc.

(2) En orden a la normatividad de la Ley de P. H. y su naturaleza cabe citar la siguiente bibliografía, que no agota desde luego la que sobre el tema existe: DE LA CÁMARA ALVAREZ, M., *Insuficiencia normativa de la Ley de Propiedad Horizontal*, en curso de conferencias sobre P. H. y urbanizaciones privadas, celebradas en el I. C. N. Registradores de España en 1973, edit. «Centro Estudios Hipotecarios», Madrid, 1973; ESCRIVÁ DE ROMANI, *Lo imperativo y lo dispositivo en la Ley de P. H.*, Rev. C. D. I., 1967, páginas 1233 y ss.; VENTURA-TRAVERSET, A., *Limitaciones de la autonomía de la voluntad en la P. H.*, Rev. Gral. D., 1965, págs. 268 y ss.; FERNÁNDEZ MARTÍN-GRANIZO, M., *La Ley...*, 2.<sup>a</sup> edic., págs. 214 y ss.

Por otra parte hemos de indicar que en el texto no hacemos referencia al artículo 17 de la Ley de P. H., también referido a la juntas de propietarios y en el cual se previene que «Los acuerdos... se reflejarán...». Tal omisión obedece a que si bien la frase de dicho precepto transcrita es claramente imperativa y por tanto de derecho necesario, estimamos que la omisión de ese requisito, estrictamente formal, no provoca la ineficacia del acuerdo no reflejado «per se» y sí únicamente en el caso de que habiendo surgido la impugnación del acuerdo, o mejor dicho, el acreditamiento de si se adoptó o no por unanimidad o pese a existir defectos formales cuando el mismo sea impugnado, no pudiese probarse debidamente.

pliendo lo dispuesto en los 14 y 15 en orden a asistencia, convocatoria, etc.

En nuestra opinión, la invalidez y subsiguiente ineficacia de dichos acuerdos es evidente, habida cuenta el carácter igualmente «necesario» de indicados preceptos.

Por otra parte no debe olvidarse lo que ya apuntábamos al comienzo de este párrafo; esto es, que los artículos 13 a 16 de la Ley de P. H. forman un conjunto homogéneo de preceptos dirigidos a la reglamentación de todo lo relativo a celebración, acuerdos, etc., de la Junta de propietarios como órgano de gobierno del régimen de P. H.

En consecuencia las disposiciones en los mismos contenidas, si bien en principio vienen referidas a la reglamentación de distintos aspectos del funcionamiento de dichas Juntas (3), desde el punto de vista sistemático-jurídico se transustancian formando un homogéneo bloque normativo en el cual se determinan y describen todos los formalismos sustantivos y adjetivos que el legislador ha previsto para la validez y eficacia de sus acuerdos.

Consiguientemente, como hemos ya indicado y ahora reiteramos, todas estas formas están considerablemente matizadas de «necesariedad», razón por la cual la inobservancia de cualquiera de ellas produce la ineficacia del acuerdo adoptado siempre que sea debidamente impugnado y sin perjuicio de la ejecución provisional del mismo a que se alude en el artículo 16, Cuarta I de la Ley de P. H.

b) *Breve examen de los requisitos previos exigidos para la validez y eficacia de las Juntas de propietarios a que se refiere el artículo 16.*—Partiendo de que según el artículo 15-I las Juntas de propietarios pueden ser de dos clases: ordinarias y extraordinarias, podemos decir que los *requisitos previos* a la celebración de las mismas y desde luego necesarios para su validez y eficacia, vienen determinados en los artículos 14 y 15 de la Ley de P. H. y son los siguientes:

1) *Convocatoria en forma.*—Por «convocatoria» debe entenderse el medio por el cual se cita a los propietarios de pisos y locales sitos en inmuebles sujetos al régimen de P. H. para que asistan a las Juntas en que hayan de adoptarse acuerdos.

A ella se refiere el artículo 15 de la Ley de cuyo texto en relación con el 16 se deduce que la misma constituye un requisito esencial para la validez de los acuerdos que se adopten (4).

(3) Así, al aspecto *funcional* se refiere el art. 13; al *asistencial*, el 14; a las *citaciones y convocatoria*, el 15, mientras que el que pudiéramos llamar *formal* para la adopción de acuerdos e impugnación de los mismos, viene recogido en el 16, todos ellos de la Ley de P. H.

(4) Así parece resultar del párrafo segundo del art. 15 cuando dice: «La convocatoria *la hará...*», en relación con la frase: «La citación para la junta ordinaria anual *se hará*, cuando menos, con seis días de antelación...», dado que si la forma de hacer válidamente la convocatoria es mediante citación y ésta deberá necesaria e ineludiblemente llevarse a cabo con una cierta antelación, ello implica que es obligatoria.



Por otra parte el examen del artículo 15 nos plantea entre otros los siguientes problemas:

1.º El de determinar quién puede hacer la «convocatoria» para la Junta de propietarios.

2.º El de precisar si dicha «convocatoria» es siempre necesaria para la validez y eficacia de los acuerdos en ellas adoptados.

Nos adentramos con ello en el tema del formalismo de las «convocatorias», que constituye precisamente el contenido del presente epígrafe y dentro del cual comenzaremos por examinar las dos cuestiones que acabamos de indicar.

1.º *En cuanto a quién podrá convocar válidamente la Junta de propietarios*, el artículo 15 distingue una regla general y dos excepciones:

a) *Regla general*: «La convocatoria la hará el Presidente...», dice el artículo 15-II, que a su vez confiere al ejercicio de este poder presidencialista de convocatoria dos matices que designaremos con los nombres de «necesaria» y «facultativa».

La *convocatoria necesaria* viene el Presidente *obligado* a realizarla, como de su misma denominación se deduce, «... por lo menos una vez al año para aprobar los presupuestos y cuentas...» (art. 15-II).

La *convocatoria facultativa o discrecional* puede tener lugar «... en las demás ocasiones que lo considere conveniente el Presidente...» (mismo art. y párr.).

b) *Excepciones*.—Vienen recogidas en el mismo artículo y son las siguientes:

1) Supuesto de reunión solicitada por la cuarta parte de los propietarios (art. 15-I).

2) Supuesto de reunión interesada por un número de propietarios que representen al menos el 25 por 100 de las cuotas de participación (art. 15-I).

Como puede observarse, el módulo cuantitativo es el mismo en ambos casos, la cuarta parte —o 25 por 100— radicando la diferencia en que mientras en el primero se proyecta sobre el número de propietarios individuales, en el segundo lo es sobre las cuotas.

A su vez hemos de indicar, que en las dos hipótesis mencionadas si el presidente no convocase la Junta *per se*, la Ley faculta a «... los promotores de la reunión...» para realizar la convocatoria.

II) *En orden a si la convocatoria es o no necesaria*, nos inclinamos por la afirmativa habida cuenta lo dispuesto en el artículo 15 en conexión con el 16 de la Ley de P. H., de tal modo que la Junta celebrada sin aquélla carecerá de validez.

Mas esta necesidad de convocatoria tiene a su vez una excepción, que sirve a su vez de sólido apoyo a la regla general. Es la contenida en el artículo 15-III, inciso último que dice así:

«La junta podrá reunirse *válidamente* aun sin convocatoria del presidente, siempre que concurren la totalidad de los propietarios y así lo decidan.»

Podemos, pues, ver aquí tal como acabamos de indicar, la confirmación de la regla general que hace necesaria la convocatoria presidencial y la excepción a la misma a través de la frase: «La junta *podrá reunirse válidamente aun sin convocatoria* del presidente...», por cuanto al configurar dicho inciso una excepción resulta evidente que lo general será la «convocatoria del presidente...», como también se dice en este párrafo.

Por otra parte, la excepción aquí contenida es perfectamente lógica, al estar reunidos *todos* los propietarios y convenir sin reserva alguna celebrar la Junta.

III) *Citación en forma*.—Si la *convocatoria* equivale «a anuncio o escrito con que se convoca», parece indudable consecuencia tanto que la misma vaya dirigida a alguien como que llegue a poder de sus destinatarios, que en estos casos no son otros que: los propietarios de pisos y locales sitos en inmuebles sujetos al régimen de P. H.

El mecanismo de que se ha valido el legislador para la notificación de estas convocatorias a sus destinatarios, no es otro que el de la *citación* (art. 15-III), término este que sirve para designar la comunicación que el presidente dirige a cada uno de los propietarios singulares del edificio anunciándoles la celebración de la Junta.

Y pasamos a exponer los requisitos que en nuestra opinión debe reunir la *citación* para que la convocatoria de la Junta sea válida y puedan en consecuencia ser efectivos los acuerdos adoptados (5). Dichos requisitos son los siguientes:

1.º *Forma escrita*.—A tales efectos hemos de indicar que el artículo 15-II de la Ley de P. H. establece en orden a este requisito lo siguiente: «... entregándose las *citaciones*, *por escrito*...».

Parece, pues, de una evidencia indiscutible la necesidad de que aquéllas deban adoptar forma escrita, lo que por otra parte no puede extrañar si tenemos en cuenta que esta exigencia ha debido tomarla el legislador de 1960 de las únicas fuentes jurídico-positivas que tocan el tema de las *citaciones*; las leyes de Enjuiciamiento civil y criminal, en las que se sanciona dicha forma para este género de actos de comunicación (6).

Sin embargo, surge el problema de si no obstante lo dispuesto en el párrafo indicado del artículo 15, tendrán o no validez las citaciones realizadas por vía telefónica o telegráfica.

Y decimos esto, por cuanto si bien como se acaba de indicar la letra de la ley es clara, el espíritu de la de 21 de julio de 1960 va dirigido a facilitar en la mayor medida posible las relaciones convivenciales de los diversos propietarios singulares que habiten en el mismo inmueble, finalidad a la que puede contribuir perfec-

(5) Siempre claro es que reúnan los restantes requisitos que en orden a dicha validez se previenen en el art. 16 para los adoptados por unanimidad y mayoría.

(6) Artículos 175 Ley Enj. Crim. y 271 Ley Enj. Civil.

tamente la más adecuada realización de la convocatoria para las Juntas.

El tema es realmente interesante, dado que la admisión de otros medios o formas que la escritura para hacer las citaciones si bien es evidente que facilitaría las convocatorias, no puede conducirnos a olvidar que habida cuenta la proclividad a la discordia que el régimen de P. H. lleva consigo, tales manifestaciones podrían ser fuente de polémicas y discrepancias entre los titulares de los distintos pisos y locales.

Vamos, pues, a hacer un breve examen de esos otros posibles medios de citación, comenzando por la telefónica.

Comenzaremos por repetir que el legislador en el artículo 15 de la Ley de P. H. alude única y exclusivamente a la citación por escrito, lo que puede llevarnos a la consecuencia o de que la realizada por vía telefónica es inviable, o incluso a que si pese al silencio legal llegare a utilizarse se produciría la invalidez de la convocatoria.

El problema, de indudable interés, ofrece en nuestro modo de ver dos facetas:

a) La relativa a la validez o invalidez del acuerdo adoptado por la Junta de propietarios en orden a la posibilidad de la citación telefónica; y

b) La que afecta a la validez o invalidez de la norma estatutaria en que ello se establezca.

a) *En cuanto a la validez nulidad del acuerdo adoptado en Junta de propietarios*, nos cabe indicar lo siguiente:

1.º Que dicho acuerdo podría adoptarse en nuestra opinión por mayoría, siempre que no implique alteración o modificación del título constitutivo o de los estatutos (7).

2.º Que en el supuesto de ser adoptado por mayoría, sería de aplicación lo dispuesto en el artículo 16, segunda y cuarta Ley de P. H.

3.º En consecuencia, aun cuando se considerare que el acuerdo es contrario a los Estatutos o incluso a la Ley, si no se ejercitase la pertinente acción en el plazo de treinta días que prescribe la citada regla cuarta del artículo 16, la nulidad radical quedará *sana-da ex lege* de acuerdo con lo prevenido en dicha norma en relación con el artículo 6.º, 3 del Código civil y la doctrina jurisprudencial (8) y por tanto consagrada la legalidad de la citación realizada telefónicamente.

---

(7) Tal acontecería, por ejemplo, cuando los Estatutos o el Título Constitutivo prohibieran las citaciones no hechas por escrito.

(8) Es interesante a estos efectos la doctrina contenida en la S. T. S. de 2 junio 1977 respecto del acuerdo contrario a la Ley o a los Estatutos que no hubiere sido debidamente impugnado, aplicando lo dispuesto en el artículo 16, cuarta, de la Ley de P. H. y otorgando al mismo eficacia, al menos provisionalmente.

En el mismo sentido, la S. del mismo Tribunal de 7 octubre 1978, Considerando 3.º en relación con el 5.º y 8.º, bien que en esta resolución se juegue también con el principio del «consentimiento tácito».

4.º Si por el contrario el acuerdo fuere de los que exigen unanimidad, entendemos que aun cuando pudiere en principio considerarse *contra legem* sería aplicable al mismo por analogía el contenido de las tantas veces citada regla cuarta del artículo 16, por considerar que no deben ser de peor condición los que han de adoptarse por unanimidad que aquellos que requieren solamente mayoría, sin olvidar tampoco que para nosotros no se trata aquí de un acuerdo *contra*, y sí simplemente *praeter legem*, ya

---

A su vez la S. Aud. Terr. Madrid de 9 octubre 1976 (S. A. A. P., 2.º Sem., núm. 509, págs. 311-312), relativa a un acuerdo en que se designó un presidente que en opinión de los recurrentes no podía serlo, declaró que al no haberse impugnado aquél en tiempo y forma había devenido firme, pese a que las irregularidades denunciadas iban contra la Ley o los Estatutos.

Idéntica posición mantienen la Sent. Sala Civil de la Aud. Terr. de Valladolid de 3 junio 1976, así como la del Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de dicha ciudad de 30 septiembre 1975 y la de la Aud. de Granada de 2 febrero 1976 (S. A. A. P., 1.º Sem., núm. 526, pág. 353) al menos en un sentido argumental a la vez que conceptual, y por su parte la de la Aud. Terr. de Barcelona de 31 mayo 1977 (Bol. Inf. Col. Not. Granada, núm. 287, diciembre 1977, pág. 893), nos dice en uno de sus Considerandos: «Que según el artículo 6.º, 1.º del Código civil, los actos contrarios a las normas imperativas y a las prohibitivas son nulos de pleno derecho, *salvo que en ellas se establezca un efecto distinto a éste*, es el caso del art. 16, 1.º, de la Ley de 21 de julio de 1960, que permite a los acuerdos de la Junta de Propietarios contrarios a la Ley dicha, puedan prosperar y tener efectividad si no son impugnados por cualquiera de los propietarios disidentes dentro de los treinta días siguientes al acuerdo o al de su notificación si hubiere estado ausente el que lo impugne.»

En el sentido de considerar que el acuerdo no es radicalmente nulo y sí sólo anulable, se pronuncian las SS. de la Aud. Terri. de Valencia de 11 julio 1975 (S.A.A.P., 2.º Sem. 1975, núm. 425, pág. 270) y 29 enero 1977 (S.A.A.P., 1.º Sem. 1977, núm. 486, pág. 308).

Como puede observarse a través de las resoluciones que se acaban de indicar, la posición de nuestros Tribunales en orden a la calificación jurídica de esta nulidad no es pacífica, viniendo determinada en gran medida por esa posibilidad de «sanación» que se contiene en la norma Cuarta-II del artículo 16 de la Ley de P. H., que hasta la promulgación de dicha Ley, y no obstante lo dispuesto en el antiguo artículo 4-I y actual 6.º, 3, del Código civil, salvo muy raras excepciones, venía siendo tratado como un supuesto peculiar de la anulabilidad.

Así, con anterioridad a la Ley de 1960, no conocemos ninguna resolución que mantenga tal posición, bien que ello no implique puedan existir, ya que la redacción del citado párrafo del artículo 4.º del C. c. se ha mantenido sin alteración en su redacción actual—art. 6.º, 3—, lo que supone que admitiendo el legislador tal posibilidad los Tribunales se hayan pronunciado alguna vez sobre ella.

Mas a partir de la Ley de P. H. y ya antes de la reforma del Título Preliminar del C. c. de 1974, comenzó a tenerse en cuenta el «*salvo los casos en que la misma Ley ordene su validez*», y así podemos verlo aplicado por la doctrina jurisprudencial de la Sala 1.º del T. S., entre otras, en Sentencias de 27 febrero 1964, 2 noviembre 1965 y 8 marzo 1966 para otros supuestos distintos de los previstos en el artículo 16 —Cuarta—, I de la Ley de P. H., con lo que estimamos se ha conseguido dar una mayor flexibilidad a la aplicación del instituto de la «nulidad radical».

que si bien es cierto que el legislador no alude a esta posibilidad en el artículo 15-II tampoco lo prohíbe de modo expreso (9).

Mas supuesto que, bien en los estatutos, bien en acuerdo adoptado en Junta de propietarios, se admitiere la citación telefónica, sigue en pie el problema que apuntábamos al comenzar el estudio de esta forma, o sea, el relativo a las dificultades de su prueba.

Y decimos esto, porque si los propietarios hubieren sido convocados a una Junta telefónicamente y no acudiere alguno o varios, cuando los no asistentes alegaren la falta de citación resulta extremadamente difícil acreditar lo contrario, toda vez que el único medio de prueba a que podría acudir sería el de la declaración del presidente que como es lógico la formularía en sentido afirmativo, y la de los no asistentes que manifestarían lo contrario.

Por esta razón aun cuando hayamos defendido que la citación por teléfono no está prohibida por la Ley, nos inclinamos a considerar que debiera prescindirse de ella habida cuenta las graves dificultades probatorias que puede plantear.

Otra posibilidad de convocatoria que existe es la telegráfica, que difiere sensiblemente de la telefónica por cuanto:

1.º Su prueba es mucho más fácil habida cuenta que en Telegrafos consta siempre el texto del telegrama enviado, sin olvidar que a su vez éste puede remitirse con acuse de recibo.

2.º Resulta mucho más discutible negar al telegrama la condición de «escrito» que exige la Ley.

En consecuencia no podemos rechazar que la citación para las Juntas pueda realizarse por telegrama siempre que:

a) Se hagan constar en él todos los requisitos que para las citaciones exige el artículo 15-II de la Ley de P. H.

b) Se envíen con acuse de recibo para justificar en su día si fuere preciso la recepción del mismo.

2.º *Indicación del lugar en que se va a celebrar la Junta, así como del día y hora de su celebración y asuntos a tratar* (10).

3.º *Envío de la citación al lugar adecuado.*—En orden a este

---

(9) En relación con lo indicado en el texto no debemos olvidar que las prohibiciones han de ser siempre expresa y concretas, no pudiendo ser objeto de interpretación extensiva, principio éste que cuenta con el apoyo de la doctrina jurisprudencial y se plasma en la frase «*favorabilia ampliandum, odiosa restringenda*», consagrada, entre otras, en SS. Sala 1.ª T. S. de 11 febrero y 23 marzo 1946 y 28 febrero 1963.

(10). Con referencia a la determinación o indicación de *los asuntos a tratar*, que conforme dispone el artículo 15-II de la Ley de P. H. debe constar en la citación, una Sent. de la Aud. Terr. de Valencia de 13 de junio de 1975 (en Bol. Inf. Col. Not. Granada, núm. 265/1975, págs. 940/942) dice que: «... la impropiedad en la nominación de algún asunto a tratar en Junta, como la que se apunta con relación al número 6 de la convocatoria, no alcanza la anulación que se apunta, en razón a que, la simple mención de extremos a tratar en el 'orden del día' ha de llevar—como fácil es comprender—la adecuada propuesta, deliberación, votación y en su caso aprobación o rechace, y por ende no se puede sentar «a priori» un concepto definitorio que puede estar alejado de la verdadera realidad de la cuestión...».

requisito el artículo 15-II establece que las citaciones se entregaran «... en el domicilio que hubiere designado cada propietario y, en su defecto, en el piso a él perteneciente» (11) (12).

Los tres requisitos que acabamos de contemplar son comunes a las Juntas ordinarias y extraordinarias. Existen sin embargo otros específicos de cada una de ellas. Son los siguientes:

*Junta ordinaria anual:* la citación habrá de hacerse «... cuando menos, con seis días de antelación...» (art. 15-III).

*Juntas extraordinarias:* la citación se llevará a efecto con la antelación «...que sea posible para que pueda llegar a conocimiento de todos los interesados...» (art. 15-III).

Por último y para cerrar este epígrafe hemos de indicar que la falta de cualquiera de los requisitos previos para la celebración de las Juntas que hemos estado examinando, producirá en nuestra opinión la invalidez de las mismas y consiguientemente la de los acuerdos en ellas adoptados, siempre claro es que los mismos sean impugnados en tiempo y forma (13).

c) *Sistematización de las normas del artículo 16, con vistas a su desarrollo en el presente trabajo.*—Como puede comprobarse a través de este precepto que hemos transcrito al comienzo del presente estudio, el mismo contiene dos grupos de normas:

(11). En relación con este extremo estimamos importante una Sentencia de la Aud. Terr. de Palma de Mallorca, de 4 de febrero de 1971 (S.A.A.P., 1.º Sem., núm. 260, págs. 188/189), en la que se toca el tema de una citación que fue echada en los buzones de correos instalados en el inmueble «... y no constando que los referidos buzones fueran el lugar designado, es evidente que la citación del actor debió hacerse en el piso a él perteneciente...».

(12) El párrafo del artículo 15-II que hemos transcrito, parece eliminar la posibilidad de la citación telefónica a la que hemos aludido anteriormente y de la cual decíamos que no considerábamos «contra legem».

Seguimos insistiendo en tal interpretación, así como también en sus dificultades probatorias que la hacen desaconsejable. Y reiteramos que no es contraria a la Ley, por cuanto, como muy bien dice una Sent. de la Aud. de Madrid de 25 marzo 1977 (S.A.A.P., 1.º Sem., núm. 488, pág. 309), habida cuenta la insuficiencia de la Ley de P. H. para regular las múltiples situaciones conflictivas que en su ámbito se producen, «... la interpretación de sus normas ha de orientarse con el espíritu de favorecer y mantener la vida de las comunidades de propietarios...», razón por la cual, estimamos que los Tribunales deben hacer uso de una exégesis en la que se combinen la equidad y flexibilidad para lograr que el telos de la Ley de 1960 pueda lograrse de la mejor forma posible, sin detrimento, al menos grave, de los múltiples intereses que en esta especial propiedad entran en juego.

(13) La exigibilidad de los requisitos establecidos en la Ley de P. H. para la validez de las Juntas de propietarios y la efectividad de sus acuerdos, viene declarada en la Sentencia de la Aud. Terri. de Madrid de 25 marzo 1977 (S.A.A.P., 1.º Sem., núm. 488), que declaró la nulidad de una Junta y de sus acuerdos por no haberse hecho la citación en forma ni llevado a cabo la convocatoria con todos los requisitos que previene el artículo 15 de la Ley de P. H.

En muy parecido sentido se había manifestado ya la Sent. 13 enero 1976 de la misma Aud. (S.A.A.P., 1.º Sem., núm. 541, págs. 365/366), especialmente en lo que hace a la insuficiencia normativa de la Ley y la necesidad de una labor integradora por parte de los Tribunales.

1) El de las relativas a la clase de acuerdos que pueden adoptarse en las Juntas de propietarios; y

2) El de las que se refieren a su impugnación.

De ellas, las comprendidas en el primero de estos apartados (normas primera y segunda) son en nuestra opinión de claro matiz sustantivo o material, mientras que las restantes (normas tercera a quinta) tienen para nosotros un igualmente indubitable carácter adjetivo.

Procederemos pues al examen crítico de cada una de dichas normas, para concluir con nuestra opinión sobre las mismas.

*Norma primera, párrafo primero.*—Viene referida a los acuerdos que según el legislador han de adoptarse por *unanimidad*, lo que supone que los mismos deben ser tomados con el voto en favor de *todos* los propietarios de pisos y locales existentes en el edificio (13 bis).

La determinación de cuáles puedan ser los acuerdos que requieran unanimidad es en extremo dificultosa, habida cuenta no ya sólo el enorme espectro de posibilidades que abre el párrafo «... que impliquen aprobación o modificación de las reglas contenidas en el título constitutivo de la propiedad o en los estatutos» (art. 16, primera, I), sino también el que nos ofrecen los restantes supuestos de unanimidad que contemplan los artículos 5-IV, 8 y 11 de la Ley de P. H.

Creemos por tanto que resulta prácticamente imposible dar una relación ni siquiera medianamente exhaustiva de tales supuestos, razón por la cual nos limitaremos a ofrecer una esquemática exposición de los supuestos resueltos por nuestros Tribunales y consiguientemente de la doctrina jurisprudencial existente en la actualidad sobre este tema (14):

a) *Acuerdos que impliquen modificación del título constitutivo del régimen de P. H. o de los Estatutos:* Artículos 5.º-III y 16, primera, de la Ley P. H. (15).

(13 bis). O con el de los presentes, siempre que notificado el acuerdo fehacientemente a los no asistentes, éstos dejaren transcurrir un mes sin manifestar su discrepancia.

(14) Vid. nuestra cit. obra «*La Ley...*», págs. 905 y ss., donde estudiamos lo relativo a los acuerdos que deben adoptarse por unanimidad.

(15) Sobre estos acuerdos pueden consultarse entre otras las SS. T. S. de 9 diciembre 1966, 28 enero 1967; 21 mayo 1970; 16 junio 1970, 16 junio 1972, 7 mayo 1973, 28 junio 1973, 22 abril 1974, 21 mayo 1976, 13 abril 1977, 13 abril, 16 julio, 7 y 24 octubre 1978, etc.

Por su parte, la S. T. S. de 7 noviembre 1975 referida a un supuesto de modificación de Estatutos, admitió la unanimidad por *consentimiento tácito*, *consenso* éste que ratifica posteriormente otra Sentencia de la misma Sala, la de 7 octubre 1978.

A su vez, la Sentencia de la Aud. Terri. de Granada de 2 febrero 1976 (S.A.A.P., 1.º Sem., núm. 526, pág. 35), exigió la unanimidad para la validez de un acuerdo relativo a la instalación de una industria hotelera en un piso sito en inmueble sujeto al régimen de P. H., en cuyos Estatutos ello no se encontraba autorizado.

b) *Acuerdos dirigidos a la desafectación de elementos comunes, o para la cesión de piso privativo con objeto de dedicarlo a uso prohibido por los Estatutos* (16).

c) *Obras en elementos comunes* (17).

Los supuestos que pueden comprenderse en cada uno de estos apartados no tienen límite, dada la fluidez de situaciones que pueden presentarse dentro de unas relaciones jurídicas tan complejas como son las de la P. H. Es, por tanto, misión de los Tribunales interpretar las normas de la Ley de 21 de julio de 1960 en orden a los acuerdos que deban adoptarse por unanimidad en materia de obras para aplicarlos adecuadamente a cada concreto supuesto de hecho (18).

*Párrafo segundo.*—Desarrollo del anterior, viene referido a los casos de inasistencia de los propietarios citados en forma a las Juntas en que vayan a tratarse cuestiones que exijan la unanimidad.

Como puede observarse con la simple lectura de este párrafo, se parte en él de una premisa fundamental; la de que el propietario *haya sido debidamente citado*.

Claro es que ello plantea la cuestión de lo que acontecerá si se justifica que alguno o todos los propietarios no hubieren sido

---

(16) Son muy interesantes en orden a este tema las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y Notariado de 5 mayo 1970 y 15 junio 1973, así como la Sent. T. S. de 16 junio 1972.

(17) Aun cuando como indicamos en el texto resulta prácticamente imposible aludir a los múltiples supuestos de obras que pueden requerir la unanimidad, vamos a hacer cita de algunas Sentencias de nuestros Tribunales relativas a las obras comunes.

Entre las mismas, y dictadas por al Sala 1.<sup>a</sup> del T. S., cabe indicar las de 12 mayo 1962, 20 abril 1965, 9 diciembre 1966, 23 abril 1970, 14 abril 1971, 17 mayo 1973 (innovación en elementos comunes), 26 junio 1975, 13 mayo y 21 octubre 1976, 1 diciembre 1977 (hueco en muro de cierre del inmueble para inserción de chimenea).

A su vez, y dentro de la doctrina sentada, por las Audiencias, citaremos por vía de ejemplo las SS. de la Aud. de Bilbao de 7 mayo 1976 (S.A.A.P., 1.<sup>o</sup> Sem., núm. 546, págs. 368/369), relativa a las modificaciones, reparaciones o mejoras que impliquen alteración de la estructura o fábrica del edificio, la de la Aud. de Alicante de 20 enero 1976 (S.A.A.P., 1.<sup>o</sup> Sem., número 540, pág. 346), referida a innovaciones en elementos comunes; la de la Aud. de Madrid de 13 enero 1976 (S.A.A.P., 1.<sup>o</sup> Sem., núm. 541, págs. 365/366) sobre obras en muro perimetral común; la de la Aud. Terr. de Barcelona de 31 mayo 1977 (Bol. Inf. Col. Not. Granada, núm. 287/1977, pág. 893), relativa a un acuerdo autorizando la construcción de una chimenea en el patio de la finca; etc.

(18) En relación con esta función de los Tribunales hemos de hacer referencia a una interesante Sentencia de la Aud. Terri. de Madrid, de fecha 13 de enero de 1976 y a la cual nos hemos referido ya en nota anterior, en cuyo primer Consid. se dice entre otras cosas: «Que como ya tiene declarado esta Sala en otras resoluciones, la Ley de P. H.... en su iniciación *no pudo prever* toda la gama de conflictos que habían de surgir, *siendo manifiestamente insuficiente su normativa, que el Juez, en su labor integradora del Derecho, al interpretarla, debe completar...*».



citados adecuadamente. En nuestra opinión, incumplidos los requisitos formales de la convocatoria, se produce la imposibilidad de celebrar la Junta y si no obstante esto se llevare a efecto los acuerdos devendrán radicalmente nulos siempre que se impugnen en la forma prevenida en la regla cuarta de este artículo (19).

Y siguiendo con el examen de este párrafo diremos, que cumplido el requisito previo de la citación en forma caben dos posibilidades:

- a) Que el citado —o los citados— concurra; o
- b) Que no asista a la Junta.

En el primero de estos casos los asistentes emitirán su voto, siendo preciso que el acuerdo se adopte por conformidad de todos.

En el segundo supuesto, la Junta se celebrará adoptándose el acuerdo con el voto a favor de *todos* los asistentes (20).

Dicho acuerdo *será notificado de modo fehaciente* a los propietarios no asistentes, los cuales tienen un mes de plazo a contar de dicha notificación para manifestar *en la misma forma* su discrepancia.

Procederemos a contemplar estos aspectos del párrafo que estamos estudiando.

Adoptado el acuerdo con el voto unánime de todos los asistentes, para su validez y ejecutividad se precisa que concurren los siguientes requisitos:

a) *Notificación fehaciente y detallada* del mismo a los no asistentes. En orden a este requisito nos cabe indicar:

1.º Que entendemos por «notificación fehaciente» aquella que por sí misma y de modo indubitado, permite constatar que se ha hecho y ha llegado la comunicación a su destinatario (21).

(19) Decimos que la impugnación debe acomodarse a lo dispuesto en la norma cuarta y no en el párrafo segundo de la primera, que estamos examinando, porque este último viene referido única y exclusivamente al supuesto de que los propietarios hayan sido «debidamente citados».

En consecuencia, entendemos que como la *citación en forma* es una exigencia legal, el incumplimiento de dicho requisito lleva en sí una clara infracción de la normatividad vigente y consiguientemente el encaje de la impugnación no puede ser otro que en dicha regla cuarta.

(20) Decimos «el voto a favor», por cuanto si alguno de los asistentes votare en contra es evidente:

- a) Que no puede entrar en juego el contenido de éste párrafo; y
- b) Que en todo caso, al no haberse adoptado el acuerdo por *unanimidad de los presentes*, carecerá de validez.

Por otra parte cabe también indicar, que si no obstante la invalidez del acuerdo así adoptado el mismo tratase de ejecutarse, estimamos que en tal caso la regla a aplicar sería la cuarta de este artículo.

(21) Sobre la «notificación fehaciente» puede consultarse nuestra cit. ob. *La Ley...*, 2.ª edic., págs. 577 y 911.

A su vez en apoyo de lo indicado en el texto cabe aludir a la doctrina de nuestros Tribunales, que consideran «notificación fehaciente» a estos efectos:

*La hecha por carta certificada* Sent. Aud. Palma de Mallorca de 4 febrero 1971 (S.A.A.P., 1.º Sem., núm. 260, págs. 188/189).

*La verificada por simple carta si a ella contesta el requerido* Sent. Aud.

2.º Que ha de ser además *detallada*, término este que consideramos debe entenderse en el sentido de con *indicación precisa del asunto para el que se requiere la unanimidad* (22) del acuerdo adoptado así como el resultado de la votación (23).

3.º *Que transcurra un mes a contar desde la notificación fehaciente del acuerdo, sin que se manifieste por los no asistentes la discrepancia.*—El primer comentario que nos sugiere este requisito es el relativo a la computación del «mes» a que se refiere el párrafo que estamos comentando.

---

Madrid, 12 febrero 1970 (S.A.A.P., 1.º Sem., núm. 287, págs. 188/189). Id. misma Aud. 30 junio 1972 (S.A.A.P., 1.º Sem., núm. 147, págs. 100/101).

En relación con esta forma de «notificación», una Sent. de la Aud. de Salamanca de 18 febrero 1975 (S.A.A.P., 1.º Sem., núm. 438, pág. 326), relativa a la *notificación* del pago de cuotas atrasadas, dice: «... entendemos que ésta (se refiere a la notificación por carta) no puede nunca producir los efectos deseados, pues dejando a un lado los correctos argumentos de la parte apelada, de no ser la comunicante quien notifica, sino el letrado, de que éste no tenía poder y de que las cantidades reclamadas por carta no corresponden a los litigiosos, no se puede olvidar que en las notificaciones practicadas por correo habrá de estarse a lo establecido en la O. M. de Gobernación de 20 de octubre de 1958, y es suficiente una somera lectura de esta Orden para ver que la notificación por carta sin más requisitos que los que se alegan por la parte actora y constan en autos, *no produce ni a efectos siquiera fueran administrativos valor probatorio alguno con consecuencias de prueba documental*, por ello entiende este Tribunal que la notificación carece a los efectos procesales pretendidos del más mínimo valor jurídico».

No estamos plenamente conformes con la Sentencia a la que acabamos de referirnos y menos aún con ese «... *no puede nunca producir los efectos deseados...*», si con dicha frase se ha querido el Juzgador referir a todas las «notificaciones» por simple carta.

Y no podemos estarlo porque lo estamos con las Sentencias de la Aud. de Madrid que más arriba hemos indicado bajo el epígrafe «La verificada por simple carta si a ella contestó el requerido», desde el momento en que si éste efectivamente admitió haber sido notificado, aun cuando ello se hubiere realizado por simple carta, en nuestra opinión esto lleva implícita la suficiente «fehacencia» a los efectos de lo prevenido en el artículo 16 —Primera—, II de la Ley de P. H.

*La realizada por vía notarial o judicial* Sent. Aud. Palma de Mallorca de 4 febrero 1971 (S.A.A.P., 1.º Sem., núm. 260, págs. 188/89). Sent. Aud. Madrid de 2 abril 1976 (S.A.A.P., 1.º Sem., núm. 534, págs. 360/361).

*La hecha en acto de conciliación* Sent. Aud. Granada de 2 de febrero 1976 (S.A.A.P., 1.º Sem., núm. 526, pág. 353); Sent. Aud. Palma de Mallorca de 20 mayo 1976 (S.A.A.P., 1.º Sem., núm. 532, págs. 358/359).

*La llevada a cabo a través de las convocatorias publicadas en el boletín de anuncios instalado en el inmueble* Sent. Aud. Madrid de 28 febrero 1973 S.A.A.P., 1.º Sem., núm. 322, pág. 202; Sent. misma Aud. 25 marzo 1977, S.A.A.P., 1.º Sem., núm. 488, pág. 309).

(22) Aspecto éste que por otra parte debió figurar ya en la citación.

Interesante respecto de este requisito es la Sentencia Sala 1.ª T. S. de 21 mayo 1976, cuyo Consid. 3.º, que afecta también a este extremo, transcribimos en nota 29.

(23) Agregamos «así como del resultado de la votación», por entender que tanto si no hubo unanimidad las posibilidades de «impugnación» son mayores, como que el término *detallada* es comprensivo de la indicación del resultado de la votación.

Y decimos esto, porque mientras aquí el legislador emplea el término *mes*, en la regla cuarta, párrafo segundo de este mismo precepto utiliza el de «*treinta días*».

El hecho puede en ocasiones tener importancia, toda vez que si bien cuando se promulgó la Ley de P. H. ambos plazos eran en realidad iguales por virtud de lo dispuesto en el artículo 7.º del Código civil, en la actualidad, después de la reforma introducida en el Título Preliminar del mismo Cuerpo legal por Decreto 1836/1974, de 31 de mayo, y de conformidad con lo dispuesto en el actual artículo 5.º, 1, pueden existir entre ambos plazos diferencias de hasta tres días (24).

Por otra parte cabe también indicar, que la computación del plazo que estamos contemplando *será de fecha a fecha* como dice el citado artículo 5.º, 1 del Código civil y que en él *no se excluirán los días inhábiles* (art. 5.º, 2 Cód. civil).

Transcurrido el mes sin hacer constar la discrepancia, los no asistentes quedarán vinculados por el acuerdo. Es importante hacer constar, que la *discrepancia* para que produzca sus naturales efectos *deberá manifestarse en la misma forma* que la notificación del acuerdo, esto es, por escrito y *fehacientemente* (25).

Resulta por tanto evidente, que el acuerdo adoptado en las circunstancias que estamos contemplando no podrá llevarse a cabo hasta que transcurra el mes que la Ley establece de plazo para su impugnación (26).

Sin embargo, es la propia Ley quien establece la excepción, cuando en este mismo párrafo nos dice: «... salvo que antes manifestaren (27) su conformidad».

Vemos, por tanto, cómo se distinguen por el legislador dos formas de aceptación del acuerdo en estos supuestos:

a) La que pudiéramos llamar real y efectiva, que surge por *la conformidad* antes de transcurrido el mes.

b) La que denominamos *tácita* o *presunta*, por cuanto supone

(24) En efecto, tengamos en cuenta que según dicho precepto «... si los plazos estuvieren fijados por meses..., se computarán de fecha a fecha. cuando en el mes del vencimiento no hubiera día equivalente al inicial del cómputo, se entenderá que el plazo expira el último del mes».

Sobre esta base legal supongamos que la notificación fehaciente del acuerdo al propietario no asistente se hace el día 31 de enero. Según el artículo 5.º, 1, el plazo comienza a contarse el mismo día 31 de dicho mes. Mas como febrero sólo tiene 28—o a la sumo 29—días y según el último párrafo del artículo 5.º, 1, en estos casos se entenderá que el plazo expira el último del mes, resulta que los días reales serán 28—o a lo sumo 29—en lugar de 31.

(25) Damos por reproducido en orden a la *fehaciencia* lo que indicamos en nota 21.

(26) Constituye ésta una radical diferencia entre el supuesto que contempla la regla primera del artículo 16 y la cuarta del mismo precepto, por cuanto como veremos cuando procedamos al estudio de esta última, los acuerdos a que la misma se refiere son provisionalmente ejecutivos, salvo que el Juez ordene su suspensión.

(27) Los no asistentes.

dejar transcurrir el mes sin manifestar en forma la disconformidad con el acuerdo.

Pero hasta aquí hemos estado aludiendo únicamente al supuesto de que alguno o varios de los propietarios no asistieren a las Juntas en que vayan a adoptarse acuerdos en los que sea precisa la unanimidad.

Mas, ¿qué acontecerá si alguno de dichos propietarios asistiere a la Junta y antes de la adopción del acuerdo se ausentare de la misma?

La Ley establece: «Los propietarios que, debidamente citados, no hubieren asistido a la Junta...», lo que en principio parece eliminar a quienes habiendo asistido a sus comienzos se ausentaren sin esperar a la adopción o rechazo del acuerdo.

Sin embargo, hemos de tener en cuenta:

a) Que la Regla Primera del artículo 16 distingue en orden a los acuerdos que hayan de adoptarse por unanimidad entre una *presencia física* y otra *legal*. La primera supone la asistencia personal de cada propietario, mientras que la segunda deriva de la notificación fehaciente del acuerdo a los propietarios que habiendo sido citados en forma, no asistieren en persona a la Junta (28).

b) Que estos propietarios no han emitido voto ni por tanto manifestado su opinión.

c) Que en consecuencia ello crea una situación análoga a la falta de presencia inicial a la Junta.

d) Que lo esencial en estos casos es la adopción del acuerdo y el conocimiento de lo acordado por quienes se ausentaron o no asistieron a la Junta, como lo acredita la propia regla Primera en su párrafo Segundo al decirnos que los no asistentes serán notificados «... de modo fehaciente y detallado del acuerdo adoptado por los presentes», hechos estos —adopción del acuerdo y conocimiento del mismo— que evidentemente no se han operado al tener lugar la salida de la Junta antes de la aprobación de los acuerdos.

Por todo ello, estimamos, que en el presente supuesto será de aplicación lo dispuesto para los casos de no asistencia a la Junta (29).

---

(28) Sobre lo relativo a la presencia *física* y la *legal*, es interesante la Sent. de la Aud. de Palma de Mallorca de 4 febrero 1971 (S.A.A.P., 1.º Sem., número 260, págs. 188/189, 2.º Consid.).

(29) Nos permitimos llamar la atención a estos efectos sobre una Sentencia de la Sala 1.ª del T. S., la de 21 mayo 1976, que contempla un caso semejante al aquí planteado, lo que prueba no se trata de un supuesto de laboratorio y sí real.

En dicha resolución, Consid. tercero, se dice lo siguiente: «Que el primero de los preceptos invocados en el motivo cuya interpretación errónea se acusa, si se examina en su conjunto y espíritu, se llega a la conclusión de que lo que exige y trata de garantizar es, que aquellos acuerdos en que se requiera para su aprobación la unanimidad de todos los dueños, por afectar al título constitutivo o a los Estatutos, no pueda llegarse a estimar la existencia de aquella, por la inactividad de oposición de alguno de ellos que el propio precepto autoriza transcurrido el plazo de un mes, sin que resulte acreditado la notificación fehaciente del acuerdo o

A su vez y con relación al plazo de un mes que hemos estado comentando diremos, que en nuestra opinión se trata de un plazo de caducidad y no de prescripción (30).

Pero sigamos con el examen de la frase «... *no manifiestan en la misma forma su discrepancia...*», por estimarla muy interesante, tanto en orden a la rica problemática que su estudio puede plantear como a los efectos de las posibles impugnaciones del acuerdo.

Así la primera cuestión que el párrafo transcrito puede plantear, es la de inquirir a quién se ha querido referir el legislador al emplearla. Y decimos esto, porque lo único preciso que el mismo nos indica en la frase que estamos comentando es que la *discrepancia* deberá manifestarse «... *en la misma forma...*» que a los no asistentes se les dio conocimiento del acuerdo.

En nuestro modo de ver, de las frases a que nos estamos refiriendo extraemos la consecuencia de que la discrepancia en cuestión deberá exponerse o manifestarse a la Junta de propietarios por medio de su Presidente, ya que al fin y al cabo fue dicha Junta la que adoptó el acuerdo objeto de discrepancia.

Por otra parte y en apoyo de esta idea cabe alegar lo dispues-

---

acuerdos en cuestión, es decir, sin género alguno de dudas y en forma que pueda hacer fe en juicio, el hecho de que aquél tuvo conocimiento exacto de la aprobación del acuerdo y sus términos, y si bien la exigencia de la notificación, según la literalidad de la redacción del indicado precepto, *hace referencia a los condueños que no hayan asistido a la Junta*, es evidente que *cuando se hayan ausentado antes de su terminación, ha de constar acreditado que aquel conocimiento lo tuvo con anterioridad al momento de su ausencia*, por haberse llegado a la aprobación del acuerdo, no sólo en principio sino en los términos de su enunciado o articulado, si se trata de los Estatutos, *pues sobre este conocimiento completo o perfecto opera la exclusión de la exigencia de la notificación posterior fehaciente*, que no puede ser suplida por una presunción que como en la que se apoya el Tribunal de Instancia, es atacada a través del mismo motivo del recurso, acusándose la violación del artículo 1.253 del Cód. civ., y en que las conclusiones fácticas de que se deduce, no afirma dicho exacto conocimiento ni que la aprobación de los acuerdos en los términos y con el alcance que queda anteriormente expresado, se hubiera logrado con anterioridad a que la actora se ausentara de las Juntas, no bastando para acreditarlo la presunción de no ser verosímil, sin prueba de la necesidad que la impulsó a ello, *se ausentara la actora de las reuniones o Juntas sin conocer el acuerdo recaído...*».

4.º CONSID.: Que sentado lo que precede, *visto que la demandada no consta tuviera conocimiento exacto y completo de lo acordado, hasta el requerimiento notarial realizado a su instancia...*».

(30) En este sentido y para el plazo de 30 días marcado en la regla cuarta de este artículo, se manifiestan las siguientes resoluciones: Sent. Aud. de Barcelona de 29 septiembre 1969 (Rv. Jur. Cat 1969, págs. 1034/35), Sent. Aud. de Madrid de 12 febrero 1970 (S.A.A.P., 1.º Sem., núm. 287, págs. 188/189); Sent. misma Aud. 10 noviembre 1977 (S.A.A.P., 2.º Sem., núm. 552, página 320).

También la Sent. Aud. Valladolid de 3 junio 1976, así como la de la Audiencia de Madrid de 10 noviembre 1977 (S.A.A.P., 2.º Sem., núm. 552, página 320), etc.

to en el artículo 13 de la Ley de P. H., concretamente en su número quinto.

En cuanto a la forma de manifestarse la discordancia, entendemos deberá ser por escrito, el cual habrá de dirigirse al Presidente de la Comunidad de propietarios, habida cuenta la que se dispone en el artículo 12 de la Ley de P. H.

Y ya está iniciado el camino que apunta la regla primera del artículo 16, cuando habiéndose adoptado un acuerdo por unanimidad no haya asistido a la Junta alguno o varios de los propietarios y cualquiera de dichos ausentes manifieste su discrepancia respecto del acuerdo en la forma que se deja indicada.

El siguiente paso a seguir será en nuestra opinión convocar nueva Junta, en la que se tratará el tema de la discrepancia surgida (31).

La convocatoria para la misma habrá de acomodarse a los trámites establecidos en el artículo 15 de la Ley, y si a la misma no asistieren los contradictores somos de la opinión que su inasistencia surtirá los mismos efectos que la conformidad a que se alude en esta regla primera, párrafo segundo, inciso último, por cuanto supone una conformidad tácita.

A su vez si celebrada la Junta y habiendo acudido a la misma todos los propietarios el acuerdo se confirmare, creemos quedará abierta a los discrepantes la vía procesal, aspecto éste que estudiaremos más adelante.

*Norma Segunda.*—Referida a los acuerdos mayoritarios, viene inspirada en un criterio de comparación eliminativa con la norma primera, según se deduce de la frase «*Para la validez de los demás acuerdos...*», criterio que produce la inclusión de esta norma de todos aquellos para los que no sea precisa la unanimidad.

La enorme amplitud de este criterio «comparativo-eliminativo», si bien en cierto modo plausible en materia que puede ser tan conflictiva como la adopción de acuerdos en estas Juntas, puede ser un tanto peligroso en razón de su incertidumbre. Somos, por tanto de la opinión que en esta materia como en la generalidad de las referentes a la P. H., el buen criterio de los propietarios y en su última consecuencia el de los Tribunales, servirán para resolver los problemas que este párrafo pueda plantear en orden a la determinación de los acuerdos que puedan adoptarse por mayoría (32).

---

(31) Por cierto que estamos hablando de «discrepancia» y aún no hemos indicado cuál pueda ser su significado.

La Ley nada dice en orden a dicho extremo, más si ponemos en conexión la redacción de esta regla con las segunda a cuarta, puede llegarse a la conclusión de que este término debe entenderse en el sentido de «desacuerdo» y consiguientemente y en cierto sentido al menos, en el de «imputación».

(32) Una relación exhaustiva de los acuerdos que puedan adoptarse por mayoría es imposible. En nuestra cit. ob. *La Propiedad...*, 2.ª edic., págs. 914 y ss., hacemos una referencia a diversos supuestos que pueden ser objeto de acuerdo mayoritario.

Otro aspecto interesante de estos acuerdos es el relativo a las formalidades precisas para la válida constitución de la Junta. A tales efectos hemos de tener en cuenta, que la Norma Segunda que estamos estudiando distingue los siguientes supuestos:

- a) Acuerdos en primera convocatoria (art. 16, segunda, I)
- b) Acuerdos en segunda convocatoria (art. 16, segunda, II).
- c) Acuerdos cuando no pueda lograrse la mayoría en la forma que previenen los documentos anteriores (art. 16, segunda, III).
- d) Supuestos especiales de acuerdos por mayoría (art. 9.º, tercera y Disposición Transitoria segunda).

a) *Acuerdos en primera convocatoria.*—Para la válida adopción de acuerdos por mayoría en primera convocatoria, se requiere «el voto de la mayoría total de los propietarios que, a su vez, representen la mayoría de las cuotas de participación».

Entendemos que la mayoría de las cuotas de participación, habrá de ser, como la de los propietarios, total.

Esta convocatoria puede quedar sin efecto por las siguientes causas:

1. Cuando no concurren la mayoría del total de los propietarios.
2. Cuando aun concurriendo dicha mayoría personal, no exista mayoría de cuotas de participación.
3. Cuando no concorra ninguna de dichas mayorías.

Por cierto, que tal como se encuentra redactado el párrafo segundo de la norma segunda del artículo 16, el legislador parece haber otorgado prevalencia a la mayoría personal sobre la de cuotas de participación al establecer «Si la mayoría no pudiera obtenerse por falta de asistencia de los propietarios...». Y decimos esto, porque si bien en el párrafo primero se alude a «la mayoría total de los propietarios que, a su vez, representen la mayoría de las cuotas de participación», lo cierto es que en el párrafo segundo se prescinde en absoluto del «... que, a su vez, representen la mayoría de las cuotas de participación».

b) *Acuerdos en segunda convocatoria.*—Según el párrafo segundo de la norma que estamos contemplando, los requisitos para llevar a cabo esta convocatoria son los mismos que para la primera.

Varía, sin embargo, el régimen cuantitativo de mayoría para la adopción de acuerdos válidamente, ya que en esta convocatoria es suficiente «... la mayoría de asistentes, siempre que ésta represente, a su vez, más de la mitad del valor de las cuotas de participación».

Vemos, pues, cómo varía en relación a la primera convocatoria la formación de las dos mayorías: personal y de cuotas.

La *personal*, ya no se computa aquí sobre el *total* de los propietarios, sino única y exclusivamente *sobre los asistentes*.

A su vez, *la de cuotas*, tampoco se forma sobre el total de las mismas, sino sobre las de los presentes, fijándose como tope mínimo para la constitución de dicha mayoría que representen «... más de la mitad del valor...» de las de los asistentes.

c) *Acuerdos cuando la mayoría no pueda lograrse en primera ni segunda convocatoria.*—Viene contemplado este supuesto en el párrafo tercero de la norma primera del artículo 16, a tenor del cual:

«... el juez, a instancia de parte deducida en el mes siguiente a fecha de la segunda convocatoria, y oyendo en comparecencia a los contradictores previamente citados, resolverá en equidad lo que proceda dentro de los veinte días, contados desde la petición, haciendo pronunciamiento sobre el pago de costas».

Con objeto de no dar lugar a confusión y teniendo en cuenta el carácter fundamentalmente adjetivo de este párrafo, llevaremos a cabo su estudio dentro de la parte procesal del presente trabajo.

d) *Supuestos especiales en orden a la adopción de acuerdos por mayoría.*—Además de los recogidos en el artículo 16, segunda de la Ley de P. H., existen en ésta otros aspectos que regulan supuestos de acuerdos mayoritarios, tal acontece con el artículo 9.º, tercera y con la Disposición Transitoria segunda que vamos a examinar.

1. *Mayoría del artículo 9.º, tercera.*—Entre las obligaciones que se contienen en el artículo 9.º de la Ley de P. H., la tercera viene referida al deber que tiene todo propietario de piso o local sito en inmueble sujeto al régimen de P. H. de «Consentir en su piso las reparaciones que exija el servicio del inmueble y permitir en él las servidumbres imprescindibles requeridas por la creación de servicios comunes de interés general, acordados por las cuatro quintas partes de los propietarios en las condiciones prevenidas en el artículo siguiente...».

La mayoría, por tanto, en este concreto supuesto es de las *cuatro quintas partes de los propietarios* del inmueble. Se trata, pues, de una mayoría personal y no de cuotas.

Por otra parte, entendemos, que si esta mayoría no pudiera constituirse en primera convocatoria por falta de asistencia de propietarios, podrá hacerse una segunda convocatoria por aplicación analógica de lo dispuesto en el artículo 16, segunda de la Ley de P. H. (33).

2. *Mayoría contemplada en la Disposición Transitoria segunda.*—Viene referida dicha Disposición a aquellas situaciones anteriores a la vigencia de la Ley de 1960, en las que sus Estatutos hubieren sancionado los derechos de tanteo y retracto en favor de los propietarios.

Para que este estado de cosas pudiera persistir en la nueva legislación, se hace preciso convocar una Junta en la que el acuerdo

---

(33) Decimos analógica, ya que no se trata del mismo supuesto desde el momento que el sistema de formación de las mayorías es completamente distinto.

Por otra parte y después de la reforma del Título Preliminar del Código civil en 1974, la aplicación analógica de las normas viene recogida en el artículo 4.º, 1, de dicho Cuerpo legal, por cierto con criterio que parece inspirado en este concreto supuesto que estamos contemplando.



de mantener dicho *status* ha de adoptarse por una mayoría «... que represente, al menos, el 80 por 100 de los titulares...».

Se trata, al igual que en el supuesto anterior, de una mayoría personal o de número y no de cuotas.

A su vez y a diferencia de lo que indicábamos para la mayoría especial del artículo 9.º, tercera, en ésta somos de la opinión de que no habrá más que una convocatoria (34).

La razón de que mientras para la adopción del acuerdo a que se refiere dicho artículo 9.º, tercera, estimemos aplicable por analogía el artículo 16, segunda, II, mientras que para el que ahora estamos contemplando rechazemos tal posibilidad, radica:

a) En que mientras la mayoría a que se refiere aquel precepto tiene por objeto sancionar una obligación establecida en la Ley de P. H. y dirigida al mejor uso y disfrute del inmueble mediante la *creación de nuevos servicios comunes de interés general*, la regulada en esta Disposición transitoria se dirige a mantener o eliminar una situación derogada y prohibida por la legislación vigente.

b) Ello hace que en nuestro modo de ver, mientras el artículo 9.º obligación tercera deba ser interpretado con criterio amplio la citada Disposición transitoria haya de serlo restrictivamente.

c) Por último hemos de hacer especial referencia a la frase «... *salvo que en nueva Junta...*» que figura en esta Disposición.

Y decimos esto, por cuanto la misma nos parece da a entender con la suficiente claridad que la mayoría del 80 por 100 de los titulares *o resulta de esa nueva y última Junta*, o los derechos de tanteo y retracto a que la misma se refiere se entenderán eliminados de los Estatutos.

3. *Otras formas de viabilización de los acuerdos adoptados en las Juntas de propietarios.*—Los supuestos que aquí vamos a contemplar vienen referidos a los acuerdos que requieren unanimidad, dado que en los de mayoría las situaciones que aquí examinaremos no tienen razón de ser.

Por otra parte, hemos de indicar, que si bien la legalidad vigente admite únicamente dos formas de adoptar acuerdos, por unanimidad y por mayoría, es lo cierto que la práctica cotidiana nos muestra cómo una cosa es la forma de adopción de dichos acuerdos y otra la de constituir las mayorías o la unanimidad.

Ello ha dado lugar a que la doctrina jurisprudencial en su constante labor de acomodación del *ius* a la realidad social, nos diga que la *unanimidad* puede constituirse:

a) Por asistencia y voto personal de los propietarios.

b) *Por consentimiento tácito* (35), término este que en alguna

(34) Vid. sobre esto nuestra cit. ob., pág. 920.

(35) Además de las Sentencias que hemos dejado indicadas en nota 9 sobre «consentimiento tácito», pueden también verse las siguientes: Aud. de Valencia de 17 octubre 1962 (en Rev. Der. Jud., núm. 13/1963, págs. 130 y ss., 3.º Considera.); la de la Aud. de Sevilla de 6 mayo 1969 (S.A.A.P., 1.º Sem., página 577, núm. 491); la de Aud. de Valencia de 24 febrero 1970 (S.A.A.P.,

ocasión ha dado lugar a que por los Tribunales se distinga entre la «unanimidad de presencia física» y la «unanimidad legal» (36).

A su vez y en orden a los acuerdos que requieren *mayoría*, es interesante la posibilidad de lograr la realización de obras extraordinarias que requieran aquélla (37) sin que la misma se haya conseguido.

Nos referimos al supuesto que contempla el artículo 16, tercera de la Ley de P. H., esto es, cuando el acuerdo mayoritario se estime gravemente perjudicial para los propietarios que representen la cuarta parte de las cuotas de participación.

Sin perjuicio de examinar esta regla con mayor detenimiento en el siguiente epígrafe y con motivo de contemplar los aspectos formales del artículo 16, si queremos indicar que en el supuesto en ella regulado se opera la sustitución del acuerdo de la mayoría por la «decisión judicial».

II) *Aspectos de Derecho procesal.*—Como indicamos al comienzo de este trabajo con ocasión de trazar su desarrollo sistemático, nos vamos a ocupar aquí de estudiar la parte procesal del artículo 16 de la Ley de P. H., aspecto este que viene recogido y regulado en las normas segunda, II a quinta del mismo.

*Norma primera.*—Aun cuando acabamos de indicar que los aspectos procesales del artículo que estamos estudiando se contienen en las reglas segunda a quinta, creemos conveniente hacer unas breves referencias a la primera bien que en ella no exista, aparentemente al menos, alusión procesal alguna.

¿Por qué entonces esta especie de disgresión procesalista? Sencillamente, porque en nuestra opinión el hecho de que el legislador no haya hecho una específica y concreta referencia a dicho aspecto, no es obstáculo para estimar que efectivamente en dicha regla existen implicaciones de carácter procesal, desde el momento en que en ella se hace referencia a «la discrepancia» con los acuerdos adoptados por unanimidad, término este que quiérase o no sólo puede tener un cauce y desarrollo adecuado, el procesal.

El problema radica en determinar cuál pueda ser la forma a que deban acomodarse dichas discrepancias, ya que el artículo 16 nada dice sobre ello ni en esta regla ni en ninguna de las restantes.

Y para resolverlo en la medida de lo posible, no vemos otra

1.º Sem., núm. 590, págs. 367/368); Aud. de Madrid de 30 junio 1972 (S.A.A.P., 1.º Sem., núm. 147, págs. 100/101), que habla de *consentimiento presunto del propietario no asistente*; etc.

(36) De estos dos tipos de «unanimidad», la segunda, o sea la «legal», sería la equivalente al «consentimiento tácito»:

La distinción de que hemos hablado en el texto, viene recogida en la Sentencia de la Aud. Terr. de Palma de Mallorca de 4 febrero 1971 (S.A.A.P., 1.º Sem., núm. 260, págs. 188/189).

(37) Como pueden ser, por ejemplo, aquellas que no impliquen modificación de las cuotas de participación ni alteración en la descripción del inmueble o sus pisos y locales.

vía que la de acudir a la práctica forense y a la doctrina tanto científica como jurisprudencial.

Así las cosas, lo primero que cabe indicar es que la iniciación del «iter procesal» exige como condicionamiento preliminar y a título de lo que bien pudiéramos denominar «requisito previo de procedibilidad», el manifestar a la Junta dentro del plazo de un mes a contar desde la notificación del acuerdo la discrepancia con el mismo, remitiéndonos en orden a la forma de manifestarse ésta a lo que indicamos al examinar el aspecto material de la regla que estamos contemplando.

El problema puede surgir cuando a la Junta hubieren acudido los contradictores y expuestas por los mismos las razones en apoyo de su discrepancia, la Junta confirmare el acuerdo.

En efecto, el mecanismo de las Juntas en estos casos es el siguiente: Hecha en forma la convocatoria y tratándose de acuerdos que deban adoptarse por unanimidad, si no acuden a la misma alguno o varios propietarios se les notificara fehacientemente el acuerdo adoptado por los asistentes.

Los ausentes, en el plazo del mes que se les concede en esta norma y en la forma que indicamos en su lugar, muestran su disconformidad lo que da lugar a la celebración de la nueva Junta a que nos acabamos de referir y en la cual se confirma por todos los asistentes menos los contradictores dicho acuerdo.

En favor de su ejecutividad se encuentra la especial naturaleza de las relaciones derivadas del régimen de P. H., que hacen necesario interpretar sus normas en el sentido de favorecer en la medida de lo posible el espíritu de convivencia que debe imperar en dichas relaciones, impidiendo dentro de los límites de la Justicia y equidad que tanto los propietarios intransigentes como los poco respetuosos con los intereses comunes, puedan causar graves perjuicios a los demás.

Más por otra parte no debe tampoco olvidarse que los acuerdos han de adoptarse teniendo en cuenta los claros dictados de la Ley, y que aquellos que deban adoptarse por unanimidad vulneran la misma si se adoptan por mayoría. E igualmente deberá tenerse en cuenta, que en el ámbito del respeto a los intereses comunes y al principio de convivencia entra también la necesidad de impedir que los intereses minoritarios puedan verse desconocidos e incluso atacados, así como también que el régimen de P. H. es una figura compleja en la que se combinan la propiedad privada de los pisos y locales susceptibles de aprovechamiento independiente, con la comunitaria de los elementos y servicios comunes.

Y así centrada la cuestión, estimamos que para intentar solucionarla en la medida de lo posible se hace necesario acudir a la interpretación sistemática de la norma, sin olvidar el espíritu y finalidad de la misma (art. 3.º, 1 del Código civil) ni la analogía (art. 4.º, 1 del mismo Cuerpo legal).

Pues bien, la interpretación sistemática y la analógica proyectan aquí nuestra atención sobre la regla cuarta de este artículo 16, por

cuanto viene referido a acuerdos «*contrarios a la Ley...*», supuesto ante el que en principio al menos nos hallamos, desde el momento en que debiendo ser adoptado por unanimidad el acuerdo lo es por mayoría.

Y ello supuesto nos encontramos con que como se dice en esta regla «... *el acuerdo será provisionalmente ejecutivo, salvo que el Juez ordene la suspensión*», dando aquí por reproducido lo que indicaremos más adelante al tratar específicamente de esta regla.

Pero no concluyen aquí los problemas ya que es preciso determinar como indicábamos al comienzo de este epígrafe, cuál pueda ser la forma a que deba acomodarse el tratamiento de la «discrepancia» presentada a la Junta.

Como decíamos también en dicho lugar, lo primero que habría de resolverse es si efectivamente la discrepancia formulada en la forma que hemos indicado caso de confirmarse el acuerdo, es o no susceptible de someterse al conocimiento de los Tribunales habida cuenta que la regla que estamos estudiando nada dice en orden al tema.

Creemos que sí. Y ello por la misma razón en que nos hemos apoyado para resolver el problema de la ejecutividad provisional del acuerdo, esto es, por vía de la interpretación sistemático-analógica y acudiendo a lo dispuesto en la regla cuarta.

Por otra parte estimamos que resultaría una antinomia aplicar analógicamente dicha regla a la ejecutividad provisional y no a la vía judicial que puede seguirse para resolver la discrepancia.

Partimos pues de que para nosotros, contra el acuerdo adoptado por la Junta ante la reclamación formulada por los opositores ratificando el recurrido cabe acudir a la vía jurisdiccional. Mas, ¿cuál será el proceso adecuado? Y nuevamente nos encontramos aquí con el silencio legal, ya que la regla primera del artículo 16 nada dice sobre este extremo.

Sin embargo, para nosotros y habida cuenta lo hasta ahora dicho, la solución del problema no es ya difícil toda vez que estimamos perfectamente aplicable todo cuanto indicábamos al tratar del tema de la «ejecutividad provisional».

Así y supuesto que la ratificación del acuerdo impugnado supone un acto contrario a la Ley por cuanto exige unanimidad, ello nos lleva a la regla cuarta con todas sus consecuencias (38).

*Examen de la Norma segunda, II del artículo 16 de la Ley de Propiedad Horizontal.* En ella se dice lo siguiente:

«Cuando la mayoría no se pudiese lograr por los procedimientos establecidos en los párrafos anteriores, el Juez, a instancia de parte deducida en el mes siguiente a la fecha de la segunda junta, y oyendo en comparecencia a los contradictores previamente citados, resolverá en equidad lo que proceda dentro de veinte días,

---

(38) Nos remitimos, pues, a lo que sobre el tema diremos cuando procedamos a examinar dicha regla en su aspecto procesal.

contados desde la petición, haciendo pronunciamiento sobre el pago de costas.»

Lo primero que salta a nuestra vista de la contemplación de este párrafo en conexión con los dos anteriores, es que los acuerdos mayoritarios en el régimen de P. H. pueden ser adoptados:

- a) Convencionalmente; y
- b) Judicialmente.

El primero de estos sistemas constituye evidentemente la regla general, mereciendo el segundo, que es precisamente el que aquí vamos a estudiar, el carácter o consideración de excepcional por cuanto como muy claramente previene esta tercera regla únicamente podrá entrar en juego cuando resulte imposible lograr la mayoría por los medios establecidos en los párrafos anteriores.

Nos encontramos por tanto con que la imposibilidad de obtener dicha mayoría convencionalmente, viene a constituir un requisito *sine qua nom* para que pueda acudir a la forma judicial (39).

Y supuesto que ello acontezca, pasamos a contemplar tanto cuál sea o pueda ser la fórmula judicial adecuada como dentro de ella sus requisitos: legitimación, competencia, etc.

a) *Plazo para acudir a la presencia judicial.*—Se establece en la regla que estamos comentando en orden al plazo, que la «... instancia de parte...» deberá ser presentada al Juez «... en el mes siguiente a la fecha de la segunda junta...».

El primer punto que vamos a comentar es el relativo a cómo debe entenderse la frase «... el mes...» empleada por el legislador en este párrafo y en la que se refiere a su computación.

A tales efectos cabe indicar que después de la reforma introducida en el Código civil por la Ley de 31 de mayo de 1974, el artículo 5.º de dicho Cuerpo legal y el 305 de la Ley de Enjuiciamiento civil han unificado sus criterios, coincidiendo en lo que a la computación de los días inhábiles se refiere.

En consecuencia «... el mes siguiente...» a que se refiere la regla segunda, II de la Ley de P. H., entendemos habrá de computarse de fecha a fecha, y si «... en el mes de vencimiento no hubiere día equivalente al inicial del cómputo, se entenderá que el plazo expira el último día del mes» (art. 5.º C. c.).

Mas con lo indicado no queda agotado el tema del plazo para acudir a la presencia judicial, ya que estimamos que la frase «... en el mes...», que acabamos de comentar, debe completarse con el examen de las otras que indicábamos al comienzo de este epígrafe.

Procederemos pues a considerar cómo debe entenderse el párrafo «... siguiente a la fecha de la segunda junta...», distinguiendo a su vez en él lo relativo a «... siguiente a la fecha...» y «... de la segunda junta...».

---

(39) Por nuestra parte ya hemos indicado, con ocasión de tocar el tema en nuestra cit. ob. *La Ley...*, 2.ª edic., pág. 1029, a), que dicho requisito lo estimamos como «previo de procedibilidad», opinión que ratificamos aquí.

Dicha frase refuerza en nuestra opinión la idea de que se está aludiendo aquí a meses naturales y por tanto de treinta días. pudiendo en consecuencia presentarse la instancia en cualquiera de ellos si bien debe tenerse cuidado con que como dice el artículo 5.º, 1 del Código civil, si en ese mes «siguiente» no hubiere día equivalente al inicial del cómputo, se entenderá que el plazo expira el último día de dicho mes.

Por otra parte y habida cuenta la redacción del citado párrafo, entendemos que la instancia en cuestión podrá presentarse durante todo el período de tiempo que se encuentra comprendido en esos treinta días siguientes a la fecha de la segunda Junta y, en consecuencia, desde el referido día hasta el equivalente del mes siguiente si lo hubiere y en otro caso hasta el día último de dicho mes (40).

Y únicamente nos falta por examinar la frase «... de la segunda Junta...» que emplea también el párrafo tercero de la regla segunda, a la que se remite la norma tercera que estamos contemplando.

Es claro, dada la redacción del citado párrafo, que el legislador contempla únicamente el supuesto de la segunda Junta, cosa por otra parte perfectamente razonable habida cuenta la letra de los párrafos primero y segundo de la norma segunda en lo relativo a la adopción de acuerdos por mayoría.

Cabría sin embargo inquirir, al menos en principio, si la computación del plazo indicado debe comenzar a partir de la celebración de la citada Junta o de la notificación del «no acuerdo» a los que no hubieren asistido a la misma.

Y decimos *en principio*, porque acaso con una somera lectura del citado párrafo pudiera estimarse que la computación podría comenzar bien a partir de la celebración de dicha segunda Junta, bien a partir de la notificación del «no acuerdo» a los que no hubieren asistido a ella.

Mas examinando con un poco de atención el párrafo tercero se llega evidentemente a la única solución posible; la de que el plazo de treinta días habrá de comenzar a contarse a partir del día en que la segunda Junta se celebró.

En efecto, los acuerdos por mayoría según dispone la regla segunda del artículo 16 que estamos contemplando, pueden adoptarse en primera o segunda convocatoria. Supuesto que no lo fueren en primera, para la segunda establece el párrafo segundo de la indicada regla que será suficiente la mayoría de los asistentes, siempre que representen más de la mitad del valor de las cuotas de los presentes.

Puede acontecer por tanto: a) Que voten en favor del acuerdo la mayoría de los asistentes, pero éstos no representen la mitad del valor de las cuotas; b) Que el voto en pro del acuerdo sea de la mayoría de las cuotas de los presentes pero no de la mayoría pei-

---

(40) Por ejemplo, si el día siguiente a la segunda Junta fuere el 29 de enero, como febrero salvo en los años bisiesto solamente tiene 28 días, el plazo expiraría precisamente este día.

sonal de los asistentes; c) Que no se logre en favor del acuerdo ninguna de dichas mayorías.

Resulta, por otra parte, evidente que en la *segunda convocatoria* y para la validez del acuerdo, no es preciso dar cuenta del mismo a los propietarios que no hubieren concurrido a la Junta por cuanto nada dice la Ley a este respecto.

En consecuencia, al no ser necesario cumplir con este requisito de la notificación a diferencia de los acuerdos que hubieren de adoptarse por unanimidad (art. 16, primera, II), parece lógico pensar que el plazo de treinta días deba comenzar a contarse desde el mismo en que se celebró la Junta en segunda convocatoria.

b) *Competencia*.—Nada dice el párrafo que estamos examinando en orden a quién sea el Juez competente para entender de la «... *instancia de parte*...» a que el mismo se refiere, ni en orden a la competencia objetiva ni tampoco a la territorial.

Pero sí lo resuelve en la regla quinta del mismo precepto, cuando nos dice que «Será Juez competente para conocer de las cuestiones a que se refieren los números segundo y tercero del presente artículo el municipal o comarcal del lugar en donde esté sita la finca».

Vemos, pues, cómo en la transcrita regla se resuelve el tema de la competencia, tanto en su aspecto objetivo —Jueces Municipales o comarcales (41)—, como en el territorial (42).

c) *Legitimación*.—De la regla y párrafo que estamos estudiando deducimos que se encuentran legitimados para presentar «la instancia» a que el mismo se refiere, única y exclusivamente los no contradictores, esto es, aquéllos que hubieran votado en favor del acuerdo no logrado por falta de mayoría.

Nos fundamos para mantener esta posición en la frase «... y oyendo en comparecencia a los contradictores previamente citados...», que emplea el legislador en el párrafo tercero de esta regla, toda vez que parece evidente que si el juez ha de oír única y exclusivamente en *comparecencia a los contradictores*, ello supone que los mismos nunca se encontrarán legitimados para presentar dicha «instancia».

d) *Tramitación*.—Para nosotros es éste uno de los aspectos más confusos a la vez que necesitados de profunda reforma en la Ley de P. H., razón por la cual vamos a dedicarle especial atención.

Mas antes de adentrarnos en el estudio de la cuestión, estimamos conveniente hacer una referencia a la especial naturaleza, caracteres y circunstancias de dicho régimen de propiedad, por considerar que todo ello ha tenido que influir considerablemente en la fórmula judicial recogida y plasmada en el artículo 16, segunda, II

(41) Actualmente y a partir del Real Dec. 2.104/1977, de 20 de julio, Jueces de Distrito.

(42) En cuanto a la competencia funcional es preciso tener en cuenta además de la Ley de Enj. civil la 10/1968, de 20 de junio, sobre atribución de competencias en materia civil a las Audiencias Provinciales.

de la Ley de P. H., para la formación de las «*mayorías no logradas convencionalmente*».

En efecto, la P. H. es un régimen que la Ley de 1960 construye sobre «la realidad social de los hechos» (43), realidad que tiene a su vez como soporte «...un hecho social básico que se manifiesta a través de un factor constante, cual es la insuprimible necesidad de edificaciones...», unido a «... las dificultades que entraña la adquisición y disponibilidad y el disfrute de los locales habitables...» (44).

Ello hace que «la esencial razón de ser del régimen de P. H. descansa en la finalidad de lograr el acceso a la propiedad urbana...» en forma tal que la haga posible para grandes sectores de personas (45), grupos estos de economía no siempre próspera e incluso con gran frecuencia débil.

Por otra parte, es evidente que esta manifestación de propietarios individuales, enclaustrados en enormes bloques de hormigón y ladrillo y sin apenas trato personal con los restantes propietarios, ha contribuido a formar una psique especial propia de esas llamadas «colmenas urbanas», que lógicamente no contribuirá a mejorar «... las bases de una convivencia normal y pacífica», como pregona la Exposición de motivos de la Ley.

Pues bien, tomando como punto de partida que la mayoría de los propietarios individuales en dicho régimen de bienes suelen ser de economías no demasiado prósperas y que los problemas en los edificios divididos por pisos son más frecuentes que los de alquiler, parece lógico pensar que para la solución de los que pudiéramos llamar problemas de orden interno y de no demasiada trascendencia, debiera haberse establecido una fórmula procedimental lo más rápida a la vez que formalmente informal y económica posible (46).

Tal solución solamente fue adoptada en parte, por cuanto en realidad quedó limitada a los supuestos que contemplan las reglas segunda, III y tercera, I de la Ley de P. H., y aun así con una cierta relatividad por cuanto son aún muchos los que niegan a

---

(43) Así se manifiesta la Exp. de Motivos de la Ley.

(44) Vid. misma Exp. de motivos. A su vez no debemos olvidar otro fenómeno importante en orden al surgimiento de la P. H. nos referimos al sistema legal que a partir de 1946 se siguió en orden a los arrendamientos urbanos, congelando las rentas, e imponiendo la prórroga forzosa del contrato a voluntad del inquilino, criterio éste que si bien digno de aplauso desde el punto de vista del económicamente débil, no puede decirse que sea perfecto, como lo acredita la radical disminución de la construcción de viviendas en renta y el vertiginoso aumento de las destinadas a venta.

(45) Misma Exp. de motivos.

(46) La especialidad viene reconocida jurisprudencialmente hablando en una Sentencia de la Aud. Terri. de Madrid de 9 octubre 1976 (S.A.A.P., 2.ª Sem., núm. 510, pág. 312), en la cual y entre otras cosas nos dice a estos efectos que «Los medios procesales que la Ley especial arbitra se desvían manifestamente del mecanismo procesal ordinario, pueden decirse que son originales...».



dicha fórmula procesal su verdadero alcance, naturaleza y carácter (47).

Y hechas estas indicaciones que nos servirán de base para el mejor estudio de la fórmula procedimental establecida en esta regla, pasaremos a su examen.

Lo primero a comentar es la frase «... *el Juez, a instancia de parte...*», en cuanto parece ser la fórmula establecida por el legislador para iniciar el «iter» procedimental contenido en el párrafo que estamos contemplando. ¿Qué es lo que ha querido decirse con dicha frase?

Comenzaremos por indicar que el término *instancia* en su sentido gramatical, viene a ser sinónimo o equivalente a «solicitud», «petición», «acción y efecto de pedir», significaciones estas que en nuestra opinión son perfectamente aplicables al ámbito del proceso.

Mas lo cierto es que en ninguno de los procesos regulados en el Libro II de la Ley de Enjuiciamiento civil, ni tampoco en las Disposiciones que regulan las normas procesales aplicables a la Jus-

---

(47) Aunque en realidad ignoramos las razones que pudieron impedir al legislador de 1960 extender a otros muchos supuestos la misma fórmula procesal, si nos atrevemos a aventurar que a ello pudieron contribuir entre otros los siguientes motivos:

a) La consideración de que al hacerlo así se rompía con uno de los principios procesales que estaban vigentes desde 1881;

b) La oposición que como consecuencia de ello podían ofrecer numerosos grupos de especialistas en Derecho procesal;

c) El temor a que habida cuenta la generalmente elevada cuantía de los temas a discutir en el régimen de P. H., así como su complejidad, los mismos no pudieran ser estudiados y resueltos con las debidas garantías si el proceso era demasiado sumario y rápido.

Por nuestra parte, y no obstante lo que acabamos de indicar, somos de la opinión que la mayoría de las cuestiones que puedan surgir en el ámbito de dicho régimen de propiedad necesitan una solución procesal muy rápida a la vez que económica, especialmente por lo que se refiere a las de orden interno de cualquier clase que puedan ser y dejando en todo caso abierto el camino al proceso declarativo ordinario que pueda corresponder a la cuantía de la reclamación o litigio, cuando se trate de temas trascendentes e incluso en todo caso.

En consecuencia y teniendo en cuenta lo que se ha indicado, nos atrevemos a proponer la idea de que en todas aquellas cuestiones que fueren exclusivamente de orden interno y no afectaren a terceros debiera aplicarse el proceso de equidad a que se alude en las reglas segunda y tercera, bien que perfeccionado, pudiendo acudir las partes caso de no estar conformes con la solución judicial al juicio ordinario declarativo que corresponda según la cuantía.

A su vez, otra posible solución sería la de conferir a las Cámaras de la Propiedad Urbana la posibilidad de intervenir a título de árbitros en estas cuestiones. Ello exigiría a su vez el establecimiento de un arbitraje especial para estos supuestos, toda vez que al mismo no pueden ser aplicadas las normas que sostiene la Ley de 22 de diciembre de 1953.

(48) Desde la Ley de Bases de la Justicia Municipal de 10 de julio de 1944, hasta el Dec. de 21 de noviembre de 1952.

Reiteramos lo dicho ya en nota 41 de que esta Justicia se denomina actualmente de Distrito.

ticia Municipal (48), se emplea dicho término para designar el escrito de iniciación de un proceso —o juicio— (49).

Sí es utilizado, sin embargo, por el legislador de 1881 para designar la «acción de pedir o solicitar» ciertas diligencias de menor entidad formal, cual es el interesar del Juez que pida informes a las Academias, Colegios o Corporaciones oficiales correspondientes (art. 631-I, Enj. civil); o la prevención del abintestato (art. 973 misma Ley); o también la fijación de plazo a los contadores para realizar las operaciones divisorias en el juicio voluntario de testamentaria (art. 1.076 de dicha Ley); etc. (50).

Cabría por tanto decir que los términos «a instancia» o «a solicitud», sirven para designar en nuestra Ley de Enjuiciamiento civil un acto procesal de parte y dentro de éstos, un acto de desarrollo del proceso, por cuanto va dirigido a interesar del órgano judicial bien la aportación o incorporación de elementos para el mejor conocimiento de los hechos —art. 631-I Ley de Enj. civil—, bien para el más adecuado desenvolvimiento del proceso y ejecución de lo juzgado —arts. 973, 1.076, 1.497, 1.596, etc., Ley de Enj. civil— (51).

Sin embargo, si situamos el «a instancia» en el artículo 16, segunda, III de la Ley de P. H., podemos ver cómo la similitud con la Ley Rituaria civil no es absoluta.

En efecto, en ambas leyes hay un denominador común: el de que la «instancia» es acto de parte, bien que en la de P. H. el concepto de «parte» no sea en nuestro modo de ver plenamente identificable al de la de Enjuiciamiento civil.

Mas frente a esta relativa identidad, nos encontramos con que mientras en la Ley Adjetiva la «instancia» es un mero acto; o de desarrollo del proceso ya iniciado (52), o dirigido a asegurar de forma inmediata y urgente los bienes que pueden integrar el causal hereditario; o a acelerar en lo posible la realización de las operaciones divisorias por los contadores; o a lograr la mejor y más rápida ejecución de lo juzgado (53); etc, en la de P. H. su finalidad principal es abrir el «iter procedimental» proyectando la cuestión desde la esfera convencional a la judicial, con lo cual y en principio al menos resulta una aparente conexidad entre esa

---

(49) La denominación más *informal* para designar al escrito de demanda que se contiene en la Ley de Enj. civil, es la recogida en su art. 720 para el juicio verbal en el que se habla de «papeleta».

(50) Incluso en alguna ocasión parecida a las indicadas, el legislador hace uso de un término gramaticalmente equivalente, esto es del de «solicitud», tal acontece, por ejemplo, en el art. 975 también relativo a la prevención del abintestato.

(51) Hemos de insistir en que éste es el concepto que nos sugiere el «a instancia» o «a solicitud» en nuestra Ley de Enj. civil, lo cual no quiere decir que efectivamente lo sea o pueda serlo.

(52) Tal acontece, por ejemplo, con los arts. 631-I y 1.076 de la Ley de Enj. civil.

(53) Como es, por ejemplo, sacar los bienes a pública subasta o decretar el lanzamiento, etc.

«instancia» y la «demanda» o mejor aún la llamada «papeleta» que también es acto de iniciación procesal.

Vemos, pues, como existen similitudes y diferencias en el término «a instancia», según lo contemplemos desde el plano de la Ley de Enjuiciamiento civil o de la P. H.

Pero con esto no queda resuelta la cuestión relativa a cómo debe entenderse el mismo en esta última legalidad, toda vez que si bien es obvio que se trata de un acto de «iniciación procesal», queda en pie la determinación de a qué es a lo que con ello se da comienzo.

Siguiendo con nuestra investigación y dando un nuevo paso en la misma, recordamos que desde el comienzo de este epígrafe hemos venido aludiendo no a un proceso y sí a una «fórmula procedimental» o a un «iter procedimental».

Con ello queremos dar a entender que en nuestra opinión no nos hallamos aquí a presencia de un auténtico y verdadero proceso y sí de un *procedimiento* (54), queriendo con ello indicar que nos estamos refiriendo al «continente» procesal o mejor aún a la serie de actividades que iniciadas con la *instancia de parte* concluyen con el «laudo de equidad» del Juez y consiguientemente, que el regulado en la regla segunda, II de la Ley de P. H., no puede —ni debe— configurarse como un verdadero proceso ni siquiera a título de especial (55), dado que en realidad no contiene ninguno de los requisitos ni condiciones que el Derecho positivo y la doctrina tanto científica como jurisprudencial consideran indispensables para calificar el concepto «proceso» frente al de «procedimiento» (56), viniendo a ser una mera andadura integrada por un mínimo de actividades de las partes y del Juez para resolver una concreta cuestión, la constitución de una mayoría no convencio-

---

(54) Esta tesis la hemos ya defendido en nuestra cit. ob. *La Ley...*, 2.ª edición, págs. 1024-1025.

(55) Nuevamente llamamos aquí la atención sobre lo que indicábamos al comienzo de este epígrafe, esto es, que la finalidad perseguida por el legislador en esta especialísima forma de propiedad exige unos peculiares cauces procesales, un tanto al margen de las clásicas y ya anticuadas normas de la Ley de Enj. civil, inaplicables en un gran número de casos a situaciones como las que contemplan las reglas segunda y tercera del artículo 16 de la Ley de P. H.

En consecuencia y tomando como punto de partida que la aparición de nuevas formas de derechos subjetivos y relaciones jurídicas exigen nuevos tratamientos procesales, el legislador de 1960 intentó —no con demasiada fortuna, por cierto— abrir un nuevo cauce procesal para resolver las discrepancias comunitarias que impidieren la constitución del régimen de mayorías, dando carta de naturaleza a lo que viene denominándose por la generalidad de la doctrina «juicio de equidad de la P. H.», nombre que aun cuando en ocasiones nosotros mismos hemos empleado, no puede calificarse en realidad de demasiado afortunado ni de exacto.

(56) Decimos que «no contiene ninguno», por cuanto si bien en principio al menos parece que se da en el supuesto que contempla la norma segunda del art. 16 la contradicción de intereses desde el momento en que precisamente la fórmula en dicha regla prevista surge como consecuencia de una disparidad de criterios para la formación de la mayoría, no debemos olvidar que el conflicto de intereses no es necesario para que el proceso exista.

nal ante el fracaso del acuerdo de voluntades para la formación de la misma.

Nos atrevos, por tanto, en principio y a salvo de opinión mejor, a calificar dicha «andadura» como «procedimiento» —no juicio, ni proceso— de «equidad».

Mas sigamos con el examen del término que estamos estudiando y pasemos a la forma que deberá adoptar esa «instancia» de que nos habla la Ley.

Evidentemente habrá de ser formulada por escrito. En cuanto al formalismo de éste, somos de la opinión que ante el silencio legal será suficiente el simple escrito dirigido al Juez competente, sin intervención de Letrado ni de Procurador y en el cual se hará constar:

a) Nombre y apellidos de los legitimados para promover el procedimiento.

b) Nombre y apellidos de los contradictores, con indicación de su domicilio a fin de que puedan ser citados.

c) Las razones en que se fundan para presentar la instancia y en su caso el documento o documentos en que apoyen su petición (57).

d) Fecha de la celebración de la Junta en la que no se logró la mayoría que motiva la instancia (58).

En relación con este dato nos inclinamos a considerar que debería también hacerse constar el resultado obtenido en las votaciones de la primera y segunda convocatoria, por estimar que ello sería ilustrativo para el Juez encargado de resolver la cuestión.

e) Firma del —o de los— que figure/n en la instancia como promotor/es de la cuestión.

A su vez consideramos conveniente acompañar copia del acta de la Junta en cuestión, toda vez que ello contribuirá también a que el Juez pudiera formarse una más clara idea del desarrollo de las votaciones.

La instancia se presentará al Juez competente dentro del plazo marcado por la Ley, que como se ha ya indicado es el de un mes a partir de la fecha de la celebración de la segunda Junta.

Recibida aquélla, el Juez, en nuestra opinión, deberá citar inmediatamente de comparecencia a los *contradictores*, frase esta que entendemos en el sentido de «quienes con su votación impidieron se lograra la mayoría» (59). Dicha citación puede perfectamente

---

(57) Nos referimos aquí a aquellos supuesto en que el acuerdo mayoritario no adoptado versare sobre algún tema que pueda justificarse documentalmente. Mas como se trata de un «procedimiento» que carece de todo precedente en nuestro Derecho positivo, cuanto respecto del mismo se diga y no venga expresamente indicado en la regla que estamos comentando, no es en realidad otra cosa que una opinión personal con todos los errores que ello lleva consigo.

(58) Este dato lo consideramos fundamental, toda vez que del mismo depende la viabilidad o caducidad del procedimiento.

(59) Como pudiera acontecer que lo indicado en el texto indujera a interpretaciones no exactas, nos permitimos la siguiente aclaración:

acomodarse a lo prevenido para ellas en la Ley de Enjuiciamiento civil (arts. 271 y 272), a excepción acaso del requisito que figura en el número 5.º del artículo 272, habida cuenta la especialísima naturaleza del procedimiento que aquí estamos contemplando.

Como hemos también indicado, la citación deberá hacerse *inmediatamente* de recibida la instancia, inmediatividad que propugnamos habida cuenta que desde que se presente dicha instancia hasta que se dicte la resolución judicial procedente no pueden transcurrir más de veinte días.

Hecha la citación puede acontecer que los contradictores concurren o no el día y hora señalados en el lugar fijado en la misma, lugar que en nuestra opinión y como regla general debe ser el de la sede del Juzgado, bien que ello no impida que el Juez pueda oírles donde suelen reunirse para la celebración de sus juntas si así lo estimare y siempre que se hubiere hecho constar en la papeleta de citación.

Pero el legislador de 1960 no ha previsto la incomparecencia de los contradictores que hubieren sido debidamente citados. Entendemos que si ello aconteciere y habida cuenta el principio de rapidez que es de esencia en este procedimiento, se les tendrá por oídos y con los datos aportados el Juez sin más dictará la resolución pertinente (60).

Caso de que acudieren los citados, el Juez les oírán. Nuevamente se ponen de relieve en la fórmula legal las ideas de sencillez y celeridad que constituyen el fundamento de esta fórmula procesal. Así se dice que: «... el Juez, ... oyendo en comparecencia a los contradictores...», con lo que queda suficientemente claro en nuestro modo de ver:

1.º Que impera en este procedimiento el principio de oralidad, hasta extremos no igualados ni siquiera por el juicio de mínima cuantía o verbal de la Ley de Enjuiciamiento civil.

2.º Que se les oye tal y como van compareciendo, de palabra, sin más trámites ni formulismos procesales.

Tampoco dice la Ley si de las manifestaciones hechas debe o no tomarse nota por escrito o levantarse acta. Estimamos que debería

---

«Contradictor», en principio, es quien se manifiesta en contra de algo y concretamente en el supuesto que estamos examinando, quien vota en contra.

Mas así centrado el tema, el problema radica en precisar el ámbito de ese «en contra». En efecto, ¿*en contra* de qué se ha de votar para merecer el calificativo de «contradictor» en este procedimiento? Entendemos que *en contra de la adopción del acuerdo que se ofrece —o aparece— en la papeleta de citación para la Junta.*

Consiguientemente y en nuestro modo de ver, el «en contra» puede comprender a todos cuantos con su voto ya fuere contrario en todo o en parte, impidieren que dicho acuerdo fuere legal o ilegal, justo o injusto, se adoptare por la mayoría legalmente establecida.

(60) Por eso consideramos muy importante que en la instancia se indiquen las razones en que se fundan los contradictores, así como que se acompañen los documentos justificativos de su reclamación.

extenderse de ello la oportuna acta, toda vez que así podrá justificarse en todo momento lo dicho por los contradictores. Ello exige a su vez la presencia de un Secretario judicial e incluso de al menos un oficial o auxiliar, lo cual si bien complica un tanto este procedimiento pensado como se ha dicho reiteradas veces por el legislador bajo la idea de que fuere lo más sencillo y limpio de formalismos, lo consideramos sin embargo necesario desde el momento en que el Secretario por ser el fedatario público judicial es el único que puede dar fe del contenido de las manifestaciones hechas por los comparecientes, hecho éste trascendente en la esfera procesal aún cuando como acontece en esta fórmula procedimental contra la resolución judicial no exista recurso alguno.

No alude la Ley en esta regla a ningún otro acto procesal. Queda pues el procedimiento a falta de la pertinente resolución. Y a tales efectos nos dice el párrafo que estamos estudiando que el Juez, oídos en comparecencia los contradictores *«resolverá en equidad lo que proceda dentro de veinte días contados desde la petición, haciendo pronunciamiento sobre el pago de costas»*.

Adentrémonos en el examen de este párrafo del cual el primer punto a tratar es el relativo a la forma que deberá adoptar la resolución judicial.

Insistimos en lo que sobre el tema hemos dicho tanto anteriormente como en otras ocasiones (61). En efecto, fijémonos en que además de la casi total ausencia de formalismos procesales, lo que se traduce en una enorme sencillez y consiguiente rapidez procedimental, el legislador no se ha limitado a decirnos que el Juez «resolverá» como hace en todos los supuestos que contempla la Ley de Enjuiciamiento civil y aquellas otras que siendo sustantivas regulan procesos especiales (62), sino que adjetiviza el término «resolución» con la expresión «equidad» que por cierto sólo es empleado desde el punto de vista procesal en relación con la institución del «arbitraje» no letrado o de hombres buenos.

De ahí que la utilización de este concepto por el legislador en la regla que estamos comentando la consideremos de gran interés para calificar y construir el procedimiento que aquí estudiamos, toda vez que se acomoda exactamente a la idea que presidió la promulgación de la Ley de 21 de julio de 1960, en cuanto que la «equidad» toma en consideración «... más que los esquemas de la norma jurídica, la adecuación y adaptación de ésta a las circunstancias y casos concretos... las particularidades del caso o relación concreta, y que trata de darle la solución *más que con sentido estrictamente legal, con sentido moral y humano*» (63).

(61) Así en nuestra cit. ob. *La Ley...*, págs. 1025 y ss.

(62) Tal acontece, por ejemplo, con la de Suspensión de pagos, con la Hipotecaria, con la L. A. U., etc.

(63) Así, CASTÁN TOBEÑAS en *La idea de la equidad y su relación con otras ideas, morales y jurídicas afines*, discurso leído en la solemne apertura de Tribunales de 15 de septiembre de 1950, págs. 50-51.

Puede también verse sobre ello nuestra cit. ob. *La Ley...*, pág. 1026 y nota 788, en que recogemos esto.

Nos inclinamos por tanto a considerar que lo que se acaba de transcribir acerca de la «equidad», es muy posiblemente lo que sirvió al legislador de 1960 para establecer ese «procedimiento de equidad» que aparece en esta regla, dando en él entrada para resolver los supuestos conflictivos derivados de la no obtención de mayorías a la autoridad judicial, bien que no con criterio estrictamente judicialista y formal sino con un *sentido moral y humano*, objetivo y justo sí pero no rigurosamente técnico y rutinario.

Pues bien, sobre tales bases y teniendo en cuenta que como se ha dicho no existe en el campo del Derecho procesal español otra manifestación de resolución de equidad que la del juicio de árbitros no letrados —o amigables componedores—, es por lo que nos inclinamos a considerar que la forma que debe adoptar dicha resolución es la de laudo.

Cierto es que a ello puede oponerse que el Juez profesional a la vez que especialista del Derecho en general y del proceso en particular, nunca podrá ser considerado como un «árbitro no letrado». Mas tampoco es eso lo que hemos querido indicar cuando nos inclinamos hacia la fórmula del laudo, y sí únicamente que el Juez resolverá la cuestión a él sometida con sentido moral y humano, teniendo en cuenta más que los esquemas de la norma jurídica la adecuación y adaptación de la misma a las circunstancias que se someten a su consideración en orden a la formación no convencional en una mayoría. Y eso es algo que en nuestro modo de ver no se puede lograr con ninguna de las formas de resolución que regulan y comprenden nuestras leyes adjetivas, esto es, la sentencia, el auto ni la providencia y sí sin embargo, con la del laudo de equidad, por cuanto como indica el artículo 29 de la Ley de 22 de diciembre de 1953, «El procedimiento en caso de *equidad no tendrá que someterse a formas legales ni ajustarse a derecho en cuanto al fondo*».

Por otra parte y de la misma forma que la Ley y la propia doctrina jurisprudencial han creado una serie de figuras especiales, tal acontece por ejemplo con «la obligación legal de indemnizar» que rompe el principio voluntarista —o culpabilista— del Código civil; o con la acción reivindicatoria especial derivada del régimen de P. H.; o con la hipoteca mobiliaria que ha trastocado los principios inmobiliarios que caracterizaban a la hipoteca clásica, etc., ¿por qué no estimar que para estos casos se haya podido crear por el legislador la figura del «árbitro cualificado» o si se prefiere, del «árbitro-juez» (64).

En nuestro modo de ver nada se opone a ello. Y ya va siendo hora de que el formalismo y formulismo procesal vaya abriéndose a las nuevas ideas que se van incorporando al campo del Derecho sustantivo y exigen, como es lógico, nuevas formas y manifestaciones de resolver los conflictos que de las mismas puedan surgir,

---

(64) Así decíamos ya en nuestra cit. ob. *La Ley...*, pág. 1026, nota 788.

cediendo un tanto en el campo hasta ahora cerrado del ritualismo procesalista.

Y resuelto al menos bajo nuestro punto de vista el aspecto relativo a la clase o forma de la resolución a dictar en estos casos, procedamos a contemplar lo relativo al plazo dentro del cual deberá dictarse el laudo.

La Ley dice que dentro de los veinte días, contados desde la petición, el Juez resolverá en equidad. Supone ello que el legislador ha marcado únicamente un plazo general para todo el procedimiento, que en ningún caso podrá exceder del señalado desde que se inicia hasta que se dicta la resolución final.

En cuanto al cómputo de dicho plazo la Ley se limita a fijar el momento inicial, diciendo que los veinte días serán «...*contados desde la petición...*». Ante este cuasi silencio legal nos inclinamos a considerar de aplicación a este supuesto las normas generales que a tales efectos se contienen en la Ley de Enjuiciamiento civil y más concretamente en sus artículos 303 y 304.

Por otra parte y como diferencia con el de la amigable composición, nos atrevemos a indicar que el laudo dictado en este procedimiento no habrá de acomodarse a las formalidades previstas en el artículo 29-III de la Ley de Arbitraje de 1953. En consecuencia lo firmará el Juez y lo autorizará el Secretario, quien lo leerá a los interesados.

Por último se hace referencia en el párrafo que estamos estudiando al pago de las costas, imponiendo al Juez la obligación de pronunciarse sobre ellas bien que sin indicar criterio a seguir respecto de su imposición.

Este silencio legal nos inclina a considerar imposible la aplicación del criterio del vencimiento objetivo, inclinándonos hacia el subjetivo o de la temeridad, por cuanto entre otras cosas permitirá al Juez distribuir las por mitad si estimare que aquella no existe.

Y para concluir el examen de este párrafo diremos, que contra el laudo aquí dictado no cabe recurso alguno ni tampoco promover judicialmente acción declarativa alguna. El silencio de la Ley es absoluto en lo que a dicho extremo se refiere y por otra parte cuando el legislador de 1960 ha querido aludir al tema lo ha hecho, como puede observarse por ejemplo en la regla tercera, II de la propia Ley.

*Examen de la norma tercera.*—Viene referida a la impugnación de los acuerdos que se adopten por mayoría en las Juntas de los edificios sujetos al régimen de P. H. Mas para que tal acto pueda llevarse a cabo se requiere:

a) Que el acuerdo en cuestión sea gravemente perjudicial. Quedan por tanto excluidos los simplemente perjudiciales y cuantos otros puedan adoptarse por mayoría, que sin causar perjuicio alguno pudieran ser productores de molestias, malestares, etc.

b) Que dicha estimación la hagan los «... propietarios que



representen por lo menos la cuarta parte de las cuotas de participación». No se trata por tanto de una mayoría personal.

Por otra parte, resulta evidente de la redacción del párrafo primero de esta regla que la calidad del perjuicio, esto es, su entidad, al menos a los efectos de iniciar la impugnación, es una facultad que viene referida a los impugnadores.

c) Que quienes impugnan el acuerdo se dirijan al Juez en la forma que prescribe el párrafo primero de esta regla.

E indicado esto, adentrémonos en el examen del procedimiento de impugnación.

1.º *En cuanto a la competencia del Juez*, nos remitimos a lo indicado al estudiar la regla anterior.

2.º *Legitimación*.—De los requisitos que hemos dejado fijados y más concretamente del indicado bajo el apartado b), se deduce claramente que la *legitimación* para impugnar estos acuerdos corresponde única y exclusivamente a quienes reúnan esta doble condición:

- a) Ser propietarios de algún piso o local; y
- b) Estimarse gravemente perjudicado por el acuerdo adoptado.

No es, por tanto, suficiente encontrarse en una de dichas situaciones y así, no se encontrarán legitimados para impugnar los acuerdos adoptados por mayoría: los usufructuarios, habitacionistas, usuarios, arrendatarios, etc., de dichos pisos o locales por carecer de la cualidad de propietarios.

Cabe discutir sin embargo si podrán llevar a cabo esta impugnación aquellos propietarios que aun cuando hubieren votado en favor del acuerdo, lo estimaren gravemente perjudicial.

No será este evidentemente un supuesto frecuente. Incluso nos atrevemos a calificarlo de un tanto excepcional, bien que la riqueza de ejemplos que nos presenta la vida real supera siempre la más desbordada imaginación. Y como se trata de contemplar en la medida de lo posible cuantas posibilidades puedan plantearse, por ello hacemos referencia al mismo.

Diremos en primer lugar y con referencia al supuesto indicado, que en principio no parece contrario a la Ley que quienes votaron en favor del acuerdo a que se refiere esta regla, puedan acudir posteriormente al Juez para que decida sobre su procedencia.

Y decimos esto, por cuanto en la citada regla no se alude a diferencia de lo que acontece en otros artículos ni a «los disidentes» (65) ni a «los contradictores» (66), lo que es lógico si se tiene en cuenta que pueden perfectamente no ser una ni otra cosa (67).

(65) Como se hace, por ejemplo, en los arts. 10-II y III y 16-Cuarta-I de la Ley de P. H.

(66) Art. 16-Segunda-III de la misma Ley.

(67) En efecto, puede acontecer que el asunto sometido a la Junta de propietarios sea en principio aprobado por una evidente mayoría al versar, por ejemplo, sobre innovaciones útiles cuyo valor exceda del importe de una mensualidad ordinaria de los gastos comunes—art. 10-II, Ley P. H.—;

Parece pues si nos fijamos en la letra de la regla tercera, I, que en principio al menos quienes contribuyen a la adopción del acuerdo por mayoría pueden perfectamente integrarse dentro de esos «...propietarios que... estimaren gravemente perjudicial para ellos el acuerdo de la mayoría...» (68).

Mas si contemplamos la regla tercera del artículo 16 bajo otro ángulo, la solución parece ser la contraria.

En efecto, fijémonos por ejemplo en la tremenda antinomia que supondría el hecho de haberse logrado la mayoría por el voto de quien luego contribuirá a que se forme esa *cuarta parte de cuotas de participación*, que la indicada regla tercera exige para poder acudir al Juez impugnando el acuerdo.

O en lo paradójico que resultaría el párrafo «...estimaren gravemente perjudicial *para ellos el acuerdo de la mayoría...*», si resulta que ha contribuido a formarla e incluso como decíamos en el párrafo anterior, acaso se haya constituido por su voto y su cuota.

Por otra parte, somos de la opinión, que al actuar así el principio jurídico de que nadie puede ir contra sus propios actos resultaría ignorado y consiguientemente violado, introduciéndose la inseguridad en orden a la eficacia de los acuerdos a adoptar por mayoría en la Junta de propietarios (69).

Por todo ello y para concluir con este tema diremos, que en nuestra opinión y como regla general entre los propietarios «...que representen por lo menos, la cuarta parte de las cuotas de participación...» a los que se refiere la regla tercera, I que estamos contemplando, no pueden ser incluidos aquéllos que hubieren contribuido con su voto a la formación de la mayoría.

Sin embargo y como acontece con toda la problemática de la P. H., hemos también de indicar que a esta regla general no se la debe otorgar un carácter absoluto ya que puede tener excepciones,

o de lujo, e incluso las gravosas *stricto sensu* —ver sobre éstos nuestra cit. ob. *La Ley...*, págs. 494 y ss., principalmente— y posteriormente al acuerdo por mayoría, alguno de los propietarios que hubieren contribuido con su voto al mismo, estimen que en efecto la realización de las innovaciones, si bien beneficiosa para el edificio, es «gravemente perjudicial para ellos», advirtiéndose en consecuencia a quienes reclaman contra el acuerdo adoptado.

(68) Principalmente si el acuerdo se adoptó en primera convocatoria, desde el momento que en ella la mayoría se forma sobre la base del total de los propietarios del inmueble y de las cuotas de participación.

Es más difícil, sin embargo, que a la impugnación concurren propietarios que hubieren contribuido con su voto a la adopción del acuerdo, cuando éste se hubiere adoptado en segunda convocatoria, toda vez que en estos casos se requiere únicamente la mayoría de los asistentes cualquiera que sea su número, siempre que ésta represente más de la mitad del valor de las cuotas de los presentes.

(69) Decimos esto porque en realidad en tales casos después de ser tomado el acuerdo y siempre que se estimare gravemente perjudicial, podría resultar alterado a instancia de alguno de los propietarios que han contribuido a formar la mayoría.

siendo los Tribunales quienes a la vista de cada concreto supuesto deben determinar cuál sean éstas (70).

3.º *Procedimiento*.—La regla que estamos estudiando establece a estos efectos, que los propietarios que estimen gravemente perjudicial el acuerdo mayoritario:

«...podrán acudir al Juez para que decida sobre la procedencia del mismo, por los trámites establecidos en el número segundo de este mismo artículo».

El primer punto que vamos a tratar es el relativo a la naturaleza del procedimiento establecido en esta regla, cuestión respecto de la cual y habida cuenta la frase «...por los trámites establecidos en el número segundo de este mismo artículo», nos remitimos a lo indicado al tratar del tema con ocasión de estudiar la indicada regla segunda.

Otro de los aspectos interesantes que el párrafo transcrito presenta, es el relativo a determinar si el ejercicio del derecho o facultad que en el mismo se concede a los *propietarios gravemente perjudicados* tiene o no plazo de prescripción —o de caducidad.

La pregunta surge porque como podemos observar en él no se contiene referencia específica ni directa a plazo alguno, a diferencia de lo que acontece en la regla tercera, III, que acabamos de estudiar.

Tres son las posiciones que podrían seguirse en orden a esta cuestión: 1.ª La que apoyada en el aforismo jurídico «*ubi lex non distinguit...*», llevaría a la consecuencia de que no existe plazo de prescripción o de caducidad alguno, pudiendo por tanto acudirse al Juez en cualquier momento después de aprobado el acuerdo gravemente perjudicial. 2.ª La que teniendo en cuenta la frase «...por los trámites establecidos en el número segundo de este artículo», conduciría a entender que el plazo será el de un mes:

---

(70) Estas excepciones las consideramos más posibles cuando los acuerdos se hayan adoptado en primera convocatoria.

Y decimos esto habida cuenta el sistema mayoritario que la Ley establece para dicha primera convocatoria en el art. 16-Segunda-I y a la que hemos aludido en nota 68 párrafo primero.

En efecto, situémonos ante una Junta de propietarios en la que se vayan a adoptar acuerdos mayoritarios. Y supongamos que cualquiera de los tomados, incluso los gravemente perjudiciales para alguno de aquéllos, lo fuere por una mayoría del 76 por 100 por lo menos de los propietarios y cuotas de participación.

Sobre tal presupuesto básico nos encontraríamos con que para que pueda formarse la masa de propietarios gravemente perjudicados que exige la regla Tercera del art. 16, sería preciso obtener el apoyo de alguno de los propietarios que hubieren contribuido con su voto a formar la mayoría de la regla Segunda.

Como consecuencia de lo que acabamos de indicar, la posibilidad de que los propietarios gravemente perjudicados no puedan impugnar el acuerdo adoptado, puede ser frecuente cuando éste se tome en primera convocatoria. Y es evidente que aun en un sistema como el de la P. H., la tutela de los derechos de las minorías no puede desconocerse. Por ello esas excepciones a las que aludimos en el texto y la necesidad de que los Tribunales tengan una intervención en la regulación de aquéllas.

contado a partir de la fecha de la Junta en que el acuerdo se hubiere adoptado (71). 3.º La que tomando como punto de partida el artículo 1.964 en relación con el 4.3.º del Código civil, permitiría fijar como plazo de prescripción —o de caducidad— el de quince años.

Nos inclinamos por la segunda de estas tres posibilidades:

1.º Por cuanto mantener cualquiera de las otras llevaría a consecuencias de imposible o de muy difícil admisión, como son la de mantener «sine die» la posibilidad impugnatoria del acuerdo, o la de retrasar durante quince años dicha situación con los graves perjuicios que para la viabilidad y seguridad del régimen de P. H. ello llevaría consigo.

2.º Porque al igual que acontece con el supuesto que contempla la regla segunda, III, del artículo 16, la materia objeto de este procedimiento impugnatorio viene referida a acuerdos adoptados por mayoría.

Y ya así situados vamos a examinar los requisitos a que debe acomodarse este procedimiento.

Su iniciación lo mismo que el de la regla segunda, III, es a instancia de parte, la cual, como se acaba de indicar, deberá presentarse ante Juez competente dentro de los veinte días siguientes a la adopción del acuerdo que se estima gravemente perjudicial.

En cuanto al resto de la tramitación, forma de la resolución y costas, por ser igual a lo establecido en la regla segunda, III, nos remitimos a lo dicho con ocasión de estudiarla.

En lo que a la resolución se refiere hemos, sin embargo, de indicar lo mismo que decíamos respecto del plazo para presentar la instancia, esto es, que deberá dictarse dentro de los veinte días contados desde la presentación de la impugnación.

Mas la regla que estamos comentando tiene un párrafo que no aparece en la segunda, III y dice así:

«La decisión del Juez será ejecutiva e inapelable, sin perjuicio del derecho de las partes a promover judicialmente la acción que pudiera corresponderles.

Lo primero que salta a la vista en este párrafo es la *ejecutividad e irrecurribilidad del laudo de equidad* dictado por el Juez en este especialísimo procedimiento.

Por cierto que en relación con lo dicho hemos también de indicar, que para nosotros una de las diferencias que pueden señalarse entre esta decisión —o resolución— judicial y la que es dada en el procedimiento de la regla segunda, III, radica en que mientras aquélla es definitiva no siendo susceptible de recurso ni tampoco promoverse judicialmente acción declarativa alguna para combatirla en este supuesto si bien irrecurrible y ejecutiva no pro-

(71) En realidad el párrafo III de la regla Segunda habla de «... *el mes siguiente a la fecha de la segunda Junta...*». Mas como la regla Tercera puede venir referida tanto a una primera como a una segunda convocatoria, hemos sustituido la frase «... de la segunda junta...», por la de «... la Junta en que el acuerdo se hubiere adoptado».

duce excepción de cosa juzgada, por cuanto los impugnadores del acuerdo están facultados para «... promover judicialmente la acción que pudiera corresponderles».

Con esta frase se abre un nuevo tema de estudio; el relativo a precisar cuál pueda ser la «... acción que pudiera corresponderles».

El Tribunal Supremo no se ha pronunciado aún sobre el tema. Tampoco lo ha hecho la doctrina científica (72).

Por nuestra parte estimamos que el legislador bien pudo precisar algo más la cuestión en lugar de limitarse a plasmar en la Ley una frase tan ambigua, sobre todo teniendo en cuenta que aún cuando es cierto que en otros supuestos ofrece a las partes la posibilidad de acudir a otro proceso, se cuida siempre de precisar en cierta medida al menos cuál —o cuáles— pueda/n ser este/os. Tal ocurre por ejemplo con el regulado en el artículo 41 de la Ley Hipotecaria —cuarta, III— cuando dice: «... quedando a salvo el derecho de las partes para promover el juicio declarativo sobre la misma cuestión»; y en el artículo 1479 de la Ley de Enjuiciamiento civil, que deja a salvo el derecho de las partes «... para promover el ordinario sobre la misma cuestión», etc.

Ante este silencio legal que reprochamos, nos inclinamos por el juicio declarativo ordinario que pueda corresponder a la cuantía.

Pero aún cabe plantear en relación con este párrafo segundo de la regla tercera del artículo 16 otra interesante cuestión, cual es la del carácter de la «decisión de equidad» del Juez respecto o en orden a ese «promover la acción que pueda corresponderles» a los impugnadores del acuerdo.

Tal y como se encuentra redactado el párrafo primero de esta regla, nos inclinamos a considerar que la vía judicial ordinaria, entendiendo por tal el ejercicio de la acción que pueda corresponderles en el juicio procedente, requiere una formalidad previa; la impugnación por los trámites de la regla segunda de dicho precepto del acuerdo que se estime gravemente perjudicial.

Consiguientemente la vía judicial ordinaria está vedada a quienes no hayan acudido previamente al procedimiento de equidad, lo que da lugar a que para nosotros éste merezca respecto de aquélla el calificativo de «requisito previo de procedibilidad» (73).

La solución que ofrecemos y que por otra parte, como se pone

---

(72) O al menos nosotros no conocemos autor o autores que hayan tocado con detenimiento el tema.

(73) A la necesidad de la reclamación previa por vía de «equidad» se refieren múltiples resoluciones de nuestros Tribunales, tal acontece, por ejemplo, con la Ss. de la Sala 1.ª del T. S. de 7 octubre 1965, que además considera dicho trámite como «requisito previo de procedibilidad» y la de 2 junio 1977.

También cabe citar las Ss. de las Audiencias de Madrid de 19 noviembre 1969 (en Rv. Gral. D., 1970, págs. 309-310); de la misma Aud., de 9 octubre 1976 (S. A. A. P., 1.º Sem., núm. 509, págs. 311-312); San Sebastián, 11 mayo 1977 (S. A. A. P., 1.º Sem., núm. 485, pág. 307); Valencia, 29 enero 1976 (S. A. A. P., 1.º Sem., núm. 486, pág. 308); Bilbao, 2 abril 1977 (S. A. A. P., 1.º Sem., número 499, pág. 315); etc.

de relieve en la pertinente nota, es también la mantenida por la doctrina jurisprudencial y la generalidad de la científica, ofrece, sin embargo, un punto débil, el de que como consecuencia de ella, para quienes no hayan acudido al procedimiento de equidad se alzar<sup>á</sup> con todas sus garantías sí, pero también con todos sus inconvenientes, el infranqueable muro de la cosa juzgada.

Claro es que a ello podr<sup>á</sup> evidentemente oponerse, que lo mismo acontece en la mayoría de los procesos regulados por la Ley de Enjuiciamiento civil y los Cuerpos legales que aún siendo de Derecho sustantivo contengan normas de este tipo. Indudable. Pero lo cierto es que la cosa juzgada es patrimonio exclusivo o casi exclusivo de aquellos procesos en que la tramitación es más bien lenta que rápida, inspirados en gran parte bien que no exclusivamente en el principio de oralidad y sobre todo, sujetos a un sistema de medios de impugnación que no existen en el procedimiento de equidad.

No obstante hemos de insistir en que la citada regla así lo establece, y en consecuencia ninguna posibilidad cabe de acudir a la vía ordinaria si no se ha hecho uso de dicho procedimiento de equidad. Pero además hemos también de indicar, en pro del criterio legal, que aun cuando la regulación procesal que la Ley de 1960 contiene para resolver las variadísimas situaciones conflictivas que el régimen de P. H. puede suscitar deba calificarse de insuficiente, «... la interpretación de sus normas ha de orientarse con el espíritu de favorecer y mantener la vida de las comunidades de propietarios...» (74), y su régimen de convivencia, lo que exige dotar a sus especialísimos procedimientos de la mayor rapidez a la vez que inmediatidad judicial, y eso sí que lo ofrece el citado procedimiento de equidad.

*Norma cuarta.* Dice así:

«Los acuerdos contrarios a la Ley o a los estatutos serán impugnables ante la autoridad judicial por cualquiera de los propietarios disidentes, pero el acuerdo será provisionalmente ejecutivo, salvo que el Juez ordene la suspensión.»

«La acción deberá ejercitarse dentro de los treinta días siguientes al acuerdo o a la notificación si hubiere estado ausente el que impugne.»

Una de las cuestiones verdaderamente interesantes que plantea la norma que acabamos de transcribir, es la relativa a la validez de los acuerdos que siendo contrarios a la Ley no hayan sido impugnados, lo que puede llevar a la en principio anómala consecuencia de que siendo ilegales no son sin embargo radicalmente nulos.

El apoyo legal de esta extraña situación puede encontrarse en

---

(74) Así se manifiesta la Aud. Terr. de Madrid en Sentencia de 25 marzo 1977 (Vid. S. A. A. P., 1.º Sem., núm. 488, pág. 309).

el artículo 6.º, 3 del Código civil (75), según el cual «Los actos contrarios a las normas imperativas y a las prohibiivas *son nulos de pleno derecho, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención*».

Pues bien, si ponemos en conexión éste «*salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención*» del Código civil con el «... *serán impugnables...*» de la regla cuarta, I, del artículo 16 de la Ley de P. H., nos encontramos con que el acuerdo contrario a la Ley —o a los Estatutos— no obstante encontrarse comprendido en el ámbito jurídico-conceptual de la nulidad radical, es susceptible de producir efectos plenos si no se recurre dentro del plazo de treinta días en dicha regla marcado.

Ello parece asemejarlo a la figura de la anulabilidad, criterio este que es mantenido por un cierto sector de nuestra doctrina científica e incluso jurisprudencial. No obstante nos inclinamos a considerar, que en realidad nos hallamos aquí ante un claro supuesto de aplicación de lo dispuesto en el citado artículo 6.º, 3 del Código civil, cuya explicación encontramos una vez más en las especiales características de esa compleja y nada pacífica figura que es la propiedad horizontal.

Consiguientemente, para nosotros, se trata de un supuesto de nulidad radical al que la Ley por las especiales consideraciones que hemos indicado no atribuye el efecto de la invalidez «*in radice*», sino que hace depender ésta de la voluntad de los «*disidentes*», con lo que aparentemente se la asemeja a la «*anulabilidad*» (76).

1.ª *Objeto* de este proceso impugnatorio lo son únicamente «*Los acuerdos contrarios a la Ley o a los estatutos...*».

Más aún este párrafo es susceptible de una mayor delimitación, dado que en nuestra opinión sólo podrán comprenderse en la norma que estamos contemplando los acuerdos que requieran mayoría y no aquellos otros que exijan unanimidad.

La razón de esta especificación es muy simple. En efecto, para los acuerdos que requieren mayoría el artículo 16 de P. H. dedica una única regla, la primera, en la que se determinan tanto la forma de adopción de dichos acuerdos como las reglas a que debe acomodarse su impugnación.

Pero es que además, si se entendieran comprendidos en esta regla cuarta los acuerdos por unanimidad que fueren contrarios a la Ley o a los estatutos, nos encontraríamos con que se producirían diversas a la vez que claras antinomias y contradicciones. Tal ocurre, por ejemplo:

a) Con el plazo de un mes que fija la regla primera, II y el de treinta días que señala la cuarta.

---

(75) Y antes de la reforma del Tít. Preliminar de 31 mayo 1974 en el art. 4.º-I del mismo Cuerpo legal.

(76) Vide nuestra cit. ob., págs. 932 y ss., sobre el tema, así como nota 8 del presente trabajo.

Hoy, después de la reforma del Título Preliminar ello no tiene importancia, mas no debemos olvidar para marcar la diferencia, que cuando se promulgó la Ley de P. H. sí la tenía, pues la citada reforma se produce en 1974.

b) Mientras el acuerdo adoptado por unanimidad «...no será ejecutivo hasta que transcurra...» el plazo de un mes sin que se hubiere formulado oposición, en el supuesto de la norma cuarta, aquél «...será provisionalmente ejecutivo...». Y llama mucho la atención que un acuerdo por unanimidad no contrario a la Ley o a los Estatutos no sea ejecutivo, mientras que si la contradice y vulnera lo sea bien que provisionalmente.

Por último cabe también indicar, que salvo estas antinomias el mecanismo impugnatorio establecido en las reglas primera y cuarta es muy parecido, siendo en realidad sus únicas diferencias las derivadas de la naturaleza del acuerdo que son precisamente las que hemos reflejado más arriba.

Consiguientemente, en el proceso impugnatorio comprendido en la regla primera del artículo 16, pueden entenderse comprendidos perfectamente los acuerdos adoptados por unanimidad que fueren contrarios a la Ley o a los estatutos.

2.<sup>a</sup> *Competencia.*—Ofrece el tema en esta regla ciertas peculiaridades que le diferencian de los supuestos contemplados en las normas segunda y tercera del artículo 16. Y así, mientras que en éstas la competencia «... para conocer de las cuestiones a que se refieren los números segundo y tercero del presente artículo...» corresponde única y exclusivamente a los Jueces de Distrito, en la norma que estamos estudiando puede o no estarles atribuida.

Vamos, pues, a examinar a quién puede corresponder cada una de las clases o tipos de competencia que se conocen en nuestro sistema procesal:

a) *Competencia territorial.*—Tomamos como punto de partida que lo esencial en el régimen de P. H. es el edificio. Consiguientemente, en nuestra opinión, cuantas acciones se ejerciten o esgriman por cuestiones relativas a dicha propiedad entre titulares de pisos y locales, deberán serlo ante los Tribunales del lugar en que el inmueble se encuentre radicado.

Es obvio, por tanto, que para nosotros, la competencia para conocer de las acciones impugnatorias que regula la norma que estamos estudiando, corresponderá al Juez del lugar en que el inmueble radique (76 bis).

b) *Competencia objetiva.*—Nada dice la Ley de P. H. sobre este

(76 bis) En este sentido pueden verse la S. T. S., Sala 1.<sup>a</sup> de 23 marzo 1965 (Col. Leg. marzo 1965, núm. 236), sobre una reclamación realizada por el Presidente de una comunidad de propietarios en orden a los gastos de conservación y mantenimiento de elementos comunes, y la del mismo Tribunal y Sala de 1 julio 1970, relativa a un supuesto derivado de la norma 5.<sup>a</sup> del art. 16 de la Ley de P. H.

En ambas resoluciones, la competencia territorial se atribuye por razón del lugar en que está situada la cosa.



aspecto. Deberá por tanto acudirse para resolverlo a la Ley de Enjuiciamiento civil.

En consecuencia y teniendo en cuenta que el criterio más generalizado en dicha Ley Adjetiva civil es el de determinar la competencia objetiva atendiendo al «quantum» económico de lo discutido, el conocimiento de estas impugnaciones se atribuirá al Juez a quien correspondiere por razón de la cuantía del acuerdo impugnado. De ahí que la competencia pueda corresponder en su manifestación objetiva, tanto a los Jueces de 1.<sup>a</sup> Instancia como a los de Distrito.

c) *Competencia funcional.*—Es fundamental en orden a esta manifestación la Ley 10/1968, de 20 de junio, sobre atribución de competencia en materia civil a las Audiencias Provinciales.

A la vista de dicha normativa y dejando aparte el apartado e) del artículo segundo, por venir referido a un extremo ajeno al que aquí estamos contemplando (77), distinguiremos dentro de los juicios declarativos ordinarios y a los efectos de la competencia funcional dos grandes grupos: El de los juicios verbales y de cognición, y el de los de mayor y menor cuantía.

a) *Juicios verbales y de cognición*, en los que se discuta la validez o ineficacia de acuerdos adoptados por la mayoría que sean contrarios a la Ley o a los Estatutos.

La competencia para conocer en 1.<sup>a</sup> Instancia corresponderá a los Jueces de Distrito (77 bis) y en apelación, a las Audiencias Provinciales respectivas o, en su caso, a las Salas de lo Penal de las Audiencias Territoriales.

b) *Juicios de menor o mayor cuantía.* En ellos la competencia para conocer en 1.<sup>a</sup> Instancia corresponde a los Jueces de ésta clase, mientras que de los recursos de apelación que contra sus sentencias se interpusieren, conocerán las Salas de lo civil de las Audiencias Territoriales.

Por último, indicaremos, que en nuestro modo de ver en todos estos supuestos estará abierto a las partes el camino de la revisión, siempre que concurren los requisitos que para ella establece la Ley de Enjuiciamiento civil en los artículos 1.796 y ss. Y sin olvidar a su vez y en su caso, el recurso de casación en interés de Ley del artículo 1.782 de la citada Ley de Ritos civiles.

3.º *Legitimación.*—Corresponde según establece esta regla a «... cualquiera de los propietarios disidentes...».

Mas no obstante su aparente sencillez, con esta frase comienzan a plantearse los problemas en orden a este tema, entre los que

---

(77) En efecto, el citado apartado se limita a los supuestos contemplados en el art. 19 de la Ley de P. H.

(77 bis) Aun cuando la competencia para conocer de los juicios de mínima cuantía o verbales corresponde a los Jueces de Paz y a los de Distrito, aludimos en el texto únicamente a los segundos por ser extremadamente raro que en cuestiones relativas a la P. H. puedan discutirse procesalmente asuntos de cuantía no superior a 250 pesetas, que es la marcada como límite máximo de la competencia de los Jueces de Paz.

podemos indicar el de inquirir qué es lo que acontece con los terceros perjudicados por esta clase de acuerdos.

Y decimos esto porque a primera vista y dado que los acuerdos adoptados son —o pueden ser— contrarios a la Ley, teniendo en cuenta el principio general de que son radicalmente nulos los actos opuestos a la misma —art. 6.3 del Código civil—, puede perfectamente sostenerse que los terceros perjudicados tengan acción para impugnar estos acuerdos (78), desde el momento en que pudiendo la nulidad radical decretarse «ex officio» y correspondiendo por otra parte la temática de la nulidad por actos o conductas «contra legem» al ámbito del orden público jurídico, es lógico llegar a la consecuencia de que la acción para reclamar la nulidad de los actos contrarios a la misma no quede limitada a los titulares dominicales de los pisos y locales sitos en inmuebles sujetos al régimen de P. H., sino que venga también atribuida a quienes sin ser propietarios de aquéllos resulten perjudicados por el acuerdo «contra legem».

Mas la Ley de P. H. es terminante. Sólo los «propietarios disidentes» se encuentran legitimados para impugnar estos acuerdos por la vía que señala la regla cuarta, I, del artículo 16 de la Ley de P. H. Sin embargo, admitimos la posibilidad de que esos «terceros perjudicados» puedan acudir al juicio declarativo ordinario procedente, ejercitando la acción de nulidad en defensa de sus derechos (79), en cuyo supuesto entendemos que el plazo para el ejercicio de dicha acción sería el de quince años (80).

Otro de los problemas interesantes que puede plantear la legitimación, es el de su manifestación pasiva cuando resulte que uno de los «propietarios disidentes» sea precisamente el Presidente de la Comunidad.

En efecto, conforme dispone el artículo 12, I, de la Ley de P. H., el Presidente de las Comunidades de propietarios de edificios sujetos al régimen de P. H. es quien los representa judicial y extrajudicialmente.

Es evidente, por tanto, que la acción ejercitada por los propietarios disidentes tendrá como destinatario procesal pasivo al Presidente de la Comunidad, en su cualidad de representante en juicio de la misma.

Mas resulta evidente que si entre los «disidentes» figurare el Presidente del inmueble, la acción no podrá ser dirigida contra él al ser formalmente imposible que la misma persona pueda figurar en un proceso como actor y demandado.

---

(78) Dentro del concepto «terceros perjudicados» cabría comprender a cuantos habiendo contratado con la Comunidad de propietarios, pudieran resultar perjudicados por el acuerdo; así los arrendatarios, usufructuarios, etcétera, e incluso los vendedores de gas-oil, fuel, etc.

(79) Así lo tenemos manifestado ya en nuestra cit. ob. *La Ley...*, pág. 1036.

(80) La fijación del plazo de quince años no la hacemos con un criterio absoluto ni por lo tanto indiscutible. Incluso no dudamos en que pueda ser objeto de críticas y discusiones.

La Ley no prevé esta posibilidad. Por otra parte, tampoco prevé que pueda nombrarse un Vicepresidente, bien que ello no resulte imposible de solucionar siempre que en los Estatutos se haya previsto este supuesto.

Entendemos, por tanto, que si en los Estatutos se hubiere consignado que se pudiese nombrar un Vicepresidente, lo cual por otra parte no es contrario a la Ley siempre que sea propietario, la acción podrá dirigirse contra él como representante de la Comunidad de propietarios.

La dificultad surge cuando esta posibilidad no aparezca en los estatutos. En tal supuesto, como nadie en la Comunidad tiene la representación de la misma, entendemos —a salvo de mejor criterio— que la acción esgrimida por los «disidentes» habrá de dirigirse contra todos los restantes propietarios del edificio, si no se quiere incidir en falta de litis consorcio pasivo.

4.º *Tramitación.*—Reiteramos aquí lo que indicábamos al examinar el epígrafe equivalente de la norma segunda en orden tanto a la falta de precisión como a la necesidad de arbitrar un *proceso idóneo* para la impugnación de esta clase de acuerdos. Y aún podemos decir más, ya que si el confusionismo es evidente en aquella regla, en ésta aumenta, toda vez que mientras en la segunda se fijan al menos ciertas fórmulas procedimentales y se nos dice que el Juez «resolverá en equidad», lo que conduce a la solución que hemos propugnado, tratándose de la regla cuarta la misión del intérprete bien puede calificarse de profética, entendiendo este calificativo en el auténtico sentido de predecir lo que no ha acontecido con el consiguiente peligro de acertar o no en su vaticinio.

Y buena prueba de ello la tenemos en que la doctrina española no es pacífica en lo que al tema se refiere. Así, mientras para unos el procedimiento a seguir es el declarativo ordinario que corresponda a la cuantía de la reclamación (81), otros se deciden por un «proceso de cognición plenario y especial» (82).

Por su parte los Tribunales españoles en la única resolución que hemos localizado sobre el tema muestran también su duda, consecuencia de lo cual es que se permitan ofrecer al menos por vía comparativa otra nueva posibilidad; la del proceso de impugnación de los acuerdos de las S. A. (83) con el que efectivamente ofrece

(81) FUENTES LOJO, *Suma...*, 2.ª edic., Barcelona 1970, t. II, pág. 1031; ZANÓN MASDEU, *La propiedad...*, Barcelona 1965, pág. 535; ARAGONESES-ALONSO, *Reglas para determinar el proceso aplicable en materia de P. H.*, Rv. Pretor, 1964, pág. 16.

(82) Tal acontece, por ejemplo, con TOMÉ PAULE, *Régimen procesal de la P. H.*, en Rv. Proc. 1965, págs. 71 y ss.

(83) Así la S. Aud. Terr. Madrid de 28 enero 1976 (S. A. A. P., 2.º Sem., núm. 528, pág. 355), en cuyo Consid. 4.º se dice entre otras cosas: «... Sorprende la identidad de este procedimiento con el seguido por la Ley de Sociedades Anónimas de 17 de julio de 1971... Esta correlación de procedimiento se hace con la finalidad de poner de manifiesto, cómo el legislador ha querido dar preferencia a los acuerdos de la sociedad o de la comunidad frente a las pretensiones del accionista o del comunero disidente, única forma de hacer posible la vida de las sociedades o de la comunidad.»

algunos puntos de coincidencia, tal acontece con la *finalidad* (84) y la *legitimación* (85).

Son, sin embargo, éstas las únicas similitudes, ya que la Ley de P. H. se limita a establecer el plazo dentro del cual la acción podrá ejercitarse, plazo que por cierto no es el mismo que para la impugnación de los acuerdos sociales (86).

No creemos, por tanto, que las normas procesales contenidas en el artículo 70 de la Ley de Sociedades Anónimas sean aplicables a el concreto supuesto de la Ley de P. H. que estamos contemplando, por cuanto en el referido precepto se arbitra un especialísimo proceso dirigido a impugnar unos determinados y concretos supuestos: los acuerdos que se adopten en las Juntas de las Sociedades Anónimas.

Mas también hemos de decir, que de la misma forma que en dicha Ley se arbitró este peculiar proceso impugnatorio, en la de P. H. debiera haberse hecho si no lo mismo sí algo parecido. No se hizo, sin embargo, lo que supone una laguna que se hace preciso colmar en un futuro lo más próximo posible.

Y eliminado este proceso especial, solamente quedan en pie las dos formas que apuntan la doctrina científica, esto es, el declarativo ordinario que corresponda según la cuantía, y el de cognición plenario y especial.

Nos inclinamos por la primera de estas dos posibilidades, decididamente (87).

5.º *Plazo para el ejercicio de la acción impugnatoria.*—El párrafo segundo de esta regla establece que la acción deberá ejercitarse *dentro de los treinta días siguientes al acuerdo o a la notificación del mismo si hubiere estado ausente* el que impugne.

Comenzaremos el examen de este párrafo diciendo que para nosotros se trata de un plazo de caducidad y no de prescripción (88).

En cuanto a la forma de computación del mismo, la Ley contempla dos posibilidades:

- a) Que el futuro impugnante asistiera a la Junta en que el acuerdo fue adoptado; y
- b) Que hubiere estado ausente de la misma.

En la primera de estas dos hipótesis, el plazo de treinta días comenzará a contarse a partir del siguiente al de la celebración de la Junta.

En la segunda, a partir de la notificación del acuerdo. Para que

(84) Impugnar acuerdos contrarios a la Ley o a los Estatutos.

(85) Propietarios disidentes en el régimen de la P. H.; socios que hubieren hecho constar su oposición en la S. A. —art. 69 de la misma.

(86) Cuarenta días para éstos y treinta días para la regla cuarta.

(87) Vid. sobre ello nuestra cit. ob. *La Ley...*, pág. 1038, en la cual puede observarse un cambio respecto de la posición que mantuvimos en la 1.ª edición de la misma, toda vez que en ella manteníamos que la tramitación a seguir era la de los incidentes.

(88) Vid. nuestra ob. *El Código...*, pág. 230.

ésta produzca sus efectos, estimamos deberá hacerse fehacientemente (89).

En cuanto a la forma de realizar la computación de los treinta días a los efectos procesales, somos de la opinión que será de aplicación lo dispuesto en los artículos 257 y 304 de la Ley de Enjuiciamiento civil en relación con el 5.º, 1 del Código civil.

Y pasemos a otro aspecto de esta regla. El de la ejecutividad del acuerdo adoptado en la Junta.

Dos cosas previene a tales efectos la Ley de P. H.:

1.º Que el acuerdo adoptado «... será provisionalmente ejecutivo...».

2.º Que el Juez podrá acordar la no ejecutividad de dicho acuerdo.

La contemplación de este aspecto nos sugiere los siguientes comentarios:

a) En primer lugar, que el término *provisionalmente* huelga a fuer de intrascendente, ya que hubiere sido suficiente decir «... será ejecutivo, salvo que el Juez ordene la suspensión», desde el momento en que operada su impugnación habrá que esperar a que aquél dicte resolución para que el acuerdo adquiriera carácter definitivo o quede sin efecto.

b) En segundo lugar, la redacción de este párrafo pone de relieve la existencia de una regla general y una excepción.

La regla general es la *ejecutividad provisional* del acuerdo; la excepción, la *suspensión* de su ejecución que habrá de ser acordada por el Juez.

Ello plantea a su vez el problema de las consecuencias derivadas de la ejecución provisional del acuerdo, especialmente cuando de la misma puedan derivar daños y perjuicios para los propietarios disidentes (90).

Pocos son los supuestos de ejecución provisional que se contemplan en nuestras leyes procesales civiles (91), constituyendo sin embargo la regla general en el ámbito de la Administración (92).

---

(89) En cuanto a la fehacencia, nos remitimos íntegramente a lo que dijimos al tratar de ella en nota 21 de este trabajo.

(90) Tal acontece, por ejemplo, con las obras que afectando a elementos comunes han sido acordadas por simple mayoría repercutiendo su importe sobre todos los propietarios incluidos los disidentes; o con la realización de nuevas instalaciones, servicios o mejoras a que se refiere el art. 10-I adoptadas contra lo dispuesto en las normas estatutarias y comenzadas a realizar al amparo de esa «ejecutividad provisional», resolviendo el Juez en contra del acuerdo, lo que lleva consigo su derribo con gastos a repetir entre todos los propietarios, incluidos los disidentes, etc.

(91) Entre ellos cabe citar la Ley de 10 noviembre 1942 sobre ejecución de Sentencias dictadas en cuestiones de Arrendamientos Rústicos (art. 1.º y 2.º, especialmente); con el aseguramiento de bienes litigiosos que guarda cierta conexidad con esta ejecución; con la ejecución de sentencias de remate por vía de apremio —arts. 1.476 y 1.559 Enj. civil— y con el juicio —recurso según la Ley de Enj. civil— de revisión, en su art. 1.803.

(92) Así podemos verlo en el art. 101 en relación con el 116 de la Ley Reguladora del Procedimiento Administrativo de 17 de julio de 1958.

No obstante y a falta de referencia alguna en la regla que estamos examinando, nos inclinamos a considerar aplicable por analogía y equidad lo que constituye un principio general en materia de ejecuciones, esto es, la prestación de la oportuna fianza.

En cuanto a quién —o quiénes— deberá constituir ésta es otro problema. En efecto, ¿habrá de ser la mal llamada por toda la doctrina tanto científica como jurisprudencial (93) «Comunidad de propietarios» repartiéndose posteriormente y en caso de que el Juez deje sin efecto el acuerdo entre todos los propietarios en proporción a sus cuotas?; ¿o solamente deberán contribuir a este gasto quienes con su voto permitieron que el acuerdo se adoptare?; o, en fin, y para el caso de que existiera, ¿cabría que fueren satisfechas con cargo a ese «fondo de reserva» que se constituye en algunas Comunidades de propietarios?

De las tres posibilidades que acabamos de indicar, nos decidimos por la última caso de existir dicho «fondo».

Mas como la existencia del mismo suele ser «rara avis», de los otros dos supuestos nos decidimos por el segundo, al estimar que deben ser principalmente quienes dieron lugar con su voto a que el acuerdo impugnado se adoptare, los que deben contribuir en proporción a sus cuotas a la constitución de la fianza (94).

Por último y en relación con este aspecto de la ejecución provisional hemos de indicar dos cosas:

a) Que en nuestra opinión la suspensión del acuerdo deberá pedirse al Juez por los disidentes; y

b) Que la resolución que el Juez dicte en orden a ello no es en nuestra opinión susceptible de recurso alguno.

*Norma quinta.*—Dice así:

«Será Juez competente para conocer de las cuestiones a que se refieren los números segundo y tercero del presente artículo el municipal o comarcal del lugar donde esté sita la finca.»

Como puede observarse, esta norma regula lo relativo a la competencia objetiva y territorial, bien que con exclusiva referencia a los supuestos procesales que contemplan las reglas segunda y tercera de este artículo.

En todo lo relativo a dicho extremo y números nos remitimos plenamente a lo indicado al ocuparnos de los mismos, haciendo la aclaración de que la referencia que en esta regla se hace a la Justicia Municipal y comarcal debe actualmente entenderse referida a la de Distrito.

(93) Entre la que nos incluimos pese a la crítica.

(94) Sobre la constitución de la fianza, ver nuestra cit. ob. *La Ley...*, página 1038 y nota 800 bis.

## Derecho de nacionalidad argentino

PEDRO EDUARDO EGEA LAHORE

Profesor titular de Derecho Internacional Público en las Universidades de El Salvador,  
Católica de la Plata y de Belgrano

SUMARIO: I. Derecho de la nacionalidad: 1. Caracterización. 2. Régimen jurídico internacional. 3. La ciudadanía. 4. Nacionalidad de origen y nacionalidad adquirida. 5. Doble o múltiple nacionalidad. 6. Apatridia. 7. Supranacionalidad.—II. Evolución del régimen argentino: 1. La primera ley. 2. La ley 346 y sus categorías. 3. El decreto 999 de 1931. 4. La práctica de la naturalización. 5. El decreto 6.605 de 1943. 6. La ley 14.354. 7. Renacimiento de la ley 346 y normas posteriores.—III. El nuevo régimen de nacionalidad argentina: 1. La ley 21.795. 2. Los argentinos nativos por opción. 3. Los argentinos naturalizados. 4. La pérdida de la nacionalidad. 5. La readquisición de la nacionalidad. 6. La ciudadanía. 7. Procedimiento y organismos intervinientes.

### I. DERECHO DE NACIONALIDAD

#### 1. CARACTERIZACIÓN

Quien dice nacionalidad implica las ideas de pertenencia, relación, vinculación o fidelidad. La nacionalidad es, esencialmente, una relación entre una de un grupo muy variado de entidades —que van desde la persona física hasta buques y aeronaves— con un estado nacional, que es necesariamente el otro lado de esa relación. El mundo está dividido en estados nacionales y dichas entidades adquieren así una vinculación con esos protagonistas estelares. Son variados los criterios para establecerla y los efectos jurídicos que produce. La institución responde a una realidad sociológica y posee una implementación jurídica.

#### 2. RÉGIMEN JURÍDICO INTERNACIONAL

La institución de la nacionalidad se encuentra hoy a mitad de camino entre la competencia nacional y la competencia internacional y de esta caracterización esencial surgen sus peculiaridades.

des. No ha salido del todo de la competencia nacional y no ha ingresado del todo en la competencia internacional. En virtud de esa ubicación, su régimen involucra normas del derecho interno (constituciones, leyes y reglamentos de variada jerarquía normativa) como del orden internacional (tratados bilaterales, multilaterales y principios). La institución se constituye con normas de dos órdenes y tiene efectos en ambos.

La Corte Permanente de Justicia Internacional debió encuadrar dentro de la dicotomía competencia nacional-competencia internacional el tema de la nacionalidad. Fue en 1923, con motivo de su opinión consultiva en el caso de los decretos de nacionalidad de Túnez y Marruecos (zona francesa). Francia había dictado normas de nacionalidad sobre esas regiones que controlaba. Dichas normas originaron la queja de súbditos británicos y se planteó una cuestión internacional entre Gran Bretaña y Francia. El tema fue llevado al Consejo de la Sociedad de las Naciones. Francia se negaba a someter la cuestión a arbitraje alegando el artículo 15, párrafo 8, del Pacto. El Consejo, ante la situación planteada, pide a la Corte un dictamen legal, tomando nota que las partes someterán la cuestión a arbitraje o arreglo judicial siempre que el tribunal dictaminara que la cuestión no era de competencia exclusiva. El texto de la resolución del Consejo dice que «el Consejo decide someter al Tribunal Permanente de Justicia Internacional, para dictamen, la cuestión de si la controversia arriba mencionada es o no, según la ley internacional solamente un caso de jurisdicción interior». El dictamen de la Corte, ya célebre, consagró que «en el estado actual de Derecho internacional las cuestiones de nacionalidad están comprendidas en principio a juicio del tribunal en este dominio exclusivo».

No creemos que hoy pudiera darse la misma respuesta y pronunciamientos de la Corte mundial posteriores (como el caso *Nottebohm*) afirman nuestra tesis, de que el tema de la nacionalidad está hoy a mitad de camino, pasando de la competencia nacional a la competencia internacional, e involucra normas de ambos ordenamientos. Alguna vez saldrá totalmente de la primera y habrá una amplia competencia internacional en materia de nacionalidad.

Las deficiencias, omisiones e imperfecciones del régimen de la nacionalidad en nuestro momento histórico derivan de su particular ubicación normativa.

El tema pertenece al Derecho internacional público. Esta ciencia estudia la nacionalidad en su totalidad en sus principios y teoría general. Otras disciplinas hacen aplicaciones derivativas de la teoría general, como el Derecho internacional privado, el Derecho penal, el Derecho procesal, el Derecho constitucional y otros. Pero la sistemática completa del régimen de la nacionalidad pertenece al Derecho internacional público, por ser una de las partes en esta relación el estado nacional, protagonista primordial de este Derecho.



La nacionalidad que es vínculo con el estado nacional de las personas u otras entidades a las cuales el Derecho internacional público permite atribuir esa categoría jurídica, involucra siempre al Derecho internacional y se rige por él, aun cuando las normas sean dictadas en el orden nacional. Es el Derecho internacional el que habilita a los estados a dictar normas nacionales de nacionalidad y el que en virtud de principios que ha ido desarrollando puede corregir excesos o establecer precisiones, ante colisión de normas nacionales si una cuestión de este tipo es llevada a la instancia internacional.

### 3. LA CIUDADANÍA

La ciudadanía es la aptitud para ejercer los derechos políticos. A diferencia de la nacionalidad se rige exclusivamente por el derecho interno y su regulación pertenece al dominio reservado del Estado. Se puede poseer la nacionalidad y carecer de la ciudadanía (por motivos de edad o de condena, por ejemplo). Pero como la ciudadanía deriva de la nacionalidad, la pérdida de ésta acarrea la de la primera. Por el contrario, la pérdida de la ciudadanía no acarrea la pérdida de la nacionalidad.

Nacionalidad y ciudadanía son dos conceptos relacionados, pero cada uno funciona dentro de un régimen propio, variable según las distintas legislaciones nacionales.

En la República Argentina se identificó en pasadas etapas los dos conceptos, lo cual llevó a numerosas dificultades. La ley de nacionalidad vigente distingue en forma precisa y moderna los dos conceptos.

### 4. NACIONALIDAD DE ORIGEN Y NACIONALIDAD ADQUIRIDA

El derecho de la nacionalidad tiene un conjunto de conocimientos esenciales, entre los cuales sobresalen dos: los de nacionalidad originaria y nacionalidad adquirida. Nacionalidad originaria o primaria es la nacionalidad que una persona posee en el momento de su nacimiento, cualquiera sea la ley nacional que se le atribuya. Nacionalidad adquirida es la nacionalidad que una persona puede llegar a tener en su vida y que no es su nacionalidad originaria.

La nacionalidad originaria puede ser atribuida según dos criterios que pueden considerarse universales, pero que nunca se dan puros en las normativas nacionales. El «*ius sanguinis*» y el «*ius soli*». El «*ius sanguinis*» consagra como criterio de atribución de la nacionalidad originaria la nacionalidad de los padres o del padre si no coinciden ambas, fijando generalmente un límite en generaciones. El «*ius soli*» consagra como criterio atributivo de nacionalidad originaria, el lugar del nacimiento.

Cada país atribuye la nacionalidad según sus normas que de-

ben adaptarse al marco internacional, ya que es el Derecho internacional el que habilita a los estados para que hagan su regulación. Si se exceden, la instancia internacional puede actuar ante los casos que puedan ser llevados a un órgano internacional.

Distintas instituciones que han ido desarrollando el Derecho, ejemplifican formas de adquirir la nacionalidad adquirida, o sea, llegar a tener una nacionalidad distinta de la originaria. En el mundo contemporáneo el acto más común para adquirir otra nacionalidad es la naturalización. Esta es la institución del Derecho internacional por la cual un extranjero o apátrida, adopta la nacionalidad de un país. Lo corriente es que se trate de un acto voluntario, pero se han conocido regímenes de naturalización compulsiva de extranjeros residentes en un país. La adopción y el matrimonio fueron otrora actos que hacían adquirir una nacionalidad. Ese régimen hoy se conserva en muy pocas legislaciones.

#### 5. DOBLE O MÚLTIPLE NACIONALIDAD

La falta de una total coordinación entre las normativas nacionales permite la existencia de un fenómeno antifuncional, pero frecuente: la doble o múltiple nacionalidad. Esta puede ser originaria o adquirida. La doble nacionalidad originaria se da cuando sobre una persona concurren dos leyes de nacionalidad que lo involucran en el momento de su nacimiento. Los nacidos en el territorio de un país que adopta el «*ius soli*» (como la Argentina) de padres pertenecientes a un país que adopta el «*ius sanguinis*» (como Italia) tienen esta doble nacionalidad. Tal es el caso frecuente de hijos de españoles o italianos nacidos en la República Argentina.

La doble nacionalidad puede ser también adquirida. En nuestros días ello sucede con frecuencia por naturalización. Cuando la ley de la nacionalidad originaria no prevé la pérdida automática en casos de naturalización en país extranjero, se presenta un caso de doble nacionalidad adquirida, que puede llegar a ser múltiple en virtud de sucesivas naturalizaciones.

Dado que la nacionalidad produce efectos, la doble o múltiple nacionalidad produce confusión. La tendencia contemporánea es eliminar la posibilidad de que un sujeto posea simultáneamente dos nacionalidades.

#### 6. APATRIDIA

La misma imperfección del régimen de la nacionalidad que genera su abundancia y superposición en una persona, en los casos de doble y múltiple nacionalidad, origina el fenómeno inverso: la apatridia o apolidia. Es el «*status*» en materia de na-

cionalidad de aquel que no posee ninguna. Tiene en algunos casos causas técnicas cuando la convergencia de leyes orientadas por principios distintos priva a una persona de cualquier nacionalidad. Tal es el caso (ejemplificación académica) de un nacido en un país que adopta el «*ius sanguinis*» de padres desconocidos. En otros casos, la apatridia tiene causas políticas. En el mundo contemporáneo han sido frecuentes las privaciones de la nacionalidad a perseguidos políticos, que se convierten así en apátridas. Dificultades probatorias que acompañan a los refugiados o desplazados convierten en el mundo contemporáneo en apátridas a numerosas personas. Dadas las atribuciones que conlleva la nacionalidad, la apatridia ha suscitado más preocupación normativa que la doble o múltiple nacionalidad. El 30 de agosto de 1961 se firmó la convención para reducir los casos de apatridia en el porvenir, que si bien no contempla la erradicación de todos los posibles casos de apatridia impone a las partes obligaciones importantes para evitar ciertos casos.

## 7. SUPRANACIONALIDAD

El concepto de supranacionalidad es otro de los términos esenciales del derecho de la nacionalidad contemporánea. Consiste en brindar en el marco de los países que por distintos motivos participan de una comunidad histórica a los poseedores de la nacionalidad de uno de ellos, un «*status*» de nacionalidad en los otros, diferente al que disfrutaban usualmente los extranjeros. Institución propuesta en reiteradas ocasiones para ser aplicada al mundo hispanoamericano o latino americano no ha llegado aún a concretarse en ese marco, pero tiene destacada aplicación en el ámbito de la Comunidad Británica de Naciones. Algunas constituciones americanas consagran unilateralmente para los extranjeros latinoamericanos distintas ventajas que encuadran en el concepto.

## II. EVOLUCION DEL REGIMEN ARGENTINO

### 1. LA PRIMERA LEY

Desde que la Argentina se independiza el tema de la nacionalidad aparece en rango destacado figurando en los principales proyectos constitucionales.

La Constitución de 1853 se refiere al tema, e indica que el Congreso lo legislará mediante una ley federal. El precepto que indica que esa legislación deberá tener en cuenta «los principios de la ciudadanía natural» fue introducido luego por la reforma de 1860. En 1853 la Constitución no se adhería todavía ni al principio

del «*ius soli*» ni al del «*ius sanguinis*». Por ello fue posible la firma de los tratados de 1857 y 1859 con España (no ratificados) que hacían concesiones al «*ius sanguinis*», atribuyendo a los hijos de españoles la posibilidad de optar por la nacionalidad de sus padres. El último de los tratados citados que se encontraba pendiente de ratificación cuando la provincia de Buenos Aires se reincorpora a la Confederación en 1860, origina el agregado al artículo 31 de la Constitución, donde la otrora provincia secesionada trata de no quedar vinculada por esa eventual norma si llegara a ratificarse; «... Salvo para la provincia de Buenos Aires los tratados ratificados con posterioridad al 11 de noviembre de 1859», dice el texto después de consagrar la obligatoriedad de los tratados en el orden interno.

En 1857 la Confederación Argentina sancionó la Ley 145, que es, desde el punto de vista histórico, nuestra primera ley de nacionalidad. Reglaba en 13 artículos la materia; en la primera sección trataba de la nacionalidad y en la segunda de la ciudadanía. Consideraba argentinos a las personas nacidas en el territorio del país y a los hijos de padre o madre argentinos nacidos en el extranjero, a menos que prefieran la nacionalidad del país de su nacimiento. También eran argentinos los extranjeros que obtuvieran «carta de naturalización» (en esta expresión la Ley 145 era más perfecta que la que vendría luego, ya que habla de carta de naturalización y no de carta de ciudadanía). El artículo tercero permitía que los hijos de extranjeros, aun los nacidos en la República, prefirieran la nacionalidad de su origen. Esta concesión al «*ius sanguinis*» suscitó una gran oposición.

El procedimiento de naturalización exigía que se probasen las condiciones del artículo 20 de la Constitución ante el juez federal que era quien la otorgaba mediante un certificado con el que el interesado debía pedir la carta de naturalización al Poder Ejecutivo Nacional; ésta era firmada por el Presidente y el Ministro del Interior. La ley preveía la pérdida de la nacionalidad en un solo caso: naturalización en país extranjero. Había un procedimiento de readquisición de la nacionalidad que exigía volver a la República, manifestar la voluntad de domiciliarse y solicitarlo a la autoridad política.

La ciudadanía también podía perderse o suspenderse habiendo rehabilitación que corría a cargo del Congreso.

## 2. LA LEY 346 Y SUS CATEGORIAS

En 1869 se sanciona la Ley 346, que es la norma que más tiempo ha regido la nacionalidad en la Argentina, llegando a cumplir un siglo, si bien en forma discontinua. Las alternativas políticas argentinas han incidido en el régimen de la nacionalidad.

La Ley 346 distingue los argentinos nativos y los argentinos naturalizados. Son argentinos nativos los nacidos en el territorio

de la República, sea cual fuere la nacionalidad de los padres, con excepción de los hijos de los diplomáticos extranjeros residentes en la República, los nacidos en buques de guerra y legaciones de la República, los nacidos en las repúblicas que formaron parte de las Provincias Unidas del Río de la Plata, antes de la emancipación de aquéllas, siempre que residiesen en la Nación y lo solicitasen y los nacidos en mares neutros bajo el pabellón argentino. También son argentinos de acuerdo a la Ley los hijos de argentinos nativos que habiendo nacido en país extranjero optasen por la nacionalidad de sus padres («ciudadanía de origen» en la terminología de la Ley). De esta última caracterización surge la categoría de argentinos nativos por opción, o como se los llamó en algunos casos «*argentinos por opción*». Estos argentinos eran tan nativos como los nacidos en el territorio de la Nación, con la única diferencia de que venían al mundo en territorio extranjero y para serlo debían manifestar su voluntad en tal sentido. La ley de nacionalidad dio la caracterización esencial y la jurisprudencia fue precisando su perfil; se estableció así que bastaba que uno de los padres fuera argentino para poder formalizar la opción (caso «Villalonga Nazar»). La categoría ensamblaba con los requisitos, que la Constitución exige para ser Presidente o Vicepresidente de la República, que incluyen el haber nacido en la Argentina o en el exterior de padres argentinos. Esta norma tenía en su transfondo político la situación de los exiliados durante la época de Rosas, que luego retornaron al país y no deseaban que el exilio de los padres sustrajera a los hijos de la nacionalidad argentina.

Como la ley no fijaba un período para realizar la opción, la práctica jurisprudencial lo estableció. No se requería residencia en la República, ni conocimiento del idioma nacional. Tampoco otro requisito especial de conducta. La opción era un acto expreso que debía hacerse ante el juzgado federal, incluso por apoderado.

Sólo podía hacerse a partir de los dieciocho años, no pudiendo hacerlo con anterioridad a esa edad sus representantes legales (caso «Baez Mamani, Santiago», Corte Suprema, febrero 9, 1978, La Ley, 3 de julio de 1978, criterio sustentado con anterioridad por la Corte Suprema, t. 221, p. 245, La Ley, t. 65, p. 145).

La opción podía hacerse en cualquier momento de la vida del sujeto pasados los dieciocho años. La institución de la opción no beneficiaba a los hijos adoptivos, adoptados de acuerdo a la Ley 13.252 (caso «Sozzi, Franco», C. N. Fed Sala II Civil y comercial, abril 25 de 1978, en La Ley, 11 agosto 1978, que sigue la anterior jurisprudencia de la Corte Suprema en el caso «Burmeister, Dora», del 18 de marzo de 1954, La Ley, t. 73, p. 713; Ferrer Horacio Carlos, *Posibilidad de optar por la ciudadanía argentina de los hijos adoptados en el extranjero*, La Ley, 1978; Díaz de Guijarro, Enrique, *Adopción y ciudadanía por opción*, Jurisprudencia Argentina, 1954, t. IV, p. 356). La posibilidad de opción por parte de los adoptados bajo el régimen de adopción plena debe ser contestada afirmativamente.

Con frecuencia, los que se acogían a la opción se convertían en desertores al servicio militar; la ley específica establecía la posibilidad de que pudieran ser llamados hasta los treinta y seis años.

La figura estaba rodeada de cierta niebla jurídica, ya que incluso en avisos oficiales y formularios se distinguía a los argentinos y argentinos por opción, con aparente desconocimiento de que los argentinos por opción eran tan argentinos nativos como los primeros. En la divulgación no se distinguía con claridad entre opción y naturalización.

La Ley 346 establecía también las pautas esenciales de la naturalización de extranjeros requería dieciocho años de edad, dos de residencia continua en la República. Ese tiempo podía reducirse por haber desempeñado empleos oficiales, haber servido en el ejército, haber establecido una industria o introducido una invención, ser empresario o constructor de ferrocarriles, formar parte de colonias teniendo una propiedad raíz, habitar territorios fronterizos, haberse casado con una mujer argentina o ejercer el profesorado. La naturalización como la opción se tramitaba ante los tribunales federales, quienes otorgaban la carta de naturalización mal llamada «carta de ciudadanía». *La Ley 346 no prevenía la pérdida de la nacionalidad en ningún caso.*

Los argentinos nativos adquirían la ciudadanía a los dieciocho años y si lo eran por opción, a partir de ese acto. Los naturalizados la adquirían automáticamente con la naturalización. Se reglaba en la ley la pérdida y la rehabilitación de la ciudadanía.

La pérdida de la ciudadanía derivada de la naturalización en país extranjero, la aceptación de empleos u honores de gobiernos extranjeros sin permiso del congreso y de la quiebra fraudulenta o sentencia que hubiere impuesto, lo que se llamaba por entonces pena infamante o de muerte.

La rehabilitación en el ejercicio de la ciudadanía la concedía el Congreso. Muchas personas importantes de la República, perdieron en su hora la ciudadanía como el Dr. Roque Saenz Peña cuando marchó a luchar en la guerra del Pacífico, a favor de Perú y Bolivia. Lo mismo ocurrió con otros argentinos que se alistaron en guerras extranjeras.

Para evitar incurrir en la pérdida de la ciudadanía, los argentinos que desearan aceptar condecoraciones debían solicitar al Congreso la autorización. Este los autorizaba dictando leyes en sentido formal, que incluían frecuentemente en la misma ley la autorización para varias personas.

### 3. DECRETO 999 DE 1931

En la Ley 346, desde el punto de vista procesal, todo se tramitaba ante los tribunales federales, salvo la rehabilitación en la ciudadanía, que corría a cargo del Congreso.

La vida de la Ley 346 fue acompañada de numerosos comentarios críticos y propuestas de reforma que no llegaron a concretarse. Su liberalidad permitía abusos según algunos y la utilización de la nacionalidad con fines subalternos. Esas consideraciones, unidas al factor seguridad, llevaron a una progresiva y más rígida reglamentación.

La Ley 10.256 introduce un nuevo requisito en la naturalización: el juramento, que debían prestar al tiempo de naturalizarse ante el juez federal los interesados.

Motivos de seguridad originan el dictado del decreto reglamentario 999 de 1931. Este trata de restringir las naturalizaciones estableciendo con mayor claridad las circunstancias que había que acreditar ante los tribunales federales. En algunos aspectos reglamenta y en otros establece nuevos requisitos.

Preceptuaba que la edad y la etxranjería se acreditaría con la partida de nacimiento legalizada por el cónsul argentino del lugar, y debidamente autenticada por el ministerio de relaciones exteriores. En su ausencia se permitía prueba supletoria. La residencia de dos años inmediata y continua que debía probarse debía especificar también los lugares donde se domicilió. Se pedía también una sumaria información de testigos y un certificado de inmigración. La residencia y el concepto de vida y costumbres se daba por una información levantada por la autoridad policial. Completaban las exigencias la de un certificado de trabajo y un informe del registro electoral.

Se establecía también que los cónsules argentinos harían saber al Miniterio de Relaciones Exteriores, cuando tengan conocimiento de que un naturalizado argentino hiciera uso de la doble nacionalidad, siendo esta comunicación elevada al procurador fiscal de turno a su efectos.

El decreto establecía como requisito de naturalización ser capaz según las leyes de la República y haber observado conducta irreprochable, contar con medios propios de subsistencia, no haber sufrido condena infamante o por delitos contra la propiedad o por falsificación en general o por apropiación o malversación de caudales públicos, sea que hubiesen ufrido condena o hubiesen sido indultados, conmutados o amnistiados (no establecía límite en cuanto a la condena, simplemente categorizaba los delitos) y saberse explicar inteligiblemente en idioma castellano y no profesar doctrina o estar afiliado a sectas que combatan la forma de gobierno de la República. Por el decreto de 1931 aparece lo ideológico en el proceso de naturalización, en un momento en que también penetraba en otras normas en la misma comunidad.

#### 4. LA PRÁCTICA DE LA NATURALIZACIÓN

La interpretación jurisprudencial fue rigurosa o permisiva según las épocas, lo cual da en perspectiva histórica un cuadro en

general confuso. La Corte Suprema concedió la nacionalidad en un caso donde el aspirante registraba condena de cuatro meses de prisión condicional por delito de contrabando (LA NACION, 29 de julio de 1977, La Ley, 28 de noviembre de 1977). La Cámara Nacional Federal (Sala I civil y comercial) en el caso «Ivanisevic, Vladimiro» (El Derecho 16 de agosto de 1977) consideró irrelevante la circunstancia de que nueve años antes el peticionante hubiera sido condenado a seis meses de prisión por encubrimiento «hecho aislado y ya lejano dentro del extenso lapso que abarca su radicación».

También fue concedida a quien había sido condenado a seis meses de prisión condicional por hurtos reiterados. Igualmente en un caso en que mediaba una causa seguida por hurto y evasión, sobreseída por encontrarse extinguida la acción penal (caso «Pérez, Ceferino», C. Fed. Tucumán, nov. 7, 1974, La Ley, 5 de marzo de 1975).

La Corte Suprema en su composición hasta el 24 de marzo de 1976 había mitigado la severidad de la reglamentación. En el caso «Benítez Celestino» entendió que la condición de analfabeto no obstaba a la concesión de la nacionalidad (1975). En otra situación no fue obstáculo una condena como autor de hurtos reiterados a seis meses de prisión en forma condicional (C. S., octubre 9, 1975, caso «Gorza, Angel S.», La Ley, 28 de enero de 1976). Otro fallo consideró «procedente la acción sobre carta de ciudadanía si el interesado registra como antecedente un delito, cuando ha transcurrido un lapso suficiente entre la condena con carácter suspensivo, y el otorgamiento del beneficio, período pronunciado que puede configurar la prescripción de la pena y haber el solicitante probado una conducta acorde con la exigencia legal, ya que la condena impuesta alcanza solamente una calificación moral» («Batizteza, José M. C., Fed. Paraná, junio 10, 1975 LL, 25 febrero 1976). Tampoco fue obstáculo una pena de siete meses de prisión, de ejecución condicional, por el delito de lesiones leves agravadas por el vínculo en perjuicio de su esposa y una cuñada («Ponti, Conrado», Corte Suprema, junio 4, 1975, La Ley, 2 de septiembre de 1975).

La renovada interpretación literal de la reglamentación por la Corte Suprema después del 24 de marzo de 1976 llevó a negar la naturalización, al condenado a tres meses de prisión en suspenso por hurto («Corte Suprema «Vivanco Rubilar, José A.», 28 de julio de 1977, La Ley, 2 de noviembre de 1977).

Se consideró que no había conducta irreprochable habiendo sobreseimiento provisorio en un supuesto delito de corrupción de menores (Juzgado Federal núm. 1, La Plata, La Prensa 5 diciembre de 1977).

Los procesos en materia de nacionalidad están llenos de melodrama y no falta aquel caso en que el solicitante invoca, que por motivos referidos a su empleo público le exigen para confirmarlo en el cargo la nacionalidad. Por otra parte, los antecedentes de-



lictivos en el extranjero, seguramente no obrantes en el expediente, no fueron obstáculo a la concesión de la naturalización en varios casos notorios. Lo cual contrasta con la meticulosidad de alguna jurisprudencia que analiza pequeñas faltas (sobre esta problemática en general más allá del tema de la nacionalidad, véase Liporace, Felipe Mario, «¿Se confía en la justicia?», en Vigencia Año 3, número 27, p. 12).

En el caso «Centurión Vega, Celia» se rechazó la petición por haberse fundado en «intereses de tipo económico, que escapan naturalmente a la alta conceptualización que supone en una persona de nacionalidad extranjera el abandonarla para obtener su similar argentina» (Juzgado Federal núm. 1, La Plata, La Prensa, 18 febrero de 1978).

El decreto reglamentario de la ley establecía los perfiles del proceso ante los tribunales federales, señalando que los extranjeros se presentarán personalmente por escrito en duplicado ante el juez federal o letrado del territorio de su domicilio, expresando el nombre y apellido, edad, estado, peculiaridades personales, ocupación, lugar de nacimiento, designando pueblo, provincia, ciudad y nación, último domicilio en el exterior, fecha de llegada a la República, con nombre del buque si fuera posible, y nombre y domicilio y ocupación de dos testigos mayores de edad, que sepan leer y escribir, posean residencia en la jurisdicción del juzgado y no se hayan ausentado del país durante los años anteriores a su declaración, quienes depondrán sobre la moralidad del compareciente y también sobre su edad, nacionalidad y residencia. El trámite ante los tribunales federales duraba normalmente algunos meses y se realizaba mediante formularios impresos por el Ministerio de Justicia. El decreto reglamentario señalaba también la fórmula del juramento, ya que la Ley 10.256 había impuesto el requisito, pero no había fijado la fórmula. Su texto era: «¿Juráis por la Patria y vuestro honor respetar fielmente la Constitución de la República y las instituciones por ella consagradas?».

El procedimiento siempre fue gratuito e intervenían los tribunales federales de turno en la capital o las provincias. El mismo interesado procedía a diligenciar los oficios ya impresos ante las reparticiones públicas, a las que se requerían los informes para agregar en el expediente. Una vez agregados todos esos informes (de la Secretaría de informaciones del estado, del registro de reincidencia, de la policía federal y de la dirección de migraciones) y con la intervención del ministerio público, se procedía a fijar una audiencia para tomarle juramento al interesado extendiéndosele luego la carta de naturalización, mal llamada en el impreso «carta de ciudadanía». Con dicho documento el interesado, ya convertido en argentino, debía concurrir al registro civil, donde le retenían la carta, dándole el documento de identidad, en cuyo texto se asienta expresamente el carácter de argentino naturalizado. Con dicho documento el interesado podía obtener la cédula de identidad policial y consiguientemente el pasaporte argentino.

## 5. EL DECRETO 6.605 DE 1943

En 1943 se dicta el Decreto 6.605, que tiene dos aspectos: uno coyuntural, por el cual se suspende el otorgamiento de naturalizaciones mientras durase la guerra, y otro permanente, al establecer la institución de la pérdida de la nacionalidad. Esta posibilidad sólo se aplicaba a los argentinos naturalizados, siendo sus causas la comisión de actos que importen ejercer la nacionalidad de origen o la doble nacionalidad, el ejercicio de derechos políticos en país extranjero, la aceptación de empleos, comisiones u honores otorgados por gobiernos extranjeros, sin autorización del gobierno de la nación argentina, la realización de actos que afecten la soberanía, integridad o defensa de la nación argentina o o menosprecien sus símbolos, el registrar antecedentes ideológicos o doctrinarios contrarios a las instituciones políticas de la República o de su forma de gobierno, quebrantar en cualquier forma la fidelidad jurada a la Nación Argentina o lesión a su crédito o al de su gobierno, aunque sea en el exterior, la omisión de la obligación de enrolarse a su debido tiempo, la falsedad, malicia u ocultación de antecedentes de importancia en la gestión de la carta de ciudadanía y la indignidad resultante de cualquiera de las situaciones contempladas en el artículo 2 de la Ley 8.871... Se establece también la pérdida de la naturalización concedida —por primera vez en la historia legislativa argentina— por residencia en país extranjero «sin voluntad de regresar al territorio argentino, voluntad que se presume *«iuris tántum»*, si el naturalizado está ausente del territorio argentino durante dos años continuados».

La acción para obtener la cancelación de la naturalización debía ser iniciada por el procurador fiscal de oficio o por denuncia fundada, debiendo dicho funcionario deducirla con el ofrecimiento de toda la prueba de que fuera a valerse ante el juez de sección o letrado del territorio a que corresponda el último domicilio denunciado por el naturalizado. En el procedimiento que sería verbal y actuado no habría más que dos audiencias, la primera para oír al acusado, que en este acto debería ofrecer la prueba, y la segunda para que esa prueba y la ofrecida por el ministerio fiscal se produjeran. La celeridad y severidad de este régimen procesal se insertaba en el marco de una época bélica.

## 6. LA LEY 14.354

La Constitución Argentina de 1949 introduce un nuevo capítulo en la legislación de la materia. No se cambian los principios, pero se adiciona como instituto nuevo la «*naturalización automática de extranjeros*». El artículo 31 de la nueva Constitución establecía que «los extranjeros que entran en el país sin violar las leyes gozan de todos los derechos civiles de los argentinos, como

también de los derechos políticos, después de cinco años de haber obtenido la nacionalidad. A su pedido podrán naturalizarse si han residido dos años continuos en el territorio de la Nación, y adquirirán automáticamente la nacionalidad, transcurridos cinco años continuados de residencia, salvo expresa manifestación en contrario. La ley establecerá las causas, formalidades y condiciones para el otorgamiento de la nacionalidad y para su privación, así como para expulsar del país a los extranjeros».

Siguiendo a la nueva Constitución se dicta la Ley 14.354 de 1954, reglamentada luego por el Decreto 7.604 de 1955.

Las categorías de argentinos en la nueva ley eran como en la anterior, los argentinos nativos y los argentinos naturalizados. Los primeros eran los nacidos en territorio argentino, en buques o aeronaves argentinas en zona internacional bajo pabellón argentino. También lo eran los nacidos en el extranjero de padre o madre argentino nativo cuando el padre o madre fuera agente del servicio exterior de la Nación, y cuando las leyes del lugar de nacimiento, no concedan a los hijos la nacionalidad o si los hijos establecieran su domicilio en la República Argentina y lo mantuvieran durante un año ininterrumpidamente como mínimo, antes de cumplir los dieciocho años de edad. *El último párrafo representaba una reformulación de la figura de los argentinos nativos por opción.*

Los argentinos naturalizados eran aquellos que obtuvieran la nacionalidad siguiendo el proceso que establecía la naturalización. Su concesión no corría a cargo del Poder Judicial como hasta entonces, sino del Poder Ejecutivo a través del registro de las personas. Se exigían dos años continuos de residencia, poseer nociones elementales del idioma nacional, la organización política y social de la nación, así como de su historia y geografía, no hallarse mentalmente incapacitado, tener medios honestos de vida y buena conducta, no ser nacional de un país en guerra con la República, no ejercer actividades que repugnen a los artículos 15 y 21 de la Constitución Nacional, y no haber perdido la nacionalidad argentina, salvo lo dispuesto en la misma ley, que brindaba la posibilidad de readquirirla.

La naturalización voluntaria corría a cargo del interesado, cuando tuvieran más de dieciocho años. Se preveía también la naturalización gestionada por los padres o representantes legales para los menores de esa edad.

Además de la naturalización voluntaria se reglamentaba la automática u obligatoria. Quienes tuvieran cinco años continuos de residencia en la República con más de dieciocho años de edad y menos de setenta, debían presentarse a que les discerniera la nacionalidad o manifestar que no deseaban adquirirla, estableciéndose sanciones para quienes no se presentaran dentro del término.

*Esta ley distinguió por primera vez en forma clara nacionalidad y ciudadanía. Entraban en el ejercicio de la ciudadanía los*

argentinos nativos al cumplir dieciocho años; los naturalizados después de cinco años de adquirir la nacionalidad.

Los argentinos nativos y los argentinos naturalizados podían perder la ciudadanía si aceptaban honores o distinciones otorgados por gobiernos extranjeros sin dar cuenta inmediata al Poder Ejecutivo, u ostentar esos honores o distinciones o aceptar empleos de ellos sin su autorización. La perdían los nativos por traicionar a la Nación e incurrir en los hechos condenados en los artículos 15 y 21 de la Constitución Nacional, o por desertar de las fuerzas armadas argentinas en caso de guerra o por naturalizarse en país extranjero. Estas mismas causas por las cuales los nativos perdían la ciudadanía eran causas para que los naturalizados perdieran la nacionalidad. Los naturalizados perdían a su vez la nacionalidad adquirida por haber ocultado hechos o circunstancias, que de ser conocidas en su oportunidad hubieran impedido la naturalización, por participar directa o indirectamente en el tráfico ilegal de estupefacientes o la trata de blancas y por realizar dentro o fuera del país, actos que importen el ejercicio de la nacionalidad de origen.

Sólo el Poder Ejecutivo podía disponer esas pérdidas; el proceso se daba ante el órgano político y había rehabilitación transcurridos tres años desde la fecha en que se hubiere dispuesto la pérdida.

## 7. RENACIMIENTO DE LA LEY 346 Y NORMAS POSTERIORES

En 1956 la Ley 14.354 fue derogada por el Decreto-Ley 14.194/56 y el Decreto-Ley 14.199/56, declarándose en vigor nuevamente la Ley 346 y su reglamentación. Renacía por lo tanto también el Decreto 999 de 1931. Dio lugar a discusión la cuestión de si se producía también el renacimiento del Decreto 6.605 de 1943. La cuestión era algo más que teórica, ya que el Decreto 6.605 contemplaba la pérdida de nacionalidad para los naturalizados, lo cual no estaba previsto en el binomio normativo Ley 346-Decreto 999/1931, que desconocían la institución de la pérdida de la nacionalidad. En el caso «Onassis, Aristóteles» se planteó la cuestión. El interesado había obtenido la naturalización el 22 de noviembre de 1929. En 1968 el procurador fiscal pidió la cancelación basado en la causal del artículo 2 inc. i) del Decreto 6.605/43 («residencia en el extranjero sin voluntad de regresar al territorio argentino, voluntad que se presume *«iuris tantum»* si el naturalizado está ausente del territorio argentino durante dos años continuados). Ante esa circunstancia, los letrados defensores rechazaron la petición fiscal formulando consideraciones sobre la personalidad de Onassis, su ejercicio continuo de la nacionalidad argentina y utilización de la documentación del país, y argumentaron que su representado mantenía domicilio en la República, lo cual probaban con un contrato de locación. El juez de primera

instancia no accedió a la cancelación, entendiendo que el texto invocado consagraba una presunción «*iuris tantum*», o sea, que admite prueba en contrario, y que «deben mediar razones jurídicas sancionadas expresamente o existir motivos de gravedad que hieran la sensibilidad nacional o lesionen los objetivos de la patria para que se acojan fundamentaciones que puedan menoscabar un derecho adquirido como es la concesión de la ciudadanía». Merituó, también que Onassis, había realizado entre 1964 y 1968 283 viajes, ingresando en 55 oportunidades en su país de origen, Grecia, siempre utilizando el pasaporte argentino. En virtud de ello, que revelaba la voluntad de ejercer la nacionalidad argentina, el juez rechazó el pedido de cancelación. Ninguna cuestión similar volvió a plantearse, ya que se consideró no vigente el Decreto de 1943.

Durante la restablecida vigencia de la Ley 346 se dictó una ley incomprensible desde el punto de vista técnico, pero entendible desde el punto de vista político: la 16.569 sancionada por el Congreso en 1964 y que proviene de un proyecto del legislador Serú García. Esta ley muestra preocupación por el «*status*» en materia de nacionalidad de los hijos de exiliados argentinos que han nacido en el extranjero. Es un ejemplo importante de la influencia del factor político en las normas de nacionalidad y de reiterada superposición legislativa porque su sistemática interfiere con el régimen de los argentinos nativos por opción.

El sentido político es inteligible a la luz del discurso con que el diputado Serú García la propuso en la Cámara de Diputados, pero su necesidad técnica puede cuestionarse. Su filosofía postula la necesidad de que el exilio político, tan frecuente en nuestro país, no secuestre a los hijos de los exiliados de la nacionalidad argentina. Su efecto práctico es crear una categoría de argentinos nacidos en el exterior, considerados nativos de una manera especial, pero que hubieran podido entrar en la categoría de nativos por opción; declara que «los hijos de argentinos» (el proyecto agregaba nativos) «nacidos en el extranjero durante el exilio político que hubiesen sufrido sus padres son argentinos en absoluta igualdad jurídica con los nacidos en el territorio nacional». Esta declaración no obraba efectos prácticos, sino mediante el ejercicio de ciertos actos; los interesados debían ejercer su derecho hasta un año después que hubieran ingresado al territorio nacional o que hubieran cumplido dieciocho años si fueran menores o en su caso desde la promulgación de la ley ante el juez federal de sección correspondiente al último domicilio electoral constituido por el padre o madre antes de su exilio o a elección del domicilio del beneficiario. El juez, previa información sumaria, dictaría sentencia y ordenaría la inscripción en los registros correspondientes..

*A nuestro entender, esta ley establecía un tipo especial de argentino nativo por opción, que en el afán de favorecerlo le exigía requisitos adicionales en un régimen menos amplio que el que establecía la norma vigente por entonces, a cuyo lado coexistía.*

La elección entre ser argentino nativo por opción o en virtud de

la Ley 346 o argentino nativo por la Ley 16.569, era posible a los interesados.

En 1974 se dicta la Ley 21.835, también influenciada por el factor político. Su objeto fue impedir que se niegue la naturalización a los extranjeros por motivos políticos y tenía en cuenta la práctica jurisprudencial anterior. La calificación de comunista había motivado numerosas negativas («Soos, Esteban», Cámara Federal, Sala civil y comercial núm. 1, 26 de marzo de 1974, La Ley, 9 de mayo de 1974). El artículo 6 inc. a de la Ley 17.401 había establecido que la «calificación de comunista» (efectuada por la Secretaría de Informaciones del estado) causaba inhabilidad para obtener la naturalización. Dicha ley fue derogada por la Ley 20.509, pero en el caso «Soos» se negó que esa derogación «haya significado la desaparición del ordenamiento jurídico nacional del ya varias veces referido obstáculo político». Ya antes del dictado de la Ley 17.401, la calificación incidía en la jurisprudencia para la solución negatoria en virtud del artículo 10 inc. f del Decreto 999, de 1931.

Con estos antecedentes, debe entenderse el texto de la Ley 21.835, cuando afirma que no podrá negarse la nacionalidad «por razones políticas, ideológicas, gremiales, religiosas o raciales». Esta norma dio lugar a cierta dificultad de compatibilización con otra de la misma época contenida en la Ley 20.840, referida a la seguridad nacional, que penaba actividades subversivas, estableciendo para los condenados por dichos delitos la pérdida de la nacionalidad cuando fueren argentinos naturalizados como pena accesoria (ver el planteo sobre su compatibilización en Bernabé, Juan F., «La incidencia de la Ley 20.835 en la concesión de las cartas de ciudadanía», La Ley, 19 de febrero de 1975).

*La Ley 20.835 introdujo también una reforma procesal importante; la rehabilitación en el ejercicio de la ciudadanía, que antes se concedía por ley del Congreso se decretaba ahora de oficio por el juez electoral, previa vista fiscal, siempre que la cesación de la causa surja de las constancias que se tuvieron al disponerla o a petición del interesado en los demás casos.*

### III. EL NUEVO REGIMEN DE NACIONALIDAD ARGENTINO

#### 1. LA LEY 21.795

En 1977 se dicta la Ley 21.610, que constituye una reforma parcial a la espera de la reforma integral que sería dictada un año después. Su contenido pasó a la actual ley vigente.

La ley vigente es la número 21.795 y fue sancionada en 1978. Constituye un estatuto que aspira a ser orgánico y completo.

En la actual ley, como en el anterior régimen, hay dos categorías esenciales de argentinos: los argentinos nativos y los argentinos naturalizados.

Los argentinos nativos son, ante todo, los que han nacido en el territorio de la República Argentina. Se exceptúan de esta norma —de acuerdo con otros capítulos del Derecho internacional— los hijos de funcionarios extranjeros que se encuentren trabajando en la República Argentina o de representantes de organismos internacionales reconocidos por la República. Es la categoría del primer inciso del artículo 3. «Los nacidos en el territorio de la República Argentina, sus aguas jurisdiccionales o espacio aéreo, con excepción de los hijos de extranjeros cuyo padre o madre se encuentran en el país como agentes del servicio exterior o en función oficial de un estado extranjero o en representación de organismos interestatales reconocidos por la República, siempre que, conforme a la legislación del estado cuya nacionalidad posean los padres, no les correspondiere la nacionalidad argentina». La norma argentina tiene en cuenta el Protocolo Facultativo sobre adquisición de nacionalidad complementario de la Convención de Viena sobre relaciones diplomáticas de 1961, que en su artículo II expresa que «Los miembros de la misión que no sean nacionales del estado receptor y los miembros de sus familias que formen parte de su casa, no adquieren la nacionalidad de dicho estado por el solo efecto de su legislación». La excepción representa un reconocimiento a normas de Derecho internacional, no existiendo a nuestro entender impedimento para que los hijos de diplomáticos destacados en la Argentina, inscriban a sus hijos nacidos aquí, como argentinos, si lo desean.

El concepto de territorio debe ser entendido en forma amplia, incluyendo las Islas Malvinas y la Antártida.

También son argentinos los nacidos en un conjunto de lugares a los que tradicionalmente el Derecho internacional asimila al territorio. La doctrina de la extraterritorialidad de las embajadas ha sido dejada de lado hace tiempo, pero sobrevive aquí en virtud de otras consideraciones. Son argentinos por el segundo inciso del artículo 3: «Los nacidos en las legaciones, sedes de las representaciones diplomáticas, aeronaves y buques de guerra argentinos». La ley incurre aquí en cierto anacronismo, ya que la figura de la representación diplomática con categoría de legación ha desaparecido; debe entenderse el texto como referido genéricamente a las misiones diplomáticas tanto en las relaciones bilaterales como en la representación del estado ante las organizaciones internacionales.

Son también argentinos los nacidos en espacios no sometidos a ninguna soberanía nacional mientras viajan en vehículos que enarbolan la bandera argentina: «Los nacidos en alta mar o en zona internacional y en sus respectivos espacios aéreos bajo pabellón argentino».

Se consagran también como argentinos nativos a «Los de padre o madre argentinos que nacieren en territorio extranjero, siempre que el padre o la madre se encontraren en el exterior prestando servicios oficiales para los gobiernos nacional provincial o muni-

cipales». Esta norma es de mayor amplitud que la que regía anteriormente, ya que involucra no sólo a los hijos de personas que poseen «status» diplomático, sino a la totalidad de funcionarios que sirven a organismos oficiales del país en el exterior, como los integrantes de oficinas bancarias o de turismo.

La ley no incluye otra categoría de argentinos nativos que había sido establecida por la Ley 17.692, considerando tales a «los hijos de los argentinos que prestan servicios en las organizaciones internacionales de las cuales la república es estado miembro» (Adla, XXVIII A, p. 233) y que con una formulación diferente incluyó la vigente ley del servicio exterior (núm. 20.957) que en su artículo 91 expresa que «son argentinos nativos los hijos de los funcionarios del servicio exterior de la nación o de cualquier funcionario argentino de carácter nacional provincial o municipal, o dependiente de un organismo internacional, que nazca en el extranjero en ocasión de la prestación de servicios por parte de los padres». La posibilidad de que puedan ser considerados nativos los hijos de argentinos que se desempeñan en organizaciones internacionales no debe considerarse derogada por la actual ley de nacionalidad, ya que la ley del servicio exterior es específica y no complementaria o modificatoria de la anterior ley de nacionalidad y la norma de la ley específica, no se opone a las disposiciones de la ley de nacionalidad. De todos modos entendemos que el artículo 30 de la Ley 21.795 al señalar: «Quedan derogadas la Ley número 346, sus complementarias y modificatorias, así como también todas las normas que se opongan a las disposiciones de la presente ley», debió ser más explícita.

## 2. LOS ARGENTINOS NATIVOS POR OPCIÓN

El perfil de los argentinos nativos por opción sufre en la ley vigente una expresiva transformación con respecto a la ley anterior. Estos son «los nacidos en el extranjero de padre o madre argentinos nativos», siempre que se haga una petición que en el actual régimen debe hacerse en uno de los dos lapsos prefijados por la Ley: 1. Antes de cumplir los cinco años de edad la persona. En este caso, la petición debe hacerla por el menor quien ejerza la patria potestad. 2. Dentro de los tres años posteriores al cumplimiento de los dieciocho. En este caso la petición debe hacerla el interesado acreditando «saber leer, escribir y expresarse en forma inteligible en el idioma nacional».

En ambos casos la petición se hace ante el tribunal federal con jurisdicción en el domicilio del peticionante debiendo éste tener «establecido su domicilio en la República durante dos años en forma ininterrumpida, al momento de formalizar la solicitud».

La jurisprudencia ha considerado con anterioridad de carácter constitutivo la resolución del tribunal federal que consagra la opción.



La nueva norma sobre nativos por opción se aplica desde la vigencia de la ley a toda opción que se realice en adelante. Su texto es claro y no parece fundar una reciente sentencia de primera instancia (hoy apelada), por la que se aceptó la opción hecha por los padres en nombre de un hijo de quince años (Clarín, 21 de julio de 1979), diciéndose que «la posibilidad de obtener la nacionalidad por parte de una persona nacida en el extranjero tiene su sustento en que es hijo de padre o madre argentinos nativos con prescindencia de la edad, que es algo secundario al fondo de la institución».

La explicación del porqué de los plazos no aparece en la ley ni en su exposición de motivos. Sin que podamos probar una relación directa mencionemos que la idea de un plazo para hacer una solicitud de nacionalidad con tope en veintiún años aparece en un contexto muy diferente en la convención sobre apatridia de 1961.

Sobre la opción del adoptado y otros problemas de esta categoría puede aprovecharse lo dicho más arriba referido a la ley anterior.

### 3. LOS ARGENTINOS NATURALIZADOS

Los argentinos naturalizados —la otra gran categoría de argentinos— son aquellos que obtienen a través de un procedimiento —la naturalización— la nacionalidad argentina. Pueden haber tenido con anterioridad otra nacionalidad o ser apátridas. Los requisitos para obtener la naturalización son en la ley vigente más severos que en la legislación anterior.

Quien aspire a la nacionalidad argentina debe contar dieciocho años de edad como mínimo. No se prevé edad máxima. En nuestro régimen no resulta posible que los padres pidan la nacionalidad para sus hijos menores, como ocurre en la ley norteamericana. Se exige además —el requisito tiene raigambre constitucional— dos años de residencia legal en la República, poseer buena conducta, saber leer y escribir y expresarse en forma inteligible en nuestro idioma, conocer de manera elemental la Constitución Nacional, y no ser sordomudo que no pueda darse a entender por escrito, demente o persona disminuida en sus facultades mentales. Impide también la concesión del beneficio, el haber sido condenado en la República o en el exterior a una pena privativa de la libertad por más de tres años, por delito doloso. La ley termina con esta formulación, una vieja polémica jurisprudencial sobre qué antecedentes delictivos enervaban el otorgamiento de la nacionalidad. Se fija ahora una pauta objetiva. Con anterioridad sólo se tenían en cuenta los antecedentes penales en el país; ahora, se introduce la consideración de antecedentes penales en el extranjero, lo cual exigirá mayor refinamiento procesal. Los procesados, mientras lo estén, tampoco pueden obtener naturalización. La preocupación por la seguridad se refleja también al exigirse que el peticionante «no integre ni haya integrado en el país o en el extranjero, grupos o en-

tidades que por su doctrina o acción, aboguen, hagan pública exteriorización, o lleven a la práctica el empleo ilegal de la fuerza o la negación de los principios, derechos y garantías establecidos por la Constitución Nacional, y en general no realicen ni hayan realizado actividades de tal naturaleza en el país o en el extranjero». Debe acreditarse además «buena conducta». Este requisito no es sobreabundante. La condena penal de más de tres años desecha de plano la concesión, mientras que una condena menor u otra circunstancia debe ser considerada por el juez como relevante o no en virtud de este requisito.

Tampoco pueden obtener naturalización, los nacionales (o ex nacionales) de un país en guerra con la Nación Argentina, pudiendo dispensarse este requisito por una autorización, «si por su conducta el extranjero exterioriza plenamente su adhesión a la causa de la República».

El procedimiento de naturalización, sigue siendo en la Argentina de trámite judicial. El interesado debe presentarse personalmente en los juzgados federales que atienden este tema y una vez acreditados en el expediente los requisitos exigidos, el trámite culmina con la decisión del juez que concede la nacionalidad. La decisión puede ser negatoria y en este caso cabe la apelación ante la Cámara Federal y luego ante la Corte Suprema. El poder ejecutivo tiene en la naturalización una intervención formal. El artículo 23 de la ley establece que «cuando se acordare la nacionalidad argentina por el tribunal, ésta se hará efectiva una vez que el interesado prestare juramento solemne de lealtad a la República Argentina, a su Constitución y a sus leyes, como también de renuncia a la obediencia y fidelidad debida a todo otro estado. El juramento será prestado en acto público que presidirá el funcionario que designare el Poder Ejecutivo de la Nación en la capital federal y los gobernadores en las provincias, quienes harán entrega al interesado de la correspondiente carta de naturalización». El decreto reglamentario establece que el Poder Ejecutivo, no sólo hará la entrega física, sino que extenderá la carta de naturalización ante la comunicación de la sentencia. En el caso de entregas en provincias, la carta es remitida por el Poder Ejecutivo Nacional. El modelo de carta es único y aprobado por el Ministerio del Interior. La entrega se hace en ceremonia pública y usualmente en acto colectivo, debiendo realizarse ese acto cada tres meses como mínimo. En el acto se le entrega al beneficiario además de la carta una certificación apta para obtener el documento de identidad. El juramento exigido sigue la siguiente fórmula: «*Juráis por la patria y vuestro honor respetar fielmente la Constitución Nacional, sus leyes e instituciones y mantener permanente lealtad a la República, haciendo expresa renuncia a la obediencia y fidelidad a cualquier otro estado?*».

En la provincia de Buenos Aires el Decreto 2.051 de 1978, reglamentó que el juramento será tomado por el Subsecretario de Gobierno en los casos tramitados ante los juzgados federales de La

Plata o por los intendentes municipales que correspondan según el juzgado interviniente.

#### 4. LA PÉRDIDA DE LA NACIONALIDAD

La nacionalidad argentina puede perderse. Cuando se trata de argentinos nativos, la ley habla de pérdida y para los argentinos naturalizados reserva el término cancelación. Son más los casos de cancelación que los de pérdida.

Sólo en dos casos se prevé la pérdida de la nacionalidad por los nativos:

1. Cuando se naturalizan en un estado extranjero «salvo lo dispuesto en los tratados internacionales vigentes para la República». Naturalización en estado extranjero significa haber obtenido la nacionalidad allí y no la mera iniciación del procedimiento. Debe tenerse en el horizonte la convención sobre apatridia de 1961. La referencia a los tratados internacionales involucra los tratados de doble nacionalidad con España e Italia, la convención de Río de Janeiro de 1906 y el tratado con Suecia y Noruega de 17 de junio de 1865 (ratificado por Ley 3.308/1895. La asunción de la nacionalidad vaticana por parte de prelados argentinos no incide aquí ya que no representa una naturalización en sentido estricto.

2. Por traición a la patria.

La cancelación de la nacionalidad adquirida, se da por las mismas causas por las cuales los nativos pierden la nacionalidad y además por: 1. Realizar dentro o fuera del país actos que comporten el ejercicio de la nacionalidad de origen. Tal el caso del uso del pasaporte, la inscripción en un registro electoral habilitado en la embajada, el cumplimiento de obligaciones cívicas o el aprovechamiento de alguna ventaja que derive de la posesión de la nacionalidad, como su invocación en un juicio o para pedir la protección diplomática o consular o hacer uso de una beca que sólo se concede a determinados nacionales.

2. Negarse a cumplir con el servicio militar en las fuerzas armadas de la República. Este enunciado contraría expresamente la Constitución Argentina, que en su artículo 21 declara que los naturalizados son libres de prestar o no ese servicio.

3. Prestación del servicio militar en un país extranjero, sin previa autorización del Poder Ejecutivo «cuando no existiera regulación por tratado internacional vigente». Dado que se trata de casos de doble nacionalidad adquirida, los tratados aludidos son los de doble nacionalidad con Italia y España. Otros tratados argentinos en materia de servicio militar que mencionamos más adelante se aplican tanto en materia de doble nacionalidad originaria o adquirida.

4. Aceptación de funciones políticas u honores de otro estado sin la previa autorización del Poder Ejecutivo. En tal caso se encuentran las condecoraciones; en la normativa anterior, ante el

ofrecimiento de una condecoración, el argentino que deseara aceptarla debía pedir autorización al Congreso, que lo autorizaba por ley. Ahora, la autorización deberá expedirla el Poder Ejecutivo por Decreto.

Para la aplicación de la norma, debe tratarse de funciones políticas. La autorización es requerida para aceptar un cargo de cónsul honorario, pero no para integrar el personal administrativo y técnico de una embajada extranjera.

5. La violación del juramento de lealtad a la República, a su Constitución y a sus leyes.

6. La ofensa a los símbolos de la nacionalidad.

7. Integrar o haber integrado en el país o en el extranjero grupos o entidades que por su doctrina o acción hagan pública exteriorización o lleven a la práctica el empleo ilegal de la fuerza o la negación de los principios, derechos y garantías establecidos por la Constitución Nacional y en general que no realicen ni hayan realizado actividades de tal naturaleza en el país o en el extranjero.

8. Ser reincidente en la comisión de delitos dolosos por los que hubiere sido condenado en la República a una pena privativa de libertad, siempre que algunas de las condenas fuere superior a tres años, aunque la misma se hubiere cumplido o hubiere mediado indulto o amnistía.

9. Ausentarse del territorio de la República con ánimo de no volver. Esta intención se presume por el transcurso de dos años de ausencia continuada si el argentino naturalizado no declare formalmente, ante el consulado argentino correspondiente, su propósito de mantener la naturalización. La manifestación será asentada en la carta de naturalización por el cónsul y valdrá por dos años, no pudiendo ser renovada. La ausencia del territorio argentino no provocará la cancelación de la nacionalidad adquirida si obedece al desempeño de una función oficial encomendada por los Gobiernos nacional, provincial o municipal. El decreto reglamentario establece que: «Los señores cónsules argentinos actuantes en el exterior asentarán en las cartas de naturalización o en documento por separado la manifestación prevista» (...) «debiendo notificar fehacientemente de ello al registro de cartas de naturalización y de ciudadanía».

Debe agregarse otra cláusula de pérdida de la naturalización que aunque no figure en la ley específica, integra el sistema argentino de nacionalidad: deriva de la llamada «Acta de responsabilidad institucional» del 18 de junio de 1976, dictada por la Junta Militar que gobierna la nación, que en su artículo 2, inc. b, prevé la pérdida de la nacionalidad para los argentinos naturalizados entre las medidas que puede aplicar la mencionada Junta Militar. Por resolución 2, artículo 2, de la Junta, se aplicó tal sanción en el caso Gelbard, José Ber (La Nación, 24 de junio de 1976).

La pérdida no es automática. Requiere su declaración por la justicia federal, siendo competente el tribunal con competencia

en el domicilio del interesado. Las reparticiones y funcionarios públicos nacionales, provinciales y municipales que tuvieren conocimiento de la existencia de causales que pudieren provocar la pérdida o cancelación, están obligados a comunicarla al Ministerio de Justicia de la Nación. Se admite que el pedido de pérdida o cancelación lo inicie el procurador fiscal o «cualquier persona», consagrándose en este último caso una suerte de *«actio popularis»*, aunque si el procedimiento se inicia así se dará intervención al procurador fiscal para que asuma la calidad de parte en el juicio, cesando en ese momento la intervención del denunciante. Las sentencias que dispusieren la pérdida o cancelación se publicarán en el boletín oficial por un día.

La pérdida de la nacionalidad puede traer, además de otras consecuencias, alteración del *«status migratorio»* y originar situaciones de apatridia.

## 5. LA READQUISICIÓN DE LA NACIONALIDAD

La nacionalidad perdida o cancelada puede readquirirse por un procedimiento especial, por una sola vez en la vida. Debe mediar pedido del interesado, el cual sólo podrá interponerse pasados cinco años desde la sentencia de pérdida. La solicitud se hace ante el Poder Ejecutivo Nacional, que la acordará «cuando desaparecieren las causas que motivaron la pérdida o cancelación y cuando aquélla resultare conveniente para los fines de la República». Cuando la pérdida derivara de una condena penal, los cinco años se computarán desde el vencimiento del término de la pena aunque mediare indulto o amnistía. El trámite se realiza ante la subsecretaría de asuntos institucionales del Ministerio del Interior, que dentro de los noventa días prorrogables por otros noventa, por resolución del Ministerio, debe elevar las actuaciones que culminan con el decreto del Poder Ejecutivo, que concede o no la readquisición.

La denegatoria de readquisición no impide que pueda volver a ser solicitada más adelante.

Al que ha perdido la nacionalidad o al que se le ha denegado la readquisición, no pueden solicitar la naturalización.

No prevé el régimen argentino la renuncia a la nacionalidad. Fue admitida, sin embargo, en el caso «Marini, Antonieta», una persona detenida a disposición del Poder Ejecutivo, con «reserva expresa a favor del estado argentino de que, para el caso de probarse con posterioridad a la presente la violación por parte de la renunciante a su deber de fidelidad para con el país, la renuncia se transforma automáticamente en sanción, por la cual la Nación priva de su ciudadanía a los indignos de portarla» (Juzgado Fed. de La Plata, La Nación, 7 diciembre 1976).

## 6. LA CIUDADANÍA

El régimen actual de ciudadanía presenta características especiales y difiere del anterior.

El argentino nativo adquiere la ciudadanía al cumplir los dieciocho años en forma automática. El nativo por opción, cuya opción realizaron sus padres antes de los cinco años también. El nativo por opción que opta a partir de los dieciocho años, adquiere la ciudadanía automáticamente al hacer la opción.

El argentino naturalizado no adquiere la ciudadanía automáticamente con la naturalización. Puede incluso no adquirirla nunca. Debe solicitarla expresamente, si lo desea, después de transcurridos tres años desde la obtención de la nacionalidad y teniendo cinco de residencia legal continuada. Habrá en el futuro en la Argentina, naturalizados ciudadanos y naturalizados no ciudadanos.

La solicitud de ciudadanía por los naturalizados debe hacerse en el tribunal federal con competencia en el domicilio del interesado.

Nada dice la ley sobre una eventual renuncia a la ciudadanía.

La ciudadanía, como la nacionalidad, puede perderse y la ley, siguiendo la terminología utilizada en materia de nacionalidad habla de pérdida cuando la pierden los argentinos nativos y de cancelación cuando ello ocurre con los naturalizados.

Son causas generales de pérdida de ciudadanía para nativos y naturalizados.

1. La pérdida o cancelación de la nacionalidad argentina.
2. El incumplimiento injustificado de los deberes cívicos en dos elecciones nacionales consecutivas o tres alternadas.
3. La condena en la República por delitos dolosos, a una pena privativa de libertad mayor de tres años, aunque la condena hubiese sido cumplida o hubiese mediado indulto o amnistía.

Son causas especiales de pérdida de la ciudadanía para los nativos:

1. La aceptación de funciones políticas u honores de otro estado, o la prestación de servicios militares a otro estado, sin la previa autorización del Poder Ejecutivo Nacional.

2. Por negarse a cumplir con el servicio militar en las fuerzas armadas, en la oportunidad que les correspondiere.

3. Por la violación de la lealtad debida a la República, a su Constitución y a sus leyes.

4. Por la ofensa a los símbolos de la nacionalidad.

5. Por integrar o haber integrado en el país o en el extranjero grupos o entidades que por su doctrina o acción aboguen, hagan pública exteriorización o lleven a la práctica el empleo ilegal de la fuerza o la negación de los principios, derechos y garantías establecidos por la constitución nacional y, en general, que no realicen ni hayan realizado actividades de tal naturaleza en el país o en el extranjero.

Las causas de pérdida de la ciudadanía para los argentinos nativos son causas de pérdida de la naturalización para los argentinos naturalizados.

La pérdida no es automática, sino que debe ser decretada por el tribunal federal competente del domicilio del interesado.

La ciudadanía puede readquirirse a pedido del interesado habiendo desaparecido la causa que motivó su pérdida o cancelación, y una vez transcurridos cinco años desde la fecha de la sentencia que declaró la pérdida o cancelación. Cuando se hubiere perdido por condena, deben pasar cinco años desde el término de la condena. Es competente para decretar la readquisición, el tribunal federal del domicilio del interesado y puede readquirirse más de una vez.

## 7. PROCEDIMIENTO Y ORGANISMOS INTERVINIENTES.

Dada la complejidad del nuevo régimen, éste ha complicado también el número de procedimientos y organismos intervinientes.

Puede decirse que el órgano más repetido en esos procedimientos es el judicial siguiendo la tradición argentina. Pero hay una creciente intervención del poder político en distintos trámites y ha desaparecido toda intervención del poder legislativo (como existió otrora para rehabilitar en el ejercicio de la ciudadanía o su autorización para usar condecoraciones).

Interviene el poder judicial (justicia Federal) en:

1. La naturalización de extranjeros.
2. La opción de los nativos por opción.
3. La pérdida de la nacionalidad.
4. La adquisición de la ciudadanía por los naturalizados.
5. La pérdida de la ciudadanía.
6. La readquisición de la ciudadanía.

Interviene el Poder Ejecutivo en la readquisición de la nacionalidad.

Intervienen la Junta de Comandantes en Jefe, en la privación de la nacionalidad en virtud del acta de responsabilidad institucional.

Las dependencias del Poder Ejecutivo, aportan también los informes esenciales en los procedimientos judiciales.

Del Poder Ejecutivo, depende también el «Registro de Cartas de Naturalización y de Ciudadanía» creado por la ley vigente en su artículo 26. Con anterioridad existía un registro en sede judicial a cargo de la Cámara Nacional Electoral. Ningún trámite judicial en la materia puede realizarse, bajo pena de nulidad, sin previo informe del Registro. Los tribunales también deben informar a él, de todas las causas promovidas y sentencias definitivas que pronuncien en materia de nacionalidad y ciudadanía. Igualmente los tribunales penales deben comunicarle las sentencias condenatorias definitivas que pronuncien con motivo de delitos dolosos.

El registro queda organizado dentro del Ministerio del Interior, en la estructura de la Dirección Nacional Electoral, dependiente de la Subsecretaría de Asuntos Institucionales.

El registro es quien extiende y otorga la carta de naturalización y la certificación necesaria para la obtención del documento de identidad argentino que luego entregará en acto público la autoridad política. También extiende la carta de ciudadanía cuya entrega corre a cargo del tribunal federal interviniente. El registro debe informar al Ministerio de Justicia cuando tuviere conocimiento de causales de pérdida o cancelación de nacionalidad o ciudadanía.

Los cónsules argentinos y la Dirección Nacional de Migraciones, deben notificar al registro los actos en que intervengan vinculados a la nacionalidad y a la ciudadanía.

El modelo de carta de naturalización y de carta de ciudadanía, es aprobado por el poder ejecutivo.

El poder político tiene también una función simbólica y protocolar al ser encargado de entregar en acto público la carta de naturalización y tomar el juramento. El régimen, da intervención a las provincias ya que según el lugar donde la naturalización haya sido tramitada la entrega la hará el Poder Ejecutivo Nacional (en la capital) o los ejecutivos provinciales (en cada provincia).

Otra característica del régimen argentino, es la absoluta gratuidad de todos los trámites mencionados y a partir de la nueva ley la más amplia publicidad; se publica en el «Boletín Oficial» por un día todas las sentencias que conceden la nacionalidad o la ciudadanía o que dispusieren su pérdida o cancelación. La readquisición o negativa de ella también se publica por ser un decreto del Poder Ejecutivo (\*).

---

(\*) Dado el corto tiempo transcurrido la bibliografía posterior a la ley es escasa. Puede consultarse Ramella, Pablo, *Nacionalidad y ciudadanía*, de Palma, Buenos Aires, 1978, y Sánchez Marincolo, Miguel A., *Consideraciones acerca de la nueva ley de nacionalidad y ciudadanía*, en la ley del 13 de noviembre de 1978 (de especial importancia por ser el autor el redactor de la ley).



# VIDA JURIDICA

## NOTAS CRITICAS

### **1. DIEZ-PICAZO, Luis: «Fundamentos del Derecho civil patrimonial». Vol. II. Editorial Tecnos. Madrid, 1978. 782 págs.**

En 1970, el profesor Díez-Picazo publicaba el volumen primero del sus Fundamentos del Derecho civil patrimonial, relativo a la teoría general de la obligación y del contrato, obra que causó verdadero impacto en la ciencia civilística española en razón de que venía a llenar una incomprensible laguna en nuestra doctrina y de que la temática, tan compleja y rica, era tratada con tal sagacidad, equilibrio y tino que suponía la definitiva consagración del autor como uno de los grandes maestros del Derecho civil en España.

El título y propósito de la obra exigían la aparición de otro volumen dedicado al tratamiento de la teoría general del derecho real, y es lo que ha ocurrido ocho años después con la publicación de un nuevo tomo de los Fundamentos, que se ocupa del tratamiento y estudio de las relaciones jurídico-reales, el Registro de la Propiedad y la posesión. Realmente, la espera ha merecido la pena, pues el libro se encuentra en la misma línea y altura que el anterior, y el autor revalida su magisterio, cristalizando y sublimando la doctrina en un campo, como el de las titularidades reales, que, si bien ha sido tradicionalmente cuidando por los autores españoles, precisaba, no obstante, una visión de conjunto y síntesis que hasta el momento no se había hecho con la altura, exquisito tacto y riqueza de planteamientos que caracterizan el trabajo del profesor Díez-Picazo.

Se cierra, pues, con esta nueva publicación el campo natural de los Fundamentos del Derecho civil patrimonial, configurando una obra que, sin duda alguna, cabe catalogar de cimera en la ciencia civilística española, a la altura de los mejores tratados similares que ven la luz en Alemania e Italia, y que constituye punto obligado de estudio, referencia y contraste para todos los que en nuestro país, a distintos niveles, nos ocupamos del Derecho civil. Utilización plural que facilita de sobremanera el libro de Díez-Picazo en cuanto el mismo, sin perder riqueza ni profundidad, está escrito en ese lenguaje llano, abierto y fácilmente inteligible a que el autor nos tiene acostumbrados y que representa ejemplo vivo de que la claridad no tiene por qué estar reñida con la ciencia. En adelante va a ser muy difícil escribir en España sobre la doctrina general del Derecho real, de la obligación y del contrato sin beber en la fuente de los Fundamentos y sin reflexionar cuidadosamente sobre las ideas, puntualizaciones, sugerencias y datos que con tanta profusión y detalle enriquecen la obra.

Precisamente, en base al rico contenido y a la multiplicidad de incitaciones y llamadas que emanan del libro resulta difícil y quizá sería mutilador el enjuiciarlo y dar noticia de él a través de ideas generales o mediante

valoraciones omnicomprendivas. Preferimos, por tanto, hacer el comentario al hilo del señalamiento de las distintas partes en que el trabajo se divide, lo que permitirá una visión más cercana de su variada y sazónada entraña, así como la posibilidad de destacar puntos concretos o de formular algún juicio crítico, pocos por cierto, a determinados planteamientos y análisis.

La primera parte se ocupa de la Introducción al Derecho de cosas, planteando el tratamiento de la relación jurídica real sobre la base, sociológicamente correcta, de delimitar de manera precisa cuál sea la ordenación jurídica de la distribución y de la explotación de los bienes económicos, así como la conexión de las titularidades reales con la estructura económico-social y con los principios constitucionales de la organización política, conexión cuyo punto central se establece en relación al derecho de propiedad, según cuál sea el perfil, alcance, sentido y configuración que se le dé. La conformación dogmática del derecho real le lleva a prestar especial atención al estudio de la relación obligatoria como marco natural del desenvolvimiento de los derechos reales, punto de vista poco frecuente en la doctrina española y rico en sugerencias clarificadoras de la figura en consideración. En este mismo campo de la delimitación conceptual de la relación jurídica real merece destacarse la detallada y exhaustiva consideración de la problemática que entrañan las categorías de los derechos reales *in faciendo*, las cargas reales y las obligaciones *propter rem*, plena de valiosas indicaciones, reveladoras advertencias y precisas puntualizaciones de Derecho positivo.

Especial interés reviste el estudio que el profesor Díez-Picazo realiza del tema relativo al papel que la ley y la autonomía de la voluntad tienen en materia de derechos reales, lo que le lleva a ocuparse de la tradicional cuestión del *numeros clausus* o *numerus apertus* de los mismos con abundante acopio de datos doctrinales, normativos y jurisprudenciales, para acabar advirtiendo, con buen sentido, que lo prudente quizá sea el abandono de la vieja polémica sobre los dos criterios contrapuestos, ya que lo que se debe investigar son los límites de la autonomía privada en la creación de derechos reales, y estimar que un negocio jurídico concreto deberá interpretarse como creador de derecho real cuando el intento empírico de las partes coincida con la función objetiva de un derecho real típico, y que sólo se deberá excluir el carácter real del derecho constituido en el supuesto de que así permita entenderlo la voluntad de las partes.

Sugestivo y clarificador es, asimismo, el estudio que el autor realiza de la problemática, rica y poco desarrollada doctrinalmente entre nosotros, de los negocios jurídicos con trascendencia real, así como la consideración del tema de las titularidades reales solidarias y su actual e interesante manifestación en las comunidades de intereses de los afectados por los planes de urbanización, que le lleva a pensar que quizá hoy habría que sostener que toda propiedad urbanística es semejante a una propiedad horizontal tumbada, es decir, una serie de propiedades individuales estrechamente conectadas entre sí por una situación de comunidad de intereses.

La segunda parte trata de los bienes y de las cosas, y posiblemente en este punto habría que objetar el que, desde un estricto ángulo dogmático, no sea un libro de las características apuntadas el lugar idóneo para ocuparse

del estudio doctrinal de las cosas y bienes, bienes públicos y privados, muebles e inmuebles y de las fincas, temas todos éstos cuyo marco natural parece ser el de la Parte General del Derecho civil a propósito de la consideración genérica de las relaciones jurídicas, sin perjuicio de que merezca destacar el tratamiento que en este sector se hace de cuestiones tan vitales y del momento actual como los volúmenes de edificación y el medio ambiente como posible objeto de derechos, punto este último en el que estima que, sin perjuicio de que la Administración haya asumido la tutela y defensa del medio ambiente, no hay duda de que éste, objeto de una especial valoración, constituye parte integrante de los bienes de la naturaleza y, por consiguiente, objeto específico de los derechos de uso, goce y disfrute.

Destaca en este campo el tratamiento moderno y novedoso que da el autor al viejo y polémico instituto de la accesión, resaltando la imposibilidad dogmática de construir un concepto unitario de la figura y dedicando preferente atención a aspectos tan importantes como el de la construcción en referencia a la accesión, con especial estudio de los términos personales en los conflictos de intereses regulados en los supuestos de construcción, la buena fe del constructor y derecho de adquisición del dueño del suelo, la construcción extralimitada y el constructor de mala fe.

La tercera parte lleva por título la publicidad de los derechos reales y el Registro inmobiliario, y su inclusión constituye, a no dudar, una auténtica novedad en un libro de esta naturaleza, pues lo normal hasta ahora en España, a diferencia de lo que ocurre en Alemania, ha sido que los temas registrales se estudiasen fuera de las obras de Derecho civil puro mediante libros destinados casi siempre a contestar cuestionarios de oposiciones, lo cual ha determinado que, salvo honrosas excepciones (Cossío, Lacruz, etc.), la mayoría de los grandes civilistas hispanos no se haya ocupado, o lo ha hecho en una medida inadecuada, de una materia propia del Derecho de cosas, tan vital y trascendente para la dinámica de los derechos reales, cual es la normativa inmobiliaria registral. El que el profesor Díez-Picazo incorpore a su libro de teoría general de los derechos reales el estudio de la publicidad registral de los mismos no sólo constituye un acierto teórico, sino que marca una pauta para sucesivos trabajos en los que el tratamiento del Derecho inmobiliario registral ocupe su lugar cónsono y propio, circunstancia que deberá propiciar su enriquecimiento dogmático, la clarificación de sus principales problemas y el abandono de los viejos tópicos acerca de la dificultad y esoterismo de esta importante parcela del Derecho civil.

Tras un correcto planteamiento del fenómeno de la publicidad en la esfera jurídico-privada y la función de la misma en orden al concepto de legitimación y a la protección del tráfico jurídico, así como de la consideración del Registro inmobiliario como forma e instrumento básico de la publicidad de los derechos reales, merece destacar el pormenorizado, sugestivo y clarificador análisis que el autor realiza en relación al tema de las fuentes inspiradoras de nuestra originaria Ley Hipotecaria de 8 de febrero de 1861, cuestión difícil y de importantes consecuencias teóricas.

Desde el ángulo formal es resaltable la correcta distribución sistemática que realiza de la materia registral, que facilita de sobremañera su compren-

sión y permite seguir con lógica las distintas secuencias del fenómeno del acceso al Registro de los derechos reales inmobiliarios. Así, tras considerar el objeto de la publicidad registral (fincas, títulos y derechos) y la figura de la inmatriculación y procedimientos para la práctica de la misma, se ocupa en detalle del procedimiento registral, englobando en el mismo el estudio de la previa formación de los derechos, la documentación pública, la denominada rogación, el asiento de presentación, la calificación registral, los impedimentos de la inscripción, la decisión del Registrador y los recursos contra ella y el tracto sucesivo como presupuesto del procedimiento registral, tratamiento que proporciona una visión global y científica de una serie de cuestiones íntimamente correlacionadas que, sin embargo, son tratadas en los manuales al uso en forma un tanto anárquica e incoherente.

Desde este punto de vista sistemático, una objeción, empero, formularíamos al autor en el sentido de que no parece cónsono el nominar un capítulo del libro (el XVIII) «Asientos registrales» y luego dedicar otro separado (el XXII) al estudio de las anotaciones preventivas, y todavía otro (el XXIII), intitulado también «Asientos registrales», al desarrollo de las notas marginales, las menciones y la cancelación, cuando todas estas materias podían y debían haber sido objeto de consideración unitaria en un único apartado de la obra.

Especial atención hay que dedicar a la exposición que de la fe pública registral, alma del fenómeno publicitario, tiene lugar en el libro, llena de equilibrio, armonía y precisión. Con buen criterio se aborda como previo el problema de la unidad o pluralidad del concepto de tercero en la Ley Hipotecaria, antes de entrar a considerar los presupuestos para la aplicación del artículo 34 de la misma, con particular cuidado al básico y caracterizador requisito de la buena fe, y el delicado punto del mantenimiento del tercero en su adquisición y la inatacabilidad del adquirente, con la consiguiente adquisición *a non domino* que tiene lugar, así como la plasmación de la denominada eficacia negativa de la fé pública registral mediante el estudio de la inoponibilidad frente a terceros de los títulos no inscritos recogida en el artículo 32 de la Ley Hipotecaria. Interesantísima materia que concluye ocupándose del problema, básico y conflictivo en la ciencia hipotecaria española, de la coordinación entre los artículos 32 y 34 de la Ley, estimando Díez-Picazo que hay casos cubiertos simultáneamente por el artículo 32 y por el artículo 34, casos cubiertos únicamente por el artículo 32 y casos cubiertos únicamente por el 34: los dos preceptos no son círculos concéntricos ni tampoco círculos tangentes, sino círculos secantes, debiendo ser interpretado el artículo 32 a la luz del artículo 34 e integrado en él.

La cuarta parte se aboca al estudio de la posesión con un enfoque realmente novedoso consistente en desechar el concepto unitario de la posesión, en cuanto poder o señorío de hecho, y considerar que el instituto posesorio es plural en razón de que abarca situaciones jurídicas que permiten poner en juego la defensa interdictal, así como otras que legitiman a una persona, en virtud de un fenómeno de apariencia, para ejercitar el derecho real que dicha apariencia manifiesta o provoca y permiten a los terceros confiar en la misma y, finalmente, a aquellas situaciones jurídicas que con

el paso del tiempo se transforman en dominio o en otra titularidad jurídico-real, circunstancia que patentiza la necesidad de que el concepto de posesión sea funcional.

Frente a este sugestivo y diversificado inicio en el tratamiento de la posesión, que continúa en la exposición del clásico tema del fundamento de la protección posesoria, desarrollado *in extenso* y enriquecido con la inclusión de unas alabables consideraciones en torno a la función social de la posesión, contrasta la parquedad con que el autor se ocupa del siempre interesante punto de la naturaleza jurídica de la figura, en el que, no dudamos, su profundidad de juicio y su capacidad de formulación jurídica podían y debían haber consignado algunas reflexiones personales al margen de los criterios corrientes y escuetos que reseña. Desde otro ángulo, nos parece también criticable el que el profesor Díez-Picazo acoja como válida para el Derecho español la distinción germánica entre posesión mediata e inmediata, no obstante reconocer que las observaciones de Vallet en contra de su admisión son correctas y que la aludida distinción no se encuentra explicada en nuestro Código civil. Recurrir para justificar la división al artículo 432 del mismo supone oscurecer el juego del *animus possidendi* en nuestro sistema y elevar a la categoría de posesión lo que es simple detentación o tenencia.

En cambio, nos parece pormenorizado, brillante y pleno de interesantes indicaciones personales el estudio de la posesión justa y de sus condicionamientos, en particular todo lo relativo a la clandestinidad y a la distinción entre actos ejecutados en virtud de licencia y actos meramente tolerados, así como el tratamiento teórico dado a la valoración ética del comportamiento del poseedor a través del análisis de la buena y la mala fe en la posesión. Asimismo, merece plácemes la exposición detallada y profunda que el autor hace de un tema que no suele ser estimado por nuestros civilistas en la importancia que realmente tiene y que es el relativo a la inversión posesoria en las distintas manifestaciones o variantes que el mismo puede adoptar.

De la misma manera, resulta sugestiva, novedosa y sumamente esclarecedora la exposición de la función general de legitimación de la posesión, punto clave, en acertada opinión del autor, para comprender la disciplina jurídica y la función económico-social de la figura, función de legitimación que se desenvuelve en dos esferas, en primer término, mediante el juego de una serie de presunciones jurídicas que giran fundamentalmente alrededor de la idea de la coincidencia de la posesión con el derecho del que es reflejo o modo de ejercicio, y, en segundo lugar, y como consecuencia de ello, cuando la situación aparente se ha prolongado a lo largo de un período de tiempo, el ordenamiento jurídico debe zanjar posibles discusiones y la apariencia se superpone a la realidad y se convierte ella misma en realidad. Desde esta plataforma se vierte a la consideración de la regla «la posesión de buena fe de bienes muebles equivale a título» y al artículo 464 del Código civil que la formula, rastreando los precedentes históricos del mismo, exponiendo al detalle las posiciones doctrinales en torno a su interpretación y dando entrada a la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo (en especial la doctrina de la Sentencia de 19 de junio de 1945), para concluir

sosteniendo que en el artículo 464, más que un efecto de adquisición *a non domino*, existe un problema relativo a la amplitud y a los límites de la reivindicación mobiliaria, en razón de que en su origen histórico no se encontraba tanto una razón de protección de los adquirentes, cuanto una razón de su sanción o de privación de derechos a los propietarios.

Dedica especial atención el profesor Díez-Picazo al estudio de la usucapión, pues no en balde el tema roza con el fenómeno de la prescripción que ha sido siempre objeto de especial cuidado y de meritorias aportaciones del autor, desarrollando minuciosamente la temática relativa al fundamento de la usucapión y a los presupuestos subjetivos y objetivos de la misma, con particular énfasis en las materias de interrupción de la posesión e interrupción de la usucapión, interrupción natural y civil, cesación de la posesión, citación judicial como acto de interrupción de la prescripción adquisitiva y acto de conciliación e interrupción de la usucapión. Alabable es la forma en que se desenvuelve la explicación del justo título y de la buena fe en la usucapión ordinaria, con atinadas observaciones en relación a la veracidad y validez del título de la usucapión, como también resulta cónsona la manera en que trata los efectos generales de la usucapión, así como la exposición que formula en torno al difícil y espinoso tema de la usucapión y el Registro de la Propiedad, que el tratadista supera con claridad, precisión y certeras observaciones, acudiendo cuando es menester a la ayuda de nuestros mejores hipotecaristas.

La quinta parte del libro incide en el campo de las fuentes de los derechos reales y, tras un esclarecedor recorrido por los sistemas históricos y de Derecho comparado en materia de adquisición y transmisión de derechos reales, incide en el análisis del sistema transmisivo español y, en concreto, en el estudio de la tradición como momento decisivo del fenómeno, otro tema objeto de viejas preferencias y acabadas indagaciones del profesor Díez-Picazo, en el que vuelve a recrearnos con sus puntualizaciones, sugerencias precisiones, como cuando advierte que es menester admitir que hay dos conceptos distintos de tradición, una estricta y otra amplia, correspondiendo la primera a la entrega o, matizadamente, al comportamiento traslativo, y la segunda a todo acto que se haga equivaler a aquéllos y por consiguiente también los puramente simbolizados e incluso los ficticios. Interesante es también su discurso sobre la causa de la adquisición y de la transmisión, con detallada explicación de la tesis causalista y de la concepción de la tradición, así como de las modernas construcciones intermedias, cual la de la consideración de la causa de la transmisión como realización de una función solutoria, inclinándose en relación al Derecho español por la formulación causalista en razón de que carece de toda base de apoyo o punto de sustentación una concepción abstracta de la tradición, lo que no impide el que las partes puedan configurar el acto traslativo como formalmente abstracto, en el sentido de que en él no se mencione o no se exprese la causa.

La sexta parte hace referencia al contenido del derecho real y en ella se incluyen temas tan atractivos como el de la titularidad de los derechos reales y la explotación económica de los bienes, y el referente al problema

de la inadaptación del lenguaje codificado con los esquemas de la economía moderna, el tratamiento de la facultad o poder dispositivo, cuestión que los civilistas rehuyen por lo general, con un incisivo análisis en torno a la naturaleza del poder de disposición, y la consideración de las prohibiciones de disponer. Se ocupa también de la problemática de la concurrencia de derechos reales, las circunstancias de la relación jurídico-real, con especial referencia al tiempo, de la protección del derecho real y de las vicisitudes y extinción del mismo, con particular atención al punto de la revocación de la propiedad, no obstante advertir que quizá no sea éste el lugar más adecuado para su tratamiento.

Finalmente, la séptima parte, en forma un tanto sintética y simplificada, desarrolla la materia de la comunidad de bienes, abordando los aspectos teóricos normales y señalando sin especiales problemas la disciplina normativa de la comunidad.

No querríamos concluir esta, sin duda, larga reseña sin advertir, de nuevo, el extraordinario valor que el libro reviste en la esfera de la ciencia civilística española, viniendo a constituir junto con el volumen que le antecede el más acabado estudio y la más penetrante y rigurosa exposición que en nuestro país se ha hecho en torno a la teoría general de las relaciones jurídico-patrimoniales y del contrato. A partir de ahora, va a ser obligado al discurrir sobre estos temas el tener que tributar a la obra del profesor Díez-Picazo, como, asimismo, estamos seguros de que el rico manantial de ideas, sugerencias e incitaciones al pensamiento jurídico que el trabajo contiene va a constituir motor impulsor para la elaboración de monografías sobre aspectos concretos de la doctrina general de la obligación, del derecho real y del contrato, cumpliendo a cabalidad una de las tradicionales misiones de toda obra magistral.

ANGEL CRISTÓBAL MONTES

Profesor Extraordinario de la Universidad de Zaragoza

**2. MIQUEL, José María: «La posesión de los bienes muebles». (Estudio del artículo 464, I, del Código civil). Editorial Montecorvo, 1979.**

Con un prólogo del profesor Luis Díez-Picazo da comienzo este libro del profesor Miquel, que aborda uno de los temas más sinuosos del Derecho civil español. En efecto, el artículo 464 del Código civil, a juicio del prologuista, es uno de los mejores y más conocidos puzzles o rompecabezas que nos ofrece nuestro Código civil.

Al mismo tiempo que rompecabezas se nos ofrece como un enigma o jeroglífico que hubiera que descifrar, para extraer de él el arcano mensaje que encierra.

Una premisa como la inicial: «La posesión de los bienes muebles, adquirida de buena fe, equivale al título» o es incomprensible o puede dar lugar a las más variadas reacciones. Lo mismo ocurre con el párrafo 2.º hasta la idea de «privación ilegal», sobre la que pendula el precepto y que tantos esfuerzos ha exigido a la literatura jurídica.

Sigue diciendo Díez-Picazo, que lo que parece estar fuera de duda es que existen dos corrientes del pensamiento jurídico en torno al artículo 464; la llamada tesis romanista, según la cual se otorga al poseedor de los bienes muebles, cuya posesión adquirió de buena fe, una especial protección, facilitándole su vida jurídica y el acceso a la definitiva propiedad por la vía de la usucapión, y la tesis germanista, por la que, en materia de bienes muebles, la adquisición de la posesión de buena fe determina una adquisición de la propiedad, aunque ésta sea una «adquisición a non domino», por no ser propietario el transmitente.

El primer mérito del libro de José María Miquel, según el prologuista, es la revisión de los antecedentes y de los presupuestos históricos del 464. Y el resultado es impresionante.

El maestro, Alfonso de Cossío, al leer el libro, con motivo de ser juez en unas oposiciones, afirmó, que libros como éste se escriben pocas veces en un siglo.

Con un enorme bagaje de datos históricos se acomete la revisión del artículo 464. Son notas las siguientes:

a) En cuanto al sentido del título, el autor llega a la conclusión de que debe considerarse como una parte del supuesto adquisitivo que es común a la tradición y la usucapión.

b) En la expresión «privación ilegal», Miquel examina las diferentes opiniones y llega a la conclusión de que no hay ningún criterio satisfactorio que permita restringir su significado, a parte de que entiende no ser conveniente tratar de resolver todos los conflictos de intereses entre propietarios ya terceros a través de un concepto rígidamente fijado y a partir de consideraciones sobre la posesión.

c) Coincide Díez-Picazo en que el 464 pertenece más al campo de la reivindicación mobiliaria que a las formas de adquisición del dominio.



El hecho de que se pueda discrepar en algún punto de los criterios del libro no empobrece para nada su extraordinaria labor.

El libro que se compone de ocho capítulos, arroja en la selección bibliográfica, nada menos que la friolera de trescientos cuatro autores, algunos de los cuales se citan y mencionan hasta tres y cuatro veces. Va dotado de ocho capítulos con una introducción en la que el autor invoca los antecedentes que de modo constante han sido citados por los partidarios de la tesis germanista.

ALAS fue quien defendió primeramente que el artículo 464 debía entenderse según y conforme a los preceptos del Código civil francés, artículos 2.279 y 2.280, uniendo la explicación de la publicidad de la gewere mobiliaria.

Después le siguieron otros autores y en 1944, Hernández Gil, pudo hablar del giro de la doctrina española y el mismo mantuvo y buscó apoyo en los Fueros españoles, más tarde Vallet de Goytisolo, señaló una nueva etapa en la interpretación del artículo, de acuerdo con la jurisprudencia. Sin embargo, Carlos Melón Infante sostuvo que aquella interpretación, la de Alas, era la única correcta.

Por lo general, la doctrina atribuye a los antecedentes del artículo 464, una gran importancia, ya que se ha dicho, por Martín Pérez, que sin ellos es imposible contemplarlo.

Miquel cita los historiadores más recientes y nos lleva a través de García de Valdeavellano, Merea y otros como Garrison, en Francia, y Janners en Suecia, abarcando grandes zonas del Derecho germánico e incluso el holandés Feenstra es citado de modo especial en el origen de derecho de reembolso de las compras de mercado.

El autor afirma la conexión histórica entre la «hand ware hand», la regla surgida en el Derecho francés del siglo XVIII «en faut de meubles possession vaut titre» que ha sido ya puesta en duda por autores como Kiefner. Manifiesta Miquel, que persigue la finalidad de verificar si los antecedentes del 464 conducen a interpretarlo en el sentido de consagrar una adquisición a «non domino».

Naturalmente el autor expone en esta introducción, todo el método de su investigación en la forma de realizarlo, los materiales con los que se ha trabajado y el estudio de los fueros, finalizando con el esquema de toda su metodología.

El capítulo I, se dedica a estudiar los llamados derechos populares germánicos y abarca desde la página 24 hasta la página 53, la versión es es que según el autor, parece que en los llamados derechos populares germánicos es muy dudosa la vigencia del principio, Hwh, dentro del capítulo se divide en dos partes, de tal suerte que la primera se dedica a los llamados derechos populares germánicos y la segunda al estudio íntegro del Derecho visigodo, con especial preponderancia del Código de Eurico y la «lex Visigotorum»

Las fuentes de la época no dicen nada sobre el caso que normalmente se considera típico del principio Hwh: la enajenación realizada por el comodatario, depositario, etc. Esta opinión es característica de un determinado modo de valorar los testimonios de las fuentes.

Por el contrario, para el caso en que al depositario le fueran hurtadas las cosas depositadas, Liutprando 131 dispone que el propietario no tiene acción contra el ladrón. El autor nos lleva posteriormente por el Espejo de Sajonia (II.60) quizá el pasaje más importante de todas las fuentes que contienen el principio Hwh. Aunque desde luego hay que reconocer que la solución de este caso (hurto al depositario) no permite deducir conclusiones decisivas para el caso de la infidelidad del depositario. En el edicto de Rotario hay bastantes pasajes de los que podría concluirse que la acción frente a tercero se daba en general y no sólo en los casos de hurto o robo.

Hay que destacar con el autor que el concepto de hurto es muy amplio en estos derechos llamados populares. Al menos es seguro que en el Código de Eurico, «*lex Visigotorum* y *lex Baiuvariorum*» se castigaba como hurto la apropiación indebida de cosas confiadas. Parte relativa al Derecho visigodo es necesario afirmar con el autor que hay que dejar precisados dos puntos:

a) Las cuestiones que hacen referencia al Código de Eurico, a la atribución del edicto de Teodorico a la territorialidad o personalidad del Derecho, es fácil comprender que no se puede más que señalar estas cuestiones, ésta y no otra es la razón por la que solamente examina el Código de Eurico y la «*lex Visigotorum*».

b) La cuestión de si en el Derecho visigodo rigió el principio conocido por las palabras «*hand muss hand waharem*» ha merecido soluciones dispares, aunque la dominante se incline por la negativa. Distingue el autor el caso de la venta de cosa de ajena y la otorficación. Más adelante, después de recorrer las opiniones de diversos autores, examina el supuesto de las cosas hurtadas al depositario y nos lleva a un tercer caso, que es el derecho de reembolso del precio en favor del comprador de cosas hurtadas para llevarnos más adelante a las distinciones de cosas adquiridas del comerciante ultramarino y a los supuestos de apropiaciones indebidas asimiladas al hurto.

Cierra el autor este primer capítulo con una serie de conclusiones, entre las que destacan las siguientes:

1.º Resulta un principio básico que el propietario no debe experimentar ningún perjuicio por la venta de su cosa realizada por un extraño sin su voluntad. Principio contrario a la adquisición a «*non domino*».

2.º No indica que el depositante no pueda recuperar la cosa del ladrón directamente; sí que la composición por el hurto corresponde al depositario, que éste puede perseguir al ladrón y que debe restituir la cosa al depositante si la recupera.

3.º Hay una norma poco clara, pero que, a juicio del autor, puede ser interpretada en el sentido de que el comprador que ignora que la cosa es hurtada y que no puede encontrar al que se la vendió, al cual no conoce, obtiene la mitad del precio al restituir la cosa al dueño. Si bien es preciso señalar que así fue recibido en algunos derechos posteriores (Fuero de Navarra y Fuero Juzgo), mientras en el Fuero Real y en el de Soria se interpretó imponiéndole la devolución simple.

4.º Varios casos de los que hoy calificamos de apropiación indebida, se asimilan al hurto, lo que hace posible pensar que estas cosas se reclamaban como hurtadas.

5.º Al disponer que el comprador no experimente ninguna «calumnia» nos deja en la duda sobre si se excluyen toda pena o composición o también la recuperación de la cosa.

El capítulo II que lleva el epígrafe general de «El Derecho español medieval de la Reconquista», contempla a lo largo de la página 53 hasta 106, todo el esquema del Derecho español, típicamente histórico. Comprende dos grandes apartados, de un lado, Miquel, estudia el estado de la cuestión en la doctrina para adentrarse después en el estudio de las fuentes históricas.

Por lo que atañe al primer tema, manifiesta que de acuerdo con la tesis de la subsistencia de un derecho visigodo consuetudinario contrario, o cuando menos distinto del recogido en la «lex visigotorum», más germánico que ésta, el principio conocido con las siglas Hwh habría regido en los estados peninsulares que surgieron en la Reconquista y especialmente en León, Castilla y Portugal.

Para llegar a esta conclusión, autores como los ya citados Merea y García Valdeavellano, se han basado fundamentalmente en que en la demanda era indispensable que el demandante jurase: Que perdió la cosa o que se la habían hurtado o que no la cedió ni la confió a ninguno. En apoyo de estas afirmaciones se aducen numerosos fueros.

Además de este argumento, se alega un único texto, citado por primera vez por García Valdeavellano, que expresa el principio citado de una manera directa: el Fuero de las Encartaciones.

Por el contrario, la opinión de Mayer, se alega desde un punto de vista distinto afirmando que el Fuero de Viguera-Funes que claramente excluye el principio citado de modo directo y el sentido de los juramentos del demandante que a juicio de este autor es distinto del querido por Merea y el Derecho escandinavo, que tampoco reconoce el mencionado principio, lo que lleva a considerarlo como de formación tardía.

Melón Infante, Fernando, llega a conclusiones demasiado radicales, a juicio de Miquel, así según el sistema del Fuero de Soria equivale por completo al del artículo 464 del Código civil. Pero ha de interpretarse en el sentido de que en él se formula un principio general de irreivindicabilidad de bienes muebles.

Por lo que atañe al apartado II de este capítulo, titulado dentro del epígrafe general de examen de las fuentes, el autor nos lleva a una división del material en los siguientes grupos:

1.º Fuentes que contemplan de forma directa subsumido bajo el principio Hwh, para regularlo de una u otra manera.

2.º Fuentes que contemplan la demanda de «aver mobile» y con esta ocasión le imponen al demandante un juramento del que se quiere deducir la vigencia de dicho principio.

3.º Fuentes que conceden al comprador un derecho de reembolso del precio frente al reivindicante.

Más ampliamente se desarrolla cada uno de estos supuestos bajo diversos epígrafes y dentro de ellos encontramos en el primero, figuras o textos como el Fuero de las Encartaciones, el de Viguera-Val de Funes, en el que el principio Hwh aparece rechazado en el párrafo 117.

Por lo que respecta al juramento del demandante se encuentra una clasificación correspondiente a un criterio más general que los anteriores: fuentes que sigue y exigen juramento de no haber enajenado. Entre ellos tenemos el Fuero de Calatayud, Logroño, Miranda de Ebro, Avilés, Oviedo, Código de Huesca, Observancias, Fueros de Aragón, Usagre, Soria, Alcalá de Henares, Fuero Real, Fuero Viejo de Castilla, Libro de los Fueros de Castilla y Fuero de Medina de Pomar, así como el Privilegio de la villa de Portugaleta, de 1333.

Seguidamente, tenemos fuentes que además incluyen en el juramento el «no haber prestado», Cuenca, Fuero de Teruel, Zorita de los Canes, Plasencia, Brihuega, Alba de Tormes y Fuero de Vitoria.

Por cuanto al juramento de no haber enajenado, Miquel, recoge la opinión de Merea y puede afirmarse con él que las fuentes del primer grupo no pueden ser invocadas, en el sentido de limitar la acción reivindicatoria, desde el momento en que tan sólo exigen al reivindicante que jure no haber enajenado.

Solamente puede decirse en contra y así lo han señalado algunos autores, que el dar empleado por algunos fueros, significa no sólo la donación, sino en un sentido lato transmitir la posesión precaria.

Miquel afirma que existen cuatro puntos de coincidencia en esta materia, entre el Derecho navarro, el aragonés y el escandinavo:

- 1.º Derecho de reembolso de la mitad del precio.
- 2.º Fórmula de juramento del demandante, consistente en no haber vendido ni haber donado.
- 3.º Limitación a tres del número de otores con la singularidad además de que el demandante se cuenta como el primero.
- 4.º Disposiciones que expresamente admiten la reivindicación de cosas confiadas, que han pasado a poder de un tercero.

Existen además, fuentes que incluyen en la fórmula del juramento «el no haber prestado».

El número tres de este capítulo, se refiere a los supuestos de apropiación indebida asimilados al hurto.

La base de toda la interpretación de Merea y García de Valdeavellano es partir de la distinción entre cosas hurtadas y cosas confiadas; es decir, de un lado están las cosas que han salido voluntariamente de la posesión del demandante por confiarlas a otro y frente a ellas y sometidas a un régimen totalmente opuesto están las cosas, hurtadas, robadas y perdidas. Hay, pues, según éstas una incompatibilidad entre las cosas confiadas, hurtadas y perdidas.

A juicio de Merea se ha afirmado que alguien podría oponer la objeción de que el concepto de hurto comprendiese el caso de que alguien dispusiera de una cosa que le fuera confiada y creyó que en apoyo de esta tesis podría invocarse las disposiciones que a efectos de la pena asimilan el depositario infiel al ladrón.

Esta objeción no convence al autor y la rebate con los siguientes argumentos:

1.º Esta asimilación no llega al punto de dar la asignación de hurto al abuso del depositario.

2.º Muchos de los textos citados oponen el concepto de hurto al préstamo, siendo cierto que un concepto lato de hurto comprende naturalmente la enajenación de la cosa por el comodotario.

3.º Si la palabra hurto tuviese un significado lato, también comprendería el caso de apropiación de la cosa perdida; caso enunciado muchas veces separadamente.

El número cuatro de este capítulo, se dedica a la interpretación de los párrafos 372 y 560 del Fuero de Soria, estudiando también el problema con relación al Fuero Real.

Dice Miquel que la atención también la merece la interpretación que de las disposiciones del Fuero de Soria hizo Melón Infante, al afirmar que el sistema del Fuero de Soria equivale por completo al sistema del artículo 464 del Código civil.

No obstante, para Miquel esta conclusión parece demasiado exagerada, pues se basa en una interpretación conjunta de los citados preceptos. Para nuestro autor, la conclusión según la cual la interpretación conjunta de estos preceptos deduce la equivalencia de ambos cuerpos legales, debe ser rechazada.

Finalmente, dentro de este capítulo II y de su apartado 2.º, se estudian las fuentes que conceden al comprador un derecho de reembolso y entre ellas se citan los fueros anteriormente mencionados que le conceden el citado derecho y especialmente cuando dan al comprador, si ha comprado a un desconocido y especialmente del Fuero de la villa de Medina de Pomar, en el barrio mayor de la villa además del mercado. En estas disposiciones se contemplan supuestos de cosas hurtadas y a pesar de ello se niega al propietario la posibilidad de reivindicación a no ser que ofrezca reembolso al comprador del precio.

Por otra parte, la normativa del reembolso igualmente en caso de compra a desconocido pasó a Derecho navarro.

Existen, además, algunos supuestos de protección al comprador en determinadas circunstancias, pero no vinculados a la manera de haberse desposeído el propietario: compra a un romero en feria, en los que el adquirente obtiene la cosa de modo definitivo sin que el propietario pueda redimirla pagando el precio.

A Miquel, lo que le interesa en todo caso, es que estas normas se sitúan ante un problema de colisión de intereses entre propietario y tercero. Lo resuelven en favor del comprador, no de cualquier adquirente, bien porque se encuentre imposibilitado para encontrar a su garante, bien porque en la feria ésta viene a ocupar el lugar del autor.

Mientras que normas de esta clase son relativamente frecuentes en la península, escasean en ella las que contemplan el supuesto de que el llamado hombre de confianza haya enajenado la cosa como ocurría en el Fuero de las Encartaciones y en el de Vigueras.

El autor sienta la conclusión de que la reivindicación de las cosas hurtadas o robadas no rige sin limitación, con lo que no se tiene en cuenta la distinción entre desposesión voluntaria e involuntaria, como clave para determinar si un bien mueble es o no reivindicable.

Finalmente, dentro de este capítulo II, el sistema de la otorificación se refiere al problema de que el medio más importante de defensa en la llamada demanda de «aver mueble», a la que se referían los juramentos estudiados anteriormente era la apelación al auctor.

Es de importancia, para comprobar si efectivamente rigió la exclusión de la reivindicación de las cosas confiadas, el sistema de defensa del demandado acudiendo al otor. Parece haber una contradicción entre el hecho de tener que apelar a un auctor, siempre que se haya adquirido derivativamente y la exclusión de la reivindicación de cosas adquiridas por un tercero del hombre de confianza a quien el demandante entregó la cosa. La contradicción existe, naturalmente, si observamos el mecanismo de la otorificación en el que la cosa o al menos su defensa pasando de un auctor a otro hasta un límite de tres.

El problema es, en definitiva, que ninguna fuente se menciona la excepción que la cosa fue confiada y que la cosa por ello no pudiera ser reivindicada.

Es claro que no puede decirse que si la cosa era confiada no era aplicable el procedimiento, pues de la misma manera no lo sería cuando el demandado hubiera adquirido originariamente.

Así, el sistema de otorificación parece contrario a la limitación de la acción. No obstante, hay que considerar otros factores como la limitación a tres del número de otores y los supuestos de imposibilidad de presentar otores; en estos casos, llegada la otorificación al tercer otor sin que pueda probar la adquisición originaria, la imposibilidad de seguir prestando otores provoca la pérdida del pleito en cuanto a la restitución de la cosa.

La presentación del otor en las partidas determina la salida del demandado del pleito y la sustitución por el auctor.

No obstante, tal sustitución resulta de nuestra ley, según parece, y no es obligatoria. En todo caso la negativa del vendedor no puede ser obstáculo para la acción, que, entonces dirigirá el demandante contra el comprador.

El capítulo III se dedica al estudio y bajo la rúbrica del «Derecho francés del siglo XVIII».

En él, Miquel, nos lleva a estudiar la «génesis de la máxima» en «fait de meubles possession vaut titre» y las funciones, según Bourjon y la opinión de otros autores; todo ello desde la página 107 a la 151.

Por lo que atañe a la primera, el principio de que una posesión determinada equivale al título, es antiguo; así la prescripción inmemorial no exige el título a juicio de Schupfer, y por tanto no hay necesidad de alegarlo ni de probarlo. El mismo autor cita a Pablo de Castro, que sostiene que en la posesión inmemorial el título se presume y esta presunción es «iuris et de iure».

En el Derecho francés, anterior al Código de Napoleón, se considera a la posesión, prolongada durante cierto tiempo, equivalente al título. Tal es

el caso de la ordenanza de 1667, que viene a establecer la preferencia del documento escrito sobre la prueba testifical, aun tratándose actos relativos a sumas inferiores a 100 libras.

Miquel cita estudios, como los de Jobbét Duval, igualmente a un pasaje de Duplessis. Se refiere a la jurisprudencia del Chatelet, que afirma no nos ha llegado a más que a través de las indicaciones de Bourjón.

Sigue a Mengoni afirmando que ha expresado con claridad la función de que la equivalencia al título tiene en la reivindicación mobiliaria, durante el siglo XVIII francés. El apartado II de este capítulo recoge las funciones del principio posesión vale título de Bourjon, alguna de cuyas funciones nada tiene que ver con la regla en el sentido de consagrar una adquisición a *non domino*, así:

1. La venta sin desplazamiento de la posesión es ineficaz respecto de los acreedores del vendedor.

2. La prueba de la venta no es necesario presentar un título, sino que la posesión basta porque el principio enumerado al principio del presente capítulo tiene total significado y virtualidad.

3. De este principio se sigue que cada uno se presume que es propietario de los bienes que posee y por consiguiente pueden ser válidamente embargados y ejecutados al que los posea.

4. El simple contrato de venta, aunque sea auténtico, es insuficiente para fundar una reivindicación en favor del comprador.

5. En el caso de que alguien esté en régimen de pensión en casa de otro, éste se puede oponer al embargo.

6. En caso de separación de bienes muebles, adjudicados en cierta forma a la mujer, pueden ser reivindicados por ésta si se llegan a embargar a su marido; es a ella a quien pertenecen y no al marido.

Señala a continuación Miquel, siguiendo a Bourjon, las excepciones a este principio en número de tres. El autor de esta estupenda monografía enumera a continuación unos casos en que se admite la acción del vendedor contra todo tercero, incluso de buena fe, especialmente en los supuestos de revendedora, que a su juicio son muy frecuente; en ellas cita una serie de casos y sentencias que examina a través de la jurisprudencia francesa cogiendo diversos supuestos y especialmente los casos de diversos depositarios que enajenan las cosas que deben custodiar no parecen frecuentes, al menos él manifiesta no haber encontrado más que un caso, en el que precisamente se da lugar a la reivindicación.

Miquel, que a continuación en la segunda parte de su tratado estudia el derecho comparado y especialmente en el capítulo IV, el Derecho francés actual que abarca en el contenido del libro desde las páginas 151 a 247, enumera a través de cuatro diversas secciones, cuatro diversas materias, que son: una introducción, los proyectos y exposiciones de motivos, las diferentes teorías y las funciones de la regla 2 «posesión vale título», para adentrarse en este capítulo IV con el que da inicio y terminación a la segunda parte de su monografía y que comienza con una introducción donde el autor afirma que el Código Civil francés ha obtenido una difusión como ningún otro con la máxima «posesión vaut titre». La influencia de sus ar-

títulos 2.279 y 2.280 sobre nuestro artículo 464, no debe dudarse; por ello la doctrina española sobre dicho precepto ha atendido a la interpretación francesa de dichos preceptos, pero la regulación francesa, como dice el autor, pasó a otros códigos con diversas modificaciones, lo que no es de extrañar dadas las dificultades de interpretación que la máxima presentó siempre.

El Código italiano de 1865 introdujo la mención del tercero, cortando así la posibilidad de una función, hoy reconocida en Francia como diferenciada de la adquisitiva a *non domino*, aplicable a los poseedores inmediatamente sucesivos y que tiene exclusivo carácter probatorio.

El apartado II de este capítulo IV se estudia bajo el epígrafe de «Proyectos y exposiciones de motivos», y en cuanto a los primeros se enumera una serie de ellos, entre los que descuellan por marcada importancia entre otros los siguientes: los proyectos de Cambaceres no recogían esta regla; sin embargo, en el tercero de ellos se daba una presunción si se tomaba como «*iuris tantum*», desmesurada si se tomaba como «*iuris et de iure*».

En el proyecto de la comisión del Gobierno presentado el 24 de termidor, los artículos 60 y 61 contenían ya los artículos 2.279 y 2.280 del vigente código con pequeñas variantes de expresión.

¿Cuál era la mens legislatoris? En este punto, dice Miquel, son interesantes las declaraciones de autores como Bigot de Preamenau y Portalis. Cita igualmente que el Tribunal de Casación francés hubo de resolver un litigio conforme al Derecho holandés; de aquí que Merlin hubiera de acudir a los autores holandeses y relacionar a la doctrina que en ellos se encontró con la de Bourjon, produciendo así la primera conexión histórico-formal que el autor manifiesta conocer entre el nuevo principio «posesión vale título» y la tradición germánica mantenida sobre todo en Lubeck, refiriéndose y queriendo destacarlo a la máxima «posesión vale título» y no a la «*mobilia non habet sequelam*».

La función probatoria se manifiesta cuando nos dice que el Tribunal de apelación no ha podido violar el Derecho romano, en cuanto que éste no determina la naturaleza de las pruebas que deben apoyar la reivindicación ni la naturaleza de las pruebas que puede oponer el poseedor.

Por lo que atañe a las teorías que ocupan el último apartado de este capítulo, las enumera Miquel de la siguiente forma:

1.º La teoría del título para la usucapión.

Uno de los primeros comentaristas interpretó esta regla en el sentido de que con ello el código había suprimido la necesidad de un título escrito para la usucapión. En efecto, Toullier, que no llegó a comentar el artículo 2.279, se ocupó del tema a propósito de la enajenación por parte del marido de los bienes dotales estimados o inestimados, con la declaración de que ello no implique obstáculo a la propiedad de la mujer y opina que reconociendo el código que la mujer conserva la propiedad, ésta podrá reivindicar al fin del matrimonio sin que antes la prescripción de los tres años corra contra ella.

2.º La teoría de la prescripción instantánea. Cuando se trata de esta teoría surge de inmediato el reproche de que supone una contradicción en



los términos. Es claro que la prescripción implica un lapso de tiempo más o menos largo. Desde luego en el Derecho francés positivo se define, en el artículo 2.219, como un modo de adquirir o de liberarse por el lapso de tiempo. Pero la teoría en cuestión pretende resolver no sólo una disquisición teórica. Existen importantes cuestiones que esta teoría resuelve de modo más o menos feliz, pero seguramente de modo más consecuente que otras en relación con una finalidad adquisitiva a *non domino* de la regla posesión vale título.

Marcadé opuso que se habla de título en dos sentidos; el título que falta y se trata de reemplazar por la prescripción instantánea es el título eficaz que confiere efectivamente el Derecho de propiedad; por el contrario, el título que debe existir para que este efecto se produzca es el título ineficaz, el título que no ha producido el Derecho de propiedad es el título del comprador o del permutante.

3.º Teoría de la presunción de propiedad.

Quizá donde mejor se observa la doctrina moderna del 2.279 y 2.280 es a propósito de esta teoría y sus dos variantes:

a) La de la presunción irrevocable.

b) La de la presunción «*iuris tantum*» sostenidas por la jurisprudencia.

En efecto, esta teoría es mantenida por autores como Aubry et Rau y otros como Zachariae. La opinión de los primeros ha parecido a Vallet de posible influencia en nuestros codificadores.

Para el autor parece incluso probable y presumible que nuestro legislador utilizara el libro de aquéllos y para ello da una serie de razones que no es necesario mencionar, pero que nos lleva a un intento de explicar la posición de la jurisprudencia, que en definitiva coincide en lo esencial con la doctrina, que con mayor precisión formulara algún autor, como Saleilles.

4.º Teoría de la adquisición «*ex lege*». Laurent manifiesta que el artículo 1.350 no prueba absolutamente nada, porque se puede referir al artículo 653, pero el 2.279, a juicio del mismo, no establece una presunción; la explicación es el comentario más seguro. Un título perfecto es el que transmite la propiedad como una venta —¿cómo se dirá?—. Un título de venta es algo más que eso, es la adquisición de la propiedad. El poseedor no se presume propietario, es propietario. Dice Miquel que este párrafo debe ser recordado, pues en él puede verse muy bien la identificación del título con el supuesto de hecho de la adquisición. Otros autores siguen esta teoría, como Colmet, Van Bennelem, Colin et Capitant, Planiol, Ripert y Boulanger.

Finalmente, por lo que respecta a la quinta exposición de este capítulo, estudia la doctrina actual. En ella ninguna de las teorías citadas podría servir para cubrir satisfactoriamente las dos funciones que corresponden a dos sentidos totalmente distintos. Lo característico de la doctrina actual es la total separación de los sentidos de la máxima que se estudian a continuación.

Vamos a examinar las funciones de la regla «posesión vale título» y entrar en las causas y efectos de la misma en su función adquisitiva. Para ello, Miquel aduce una serie de razones que son algunas originales y otras podemos mencionarlas y añadirles la nota de geniales. Las dos funciones

no son dos aspectos de una misma regla o dos aplicaciones distintas, según la conveniencia del poseedor de un mismo efecto. En realidad puede incluso ser reconocido por el poseedor que el transmitente no era propietario, y a pesar de ello, si no se dan ciertos hechos, como pérdida, hurto o robo, o la falta de ciertos requisitos a la posesión, no hay posibilidad de reivindicar por muy clara que aparezca la falta de titularidad del transmitente. Es evidente que en estos casos no puede mantenerse la idea de presunción, y hay que reconocer a la posesión de buena fe efecto atributivo del derecho.

El mismo Miquel manifiesta que al reconocerse a un mismo texto dos sentidos diferentes se llega a un resultado sorprendente desde el punto de vista de la teoría de la interpretación de la ley.

De un lado, el supuesto de hecho descrito con la expresión del principio anteriormente mencionado significa en un caso una posesión de un adquirente del «non dominus» y en otro la posesión de aquel que ha recibido la cosa del mismo reivindicante. De otro lado, la consecuencia jurídica «vaut titre» significa para el primer supuesto de hecho que el adquirente del «non dominus» ha adquirido la propiedad y para el segundo supuesto se presume tener un título de adquisición. En el primer caso la regla produce un efecto convalidante de una adquisición defectuosa por falta de propiedad del transmitente. En el segundo se trata de una regla de tipo probatorio, que descarga de la prueba de su título al adquirente cuando se enfrente con un reivindicante, considerado propietario, hasta el momento en que el poseedor comenzó su posesión. En este caso, la regla no tiene ningún efecto convalidante.

Bajo el brocardo tradicional, gracias a su laconismo y ambigüedad, se acogen dos supuestos de hecho y dos consecuencias jurídicas diferentes. El valor de las palabras es distinto para las distintas hipótesis. Se comprende que hayan sido los autores que se hayan resistido a esta interpretación, aunque por diferentes razones y argumentos. Pero lo cierto es que ya desde un principio su primera función o formulación conocida en la máxima sirvió para las dos finalidades.

El capítulo V se encuentra dentro de lo que el autor ha denominado tercera parte, con especial dedicación al Derecho español.

Forma este capítulo V la sección primera y mantiene tres grandes apartados. Uno, que se refiere a los precedentes inmediatos; otro, a las posiciones doctrinales en torno al artículo 464, y un tercero dedicado a la jurisprudencia del Tribunal Supremo en torno al mismo precepto.

Por lo que atañe al primer capítulo, precedentes inmediatos, desarrolla tres epígrafes básicos o fundamentales.

En primer lugar examina el proyecto de 1851, en que no existía ningún artículo correspondiente al actual 464. No obstante, el supuesto de la venta pública aparecía recogido en el artículo 1.962, hoy 1.955. Para la usucapión ordinaria se exigía posesión durante tres años con justo título y buena fe. Para la extraordinaria, diez años entre presentes y veinte entre ausentes, sin necesidad de presentar título y sin que pudiera oponerse al poseedor su mala fe.

El artículo 464 aparece por primera vez en nuestro código y proceso co-

dificador, según Peña y Bernaldo de Quirós, introducido a petición de Cárdenas. Esta petición se refleja en los borradores de las actas de la comisión de Codificación.

Cárdenas notó la ausencia de una disposición que se refiera a los efectos de una posesión de las cosas muebles. Le parecería que debía de establecerse algo nuevo, a fin de determinar bien cuando se gana la posesión de estar, puesto que en su adquisición es muchas veces fácil que haya vicio conocido del que las adquiere o a veces ignorado incluso.

La sección aceptó y se encomendó al señor Silvela el estudio del punto y redacción del artículo que indicaba Cárdenas. También sobre el artículo 464 habla Cárdenas en la introducción a los comentarios de Manresa al Código Civil. Aquí combate la crítica hecha al párrafo 3.º del artículo 464 relativo a los Montes de Piedad.

En este punto, Miquel cita la opinión de Peña acerca de dónde quería ir Cárdenas, y también la opinión de Díez del Corral, con relación al Proyecto de Ley Uniforme y comparación con el sistema español. Por lo que respecta a la doctrina anterior al Código hemos de distinguir con el autor la teoría que pudiéramos llamar general y las posiciones doctrinales en torno al artículo 464.

No parece necesario tratar de probar que en el Derecho español anterior al Código se podían reivindicar tanto las cosas de las que el propietario había sido desposeído involuntariamente como aquellas que, habiendo sido entregadas a un poseedor, éste enajenaba a un tercero. Esta parece ser la opinión de la doctrina vigente en aquella época, como la de Gómez de la Serna. No obstante, existían opiniones contrarias, como la de Alonso Martínez, en el prólogo al Código portugués, y no menos que sorprendidos debemos quedar por estas cosas, sino también porque el mismo Alonso Martínez que pudiera aducir que nuestro Código en este caso tenga su origen en la India. El propio Alonso Martínez así lo señalaba al firmar algunas posturas.

Miquel afirma que ha manejado la traducción de las leyes de Manu de Loiseleur-Deslongchamps. Como conclusión a lo afirmado se puede decir que no parece deducirse que la regla posesión vale título se entendiera en el sentido de consagrar una adquisición a «non domino» de las cosas confiadas.

Por otra parte, parece entenderse que es la condensación de la protección otorgada al adquirente en ciertas condiciones, por otra se entiende en el sentido de suplir la exigencia del título en la usucapión. El Marqués de Olivart destaca las faltas de solemnidades para la adquisición de la propiedad mobiliaria, la confusión que puede producir entre propiedad y posesión y el que el ejercicio del derecho pueda ser fundamento de sí mismo.

Las posiciones doctrinales en torno al artículo 464 mantienen una polémica viva en la doctrina que se concreta en torno a los siguientes puntos:

1.º El problema que se debate acerca de si existe o no, una adquisición a «non domino».

2.º La consideración del Derecho comparado parece defender la tendencia germanista, pero no hay que olvidar las tendencias recientes en algunos países, cuyo derecho se toma como modelo.

3.º La ambigüedad de las expresiones utilizadas en el artículo favorece la diversidad de opiniones.

4.º La relación del artículo con otros, en particular con los 9, 1.955, 1.940, 1.962, puede ser entendida de diversas maneras.

5.º La tesis germanista goza de cierta preferencia, no obstante las decisiones jurisprudenciales están a favor de otra tesis que las ha explicado de modo coherente. El autor sigue en este punto la clasificación que en 1956, hiciera Vallet, aunque afirmando que trata de completarla con la doctrina posterior. Así distingue las siguientes teorías:

1.º La teoría del título para la usucapión. Teoría llamada romanista sobre todo por entender que la regla tantas veces enunciada debe entenderse en el sentido de que produce una adquisición instantánea a «non domino», no porque esa equivalencia de la posesión al título para usucapir tenga su origen en Roma. Es defendida por autores como Comas, Scaevola, Isabal, Barrachina, Alas, de Buen y Ramos. Según esta interpretación el alcance de la regla es bastante reducido. En realidad, no se corresponde con la tesis jurisprudencial que ha dado mayor trascendencia al precepto.

2.º Teoría de la presunción «iuris tantum». La opinión de Traviesas basándose en su particular inteligencia de la remisión del 1.955, párrafo 3.º, al 464, que entiende que es, pues, el propietario el que reivindica según el 1.955. En cambio, según el 464 es el poseedor el propietario no como tal, sino en concepto de posesión. Entiende que lo que el Código crea es o una presunción «iuris tantum» de propiedad o una situación privilegiada para el que de buena fe adquiere la posesión de la cosa mueble. También es de esta opinión, Falcón, partiendo de la concepción de la posesión como una propiedad presunta.

3.º Teoría de la adquisición a «non domino». La teoría que quizá haya obtenido más preponderancia en la doctrina, llamada germanista, calificativo merecido, en cuanto que apela insistentemente a los precedentes germánicos que se consideran esenciales en este punto. Fue Alas quien el año 1920 insistió de modo particular en dichos antecedentes y en el Derecho común. Los argumentos se basan en las siguientes fases:

a) El sin embargo que divide a los autores, y las proposiciones y además las relaciona, implica que la primera es una regla general de irreivindicabilidad o adquisición a «non domino». El sin embargo se admite la reivindicación en ciertos casos, está claro que lo dicho anteriormente que rechaza la reivindicación; por tanto, una adquisición a «non domino» a favor del poseedor de buena fe.

b) Privación ilegal ha de reducirse en su sentido para significar tan sólo robo o hurto, porque de otra manera la excepción sería la regla general.

c) Los antecedentes del artículo conducen a dicha interpretación y

d) El Código civil contiene varios artículos que responden a este mismo criterio: 976, 1.160, 1.295, 1.473 y 1.540.

La finalidad de este precepto es la protección de la llamada seguridad dinámica. El interés del tercero de buena fe coincide con el general del comercio.

Establece un paralelismo con el artículo 34 de la Ley Hipotecaria. Esta es la solución más acogida en el Derecho comparado y es igualmente acogida

en el artículo correspondiente de la ley uniforme para la protección al comprador de buena fe. Esta doctrina encontró amplio eco en los trabajos posteriores como los de Hernández Gil, Melón, Peña, Gómez-Acebo y Jordano.

Con posterioridad a la crítica de Vallet a estas tesis, pueden observarse ciertas modificaciones a la misma en algunos autores.

4.<sup>a</sup> Teoría de la regla específica para la reivindicación mobiliaria. Ha sido sostenida por Sánchez Romá, Manresa, Valverde y Bonet Ramón, hoy revalorizada y desarrollada por Vallet en un trabajo fundamental para la inteligencia del artículo y de la jurisprudencia. Destaca la necesidad de un correcto planteamiento del tema del precepto. Este, dice, no se ocupa de los modos de adquirir, su objeto no es ni la adquisición a «non domino» ni la prescripción adquisitiva. Su tema es la reivindicación mobiliaria. Más exactamente, de lo que se ocupa es de los efectos de la posesión de los bienes muebles en el ámbito de la reivindicación. Punto de especial importancia es la comprensión de las diferencias entre reivindicación mobiliaria e inmobiliaria, lo que no parece haberse entendido siempre correctamente. Se destaca que la prueba de la adquisición del dominio de las cosas muebles, aunque fuere posible no garantizaría la probabilidad de que posteriormente no se hubiere operado otra transmisión del mismo bien con la normal clandestinidad. Eso mismo justifica que la prueba de su dominio no se apoye en el título adquisitivo. Para Vallet, título justifica y significa justificación de la adquisición, pero no hay que olvidar que el propio Vallet añade, pero notémoslo bien, justificar la adquisición de una cosa no equivale a demostrar su dominio actual. A juicio de Miquel, es éste uno de los puntos clave para la comprensión de los problemas de la reivindicación mobiliaria. La expresión privación ilegal se entiende en un sentido muy amplio, comprende no sólo el hurto y el robo, sino también la estafa, el dolo civil, el abuso de confianza y en suma, toda privación que no sea legal.

5.<sup>a</sup> Teoría de la irreivindicabilidad, Alfonso de Cossío ha defendido últimamente una tesis original en la que se combinan los artículos 464 y 1.955, de modo distinto a la otra teoría. Parte del sentido estricto de privación ilegal, de la que excluye la apropiación indebida. Pero por otra parte estima que el 464 no establece una regla de adquisición a «non domino», considera correcta la doctrina que ve en la posesión adquirida de buena fe el justo título exigido para la prescripción; pero siempre que se respete la norma de irreivindicabilidad actual por el legítimo dueño.

6.<sup>a</sup> La teoría del título por equivalencia. Un tratamiento original se lleva a cabo por Badosa Coll, se inserta su opinión dentro del cuadro de los títulos por equivalencia, entre los que incluye la posesión adquirida de buena fe de los bienes muebles y la regla del artículo 35 de la Ley Hipotecaria «será justo título la inscripción». Una segunda función puede ser cuando el título material sea válido, su mayor facilidad para ser probado. Esto vale para el título del artículo 35 L. H., pero en cambio, en el caso del artículo 464, no es lo mismo.

El tercer apartado de este capítulo se refiere a la jurisprudencia del Tribunal Supremo. En él se admiten los problemas básicos, que son, entre otros: la adquisición a «non domino», la regla posesión vale título y la

usucapión, la reivindicación, las tercerías de dominio y otros problemas de entidad menor.

El capítulo VI se dedica al estudio o revisión crítica del sentido de las palabras y el contexto, manteniendo tres distintos epígrafes bajo la enumeración del sentido del título, del sentido de privación ilegal, y la contraposición entre las dos primeras proposiciones al artículo 464,1 el sentido del «sin embargo».

Miquel afirma, en cuanto al sentido del título, que no cree que el problema quede planteado claramente cuando se presenta como una alternativa entre el título de posesión y el título de propiedad. A su juicio, el nudo de la cuestión está en la idea que se tenga del título en relación con el supuesto de hecho de la adquisición. Es, sobre todo, un problema de extensión de la noción en relación con dicho supuesto de hecho normativo. El autor resume su posición diciendo que en nuestro derecho, no se puede decir que el título, si no se ha producido la transmisión por tradición, sea ineficaz, porque precisamente la transmisión no la produce el título por sí solo.

Lo que sucede, es que de ser eficaz como causa de la tradición, pasa a ser eficaz como título para la usucapión, lo que también es una eficacia en el ámbito de los derechos reales. Al margen de esto, el título válido será eficaz naturalmente en el ámbito de los efectos obligacionales que pueda producir ya una compraventa, ya un permuta.

Por lo que se refiere al sentido de privación ilegal enumera el autor el sentido de las diversas tesis que han entendido cómo se puede comprender la palabra privación. En un primer término la tesis germanista, para la que privación ilegal es igual a robo o hurto. En segundo lugar, la tesis de que privación ilegal comprende todo despojo punible. En tercer término, la postura de algunos autores como que privación ilegal es igual a pérdida involuntaria de la posesión en concepto de dueño. En cuarto lugar, privación ilegal equivale a privación por acto ilícito, postura sostenida por Díez del Corral. Sexto, que comprende toda privación que no sea legal y finalmente, el sentido que se da por el autor a la contraposición entre las dos primeras proposiciones del 464,1 el sentido del «sin embargo».

El capítulo VII tiene tres grandes apartados dentro del título «El artículo 464 dentro del Código civil». El primero se dedica al examen crítico del argumento sistemático de la tesis germanista, mientras que el segundo se refiere a las consideraciones generales o el argumento derivado del artículo 463; Miquel en este punto adopta una serie de posiciones originales que empiezan a dar el contenido íntegro de su tesis. En cuanto al argumento sistemático de la tesis germanista, va enumerando las diferentes situaciones, con especial atención de aquellas que parecen menos claras. En primer lugar, el artículo 976, que se refiere a las enajenaciones del reservista. En segundo, que no habrá rescisión cuando lo establece o en los casos que determina el número 2.º del artículo 1.295. En éste, se deja a salvo a los terceros poseedores de buena fe, de los efectos de la adquisición de la acción rescisoria. Esta no se alcanza. No se establece una adquisición a «non domino», pues el tercero ha adquirido a «domino». Tercero, el artículo 1.540,

el permutante que fue privado por evicción de la cosa que recibió, puede optar entre la indemnización de daños y perjuicios o recuperar la que dio en cambio, pero este derecho sólo podrá hacerlo si subsiste la cosa en poder del otro permutante. También examina el artículo 1.160, párrafo 2.º, y hay otros preceptos que son examinados igualmente con la finalidad de dar una sólida argumentación a la tesis mantenida por el propio autor.

Del argumento de establecer e interpretar estos artículos, cabe concluir que nuestro Código no deja sin protección a los terceros de buena fe, o incluso «inter partes» al acreedor que haya gastado o consumido de buena fe, al heredero del depositario que haya enajenado de buena fe.

El capítulo VIII se inicia bajo el título general de «Las funciones de equivalencia», a sentar las conclusiones prácticas del autor, a través de tres grupos o apartados principales.

Así, el primero, bajo el título de «La adquisición a *non domino* y la regla vale título», el segundo, «Usucapión de bienes muebles y la regla vale título» y el tercero, «La reivindicación mobiliaria y la regla vale título».

Inicia Miquel el apartado I bajo el epígrafe titulado «Introducción», en la que el principio «*nemo dat quod non habet*» no debe ser reducido a una regla de la mera lógica, sino que debe verse como un principio básico del ordenamiento en conexión con los límites de la autonomía privada. El reconocimiento de un poder a la persona para que responda y disponga de sus intereses, no puede conciliarse fácilmente con el reconocimiento de la posibilidad de disposición sobre los intereses ajenos, como sucede en la adquisición a «*non domino*». Es por ello, que la regla no tiene un significado completamente lógico en el sentido de que nadie puede transmitir algo de su patrimonio al de otro si no lo tiene.

La invocación de la función de la «*gewere*» mobiliaria en cuanto a publicidad, también en tercer lugar la posesión mobiliaria y la publicidad del derecho real, y el autor estudia igualmente la presunción de propiedad a partir de la posesión, en especial el artículo 448. Enumera Miquel, finalmente, dentro de este primer apartado, el interés del tráfico y la justificación de la pérdida del derecho del propietario. Al final puede resolverse el conflicto, atendiendo a ambos interesados y no exclusivamente a uno u otro. La pérdida del derecho del propietario está así justificada por dos motivos: o bien por su conducta y la confianza legítima que suscita o bien por los intereses de la colectividad en una circulación segura y rápida, allí donde estos intereses existan realmente y se estimen superiores al interés colectivo en el mantenimiento de la atribución de la propiedad en conexión con los límites de la autonomía de la voluntad privada.

El ámbito de la usucapión de bienes muebles en nuestro Derecho ha constituido un serio obstáculo para la admisión de la función adquisitiva a «*non domino*». Si el poseedor de buena fe necesita tres años para obtener el dominio, en principio, no puede tener esa virtud una posesión instantánea de buena fe.

El escollo se ha tratado de esquivar reduciendo el ámbito de aplicación a las cosas perdidas, robadas o hurtadas y de que según el artículo 1.962 parece resultar que en el 1.955-1 no están comprendidas dichas cosas, o al

menos sólo ellas. Parece, a juicio del autor, que nuestro Derecho ha modificado el antiguo en cuanto admite la usucapión ordinaria con referencia a todo tipo de cosas, pero no la ha reducido sólo precisamente a las hurtadas o robadas.

De este modo, el Código ha hecho una importante reducción del plazo de la usucapión en favor de la circulación de estas cosas respecto del Derecho anterior y muestra que en relación al tercero de buena fe, le es indiferente cómo haya perdido la posesión el propietario, a diferencia del Derecho alemán, que establece un plazo de diez años para la usucapión de las cosas poseídas de buena fe.

Por otro lado, la aplicación de la regla «posesión vale título» a la usucapión, afirma el autor, tiene otro problema que apenas ha sido tratado por la doctrina germanista. Tiene indudable repercusión el mismo, en la aplicación de ¿qué sentido tiene el título en la interpretación del artículo 464?. Las posturas en torno a esta cuestión pueden ser clasificadas de la siguiente forma:

- 1.º Negar que para la usucapión mobiliaria sea preciso el título.
- 2.º Exigir el título, pero considerar que no lo menciona el artículo 1.955.

La Sentencia de 3 de marzo de 1951 consideró necesario el justo título para la usucapión de bienes muebles.

El autor afirma que el círculo vicioso está rondando toda la interpretación del artículo 464, en él cae la doctrina más consecuente con la función adquisitiva de la máxima en el Derecho francés, pues para esta función parece necesario que el tercero haya adquirido en virtud de una causa traslativa que le haya relacionado negocialmente con el domino. En cambio, para no incidir en él, se sostiene hoy mayoritariamente la opinión de que el tercero no necesita tal título. Nuestra doctrina y en especial los defensores de la tesis germanista, tampoco se ve libre de ese peligro: o se sostiene que el tercero ha de adquirir en base a un título o no se dice nada de él, en cuyo caso se precluye la posibilidad de distinguir entre título oneroso y gratuito.

Finalmente, el último apartado de este capítulo, bajo el título de «La reivindicación mobiliaria y la regla posesión vale título», nos introduce en tres grandes títulos: «La reivindicación en general», «La reivindicación mobiliaria» y «La diferencia entre el artículo 448 y el artículo 464-1, entendido éste en su sentido probatorio».

Por lo que atañe al primero, hemos de decir lo que se debe entender como título necesario para la reivindicación, que en este caso se ve acompañado de la presunción de subsistencia del dominio y del requisito que es la reivindicación mobiliaria. En ésta se estudian las razones de la particularidad de la misma y la falta normal de prueba de la adquisición, así como el sentido de la palabra prueba o pérdida por privación ilegal.

Por último, el autor nos lleva a la diferencia entre el artículo 448 y el 464, entendiendo éste en un sentido probatorio.

Con ello termina esta magnífica y estupenda monografía de José María Miquel, que hace un estudio completo, preciso, detallado, casuístico que a veces resulta especialmente denso y demasiado profundo, lo cual no es



causa en ningún momento de falta de claridad, sino de magnífica erudición y que suministra una serie de datos que hacen que este libro sea de consulta en la materia de usucapión y posesión y problemas del artículo 464.

De otro, estamos desde luego, en presencia de una maravillosa obra que siguiendo a el llorado don Alfonso de Cossío, revela un estudio, una profundidad, un manejo exhaustivo de fuentes, como dato curioso y anecdótico volvemos a decir que el autor ha tenido en sus manos una recopilación de leyes indias. En suma, una magnífica monografía que no lleva dentro todas las materias estudiadas por Miquel, ya que algunas por razones de estudio y publicación se han quedado fuera de ella, con lo cual habría que imaginar la extensión del libro. Por ello, se puede afirmar que en esta materia del 464 en nuestra doctrina, tiene dos momentos fundamentales: antes de la obra de Miquel y después de ella.

Recensión hecha por José R. ANTÓN RIESCO

# BIBLIOGRAFIA

## LIBROS

**«Das spanische Zivilgesetzbuch». Traducción alemana y estudio de introducción del Dr. WITOLD PEUSTER. Köln, 1979. Bundesstelle für Aussenhandelsinformation. Un volumen de 532 págs.**

Las relaciones financieras, industriales y comerciales de la República Federal de Alemania con los demás países y con el nuestro, especialmente las inversiones de capitales privados realizadas por sus ciudadanos en España, han promovido, más y más, el conocimiento de los ordenamientos jurídicos fundamentales, de modo que las empresas y sus asesores tengan a su alcance, y en su propia lengua, los instrumentos necesarios para su asesoramiento.

Bajo el patrocinio de la «Oficina Federal para la Información sobre el Comercio Exterior», el Dr. Peuster ha realizado una tarea verdaderamente difícil y trabajosa, si bien coronada por el éxito, al lograr una versión alemana del Código civil español, puesta al día (1978), además de realizar un estudio introductorio que, por su sistematización y síntesis, así como por su actualización informativa, merece muchos elogios. Las advertencias necesarias que el Dr. Peuster hace a sus lectores de habla germánica, en cuanto a la idiosincrasia de alguna de nuestras instituciones, o al explicar comparativamente otras, tanto como sus acertadas críticas, son también de gran interés para el civilista español, el cual está dispuesto siempre a superar sus propias insuficiencias y conseguir que se logre el perfeccionamiento de sus instituciones. La traducción del Código civil español va precedida de un estudio introductorio del Dr. Witold Peuster, que lo clasifica en siete títulos o apartados.

El apartado I está dedicado a la inmediata «historia del Código civil», que lo califica de resultado final de la era napoleónica y que, para lograrse, necesita del transcurso de setenta y siete años, debido a las pugnas políticas interiores entre tradicionalistas y progresistas.

El apartado II se refiere a «la estructura y a las fuentes del Código civil», donde se describen las partes de que consta (su «Título preliminar» y sus cuatro Libros), su contenido asistemático y sus notorias influencias, la romana, y, sobre todo la francesa, sin faltar la de los Códigos italiano y portugués.

El apartado III recoge «las modificaciones del Código civil» habidas con posterioridad a su publicación, durante estos casi noventa años de vigencia, donde destacan las reformas habidas a la propiedad horizontal o de casas por pisos, a la nacionalidad, a la prelación de créditos, así como en el Derecho de familia (la adopción, el régimen económico matrimonial), la mayoría de edad y el nuevo régimen de Derecho internacional privado.

El apartado IV se dedica al «ámbito de validez espacial y material» del Código, donde destacan sus limitaciones ante el Derecho foral y como son numerosas las materias que quedan reguladas fuera de su contenido mediante una legislación especial (Ley Hipotecaria, Ley de Aguas, Ley de Minas, Ley

de Hipoteca Mobiliaria, Ley de Propiedad Horizontal, Ley del Suelo, Ley de Expropiación Forzosa, Ley sobre Adquisición de Fincas y Terrenos por Extranjeros, Ley sobre Transcripción de Actos y Contratos Extranjeros, Ley de Zonas e Instalaciones de Interés para la Defensa Nacional, Ley de Relaciones Laborales, Ley de Contrato de Trabajo, Ley de Arrendamientos Urbanos, Ley de Arrendamientos Rústicos, Ley del Registro Civil, Ley de Ventas a Plazos de Bienes Muebles y el Reglamento Notarial), así como las conexiones civiles con la Ley de Enjuiciamiento Civil, el Código de Comercio y sus Leyes de sociedades anónimas y de responsabilidad limitada.

En el apartado V hace ver que, para obtener una visión global de todo este conjunto legislativo, es necesario referirse a «los ámbitos fundamentales del Código civil», que los sistematiza sobre el criterio de la propia metodología germánica: 1. Derecho internacional privado. 2. Derecho de familia. 3. Derecho de cosas. 4. Derecho de obligaciones. Dada la importancia que tiene este último epígrafe, subdivide su análisis en: a) Derecho contractual general: aa) Celebración del contrato; bb) La nulidad absoluta del contrato; cc) La anulabilidad del contrato; dd) La resolución del contrato; b) La compraventa: aa) Los principios generales; bb) La adquisición de inmuebles por extranjeros; c) El derecho delictual o «acción *ex delicto*».

El apartado VI comprende una «apreciación crítica del Código civil», donde se destacan las numerosas deficiencias que se encuentran, como son: el tratamiento parcial de importantes ámbitos del Derecho civil o la falta de claridad en ciertas instituciones fundamentales o en su tratamiento asistemático, por lo que se hace necesario un comentario para conocer su alcance; en cambio, existen materias poco significativas tratadas con amplitud (Título III del Capítulo V del Libro tercero, para la viuda encinta), o son reguladas cuestiones extremadamente inverosímiles (art. 94). Sin embargo, cree, con la propia doctrina española, que su falta de sistemática procede de los criterios del siglo pasado, que tuvo una gran variedad de corrientes y orientaciones y, sobre todo, de las prisas de última hora que hubo para lograr su redacción, por lo que, pese a todas sus debilidades, es una obra legislativa de su tiempo con buenos resultados y rendimientos. Advierte el Dr. Peuster que no se debe de olvidar la estructura social del país en el siglo XIX, haciendo ver a sus compatriotas que no se puede juzgar a la España agraria y católica con la Europa industrial de nuestro tiempo; desde este punto de partida, puede decirse que el Código civil logra sus fines. En contraste, advierte que España posee un magnífico cuadro de juristas en la Ciencia del Derecho, como se constata en sus tratados, comentarios o las sentencias de sus tribunales. Su admiración aparece ante los planteamientos profundos de la doctrina española en el ámbito del Derecho comparado y el riguroso conocimiento de la literatura francesa, italiana y alemana. De aquí que comprenda las constantes reformas al Código civil y que vengan reguladas muchas materias importantes en leyes especiales.

Por último, el apartado VII lo dedica el Dr. Peuster a «la terminología y el lenguaje de la presente traducción», para explicar las dificultades que se le presentaron, tanto terminológicas como de contenido jurídico de las instituciones, puesto que no siempre coinciden en ambos Derechos, tal como

explica en varios ejemplos (interdicción civil, contrato de arrendamiento, contrato de préstamo o la prescripción).

Advierte cómo la traducción fue realizada lo más literalmente posible, a pesar de las dificultades que presentan la construcción de la frase, los tiempos verbales, la elección de modos, lo mismo que el uso de los pronombres ante las diferencias profundas existentes para ambas lenguas. También supuso una dificultad la vejez del lenguaje que usa el Código civil, así como por sus pleonasmos, cambios de expresión para una misma institución o instituciones que no han sufrido una alteración significativa de contenido jurídico y ciertos párrafos, tan excesivamente largos, que oscurecen puntos concretos, haciéndolos incomprensibles. De aquí su opinión de que la traducción no pueda ser mejor que la del propio original, por lo que el lector alemán ha de acudir y valerse de comentarios en muchas de su materias. Ahora bien, al no salvarse estas dificultades por el traductor, supone, a su juicio, conservar el carácter y el estilo del propio Código civil español.

Esta traducción al alemán del Código civil español y su estudio introductivo, aunque se dedica al público germánico, resulta un balance muy útil para el jurista español, del cual se puede obtener una buena enseñanza y sacar unas observaciones atinadas para tomarse en cuenta en nuestra futura labor legislativa.

José BONET CORREA

**DIAZ ALBONICO, Rodrigo:** "Estabilidad y flexibilidad en el ordenamiento jurídico de la integración". Editorial Universitaria, Santiago de Chile, 1977. Págs. 172.

I.—Constituye el volumen que comentamos una serie de estudios agrupados para el título "Estabilidad y flexibilidad del ordenamiento jurídico de ALALC y el Pacto Andino". Fruto del primer proyecto de colaboración entre el Instituto de Estudios Internacionales de la Universidad de Chile y el INTAL, su común denominador está dado por la consideración de los grandes problemas institucionales de los procesos de integración, tanto en cuanto se refiere al funcionamiento y experiencia de sus órganos y estructuras jurídicas como a las nuevas iniciativas de reforma o a la adopción de nuevos mecanismos de integración que vengán a complementar a los ya existentes.

Los estudios comprendidos en este proyecto, evidencian la compleja realidad política e institucional en que se desenvuelven los procesos de integración, tanto en el nivel regional como en el nacional, a la vez que explican las más recientes tendencias innovadoras en el plano de la cooperación regional pública y privada.

II.—Francisco Orrego Vicuña, desarrolla su trabajo bajo el título: *Los presupuestos jurídicos de un proceso de integración económica efectivo*. Desde una perspectiva crítica analiza el balance de "dos décadas" de integración, que conforma aspectos positivos y negativos. Su carácter negativo emana del hecho de que virtualmente todas las experiencias han fracasado —de una u otra manera— o a lo menos han entrado en situa-

explica en varios ejemplos (interdicción civil, contrato de arrendamiento, contrato de préstamo o la prescripción).

Advierte cómo la traducción fue realizada lo más literalmente posible, a pesar de las dificultades que presentan la construcción de la frase, los tiempos verbales, la elección de modos, lo mismo que el uso de los pronombres ante las diferencias profundas existentes para ambas lenguas. También supuso una dificultad la vejez del lenguaje que usa el Código civil, así como por sus pleonasmos, cambios de expresión para una misma institución o instituciones que no han sufrido una alteración significativa de contenido jurídico y ciertos párrafos, tan excesivamente largos, que oscurecen puntos concretos, haciéndolos incomprensibles. De aquí su opinión de que la traducción no pueda ser mejor que la del propio original, por lo que el lector alemán ha de acudir y valerse de comentarios en muchas de su materias. Ahora bien, al no salvarse estas dificultades por el traductor, supone, a su juicio, conservar el carácter y el estilo del propio Código civil español.

Esta traducción al alemán del Código civil español y su estudio introductivo, aunque se dedica al público germánico, resulta un balance muy útil para el jurista español, del cual se puede obtener una buena enseñanza y sacar unas observaciones atinadas para tomarse en cuenta en nuestra futura labor legislativa.

José BONET CORREA

**DIAZ ALBONICO, Rodrigo:** "Estabilidad y flexibilidad en el ordenamiento jurídico de la integración". Editorial Universitaria, Santiago de Chile, 1977. Págs. 172.

I.—Constituye el volumen que comentamos una serie de estudios agrupados para el título "Estabilidad y flexibilidad del ordenamiento jurídico de ALALC y el Pacto Andino". Fruto del primer proyecto de colaboración entre el Instituto de Estudios Internacionales de la Universidad de Chile y el INTAL, su común denominador está dado por la consideración de los grandes problemas institucionales de los procesos de integración, tanto en cuanto se refiere al funcionamiento y experiencia de sus órganos y estructuras jurídicas como a las nuevas iniciativas de reforma o a la adopción de nuevos mecanismos de integración que vengán a complementar a los ya existentes.

Los estudios comprendidos en este proyecto, evidencian la compleja realidad política e institucional en que se desenvuelven los procesos de integración, tanto en el nivel regional como en el nacional, a la vez que explican las más recientes tendencias innovadoras en el plano de la cooperación regional pública y privada.

II.—Francisco Orrego Vicuña, desarrolla su trabajo bajo el título: *Los presupuestos jurídicos de un proceso de integración económica efectivo*. Desde una perspectiva crítica analiza el balance de "dos décadas" de integración, que conforma aspectos positivos y negativos. Su carácter negativo emana del hecho de que virtualmente todas las experiencias han fracasado —de una u otra manera— o a lo menos han entrado en situa-

ciones críticas difícilmente subsanables. El MCCA, desintegrado por los conflictos políticos y económicos; ALALC, en estado de parálisis durante varios años; el Grupo Andino, que sufre una quiebra importante; quizá con la única excepción del Mercado Común del Caribe, y su posterior transformación en la Comunidad del Caribe.

Con todo, la experiencia acumulada en estos veinte años, permite se logre comprender algunos de los problemas esenciales, que se adentran en los mitos que han inspirado los respectivos esquemas, induciéndolos a pasos intelectualmente atractivos, pero prácticamente inviables. El autor examina solamente aquéllos de carácter jurídico e institucional, que han influido en el destino de los principales esquemas de integración, y procura enfatizar las nuevas perspectivas que como resultado de la experiencia adquirida aparecen como requerimiento aconsejable para un futuro integrador más sólido.

Orrego entiende que en el desarrollo de los mitos han influido dos factores importantes: un enfoque romántico, utopista, y un segundo factor estrechamente vinculado al anterior, caracterizado por la ausencia de evidencias empíricas que permitiesen captar la realidad, tal cual era, guiándose por presunciones y generalizaciones. A partir de 1970, se alcanza una mayor madurez que permite concebir modelos de integración económica probablemente menos audaces, pero más ajustados a lo que es posible y deseable.

Bastará enumerar los cuatro mitos considerados para entender la riqueza conceptual del estudio comentado: 1.—La supranacionalidad 2.—La insuficiencia del derecho nacional 3.—El Gobierno de los tecnócratas. 4.—Autosuficiencia institucional. Concluye en un apotegma clarificador: el problema de la integración de América Latina no es tanto de naturaleza técnica, sino principalmente es un problema de actitudes y criterios de gobierno que sirvan de inspiración al funcionamiento del orden jurídico y de las correspondientes instituciones. Puesto de otra manera, es un problema netamente político.

III.—En la órbita del pragmatismo crítico debe situarse el trabajo de Alberto Rioseco Vásquez, profesor de la Universidad de Chile y de la Universidad Católica de Chile, e investigador del Instituto de Estudios Internacionales, "*El marco jurídico de la ALALC y su flexibilidad para adaptarse a nuevas circunstancias del proceso de integración*" (páginas 34-72).

El autor se propone estudiar el marco jurídico de la ALALC, con una finalidad bien precisa, cual es la de determinar en qué medida este ordenamiento posee normas que le den la suficiente flexibilidad, para que puedan ir adaptándose a nuevas circunstancias nacionales, regionales o mundiales o a etapas más avanzadas, sin que por ello se afecte la seguridad jurídica que es indispensable para que estos procesos puedan desarrollarse normalmente. El problema de la flexibilidad y de la adaptación en el marco jurídico de la ALALC, constituye la parte medular del trabajo. Se pasa revista a la adaptación por revisión o reforma del Tratado de Montevideo y las perspectivas que ofrecen otros mecanismos diferentes a la reforma.

Presenta como resultado de su trabajo las siguientes conclusiones: a) Modificar el Tratado de Montevideo en sus normas imperativas, especialmente en las que se refieren al programa de liberación. b) En relación con las normas programáticas y su ampliación a nuevos campos, sería indispensable precisar las normas actuales y dar facultades a los órganos de la ALALC, para ponerlas en ejecución producido el consenso necesario.

IV.—Un estudio muy completo dedica la doctora Carlota Castro Correa a "*La reforma institucional de la ALALC*". La reforma institucional de la ALALC, de 1966, la creación del Consejo de Ministros de Relaciones Exteriores de las Partes Contratantes, el estudio del sistema de votación, el valor jurídico de las resoluciones de los órganos de la asociación, la ausencia de órganos comunitarios en la ALALC, la evolución institucional de la ALALC, y las negociaciones colectivas de 1974. Interesa recalcar a modo de conclusión del presente estudio "que en esta etapa del proceso de integración económica, en el criterio de los países no existe aún una evolución del proceso de integración que justifique la creación de una estructura institucional de las características propuestas en el Anteproyecto" (Consejo de Ministros de Relaciones Exteriores).

V.—Continúa esta serie de estudios con un trabajo del profesor Rodrigo Díaz Albonico, en el que se analizan *los mecanismos actuales para disminuir las controversias, tanto en el interior de la ALALC, como en el ordenamiento jurídico del Acuerdo de Cartagena*. La perspectiva es realista, ya sea a nivel del origen de lo contencioso como a nivel de su solución. En la segunda parte, consagrada al control de la legalidad, existe una construcción menos descriptiva, en donde elementos de flexibilidad jurídica será necesario introducir en los dos posibles ensayos: el primero que tiende a sistematizar la norma; el segundo que busca implementar una estructura institucional efectiva.

VI.—El profesor Barros Charlín señala en su trabajo "*La adopción de nuevos instrumentos de la ALALC y Pacto Andino*" (pp. 140-152), que en desarrollo de la flexibilidad que ofrece el Tratado de Montevideo, las partes contratantes han estructurado mecanismos de cierto relieve integracionista, pudiendo haber ido más allá, de haber mediado voluntad política para ello. Son interesantes las conclusiones que a juicio del señor profesor Barros deben tener presente los países miembros en el marco de las negociaciones colectivas por imperio del artículo 61 del Tratado de Montevideo y de otros textos legales complementarios, para adoptar nuevos instrumentos tendentes a darle a la ALALC su fisonomía definitiva.

El trabajo se circunscribe al problema de los "convenios por pares o grupos de países" y al que podría suscitar el "establecimiento de un margen de preferencia zonal".

VII.—Por último, el director del Instituto de Estudios Internacionales de la Universidad de Chile, profesor Orrego Vicuña, aborda el estudio de "*Las empresas binacionales y multinacionales en América Latina*" (páginas 153-172). Con su característica maestría, pasa revista a las modalidades y objetivos de un esquema multinacional, para identificar dos períodos bien demarcados en la evolución de las e. m. en nuestro con-

tinente: 1.—Aproximaciones teóricas académicamente importantes, pero alejadas de la realidad, y 2.—Examen de la práctica, que vino a demostrar que la realidad era muy diferente.

Sigue de cerca el estudio de INTAL, en la determinación de los tipos de asociación internacional de empresas y sus características en cuanto a participación en la propiedad y transferencia de recursos..., determinando la viabilidad jurídica de las diferentes modalidades y tipos de asociación, y los factores de política respecto de las empresas latinoamericanas.

JOSÉ ENRIQUE GREÑO VELASCO

**GARRIGUES, Joaquín:** «Temas de Derecho vivo». Editorial Tecnos. Madrid, 1978, 360 págs. «En torno a la reforma del Derecho mercantil». Conferencia de clausura en las Jornadas sobre la Reforma de la Legislación mercantil (mayo 1979). Fundación Universidad-Empresa. Junio 1979, 24 págs.

La literatura jurídica ha sido tachada de oscura y desaliñada, censura más merecida ahora que nunca antes, por el mimetismo extranjerizante y la prisa por publicar. Por ello se ha convertido en una ingrata tarea la lectura de leyes, libros y revistas jurídicas. Lo que es bien triste, cuando nuestras viejas leyes eran modelo de buen decir. Todavía, nuestro Código civil, mereció que un celebrado poeta cubano gustase repetir—parafraseando, quizá sin saberlo, palabras de Stendhal— que es un modelo de prosa castellana, que debería frecuentar todo escritor.

Los que tratamos de aprender Derecho en los escritos de Joaquín Garrigues, hemos debido apreciar y admirar su lenguaje directo, elegante y claro. Este nuestro juicio se ha visto avalado por la autoridad indiscutible de Miguel Delibes, quien en la carta que sirve de prólogo a *Temas de Derecho vivo*, le dice estas aladas frases: «La forma y la estructura literarias, la precisión de la palabra, el arte de escribir en suma—al margen de lo que se cuenta— lo encontré por vez primera en usted o, si lo prefiere, fue usted el primero que me hizo ver belleza y eficacia en la mera combinación de unos signos».

La buena prosa es un raro regalo, que aquí se suma al interés de las cuestiones tratadas y a la finura y profundidad, con las que ellas son examinadas.

En el libro *Temas de Derecho vivo* se recogen algunos artículos ya publicados, y lo que es todavía más de agradecer, unas ocho conferencias pronunciadas en diversas ocasiones, publicadas ahora por primera vez. Los diecisiete trabajos recogidos tratan de varias materias. De entre ellos se destacan aquellos consagrados a dos cuestiones que han sido objeto de continuado estudio y preocupación por parte del Autor.

La una es la de responder a la pregunta fundamental de ¿qué ha sido, qué es y qué será el Derecho mercantil?; acuciante en estos momentos en que se enfrentan, de un lado, la concepción del Derecho autónomo de los comerciantes («l'Europe des commerçants.») y el movimiento de «la nueva



tinente: 1.—Aproximaciones teóricas académicamente importantes, pero alejadas de la realidad, y 2.—Examen de la práctica, que vino a demostrar que la realidad era muy diferente.

Sigue de cerca el estudio de INTAL, en la determinación de los tipos de asociación internacional de empresas y sus características en cuanto a participación en la propiedad y transferencia de recursos..., determinando la viabilidad jurídica de las diferentes modalidades y tipos de asociación, y los factores de política respecto de las empresas latinoamericanas.

JOSÉ ENRIQUE GREÑO VELASCO

**GARRIGUES, Joaquín:** «Temas de Derecho vivo». Editorial Tecnos. Madrid, 1978, 360 págs. «En torno a la reforma del Derecho mercantil». Conferencia de clausura en las Jornadas sobre la Reforma de la Legislación mercantil (mayo 1979). Fundación Universidad-Empresa. Junio 1979, 24 págs.

La literatura jurídica ha sido tachada de oscura y desaliñada, censura más merecida ahora que nunca antes, por el mimetismo extranjerizante y la prisa por publicar. Por ello se ha convertido en una ingrata tarea la lectura de leyes, libros y revistas jurídicas. Lo que es bien triste, cuando nuestras viejas leyes eran modelo de buen decir. Todavía, nuestro Código civil, mereció que un celebrado poeta cubano gustase repetir—parafraseando, quizá sin saberlo, palabras de Stendhal— que es un modelo de prosa castellana, que debería frecuentar todo escritor.

Los que tratamos de aprender Derecho en los escritos de Joaquín Garrigues, hemos debido apreciar y admirar su lenguaje directo, elegante y claro. Este nuestro juicio se ha visto avalado por la autoridad indiscutible de Miguel Delibes, quien en la carta que sirve de prólogo a *Temas de Derecho vivo*, le dice estas aladas frases: «La forma y la estructura literarias, la precisión de la palabra, el arte de escribir en suma—al margen de lo que se cuenta— lo encontré por vez primera en usted o, si lo prefiere, fue usted el primero que me hizo ver belleza y eficacia en la mera combinación de unos signos».

La buena prosa es un raro regalo, que aquí se suma al interés de las cuestiones tratadas y a la finura y profundidad, con las que ellas son examinadas.

En el libro *Temas de Derecho vivo* se recogen algunos artículos ya publicados, y lo que es todavía más de agradecer, unas ocho conferencias pronunciadas en diversas ocasiones, publicadas ahora por primera vez. Los diecisiete trabajos recogidos tratan de varias materias. De entre ellos se destacan aquellos consagrados a dos cuestiones que han sido objeto de continuado estudio y preocupación por parte del Autor.

La una es la de responder a la pregunta fundamental de ¿qué ha sido, qué es y qué será el Derecho mercantil?; acuciante en estos momentos en que se enfrentan, de un lado, la concepción del Derecho autónomo de los comerciantes («l'Europe des commerçants.») y el movimiento de «la nueva

*lex mercatoria*» y, del otro, el movimiento de la protección de los consumidores y la reacción de los países frente al neocolonialismo económico. La respuesta se busca en los temas que llevan los títulos: «Qué es y que debe ser el Derecho mercantil». Derecho mercantil y Derecho civil», «El Derecho mercantil en las Naciones Unidas», «El Derecho mercantil en el siglo xx».

La otra cuestión aludida, conexas con la anterior, es la de la empresa y la sociedad anónima, que se va examinando en los trabajos que llevan por título: «Sindicato de accionistas», «La protección de las minorías en el Derecho español», «La propiedad industrial y la empresa», «En torno a la reforma de la empresa», «Salvar primero a la empresa y reformarla después». Intimamente unida con esta problemática, están los estudios sobre «La defensa de la competencia mercantil», «Publicidad y competencia ilícita», «El interés en el Derecho» y «El crédito en el Derecho».

En el libro comentado pueden apreciarse unas facetas poco conocidas de la personalidad del Autor. «A la memoria de don Felipe Clemente de Diego, maestro en Derecho y bondad», es un ensayo en el que se hace vivir de nuevo la figura venerada y entrañable de D. Felipe, con acento emocionado y emocionante. En «La mujer casada ante el Derecho español», nos ha parecido percibir un cierto hálito de cordial y amable humorismo.

Termina el libro, «Consejos a unos jóvenes diplomados en la Escuela de Práctica Jurídica», bellísima exposición, de forma y de fondo, en la que se dice cuál ha de ser el cometido del verdadero jurista. Me permito copiar unas frases, que creo constituyen su meollo: «lo esencial para el verdadero jurista es su sentido de la justicia, un sentido profundo, soterrado, que le servirá al final para decidir en cada caso el sí o el no. El sentido de lo justo es como la savia que sube en cada una de las ramas de nuestro saber del Derecho; hace que nuestro trabajo no se convierta en pura logomanía». «Somos los juristas eternos perseguidores de la justicia y hemos de hacer nuestra pelea sin preocuparnos de la victoria, incluso de nuestra derrota».

En la conferencia «En torno a la reforma del Derecho mercantil», nos dice el autor, que juega el papel de cronista oficial de las Jornadas para la Reforma del Derecho Mercantil. En verdad, nos ofrece un precioso resumen del «estado de la cuestión», con la cualidad de las mejores miniaturas. Para calibrar su alcance basta señalar la importancia de la problemática planteada. Sobre la ilimitada autonomía de la voluntad, aspiración y principio básico de la «nueva *lex mercatoria*», pregunta: «¿dónde está la moral, por ejemplo, en los pactos llamados de *agarrotamiento* de un modesto comerciante por una gran empresa: en el pacto de no poder reclamar sobre la calidad de una mercancía; en el pacto de exclusiva de venta; en el llamado pacto del silencio; en el pacto de *non licitando*, que obliga a no concurrir a una subasta?». Señala la posibilidad de abusos por medio de las *societates de societates* y mediante las *condiciones generales de la contratación*. Se refiere a la crisis preocupante de la empresa española y también a la repercusión que puedan tener las normas constitucionales respecto de las instituciones mercantiles.

Esta nota bibliográfica se ha escrito para agradecer a Joaquín Garrigues la publicación de los trabajos reseñados, que vienen a completar y aclarar su pensamiento, con precisiones importantes y, también, para señalar el gran

interés que ellos ofrecen para todos los juristas y, muy en especial, para los cultivadores del Derecho privado.

C. B.

**LACRUZ BERDEJO, José Luis, "Elementos de Derecho civil. II. Derecho de obligaciones. III. Contratos y cuasicontratos". Barcelona, 1979. Editorial Bosch. Un volumen de 413 págs.**

La magistral labor que el profesor Lacruz viene desarrollando en el ámbito del Derecho civil, tanto en sus realizaciones monográficas, sus dictámenes, como en el ámbito docente y universitario, se plasma ahora en un esfuerzo de síntesis, sistematizada y actualizada en esta profunda y gracil obra que son sus "Elementos de Derecho civil".

Estos "Elementos de Derecho civil" abordan no sólo la base fundamental del Derecho privado español, sino que en ella se encuentra mucho más, puesto que no se trata de una obra elemental, como pudiera creerse de su modesto título. El ilustre profesor Lacruz ha ido más allá de un somero planteamiento y de una simplificación de las instituciones tratadas en su desarrollo. Sobre la base de una "opinio communis" de la dogmática civilista —casi excepcionalmente nominada—, nos permite ir comprendiendo de sus propias conclusiones los rasgos más destacados y característicos y el adentrarnos en su fino pensamiento de jurista avezado y experimentado, a través de esa crítica penetrante y denunciadora de los excesos del poder ejecutivo que se inmiscuye y cercena los derechos fundamentales de la persona y de su patrimonio. Particular atención le merece la jurisprudencia que selecciona y que contribuye a interpretar relevantes aspectos y a establecer posiciones moderadoras.

Los "elementos de Derecho civil" son sistematizados en función de los planes de estudio y enseñanza universitaria, por lo que se parcelan de acuerdo con aquellas enseñanzas en tomos y volúmenes. El tomo actual, segundo, se refiere al "Derecho de obligaciones", cuyo volumen tercero se dedica a los "Contratos y cuasicontratos". El estudio de los contratos y cuasicontratos se distribuye en once títulos, de los cuales, el párrafo 108 ha sido realizado en colaboración con el profesor Luna Serrano, especialista en la materia agraria abordada en él, así como los párrafos 124 a 130 son escritos por el profesor Delgado Echevarría, también buen conocedor de ella.

En esta obra destaca el tratamiento sistemático y actualizado que el profesor Lacruz acomete respecto a la compraventa, las ventas especiales y, sobre todo, al recoger la promesa, el precontrato y la opción. A continuación se aborda la permuta, así como el saneamiento en los contratos traslativos del dominio. Un título separado está dedicado a la donación y a algunas donaciones en particular.

Bajo el título tercero se trata el arrendamiento de cosas según su ordenamiento vigente: el común o general del Código civil y el de las legislaciones especiales rústica y urbana, con sus nuevos planteamientos,

interés que ellos ofrecen para todos los juristas y, muy en especial, para los cultivadores del Derecho privado.

C. B.

**LACRUZ BERDEJO, José Luis, "Elementos de Derecho civil. II. Derecho de obligaciones. III. Contratos y cuasicontratos". Barcelona, 1979. Editorial Bosch. Un volumen de 413 págs.**

La magistral labor que el profesor Lacruz viene desarrollando en el ámbito del Derecho civil, tanto en sus realizaciones monográficas, sus dictámenes, como en el ámbito docente y universitario, se plasma ahora en un esfuerzo de síntesis, sistematizada y actualizada en esta profunda y gracil obra que son sus "Elementos de Derecho civil".

Estos "Elementos de Derecho civil" abordan no sólo la base fundamental del Derecho privado español, sino que en ella se encuentra mucho más, puesto que no se trata de una obra elemental, como pudiera creerse de su modesto título. El ilustre profesor Lacruz ha ido más allá de un somero planteamiento y de una simplificación de las instituciones tratadas en su desarrollo. Sobre la base de una "opinio communis" de la dogmática civilista —casi excepcionalmente nominada—, nos permite ir comprendiendo de sus propias conclusiones los rasgos más destacados y característicos y el adentrarnos en su fino pensamiento de jurista avezado y experimentado, a través de esa crítica penetrante y denunciadora de los excesos del poder ejecutivo que se inmiscuye y cercena los derechos fundamentales de la persona y de su patrimonio. Particular atención le merece la jurisprudencia que selecciona y que contribuye a interpretar relevantes aspectos y a establecer posiciones moderadoras.

Los "elementos de Derecho civil" son sistematizados en función de los planes de estudio y enseñanza universitaria, por lo que se parcelan de acuerdo con aquellas enseñanzas en tomos y volúmenes. El tomo actual, segundo, se refiere al "Derecho de obligaciones", cuyo volumen tercero se dedica a los "Contratos y cuasicontratos". El estudio de los contratos y cuasicontratos se distribuye en once títulos, de los cuales, el párrafo 108 ha sido realizado en colaboración con el profesor Luna Serrano, especialista en la materia agraria abordada en él, así como los párrafos 124 a 130 son escritos por el profesor Delgado Echevarría, también buen conocedor de ella.

En esta obra destaca el tratamiento sistemático y actualizado que el profesor Lacruz acomete respecto a la compraventa, las ventas especiales y, sobre todo, al recoger la promesa, el precontrato y la opción. A continuación se aborda la permuta, así como el saneamiento en los contratos traslativos del dominio. Un título separado está dedicado a la donación y a algunas donaciones en particular.

Bajo el título tercero se trata el arrendamiento de cosas según su ordenamiento vigente: el común o general del Código civil y el de las legislaciones especiales rústica y urbana, con sus nuevos planteamientos,

sus contradicciones normativas y con sus cargas socio-económicas del poder público.

El título cuarto analiza los contratos de préstamos (el comodato y el mutuo) y el título quinto los contratos de obras y servicios (el llamado arrendamiento de obra, el de servicios y el mandato). El título sexto examina el contrato de depósito (el voluntario y el necesario, los irregulares y el secuestro). Bajo el título séptimo se recogen los "contratos asociativos y parciarios" (el contrato de sociedad y la aparcería rústica) para concluir con los dos títulos siguientes, el ocho y el nueve, donde aborda los "contratos aleatorios" y la "fianza", respectivamente.

Por último, el título diez trata los "contratos sobre decisión de una controversia jurídica" (la transacción y el compromiso) y el título once, "Los cuasicontratos" (la gestión de negocios sin mandato, el pago de lo indebido y el aspecto genérico del enriquecimiento sin causa).

Con este volumen se completa una de las grandes partes de la materia del Derecho civil y de esta importante obra sobre los "Elementos de Derecho civil", que se lee con deleite y es una contribución muy valiosa a nuestra civilística.

José BONET CORREA

**LAZARUS, Claude; LEBEN, Charles; LYON-CAEN, Antoine; VERDIER, Bernard.** "L'entreprise multinationale face au droit". París, Librairies Techniques, 1978. Págs. 453.

I.—Odiadas por unos, y alabadas —casi siempre con timidez— por otros, las empresas multinacionales son, desde hace algunos años, el centro de los debates sobre economía mundial y desarrollo, y de la actividad de las Naciones Unidas en estos dominios. Constituyen también el objeto de una literatura abundante, bastando como muestra la muy selectiva que encierra esta obra, y que constata una tendencia ya conocida: en gran proporción los estudios analizados, toman el tema de la empresa multinacional desde su lado político, con más frecuencia que desde el económico, y aun todavía que desde el aspecto jurídico.

II.—En este cuadro de situación, la Unidad de Enseñanza e Investigación de la Universidad de París, ha tomado la iniciativa de una búsqueda que contribuyera a colmar esta doble laguna. Bajo el impulso de su Consejo Científico, ha emprendido una investigación y una reflexión colectiva, para aprehender jurídicamente el centro de decisión y de acción económica, que es la empresa multinacional. Esta responsabilidad fue encomendada a un economista (Bernard Verdier) y a tres juristas (Lazarus, Claude; Leben, Charles, y Antoine Lyon-Caen), con la dirección de Berthold Goldman y Phocion Francescakis, autores del excelente prólogo de la obra.

Trabajo realmente de equipo— que puso especial empeño en elaborar un método común de aprehensión de problemas, de búsqueda de informaciones y de explotación de los estudios anteriores y también se esforzó

sus contradicciones normativas y con sus cargas socio-económicas del poder público.

El título cuarto analiza los contratos de préstamos (el comodato y el mutuo) y el título quinto los contratos de obras y servicios (el llamado arrendamiento de obra, el de servicios y el mandato). El título sexto examina el contrato de depósito (el voluntario y el necesario, los irregulares y el secuestro). Bajo el título séptimo se recogen los "contratos asociativos y parciarios" (el contrato de sociedad y la aparcería rústica) para concluir con los dos títulos siguientes, el ocho y el nueve, donde aborda los "contratos aleatorios" y la "fianza", respectivamente.

Por último, el título diez trata los "contratos sobre decisión de una controversia jurídica" (la transacción y el compromiso) y el título once, "Los cuasicontratos" (la gestión de negocios sin mandato, el pago de lo indebido y el aspecto genérico del enriquecimiento sin causa).

Con este volumen se completa una de las grandes partes de la materia del Derecho civil y de esta importante obra sobre los "Elementos de Derecho civil", que se lee con deleite y es una contribución muy valiosa a nuestra civilística.

José BONET CORREA

**LAZARUS, Claude; LEBEN, Charles; LYON-CAEN, Antoine; VERDIER, Bernard.** "L'entreprise multinationale face au droit". París, Librairies Techniques, 1978. Págs. 453.

I.—Odiadas por unos, y alabadas —casi siempre con timidez— por otros, las empresas multinacionales son, desde hace algunos años, el centro de los debates sobre economía mundial y desarrollo, y de la actividad de las Naciones Unidas en estos dominios. Constituyen también el objeto de una literatura abundante, bastando como muestra la muy selectiva que encierra esta obra, y que constata una tendencia ya conocida: en gran proporción los estudios analizados, toman el tema de la empresa multinacional desde su lado político, con más frecuencia que desde el económico, y aun todavía que desde el aspecto jurídico.

II.—En este cuadro de situación, la Unidad de Enseñanza e Investigación de la Universidad de París, ha tomado la iniciativa de una búsqueda que contribuyera a colmar esta doble laguna. Bajo el impulso de su Consejo Científico, ha emprendido una investigación y una reflexión colectiva, para aprehender jurídicamente el centro de decisión y de acción económica, que es la empresa multinacional. Esta responsabilidad fue encomendada a un economista (Bernard Verdier) y a tres juristas (Lazarus, Claude; Leben, Charles, y Antoine Lyon-Caen), con la dirección de Berthold Goldman y Phocion Francescakis, autores del excelente prólogo de la obra.

Trabajo realmente de equipo— que puso especial empeño en elaborar un método común de aprehensión de problemas, de búsqueda de informaciones y de explotación de los estudios anteriores y también se esforzó

en confrontar los conceptos, las explicaciones, y las sistematizaciones, de manera tal que derivara el trabajo en una síntesis coherente.

La elaboración final contó todavía con la colaboración del profesor A. A. Fatouros, de la Universidad de Indiana, y las objeciones e interrogantes de los directores de la investigación. Estas discusiones no culminaron en una perfecta identidad de puntos de vista. Cada uno de los autores firma sus propias contribuciones y asume su propia responsabilidad, pero la comunidad de pensamiento es suficiente para que cada uno de los trabajos no se oponga fundamentalmente a lo sostenido en los otros.

Otra de las características a señalar en la obra es su investigación sobre la realidad directa de los entes económicos multinacionales. Utilizando ciertamente los estudios y documentos publicados, los autores analizan las respuestas de las empresas a muy amplios cuestionarios que les fueron remitidos, y las consecuencias del diálogo directo con los directores y administradores de los grandes complejos multinacionales. Pero es, sobre todo a la percepción de las empresas multinacionales, que el equipo en su conjunto se dedica. Percepción económica y percepción jurídica (título primero), ya que si la investigación se orienta hacia un objetivo jurídico, su objeto es netamente económico.

III.—Desde el punto de vista económico (Cap. I), la empresa multinacional está situada en el contexto de la teoría del comercio internacional, contexto por otra parte necesario en la medida en que donde una empresa multinacional se moviliza es justamente en los mercados nacionales, mediante las exportaciones e importaciones —pero insuficiente, ya que las empresas multinacionales no se contentan con vender y comprar; fundamentalmente en la hora actual invierten en otros países, y la teoría respecto a la inversión internacional se encuentra en estos momentos en estado de reelaboración.

Esta inserción en la teoría económica conduce a Bernard Verdier, a demostrar que las empresas multinacionales pueden ser clasificadas de acuerdo al lugar que ocupan en el ciclo de la innovación, deduciendo de esta manera una tipología de estas empresas. Ello tiene el mérito inédito de actuar sobre categorías directamente perceptibles por el derecho, ya que se caracterizan por la mayor o menor centralización o descentralización, o dicho de otra manera, por la mayor o menor intensidad de control multinacional, que es su más importante nota distintiva (Título III), trazo recogido por los restantes miembros de la investigación, en sus instrumentos y manifestaciones jurídicas (A. Lyon-Caen), en sus manifestaciones en la gestión (Charles Leben) y en la política financiera de las EM (Bernard Verdier).

IV.—Era necesario percibir globalmente y bajo el ángulo del derecho, estos conjuntos sobre los cuales se ejerce el control multinacional. La tarea de exponer esta percepción jurídica ha sido confiada a Charles Leben, que no duda en aceptar, tomando a su vez una percepción económica, que parta igualmente de la teoría del comercio y de la inversión internacional, para aprehender el fenómeno en alguna manera desde su lado exterior y bajo los aspectos cuantitativo y de gestión, configurando de

esta manera una figura que podría situarse al fin de la evolución de un modelo "casi ideal". Este examen económico *inocente* conduce al autor a proponer una definición voluntariamente comprensiva de la empresa multinacional: ésta se encuentra *constituida por un grupo de empresas privadas vinculadas por ciertos lazos jurídicos, obedeciendo a una estrategia común, y repartidas en territorios sometidos a soberanías estatales diferentes*. Definición voluntariamente imprecisa, que permite abrazar en el objeto de estudio estructuras disímiles en cuanto a los instrumentos, a la naturaleza y a la intensidad de los vínculos entre sus elementos, que se caracterizan en última instancia por el control ejercido por el poder central, sobre las partículas que gravitan en su entorno. El fenómeno así descrito y caracterizado permite investigar cómo ha sido considerado por el derecho nacional (Título III), por el comunitario (Título IV), o por el internacional (Título V).

Charles Leben aborda el problema de la nacionalidad de la EM, tanto desde sus bases tradicionales como de la evolución más reciente, precisamente determinadas por la confrontación de soluciones clásicas con la situación particular de las sociedades que forman un grupo multinacional (Título III, Capítulo I). Limitando la nacionalidad de una sociedad "en sentido estricto", a un vínculo que determina su reconocimiento como titular de derechos y de obligaciones, y de la ley aplicable a su constitución y funcionamiento, el autor estima que los vínculos estáticos de cada sociedad deben ser determinados caso por caso, en función del texto interno o de la convención internacional que deba decidir si le son o no aplicables. Concepción que aparece como indiscutible, y será obligatoria en el caso de que la imponga el derecho positivo, y que tiene el mérito de defenderla ofreciendo algunas de sus aplicaciones características en el derecho francés, comunitario y extranjero.

V.—Culminada de esta manera la observación sintética, el equipo realiza un análisis —necesariamente fragmentario— de la influencia del derecho sobre las empresas multinacionales. Dos ejemplos de esta relación fueron elegidos en el marco del derecho nacional francés: Claude Lazarus trata el régimen fiscal de los precios de transferencia y Antoine Lyon-Caen examina la intervención del Derecho del trabajo en las empresas multinacionales. Vale la pena señalar la objetividad con que se expone el primero de los temas, terreno de elección de apasionantes debates; en cuanto al segundo, conduce al autor a demostrar que el método tradicional de los conflictos de leyes, resulta insuficiente para tomar en cuenta la multinacionalidad sobre el empleo y las relaciones profesionales. Un derecho material, transnacional, en lo posible debe tomar en tal caso su lugar.

En el Título IV, Lyon-Caen presenta la aplicación del derecho europeo de la competencia: ejemplo rico de enseñanzas, que demuestra cómo la jurisprudencia de la Corte de Justicia de las Comunidades, hace emerger de la pluralidad del grupo multinacional la unidad de la empresa transnacional, y cómo también la empresa intenta hacer retroceder los límites de las competencias de las Comunidades, mediante el uso de prácticas restrictivas de empresas de terceros estados que actúan en el mercado



común. El autor estima que el derecho positivo no parece inclinado a generalizar el empleo de la noción de empresa, al paso que en lo que concierne a las competencias comunitarias extraterritoriales, han pasado los días de la diferenciación entre *jurisdictio et imperium*, y que para asegurar al máximo la eficacia del derecho de la competencia, convendría encontrar soluciones pragmáticas, teniendo en cuenta los intereses comunes a todos los estados, así como la importancia y la intensidad de los intereses nacionales divergentes, y eventualmente, en fin, los intereses de las personas privadas. Pero señala con acierto Lyon-Caen, que el pragmatismo necesitará de la coordinación internacional para encontrar respuestas satisfactorias.

En el Título V y bajo el título de *prise en charge par le droit de gens*, con signo de interrogación, es que Claude Lazarus traza brevemente las perspectivas de esta coordinación.

VI.—Tal es la obra. Expresamos la misma esperanza que los prologuistas del libro comentado: que la contribución aportada al estudio de los problemas de la empresa multinacional sea de alguna utilidad. Dotada de una excelente información, el resultado no podía ser más feliz. No dudamos en calificarla como uno de los estudios más importantes de la investigación gala, a un tema acuciante como pocos de la más reciente temática jurídica.

JOSÉ ENRIQUE GREÑO VELASCO

**LOEBER, Burckhardt: «Aufenthalt, Erwerbstätigkeiten und Investitionen in Spanien», 2.ª ed., actualizada. Frankfurt am Main, 1979. Edition für internationale Wirtschaft. Un volumen de 173 págs.**

Ante el incremento de las relaciones que llevan a cabo los ciudadanos de la República Federal de Alemania con los españoles, tanto por turismo como por sus relaciones negociales (de inversión, financiamiento, industria y comercio), a los alemanes se les hace necesario conocer, cada vez más y con mayor detalle, el conjunto normativo español referente a aquellos ámbitos en que intervienen con sus intereses patrimoniales.

Para lograr esta finalidad, el prestigioso Abogado y Notario, Doctor Löber, que es un gran conocedor de nuestro idioma y legislación, realiza esta compendiada obra especialmente dedicada a los aspectos más importantes que implica la estancia de los alemanes en España, así como a su actividad adquisitiva e inversora.

La obra, que en tres años alcanza ya su segunda edición, después de una presentación por el Agregado Comercial de la Embajada española en Bonn, don Luis Medina, y una introducción, se divide en dos partes bien delimitadas: la primera, de estudio descriptivo y analítico y la segunda de transcripción selectiva de los textos legales más importantes en cuanto a las relaciones concretas tratadas anteriormente.

En la primera parte, su apartado primero examina la situación legal del extranjero que viaja a España, de su estancia y de su regreso; el segundo,

común. El autor estima que el derecho positivo no parece inclinado a generalizar el empleo de la noción de empresa, al paso que en lo que concierne a las competencias comunitarias extraterritoriales, han pasado los días de la diferenciación entre *jurisdictio et imperium*, y que para asegurar al máximo la eficacia del derecho de la competencia, convendría encontrar soluciones pragmáticas, teniendo en cuenta los intereses comunes a todos los estados, así como la importancia y la intensidad de los intereses nacionales divergentes, y eventualmente, en fin, los intereses de las personas privadas. Pero señala con acierto Lyon-Caen, que el pragmatismo necesitará de la coordinación internacional para encontrar respuestas satisfactorias.

En el Título V y bajo el título de *prise en charge par le droit de gens*, con signo de interrogación, es que Claude Lazarus traza brevemente las perspectivas de esta coordinación.

VI.—Tal es la obra. Expresamos la misma esperanza que los prologuistas del libro comentado: que la contribución aportada al estudio de los problemas de la empresa multinacional sea de alguna utilidad. Dotada de una excelente información, el resultado no podía ser más feliz. No dudamos en calificarla como uno de los estudios más importantes de la investigación gala, a un tema acuciante como pocos de la más reciente temática jurídica.

JOSÉ ENRIQUE GREÑO VELASCO

**LOEBER, Burckhardt: «Aufenthalt, Erwerbstätigkeiten und Investitionen in Spanien», 2.ª ed., actualizada. Frankfurt am Main, 1979. Edition für internationale Wirtschaft. Un volumen de 173 págs.**

Ante el incremento de las relaciones que llevan a cabo los ciudadanos de la República Federal de Alemania con los españoles, tanto por turismo como por sus relaciones negociales (de inversión, financiamiento, industria y comercio), a los alemanes se les hace necesario conocer, cada vez más y con mayor detalle, el conjunto normativo español referente a aquellos ámbitos en que intervienen con sus intereses patrimoniales.

Para lograr esta finalidad, el prestigioso Abogado y Notario, Doctor Löber, que es un gran conocedor de nuestro idioma y legislación, realiza esta compendiada obra especialmente dedicada a los aspectos más importantes que implica la estancia de los alemanes en España, así como a su actividad adquisitiva e inversora.

La obra, que en tres años alcanza ya su segunda edición, después de una presentación por el Agregado Comercial de la Embajada española en Bonn, don Luis Medina, y una introducción, se divide en dos partes bien delimitadas: la primera, de estudio descriptivo y analítico y la segunda de transcripción selectiva de los textos legales más importantes en cuanto a las relaciones concretas tratadas anteriormente.

En la primera parte, su apartado primero examina la situación legal del extranjero que viaja a España, de su estancia y de su regreso; el segundo,

recoge los tres aspectos sobre su residencia en España; el tercero trata las adquisiciones de los extranjeros en España; el cuarto lo dedica a las relaciones durante su estancia y el permiso de trabajo; el apartado cinco ve las industrias particulares españolas y su comercio con los extranjeros; el seis expone la legislación fundamental española sobre inversiones extranjeras; el siete sobre, el Registro para las inversiones extranjeras; el ocho, de las participaciones mayoritarias en las grandes inversiones; el diez, sobre las filiales en España; el once, de las inversiones inmobiliarias en España; el doce, sobre las transferencia de tecnología extranjera en España; el trece, las repatriaciones de las inversiones extranjeras y de sus ganancias en España; el catorce, de las subvenciones y beneficios fiscales para la elección y localización de industrias en España; el quince, sobre la exposición de la normativa más importante en cuanto a las materias que tratan las inversiones y la domiciliación de los extranjeros y, por último, el dieciséis, en colaboración con el prestigioso Abogado Von Schiller, se hace una breve exposición de la normativa fiscal española más importante; el apartado diecisiete concluye con una relación bibliográfica de las obras alemanas y españolas más fundamentales sobre las materias tratadas. La segunda parte de esta obra hace la transcripción traducida de la normativa española referente a las materias y cuestiones analizadas en la primera parte, concluyéndose esta obra, bien sistematizada y seleccionada, con un índice alfabético de materias, lo que supone una gran ayuda y utilidad para la búsqueda de un aspecto concreto.

José BONET CORREA

**MARTIN TIMON, Manuel: «Embargos y tercerías de la Hacienda Pública».**  
**Instituto de Estudios Fiscales. Ministerio de Hacienda, 1978, 198 páginas.**

## I

El Instituto de Estudios Fiscales edita la presente obra en su colección «Cuadernos de jurisprudencia tributaria», siendo su título completo, más explícito que el impreso en la portada: «Concurrencia de embargos, tercerías y procesos de ejecución general con intervención de la Hacienda Pública». Con ello pueden ya señalarse dos notas características del trabajo: la atención prioritaria dedicada a exponer los criterios jurisprudenciales (utilizado el término «jurisprudencia» en sentido amplio), y su relativa separación de lo que constituye materia propia del Derecho Civil.

En general el procedimiento administrativo de apremio es uno de los sectores del Derecho Financiero menos estudiado doctrinalmente, a pesar de los numerosos problemas que su constante aplicación acarrea; la penuria doctrinal es todavía mayor en relación con el tratamiento de las garantías de los créditos tributarios y su concurrencia con aquellos cuya titularidad

recoge los tres aspectos sobre su residencia en España; el tercero trata las adquisiciones de los extranjeros en España; el cuarto lo dedica a las relaciones durante su estancia y el permiso de trabajo; el apartado cinco ve las industrias particulares españolas y su comercio con los extranjeros; el seis expone la legislación fundamental española sobre inversiones extranjeras; el siete sobre, el Registro para las inversiones extranjeras; el ocho, de las participaciones mayoritarias en las grandes inversiones; el diez, sobre las filiales en España; el once, de las inversiones inmobiliarias en España; el doce, sobre las transferencia de tecnología extranjera en España; el trece, las repatriaciones de las inversiones extranjeras y de sus ganancias en España; el catorce, de las subvenciones y beneficios fiscales para la elección y localización de industrias en España; el quince, sobre la exposición de la normativa más importante en cuanto a las materias que tratan las inversiones y la domiciliación de los extranjeros y, por último, el dieciséis, en colaboración con el prestigioso Abogado Von Schiller, se hace una breve exposición de la normativa fiscal española más importante; el apartado diecisiete concluye con una relación bibliográfica de las obras alemanas y españolas más fundamentales sobre las materias tratadas. La segunda parte de esta obra hace la transcripción traducida de la normativa española referente a las materias y cuestiones analizadas en la primera parte, concluyéndose esta obra, bien sistematizada y seleccionada, con un índice alfabético de materias, lo que supone una gran ayuda y utilidad para la búsqueda de un aspecto concreto.

José BONET CORREA

**MARTIN TIMON, Manuel: «Embargos y tercerías de la Hacienda Pública».**  
**Instituto de Estudios Fiscales. Ministerio de Hacienda, 1978, 198 páginas.**

## I

El Instituto de Estudios Fiscales edita la presente obra en su colección «Cuadernos de jurisprudencia tributaria», siendo su título completo, más explícito que el impreso en la portada: «Concurrencia de embargos, tercerías y procesos de ejecución general con intervención de la Hacienda Pública». Con ello pueden ya señalarse dos notas características del trabajo: la atención prioritaria dedicada a exponer los criterios jurisprudenciales (utilizado el término «jurisprudencia» en sentido amplio), y su relativa separación de lo que constituye materia propia del Derecho Civil.

En general el procedimiento administrativo de apremio es uno de los sectores del Derecho Financiero menos estudiado doctrinalmente, a pesar de los numerosos problemas que su constante aplicación acarrea; la penuria doctrinal es todavía mayor en relación con el tratamiento de las garantías de los créditos tributarios y su concurrencia con aquellos cuya titularidad

corresponde a particulares (1). Esta situación hace realmente necesaria la elaboración de obras que clarifiquen las cuestiones, sobre todo deslindando los procedimientos o actos de distinta naturaleza reunidos, que dificultan extraordinariamente, no ya la solución, sino incluso la apreciación de los conflictos. En efecto, las incidencias que pueden surgir en el apremio administrativo exigen atender a normas de varia naturaleza: tributarias, administrativas, procesales, civiles, hipotecarias, mercantiles..., y dan lugar a la intervención de una variedad de órganos distintos.

La complicación de la materia a que nos venimos refiriendo se manifiesta claramente en la pluralidad de fuentes de la doctrina jurisprudencial (también entendido en un sentido muy amplio) utilizada en la obra que se reseña: Sentencias del Tribunal Supremo, tanto Sala de lo civil como las de lo contencioso-administrativo, Decretos resolutorios de cuestiones de competencia (que plasman generalmente la doctrina del Consejo de Estado), Resoluciones del Tribunal económico-administrativo Central y Ordenes del Ministerio de Hacienda resolviendo reclamaciones previas en vía gubernativa.

## II

El trabajo de Martín Timón va a paliar en cierta forma esa penuria doctrinal antes aludida (2), y especialmente por la claridad y criterio sistematizador con que aborda cada uno de los tres temas básicos a que se refiere, supone un punto de partida fundamental para ulteriores tratamientos aún más especializados.

El autor, Abogado del Estado en la Dirección General de lo Contencioso del Estado, se encuentra, lo reflejan las páginas del libro, no sólo al corriente de la elaboración doctrinal de los temas, sino también, y es lo que agradece especialmente el lector, de las más recientes decisiones jurisprudenciales, sin perjuicio de que en notables ocasiones critique con dureza tesis que, por lo reiteradas, han adquirido la consideración de tradicionales.

## III

La obra se estructura en tres partes bien diferenciadas, correspondientes a su título (conurrencia de embargos, tercerías procesos de ejecución general), de muy desigual extensión y unificadas por la intervención de la Hacienda Pública en todos los procesos.

---

(1) La bibliografía sobre esta materia ha sido recogida en el trabajo de A. Martínez Lafuente: «Bibliografía de Derecho Tributario (Parte General)», perteneciente a la obra Estudios de Derecho Tributario, volumen II. Instituto de Estudios Fiscales, 1979. Véanse especialmente las páginas 1684 y 1704; además el libro de A. Molina García: «La prelación de créditos del Estado». Edit. Montecorvo, S. A., 1977.

(2) Las últimas realizaciones doctrinales en esta materia han sido comentadas por J. Solchaga Loitegui: «Extinción de la deuda tributaria y procedimiento recaudatorio; aportaciones recientes al tema», en Crónica Tributaria núm. 27/1978, págs. 129 y sig.

1. Después de una breve «presentación», que cumple adecuadamente con su misión, introduciendo y localizando las materias y ramas jurídicas que se abordarán en el cuerpo de la exposición, el autor plantea los problemas que surgen en caso de duplicidad de embargos ordenados por órganos de distinta naturaleza (administrativos y judiciales), en especial el referente a la preferencia procedimental, resuelto tradicionalmente con el planteamiento de una cuestión de competencia (impropia). El criterio, utilizado en los Decretos de competencias, de atender a la fecha respectiva de los embargos, parece aceptable, por lo menos a efectos prácticos; sin embargo, el de considerar la fecha de inscripción de la hipoteca, cuando un crédito con ella garantizado concurre con el embargo administrativo, desborda claramente el concepto y naturaleza de ambas figuras jurídicas. Tal como se destaca por Martín Timón los momentos homogéneos a los que debería atenderse son los del embargo y la iniciación del procedimiento judicial o la adopción de las medidas previstas en la regla 6.ª del artículo 131 de la Ley Hipotecaria, respectivamente.

2. La segunda parte, más extensa, se encuentra destinada al estudio de las tercerías que surgen como una incidencia del procedimiento administrativo de apremio.

El detenido tratamiento de los requisitos generales (subjetivos, objetivos y formales) del proceso civil en que las tercerías se resuelven da lugar al planteamiento de importantes cuestiones, destacando las referentes a la legitimación para el ejercicio de la acción (en casos singulares, como quiebra o comunidad de bienes) y la naturaleza y funcionalidad de la reclamación previa en vía administrativa (sus relaciones con el acto de conciliación y las consecuencias de su omisión).

El examen especial de cada uno de los tipos de tercerías (de dominio y de mejor derecho) se realiza de modo sistemático y completo, exhaustivamente, detallando y distinguiendo con precisión los distintos problemas y situaciones que pueden surgir, y de hecho se producen, como lo evidencia la abundante jurisprudencia que el autor utiliza.

La asimilación de la tercería de dominio a la acción reivindicatoria, realizada por el Tribunal Supremo, conduce a distinguir los tres requisitos básicos que, para el ejercicio de ésta, se exigen: título, identificación y posesión por el demandado. El título que ostente el tercerista admite muy variadas formas e igualmente su debida prueba. Martín Timón, al hilo de numerosa jurisprudencia, plantea el supuesto de que conste en documento público, en documento privado o que deba ser objeto de otro medio probatorio, así como su eficacia. Son objeto de tratamiento especial los siguientes posibles títulos: sometidos a condición suspensiva, compraventa, promesa de venta, opción de compra, permuta, dación en pago y cesión de bienes, contrato de distribución de película cinematográfica, adjudicación en procedimiento judicial, compraventa con reserva de dominio, «leasing», aportación social, bienes gananciales, bienes parafernales y sus frutos, caso de separación de bienes en el Derecho catalán, transmisión hereditaria, posesión de bienes muebles y, por fin, el supuesto de embargo del derecho de traspaso.

Merece ser comentada especial y separadamente la posibilidad de que la mujer casada interponga tercería de dominio en caso de embargo de bienes gananciales para la ejecución de obligaciones contraídas por el marido. En este punto Martín Timón acepta el criterio repetido por la jurisprudencia de que hasta la disolución y liquidación de la sociedad de gananciales la mujer sólo ostenta un derecho expectante sobre los bienes de ésta, careciendo por tanto de título bastante para ejercitar la acción reivindicatoria en que consiste la tercería de dominio.

La tesis contraria ha sido defendida principalmente por J. Puig Brutau (3), siendo no sólo más progresiva y concorde con la realidad social actual, sino también más adecuada con la naturaleza de la sociedad de gananciales y el papel que en ella corresponde a los cónyuges. Lo que ocurre, como acertadamente destaca el autor citado, es que la resolución que adopte el juzgador estará condicionada por la forma como el problema haya sido planteado en la demanda que interpuso la tercería (esto es lo que ha ocurrido también ante el Tribunal Supremo).

La tercería está condenada al fracaso si la mujer pretende reivindicar la mitad que en los bienes gananciales embargados le corresponde; pero hay que entender que debe prosperar si la mujer ejercita la acción en interés de la sociedad de gananciales, dada la pasividad del marido, para sostener que ciertos bienes integrantes del patrimonio de ésta no están sujetos a responder de la obligación que se ejecuta. Como se advierte, la situación es totalmente distinta, pues la mujer no reclama para sí, sino que actúa como órgano de la sociedad de gananciales y en beneficio de ésta, defendiendo su patrimonio en defecto de la actuación del marido, lo cual supone simplemente extender a esta peculiar comunidad el régimen exigido por nuestro Alto Tribunal para el ejercicio de acciones por copropietarios (4).

---

(3) Primero en su trabajo «Tercería de dominio sobre bienes gananciales», publicado en la Revista de Derecho Privado, mayo 1963, págs. 419 y siguientes; luego en su obra «Fundamentos de Derecho Civil», tomo IV, volumen 1.º. El matrimonio y el régimen matrimonial de bienes. Bosch, 1967, págs. 716 y sigs., en los que da cuenta de criterios semejantes defendidos por González Enríquez, Reyes Monterreal y A. de Cossío. También J. L. Lacruz parece últimamente aceptar esta tesis, véase «Derecho de Familia», volumen I (en colaboración con F. Sancho Rebullida). Bosch, 1978, págs. 241 y 242.

(4) La jurisprudencia surgida sobre este tema hasta 1963 ha sido exhaustivamente estudiada por J. Puig Brutau en los lugares citados en la nota anterior. Además pueden tenerse en cuenta las Sentencias siguientes: 24 de septiembre de 1963, 27 de mayo de 1968 y 30 de abril de 1970 (desestimatorias de la tercería, pero por cuestiones distintas de la que nos ocupa), 13 de mayo de 1971 (estimatoria), 20 de noviembre de 1971 (sobre Derecho vizcaíno), 11 de abril de 1972 (también desestimatoria, repitiendo las tesis sentadas en la de 23 de enero de 1958) y 14 de noviembre de 1978 (relativa al Derecho aragonés).

Es preciso señalar que en ninguna de estas resoluciones se plantea la cuestión tan estricta y limpiamente como en la sentencia de 13 de enero de 1916; es además ordinario que se plantee la tercería en relación con la aplicación del art. 1.386 del Código Civil, regulador de la responsabilidad de los frutos de bienes parafernales, aunque esto último no suponga relativizar su significado por no existir diferencia en su naturaleza.

Problema común en las tercerías de dominio es el relativo a la eficacia del título invocado por el tercerista cuando es de fecha anterior a la anotación preventiva del embargo. Las varias situaciones que pueden darse, detalladas debidamente en la obra a que nos referimos, han sido resueltas por la jurisprudencia aplicando un criterio ya afirmado, pero discutible (5), como es tener en cuenta sólo la eficacia civil de los títulos, prescindiendo de los principios hipotecarios (6).

Igualmente es destacable el estudio realizado de la posible oposición por el tercerista de títulos viciados, como son: el simulado, el otorgado en fraude de acreedores y por tanto rescindible, o el nulo, con especial referencia a los efectos de la inhabilitación establecida en el artículo 64 de la Ley de Contrabando.

En la parte dedicada a la tercería de dominio y como un apartado a ella referente realiza el autor un detallado y amplio examen de las garantías de los créditos tributarios; aspecto, a pesar de su importancia, poco elaborado doctrinalmente.

Tal vez las páginas dedicadas en este libro al artículo 71 de la Ley General Tributaria contengan la más clara exposición de las posibilidades que ofrece sobre el alcance de la prelación de los créditos de este tipo (sustancialmente coincidente era, en la legislación anterior, el art. 11 de la Ley de Administración y Contabilidad, de 1911): desde la Sentencia de 29 de noviembre de 1962 (tesis restrictiva, interpretando erróneamente el art. 130 del Estatuto de Recaudación, de 1948), a las críticas doctrinales y las últimas sentencias dictadas por órganos jurisdiccionales inferiores.

Aunque la obra que comentamos sólo la cita, dada su fecha, ofrece interés la Sentencia de 17 de marzo de 1978, pues parece marcar un tercer camino, además de los señalados, ya que si, por una parte, atiende sólo a la eficacia civil de los títulos, por otra señala como momento de nacimiento del crédito tributario el de realización del hecho imponible, conforme al artículo 28 de la Ley General Tributaria, relacionándose después con la fecha de la anotación preventiva de embargo a favor del acreedor concurrente con la Hacienda Pública (7).

---

(5) Una crítica razonada de la tesis tradicional ha sido formulada, en relación precisamente con los problemas recaudatorios, por R. Arozarena y Poves: «Los registros públicos de bienes ante los procedimientos recaudatorios», en *Crónica Tributaria*, núm. 17/1976, págs. 27 y sigs.

(6) El criterio jurisprudencial es aplicado constantemente; últimamente en la Sentencia de 31 de enero de 1978.

(7) En realidad la sentencia citada es muy confusa, sobre todo porque no se precisan en ella las fechas en que se devengaron los créditos tributarios que se declaran preferentes al derecho del ejecutante.

La cuestión surge de una tercería de mejor derecho ejercitada por el Estado en relación con un proceso ejecutivo seguido por un Banco para hacer efectivo un crédito escriturario (de fecha 6 de noviembre de 1970), habiendo sido anotado el embargo de una finca del deudor en 25 de abril de 1973.

Los créditos de la Hacienda derivan de los siguientes conceptos: Impuesto General sobre el Tráfico de las Empresas, multa por infracción de la Disciplina de Mercado, Impuesto Industrial, Impuesto General sobre la Renta de las Personas Físicas e Impuesto sobre el Lujo; este último, correspon-



Dos puntos destacan especialmente en el tratamiento de la llamada «hipoteca legal tácita»: los impuestos a que afecta y la determinación de cuáles son las anualidades garantizadas; concretándose finalmente el régimen de las posteriores a éstas, calificadas de «corrientes» (en la regla 19 de la Instrucción de Recaudación y Contabilidad, de 1969).

Este apartado se completa con las restantes garantías reguladas en la Ley General Tributaria, las consecuencias del comiso decretado por los Tribunales de Contrabando y el examen de los efectos de la interposición y resolución de la tercería de dominio.

La tercería de mejor derecho opuesta a la Hacienda Pública da lugar a situaciones muchas veces coincidentes con las ya señaladas. Debe señalarse el estudio de los privilegios concedidos por la Ley de Contrato de Trabajo y la de Relaciones Laborales a los créditos por salarios o conceptos sustitutos del mismo, distinguiendo los objetos a que la preferencia se refiere..

3. La última parte de la obra de Martín Timón se enfrenta con el problema de precisar la posición de la Hacienda Pública ante los procesos de ejecución general.

En los casos en que el deudor tributario sea declarado en concurso o quiebra la cuestión es muy semejante a la estudiada en la primera parte de la obra; es decir, se produce una concurrencia de procedimientos de ejecución que debe ser resuelta continuando la tramitación del que se encuentre más avanzado (los momentos a considerar en este caso son: la declaración judicial de quiebra o concurso y la anotación preventiva del embargo administrativo).

La solución tiene que ser totalmente distinta en los casos de tramitación de los procesos de suspensión de pagos o quita y espera, tal como expresa la regla 49 p. 2 de la Instrucción de Recaudación y Contabilidad. En efecto, el fin normal de estos procesos es la aprobación de un convenio entre el deudor y sus acreedores, en el cual se establezca una rebaja o aplazamiento de sus créditos. Esta situación, como muy bien advierte el autor, obliga a reconocer a la Hacienda Pública un especial derecho de abstención, porque los créditos que ostenta son indisponibles para ella (el artículo 39 de la Ley General Presupuestaria prohíbe la transacción sobre los derechos de la Hacienda, salvo que se autorice por Decreto acordado en Consejo de Ministros previo dictamen del Consejo de Estado en pleno) (8).

#### IV

Concluida la obra y como breve balance de su contenido ha de reiterarse el total acierto que supone su publicación. En un momento como el actual, en que la crisis económica da lugar a la proliferación de procedimientos de ejecución, judiciales y administrativos, son precisos estudios clarificadores:

---

diente al ejercicio 1973, es declarado no preferente al que determinó la anotación de embargo a favor del Banco.

(8) No es éste el criterio adoptado por la Dirección General de los Registros y el Notariado, que es criticada con acierto en el texto.

y completos, como el presente, que hagan luz en la impresionante confusión que la interrelación de aquéllos ocasiona.

Tal vez uno de los méritos fundamentales del libro sea el estudio sistemático de la doctrina jurisprudencial que, como se ha señalado, no siempre está en el buen camino. Esto y el tratamiento exhaustivo de las tercerías hacen de la obra de Martín Timón un instrumento indispensable para el estudio de los problemas recaudatorios.

PEDRO DE ELIZALDE Y AYMERICH

**ROTONDI, Mario:** "L'abuso di diritto. «Aemulatio»". Padova Cedom, Casa editoriale Dott. Antonio Milani, 1979. Págs. 234.

Desde 1848, resuenan en la mente de los juristas las ominosas palabras: "tres palabras de rectificación del legislador y bibliotecas enteras se convierten en papeles viejos" (1). Mucho se ha dicho y escrito para consolarse de lo perecedero de las obras jurídicas, mas nada más expresivo que el ejemplo que nos ofrecen los trabajos que perviven a pesar de sus años y cuyo perdurable interés hace que sean reeditados repetidas veces. Lo que se explica porque tratan o se refieren a la esencia misma del Derecho o a alguna de sus constantes, o bien porque nos muestran la evolución jurídica, las vicisitudes de las instituciones a lo largo del tiempo.

Ejemplo elocuente de lo dicho es el libro del que damos cuenta. La parte central y más extensa del mismo (págs. 11 a 220), viene a reproducir la tesis doctoral que el autor presentara a la Universidad de Pavia, allá por el año 1922; en aquella época, tan alejada de nosotros por el modo de vivir, que parece pertenecer a otro mundo. Y sin embargo, la obra tiene interés actual, tanto o más que cuando primero se publicó (2).

La obra consta de tres partes, de contenido y extensión muy desigual. La que lleva el título de "El abuso del derecho" se ocupa, en primer término, del concepto del abuso del derecho examinando críticamente las teorías de Dessarteux, Savatier, Saleilles y Josserand, entre otras de menor entidad. Continúa con un erudito recuerdo del abuso del derecho y la cuestión de los actos emulativos en el Derecho romano, en el Derecho intermedio, en el Derecho moderno, en la jurisprudencia italiana y en la francesa. Se pasa luego, complementando lo dicho sobre el concepto de abuso del Derecho, a examinar la teórica del abuso del derecho en la doctrina. Termina el estudio tratando del abuso del derecho y de los actos emulativos en el Derecho positivo italiano, entonces vigente, y de

(1) KIRSCHMANN, *Die Wertlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft*, p. 17. Traduzco por papeles viejos el término "Makulatur", aunque tiene el sentido más peyorativo de papeles de desecho o para ser tirados.

(2) En "Rivista di diritto civile", 1923, p. 105 y sig., p. 208 y sig., p. 416 y sig.

y completos, como el presente, que hagan luz en la impresionante confusión que la interrelación de aquéllos ocasiona.

Tal vez uno de los méritos fundamentales del libro sea el estudio sistemático de la doctrina jurisprudencial que, como se ha señalado, no siempre está en el buen camino. Esto y el tratamiento exhaustivo de las tercerías hacen de la obra de Martín Timón un instrumento indispensable para el estudio de los problemas recaudatorios.

PEDRO DE ELIZALDE Y AYMERICH

**ROTONDI, Mario:** "L'abuso di diritto. «Aemulatio»". Padova Cedom, Casa editoriale Dott. Antonio Milani, 1979. Págs. 234.

Desde 1848, resuenan en la mente de los juristas las ominosas palabras: "tres palabras de rectificación del legislador y bibliotecas enteras se convierten en papeles viejos" (1). Mucho se ha dicho y escrito para consolarse de lo perecedero de las obras jurídicas, mas nada más expresivo que el ejemplo que nos ofrecen los trabajos que perviven a pesar de sus años y cuyo perdurable interés hace que sean reeditados repetidas veces. Lo que se explica porque tratan o se refieren a la esencia misma del Derecho o a alguna de sus constantes, o bien porque nos muestran la evolución jurídica, las vicisitudes de las instituciones a lo largo del tiempo.

Ejemplo elocuente de lo dicho es el libro del que damos cuenta. La parte central y más extensa del mismo (págs. 11 a 220), viene a reproducir la tesis doctoral que el autor presentara a la Universidad de Pavia, allá por el año 1922; en aquella época, tan alejada de nosotros por el modo de vivir, que parece pertenecer a otro mundo. Y sin embargo, la obra tiene interés actual, tanto o más que cuando primero se publicó (2).

La obra consta de tres partes, de contenido y extensión muy desigual. La que lleva el título de "El abuso del derecho" se ocupa, en primer término, del concepto del abuso del derecho examinando críticamente las teorías de Dessarteux, Savatier, Saleilles y Josserand, entre otras de menor entidad. Continúa con un erudito recuerdo del abuso del derecho y la cuestión de los actos emulativos en el Derecho romano, en el Derecho intermedio, en el Derecho moderno, en la jurisprudencia italiana y en la francesa. Se pasa luego, complementando lo dicho sobre el concepto de abuso del Derecho, a examinar la teórica del abuso del derecho en la doctrina. Termina el estudio tratando del abuso del derecho y de los actos emulativos en el Derecho positivo italiano, entonces vigente, y de

(1) KIRSCHMANN, *Die Wertlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft*, p. 17. Traduzco por papeles viejos el término "Makulatur", aunque tiene el sentido más peyorativo de papeles de desecho o para ser tirados.

(2) En "Rivista di diritto civile", 1923, p. 105 y sig., p. 208 y sig., p. 416 y sig.

la regulación deseable "de jure condendo". Concluye el autor diciendo que la obra del jurista debe ser sabiamente, celosamente, decididamente conservadora; entiende oportuno, "de jure condendo", la prohibición de los actos emulativos, pero no la introducción de una disposición que prohibiere de modo genérico el abuso del derecho.

Se recoge, como complemento de lo ya dicho en la tesis de 1922, un trabajo posterior sobre la "aemulatio" (págs. 221-234) (3).

Como prefacio, comienza el libro con unas pocas páginas de introducción (págs. 5-9); las que me parecen de muy especial interés, pues a mi juicio muestran una evolución importante del pensamiento del autor. El abuso del derecho se explica por la existencia de un principio de Derecho por el que se reacciona contra determinado uso del derecho subjetivo, por objeciones de carácter ético. Sería uno de los mecanismos por los cuales se trata de adecuar el Derecho preconstituido a las exigencias de una mayor justicia abstracta, que por ser abstracta e ideal no es ya Derecho positivo sino sentimiento ético.

R.

---

(3) Publicado en el volumen *Per il XIV Centenario della Codificazione di Giustiniano*, Pavía, 1934, pp. 861 y sig.

**ESPIN CANOVAS, Diego: "Titularidad dominical y criterios para la fijación de la cuota de participación en la propiedad horizontal". R.D.P., enero 1978, págs. 1053 y ss.**

Un trabajo muy claro y exento de pretensiones de tipo científico, o al menos, eso es lo que parece con su acostumbrada sencillez, el autor.

Diez apartados distintos son los que nos llevan a dar esta opinión y que hacen que el trabajo se lea con avidez y que evidentemente nos lleva a una opinión afirmativa. En efecto, el inicio del estudio se refiere a las diversas funciones que desarrolla la cuota de participación en la propiedad horizontal. E igualmente el autor señala las diversas referencias que la ley hace a la cuota de propiedad horizontal. Las funciones que la cuota desempeña son, entre otras, las siguientes: hace participar al propietario en la proporción resultante de la misma, participar en los beneficios y cargas comunes en la proporción resultante de la misma, participar en la formación de la mayoría de intereses en los acuerdos de la Junta, siempre en proporción a la cuota, etc. En cuanto a la fijación de la cuota, el autor afirma que ni el código ni la ley expresan de modo claro y terminante el criterio a seguir para la atribución de la participación en esta forma de propiedad. No obstante, el artículo 3.º, apartado 2 y el 5, apartado 2, señalan y admiten unos criterios, al menos orientadores en la materia, que pueden servir de aplicación para los más exigente. Cabe admitir, según el autor, la existencia de dos cuotas de participación a los distintos efectos que estamos considerando.

Dedica los apartado tercero, cuarto y quinto de su trabajo a determinar el examen del viejo artículo 396 del Código civil, la valoración de los pisos para la fijación de la cuota y el criterio de utilización de los servicios para la fijación de la misma.

En el campo del Derecho comparado, se hace una referencia a la legislación italiana, especialmente a la Ley de 15 de enero de 1934 y a las normas hoy codificadas, artículos 1.100 a 1.116 y 1.139.

Más adelante y en apartado separado, se estudian las normas y criterios del Derecho francés y del portugués, para adentrarse seguidamente en el examen que el autor propone de ¿unidad o pluralidad de cuotas de participación? Siguiendo a Batlle en lo tocante al tema se manifiesta partidario de que se puedan establecer las dos cuotas, una, para el coste de los servicios, otra, para la participación dominical. Finalmente, el estudio y trabajo termina con la materia relativa a la inalterabilidad de la cuota de participación y sus formas.

**HANS STOLL:** "La evolución del Derecho privado alemán durante el año 1975". R.D.P., enero 1978, págs. 1095 y ss.

El 15 de septiembre de 1975 entró en vigor la Ley de Reforma del Recurso de Revisión en Causas Civiles. Existe igualmente una nueva normativa en la regulación de los aranceles sobre costas judiciales, derechos de los agentes o ejecutores judiciales y la Ordenanza Federal de Honorarios de Abogados.

Dejando a un lado la parte relativa a congresos se han producido libros tales como el conmemorativo de los veinticinco años de existencia del Tribunal Supremo Federal. Otro titulado "Aportaciones al Derecho civil y al Derecho económico", donde se menciona con especial importancia el trabajo "Notas sobre la responsabilidad por culpa *in contrahendo*" de Larenz.

Libros homenaje existen, entre otros: el de Möhring, Esser, Ernst, J. Cohn y el de Alex Meyer "Aportaciones al estudio del Derecho aéreo y espacial".

Sobre el Código civil en conjunto: "Doctrina del método en la ciencia jurídica", de Larenz, la obra de Derecho comparado, de Fikenscher, en cuatro volúmenes "Exposición comparatista de métodos en el derecho". En cuanto a la parte general del BGB la obra de Flume sobre el "Negocio Jurídico", y la de Schlosser sobre "Protección del consumidor en una futura ley".

En la parte relativa al Derecho de obligaciones han aparecido obras como la de Leser, sobre "Desistimiento del contrato", los comentarios sobre la ley uniforme de la compraventa y un Derecho internacional de la compraventa de Stotter. Igualmente la obra de Wssow, titulada "Derecho de responsabilidad en los accidentes" y una titulada "Derecho de responsabilidad en los accidentes" y una titulada "Colección de resoluciones sobre responsabilidad del fabricante", la cual contiene un estudio y desarrollo completo sobre la responsabilidad por daños causados por productos o mercancías defectuosas.

En lo tocante a Derecho de familia el trabajo de Giesen, que recoge las reformas inglesa y canadiense, exponiendo con modo crítico la ley sobre reforma federal sobre separación matrimonial, y en cuanto al Derecho de Sucesiones, señala la aparición de dos manuales, uno de Brox y otro de Bartholomeyczik.

**VIDAL MARTINEZ, Jaime:** "Acerca de la naturaleza jurídica de la propiedad horizontal en el Derecho español". R.D.P., enero 1978, páginas 1064 y ss.

Una breve introducción en la que el autor sigue los criterios de Díez-Picazo y Gullón, cuando afirma que en este tema la doctrina ha seguido una triple actuación: configurar la naturaleza jurídica de la institución, delimitar el alcance de los órganos y de los estatutos y la competencia de los órganos de gestión y representación.

Centrándose propiamente con el tema, se ciñe como punto de apoyo al trabajo de Beltrán de Heredia sobre la comunidad de bienes, pasando por otros autores como Scialoja, Pelayo Hore, etc., y hace al mismo tiempo una breve interpretación histórica de la materia, pero todo ello con referencia especial a la comunidad de bienes.

Otro apartado es dedicado totalmente a la enumeración y exposición de autores y materias, pero esta vez con referencia a la propiedad horizontal como una comunidad especial.

En ambos apartados maneja con maestría los estudios de Cámara Alvarez, Garrido y Soto.

Los elementos comunes y los elementos privativos son el conjunto del apartado III del trabajo y a ellos dedica el autor todo el conjunto del mismo.

En este punto se hace especial mención de la figura del departamento procumunal, que según Sapena es "condominio de un piso o local en propiedad horizontal regulado en los estatutos del inmueble para el servicio o utilidad de los condueños".

La diferencia entre estos elementos comunes accidentales y los necesarios a que alude el artículo 396 del Código civil es innegable.

Tan es así que no se debe confundir desde el punto de vista del tracto ya que en el caso de venta de una parte indivisa sí existiría el mismo, pero no cuando se trate de un elemento privativo o propiedad particular, salvo que los estatutos dispongan otra cosa.

Una consideración general acerca de las limitaciones y obligaciones derivadas de la propiedad horizontal es el objeto de estudio del apartado IV.

Todas ellas están marcadas, según el autor, por la nota de complejidad.

Finalmente, el trabajo concluye con el examen de los órganos de la Ley de Propiedad Horizontal. Recoge la idea de Díez-Picazo en torno a que la ley ha querido plasmar un equilibrio entre la soberanía individual y la de grupo. La cuestión principal, a juicio del autor, es si estos órganos nacen de algo con personalidad jurídica o no, si forman parte de una representación colectiva, etc., etc.

**ALONSO PEREZ, Mariano:** "Acerca del matrimonio civil". R.D.P., febrero 1978, págs. 12 y ss.

Este trabajo parece ser un resumen del enviado por su autor al Libro-Homenaje del profesor Batlle.

Un primer epígrafe titulado "El matrimonio civil como forma universal y válida de unión conyugal", nos sirve a modo de introducción como primer escalón que nos ha de llevar a la conclusión final.

De su primera leída parece que en el futuro o acaso ya en el presente, el autor parece opinar que se van a celebrar muy pocos matrimonios canónicos, la verdad es que lamentamos disentir de esta afirmación, pues creemos que a pesar de los pesares, el verdadero matrimonio para

los católicos es el canónico. Otra cosa es que los que no profesen esta religión contraigan otra forma.

No nos sirven los argumentos de que España va a la zaga de otros países en materias como economía, política, ideologías, etc., son los consabidos tópicos que a nada conducen. El matrimonio es algo más serio que todo eso, a nuestro parecer al menos.

Es cierto que hay dos potestades, pero si ambas van de consuno, no vemos que hay ningún inconveniente que a cualquier clase de matrimonio religioso se le reconozcan plenos efectos civiles.

Son muy dignas de tener en cuenta las opiniones del autor, y la de los canonistas Díaz Moreno y otros, y en especial su comentario particular del Evangelio.

La defensa que realiza del matrimonio civil es realmente encomiable y en cuanto institución especial y sustitutiva estamos plenamente de acuerdo. La afirmación de que el matrimonio civil es la única fórmula que ofrezca el Estado a sus súbditos es válida a medias, a pesar de su digna argumentación, porque para los católicos no sirve, falta la idea de sacramento vital para ellos.

La gestación histórica del matrimonio civil es el apartado III de este brillante estudio y se compone de dos partes: una que se dedica a señalar el carácter religioso del matrimonio hasta el siglo XVI, y la otra, en que señala la evolución histórica del matrimonio civil desde la reforma protestante hasta la Codificación.

El epígrafe IV, con el que concluye este, por lo demás documentadísimo estudio, se dedica al examen del matrimonio civil en España. Dentro de él se hace especial mención de la Ley de Matrimonio Civil de 1870, los vaivenes a que ha estado sometido el artículo 42 del Código civil, el paréntesis de la Ley de 28 de junio de 1932 y la conclusión final del autor, en la que aboga por la reforma del citado artículo 42 del Código civil para adaptarlo a la legislación europea que admite el matrimonio civil, bien como obligatorio, bien como facultativo, en bien de la independencia mutua de ambas potestades.

**ALBALADEJO GARCIA, Manuel:** "La enajenación de la herencia en el Derecho español. R.D.P., febrero 1978, págs. 1 y ss.

El sumario de este trabajo, que el autor dedica a la promoción de sus alumnos de 1947-52 de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada, comprende dos apartados bien definidos: el dedicado al Derecho común y el que se refiere al Derecho regional navarro.

Por lo que atañe al primero, va desgranando en cada párrafo a modo de requisitos, así señala que en Derecho común la venta ha de ser posterior a la muerte del causante, la enajenación puede realizarse por cualquier acto de los que en Derecho de obligaciones, aunque el Código, desde el punto de vista del Derecho positivo, sólo se ocupa de la figura de la venta. Por otro lado, la forma de la venta es libre y no precisa de



ninguna forma solemne, sino que puede otorgarse en la que las partes quieran.

Lo que el vendedor transmite no es ni su cualidad de heredero, por ser personalísima, ni derechos económicos, sino simplemente los bienes que recibió de éste. Ahora bien, la transmisión se produce como integrante de un conjunto y como consecuencia de ello cada componente de ese conjunto necesita para ser transferido que se cumplan las exigencias legales prescritas para su eficacia.

Posteriormente desarrolla lo relativo a los incrementos y nuevos rendimientos producidos por los bienes mientras hayan estado en su poder o hasta el momento de la venta. Así se estudian cuotas acrecidas y legados absorbidos por la herencia, con breve referencia al artículo 266 de la Compilación Catalana, donde el acrecimiento se da en favor del comprador, y mención especial de la posesión civilísima.

La cuota recibida por sustitución vulgar origina su opinión especial teniendo en cuenta el momento en que se haya realizado la venta, e incluso afirma que en la venta se debe encontrar comprendido lo que se haya recibido por colación.

Concluye este apartado con lo referente a deudas y responsabilidad del heredero según el artículo 1.531.

El Derecho foral navarro por su parte regula la cesión y no sólo la venta, la forma es "ad solemnitatem" en escritura pública. El cesionario de la herencia no adquiere la condición de heredero y el contenido de la cesión es señalado en la ley 328 de la Compilación. en cuanto a las deudas y cargas hereditarias responden solidariamente el cedente y el cesionario, sin perjuicio del derecho de reembolso en favor del primero. Los coherederos tienen derecho de retracto y termina el estudio con la visión de la cesión de la cuota de legatario de parte alicuota.

**ARIZA GALIOT, José: "Duración de los arrendamientos de fincas rústicas". R.D.P., marzo 1978, págs. 135 y ss.**

Con el título de notas introductorias da comienzo este estudio, y dentro de éste se enumeran los supuestos de arrendamientos rústicos que se encuentran fuera de la regulación de los textos especiales, dedicando especial atención a los casos en que se celebren contratos entre parientes dentro de la gama variada del número 3 del artículo 1.º del Reglamento de 29 de abril de 1959.

La parte segunda de este trabajo se dedica con visión práctica a examinar la duración normal de los arrendamientos rústicos, si bien se enumeran las especialidades más típicas de los mismos. La duración normal será de seis años o de tres, según que la renta sea igual o superior o menor de cinco mil pesetas anuales. Tratándose de fincas cuyo aprovechamiento sea el ganadero el mínimo será de tres años.

Se hace el estudio de las excepciones a esta norma, constituidas principalmente por los aprovechamientos forestales. Igualmente se enumeran la obligatoriedad y renunciabilidad de los plazos mínimos, así como los

llamados aprovechamientos secundarios y los contratos formalizados por los padres o tutores.

Un tercer apartado se dedica a examinar la correlación entre los plazos mínimos legales y la cuantía de la renta, en especial la figura de la novación. La Sentencia de 8 de octubre de 1952, sanciona la cuestión de su no nulidad aún en el caso de que se aumente la renta "a posteriori", declarando que la duración del contrato será en todo caso la primitiva. Pero ha de entenderse que ello ocurrirá según los casos; examina igualmente el supuesto en que se haya producido el aumento o disminución de la renta por revisión judicial. El último apartado se dedica al examen de las prórrogas al plazo mínimo legal, señalado anteriormente. La prórroga en los casos de renta igual o superior a 5.000 pesetas es de seis años, a petición del arrendatario. Los inferiores a esa cantidad tienen una prórroga, según el autor, de quince años. Cuestión la de esta duración que no tiene el sentir unánime de la doctrina.

Con el examen de la prórroga obligatoria en los arrendamientos protegidos, especialmente protegidos, los contratos de arrendamientos de fincas cuya explotación sea pecuaria y los arriendos exceptuados del derecho a prórroga se da fin al trabajo, no sin antes hacer una breve referencia a la notificación del ejercicio de la prórroga y los contratos exceptuados del aviso de prórroga.

**SANTOS BRIZ, Jaime:** "La responsabilidad del Presidente de la comunidad de propietarios y del administrador: sus matices y alcance respectivo". R.D.P., marzo 1978, págs. 123 y ss.

Tres grandes apartados contiene el presente estudio, a cada cual más interesante y sobre todo de una gran aplicación práctica. Creo, incluso, que es la primera vez que se trata esta materia con la amplitud y claridad que merece.

La primera parte del estudio se dedica a una introducción acerca de la responsabilidad en general y sus clases. No obstante, y a pesar de ser la que se trata de pasada, se pueden sacar una serie de consecuencias prácticas verdaderamente importantes. En efecto, la responsabilidad es personal, pero se hace efectiva sobre el patrimonio de los obligados; tesis que es compartida en principio por el artículo 1.911 del Código civil.

La segunda parte es completísima en lo tocante al presidente de la comunidad. Va desde el artículo 12 de la Ley de P. H., el cual sienta como principio cuasi sacramental el que "éste representará en juicio y fuera de él a la comunidad en los asuntos que la afecten". De ahí saca el autor, juntamente con otros preceptos del Código civil, las siguientes conclusiones:

1.º Que son aplicable las normas de responsabilidad del mandatario señaladas para esta figura jurídica.

2.º Tiene responsabilidad en casos particulares, como los que se derivan del artículo 1.101, siempre que se cumplan los requisitos que en él se exigen.

Dentro de esta segunda hipótesis, el autor distingue a su vez los casos de obras del artículo 7.º de la ley, el caso del artículo 1.910 del Código civil, si bien con algunas restricciones, aduce asimismo que es mayor la dificultad de esta responsabilidad en los casos de daños por ruina del edificio o por falta de reparación del mismo, según el artículo 1.907.

Es original y muy práctica la tesis del autor en cuanto a los daños y reparaciones, de acuerdo con los artículos 1.591 y 1.909, como igualmente la responsabilidad por culpa "in vigilando" del presidente respecto de los actos realizados por el administrador, excluyendo, con buen criterio, la responsabilidad subsidiaria del mismo respecto de los delitos que en el desempeño de sus funciones pueda cometer el administrador.

El estudio de la responsabilidad penal y gubernativa del presidente se estudia principalmente a través de los artículos 306 y 307 del Código penal, así como la derivada de las Ordenanzas Municipales en cuanto a limpieza.

El estudio concluye con el examen de la responsabilidad civil del administrador en cuanto tal y en cuanto administrador de la comunidad constitutiva de la propiedad horizontal.

**DE LOS MOZOS, José Luis: "El modo como elemento accesorio de la voluntad negocial". R.D.P., abril 1978, págs. 223 y ss.**

Afirma el autor en la primera parte de este estudio que la concepción que predomina sobre el modo es la de elemento accidental o cláusula del negocio que se presenta, únicamente, en los actos de liberalidad o negocios a título gratuito.

El Código civil español se halla influido claramente por las Partidas y, consecuentemente, por el Derecho romano de recepción. La diferenciación entre el modo y las figuras más o menos afines, la realiza el autor con las figuras del simple consejo, de la contraprestación, de la condición tanto suspensiva como resolutoria, de las antiguas donaciones "ob causam" cuya supervivencia todavía se manifiesta en algunos efectos reflejos de su disciplina en el Derecho moderno igualmente, de los motivos, ya que éstos en cuanto tales son jurídicamente irrelevantes, de las disposiciones fideicomisarias y de la llamada presuposición.

Por lo que atañe a los elementos y requisitos, el autor sigue al maestro Castán y señala los de obligatoriedad, gratuidad y accesoriedad. Al decir del autor, en este tercer requisito es donde se plantea alguna duda debido a que surge la relación entre liberalidad y modo.

Los efectos del modo, según el autor, en la misma línea anterior de seguir a Castán, son, como efecto fundamental y más propio: la obligación de cumplimiento y como efecto secundario o subsidiario se concede la posibilidad de la revocación de la disposición principal en caso de incumplimiento del modo.

Cabe, en fin, pedir también una indemnización de daños y perjuicios, cuando el gravamen fue impuesto a favor de terceras personas, por aplicación analógica del artículo 1.257 del Código civil.

Dedica una especial parte a la consideración del modo testamentario para seguidamente detenerse en el estudio de las donaciones modales, cuya especialidad más característica tiene lugar cuando el beneficiario del modo puede ser no sólo el donatario o un tercero, sino también el propio donante.

En el apartado de otros negocios "cum modo", se enumeran la renta vitalicia, la pública promesa, y en algunos contratos gratuitos, inclinándose el autor por la solución negativa en el caso del mandato.

Concluye su trabajo con el examen del modo y el Registro de la Propiedad, afirmando la posibilidad de su acceso al mismo, en base a los artículos 37, 51, regla sexta y artículo 2.º de la Ley y Reglamento Hipotecarios.

**PUIG FERRIOL, Luis:** "Cuestiones en torno al domicilio de las personas". R.D.P., abril 1978, págs. 235 y ss.

Un trabajo práctico y coherente en torno al tema del domicilio que, acaso por su pretendida facilidad en torno al mismo, estaba necesitado de ciertas aclaraciones que, desde luego, realiza el autor.

Tres grandes grupos o partes son tratados por el mismo: el concepto del domicilio, la adquisición del mismo y su prueba.

Por lo que atañe al primero y bajo un prisma teórico, pero acompañado de copiosa jurisprudencia, se nos hacen las siguientes conclusiones: En primer término se parte de la cuestión anterior al Código civil en cuanto a ciertas distinciones, como vecinos y moradores, la diferenciación existente entre domicilio y vecindad, se pasa por la época codificadora, donde se advierte la influencia francesa de los artículos 173 y 174 del Código civil francés, la diferencia entre domicilio y vecindad, que aparece también en el Proyecto de 8 de marzo de 1851, etc., etc.

En esta evolución también se detiene en la Ley de Enjuiciamiento Civil e incluso en la Ley Municipal de 2 de octubre de 1877, todo lo cual, a juicio del autor, hace que se pueda dar una primera noción del domicilio en Derecho español de acuerdo con el artículo 40 del Código civil.

Como nota curiosa, precisa igualmente, el concepto de la palabra lugar de acuerdo con el Reglamento del Registro civil y preceptos concordantes del Código, como son el 203, 293, 297, 681 y 1.171.

La adquisición del domicilio o segunda parte del estudio se encuentra toda ella adobada de referencias de contenido jurisprudencial que van desde la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de noviembre de 1898 hasta la de 4 de mayo de 1977, relativa ésta a un caso de domiciliación de un testigo en testamento otorgado en Cataluña, donde no es necesario tal requisito. En toda esta jurisprudencia se observa una fluctuación entre el ánimo intencional o "animus manendi", exigiéndolo en determinados casos y no siendo necesario en otros.

Por lo que respecta a la prueba del domicilio, exige ésta, en opinión

del autor, acreditar que se reside en un determinado lugar y que esta residencia tiene el carácter de habitual.

No obstante, su opinión sobre ello, en el momento actual, es que se trata de un caso en nuestro derecho, en que se admite la prueba libre y que la residencia habitual de la persona puede probarse y acreditarse por medio de la correspondiente prueba documental, testifical o incluso la de indicios. Corrobora esta opinión otra serie de sentencia en que se recoge el resumen de la idea mantenida por el autor.

**O'CALLAGAN MUÑOZ, Xavier: "La prodigalidad como institución de protección a la legítima". R.D.P., abril 1978, págs. 253 y ss.**

Comienza con el examen de las teorías acerca de la naturaleza jurídica de la institución, señalando su equiparación, en un primer momento, principalmente en el Derecho romano, al enajenado mental, para más adelante señalar la tesis germánica de protección a la comunidad y al sujeto; otras legislaciones, como la inglesa, argentina y mejicana, desconocen totalmente la figura de la prodigalidad. En nuestro derecho la mayoría de los autores estudian esta figura dentro de la capacidad y estado civil de las personas.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo no se pronuncia expresamente, lo que no deja de ser lógico, a juicio del autor, sino que sus sentencias matizan el concepto que no da el Código civil y destaca los requisitos para su declaración.

El tema que da título al trabajo se estudia en el apartado III del mismo, afirmando que la normativa relativa a la legítima es derecho imperativo y la voluntad contraria del causante no puede prevalecer contra la misma; la intangibilidad de la legítima se impone sobre la voluntad del causante. Así, sólo en el caso de que el presunto pródigo tenga legitimarios, puede darse la declaración de prodigalidad; todas las teorías y sentencias quedan vacías si no existen legitimarios.

Los sujetos desde el punto de vista del sujeto activo y pasivo, y las situaciones especiales del sujeto pasivo, son estudiados a continuación. El procedimiento, a tenor del artículo 221 del Código civil ha de ser en juicio contradictorio, lo que debe entenderse como juicio declarativo y de acuerdo con el 483 de la LEC el ordinario de mayor cuantía.

La prodigalidad produce unos efectos de tipo personal; entre ellos, personales propiamente dichos y familiares, y otros de contenido económico-patrimonial, con la especial nota del artículo 225 del Código, después de la reforma de 2 de mayo de 1975 e, igualmente, surten unos efectos procesales, así como la constitución de la tutela y los efectos registrales correspondientes, tanto en el Registro Civil como en el de la Propiedad.

La sanción de los actos del pródigo realizados en contravención, o respecto de los cuales él mismo no tiene capacidad, son y pueden estar subsistentes mientras no se ejercite la acción de nulidad correspondiente en el oportuno juicio declarativo.

Finaliza el estudio objeto de este comentario con la retroactividad de los efectos de la declaración de prodigalidad y la extinción de la misma, que debe llevarse a cabo según el juicio ordinario de mayor cuantía, en el que intervendrá el Ministerio Fiscal por vía de informe.

**GARCIA AMIGO, Manuel: Ley alemana occidental sobre condiciones generales". R.D.P., mayo 1978, págs. 384 y ss.**

El autor, que es especialista en materia de condiciones generales de los contratos, examina en el presente trabajo esta ley alemana, que entró en vigor el 1 de abril de 1977.

Hasta ahora, en Alemania el problema de las condiciones generales de los negocios había sido estudiado intensamente por la doctrina, desde la obra clásica de Reiser hasta la reciente de Weber. Por su parte, la jurisprudencia del Tribunal Supremo alemán, antes y sobre todo después de la Segunda Guerra Mundial, es abundantísima, amparándose sobre todo en el artículo 242 del BGB, declarando nulo el contrato o las cláusulas excesivamente onerosas, cuando la empresa que está en situación de monopolio es la que aplica las mismas.

Formalmente, la ley consta de treinta artículos, distribuidos en cinco capítulos.

La segunda parte del trabajo se dedica a hacer una exposición artículo por artículo para luego realizar a guisa de comentario breve pero enjundioso del tema.

Así, a título de ejemplo, se determina el concepto en el artículo 1.º, después las condiciones generales pasan a formar parte integrante del contrato, pero no así las llamadas condiciones sorprendentes, que son aquellas que no sean habituales atendidas las circunstancias, especialmente a tenor de la presentación externa del contrato, de forma que el otro contratante no cuenta con ella y que no devendrán parte del contrato.

Se da una preferencia por los pactos elaborados individualmente y las cláusulas dudosas se resuelven en perjuicio de quien las utilizó.

Se señala con carácter cuasi sacramental la prohibición de eludir la ley y se establece un control al contenido de las cláusulas ineficaces.

Son especialmente ineficaces en las condiciones generales, el término de aceptación y prestación, la ampliación del plazo, la reserva de la facultad de desligarse del contrato, la reserva de variar la prestación, las declaraciones de voluntad ficticias, la simulación de la declaración, la liquidación de las relaciones contractuales y la elección del ordenamiento jurídico.

Se prohíben igualmente las cláusulas en que no se permita la apreciación por el Juez y son ineficaces la elevación de precios en plazos breves, la facultad de denegar la prestación, la prohibición de compensación y existen normas que se refieren a requerimiento y fijación de plazo, pena contractual, responsabilidad por culpa gravosa, mora e imposibilidad, carga de la prueba, etc., etc.

**ARCE Y FLOREZ-VALDES, Joaquín:** "El abandono y su declaración judicial en orden a la adopción de menores abandonados". (R.D.P., mayo 1978, págs. 351 y ss.

El presente estudio viene a ser un complemento de otro trabajo escrito por el mismo con parecido título, al tener hoy la nueva regulación del abandono unas nuevas perspectivas.

El abandonado, en sí mismo constituye la médula y fundamental razón de ser de la institución jurídica de la adopción. Un gran autor ha escrito que la adopción es hoy una institución en euforia y que se halla en plena evolución, a pesar de que sus orígenes se remontan a la más remota antigüedad. Casi todos los pueblos reforman sus legislaciones para atemperarlas al momento histórico y a las nuevas circunstancias e incluso hay países como Venezuela en que se estampa su reconocimiento en los textos constitucionales.

Se ha sustituido la finalidad de dar un hijo a quien no lo tiene por la de dar una familia a quien de ella carece.

El autor examina seguidamente el problema dentro de las legislaciones del área cultural nuestra, especialmente la francesa, italiana y portuguesa.

Desde el punto de vista español distingue el período anterior a la Ley de 4 de julio de 1970 y el posterior, a partir de esta Ley actual.

En lo tocante a ésta, hace un examen exegético de la misma, especialmente el artículo 174 del Código civil.

Del análisis e interpretación que el autor realiza se deduce que existen los siguientes problemas: las cuestiones que se debaten en torno al abandono material, dentro de ésta el abandono general o simple, y el abandono en establecimiento benéfico con sus dos modalidades; la declaración judicial de abandono, con sus dos fases, la apreciación previa y la declaración judicial, competencia judicial para la declaración de la situación de abandono que corresponde al juez competente para conocer el expediente de adopción. Por lo que se refiere al procedimiento y forma para la declaración expone las posturas de autores como Fernández Martín-Granizo y García Cantero, para desembocar en el momento procesal de la declaración de abandono y los efectos de la declaración.

En esta fase plantea el problema de quién habrá de prestar el consentimiento en la escritura de adopción. Después de señalar, incluso, hasta las enmiendas de la Ley de 1970, argumenta a favor del Ministerio Fiscal, pero no obstante se inclina siguiendo a Cima García por la representación de la autoridad judicial.

**SERRANO ALONSO, Eduardo:** "Consideraciones sobre la dación en pago". R.D.P., mayo 1978, págs. 416 y ss.

Comienza este trabajo con una introducción que debería titularse mejor como el concepto de la dación en pago, pues tal cosa es, y no otra, el afirmar que es una derogación de las normas generales que regulan

el pago o cumplimiento en su aspecto objetivo y que se conoce generalmente con este nombre de dación en pago.

Después de afirmar que en la doctrina moderna es cada vez mejor acogida la diferencia entre "solutio" y "satisfactio" como sinónimos de cumplimiento exacto e inexacto, estudia los antecedentes históricos y hace un examen del Derecho comparado, con especial mención del Derecho francés, alemán e italiano, así como el Derecho foral navarro a través de la Ley 495 de su Compilación.

Las clases de dación en pago son examinadas distinguiendo una triple posibilidad dentro de las mismas: de un lado la entrega de la cosa en lugar de la prestación debida (rem pro re o rem pro pecunia), dación en pago equiparada a prestación en lugar de cumplimiento y cesión pro soluto de un crédito al acreedor en lugar de la prestación debida, mientras que las diferencias entre dación en pago y cesión de bienes son las clásicas generalmente acogidas por la doctrina en general.

En cuanto a la naturaleza jurídica de la dación en pago, enumera las diversas teorías, tales como compraventa, novación, ya sea ésta modificativa o extintiva, acogiendo el autor la tesis de que se trata de una figura que se asemeja a los contratos reales sin serlo, más aún, es un medio extintivo de las obligaciones distinto del pago.

Los presupuestos y requisitos de la figura son examinados a continuación, señalando que se requiere una obligación originariamente válida y la imposibilidad por parte del deudor de realizarla. Mientras que desde el punto de vista técnico se necesita una serie de presupuestos como los que denomina subjetivos, los objetivos y los formales.

Concluye el estudio con los efectos de la dación, que son, en líneas generales, la extinción total y definitiva de la prestación originaria, causa y origina la transmisión de las cosas entregadas y, por último, las acciones que se originan como consecuencia de que haya tenido lugar la dación en pago.

**SANCHEZ RODRIGUEZ, Luis Ignacio:** "Las relaciones paterno-filiales en el sistema español de Derecho internacional privado". R.D.P., mayo 1978, págs. 402 y ss.

El artículo 9, 4.º, del nuevo Título Preliminar del Código civil español, introduce una norma que al decir del autor es una norma conflictual. Tal precepto dispone que "las relaciones paterno-filiales se regirán por la ley nacional del padre y en defecto de éste, o si sólo hubiere sido reconocida o declarada la maternidad, por la de la madre". Al decir de Marín López, se ha optado por una norma similar a la del artículo 20 del Código italiano de 1942.

A partir de este precepto se hace una especie de retroacción histórica para examinar las resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en especial las de 9 de enero de 1930 y 1 de diciembre de 1950, así como la de 28 de abril de 1970, la cual sienta cri-



terios contrarios a las dos anteriores, utilizando el criterio del reconocimiento.

Recoge igualmente opiniones de autores como Von Hoffmann y Ortiz Arce, para los que el precepto objeto de este estudio no regula por separado las hipótesis de las filiaciones legítima, ilegítima, reconocida y legitimada, por lo que habrá que plantearse si es necesario en algún caso la acumulación de leyes nacionales.

El autor examina las resoluciones posteriores a la norma y que son objeto de su vigente aplicación. Así, 2 de septiembre de 1976, 13 de octubre del mismo año y 23 de abril de 1970.

Un segundo apartado se dedica a examinar la aplicación de la norma en los supuestos de presencia, relativos en cada caso a las resoluciones anteriores desde el punto de vista del comentario del propio autor, haciendo en cada caso una exégesis no sólo de la norma sino también del caso en sí mismo.

El apartado III se refiere a las relaciones paterno-filiales en el Derecho comparado, estudiando dentro de él el Derecho portugués, francés, el griego, (que, por cierto, tiene soluciones originales), el belga y el Derecho alemán.

El sistema suizo y luego acomete la exposición de los sistemas de los países socialistas, estudiadas por Bystricky, donde priva la "lex patriae" del hijo en todo el sector de filiación, especialmente el Derecho polaco, alemán oriental y soviético.

Finalmente, examina la cuestión de orden público siguiendo el criterio de Díez-Picazo de arremeter contra él en la Sentencia de 10 de octubre de 1960, así como estudia la problemática del reenvío en la filiación.

**ALVAREZ CAPEROCHIPI, José A.: "La posesión y el Registro de la Propiedad". R. D. P., junio 1978, págs. 465 y ss.**

El planteamiento sobre el tema se centra en que la posesión es un sistema de protección, garantía y legitimación basado en la publicidad de la tenencia de la cosa; al organizarse el Registro de la Propiedad, su eficacia protectora y legitimadora se superpone a la anterior.

La legitimación posesoria está basada en una situación de hecho, mientras que la registral se fundamenta en una situación de investidura formal.

Cuando ambos sistemas entran en conflicto, ¿cuál debe prevalecer?

¿La legitimación registral sustituye a la posesión de los bienes inmuebles? He aquí algunas de las cuestiones importantes que son el esquema central de la materia.

La realidad posesoria de la finca es el apartado II de este trabajo, que destaca por su claridad en un tema tan conflictivo como es el que nos ocupa. Intimamente ligado con la finca se estudian los principios de legitimación registral y de publicidad, que al decir del autor son las dos ideas en que se concreta fundamentalmente la eficacia del Registro.

El valor respectivo de las presunciones de titularidad es el apartado siguiente, o, dicho de otra forma, el conflicto queda centrado en datos puramente jurídicos: en presunciones coincidentes de titularidad.

La conclusión en esta materia que sienta el autor es la siguiente: el titular registral que tenga la condición de tercero puede perder la posesión por el desarraigo material de la cosa y que no adquiere la posesión de la cosa, si conoció o debió conocer la posesión contraria. Por ello las condiciones son: que el titular sea tercero, que no conozca o deba conocer antes de su adquisición la posesión contraria y que no la consienta durante más de un año.

Dos capítulos más son el final del contenido de este trabajo: la publicación de la posesión y la publicidad de la misma. Las consecuencias de todo este estudio se plasman en el apartado final, donde se examinan las distintas posiciones del poseedor a título de dueño, la acción de deslinde, la adquisición de la propiedad, etc., etc.

**MARIA ANGELES GARCIA: "Igualdad conyugal y conflictos domésticos. Intervención judicial". R.D.P., junio 1978, págs. 491 y ss.**

La autora manifiesta que en este estudio se va a tratar el problema de los órganos que han de resolver los conflictos conyugales y a la conveniencia de la creación de los Tribunales domésticos.

La igualdad de marido y mujer, que ambos cónyuges compartan la autoridad y la responsabilidad, el principio igualitario y la sustitución de la autoridad marital por el gobierno diárquico de la familia.

Estas tendencias son consagradas en el Derecho comparado por el Código soviético, los escandinavos, Derecho anglosajón, Códigos hispano-americanos como el de Cuba y Méjico y, por último, los más importantes de los códigos europeos, tales como el alemán, francés y el italiano.

La autora examina a continuación la exposición de motivos de la Ley de 24 de abril de 1958 para pasar a estudiar la cuestión la ley moderna de 2 de mayo de 1975.

En ésta se detiene en el examen de los más elementales principios, tales como el rompimiento del principio de unidad familiar en materia de nacionalidad, la supresión del deber de obediencia de la mujer al marido, la supresión de la licencia marital, no restricción de la capacidad de obrar por el hecho de contraer matrimonio, la mujer retiene la administración de los parafernales, etc.

El problema de los conflictos domésticos se plantea cuando se concibe la autoridad marital como una función otorgada al marido por exigencias de la unidad de gobierno de la familia, como una jefatura en interés de ésta.

La autora en materia de conflictos se muestra partidaria de la intervención judicial, pero enumera una serie de órganos que pueden igualmente ser tenidos en cuenta. Así, el arbitraje de equidad, otros autores se inclinan por el llamado Consejo de Parientes o bien el Consejo de Familia.

Los supuestos de intervención judicial son examinados posteriormente

recogiendo la opinión de algunos autores que se mostraban partidarios del texto antiguo del 1.413.

Para la autora, luego, el tema se centra en la cuestión del domicilio, según el nuevo artículo 58 del Código civil.

**GONZALEZ PORRAS, José: "Limitaciones legales a posibles aumentos de las rentas urbanas. R.D.P., julio-agosto 1978, págs. 583 y ss.**

Con una introducción donde se recoge el famoso trabajo de don Nicolás Pérez Serrano en torno a la contratación, se mantiene con claridad la idea básica del contrato desde el punto de vista de la autonomía de la voluntad y el principio de libertad de contratación para pasar a marcar las notas de pérdida de individualismo y de liberalismo que hoy son características de la contratación en masa y sobre todo en materia de arrendamientos urbanos, donde la intervención del Estado señala las líneas maestras de la contratación.

Las normas de libertad se encuentran en la Ley de Arrendamientos Urbanos dentro de los artículos 97 y 98 de la propia Ley de 11 de junio de 1964. Una serie de normas, entre las que descuella el Decreto de 4 de enero de 1978, tratan de limitar estas ideas de libertad de pacto, son excepcionales y tiene por objeto confirmar normativamente las denominadas cláusulas de estabilización.

En torno a éstas recoge el autor diversas posturas sobre su permisibilidad, que hoy está casi universalmente admitida por la mayoría de los autores.

Recoge igualmente, desde el punto de vista práctico, las Sentencias del Tribunal Supremo relativas a la materia donde se nominan los diferentes tipos de valores que pueden servir de base a estas cláusulas, tales como el coste de la vida, el precio del carbón, etc.

Más adelante se centra en el tema del decreto-ley anteriormente citado y examina los supuestos en que a su juicio puede ser aplicado, tales son los casos de arrendamientos de temporada, los de locales arrendados para casinos o círculos de recreo, los de solares, los de industria o negocio del espectáculo, etc., etc.

También se estudia el caso de que la limitación no afectará a los incrementos que proceden de repercusión del coste de servicios de suministro, obras de reparaciones necesarias y demás cantidades asimiladas a renta.

Concluye el trabajo el examen de la aplicación de la limitación a las viviendas de protección oficial, la vigencia del decreto-ley o, mejor dicho, la aplicación temporal del mismo, así como el concepto de renta a tener en cuenta y el límite señalado en todo caso por él mismo.

**ROCA Y TRIAS, Encarna:** "La Codificación y el Derecho foral". R.D.P., julio-agosto 1978, págs. 596 y ss.

Las Constituciones del siglo XIX pusieron de relieve la necesidad de simplificar el panorama jurídico unificando el derecho y sistematizándolo en cuerpos codificados, únicos para todo el país y que respondían a las ideas racionalistas del siglo XVIII.

Alude la autora a los artículos 96 del Estatuto de Bayona y al 258 de la Constitución de Cádiz, en los que existe la constante de que unos mismos Códigos deberían regir para toda la Monarquía, así como que en todas ellas existe la excepción claramente alusiva a los derechos forales.

La motivación del trabajo lo expone la autora manifestando que pretende solucionar la laguna existente en la doctrina jurídica española sobre las discusiones parlamentarias, plasmando únicamente aquí las disposiciones de esta índole relativas a la incidencia del futuro Código civil y la subsistencia de los derechos españoles históricos que querían sobrevivir a pesar de la Codificación.

La materia se divide en tres apartados antes de sentar las conclusiones personales de la autora. La primera de ellas se titula "La conveniencia política de la Codificación".

Partiendo de la idea del Congreso de Juristas de 1863 y teniendo en cuenta que la unidad político-administrativa no se logra hasta pasados catorce años del mismo, lo cual hace que incluso el Código sirviera como una ayuda para lograr esta unidad política.

Los argumentos que sirvieron de base los resume la autora en tres frentes: conveniencia política de la conservación del Derecho foral, conservación de los Derechos romano y canónico como supletorios de determinados ordenamientos forales y la consideración del Derecho foral como derecho excepcional.

La segunda parte se divide en el sistema de la Ley de Bases de 1881, basado en un Código unitario al que se incorporarían las instituciones forales que fuesen convenientes para el bienestar de la nación, un sistema basado en la idea de codificar únicamente el Derecho común de Castilla, al que se añadirían los apéndices correspondientes a las regiones forales.

La organización de las relaciones forales y el Código civil se estructura en la cuestión del Título Preliminar, la aplicación del Título 4.º del Libro I, relativo a las formas del matrimonio y el valor derogatorio del Código civil y el mantenimiento de la integridad de los derechos forales.

Termina el trabajo con la presentación de las conclusiones que mantiene la autora desde el punto de vista personal.

**RUBIO TORRIANO, Enrique:** "Adquisición de inmuebles por mujer casada no administradora con capital ganancial". R.D.P., julio-agosto 1978, págs. 643 y ss.

La Ley de 2 de mayo de 1975 persigue como objetivo primordial y prioritario eliminar las tradicionales restricciones que han venido afectando a la capacidad de obrar de la mujer casada. Base esencial de la reforma y de la nueva ordenación es que el matrimonio no tiene un sentido restrictivo respecto a la capacidad de obrar de los cónyuges.

Planteadas así las cuestiones, el problema se sitúa en la posibilidad de si la mujer casada en régimen de gananciales, y no siendo administradora de la sociedad conyugal, puede comprar sin intervención de su esposo.

Hay dos argumentos que militan contra esta posibilidad: 1.º) Supuesto que el dinero sea ganancial o presuntivamente ganancial, la mujer carece de facultad de disponer sobre él. 2.º) La compra realizada por la mujer determina el ingreso del bien adquirido en el patrimonio consorcial, cuya composición resultaría alterada sin intervención del marido.

Ahora bien, el problema puede plantearse a la hora de señalar en qué medida, con qué alcance y en base a qué fundamentos legales se debe establecer la ineficacia.

El autor clasifica después las teorías de los escritores más calificados, como Cámara, Pérez Sanz, Lacruz, etc., en una triple vertiente. Autores que sostienen la innecesariedad del consentimiento del marido, autores que sostienen la validez de la compra efectuada por la mujer casada en consideración a la aquiescencia tácita del negocio por parte del marido, y la de los que sostienen la validez de la compra al contado realizada por la mujer casada con dinero ganancial o presuntivamente ganancial, con base en el hecho de que la posesión misma del dinero por la mujer legitima a ésta a los efectos dispositivos y en especial frente a terceros que obraron de buena fe.

Seguidamente se pasa, desde el ámbito puramente civil, a examinar la incidencia registral de estas compras. Estudia el informe del Colegio de Registradores y las resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado que aportan, a través de Rodríguez Adrados como recurrente, un antes y un después en la materia. Tal es el caso de la Resolución de 8 de febrero de 1977, a la que siguen la de 11 de febrero y la de 26 de febrero del mismo año.

Por último, se sientan las apreciaciones críticas del autor que configuran su postura personal en torno al problema.

**SALVADOR, Pablo:** "Promesas y contratos unilaterales: sobre la necesidad de aceptación cuando media justa causa". R.D.P., julio-agosto 1978, págs. 661 y ss.

Una situación de obligación natural es un deber moral o social que justifica una atribución patrimonial, pero que por sí sola no constituye un supuesto de hecho obligacional.

Se acude con frecuencia a la obligación natural cuando un supuesto de hecho carece todavía de eficacia jurídica obligacional, pero se empieza a pensar que precisa de algún género de tutela jurídica inferior a la que implicaría la eficacia obligacional.

Se hace un estudio muy completo de lo que es la jurisprudencia del Tribunal Supremo en torno a la cuestión que se plantea, distinguiendo dentro de ella tres grupos que se pueden clasificar así; a) caso en que el sucesor de una persona asume o reconoce bien la obligación de lo que no pudo llegar a ser objeto de la voluntad jurídicamente relevante de su causante, bien lo que era un mero deber moral del mismo en relación a un tercero; b) casos de deberes de asistencia material (pensión alimenticia) que se originan tras la ruptura de relaciones extramatrimoniales de las que nació descendencia; c) cuando se alega normalmente que medió entre las partes una relación patrimonial que justifica la deuda contraída o un crédito u otra posición jurídica subjetiva que se reconoce como existente.

El autor muestra seguidamente las construcciones doctrinales y los problemas que las mismas plantean. Así, la promesa unilateral como medio de novación o de transformación de una obligación natural en una obligación. La situación de obligación natural más la promesa unilateral como supuesto de hecho negocial fuente de obligaciones. La solución que aporta el autor es considerar una analogía entre obligación claudicante y obligación natural.

**ALBALADEJO, Manuel:** "Sucesor universal o heredero y sucesor particular o legatario". R.D.P., septiembre 1978, págs. 737 y ss.

Tres grandes apartados de distinción señala el autor en cuanto a la materia. En realidad, más que un nuevo estudio se trata de una simple plasmación muy clara, como todas las del autor, de su libro titulado "Derecho de Sucesiones", volumen V, en las materias que en el mismo desarrolla en las páginas 34 a 61, incluso con los mismos epígrafes.

No obstante, la clarificación del autor en la materia es harto encoiable.

Partiendo de su punto de vista, se puede decir que el sucesor, lo mismo si lo instituyó el causante como si le llama la ley, se encuentra en dos posturas ante todo llamamiento, o bien asumir la totalidad de los derechos y obligaciones del "de cuius" o bien recibir solamente algún bien o derecho, o varios. En el primer supuesto es un continuador del causante y en el segundo un perceptor del algún bien.

Para justificar lo anterior, realiza un examen más completo y certero de los textos legales, constituidos por los artículos 660, 668, 675 y 768 del Código civil, así como los preceptos correspondientes de la Compilación catalana, arts. 109 y 110, y Ley 216 de la Compilación navarra.

El autor afirma que la nitidez de lo expuesto se empaña con dos figuras, que son el legatario de parte alícuota y la institución de heredero en cosa cierta. En esta materia el autor adopta posturas personales y originales a través de un intrincado campo de distinciones y llamamientos, de las que creemos aprovechables las que distinguen entre legado de parte alícuota propiamente dicho y el llamamiento que con este título se haga a una parte global de bienes o saldo activo de la herencia.

Examina a continuación la postura de la doctrina y la jurisprudencia en cuanto al tema y, como en todos los que el autor alude a la jurisprudencia, se nos muestra exhaustivo y acaso hasta en cierto modo avasallador.

La segunda parte del trabajo o refundición se dedica a enumerar casos polémicos, tales como la institución en el usufructo, haciendo unas pequeñas referencias a los derechos forales y sus peculiaridades, a través principalmente de los artículos 15 de la balear, 110 de la catalana, etcétera.

Finalmente, en el apartado tercero del estudio se investigan las consecuencias de la peculiaridad de los llamamientos de heredero o legatario y la singularidad de los preceptos aplicables en uno o en otro caso.

**DIAZ ALABART, Silvia: "La institución en favor de los parientes".**  
R.D.P., septiembre 1978, págs. 750 y ss.

Hay temas en Derecho civil que, o bien porque no son de importancia práctica, o bien porque se cree que no necesitan más estudio, que han sido olvidados por la doctrina, existiendo casos que al ver un nuevo trabajo sobre ellos nos hace cambiar de opinión. Este trabajo y este tema son uno de ellos. Creo que otro es el de la institución en favor del alma, tan parejo y tan afín al presente tema.

Con un examen del artículo 751 que regula la materia, investigando y ahondando en sus orígenes, da comienzo el estudio presente, haciendo una investigación del Derecho comparado y distinguiendo entre la institución nominal de algunos parientes y la institución genérica de los mismos, desarrollando al mismo tiempo otros matices, ya sean y se trate, según los casos, de parientes, descendientes o ascendientes.

La segunda parte del estudio se dedica a examinar el tratamiento legal de la institución con diferentes apartados como las opiniones más comunes, la opinión aislada de Díez-Picazo, los aspectos más dignos de estudio a través de los artículos 671 y 751 del Código civil, con una mención y detenimiento especial en ambos.

Caso aparte y especial, en torno al segundo precepto, es el que nos da su autora con el planteamiento de problemas tales como si se trata sólo de parientes consanguíneos, ¿qué parientes se debe entender dentro

del grado más próximo?, son también los parientes no legítimos, se encuentran o no los adoptivos, no se limita el parentesco dentro del cuarto grado, se comprende o no al cónyuge, existe o no el derecho de representación.

La autora termina su estudio con las conclusiones provisionales y finales, entre las que toma nota de importancia y descuello la de que el artículo 751, constituya o no una remisión a la sucesión intestada la institución en favor de los parientes se regirá, salvo otra voluntad del testador, por aquella, resultando, pues, llamados a sucederle los parientes del instituyente que le habrían heredado abintestato y en las porciones que les tocarían en tal caso, y la única variante que aporta es la de que los parientes llamados a la herencia serán los de cualquier grado, inclusive más allá del cuarto colateral.

**CASTAN VAZQUEZ, José María: "La llamada "patria potestad de hecho". R.D.P., octubre 1978, págs. 841 y ss.**

El viejo tema de la patria potestad está en el mundo de hoy, como es bien sabido, en el primer plano de la actualidad jurídica. Varios son los países que en diez años a esta parte han reformado las normas que en sus respectivos códigos civiles rigen aquella institución.

Y en los que no lo han hecho todavía, el legislador se apresta a realizarlo, como es el caso de nuestro Código civil.

Este fenómeno no puede en modo alguno sorprendernos. La patria potestad constituye una función natural de la máxima importancia, tanto para los padres como para los hijos. Su régimen legal debe estar, pues, en cada tiempo, acorde con la mentalidad y la realidad existentes.

En la problemática de la patria potestad siguen teniendo interés vivas muchas cuestiones clásicas cuyo enfoque ha cambiado.

Más sorprendentemente es, acaso, el hecho de que la vieja temática se siga enriqueciendo todavía con figuras nuevas. Una de ellas es la que la doctrina civilista italiana denomina "patria potestad de hecho".

Pelosi ha sido en la doctrina moderna el autor que ha dedicado alguna atención a este problema.

Se da en el supuesto de que un progenitor que ha sido privado legalmente de la patria potestad continúa desarrollando de hecho, en las relaciones con el hijo, las funciones inherentes a aquella, o bien de casos en que no existiendo una filiación de facto, el padre biológico, pese a no haber sido investido de la patria potestad, ejerce materialmente sus funciones. O incluso la hipótesis del Derecho italiano, de que alguien que no es por naturaleza padre de un menor abandonado actúa como si lo fuera antes de obtener el decreto de *affiliazione* o sin solicitarlo.

Pelosi distingue entre lado interno y externo de la patria potestad.

El autor, luego, traslada el problema al Derecho civil español y ofrece una lista, que a nuestro juicio es exhaustiva, de supuestos; tales son: padres privados o suspendidos de la patria potestad que siguen, sin embargo ejerciéndola, el tercero que por una serie de circunstancias la



ejerce (edad, enfermedad, ausencia, desidia de los padre) padres ilegítimos que sin tener derecho la ejercen, el marido de la madre natural que sin ser padre del hijo ejerce la patria potestad, padre y madre naturales que sin haber reconocido al hijo, pero habiendo contraído matrimonio entre sí, ejercen la patria potestad, etc.

Distingue el autor casos en que esta actuación pueda considerarse válida, supuestos aquellos en que se haya actuado en interés del menor.

**RIVAS MARTINEZ, Juan José: "Inversiones extranjeras en zonas estratégicas. Adquisiciones inmobiliarias onerosas por personas físicas". R.D.P., octubre 1978, págs. 858 y ss.**

Una introducción con matices filosóficos da inicio al trabajo antes de adentrarse en un pequeño bosquejo histórico sobre las normas que constituyen la legislación sobre las inversiones extranjeras.

A continuación examina conceptos como los de extranjería y residencia, recogiendo la afirmación de Cámara Alvarez de que el problema no se sitúa entre estos términos sino entre residentes y no residentes. Por tanto y desde un punto de vista monetario, no interesa la nacionalidad sino la residencia.

Se recoge la definición de lo que es una inversión extranjera según la definición del Reglamento de Inversiones Extranjeras de 31 de octubre de 1974 y desarrolla los medios de inversión para entrar en la investigación de las clases de cuentas, distinguiendo y examinando las diversas modalidades, desde la cuenta en pesetas ordinarias, cuenta en divisas convertibles, cuentas A y B y cuenta extranjera en pesetas interiores.

Las zonas estratégicas son las que se examinan a continuación, estando esta legislación contenida en la Ley de 12 de marzo de 1975 y es quizá la materia que con más interés estudia el autor, debido sin lugar a dudas al título del trabajo.

Se examinan de esta forma los ámbitos de aplicación tanto objetivo como subjetivo, y la tramitación de las autorizaciones militares.

Seguidamente desarrolla el tema con especial significación hacia la actuación notarial a través de las diferentes partes que constituyen el cuerpo del instrumento público notarial desde el juicio de capacidad hasta las reservas y advertencias legales, incluso señala la obligación del parte, que en el trabajo se limita únicamente al modelo número 5 de los que para estos supuestos tiene la Dirección General correspondiente.

El estudio, todo él muy claro y perfectamente asequible, a pesar de la dificultad de la materia, termina con el estudio de los problemas desde el punto de vista registral y con el examen de las adquisiciones que se hayan producido por prescripción.

## CLAVE DE ABREVIATURAS

- 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 Faculdade de Direito (Coimbra).  
 BI = Boletín de Información del Ministerio de Justicia (Madrid).  
 BIM = Boletín del Instituto de Derecho Comparado de Méjico.  
 BIR = Bolletino 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 Quartely (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-Berlin).  
 NR = Nuestra Revista (Madrid).

- NRD = Nuova Rivista di Diritto Commerciale, Diritto dell'Economia, Diritto Sociale (Padua, Pisa).
- OZOR = Osterreichische Zeitschrift für Öffentliches 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 Commerciali e del Diritto Generali Delle Obligazioni (Milán).
- RDDC = Rivista di Diritto Civile (Padua).
- RDEA = Revista de Derecho Español y Americano (Madrid).
- RDES = Revista de Direito e de Estudos Sociais (Coimbra).
- RDJ = Revista de Derecho Judicial (Madrid).
- RDLA = Revista de Derecho y Legislación (Caracas).
- RDLP = Revista de Derecho (La Paz).
- RDM = Revista de Derecho Mercantil (Madrid).
- RDMS = 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 Faculdade 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 internationale 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 HIPOTECARIO

*La prórroga o suspensión del plazo de vigencia del asiento de presentación producida en el supuesto del artículo 255 de la Ley Hipotecaria (apartado 4.º) lleva consigo la de los asientos de presentación posteriores, conforme al artículo 111, 3.º, del Reglamento, pero no la de los anteriores, caducados ya al momento de despacharse el título que fue retirado para pago del impuesto. (Resolución de 11 de marzo de 1978; "Boletín Oficial del Estado" de 5 de abril.)*

*Hechos.*—Por escritura autorizada en Barcelona el 18 de abril de 1975 por el Notario don José María Gasch Nohet, de la Sociedad "FOMENTO DE INVERSIONES COLECTIVAS, S. A." (FOINCOSA), constituyó hipoteca sobre cuatro fincas rústicas situadas en el término municipal de Castelldefels, en favor del acreedor de dicha Sociedad, don Vitalino Llamazares Sánchez, y de su esposa, doña Estilita García García, en garantía de un préstamo de 1.800.000 pesetas, compareciendo en la escritura como representantes de la Sociedad don Domingo Altemir Arias y don Ricardo Pena Cerdá, en razón de la limitación establecida en escritura pública que facultaba a los dos socios citados y a don José María Plana Gañán para que, actuando conjuntamente dos cualesquiera de ellos, puedan disponer de los fondos de la Sociedad; las fincas hipotecadas pertenecían a "Foincosa", por compra a don José Margarit, en virtud de escritura autorizada por el mismo Notario, señor Gasch, con fecha 18 de marzo de 1975; la referida escritura de préstamos hipotecario fue presentada en el Registro de la Propiedad de Hospitalet, núm. 4, con fecha 22 de abril de 1975, causando el asiento núm. 2.918 del diario núm. 2 y siendo retirada en la misma fecha para liquidación del Impuesto de Transmisiones Patrimoniales, y una vez liquidada reintegrada al Registro dentro del plazo de vigencia del asiento de presentación; con fecha 25 de abril de 1975 se presentaron en el Registro tres escrituras otorgadas ante el citado Notario, señor Gasch, el 18 de marzo de 1975, que causaron los asientos 2.950, 2.951 y 2.952 del diario núm. 2, por las cuales "Foincosa" adquiriría las fincas antes expresadas por precio de 2.000.000 de pesetas, por la segunda constituía primera hipoteca a favor del vendedor, por importe de 18.800.000 pesetas, sobre las mismas fincas, y por la tercera constituía segunda hipoteca por importe de 18.240.000 pesetas, tam-

bién sobre las mismas fincas, a favor de don José Luis Jimena Gallego, siendo retiradas las tres para pago del Impuesto; la escritura que causó el asiento 2.918, sin haber podido inscribirse por falta de título previo, fue de nuevo retirada el 15 de julio y cancelado dicho asiento por caducidad al día siguiente, mientras que los otros tres asientos referentes a las mismas fincas habían sido prorrogados por ciento ochenta días, el 28 de junio, por estar pendiente de liquidación las escrituras que los motivaron en la Abogacía del Estado, de Barcelona; con fecha 1 de agosto de 1975 fue presentada en el Registro (asiento núm. 1.051 del diario número 3) una escritura autorizada por el Notario de Armunia, don José Lorente, el día 14 de junio anterior, por la que "Foincosa" aporta a la Sociedad "Viña Llopart, S. A.", los cuatro terrenos referidos, siendo retirada para la liquidación del Impuesto y reintegrada al Registro el 14 de octubre siguiente, es decir, el día que cumplía los sesenta desde la presentación, el cual no fue expresamente prorrogado; con fecha 18 de agosto de 1975 fue presentada de nuevo en el Registro (asiento número 1.208 del diario núm. 3) la escritura de préstamo hipotecario a favor del recurrente, señor Llamazares, y retirada el 15 de septiembre sin inscribir por falta de título previo, cancelándose el asiento por transcurso de su plazo de vigencia el 30 de octubre; con fecha 19 de septiembre se reintegra al Registro la escritura de compra por "Foincosa", y la que había causado el asiento 2.951, de constitución de hipoteca, las cuales el día 30 siguiente son retiradas de nuevo para subsanar defectos, devolviéndose ambas nuevamente el 24 de octubre; con fecha 24 de octubre se reintegra al Registro la escritura que había causado el asiento 2.952; con fecha 24 de octubre se inscriben estas tres últimas escrituras, y además la que había causado el asiento 1.051 del diario núm. 3, que si bien no había sido prorrogado expresamente, el Registrador entendió que dicho asiento estaba prorrogado tácitamente, al haber sido prorrogados otros asientos anteriores referentes a las mismas fincas.

Presentada el 30 de octubre de 1975, de nuevo, en el Registro la escritura de 18 de abril de 1975, con núm. de asiento 1.293 del diario número 3, fue calificada con nota del tenor literal siguiente: "Denegada la inscripción del presente documento por constar inscritas las fincas a que el mismo se refiere a favor de personas distintas de la Entidad hipotecante".

El Procurador, don Carlos Testor Ibars, en representación de don Vitalino Llamazares, interpuso recurso gubernativo contra la anterior calificación y alegó: Que al otorgamiento de la escritura de constitución de "Viña Llopart, S. A.", sólo compareció por parte de "Foincosa" el señor Altemir, cuando era preceptiva la comparecencia de otro de los socios a que se refiere la limitación a que ya se ha hecho referencia anteriormente, y que del asiento de presentación de dicha escritura no se hizo petición de prórroga; que no es comprensible que se denegara la prórroga del primer asiento de presentación de la escritura objeto del recurso que fue solicitada por el presentante, ya que estaba justificada al no estar inscrita la escritura previa de compra a favor de "Foincosa"; que estando vigente el 2.º asiento de presentación de la escritura cuya

inscripción se deniega y caducado el de "Viña Llopart, S. A.", no es posible se considere éste prorrogado y se tenga a aquél por no existente; que tampoco se comprende que se haya admitido el tercer asiento estando las fincas inscritas a nombre de tercero.

El Registrador informó que la calificación denegatoria de la nota se basa en el principio de prioridad regulado fundamentalmente por los artículos 17, 24, 25, 26 y 248 de la Ley Hipotecaria; que la vigencia del asiento de presentación núm. 2.918 del diario número 2 del Registro terminó el 16 de julio de 1975, a tenor de lo dispuesto en los artículos 17 y 66 de la Ley Hipotecaria y del 97 de su Reglamento; que dicho asiento no es susceptible de prórroga hasta los ciento ochenta días, ya que la escritura motivadora del mismo fue liquidada y devuelta al Registro vigente aún el asiento de presentación, sin que se hubiera ordenado antes de su liquidación la prórroga del mismo por la Abogacía del Estado, no siendo posible posteriormente la prórroga del repetido asiento por no darse el supuesto del artículo 255 de la Ley Hipotecaria; que, en cambio los asientos números 2.950, 2.951 y 2.952 del diario número 2 del Registro fueron prorrogados por orden de la Abogacía del Estado, implicando dicha prórroga la suspensión de vigencia del plazo del asiento número 1.051 del diario número 3 del Registro, a tenor de lo dispuesto en el artículo 111 del Reglamento Hipotecario; que en este caso no hubo prórroga de dicho asiento, sino suspensión de efectos del mismo en cuanto al plazo, suspensión que se da únicamente con relación a asientos posteriores a los prorrogados, que es el supuesto del asiento 1.051, y nunca con relación a asientos anteriores como lo era el 2.918; que, por lo tanto, habiendo sido cancelado el asiento de presentación número 2.918, automáticamente ganaron prioridad los asientos números 2.950, 2.951 y 2.952, todos del diario número 2 del Registro, y el asiento 1.051 del diario número 3, vigentes los tres primeros por prórroga y el cuarto por suspensión del plazo de vigencia del mismo a consecuencia de la prórroga de los anteriores siendo inscritos con fecha 24 de octubre de 1973 sin que fuera impedimento para su inscripción el que constase presentado en el Registro con fecha 18 de agosto de 1975 y número de asiento 1.208 del diario número 3 la escritura objeto del recurso por ser dicho asiento de fecha posterior a aquéllos; que si una escritura no se inscribe por defectos subsanables y el interesado una vez caducado el asiento de presentación, la presenta de nuevo en el libro diario, será sometida dicha escritura a una nueva calificación, pudiendo este proceso repetirse indefinidamente, a tenor de lo dispuesto en el artículo 108 del Reglamento Hipotecario.

El Presidente de la Audiencia confirmó la nota del Registrador por razones análogas a las expuestas por este funcionario, recogiendo la reiterada doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado, que desarrolla el principio de prioridad, y declarando que las alegaciones del recurrente carecen de valor para debilitar o enervar la calificación registral.

Interpuesta apelación por el recurrente, la Dirección General acordó confirmar el Auto apelado y la nota del Registrador en base a la siguiente doctrina.

*Doctrina*—“La cuestión que plantea este recurso onside en dilucidar si es inscribible una escritura de constitución de hipoteca, que ingresó en el Registro y causó el correspondiente asiento de presentación, que caducó por no estar inscrito el título previo de dominio de las fincas hipotecadas a favor del deudor, y que tras una serie de vicisitudes que se recogen en el resultando 1.º, se presenta de nuevo, cuando ya se encontraba presentado y en situación de próroga del asiento, no sólo el título de adquisición del deudor, sino también otro por el que éste aportaba las fincas hipotecadas a una Sociedad.”

“El principio de prioridad, básico en nuestro sistema registral, y que recoge el artículo 17 de la Ley Hipotecaria, tiene su fundamento en la protección que confiere a todo el que ingresa un título en el Registro, frente al que no lo lleva o es negligente, pero habrá que examinar si este principio fundamental no sufre alguna desviación o quebranto al relacionarlo con el de tracto sucesivo (artículo 20 de la misma Ley) y si en consecuencia se encuentra igualmente protegido en toda su amplitud, el titular de un derecho que obró con toda diligencia y desde el primer momento acude a gozar de la protección registral, sin que pueda realizar la inscripción de su título, por circunstancias totalmente ajenas y de pura mecánica de oficina, unido a una laguna legal y reglamentaria en la regulación de esta materia.”

“En efecto, el artículo 111 del Reglamento Hipotecario, en su párrafo último, contempla el supuesto de que ingresen títulos con posterioridad al del que ha provocado la suspensión del plazo de vigencia del asiento de presentación (en el caso de este recurso, el título de compra por la Sociedad de las fincas hipotecadas), ya que entonces establece dicho artículo la suspensión del plazo de vigencia de los asientos de presentación posteriores relativos a títulos contradictorios (entre los que se encontraba el de aportación de las fincas hipotecadas a otra Sociedad), pero no toma en consideración a los que originaron un asiento de presentación anterior ya caducado, como la escritura de constitución de hipoteca objeto del recurso, y si bien este título se volvió a presentar con posterioridad al que originó la próroga o suspensión, cuando esto tuvo lugar, ya se había presentado también el de aportación de las fincas hipotecadas a una nueva Sociedad.”

“Es doctrina reiterada de este Centro, al desenvolver el principio de prioridad, la de que no puede aplicarse con tal rigurosidad, en el caso de que existan títulos contradictorios, el axioma de que la escritura que con las debidas formalidades legales tuviera acceso al Registro en primer lugar será la que gozará de los efectos tutelares del sistema, pues en su función calificadora no pueden los Registradores en algunos casos ver limitada su facultad y correspondiente deber de examinar los documentos pendientes de despacho que puedan contribuir a una más acertada calificación, lo que en el supuesto concreto de este expediente no hubiera podido realizarse, dado que según resulta de los antecedentes expuestos la escritura discutida fue retirada de nuevo antes de caducar su segundo asiento de presentación, por lo que en el momento en que una vez subsanados los defectos de la previa, pendiente de inscripción, se procedió por el Regis-



trador en el ejercicio de su función a calificar los documentos presentados, no existían más escrituras que la de adquisición por el deudor de las fincas que a continuación hipotecó y la de aportación de estos inmuebles a otra Sociedad, que fueron inscritas.”

“Aun cuando en una futura reforma reglamentaria aparecería conveniente plantearse la cuestión de si la suspensión o prórroga de un asiento posterior, que es título para uno anterior, debiera producir la prórroga de éste, no es menos cierto que en la actual legislación hipotecaria sólo se contempla el caso de la prórroga o suspensión de los asientos posteriores al prorrogado, y al ser totalmente excepcionales estos casos de prórroga, no puede por analogía el Registrador aplicarlos a supuestos distintos de los expresamente indicados en la normativa legal vigente, ni mucho menos proceder a la práctica de una prórroga en estas circunstancias.”

“Extendido el asiento a favor de la Sociedad, surge el obstáculo derivado del párrafo 2.º del artículo 20 de la Ley Hipotecaria, sin que en el estrecho marco en que se mueve el recurso gubernativo pueda ser solucionado este debate, por lo que no podrá practicarse la inscripción solicitada, salvo que el propio titular registral la consienta, pues tal asiento se encuentra bajo la salvaguardia de los Tribunales (artículo 1.º de la misma Ley) y produce todos sus efectos mientras no se declare su nulidad.”

“Por último, al no haberse planteado en el recurso, no se examina la cuestión de si en el artículo 255 de la Ley Hipotecaria se establece una prórroga de ciento ochenta días en la vigencia del asiento de presentación, prórroga que, una vez ocurrido el supuesto de hecho de la norma se produciría en todo caso, o si por el contrario dicho artículo lo que establece es una suspensión del plazo de vigencia de dicho asiento, suspensión que abarcaría el período de tiempo transcurrido entre la iniciación de la suspensión y la fecha del pago del impuesto, momento en el que volvería a seguir corriendo dicho plazo hasta cumplir los sesenta días de vigencia del asiento de presentación, y sin que nunca pudiera rebasarse el de ciento ochenta días de su fecha, ya que de aceptarse esta última solución podría implicar una posible nulidad de unos asientos practicados fuera del plazo de vigencia del asiento de presentación.”

*Consideraciones críticas.*—El tema que ofrece el presente recurso y la resolución que lo termina es un problema de prioridad en el que se vienen a plantear unos aspectos poco comentados por la doctrina hasta el momento presente. Cuando todo parecía dicho sobre este principio, aparece una nueva arista que hace dudar de su aparentemente favorable formulación. No hace mucho recogía en una de mis publicaciones (“Teoría práctica y fórmula de la calificación registral”) unas notas que había escrito en el Boletín del Colegio Nacional de Registradores bajo el título “Asientos contradictorios” y más o menos comenzaba de esta forma: De básico ha sido configurado el principio de prioridad que matiza nuestro sistema hipotecario. Su simple formulación, recogida en el artículo 17 de la Ley Hipotecaria y 24, 25 y 248 de la misma, así como de los complementarios del Reglamento, parece arrastrar tras de sí una claridad meridiana exenta:

de problemas. Pero lo curioso del caso es que dada su aparente sencillez, son, sin embargo, los problemas que del mismo surgen los que más discusión plantean en la doctrina. De otra parte, hay que destacar cómo la Dirección General ha reiterado un criterio respecto de dicho principio, estimando su "deficiente regulación en nuestra legislación" (R. 14 diciembre de 1953, 7 de febrero de 1959 y 2 de marzo de 1972).

Y debe tener razón la Dirección General, pues, a título de ejemplo, creo que aún no han quedado nada claras las posturas que defienden la distinción entre una "fecha propia" de los asientos y otra "efectiva" de los mismos, conforme dice LA RICA ("Fechas de los asientos registrales", R. Cr. D. I. 1954), o la de quienes, siguiendo esa misma idea contraponen la "fecha extrínseca" al asiento, que sirve para determinar desde qué momento el acto que ha ingresado en el Registro se antepone con eficacia excluyente o preferencia a cualquier otro referente a la misma finca, y la "Fecha intrínseca", a efectos de determinar la propia subsistencia y eficacia, o limitación de eficacia, en su caso, del asiento en sí mismo. Considerado que tienen relevancia en aquellos casos de asientos con vigencia temporalmente limitada, tesis sostenida por AMORÓS GUARDIOLA ("Comentarios a la Resolución de 30 de octubre de 1969, R. Cr. D. I. 1970, página 467); la postura de TIRSO CARRETERO ("Comentario a la Resolución de 18 de marzo de 1972, R. Cr. D. I. 1972, pág. 885) cuando me hace un reto para profundizar en la distinción entre prioridad sustantiva (artículos 32 y 145, 2.º, de la L. H.) y la prioridad formal (artículos 17 y 331 de la misma) cuando discrepa de mi interpretación sobre la palabra causahabiente y cuando, con todo su fino humor, nos habla de un "embargo al paso"; la de MORELL Y TERRY ("Comentarios a la legislación hipotecaria", Madrid, 1925) sobre alguna de estas cuestiones y la mía propia expuesta en diversos momentos ("Comentarios a las Resoluciones de 30 de octubre de 1969 y 18 de marzo de 1972, en ANUARIO DE DERECHO CIVIL de 1972 y 1974, así como mi postura en "Complemento al Derecho Hipotecario", 1974).

A esos problemas añadía en mi comentario el de los llamados asientos "contradictorios", entendiendo por tales aquellos que no pueden practicarse mientras no se despache el documento que le precede en el tiempo y que ha ganado rango a través de un asiento de presentación. Ahora se hace preciso agregar la problemática de esta Resolución y con ello, quizá no quede completo el estudio de ese singular principio de prioridad del que Tirso Carretero, en el comentario a esta Resolución, estima que sin negar las ventajas del asiento de presentación lleva consigo múltiples inconvenientes derivados de una defectuosa y complicada regulación en la duración de sus efectos.

Esta especie de introducción que hago al comentario de la Resolución sólo quiere traer al campo de la aportación jurídica el clima de interés con que se sigue este conjunto de manifestaciones del principio. A lo ya dicho hay que añadir el trabajo de EMILIANO CANO ("El artículo 255 de la Ley Hipotecaria y la Resolución de 11 de marzo de 1978" en el Boletín del Colegio Nacional de Registradores, 1978), el de GARCÍA-ARANGO ("Notas sobre la aplicación del artículo 255 de la Ley Hipotecaria", Bo-

letín del Colegio Nacional de Registradores, 1978, el citado comentario de Tirso Carretero a esta Resolución y algunos míos hechos a diferentes Resoluciones en estas mismas páginas (R. 17 de diciembre de 1975, 16 de octubre de 1974 y 13 de diciembre de 1974).

La problemática que desarrolla el tema planteado se refiere a un caso singular en el que se decide no inscribir una escritura de hipoteca que ingresó en el Registro y que generó el asiento de presentación correspondiente, pero que caducó por no estar inscrito el título previo de dominio, pero que presentada de nuevo tampoco puede ser inscrita, ya que estaba presentada y en situación de prórroga del asiento, no sólo el título de adquisición del deudor, sino también otro por el que éste aportaba las fincas hipotecadas a una Sociedad. Es decir, por virtud del juego de vigencia del asiento de presentación la caducidad del mismo puede facilitar el hecho de que quede sin inscribir —y, por tanto, sin existencia— la escritura en la que se constituye una hipoteca. En la Resolución no hay una gran precisión de ideas y aparentemente se mezclan dos artículos: el 111 del Reglamento Hipotecario y el 255 de la Ley Hipotecaria, así como se da una interpretación singular al contenido y elementos de la función calificadora. El tema lleva consigo una inevitable precisión de qué ha de entenderse por “asientos contradictorios”, de si es lo mismo prórroga y suspensión, de si el supuesto que estudia el artículo 255 de la Ley Hipotecaria es aplicable a otros casos no contemplados y de si la solución que se le da al supuesto es jurídicamente correcta por ajustarse a la “lege data”, sin perjuicio de añorar una posible “lege ferenda”. Todo ello no obliga a una necesaria disección de problemas que sucesivamente exponemos:

A) *Distinción entre prórroga y suspensión.*—Al estudiarse por los autores el plazo de vigencia del asiento de presentación se suele recoger una curiosa distinción entre los casos que el mismo se “prorroga” y los supuestos en que se “suspende” en su vigencia hasta un momento determinado. Esta técnica la utiliza Roca Sastre y la recogemos nosotros en diversas publicaciones. Se apoya en la terminología legal, pues los artículos 255 de la Ley Hipotecaria y el 111 del Reglamento hablan de “suspensión”, mientras que el artículo 97 del Reglamento habla de prórroga, cuando en el fondo todos llevan consigo una mayor amplitud en el plazo de duración.

Emiliano Cano precisa la distinción en forma clara. Prórrroga supone aumento del plazo de duración por el tiempo que señala la ley, mientras que suspensión supone interrupción del plazo por el tiempo que se establezca. La primera supone que el plazo se alarga, mientras que la segunda no supone alargamiento, sino paralización del cómputo. En la prórroga, el asiento dura ciento ochenta días (párrafo final del artículo 255 de la L. H.); en la suspensión, el asiento sigue durando sesenta días. Entonces la afirmación con la que arrancamos para la diferenciación entre ambos términos no se puede basar en la dicción legal, ya que el autor citado y también nosotros calificamos el supuesto del artículo 255 de prórroga y no de suspensión.

¿Tiene trascendencia la distinción? Creemos que sí y así parece deducirse del último considerando de la Resolución, en la cual se apunta la

distinción y la posible consecuencia que de ella podía derivarse: la de una posible nulidad de unos asientos practicados fuera del plazo de vigencia del asiento de presentación. En los trabajos apuntados de Cano y García-Arango se van rechazando la serie de interpretaciones a que puede dar lugar la mala redacción del artículo 255 de la Ley Hipotecaria, llegándose a la conclusión de que no puede hablarse de prórroga "por o de" ciento ochenta días, sino de duración del asiento de presentación por un plazo máximo de ciento ochenta días, contados desde la fecha del asiento de presentación.

La distinción, sin embargo, carece de importancia, o al menos así lo entiende la doctrina, a los efectos de considerar que prorrogado o suspendido un asiento de presentación quedan prorrogados y suspendidos todos los contradictorios con el mismo asiento, cosa que, como veremos, es producto de un principio general y no de norma que expresamente así lo declare. Quizá este punto sea decisivo, pues no hay que olvidar que el asiento controvertido de "aportación social" y contradictorio con el de hipoteca no resultó expresamente prorrogado, por entender el Registrador que tácitamente lo estaba.

B) *Asientos contradictorios*.—La terminología de asientos contradictorios es más reglamentaria que legal, pues en la Ley Hipotecaria se habla de derechos "opuestos o incompatibles", pero no de contradictorios, que sólo se emplea en el Reglamento artículos 97, 111 y 246, fundamentalmente. Pero la terminología quizá no sea importante, pues el término cabe ser asimilado a esos títulos "incompatibles u opuestos" de que nos habla el artículo 17 de la Ley Hipotecaria. Y para que de contradictorios hablemos es preciso señalar que sólo a los posteriores a un determinado asiento han de ser referidos, pues si fueran anteriores ya tendrían ganada prioridad. Quedan igualmente marginados del concepto los compatibles y, por tanto, inscribibles.

Prorrogado o suspendido un asiento deben ser considerados prorrogados o suspendidos todos los contradictorios. Esta es la afirmación que genéricamente hace la doctrina y en apoyo de la misma se citan los artículos 97 y 111 del Reglamento y la Resolución de 24 de enero de 1950, pero ni legal ni reglamentariamente el supuesto está previsto. Ni de la doctrina del artículo 17 (no procede la inscripción o anotación durante el término de sesenta días), ni del artículo 19 de la misma Ley (el asiento de presentación seguirá produciendo sus efectos durante los sesenta días) ni del '66 se deduce nada semejante. El artículo 255 de la Ley Hipotecaria supone un caso de prórroga por razones de tipo fiscal, pero para nada habla de asientos contradictorios. Únicamente dos son los artículos reglamentarios que pueden apoyar la solución: el artículo 111 que, sin embargo, se refiere a un supuesto específico como es el recurso gubernativo o la formulación de demanda ante los Tribunales, ya que en estos casos se suspende la vigencia del asiento y de todos los contradictorios. Quizá el 97 tenga más posibilidades de generalización, aunque en el mismo se parte de un defecto subsanable y el plazo de prórroga que se concede debe igualar a los contradictorios. Claro que al comentar LA RICA ("Comentarios a la reforma del Reglamento Hipotecario") este precepto hablaba del supuesto

del "pago del impuesto" y yo entiendo que eso es involucrar el artículo 97 del Reglamento con el 255 de la Ley, ya que el primero parte de un documento calificado al que se le han descubierto defectos subsanables y el otro de un documento que habrá de ser calificado una vez sea satisfecho el impuesto correspondiente.

La razón, por ello, no es de analogía, sino de esencia del principio o de prioridad. Si no se admitiese la prórroga se cometería la gran injusticia de no respetar la preferencia que el tiempo otorga al título presentado y cancelar su asiento supondría ofrecer preferencias a los posteriores que esperan su correspondiente turno. Toda la gran ventaja adquirida por una presentación anticipada, quedará burlada por la imposibilidad no sólo de calificar, sino de practicar el asiento solicitado en base de un primer asiento de presentación que, por razones fiscales, ha sido prorrogado hasta el margen de los ciento ochenta días. Es como si implícitamente el artículo 17 de la Ley Hipotecaria hubiera dicho que no podrá practicarse ningún otro asiento durante el plazo de "sesenta días o de sus prórrogas legales".

La Dirección General sigue en este camino el principio de analogía, ya que al afrontar en el considerando tercero la prórroga del asiento de presentación y de los "posteriores" que sean contradictorios utiliza el artículo 111 del Reglamento Hipotecario que está dado expresamente para un caso particular, cual es el de la interposición del recurso gubernativo o el judicial. Es claro que, en principio, no puede hablarse de asientos contradictorios "anteriores" al asiento que se prorroga, pues ello está en contra del principio de prioridad, pero, aun reconociéndolo así la Dirección, abre el portillo en el inciso final del considerando, ya que entiende que ese asiento de presentación de la hipoteca que fue caducado por transcurso del tiempo fue presentado de nuevo cuando ya estaba prorrogado o suspendido el que origina la prórroga de los posteriores, incluido también el de la aportación de las fincas a la sociedad, que excepcionalmente no fue prorrogado.

Quedan en estas últimas palabras del inciso final de la Resolución, junto con el considerando último, toda la posible envidia del problema, pues no hay que olvidar que una de las escrituras que genera uno de los asientos de presentación era subsanatoria de la de hipoteca que se presenta primero, caduca su asiento, y se vuelve a presentar posteriormente. Es decir, el principio de prioridad es tan riguroso que impide el funcionamiento del del tracto y a su amparo deja sin posibilidad de defensa a un acreedor que con diligencia quiso ampararse en el Registro de la Propiedad. Esta pregunta debe también enlazarse con el requisito de la prórroga de los asientos contradictorios ¿debe hacerse constar así al margen del asiento o deben entenderse prorrogados por las buenas los asientos que se estimen contradictorios?

Aparte del problema de la calificación, que luego veremos, para la determinación o no de los asientos contradictorios resulta evidente si se quiere aplicar la doctrina general del artículo 111 del Reglamento Hipotecario que el Registrador deberá hacer constar esa circunstancia de suspensión o prórroga por medio de una nota marginal al asiento de presen-

tación, cosa que, con el asiento contradictorio de aportación social no sucedió. Lo curioso del caso es que se dice que el Registrador estimó ese asiento contradictorio y yo me pregunto, ¿cómo pudo estimar el Registrador que ese asiento era contradictorio o conexo con el prorrogado, si la prórroga del artículo 255 de la Ley Hipotecaria parte de la base de que los documentos no están calificados? He hecho un cómputo un poco "visual" de la duración de ese asiento de presentación de la escritura de aportación de la finca a una sociedad y creo que, salvo error u omisión, el asiento se practica fuera de los plazos de vigencia del asiento de presentación. ¿Cómo se hizo caducar el de hipoteca y no se caduca este de aportación social? La razón que se da, poco convincente a mi entender, es que el Registrador estimó, aunque incumplió la extensión de la nota marginal de prórroga, que era contradictorio o conexo. ¿Es lo mismo contradictorio que conexo? Resulta que la escritura de aportación no podía inscribirse por el defecto subsanable de no estar inscrita a favor del aportante a la sociedad la finca, lo mismo que sucedió cuando se intentó inscribir la hipoteca que se volatiliza por el juego de la prioridad. Lo que sucede es que aquí la escritura previa justificativa de la adquisición de la finca y su asiento de presentación quedan prorrogados hasta tanto se pague el impuesto fiscal, pero como el asiento de la escritura de aportación no estaba prorrogado lo procedente hubiese sido cancelarlo por el transcurso del tiempo, dando así pie a que esa hipoteca que se presentó después pudiera haber ganado el rango que tuvo en su día y que perdió al ser cancelado el asiento por caducidad y no haber sido solicitada la anotación de suspensión por efecto subsanable. Claro que una cosa es la teoría—y la posible intuición de una mala fe por parte de los actores de la tragedia—y otra la realidad de una actuación en la que la fuerza de la prioridad parecía aconsejar entender "paternalmente" prorrogado un asiento en el que no se hizo constar nota alguna y que "formalmente" estaba cancelado cuando se procedió a inscribir su contenido.

El problema que genera el conflicto es de tracto sucesivo. La hipoteca que se presenta a inscripción no puede realizarse ya que la previa a favor del hipotecante no existe. Pero la historia se repite en el caso de la escritura de aportación social en la que falta la de adquisición previa que, habiendo sido presentada, queda sin poder inscribirse hasta que se satisfaga el impuesto. Estimo que lo mismo que se canceló el asiento de presentación de la hipoteca por no haber sido presentada la previa de dominio a favor del hipotecante, igual debería haberse procedido con esta de aportación social, salvo que el Registrador hubiera podido calificarla y extender la nota de prórroga por entender que el asiento era contradictorio o conexo. Resulta excesivo deglutir esa afirmación de los hechos que llevan consigo una indudable responsabilidad registral.

C) *Calificación registral y prioridad.*—En uno de los considerandos de la Resolución, creo que es el cuarto, se hace una alusión a las facultades calificadoras del Registrador diciendo que "no pueden los Registradores en algunos casos ver limitada su facultad y correspondiente deber de examinar documentos pendientes de despacho que pueden contribuir a una más acertada calificación". Mi opinión es que siempre y en todo caso

el Registrador debe gozar de esa prerrogativa si quiere calificar con éxito certero el problema de la inscripción o no de un determinado título, pues entre los elementos que pueden utilizarse para su debida calificación está, aparte del título, el contenido de los asientos del Registro y yo pido que se demuestre que los asientos del Libro Diario no son asientos registrales.

Pero no voy solamente a ese supuesto, que ha de darse por entendido, sino a esa afirmación de la Dirección que pone en serio conflicto a la facultad calificadora. Se dice que los Registradores no pueden ver limitada su facultad de examinar los "documentos pendientes de despacho" y lo que yo sí creo es que pueden examinar el contenido del Registro que unas veces se traduce en inscripciones o anotaciones o cancelaciones y otras en simples notas, asientos de presentación, etc. Si reducimos la facultad registral al examen de los documentos pendientes de inscripción, es evidente que en el caso concreto no había posibilidad de calificar suficientemente "dado que según resulta de los antecedentes expuestos la escritura discutida fue retirada de nuevo antes de caducar su segundo asiento de presentación". Pero entiendo que esto no puede reducirse a esos estrechos límites, ya que de una parte, el asiento de presentación contiene una serie de datos suficientes para que el Registrador "se haga una idea" del contenido del documento (el asiento de presentación no es más que una expresión abreviada en datos que permiten identificar la escritura presentada) y, de otra, el Registrador siempre tiene la facultad de pedir que se aporte el documento para mejor calificar. Creo innecesario aportar en este punto la serie de Resoluciones que avalan esa facultad.

Más que a este aspecto de la calificación, que sustancialmente es importante, quiero referirme a la problemática de los asientos de presentación que por ser "contradictorios o conexos" (el tema de contradictorios o conexos habría que deslindarlo debidamente) con otro anterior que resulta prorrogado o suspendido en su vigencia, impiden de momento su inscripción y posiblemente su calificación. El artículo 255 de la Ley Hipotecaria, que en el presente caso es decisivo para entender prorrogado el primer asiento y los posteriores incompatibles (menos el de la aportación social y el de hipoteca que intenta de nuevo su inscripción), parte de la base de que el documento no está calificado y solamente a falta de pago del impuesto fiscal correspondiente. Si durante ese plazo de prórroga los sucesivos documentos tampoco pueden ser calificados, entraríamos en una vía muerta donde sería muy difícil saber si esos asientos son o no contradictorios. En la Resolución de 24 de enero de 1950 abrió el camino considerando la posibilidad de una calificación de los títulos posteriores o simultáneos y así debe entenderse, ya que de lo contrario sería muy difícil averiguar las conexiones de los mismos. Creo que la calificación de un segundo título contradictorio con el que le precede en el tiempo sí cabe hacerse, pues la existencia del mismo supone un obstáculo que puede muy bien entrar dentro del campo de las llamadas faltas subsanables.

¿Hubiera sucedido de otra forma caso de estar el documento del asiento de hipoteca que se retiró inexplicablemente? Suponiendo que los tres asientos primeros fueron prorrogados, conforme dicen los hechos, que el

de aportación social no había caducado cuando se hizo la inscripción y que el de hipoteca estaba todavía vigente, la cosa hubiese sido solucionada en el mismo sentido, ya que el principio de prioridad del artículo 17 de la Ley Hipotecaria así lo impone. Por eso resulta improcedente ese considerando cuarto de la Resolución donde parece dársele una decisiva importancia a la no existencia del título de hipoteca, cuyo asiento de presentación estaba vigente, ya que aunque hubiese estado las cosas se hubieran solucionado del mismo modo. Lo que ya no está claro es si el asiento de presentación del título de aportación social estaba o no caducado cuando el Registrador lo considera "prorrogado" tácitamente. Tampoco resulta claro si el documento previo de adquisición de la finca que impide inscribir en principio la hipoteca se presentó en el Registro como complementario de aquél o como independiente, pues entonces podría haber una razón muy poderosa para al ser prorrogado poder enlazarlo en su día con el de hipoteca que se presenta después. Claro que eso no pasa de ser una simple especulación que, como dice el considerando quinto, es un deseo legislativo a conseguir.

Queda, por último, como premio de consolación, la fórmula que la Dirección ofrece al "burlado" acreedor hipotecario, y es el de que el propio titular registral consienta la misma. Como soluciones que hubieran podido mitigar y evitar esta situación está la de que una vez suspendida la inscripción de hipoteca por falta de la previa de dominio, podría haberse pedido la anotación preventiva de suspensión por defecto subsanable. El tema está en la poca duración de la misma, aunque hay autores, como Tirso Carretero, que consideran aplicable a la misma la prórroga judicial que establece el artículo 96 de la Ley y 204 del Reglamento. Estas soluciones, a pesar del carácter paternalista que tiene la función registral, no hubieran podido sugerirse al interesado, sobre todo cuando había pendientes otros títulos que colisionaban derechos.

La Dirección General ha resuelto el problema con la pureza de las líneas que marca el principio de prioridad, pero a nuestro entender no ha sabido deslindar el juego de los artículos 255 de la Ley, el 111 del Reglamento y el 97 del mismo. Tampoco acierta con el tema de la calificación registral y a la hora decisiva de haber penetrado en esa actuación un tanto extraña del Registrador al dar por prorrogado un asiento que parecía caducado, se inhibe sin entrar en el fondo. Apunta, eso sí, la distinción entre suspensión y prórroga, que queda sin resolver por no haberse planteado la misma en el recurso, pero que podría haber sido útil para el planteamiento de sucesivos recursos.

*La doctrina de la Dirección General que interpreta con gran tolerancia el requisito de inscripción del resto en las segregaciones (artículos 47 y 50 del Reglamento Hipotecario) es aplicable aun en el caso de que al segregar se constituya una servidumbre en la cual sea el resto de la finca dominante y la segregada sirviente. Y así es inscribible la escritura en dicho caso aunque la descripción del resto resulte sólo implícitamente en cuanto a linderos y cabida y aunque no conste la imposibilidad o dificultad de una descripción más completa y explícita de dicho resto.*



*Es suficiente que se haga constar en la cubierta del documento los datos de su presentación para dar cumplimiento al artículo 116 del Reglamento sin ser necesario que se repitan en la nota de calificación desfavorable.* (Resolución de 8 de mayo de 1978; "Boletín Oficial del Estado de 14 de junio).

*Hechos.*—Por escritura autorizada por el Notario de Trujillo don Angel Peñalva Jiménez, el 31 de marzo de 1977, los consortes don Alejandro García Mena y doña Pureza Cercas Martínez segregaron de una finca de su propiedad una parcela, que vendieron a don Tomás Riola Giraldo, constituyendo sobre la parcela segregada una servidumbre de paso en favor de la finca matriz.

Presentada en el Registro de Trujillo primera copia de la anterior escritura, fue calificada con nota del tenor literal siguiente: "Denegada la inscripción del precedente documento por el defecto subsanable de no describir el resto de la finca matriz después de la segregación efectuada o, al menos, como dice el artículo 47 del Reglamento Hipotecario: "las modificaciones en la extensión y los linderos o lindero por donde se haya efectuado la segregación", circunstancias que adquieren especial relieve en este caso concreto al originarse como consecuencia de la segregación de una servidumbre que afecta tanto a la finca de nueva formación como a la porción restante. No se toma anotación de suspensión por no solicitarse".

El Notario autorizante del instrumento interpuso recurso gubernativo contra la anterior calificación y alegó que la redacción de la nota es incongruente por cuanto comienza con la expresión "Denegada" y después califica el defecto de "subsanable", incumplándose lo preceptuado por los artículos 65 de la Ley Hipotecaria y 106 de su Reglamento, todo lo cual dificulta conocer con exactitud el alcance del defecto y su posible subsanación, al tener que interpretar que la negativa de inscripción se refiere de modo global e indiscriminados a la de todos y cada uno de los negocios jurídicos (segregación, compraventa y constitución de servidumbre) comprendidos en el título; que, por otra parte, no existe al pie del título calificado nota firmada por el Registrador que exprese la fecha de su presentación en el Registro ni tampoco consignación de los datos registrales correspondientes a su asiento de presentación, incumplándose lo preceptuado en los artículos 105 y 433 del Reglamento Hipotecario en relación con el artículo 17 de la Ley Hipotecaria; que la referencia de la nota al artículo 47 del Reglamento Hipotecario no es apropiada, puesto que su mandato va más bien dirigido a los Registradores que a los Notarios, y que hubiera sido más adecuada la referencia al artículo 50 del Reglamento, que el citado artículo 47 del Reglamento determina las dos clases de asiento que deben practicarse al respecto: el asiento principal de inscripción para la porción segregada, frente al meramente accesorio, de nota marginal, para la porción restante; que esta nota marginal —a la que el funcionario calificador parece atribuir fuerza suficiente para producir la nulidad de un asiento registral principal— es considerada por la doctrina entre las de simple "oficina", no

siéndole de obligada consignación alguna “de las circunstancias que según la Ley y el Reglamento debe contener la inscripción” (artículo 98 del Reglamento Hipotecario); que la denegación contenida en la nota derivada de una simple y literal interpretación apresurada del referido artículo 47, siendo así que las normas jurídicas deben interpretarse siguiendo el criterio que establece el artículo 3 del Código civil, conforme al cual hubiera bastado con el examen cuidadoso de los datos consignados en el título para apreciar que se había observado suficientemente cuanto preceptúa el precepto reglamentario citado, a saber: descripción de la finca matriz originaria, descripción de la porción segregada, lindero por donde se efectuaba la segregación y modificación de la extensión de la finca matriz originaria; que de la redacción del artículo 47 del Reglamento no se deduce necesariamente que haya de consignarse imperativamente en forma expresa y numérica la modificación sufrida en su extensión por la finca matriz, sino que se admite también la forma implícita de expresión, aunque suficiente para apreciar la modificación, y en este sentido se pronunciaría la Resolución de 22 de marzo de 1973; que parece que la tesis del funcionario calificador es la de que, tanto la porción restante de la finca matriz como la servidumbre constituida, deben consignarse registralmente de forma necesaria a través de respectivos asientos principales de inscripción, tesis que es totalmente inadmisibles; y que el defecto alegado por el Registrador es de escasa entidad y trascendencia jurídica, no siendo tenido en cuenta normalmente en la práctica registral, contradiciendo incluso la habitual forma de actuación del calificador que, en casos análogos, procedió siempre a la inscripción sin obstáculo alguno.

El Registrador informó que reconoce que la nota incurre en una incongruencia al comenzar su redacción con la expresión “Denegada”, siendo así que el defecto le califica de subsanable, contradicción que se produce por un simple error material, meramente gramatical, que debe reducirse a sus justos límites; que, haciendo uso del derecho que al funcionario calificador le otorga el artículo 116 del Reglamento Hipotecario, rectifica la nota en el sentido de que su redacción debe entenderse comenzada con la palabra “suspendida”, manteniéndola íntegramente en todos sus demás pronunciamientos y redacción; que en cuanto a la alegación del Notario recurrente de no haberse firmado por el Registrador una nota al pie del título, relativa al asiento de presentación, ha de manifestarse que no existe precepto alguno que imponga al funcionario calificador la obligatoriedad de que esa nota vaya firmada, y que, por otra parte, la omisión de esa nota en nada perjudica ni produce indefensión al recurrente, que no sólo ha podido recurrir, sino que ha podido precisar con los datos que obraban en el documento calificado el asiento de presentación de que se trataba, para que por el excelentísimo señor Presidente se ordenara la práctica de la nota marginal en dicho asiento; que en cuanto a la “falta de descripción del resto de la finca matriz, o al menos, modificación en la extensión y linderos por donde se efectúa la segregación”, es defecto que el propio Notario reconoce en su escrito, aun cuando trata de minimizarlo; que el fedatario apoya su

tesis fundamentalmente en los pronunciamientos de la Resolución de 23 de octubre de 1965, que dice que, en ciertos casos, en lugar de describir la porción restante "se haga constar solamente la modificación en la extensión y linderos por donde se haya realizado la segregación"; que la Resolución de 14 de junio de 1963 exige que describir "la porción restante cuando esto fuera posible quedando limitada la aplicación de la simple modificación en la extensión y linderos a los casos excepcionales en que sea imposible cumplir los requisitos de general observancia y en el mismo sentido la Resolución de 22 de marzo de 1973 obliga a indicar al menos el lindero por donde se ha efectuado la segregación; que nada de esto sucede en la escritura objeto del recurso, que se limita a describir la finca matriz y posteriormente la porción segregada; que el funcionario calificador no trata de obstaculizar el acceso de los títulos al Registro, sino simplemente cumplir con el principio de especialidad, fundamental de nuestro Derecho hipotecario; que la nota se limita a señalar la falta de una formalidad extrínseca, exigida por los artículos 47 y 50 del Reglamento Hipotecario, que no afectan a la validez de ninguno de los negocios contenidos en la escritura, sino que simplemente impide momentáneamente su acceso al Registro; que la descripción del resto de la finca matriz adquiere una especial importancia cuando como consecuencia de la segregación se origina una servidumbre; que del artículo 13 de la Ley se deduce que en materia de servidumbre es fundamental la determinación del predio gravado, y que tratándose de servidumbres prediales adquiere también enorme importancia el predio dominante, al que indisolublemente está unida la servidumbre, ya que sólo a través de él el titular del mismo puede ejercerla; que cuando el predio no está inscrito, como sucede cuando la servidumbre se constituye a la vez que surgen a la vida civil jurídica los predios dominantes y sirviente, como ocurre en nuestro caso, es indudable que la descripción del predio dominante se hace indispensable, y en ese sentido se manifiesta la Resolución de 9 de octubre de 1928.

El Presidente de la Audiencia revocó la nota del Registrador por razones análogas a las expuestas por el Notario Recurrente.

Interpuesta apelación contra el auto dictado por el Registrador calificador, la Dirección General acuerda confirmar el auto apelado, en base a las siguientes consideraciones:

*Doctrina.*—“Este expediente plantea la cuestión de si se ajusta a lo dispuesto en los artículos 47 y 50 del Reglamento Hipotecario la segregación contenida en la escritura calificada”.

“Es jurisprudencia reiterada de este Centro la de que al practicarse una segregación de un inmueble los mencionados artículos 47 y 50 del Reglamento Hipotecario establecen la necesidad de una descripción completa de la porción segregada que va a constituir una nueva finca independiente, para su fácil identificación, y lo mismo en cuanto a la finca matriz, cuya descripción se exige “cuando fuese posible”, para lograr esa finalidad y concordar la nueva situación resulta con las inscripciones registrales, mas como a veces la descripción de ese resto no es posible, o incluso de verificarse, caso de realizarse varias segregacio-

nes separadas, los resultados obtenidos no sólo estarían en contradicción con la situación real, sino que oscurecerían y perturbarían la limpieza y claridad que deben tener los asientos del Registro, los propios artículos 47 y 50 prescriben que en lugar de describir la porción restante, se haga constar solamente la modificación en la extensión y el lindero o linderos por donde se haya efectuado la segregación”.

“En la escritura calificada aparecen cumplidos los anteriores requisitos, ya que contiene la descripción completa de la nueva finca creada con la parte de extensión segregada de la finca matriz, por lo que, según indicó la Resolución de 2 de marzo de 1973, no puede tomarse en consideración que no se haya hecho constar numéricamente la extensión superficial del resto, pues es indudable que al constar la superficie de la totalidad del inmueble, así como la de porción segregada, ha quedado disminuida la primera en esta última extensión, y una simple operación de restar despeja la incógnita matemática que determina la extensión del resto; y, por último, que al describirse en la porción segregada que es su viento Norte quien linda con la finca matriz, aparece con claridad meridiana cumplido el otro requisito, ya que será en consecuencia el lindero Sur de la finca principal por donde se haya hecho la segregación.”

“Por último, de las dos cuestiones debatidas en sus respectivos informes hay que indicar respecto de una de ellas que toda modificación de carácter objetivo de la finca matriz se refleja según se deduce del artículo 50 del Reglamento y de la Jurisprudencia de este Centro a través de una nota marginal en la que se hará constar la cabida total de la finca si no constare en el Registro, sin que haya de practicarse asiento de inscripción para esta operación registral; y respecto de la otra cuestión, que aparecen cumplimentadas por el funcionario calificador las exigencias formales establecidas en la legislación hipotecaria, pues de una parte ha cumplido con lo ordenado en el artículo 416 del Reglamento al haber hecho constar en la cubierta del documento los datos que este precepto exige mediante la oportuna nota que no precisa ser firmada por el Registrador al no establecerlo el precepto, y de otro lado, al haber extendido la nota de denegación—rectificada después en sólo de suspensión—con arreglo al artículo 433 del mismo Reglamento, no es preciso extender otra nueva al pie del documento, ya que el supuesto a que se refiere el artículo 105 hay que ponerlo en relación con el artículo 434, que se refiere al caso de que el interesado desee que al devolversele el título no conste en éste el defecto o defectos que pudiera contener.”

*Consideraciones críticas.*—Quizá la primera sugerencia que se me ocurre hacer al contenido de esta Resolución es la que, siendo un problema de interpretación de texto legal, hubiera debido la Dirección desprenderse de la literalidad de la norma y elevarse un poco abriendo en el delicado problema de la identificación de fincas un portillo que permita una mayor rigurosidad para la adecuación entre la situación registral ya la realidad, todo ello a falta de una coordinación catastral que lleva paso de no realizarse nunca.

A poco que uno penetre en los hechos que dan margen al recurso,

veremos que se manejan con cierta habilidad ciertos artículos del Reglamento que interpretados aisladamente pueden inclinar balanzas de un lado o de otro, pero que en conjunto nos llevarían a soluciones distintas de las que en la presente Resolución se adoptan. Los artículos claves son los 50 del Reglamento Hipotecario y 47 del mismo.

Aparte de este problema existe otro que surge de las alegaciones que el Notario autorizante de la escritura plantea en el recurso correspondiente y es la falta de nota firmada al pie del título que exprese la fecha de presentación de la escritura ni la consignación de los datos registrales del asiento de presentación, incumpliendo el preceptuado en los artículos 105 y 433 del Reglamento Hipotecario.

Como dos son los problemas, a los dos nos hemos de referir en este breve comentario, dando la extensión que merece al primero.

A) *Descripción del Resto.*—Hay en la práctica notarial una especie de pereza, quizá impuesta por la rapidez con que los instrumentos se redactan, en orden a la descripción de los “restos” de fincas, todo ello apoyado por una redacción poco feliz de los artículos del Reglamento y las facilidades que han implicado la doctrina de la Dirección General. Juegan tremendamente en estas actuaciones el concepto de lo “imposible”, lo “difícil” y lo “posible”. Yo recuerdo haber leído al filo de la doctrina de la interpretación de las normas unos párrafos fenomenales que plasmara Castán en su conocida obra “Y no sólo requieren interpretación las leyes conocidamente dudosas. La doctrina rechaza la máxima “in claris non fit interpretatio”, todavía recogida algunas veces en la jurisprudencia de nuestros Tribunales y entiende que la interpretación se aplica a todas las leyes, sean claras u oscuras, porque no hay que confundir la *interpretación con la dificultad* de la interpretación. La inteligencia de un texto—dice Ferrara—puede ser más o menos fácil (y por lo demás la facilidad está en relación con la persona que la interpreta); pero esto no quita que la ley se presente siempre como un texto rígido, que debe ser animado e iluminado en su sentido interior por la actividad interpretativa”.

He querido traer estos párrafos porque en el informe notarial que sirve de base para defender la interposición del recurso se “personaliza” la norma y se dice que el artículo 47 del Reglamento Hipotecario se dirige más a los Registradores que a los Notarios. Personalizando normas llegamos a lo de la interpretación, que será más o menos dificultosa según la persona que la haga y entonces tendremos que habrá Registradores que puedan describir el resto sin dificultades y otros que no puedan hacerlo. Lo mismo sucederá con el artículo 50 del Reglamento Hipotecario respecto de los Notarios. Pero a mí se me antoja este argumento poco serio, pues de una parte la posible personalización de una norma, no quiere decir que sólo debe cumplirla aquel a quien va dirigida, pues debe ser respetada por todos, y de otra, en este caso particular, me niego a creer que exista un sólo Registrador en España que apoyándose en el artículo 47 del Reglamento Hipotecario describa el resto de una finca si antes no figura descrito dicho resto en la escritura. Es una pena que esa costumbre que la Dirección General tiene de

advertir en ciertos casos al funcionario de la utilización de argumentos poco serios no se haya hecho patente en el presente caso.

Aparte de ello, en el fondo, ambos artículos—registral y notarial—dicen lo mismo, pues uno habla (el 47) de la “descripción de la porción restante” “cuando esto fuera posible” y el 50 de “porciones restantes cuando fuera posible”. Es decir, se hace residir en la posibilidad o imposibilidad el cumplimiento de la norma. Determinar cuándo una cosa es imposible sin confundirlo con lo dificultoso es abrir un abismo que impide distinguir lo urgente de lo importante. Personalizando la norma—aunque los conocimientos sean parejos—las consecuencias son todavía peores, pues cada maestrillo tiene su librillo y cada cual cuenta la feria según le va en ella. Mi opinión, por supuesto, también de maestrillo, es que salvo en casos excepcionales, siempre cabe describir el resto de la finca.

No es éste el criterio de la Dirección General, quien en el considerando segundo dice que “a veces” la rescrición de este resto no es posible, e incluso de verificarse, caso de realizarse varias segregaciones separadas, los resultados obtenidos no sólo estarían en contradicción con la situación real, sino que oscurecerían y perturbarían la limpieza y claridad que deben tener los asientos del Registrador. Parto de distinto criterio, pues lo que realmente tenía que haber solucionado es si en esa expresión “a veces” la descripción no es posible se encontraba el caso presente, que no debía de ser de esos casos, pues parece ser que se trataba de una sola segregación con la constitución de una servidumbre. Quizá las dificultades estén en aquellos supuestos de segregaciones sucesivas que no acuden al Registro cumpliendo el tracto (casos que estudiaba con singular acierto GABRIEL HORTAL, “Segregaciones y determinación de resto”, en el Boletín del Colegio Nacional de Registradores, 1970, página 625) o en aquellos casos en los que las nuevas urbanizaciones de calles, con expropiaciones forzosas no reflejadas registralmente, etc., impiden fuertemente una descripción acertada del resto o de la finca matriz, cosas distintas, aunque la Dirección parece mezclarlas.

Quizá donde culmine el desacuerdo de la Dirección es cuando el particularizar el caso recogido en la Resolución “generalizada” su doctrina. Con ello se va más allá de las Resoluciones que le pueden servir de precedente, como son las de 23 de octubre de 1965 y 22 de marzo de 1973, esta última comentada por mí en estas páginas, ya que en éstas parece que se exigía la determinación del resto en superficie, pero ahora resulta no ser necesario ni que se señale esa disminución numérica ni que se indique el lindero por donde ha de hacerse o se hace la segregación, ya que todo ello se induce de la extensión que se fija a la parte segregada y al señalamiento de la finca matriz como, lindante por uno de los vientos. Es decir, a las facilidades que el texto de la norma ofrece “cuando fuere posible” (dejando subjetivamente a la apreciación de cada fedatario el concepto de posibilidad) se une ahora esta peligrosa doctrina de la Dirección General que estima cumplidos los requisitos legales determinando la extensión superficial de la parte segregada adscribiendo funciones de “contable” al funcionario calificador: reste y verá cómo le sale la

superficie de lo que queda. En igual forma, aunque sin operación matemática, cabe descubrir el lindero por donde se hace la segregación.

Fuera de la equivocación inicial de la nota del Registrador que hablaba de "denegar" en vez de "suspender", se me antoja de una ponderación y acierto indiscutibles, pues no hay que olvidar que junto con la segregación se constituía una servidumbre y en esos casos, como dice el Registrador, la descripción del resto de la finca matriz adquiere una singular importancia, deduciéndose del artículo 13 de la Ley que en materia de servidumbres es fundamental la determinación del predio gravado y que tratándose de servidumbres prediales adquiere también una enorme importancia el predio dominante, al que indisolublemente está unida la servidumbre, ya que sólo a través de él el titular del mismo puede ejercitarla. Invoca la Resolución de 9 de octubre de 1928.

Prácticamente queda la Resolución diseccionada, pues ya vemos a través de sus considerandos que el problema sustancial que resuelve es el de la descripción del resto, la medida superficial y el problema del lindero, sin entrar en el caso concreto que era el de la constitución de la servidumbre y de si en ese caso era o no necesario el cumplimiento más exigente de esos requisitos. Al marginar el problema parece que la Dirección hace entrar en el caso general el que se contempla, ya que en el último considerando incluso establece que las modificaciones de carácter objetivo de la finca matriz se reflejan siempre a través de una nota marginal. La problemática se complica, pues si en el presente caso el predio dominante es la finca matriz en la cual "podrá" hacerse constar la existencia de la servidumbre, no resulta tan claro cuando el "resto" de la finca sea el predio sirviente. ¿Habrà o no que describir a través de una inscripción ese resto o será suficiente la nota marginal? TIRSO CARRETERO ("Comentario a esta Resolución", en R. Cr. D. I. 1, 1979, pág. 664) aborda este tema con singular acierto, planteando la necesidad de entender el "podrán" del artículo 13 de la Ley Hipotecaria en forma imperativa, aunque el asiento a practicar en el predio dominante quede a la discreción del Registrador, sin que ello implique una aplicación de honorarios. Verdaderamente que el artículo 51 del Reglamento Hipotecario en sus números 1 al 4 ponen dificultades para inscribir una servidumbre con esos datos "intuidos" que la escritura que origina el presente caso ofrece.

B) *Nota de presentación.*—Hemos visto que una de las alegaciones que el Notario hacía, quizá con ánimo de distraer la atención del problema principal, era la de que no figuraba al pie del documento la nota firmada de la fecha del asiento de presentación y de los datos del mismo, considerando que con ello quedaban incumplidos los artículos 105 y 433 del Reglamento Hipotecario. El primero establece que en los casos de devolución del título por falta subsanable o por cualquier otra causa debe extenderse esa nota con la fecha de presentación del título, aunque no dice si se firmará o no. El segundo se refiere a la nota de las operaciones practicadas y a la de calificación, las cuales deben ir firmadas.

Así las cosas, la Dirección entiende que la "acusación" notarial carece de sentido pues en el caso presente el documento contenía una nota de presentación del título en el Registro y esa nota, conforme al artículo

416 del Reglamento, no precisa sea firmada por el Registrador. Como también se cumplió lo que dispone el artículo 433 del mismo Reglamento, ya que el título contenía la nota firmada por el Registrador en la que se hacía constar los defectos que a su juicio contenía el documento, no hay por qué estimar la acusación. La Dirección concreta más y dice que el caso a que se refiere el artículo 105 del Reglamento de devolución del título por defectos subsanables o por cualquier otra causa se refiere al caso que contempla el 434 del mismo Reglamento, es decir, aquel supuesto en el que el interesado en el título exija que se le devuelva el documento sin más notas que la de haberse practicado el asiento de presentación.

Quizá la Dirección General tenga razón en esta argumentación, guiándose por la práctica registral. Lo que ya dudo es si, como dice Tirso Carretero, la solución que se da es "compensatoria" para el Registrador. Lo que sí entiendo es que mientras en este segundo caso que la Resolución plantea la Dirección General "concreta" el caso contemplado, en el primero y decisivo "generaliza" peligrosamente y elude descubrir si en el supuesto básico había o no imposibilidad. Como dije al comienzo esto supone un auténtico retroceso en la difícil trayectoria de la identificación de fincas, que siendo el elemento fundamental sobre el que gira todo el sistema están deficientemente descritas y sin el apoyo de un buen Catastro. Si el futuro Catastro debe salir de los datos registrales y si a la certificación registral le debiéramos dar el carácter de cédula urbanística, es muy importante cuidar este aspecto descriptivo e identificador de las fincas.

*Es posible agrupar dos edificios colindantes, uno de ellos constituido en régimen de propiedad horizontal y el otro no, modificando aquélla, aunque las dos únicas plantas del segundo edificio resulten unidas a elementos privativos de las correspondientes del primero, sin que sea obstáculo que el artículo 8, apartado 1.º, de la Ley Especial se refiera exclusivamente a la agrupación de pisos o locales situados dentro del mismo edificio.*

*Tampoco es obstáculo a la agrupación que una de las fincas, y no la otra, esté incluida en un polígono proveniente del Instituto Nacional de la Vivienda, con cierta autonomía jurídica especial como unidad urbanística y afecta a un derecho de reversión, sin perjuicio de que, en su caso, este derecho hubiera de concretarse a la correspondiente parte de la finca resultante de la agrupación.*

*Escapa asimismo a la calificación registral el cumplimiento del segundo punto del segundo apartado del artículo 5.º de la Ley de Propiedad Horizontal si resulta cumplido el primer punto del mismo apartado, por lo que el Registrador no puede oponerse a que se mantengan los mismos porcentajes en todos los elementos privativos de una propiedad horizontal modificada por una agrupación, aunque sólo algunos se incrementen en superficie y, consiguientemente, en valor, por consecuencia de la misma y no los restantes. (Resolución de 11 de mayo de 1978; "Boletín Oficial del Estado", de 20 de junio).*



*Hechos.*—El 5 de diciembre de 1975 don Zacarías Romero Martínez otorgó escritura autorizada en Murcia por el Notario don Aurelio Díez Gómez, de agrupación y modificación de propiedad horizontal de las dos siguientes fincas de su propiedad: Un edificio situado en el término de Murcia, partido de Santiago y Zaraiche, declarado inscrito como obra nueva y dividido horizontalmente en 30 locales o viviendas, entre las que se halla un local en planta de sótano y un local comercial, a los que se señala cuota en relación con el total del valor del edificio, y de otro edificio en el término municipal de Murcia, polígono de la Fama, declarado asimismo obra nueva, construido sobre solar adquirido al Ministerio de la Vivienda para hacer posible que el adquirente construyera la totalidad del edificio de protección oficial a que se refiere el expediente MU-GI-1-16/62, que obtuvo cédula de calificación provisional con fecha 18 de noviembre de 1972, y cuya obra nueva consiste en la construcción de un sótano y de una planta baja.

Presentada en el Registro de la Propiedad número 1 de Murcia primera copia de la anterior escritura, fue calificada con nota del tenor literal siguiente: "Presentado nuevamente este documento respecto a la Agrupación de edificios que comprende, se deniega su inscripción:

**PRIMERO.**—Porque constituido el primer edificio en régimen de propiedad horizontal, la agrupación no se contrae a los departamentos del mismo edificio.

**SEGUNDO.**—Porque situado el segundo edificio en terreno destinado al polígono de la Fama, no se ha tenido en cuenta:

a) Que los polígonos son unidades funcionales en espacio y volumen, con autonomía jurídica especial, y que supone, entre otros, un núcleo unitario de edificaciones y servicios.

b) Que la agrupación pretendida modifica la delimitación de la parcela en que está situado el edificio y, en consecuencia, la del sector, la del polígono y la del plan parcial de urbanización, que la existencia de dichas unidades urbanísticas pone de manifiesto.

c) Que la especial autonomía jurídica de los polígonos sólo se pierde para formar una unidad superior, mediante la agrupación de los mismos.

**TERCERO.**—Porque no consta descrito el edificio resultante de la agrupación ni se observa lo dispuesto en el apartado 2 del artículo 5 de la Ley de Propiedad Horizontal, al haberse modificado el régimen constituido para el primero de los edificios.

Los defectos son subsanables, excepto el segundo. No es procedente la anotación preventiva".

El Procurador don Francisco Ponce Riaza, en representación de don Zacarías, interpuso recurso gubernativo contra la anterior calificación y alegó: que en cuanto al primer punto de la nota cabe oponer la norma contenida en el artículo 44 del Reglamento Hipotecario, que desarrolla el artículo 8.º de la Ley Hipotecaria, precepto este último que además, en su apartado 5.º, se refiere a la posibilidad de agrupación de locales de un edificio dividido horizontalmente; que es indiscutible que para dar:

cabida en el Registro a la escritura habrán de efectuarse más o menos operaciones, como, por ejemplo, cancelar las anteriores inscripciones del primer edificio y llevar a efecto otras, consecuencia de la agrupación y simultánea nueva división, pero que negar el acceso al Registro de la Agrupación parece, en todo caso, inadecuado; que respecto al punto 2.º de la nota, hay que declarar que no existe ninguna disposición de carácter general ni particular de tipo urbanístico que se oponga a la agrupación registral de las fincas que se pretende, y que las consideraciones del funcionario calificador en este punto no dejan de ser más que unas apreciaciones subjetivas sin el refrendo legal necesario para denegar la inscripción; que a la Administración le corresponde velar para que la actividad particular no suponga un atentado a los intereses públicos en materia de edificación y urbanismo, y para conseguirlo cuenta con la normativa necesaria contenida en planes y ordenanzas urbanísticas y con la intervención de los Organismos competentes en la edificación y uso del suelo, conforme al artículo 178 y siguientes de la Ley del Suelo de abril de 1976, que entran en juego con la exigencia de la preceptiva licencia cuya concesión corresponde a los Ayuntamientos, si bien su acción puede ser revisada por la jurisdicción contencioso-administrativa, y no por el Registro de la Propiedad; que sobre la importancia y alcance de la licencia municipal en esta materia deben citarse las Sentencias de 27 de mayo y 14 de junio de 1967; que en los planes urbanísticos se señalan las condiciones de uso, volumen, altura, etc., de cada zona, sector o polígono, sin que las normas y régimen aplicable a cada finca tenga que tener acceso al Registro de la Propiedad, por lo que el único requisito es cumplir la normativa correspondiente a la hora de edificar en cada porción de suelo, que no tiene que coincidir necesariamente con cada finca registralmente hablando, de suerte que cada finca puede tener, y de hecho lo tiene, regímenes o normas de edificación distintas; que el propietario afectado por distinta normativa en su finca no está obligado a dividirla formando dos registrales, y de la misma forma fincas con distinto régimen urbanístico pueden agruparse a efectos registrales; que en cuanto a la afirmación de la nota de que falta la descripción del edificio resultante de la agrupación no se ajusta a la realidad, ya que tal descripción aparece en el número 11 del otorgamiento de la escritura recurrida; que el apartado 2.º del artículo 5.º de la Ley de Propiedad Horizontal establece la necesidad de fijar en el título las cuotas de cada piso o local, precepto que ha sido cumplido en el supuesto debatido.

El Registrador informó: que en cuanto al primer defecto contenido en la nota, y en relación a lo preceptuado en el artículo 44 del Reglamento Hipotecario, ha de determinarse el verdadero concepto de edificio, que según la doctrina presupone necesariamente la idea de unidad, ya que si bien un edificio puede estar constituido por construcciones diversas, éstas han de formar necesariamente un todo orgánico, y que el recurrente, para obviar las dificultades que al concepto de unidad ofrecía la existencia de dos edificios construidos sobre dos solares distintos que constituyen fincas registrales diferentes, adquiridas en épocas dis-

tintas y de diferentes propietarios, acudió no a solicitar la agrupación de los edificios referidos ya construidos según las escrituras presentadas, sino a la de los dos solares sobre los que, respectivamente, se construyeron ocupando la totalidad de los mismos, agrupación que se hace de los solares con sus edificaciones, sin tener en cuenta que ya no existía el solar o solares agrupados, puesto que el solar existe sólo hasta que se construye en él; que resulta claro que, en el caso debatido, existen dos edificios diferentes, colindantes entre sí, pero distintos e independientes, hecho que de por sí impide la agrupación, con el agravante de que uno de ellos está constituido en régimen de propiedad horizontal, cuyos departamentos independientes de bajo y sótano quedan agregados o agrupados a los del mismo plano del otro edificio, compuesto tan sólo de sótano y bajo, agrupación que no se da dentro del mismo edificio, sino entre dos distintos; que tal pretensión es totalmente contraria a la Ley Especial, que en su artículo 8.º establece que las divisiones y agrupaciones han de ser de un mismo edificio, precepto de carácter imperativo que no puede quedar al arbitrio de los interesados; que en cuanto al punto 2.º de la nota, son inoperantes las alegaciones del recurrente referentes a la Ley del Suelo, pues esta Ley no afecta a la cuestión debatida ni es aplicable a la enajenación de parcelas del Instituto Nacional de la Vivienda, regulada por el Decreto 1.483/1966, de 18 de julio; que la parcela sobre la que se construye el segundo edificio fue vendida por el referido Instituto a don Zacarías Romero Martínez, como procedente del polígono de la Fama, por lo que está sometida a un régimen jurídico especial distinto al de la otra parcela a la que se trata de agrupar, imponiéndose al adquirente una serie de obligaciones que suponen limitaciones a su derecho de dominio cuyo incumplimiento puede originar la reversión de la parcela y del edificio construido sobre la misma a favor del Instituto; que estas limitaciones de dominio son motivo más que suficiente para impedir, por sí solas, la agrupación solicitada, de conformidad con las normas contenidas en el artículo 8.º de la Ley Hipotecaria, artículo 44 y siguientes del Reglamento y demás disposiciones concordantes; que en cuanto al tercer extremo de la nota hay que alegar que el párrafo 2.º del artículo 5.º de la Ley de Propiedad Horizontal establece de forma imperativa que en el título de constitución de propiedad por pisos se fijará la cuota de participación correspondiente a cada piso o local, para cuya fijación se tomará como base la superficie de cada piso o local en relación con la total; que también el artículo 3.º, apartado b), de la Ley se dice que a cada piso o local se atribuirá una cuota de participación con relación al total del valor del inmueble, que servirá de módulo para determinar la participación en las cargas y beneficios de la comunidad; que lo preceptuado en estos artículos ha sido incumplido en la escritura de agrupación recurrida, y que por último el funcionario calificador reconoce que no existe el defecto de no haberse descrito el edificio, defecto que fue consignado en la nota por error.

El Notario autorizante de la escritura informó: que la agrupación cuya inscripción se deniega contempla el caso de dos fincas urbanas colindantes que físicamente constituyen un solo edificio, caso al que se

refiere el artículo 41, 1.º, del Reglamento Hipotecario; que es indiscutible que la finca resultante de la agrupación que se pretende constituye un solo edificio como puede deducirse del expediente MU-GI-1-16/62 del Ministerio de la Vivienda, que dio lugar a la cédula de calificación provisional de 18 de marzo de 1972, ya que es inconcebible que se considerara vivienda de protección oficial un edificio independiente compuesto únicamente por un sótano y un local comercial, motivo por el cual el Ministerio no encuentra inconveniente para la agrupación, según resulta de la certificación de 1 de diciembre de 1978 que obra en el expediente, así como la correspondiente licencia municipal; que el hecho de que una de las fincas esté constituida en régimen de propiedad horizontal no es obstáculo para la agrupación, pues ni el artículo 44 del Reglamento Hipotecario ni ningún otro precepto legal establece tal distinción; que es errónea la afirmación de que lo que se solicita es la agrupación de solares y no de edificios, como se desprende de la simple lectura de la cláusula II de la repetida escritura; que como consecuencia de la agrupación se modifica la división horizontal que ya figuraba en el Registro, o, quizá más exactamente, como resultado de la citada cláusula II, hay una nueva división horizontal, puesto que hay un nuevo edificio —el resultante—, en el que viviendas y locales se describen con referencia a la división horizontal anterior, con las necesarias modificaciones, por una razón de economía, y si en las operaciones registrales precedentes para hacer constar la nueva situación está comprendida alguna cancelación, es evidente que el consentimiento del titular único del asiento que se ha de cancelar está comprendido en su otorgamiento y en la solicitud de inscripción de la nueva división horizontal; que en cuanto al segundo motivo de la nota hay que resaltar que la agrupación es un negocio jurídico unilateral, por el que dos o más fincas se convierten en una sola, dependiendo su posibilidad de que a lo resultante convenga el concepto de finca, es decir, cuando haya continuidad territorial y una misma titularidad dominical; que este negocio jurídico de agrupación tiene su acceso al Registro de la Propiedad mediante la operación registral, también llamada agrupación regulada por el artículo 44 del Reglamento Hipotecario; que, como consecuencia, la agrupación de finca libre y finca gravada es posible; que en nuestro caso, la resolución de la adquisición de don Zacarías Romero al Ministerio de la Vivienda no puede producirse, toda vez que el adquirente ha cumplido todas las obligaciones pactadas, como lo demuestra la obtención de la cédula de calificación definitiva y la certificación del Ministerio declarando que no encuentra obstáculo para la agrupación; que en todo caso, si tal causa fuera obstáculo para inscribir no se trataría de un defecto insubsanable, sino subsanable; que en cuanto al tercer motivo de la nota, cabe alegar que el párrafo 2.º del artículo 5.º de la Ley de Propiedad Horizontal establece normas sobre la fijación de las cuotas de los diferentes departamentos, pero en modo alguno de forma imperativa, sino que, por el contrario, se trata de reglas orientativas, dirigidas al juzgador o árbitro que haya de tomar una decisión en caso de desacuerdo entre los in-

teresados; que si hay unanimidad, como en nuestro caso, en que se trata de titular único, la libertad para la fijación de cuotas es total.

El Presidente de la Audiencia revocó la nota del Registrador por razones análogas a las expuestas por el recurrente y por el Notario autorizante del instrumento y declarando además que en el caso de autos existen dos edificios colindantes que físicamente constituyen uno solo (artículo 44, 1.º, del Reglamento Hipotecario) pertenecientes a un mismo propietario, sin que sea óbice para esta agrupación el hecho de que el primer edificio se halle en régimen de propiedad horizontal, al no existir ningún precepto legal que lo prohíba, y porque, en todo caso, el régimen de propiedad horizontal del edificio resultante de la agregación queda debidamente determinado en la escritura.

Apelado el auto presidencial por el Registrador, la Dirección General acordó confirmar el Auto que había revocado la nota del apelante, en base a la siguiente doctrina.

*Doctrina.*—“El primero de los defectos de la nota plantea la cuestión de si es posible que el propietario único de dos fincas registrales colindantes pueda proceder a su agrupación, teniendo en cuenta que sobre una de ellas se ha construido un edificio que comprende seis plantas, sótano y planta baja —constituida ya en régimen de propiedad horizontal—, y sobre la otra sólo se ha edificado sótano y planta baja, y que todo el conjunto constituye una unidad arquitectónica en la que aparecen comunicadas las dos plantas inferiores.”

“El artículo 44 del Reglamento Hipotecario permite la inscripción como una sola finca registral, con arreglo al artículo 8 de la Ley y siempre que pertenezcan a un solo dueño las agrupaciones de fincas urbanas colindantes que físicamente constituyan un solo edificio o casa-habitación.”

“El anterior precepto tiene una clara justificación, pues al constituir todo lo edificado una unidad arquitectónica necesaria susceptible de una propiedad horizontal única, puede realizarse la agrupación de las diferentes fincas que lo constituyan, con lo que se evita la ficción registral de dos o incluso más inmuebles distintos que corresponden a un solo edificio de la vida real, con la consiguiente falta de claridad en los libros registrales y haberse tenido que adoptar soluciones jurídicas al servicio de esta ficción —creación de servidumbres recíprocas— para mantener un formalismo inadecuado y contrario a la sencillez que debe ser la norma de toda relación de derecho.”

“En el presente caso, de la lectura de la escritura calificada, así como de los respectivos informes del recurrente y funcionario calificador, aparece claro que sobre dos solares contiguos se construyó un solo edificio o dos tan íntimamente relacionados, en el que sobre una parte se levantaron una serie de plantas para vivienda —excepto la baja y sótano—, y en la otra —por razones de limitación urbanística— sólo sótano y planta baja, que forman un único cuerpo con las correspondientes a la parte edificada más elevada, por lo que de no existir algún otro obstáculo, en principio nada se opone con arreglo al artículo 44 del Regla-

mento para que puedan agruparse y formar una sola finca independiente.”

“El hecho de que uno de los edificios está ya constituido en régimen de propiedad horizontal no es obstáculo para que en principio pueda realizarse su agrupación con la totalidad del colindante, siempre que se cumplan las normas sobre la materia y se tengan en cuenta los preceptos de la Ley de Propiedad Horizontal, y sin que se oponga a ello el artículo 8, 1.º, de esta última Ley, que se refiere exclusivamente a la posibilidad de agregar o agrupar pisos dentro de un mismo edificio, y por tanto no es aplicable a un supuesto totalmente distinto, como es el que se está examinando, en donde no hay agrupación o agregación de pisos y locales de distintos edificios, sino poner en concordancia la realidad extrarregistral con la registral mediante la agrupación de dos fincas urbanas en una sola.”

“El segundo de los defectos, tal como se deduce del informe del funcionario calificador, queda reducido al hecho en sí al estar sometida una de las parcelas a una cláusula de reversión “por la autonomía jurídica especial” del polígono a que pertenece, puede esta circunstancia ser un obstáculo a la agrupación realizada, dado que en la otra parcela no existe tal limitación.”

“La decisión de realizar o no una agrupación corresponde, según el artículo 44 del Reglamento, al propietario de los inmuebles que se tratan de agrupar, sin que de ningún precepto legal o reglamentario resulte limitada esta facultad, en el supuesto de que existieran titulares de derechos reales sobre las susodichas fincas, pues lo único que sucede es que estos titulares no se verán afectados por la agrupación realizada, y en este sentido el artículo 110, 1.º, de la Ley Hipotecaria presupone que cuando una finca hipotecada se agrupa con otra que no lo está, la hipoteca que grava a la primera se extiende a la otra porción agrupada, y norma similar se encuentra en el artículo 17 de la Ley de Censos Catalanes de 31 de diciembre de 1945.”

“Por lo tanto, la agrupación realizada es posible al no existir ningún obstáculo legal que se oponga, si bien subsistirá sobre una de las parcelas el derecho de reversión establecido a favor del Instituto Nacional de la Vivienda, en los supuestos pactados, y que podría dar lugar, en tanto subsista a una posible y futura división de la nueva finca, caso de que se ejercitase con éxito dicho derecho.”

“Al haber desistido el funcionario calificador de la primera parte del tercer defecto sólo queda por examinar el resto que hace referencia a la fijación de la cuota de participación que corresponde a cada piso o local.”

“La Ley de Propiedad Horizontal enumera en su artículo 5 —sin que tenga carácter limitativo— algunos de los elementos o valores a tener en cuenta por el propietario para la fijación de la cuota de participación que corresponde a cada piso o local, materia que en cuanto a su fondo, y por su propia índole, escapa a la calificación del Registrador, que ha de limitarse a examinar si se han cumplido los requisitos legales, y aunque no deja de llamar la atención que tras la agrupación

realizada —que lógicamente habría de dar lugar a una redistribución de cuotas entre los distintos pisos y locales, al haber aumentado dos de ellos en extensión superficial—, sigan subsistentes las primitivas cuotas señaladas para uno solo de los edificios, no cabe duda que al poder ser fijadas en su conjunto por el propietario único se ha cumplido la prescripción establecida en el párrafo 2.º del enumerado artículo 5 de la Ley.”

*Consideraciones críticas.*—Cuando hace tiempo se me comentó el hecho básico de esta Resolución entendí que la solución forzosamente tenía que ser favorable a la calificación registral. Y ha sucedido todo lo contrario. Con ello mi postura ahora resulta auténticamente comprometida, pues la tentación de volcar mi argumentación a favor de quien creía iba a salir triunfante es grande, pero eso quitaría crítica “positiva” a mis palabras. Hay que partir de las argumentaciones de la doctrina jurisprudencial y ver si ellas se ajustan a lo que la norma dice.

Tres han de ser los puntos a tratar, pues tres son los defectos que en su calificación señala el Registrador. El primero referente a la agrupación de edificios colindantes, el segundo de carácter urbanístico y el tercero referente a un problema de cuotas y porcentajes. Los temas, como se ven, tienen no sólo actualidad, sino la enjundia suficiente para ofrecer una discusión jurídica llena de matices y sugerencias.

A) *Agrupación de edificios colindantes.*—La pretensión que en la escritura se concretaba era la de agrupar un edificio dividido en propiedad horizontal —inscritas las viviendas y locales como fincas independientes— y otro edificio, sito dentro de un polígono urbanístico, consistente en un sótano y una planta baja. ¿Se puede hacer esa agrupación? El Registrador estimó que no ya que la agrupación no se contrae a los departamentos del mismo edificio. El recurrente alega que todo ello está permitido por el artículo 44, 1.º del Reglamento Hipotecario al entender que “físicamente” se trata de un solo edificio y que así parece entenderlo el número 5 del artículo 8 de la Ley Hipotecaria (argumento que no parece encajar, pues ese número del artículo 8 de la Ley Hipotecaria se está refiriendo a la inscripción independiente y no a la agrupación). Por su parte, el Notario autorizante de la escritura utiliza singularmente el artículo 44 del Reglamento Hipotecario y el expediente administrativo que le sirvió de base para hacer la escritura de donde parece deducirse la existencia de un “solo edificio” físicamente.

La principal argumentación que el Registrador hace es la de considerar que se trataba de edificios distintos, de fincas diferentes e incluso de solares sobre los que se habían construido edificaciones. Fundamentalmente se apoya en el artículo 8 de la Ley Especial al entender que sólo cabe agrupar pisos o locales pertenecientes a un solo edificio, pero no, como se pretende, a dos. Llegamos con ello a la doctrina que sienta la Dirección y que, quitando la razón al Registrador, falla a favor del recurrente estableciendo en cinco considerandos las razones bases en que se apoya para optar por esa solución.

La doctrina de la Dirección tiene dos finalidades concretas: demostrar o dejar sentado que se trataba de una unidad arquitectónica nece-

saría susceptible de una propiedad horizontal única y otra es la de demostrar que el artículo 8, 1.º de la Ley Especial no significa ningún obstáculo a lo que se lleva a cabo en la escritura cuestionada. Para lo primero utiliza como argumento el conjunto de hechos que se aportan al expediente y de los que parece deducirse que se trataba de dos solares contiguos en los que se construyó un edificio o dos tan íntimamente relacionados que forman un único cuerpo que permite la aplicación del artículo 44 del Reglamento. La segunda se logra por la vía indirecta de la consideración de que el artículo 8, 1 de la Ley Especial no contempla el caso cuestionado, refiriéndose al problema de la agrupación de pisos o locales de un mismo edificio, cosa distinta ya que aquí lo que se trata es de lograr una puesta en concordancia de la realidad registral con la extrarregistral mediante la agrupación de dos fincas urbanas en una sola.

Sería difícil combatir cualquier afirmación de las sentadas por la Dirección, salvo que pudiera demostrarse que los hechos no fueron tal y como se relatan. Algo parece inducirse del informe del Registrador, pero al no tener una demostración tangible se diluyen en "responsabilidades" sin realidades decisorias. Cuesta, de verdad, un poco trabajo imaginarse que sobre dos solares contiguos se construyese en forma definitiva un edificio sometido a propiedad horizontal y que luego, a través de un expediente administrativo, se logre la autorización para edificar un edificio de protección oficial, con cédula de calificación definitiva en el que se construye sólo un sótano y una planta baja. Claro, que cosas peores se han visto dentro de nuestra curiosa Administración. Por ello, sin argumento arrancado de la realidad, quedan sin opciones las alegaciones que se pudieran hacer en contra.

Quizá en esa argumentación sobre el artículo 8, 1.º de la Ley Especial es donde la crítica puede incidir de forma decisiva. Es preciso partir de una base real: la existencia de unas inscripciones independientes de pisos y locales, previa la genérica de obra nueva y propiedad horizontal. De esta forma sólo cabe, que es lo que expresamente dice el artículo 8, 1.º de la Ley, la agrupación de pisos o locales de un mismo edificio, pero no del edificio entero, pues para que ello suceda sería preciso *"extinguir la propiedad horizontal, cancelar todas las inscripciones, agrupar las fincas colindantes y establecer una nueva división horizontal"*. Estando vigente la independencia de la finca referida a un piso o a un local el tema es la negociación con esas fincas independientes, admitiéndose solamente en la legislación la llamada hipoteca conjunta sobre todo el edificio (artículo 218, c) Reglamento Hipotecario). No es que el edificio haya desaparecido en sí, pero sí ha sufrido tantas segregaciones o inscripciones separadas de fincas que sólo queda a inscripción subsistente en cuanto sustenta la regulación de la propiedad horizontal y los posibles elementos comunes. Sólo si se hubiese procedido en la forma que apunto, pudiera haber sido admitido el supuesto cuestionado. Haberlo admitido así es pretender llenar una laguna legal que no pudo prever el caso por ser incompatible con los principios que informan la legislación sobre propiedad horizontal.



B) *Problema urbanístico*.—Resulta que la finca que se pretende agrupar a la ya dividida en propiedad horizontal está incluida en un polígono urbanístico cuya sola enunciación hace que el intérprete se ponga en guardia ante lo peligroso del concepto y ante las variaciones legislativas que su configuración ha tenido y tendrá.

En las afirmaciones del recurrente hay algo que implica un total desconocimiento de la labor registral a través del principio calificador, pues precisamente la competencia que el Estado le atribuye para que observe la legalidad vigente está sobre cualquier otra medida que la legislación ofrezca o establezca: licencias municipales, planes urbanísticos, recurso contencioso-administrativo, etc. Es precisamente el Registro de la Propiedad, en el momento de la inscripción —es decir, cuando el acto cobra relieve frente a todos— cuando decide si la legalidad se ha cumplido o no y, por ello, puede o no ser inscrito. El informe del Notario autorizante de la escritura no profundiza en la materia alegando que después de haber sido obtenida la cédula de calificación, las licencias, etc., el acto parece ser válido y la falta, en todo caso, sería subsanable. Así como la nota del Registrador era bastante acertada, no lo es el informe, en el cual ya se centra la cuestión relacionándolo con el Decreto de 16 de junio de 1966, eludiendo la aplicación de la Ley del Suelo y hablando de un terreno o solar afecto a una serie de cargas. Esto último es aprovechado por la Dirección General para considerar que solares contiguos o fincas contiguas se pueden agrupar, aunque una de ellas esté gravada y que en el caso presente el derecho de reversión afectará sobre una de las parcelas agrupadas.

La verdad sea dicha, que ni unos ni otros se atreven a profundizar en la cuestión y entiende que si administrativamente la cosa está aparentemente legalizada, debe eludirse la cuestión y darlo por bueno. Para mí el supuesto es muy semejante a esa pretendida agrupación de fincas gananciales con privativas que, prohibida por el Código civil, encuentra una solución conformista en la Ley de Concentración Parcelaria antigua que recoge la nueva legislación. Aquí se da el agravante no de que la parcela que se agrupa está incluida en un polígono y afecta a una serie de normas, deberes, cargas y hasta a una reversión, sino que esa parcela va a integrarse en un sistema de propiedad horizontal, donde la delimitación de lo propio y lo común generará un sinfín de titularidades y de conflictos y que a la hora de la reversión, caso de producirse, será un gran semillero de discordias. Pero marginando esa problemática de mayor dificultad que la agregación de terrenos y de edificios hipotecados, lo cierto es que la parcela está por un lado sujeta a una propiedad horizontal y de otra a unas normas funcionales diferentes.

Recuerdo aquella picaresca que denunciaba en su día González Pérez en su tratado sobre la legislación del suelo, donde a través de una serie de segregaciones se iban adscribiendo a las sucesivas parcelas determinados volúmenes edificables mayores de los que en realidad podían corresponderles. ¿Puede suceder que con esta agrupación se vuelva a repetir la picaresca apuntada? No tendría nada de particular, con lo que vendría a desvirtuarse todo el posible espíritu que parece iluminar la

Ley. Como legislación del suelo y legislación hipotecaria parten de bases totalmente distintas: unas hablan de polígonos y sectores, manzanas, etcétera, y otras manejan fincas, es difícil que lleguen a una coordinación total. Si esto llega algún día será beneficioso, pero mientras tanto bueno es que los Registradores se preocupen de que una y otra legislación se cumplan en la medida que ello es posible. Es bien cierto que aquí parecían reunirse todos los atributos legales de carácter administrativo, pero hay que tener sumo cuidado con la calificación de esa clase de documentos que, aparentemente asemejados a los judiciales, carecen la mayor parte de las veces de los mínimos requisitos exigidos para la inscripción y faltos de las mínimas exigencias jurídicas.

C) *Cuota de participación.*—La nota de calificación en este tercer defecto hace alusión al incumplimiento de lo dispuesto en el apartado segundo del artículo 5 de la Ley de Propiedad Horizontal que, como sabemos, establece la necesidad de fijar la cuota de participación para cada piso o local por el propietario único, por todos los propietarios existentes, por laudo o por resolución judicial. Inmediatamente se establecen los módulos sobre los cuales puede hacerse la fijación: la superficie útil, emplazamiento, situación y uso. Según los hechos la agregación o agrupación que se efectúa exige una nueva distribución de cuotas y resulta que quedan sin variación la de los pisos, aunque se aumente la de los locales en superficie.

El problema está en saber si el Registrador puede o no “vigilar” el criterio seguido y alzarse ante una posible irregularidad en la distribución. En la discusión que se plantea en el recurso lo único que se discute es la obligatoriedad o no —el carácter imperativo o no— del precepto citado y de ahí que no quede perfectamente delimitado el problema que la Dirección endereza considerando que no es facultad del Registrador averiguar los criterios seguidos, pues al mismo le es suficiente ver si se han cumplido o no los requisitos legales. En el presente caso, como dice la Dirección, se cumplieron, aunque no deje de extrañar la falta de redistribución de cuotas entre los distintos pisos y locales, al haber aumentado dos de ellos en extensión superficial.

A mí esta falta de distribución de cuotas, unida a esta también falta de extinción de la primitiva propiedad horizontal, son las cosas que más me chocan en este recurso y que había que haber atacado desde el comienzo, sin aferrarse excesivamente a la letra de la ley. A todo pasado ya la cosa no tiene remedio, como tampoco lo tiene la cita que hace Tirso Carretero del artículo 11 de la Ley de Propiedad Horizontal, que al estudiar el problema de construcción de nuevas plantas (horizontal o verticalmente) exige la fijación de la variación de las cuotas.

# JURISPRUDENCIA

## SENTENCIAS

A cargo de Antonio CABANILLAS, Jesús DIEZ DEL CORRAL, J. A. DOVAL, Pedro ELIZALDE, Gabriel GARCIA CANTERO, Angel LUCINI y José: PERE RALUY.

### I. DERECHO CIVIL

#### 1. Parte general

1. *Renuncia de derechos. Requisitos para su validez. Hechos que no desvirtúan la renuncia.*—La renuncia de derechos ha de ser personalísima y la voluntad de renunciar ha de ser clara, terminante e inequívoca. El hecho de que, tras la renuncia, al arriendo, el arrendador percibiera rentas correspondientes al tiempo en que, tras la citada renuncia, ocupó el arrendatario el local no desvirtúa la realidad y efectividad de la misma.

*Procedimiento aplicable a cuestión arrendaticia no regulada por la LAU.*—Tratándose de un problema sobre la vigencia o extinción de un contrato que liga a las partes, no es de aplicación la LAU, al carecer de normas comprensivas de dicha cuestión y tener que acudir a la legislación común, siendo, por tanto, adecuado el procedimiento declarativo correspondiente de la L. E. C. (Sentencia de 17 de febrero de 1979; no ha lugar.)

2. *Venta de viviendas de protección oficial. Precio excesivo. Nulidad parcial.*—La contravención de la prohibición absoluta de la percepción, por el vendedor, de cualquier sobreprecio en la venta de viviendas de protección oficial, establecida por el artículo 29 del texto refundido de 24 de julio 1963, ratificada por el artículo 112 del Reglamento que lo desarrolla, de 24 julio 1968, completados por el artículo a) de la disposición transitoria 3.ª del Decreto de 4 marzo 1972, ha de llevar consigo en el ámbito civil, si no la nulidad total de la compraventa, pues esta redundaría en beneficio del vendedor, la nulidad parcial de la obligación relativa al precio excesivo, ya que dichas disposiciones sólo prevén la devolución de las cantidades indebidamente percibidas por el arrendador y ello con independencia de los actos ejecutados por los compradores que, en definitiva, no hacen sino firmar unas condiciones impuestas por el organismo vendedor. (Sentencia de 20 de marzo de 1979; no ha lugar.)

3. *Seguro de crédito a la exportación.*—Los temas traídos a la casación contemplan una modalidad de «seguro de crédito a la exportación», cuya finalidad es prestar cobertura a los riesgos derivados del fomento de la actividad exportadora, que aquí operó como «prefinanciación sin pedidos en firme» mediante la concesión de un préstamo de 500 millones de pesetas por el Banco de Crédito Industrial a MATESA para la fabricación de «stocks»

destinados al comercio exterior, operación completada por la formalización de una póliza de seguro de afianzamiento de tal crédito, en la que intervienen, además de la prestataria, Seguros de Crédito y Caución, S. A., como aseguradora y el Banco prestamista como asegurado.

*Estafa penal y causa concreta.*—La alegación de la aseguradora, para desligarse del cumplimiento del contrato, de que la estafa penada de los rectores de MATESA comporta que el contrato civil, como encaminado al fraude, careció de verdadera causa, no puede prosperar; pues aun en el ámbito de la causa concreta hay que separar el móvil meramente individual y oculto que abrigue cualquiera de los otorgantes del móvil integrado en la causa o incorporado al contrato, ya que por mucho que se acentúe el criterio subjetivista sobre la materia, siempre será menester para causalizarla que la finalidad de que se trate haya sido perseguida por ambas partes y plasmada en el acto jurídico como elemento determinante de la declaración de voluntad en concepto de móvil impulsivo.

*Causa y motivos.*—La causa no puede ser confundida con el fin individual (mero interés o motivo) que llevó a cada contratante a realizar el negocio, y por ello para que los móviles subjetivos de los otorgantes puedan tener repercusión jurídica es necesario que, reconocidos por ambos contratantes, hayan sido elevados a condición determinante del pacto concertado, actuando a manera de causa impulsiva.

*Causa ilícita.*—La nulidad radical ordenada por el artículo 1.275 Código civil únicamente se ocasionará si el negocio persigue un fin ilícito o inmoral; lo que aquí no ocurre, pues el artero proceder reprochable a los condenados socios de la prestataria no vicia la actuación contractual del Banco acreedor, víctima de dolo principal con alcance anulatorio a instancia del legitimado para ello.

*Causa del préstamo y causa del seguro.*—La condena penal impuesta a personas pertenecientes a la compañía prestataria podrá haber afectado, como realmente afectó, al contrato de préstamo realizado entre dicha entidad y el Banco asegurado, pero nada tiene que ver a los fines de la causa con la típica y propia del contrato de seguro, que es el que de ahora se trata, aunque le sirva de obligado precedente.

*Nulidad de pleno derecho.*—El artículo 6.º, párrafo 3.º, del Código civil, de sustancial similitud con el artículo 4.º, párrafo primero, del texto derogado, establece un principio general que requiere para su aplicación la cita específica de la norma prohibitiva cuya vulneración acarrea la sanción de nulidad, que obviamente habrá de buscarse entre las reguladoras de la institución concreta de que se trate, pero no en el campo del derecho punitivo, que se limita a definir las figuras delictivas y señala la correspondiente sanción.

*Error de hecho en la apreciación de la prueba.*—No hay tal error, por desconocimiento de lo proclamado en las sentencias que condenaron a MATESA, pues la Sala de instancia no ignora la existencia de tales sentencias, antes bien, las ha tenido muy presentes al entender que la cosa juzgada penal no provoca por su sola virtud la nulidad en el orden civil de los contratos en cuestión.

*Actividad de cosa juzgada. Sentencia penal.*—La autoridad de la cosa juzgada penal en el proceso civil debe ser entendida, con la más autorizada doctrina, en el sentido de que lo resuelto en la vía punitiva sobre la declaración de responsabilidad criminal y la imposición de la pena no son en sí mismas condición de ninguna norma civil y en consecuencia no podrá afirmarse que existía autoridad de cosa juzgada penal en el otro campo, sino que la vinculación del Juez a la sentencia condenatoria tiene lugar en cuanto a la existencia material del hecho, compuesta por la actividad y el resultado, al elemento psicológico del delito y el grado de participación del sujeto, apreciaciones que no trascienden al proceso civil cuando la controversia atañe a cuestiones diversas y la sentencia penal no opera prejudicialmente, en cuyo sentido enseña la jurisprudencia que tales resoluciones sólo obligan al Juez civil en aquellas afirmaciones fácticas declaradas probadas que son integrantes del tipo que se define y castigue.

*Interpretación de los contratos.*—Constituye facultad privativa del Tribunal de instancia interpretar y fijar el sentido y alcance de las cláusulas de los contratos y su criterio no puede ser sustituido a menos que resulte manifiestamente erróneo o infrinja alguna de las normas de hermenéutica del Código civil, excepción que no concurre cuando aquí el Juzgador concluye que el Banco prestamista y asegurado dio cumplimiento bastante a la obligación pactada de acreditar, de acuerdo con el uso mercantil, el destino de la suma prestada.

*Uso mercantil inexistente.*—Los informes obrantes en los autos y presentados por el Consejo Superior Bancario y el Banco de España expresan categóricamente que no existe un uso mercantil conocido que obligue a los Bancos a vigilar en el terreno de los hechos la aplicación efectiva de los préstamos otorgados con una finalidad determinada. (Sentencia de 30 de diciembre de 1978; no ha lugar.)

## 2. Derecho de la persona

1. *Título nobiliario. Mejor derecho. Prueba del parentesco.*—Según Sentencias de 21 abril 1967 y 17 noviembre 1973, en los pleitos sobre títulos nobiliarios no puede prescindirse de la prueba de la relación de parentesco, y el hecho de que la actora sea bisnieta de un poseedor anterior del título no puede probarse mediante las certificaciones de actas de bautismo y de nacimiento que se indican.

*Cosa juzgada.*—Según Sentencias de 15 febrero 1921, 30 junio 1924 y 26 octubre 1970, la excepción de cosa juzgada es perfectamente aplicable a los procesos en que se discute el mejor derecho al uso y disfrute de un título nobiliario cuando, como aquí sucede, entre el pleito terminado por Auto de 28 junio 1870 y el que es objeto de las presentes actuaciones, concurren las tres identidades exigidas por el párrafo 1.º del artículo 1.251 C. c., y, en particular, la de las personas, por ser los actuales litigantes causahabientes de los que figuraron como partes en el pleito anterior, y la actora descendiente de quien inició aquel procedimiento.

*Cesión de título nobiliario. Petición de nulidad.*—Las Sentencias de 29

mayo 1906, 6 julio 1961, 9 julio 1965 y 24 mayo 1977 sustentaron expresamente la doctrina de que cuando, como consecuencia de la cesión de un título nobiliario, se produzca una desviación en el orden sucesorio fundacional o legal, el tercero que pretenda la declaración de su preferente derecho genealógico, ha de ejercitar previa o simultáneamente la acción de nulidad de tal cesión, porque, mientras ésta no sea invalidada, el cesionario y sus causahabientes ostentan *prima facie*, una situación de hecho y de derecho merecedora de protección jurídica que hace inviable la pretensión de preferencia que pueda ejercitar cualquier persona que se crea con mejor derecho, nulidad que resulta imprescindible para impugnar la cesión y que no puede aplicarse de oficio. (Sentencia 30 de junio de 1978; no ha lugar.)

2. *Asociación Sindical de «trabajadores parados de la construcción de Murcia».* *Ilegalidad.*—No es posible erigir una asociación sindical, conforme a la Ley 19/1977, de 1 de abril, integrada exclusivamente por quienes se hallan en situación de paro o crisis de trabajo, sin perjuicio de que estas personas puedan ejercitar su derecho de asociación permaneciendo en el Sindicato a que estaban afiliados en activo o acudiendo al cauce de la Ley 191/1964, de 24 de diciembre, sobre Asociaciones. (Sentencia de 11 de abril de 1979; ha lugar.)

NOTA.—La competencia de la jurisdicción civil para conocer de la legalidad de las asociaciones sindicales que se constituyan fue establecida en el R. D. 1.048/1977, de 13 de mayo, dictado en ejecución de lo dispuesto en la disposición final de la Ley 19/1977, de 1 de abril, que regula el derecho de asociación sindical.

Posteriormente, la Ley 62/1978, de 26 de diciembre, sobre protección jurisdiccional de los derechos fundamentales de la persona, ha introducido un nuevo régimen (artículos 11 a 15), que sustituye al contenido en el citado Decreto.

Finalmente, el R. D. 342/1979, de 20 de febrero, ha ampliado el ámbito de aplicación de la Ley anterior, extendiéndolo a la protección de los nuevos derechos fundamentales declarados en la Constitución.

P. E. A.

3. *Derecho de sindicación. Fundamento.*—Su presupuesto indeclinable es el efectivo ejercicio de una actividad, pues los móviles asistenciales son siempre de menor rango que el de representación y defensa de los intereses profesionales, designio relevante y esencial, que entraña la justificación sociológica y jurídica del Sindicato, y a cuya luz han de ser interpretados los preceptos constitucionales que proclaman el derecho de sindicación.

*Principio de profesionalidad. Significado.*—La normativa concreta que disciplina la efectividad del derecho de sindicación exige de manera inequívoca el elemento profesional para la creación del Sindicato, por lo que sólo podrán ser trabajadores asociados los que lo sean por cuenta ajena, ligados al empresario por contrato de trabajo.

*Asociación Sindical de «Pensionistas de Onda» (Valencia). Ilegalidad.*—No es posible erigir una asociación sindical, conforme a la Ley 19/1977, de 1 de abril, integrada exclusivamente por quienes, debido a su edad, no pueden ser sujetos de un contrato de trabajo, ni desempeñar actividades profesionales, defecto acentuado al conceder el derecho de afiliación a todos los

trabajadores jubilados o pensionistas de la población, sin limitarse a una rama de actividad. (Sentencia de 11 de abril de 1979; ha lugar.)

### 3. Obligaciones y contratos

1. *Transmisión de acciones. Inexistente por ausencia de causa.*—Es inexistente el negocio jurídico, por falta de causa, por el que se transmitieron las 286 acciones reclamadas en la demanda, sin que el demandado haya probado, cuál le incumbía, la existencia de acuerdo posterior respecto a la venta de parte de las mismas.

*Legitimación procesal.*—Viene determinada, activamente, por la titularidad del derecho que constituye la base de la acción que se ejercita y, pasivamente, por la correlativa obligación del demandado para la efectividad de tal derecho; y si en el caso de autos el demandante ejercita su acción de nulidad de la transmisión de acciones, pidiendo en consecuencia, y así se le reconoce, que se declare su condición de accionista, una vez reconocido su derecho de propiedad sobre aquéllas puede, en el mismo pleito, exigir de la sociedad recurrente ese reconocimiento de derechos que por la recuperación de las discutidas acciones le pertenecen.

*Congruencia.*—Aun cuando no haya habido pronunciamiento expreso sobre las pretensiones deducidas por el demandado recurrente, al aceptar la sentencia en parte las peticiones del actor, ha de entenderse implícitamente rechazadas las del demandado dada la imposibilidad absoluta de subsistir unas y otras, porque el requisito esencial de la congruencia exige que se resuelvan todas las cuestiones suscitadas en el pleito, pero no que los pronunciamientos se ajusten literal y rigurosamente a dichas peticiones.

*Contradicción en el fallo.*—Conforme a reiterada jurisprudencia (Sentencias, entre otras, de 21 enero y 11 marzo 1960, 15 diciembre 1961, 30 enero 1964 y 12 junio 1978), la contradicción que ha de existir entre dos o más pronunciamientos de la sentencia para que se produzca el supuesto que previene el número 4.º del artículo 1.692 L. E. C., ha de resultar de los términos del fallo entre sí, de tal forma que suscite dudas su ejecución ante la realidad antagónica de los mismos. (Sentencia de 16 de octubre de 1978; no ha lugar.)

2. *Cláusula de estabilización. Fijación por el Tribunal.*—Establecida en el contrato como cláusula estabilizadora los índices de precios de una determinada chapa metálica, preveían los contratantes que, caso de que tal índice llegara a desaparecer, como ocurrió, sería sustituido por las partes, de común acuerdo o mediante arbitraje, y no habiéndose cumplido esa cláusula compromisoria por haberse sometido las partes a la autoridad judicial, ésta es la que estaba facultada para fijar la nueva cláusula de estabilización. (Sentencia de 21 de febrero de 1979; no ha lugar.)

3. *Resolución unilateral.*—El artículo 1.124 del Código civil dice que la facultad de resolver las obligaciones va implícita en las que son recíprocas, para el caso de que uno de los obligados no cumpla lo que le incumbe, dando en el segundo párrafo al perjudicado la posibilidad de exigir el cumplimiento o la de optar por la resolución, con el resarcimiento de daños; opción que

la misma ley prescribe cuando el cumplimiento resulta ya imposible y que fue la que eligió el vendedor de los cuadros ante la negativa, imposible de vencer, del comprador a retirar su producción durante diez años como se había comprometido en el contrato incumplido, siendo absolutamente recusable la tesis del motivo, según la cual se pretende dar al comprador que incumple sin justificación la posibilidad de resolver el contrato por sí y ante sí y normalizar su situación jurídica, devolviendo lo recibido y redibiendo lo entregado; ello supondría la absoluta ineficacia de toda contratación, o sea, el desconocimiento de la fuerza obligatoria de los contratos entre los contratantes proclamado por el artículo 1.278 del Código civil, cuando dichos contratos, como ocurre en el caso presente, reúnan las condiciones esenciales para su validez.

*Hechos.*—Se celebró un contrato de suministro de producción pictórica, cuya duración se fijó en diez años. El recurrente escribió una carta al recurrido en la que afirmó que el contrato quedaba sin efecto, es decir, procedió a resolverlo unilateralmente. El Tribunal Supremo no acogió el recurso, y por ello entendió que no procedía la resolución del citado contrato. (Sentencia de 4 de abril de 1979; no ha lugar.)

*NOTA.*—Esta sentencia es concorde con la opinión dominante en nuestra doctrina. Como dice DÍEZ-PICAZO (*Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, vol. I, Madrid, 1972, pág. 862), la legitimación para ejercitar la facultad de resolver la relación obligatoria le corresponde a la parte perjudicada por el incumplimiento. La acción resolutoria sólo compete al perjudicado. Así lo ha entendido nuestro Tribunal Supremo en numerosas sentencias, como las de 26 de septiembre de 1901, 9 de julio de 1904, y otras muchas que cita ALBALADEJO (*Derecho Civil, II, Derecho de Obligaciones. Parte General*. Barcelona, 1970, pág. 71).

A. C. S.

4. *La exceptio non rite adimpleti contractus.*—La excepción de contrato no cumplido adecuadamente, opuesta por el deudor que retiene la integridad de su prestación cuando el acreedor ha cumplido sólo en parte o de un modo defectuoso, puede resultar contraria al principio de la buena fe en la contratación proclamado en el artículo 1.258 del Código civil, atendidas las circunstancias del caso, pues respondiendo aquélla a la finalidad de protección del equilibrio entre las obligaciones recíprocas y al sinalagma funcional o interdependencia que es su característica, no podrá ser alegada la excepción de falta de cumplimiento regular cuando lo mal realizado u omitido en esa prestación parcial o defectuosa carezca de suficiente entidad con relación a lo demás bien ejecutado, conflicto de intereses que la doctrina resuelve aplicando las normas específicas de la acción redhibitoria o de la reducción del precio, y en general de la contraprestación, o acudiendo a otras soluciones que ofrece el Derecho comparado, remedios que este Tribunal ya ha contemplado precisamente para el contrato de empresa, declarando en la sentencia de 17 de abril de 1976 que sería contrario a la buena fe facultar al demandado comitente para retener el cumplimiento del resto total de su prestación cuando con una pequeña parte del mismo puede ser resarcido de las imperfecciones de la obra, en cuantía a determinar por el Juzgador de instancia.



*Cumplimiento defectuoso; resarcimiento.*—Que dentro del ámbito del contrato de obra y en la hipótesis de ejecución parcialmente no acomodada a la *lex artis* o pericia profesional requerida, tal imperfección o cumplimiento defectuoso, no contemplado en la parca regulación que el Código civil dedica a tal figura para evento distinto del aludido en el artículo 1591, provocará la condigna responsabilidad del contratista ante el comitente por cumplimiento irregular o inexacto de la obligación, con derecho al consiguiente resarcimiento, que se traducirá bien en la reparación específica o *in natura* si así se postula, a fin de realizar las obras correctoras precisas, incluso a costa del contratista (arts. 1.091 y 1.098 del Código civil), bien en el cumplimiento por equivalencia (art. 1.101) por reducción en el precio, siempre, claro está, que los vicios de la obra no alcance tal grado de imperfección que por hacerla impropia para satisfacer el interés del comitente permita la utilización de las acciones del artículo 1.724 del Código civil; medida de la disminución proporcional del precio en razón de las deformidades o vicios, no obstante, ser la obra hábil para su destino, que es una de las establecidas para tal supuesto por ordenamientos positivos foráneos y también autorizada por nuestro derecho general de obligaciones, según la jurisprudencia tiene resuelto, como en concreto ha declarado la precitada sentencia de 17 de abril de 1976 y se desprende del criterio mantenido por las de 10 de noviembre de 1970, 1 de febrero y 25 de noviembre de 1971 y 17 de enero de 1975, recaídas en materia de resarcimiento por ejecución viciosa de la obra.

*Consecuencias del cumplimiento parcialmente irregular.*—Para su determinación habrá de operarse, entre otros factores, con el principio de buena fe, en cuanto impone a los sujetos de la relación obligatoria lealtad y corrección ajustadas a las exigencias del tráfico.

*Documento auténtico.*—Existe una doctrina constante de esta Sala en el sentido de que carecen de autenticidad los dictámenes o informes técnicos. (Sentencias de 8 y 9 de marzo de 1971, y otras).

*Prueba pericial.*—Toda la materia concerniente a la prueba pericial, en cuanto de libre apreciación por el Tribunal de instancia conforme a las reglas de la sana crítica (artículo 632 de la Ley Adjetiva), está sustraída a la censura de la casación (Sentencia de 30 de septiembre de 1966, y otras muchas). (Sentencia de 15 de marzo de 1979; no ha lugar.)

*Hechos.*—Una Comunidad de Propietarios celebró un contrato de obra con un constructor, por cuya virtud éste se comprometió a realizar una serie de trabajos de conservación y mejora de un edificio. El constructor realizó la casi totalidad de las obras, con excepción de dos de escasa significación atendiendo al volumen de las pactadas, y además ejecutó defectuosamente una parte de las mismas. Por estos motivos, la Comunidad de Propietarios se negó a pagar el precio ajustado.

La Audiencia Territorial decidió que la Comunidad de Propietarios debía pagar una parte del precio fijado (reducción equitativa del precio). Ante esta decisión, la Comunidad de Propietarios interpuso recurso de casación, alegando que no estaba obligada a recibir las prestaciones del constructor, por haber sido realizadas de forma parcial y defectuosa. No prosperó el recurso ante el Tribunal Supremo.

NOTA.—Esta sentencia distingue el incumplimiento total y definitivo del cumplimiento parcial o defectuoso, señalando las consecuencias jurídicas que se producen en uno y otro caso. Se afirma que en el supuesto de simple incumplimiento parcial o defectuoso no procede la *exceptio non rite adimpleti contractus* (cfr. art. 1.124 C. c.), si lo mal realizado u omitido carece de suficiente entidad en relación a lo demás ejecutado. En este supuesto sólo procederá una acción del acreedor dirigida a la reparación específica o *in natura* o la reducción del precio.

Esta sentencia del Tribunal Supremo tiene un notable interés porque, como pone de relieve, la hipótesis de cumplimiento defectuoso de la prestación no está contemplada en la parca regulación que el Código civil dedica a tal figura para evento distinto del aludido en el artículo 1.591.

La doctrina de esta sentencia es concorde con la que estableció la sentencia de 17 de abril de 1976, y con la posición sustentada por nuestra doctrina más autorizada. Díez-PICAZO (*Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, vol. I, Madrid, 1972, págs. 686-692) analiza ampliamente el problema de la ejecución de una prestación defectuosa, y, en concreto, señala las acciones de protección del acreedor frente al cumplimiento defectuoso. Destaca que en los casos de prestación defectuosa la resolución o redhibición posee un alcance excepcional y exige una frustración del fin del contrato: en particular, que la prestación defectuosa no sea útil por no servir al fin al que se la había destinado, o que el interés del acreedor sea atendible en la resolución, por no aparecer la resolución como abusiva o como contraria a la buena fe.

A. C. S.

5. *Mora del deudor*.—Que la mora del deudor, como hipótesis de incumplimiento, ciertamente requiere, entre otros elementos, la liquidez de la cantidad exigible cuando se trata de obligaciones pecuniarias, presupuesto que ha llevado a la doctrina jurisprudencial a entender por aplicación del brocardo *in illiquidis non fit mora* que faltará tal requisito cuando la determinación de la suma depende de un litigio previo encaminado a precisarla. (Sentencias de 19 de diciembre de 1951, 31 de marzo de 1955, 18 de noviembre de 1960, 3 de mayo de 1961, 8 de junio de 1966, 18 de noviembre de 1970, y 5 y 26 de marzo de 1976, entre otras), lo que de ordinario significará por parte del deudor una conducta ajustada a los usos del tráfico al oponerse al monto reclamado y la parcial estimación de la demanda consiguiente a esa buena fe en la oposición (Sentencias de 31 de mayo de 1954, 21 de febrero y 10 de abril de 1970 y 28 de febrero de 1975); pero es manifiesto que no se dará tal falta de concreción cuando el actor postula el abono de una cantidad exacta, razonablemente fundada en el título constitutivo de la obligación, sin que sea menester proceso alguno para fijarla, por lo que al no haber sido objeto de rectificación en su cuantía se produce mora conforme a los artículos 1.100, párrafo primero, y 1.101 del Código civil, que debe llevar aparejada la condigna sanción al pago de los intereses en la forma prevenida por el artículo 1.108 del mismo cuerpo legal, según tiene declarado esta Sala en Sentencias de 26 de noviembre de 1955, 22 de febrero de 1956 y 24 de abril de 1972. (Sentencia de 11 de diciembre de 1978; ha lugar.)

*Hechos*.—Se celebraron unos contratos para la realización de determinadas obras. El comitente no pagó a los constructores el precio convenido. Por esta causa, éstos pidieron el abono de dicho precio y de los intereses legales, derivados de la actuación morosa del comitente. El Juzgado acogió todos los pedimentos de la demanda. Sin embargo, la Audiencia Territorial

absolvió al demandado del pago de los intereses legales. Los constructores interpusieron recurso de casación para conseguir que se les abonasen los citados intereses legales. El recurso fue acogido por nuestro Tribunal Supremo.

NOTA.—LACRUZ (*Elementos de Derecho Civil. II. Derecho de Obligaciones*, vol. 1.º, Barcelona, 1977, pág. 109) señala que el requisito general de la iliquidez no debería servir, como sirve a veces, para eximir el pago de intereses cuando se incumplen obligaciones sobre cuyo importe mínimo hay acuerdo entre las partes, o cuya liquidación se retrasa arteramente por el deudor.

Es interesante consultar la opinión matizada de DÍEZ-PICAZO (*Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, vol. I, Madrid, 1972, pág. 671) sobre la aplicación de la máxima *illiquidis mora non fit*, y el parecer de ALBALADEJO (*Derecho Civil. II. Derecho de Obligaciones. Parte General*. Barcelona, 1970, página 124, nota 120), que cita numerosas sentencias que tratan sobre esta cuestión.

A. C. S.

6. *Mora del deudor*.—A tenor de lo regulado en el artículo 1.100 Código civil la situación de mora, generante de indemnización de daños y perjuicios, se produce no por consecuencia de la fecha de terminación de una obra que deba ser entregada, sino desde que el acreedor exija judicial o extrajudicialmente al deudor el cumplimiento de su obligación, situaciones no dadas en el caso.

*Hechos probados*.—Es norma indeclinable en casación, reconocida en este Tribunal en Sentencias de 18 de febrero, 14 de junio y 27 de octubre de 1965, entre otras, el respeto a los hechos que, como probados, contenga la sentencia dictada en instancia, pues lo contrario supondría, de modo inadecuado, hacer supuesto de la cuestión, tratando de sustituir el recurrente con su criterio, el más autorizado de la Sala sentenciadora, según indican las Sentencias de 3 de diciembre de 1923, 6 de julio de 1932, 13 de junio de 1936 y 20 de febrero de 1940.

*Prueba de confesión*.—El artículo 1.232 del Código civil, referente a la prueba de confesión, no puede ser determinante de casación, considerándola aisladamente del resto del material probatorio tenido en cuenta por la Sala sentenciadora de instancia, al no gozar tal específico medio de prueba de preferencia en la clasificación de las que admite la ley, como lo demuestra el distinto orden de enumeración que en el Código civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil se le señala, según tiene declarado esta Sala en Sentencias, entre otras, de 5 de abril de 1923 y 2 de junio de 1932. (Sentencia de 12 de febrero de 1979; ha lugar.)

*Hechos*.—Se celebró un contrato de permuta mediante el cual el demandante se obligó a entregar a los demandados un terreno para edificar, a cambio de la obligación asumida por éstos de la entrega de determinadas obras construidas sobre dicho terreno. Los demandados dejaron sin construir una parte del terreno, y además no entregaron las viviendas y locales en el tiempo fijado.

El Juez de Primera Instancia condenó a los demandados a entregar al demandante las viviendas y los locales, la parte del terreno no construido y a indemnizarle de los daños y perjuicios ocasionados por la demora en

la entrega de las citadas construcciones. La Audiencia Territorial negó la existencia de mora en la entrega y la necesidad de entregar al demandante el terreno no edificado. El Tribunal Supremo declaró igualmente la inexistencia de la mora, pero, estimando los motivos 4.º y 5.º del recurso, consideró que había de ser entregada al demandante la parte del terreno no edificada.

NOTA.—En esta sentencia se contempla el conocido negocio de la cesión de terreno a cambio de la entrega en propiedad de determinados pisos o locales. En el caso de autos, este negocio se configuró como una permuta, que presenta la peculiaridad de generar el intercambio de una cosa actual (terreno) por una cosa futura (pisos o locales que han de ser construidos), como ha puesto de relieve SAINT ALLARY (*Vente de terrain a bâtir contre appartements*. Conferencia pronunciada en París el día 17 de abril de 1969. CRIDON).

En esta sentencia no se abordan los numerosos problemas jurídicos que presente este negocio, que se ha impuesto en el ámbito de la construcción inmobiliaria por razones de orden financiero: permite al promotor no tener que desembolsar inmediatamente el precio del terreno, que suele ser muy elevado.

Para comprender la amplia problemática jurídica que presenta el citado negocio, y los cauces jurídicos impuestos por la práctica, puede consultarse el referido estudio de SAINT ALLARY, y los de DAGOT, *La cession de terrain moyennant remise de locaux à construire*, París, 1976; STEMMER, *Les cessions de terrains contre locaux à construire*, Lyon, 1971, y LUCAS FERNÁNDEZ, *Notas sobre los negocios jurídicos de cesión de solar a cambio de viviendas o locales que en él se construyan*, en *Anales de la Universidad de Murcia*, volumen 21, número 2, curso 1962-1963.

A. C. S.

7. *Tercera de mejor derecho. Créditos en sentencia firme.*—El núm. 3.º del artículo 1.924 C. c. atribuye preferencia a «los créditos que sin privilegio especial consten: a) En escritura pública. b) Por sentencia firme si hubieran sido objeto de litigio», precisando a continuación que «estos créditos tendrán preferencia entre sí por el orden de antigüedad de la fecha de las escrituras y de las sentencias», casos en que la certeza del crédito parece «prima facie» evidente, habida cuenta la intervención del fedatario público en la primera hipótesis y el procedimiento judicial en la segunda, garantizan la normal correspondencia entre la realidad documentada y la realidad jurídica, por tanto no es el crédito en sí lo que concede el privilegio, sino la circunstancia de aparecer éste reflejado, cualquiera que sea su naturaleza jurídica, en uno de estos documentos.

*Anotación preventiva de embargo.*—La anotación preventiva de embargo no da al acreedor que la obtiene preferencia respecto de otros anteriores, ya que, como resultado de una providencia judicial dirigida únicamente a garantizar las consecuencias del juicio, no crea ni declara algún derecho, función propia de la sentencia, que sería, en su caso, el verdadero título a estos efectos, ni altera la naturaleza de las obligaciones, ni produce otros efectos que los de que el acreedor que la obtenga sea preferido en cuanto a los bienes anotados, solamente contra los acreedores que tengan contra el mismo deudor otro crédito contraído con posterioridad a la anotación. (Sentencia de 30 de octubre de 1978; ha lugar.)

8. *Tercería de mejor derecho. Preferencia de créditos.*—Cuando el tercerista, con anterioridad a haber promovido la tercería, inició un juicio ejecutivo para hacer efectivo su crédito y en él se ha pronunciado sentencia de remate, planteándose la tercería contra otro ejecutivo también planteado, y en el que igualmente se ha pronunciado sentencia de remate, origina que la preferencia para el cobro de los respectivos créditos sea por el orden riguroso de las fechas de firmeza de las correspondientes sentencias, dado que conforme indica la reiterada doctrina de esta Sala, desde el momento en que la reclamación tuvo que plantearse judicialmente para su efectividad haciéndose litigiosa, su certeza no viene notoria, en especial respecto a tercero, hasta la firmeza de la sentencia, y en tal caso, precisando por su condición de cuestión litigiosa, lleva a la aplicación del epígrafe b) del núm. 3.º del artículo 1.924 del C. c., toda vez que el crédito se convierte en litigioso a partir de que se plantea el ejecutivo.

*Tercería de mejor derecho. Preferencia de créditos.*—La cuestión controvertida en este recurso se contrae a determinar si la preferencia entre los dos títulos en pugna (el del tercerista recurrido, póliza de préstamo y crédito intervenida por Agente de Comercio Colegiado adecuadamente liquidada, en base a la cual se promovió juicio ejecutivo que concluyó en sentencia firme de 4 de mayo de 1974, y el del recurrente, letras de cambio protestadas que dieron lugar a otro juicio, concluido por sentencia firme de 12 de julio de 1974, en cuyo comienzo se trabó embargo sobre bienes del deudor que se anotó preventivamente en el Registro de la Propiedad el citado día 12 de julio de 1974), se ha de regular por lo dispuesto en el art. 1.923, 4.º, del C. c., que es la tesis del recurrente, o por lo prevenido en el art. 1.924, 3.º, b), que es el criterio de la sentencia recurrida, y cuya discrepancia ha de ser resuelta conforme a lo en ésta sostenido, toda vez que el crédito del tercerista es anterior al indicado embargo y subsiguiente anotación preventiva del mismo, y en su consecuencia es visto que tal anotación preventiva es inoperante a efectos de determinar la preferencia discutida, ya que de conformidad con lo dispuesto en el aludido art. 1.923, 4.º, del C. c., en relación con el art. 44 de la L. H., y reiterada jurisprudencia de esta Sala, la anotación preventiva del embargo no produce otros efectos para el acreedor que la obtenga que el de ser preferido en cuanto a los bienes anotados solamente contra los acreedores que tengan contra el mismo deudor otro crédito contraído reconocido después de la anotación, pero no respecto de los anteriores a la misma, circunstancia esta última que es la concurrente en el crédito de la entidad tercerista.

*Tercería de mejor derecho. Preferencia de créditos.*—La expresión «créditos que hubiesen sido objeto de litigio» contenida en el art. 1.924, 3.º, b) no hay que entenderla referida al aspecto genérico de mera reclamación judicial, sino al específico, reconocido ya en reiteradas sentencias, de créditos que consten por sentencia firme y por tanto a los de remate pronunciada en juicio ejecutivo que tiene ese carácter.

*Tercería de mejor derecho. Efectos de embargo.*—El embargo no modifica ni afecta a la naturaleza jurídica de la obligación para cuya efectividad

coactiva se decreta, ni determina preferencia alguna en cuanto al cobro del correlativo crédito, no comprendido, como en este caso ocurre, en alguno de los preceptos legales reguladores de tales preferencias, y consiguientemente no puede prevalecer frente a una sentencia de remate de fecha anterior a la otra que cubre el crédito de aquél, porque dado el carácter litigioso de ambos créditos, desde el momento que se sometieron a la ejecución judicial, es de aplicación terminante, conforme viene razonado, el art. 1.924, 3.º, b) del C. c., que da preferencia a dicha sentencia en que se apoya la entidad tercerista, por su fecha anterior en relación con la que se ampara la también acreedora demandada en tercería. (Sentencia de 24 de enero de 1979; no ha lugar.)

9. *Contratos civiles y administrativos. Distinción.*—El contrato denominado «arrendamiento concesional de terrenos destinados a explotaciones mineras de dolomía» otorgado por una Junta Vecinal, es de naturaleza civil, al recaer sobre bienes de propios y, siendo las canteras de escasa consideración, encuadrarse los minerales que se obtienen en el grupo A) del art. 3, párrafo 1 de la Ley de Minas, de 21 de julio de 1973.

*Juicio de desahucio. Consignación de rentas para apelar.*—La exigencia del artículo 1.566 de la Ley de Enjuiciamiento Civil es de inexcusable cumplimiento, teniendo en cuenta su naturaleza de requisito procesal, necesario para que el órgano «ad quem» pueda examinar el fondo del recurso.

*Compensación. Requisitos para su alegación.*—El artículo 1.196 del Código Civil exige que sea demostrada la realidad de la deuda que se invoca, su exigibilidad y que sea líquida. (Sentencia de 3 de julio de 1978; No ha lugar.)

NOTA: El Tribunal Supremo llega en esta sentencia a una solución adecuada del problema planteado, aunque pueden utilizarse argumentos diferentes de los que él utiliza. Como bien señala el contrato litigioso es de naturaleza civil y no administrativa, calificable como arrendamiento, por la fundamental razón de que su objeto son terrenos patrimoniales, de propios (art. 5 del Reglamento de Bienes de las Entidades Locales, de 27 de mayo de 1955), de una Junta Vecinal, los cuales son susceptibles de tráfico jurídico-privado (art. 75 del Reglamento). Por consiguiente, el desahucio no podrá realizarse en vía administrativa, reservada para los bienes de dominio público o comunales (art. 107 del mismo), sino que deberá instarse ante la jurisdicción ordinaria, conforme a los artículos 1.561 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

A los efectos indicados es irrelevante cuál sea la sección, de las indicadas en el artículo 3 de la Ley de Minas, de 1973, en que corresponda encuadrar el yacimiento mineral explotado en el terreno objeto del arrendamiento.

Frente al criterio, implícito en la sentencia, de que los recursos de la sección A) siguen la condición del terreno en que se hallen, la Ley dispone tajantemente que «todos los yacimientos de origen natural y demás recursos geológicos... son bienes de dominio público...», concretamente del Estado, aunque esto último no lo precisa el artículo 2 de la citada Ley.

Lo fundamental, aunque no aludido por el Alto Tribunal, debe ser distinguir la relación existente entre la Corporación Local y el arrendatario, por la que se cede a éste el uso del terreno, de la que media entre el mismo arrendatario y el Estado, autorizándose al primero el aprovechamiento de los recursos mineros (regulan estas autorizaciones los arts. 16 y 17 de la Ley, 27 a 37 del Reglamento para el Régimen General de la Minería, de 25 de agosto de 1978). Ambas relaciones jurídicas son de distinta naturaleza, pri-

vada la primera y pública la segunda, como corresponde al objeto propio de cada una de ellas.

P. E. A.

10. *Interpretación del contrato.*—La Jurisprudencia de esta Sala ha declarado de forma constante y uniforme que en la interpretación de los contratos debe prevalecer la verdadera intención de los contratantes sobre el sentido literal de los términos empleados en el documento de que se trate (Sentencias de 30 de octubre de 1975 y 16 y 17 de febrero de 1977) y que para captarla debe acudirse no sólo a los actos coetáneos y posteriores, como señala el artículo mil doscientos ochenta y dos del Código civil, sino también a los anteriores realizados por quienes suscribieron dicho convenio (Sentencias de 28 de septiembre de 1975 y 10 de noviembre de 1977).

El problema relacionado con la interpretación de los contratos es función privativa de los Tribunales de Instancia y la solución a que lleguen en ese extremo debe respetarse en casación, salvo que sea ilógica, absurda, aun cuando surgiera alguna duda acerca de su absoluta exactitud (Sentencias de 16 de diciembre de 1977 y 10 de marzo de 1978).

*Incongruencia.*—La nulidad del contrato por ser simulado y carente de causa y la necesidad de aplicar lo dispuesto en el artículo 1.275 del Código civil no se alegó oportunamente durante el período expositivo del pleito, por lo que la decisión judicial que le puso término no pudo acoberser esa excepción sin incurrir en el vicio de incongruencia a que se refiere el artículo 359 de la Ley Procesal.

*Ejercicio de la acción resolutoria.*—Aun cuando la Jurisprudencia de esta Sala haya exigido para el ejercicio de dicha acción que quien desee hacerla valer ante los Tribunales no haya incumplido las obligaciones que le concernían (Sentencias de 6 de julio de 1976 y 29 de marzo de 1977) no debe olvidarse en cambio que semejante requisito es inoperante cuando ello ocurrió como consecuencia del incumplimiento anterior del otro, porque, en tal caso, la conducta de éste fue la que originó el derecho de resolución de su adversario y la que le liberó de su compromiso (Sentencias de 1 de abril de 1925, 21 de octubre de 1959 y 20 de diciembre de 1976), que es precisamente lo que ha ocurrido en la hipótesis que aquí se discute.

*Hechos.*—Se celebró un contrato de venta de un tractor. El demandado no entregó el tractor y por ello el demandante suspendió el pago del precio y solicitó la resolución del citado contrato. El Juzgado y la Audiencia acogieron la pretensión del demandante. No progresó el recurso ante el Tribunal Supremo. (Sentencia de 6 de julio de 1978; no ha lugar.)

NOTA.—Es indudable que está legitimado para demandar la resolución quien ha incumplido su obligación cuando dicho incumplimiento se ha producido como consecuencia del incumplimiento anterior de la otra parte (cfr. Díez-PICAZO, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*. Vol. I. Madrid, 1972, pág. 862). El derecho a la resolución nace del incumplimiento del primero. ALBALADEJO (*Derecho Civil. II. Derecho de Obligaciones. Parte General*. Madrid, 1970, pág. 71. Nota 115) cita numerosas sentencias de nuestro Tribunal Supremo que se pronuncian en este sentido.

A. C. S.

11. *Compraventa de piso. Resolución por incumplimiento. No puede pedirla el vendedor que incumple la obligación de entregarlo libre de cargas.*—Es conocidísima la jurisprudencia de esta Sala según la cual la resolución contractual la puede pedir solamente la parte que cumplió con su obligación o que esté dispuesta a cumplirla, pero no quien, como el recurrente, la ha incumplido al no entregar la cosa libre de cargas.

*Artículo 1.504. No es válido el requerimiento condicional.*—El requerimiento a que se refiere el artículo 1.504 C. c. no consiste en una declaración unilateral de voluntad encaminada a que el comprador cumpla su obligación de pagar el precio y a que, si no lo hace, se resuelva el contrato, sino que ha de hallarse dirigida a que se tenga por resuelto el vínculo contractual por haber incumplido el comprador su obligación de pagar el precio de la cosa vendida. (Sentencia de 6 de febrero de 1979; no ha lugar.)

Es pacífica en la doctrina la naturaleza del requerimiento contemplado en el artículo 1.504, tal como lo recoge la sentencia extractada, y que debe estar dirigido no al pago, sino directa e inmediatamente a la resolución.

12. *Compraventa de camión. Libertad del consentimiento. Doctrina general.*—La voluntad, base esencial del contrato, ha de ser, para que lo genere libre, racional y consciente, sin vicios o circunstancias que excluyan o limiten estas condiciones; y tanto la doctrina como la Ley estiman como un obstáculo para la validez del consentimiento el prestado con error, porque desviándolo éste del verdadero conocimiento, el que se halla conforme con la realidad y la naturaleza de las cosas y las circunstancias esenciales que lo integran, recae sobre algo distinto de lo querido, rompiendo así, en unos casos, la unidad del mutuo consentimiento y variando en otros, o siempre, el verdadero objeto del contrato o sus circunstancias en contradicción con el concepto fundamental del mismo, al no responder lo que quisieron con error a lo que querían sin él.

*Error sustancial. Inclinación a la Dirección subjetiva.*—Las cuestiones a que doctrinal y prácticamente dio lugar la definición o significado del error sustancial, desviándose en dos direcciones, objetiva la una y subjetiva la otra, encuentran una clara inclinación a la segunda en cuanto el artículo 1.266 C. c. se refiere a las condiciones que hubieran dado motivo al contrato, con lo cual no se sustrae al imperio de las partes la determinación del concepto de sustancialidad objeto del error, sino que somete la base de hecho de esa determinación a la libre apreciación de las mismas, y queda convertida en una cuestión *de facto* de la soberana apreciación de los Tribunales de instancia. Sentencias de 5 de marzo de 1960, 8 de mayo de 1962, 30 de septiembre de 1963, 2 de marzo de 1965, 26 de noviembre de 1974 y 7 de abril de 1976), no afectando al error los acontecimientos posteriores a la prestación del consentimiento (S. de 8 de enero de 1962), siendo los errores puramente materiales de una cuenta subsanables en cualquier momento, por lo que no dan lugar al recurso de casación (Sentencias de 13 de diciembre de 1934, 18 de diciembre de 1965 y 17 de diciembre de 1974).

*Omisión como desembolso inicial del valor del camión viejo. No es error sustancial.*—Habiendo mediado la plena conformidad de comprador y vende-



dora sobre la cosa vendida (camión Barreiros tipo 42/20) y el precio (721.920 pesetas), la mera omisión o inexactitud que supuso no haber computado como desembolso inicial la suma de 150.000 pesetas en que había sido valorado otro camión usado marca SAVA, que el comprador había entregado en tal concepto, no puede constituir el supuesto de *error in substantia* alegado por el comprador, porque no cabe calificarlo de inexcusable, en cuanto pudo haber sido evitado al no recaer sobre las cualidades o condiciones esenciales de la cosa contratada, por lo que no determina su nulidad, en favor de cuyo mantenimiento por exigencias de seguridad jurídica se pronuncia también constante y uniforme jurisprudencia, y sólo debe dar lugar a su oportuna corrección de cuenta. (Sentencia de 29 de diciembre de 1978; no ha lugar.)

Sentencia docta (Ponente: Bonet Ramón) en la que abundan las declaraciones de tipo general. No se discutió, sin embargo, en el pleito, ni entra en ello la sentencia, el tema de la posible calificación de este frecuente contrato de la vida económica actual que puede definirse como de «intercambio de vehículos, uno nuevo y otro usado, con una determinada compensación dineraria». En la doctrina se ha defendido recientemente su carácter de permuta atendiendo, al menos, a la intención del supuesto comprador (MERINO HERNÁNDEZ, *El contrato de permuta*, Madrid, 1978, p. 21, nota 53). Cabe dudar, no obstante, que aun aceptando este criterio el resultado hubiera sido diferente.

G. G. C.

13. *Compraventa de muebles con precio aplazado. Pago mediante letras de cambio aceptadas y endosadas. Acción causal. Reclamación de cantidad.*—Las letras, signo e instrumento del pago aplazado, han sido aportadas al pleito por la parte vendedora y recurrida, entregadas a él por la endosataria y, consiguientemente, interrumpida la transmisión cambiaria y, con ello, la posibilidad de presentación al pago—y el pago mismo—por el aceptante recurrente, o al menos la seguridad para éste, demandado por el ejercicio de la acción causal, de que no lo iba a ser por la cambiaria; en este sentido, de acuerdo con el último párrafo del artículo 1.170 C. c., pudo lícitamente el vendedor, cumplida la condición resolutoria por el hecho del impago, vencidos los plazos y ser así exigible el precio pactado en la compraventa, ejercitar la acción personal nacida de ésta y derivada del incumplimiento aludido, sin necesidad alguna de exigir el pago con los efectos aceptados, porque vista la frustración del endoso, y consiguiente transmisión, y el no ejercicio de la acción cambiaria por la endosataria, la acción causal, o como dice la norma citada «la acción derivada de la obligación primitiva» recobró su plena virtualidad y posibilidad de ejercicio. (Sentencia de 28 de febrero de 1979; no ha lugar.)

El pago mediante letras de cambio constituye una facilidad para el acreedor y nunca puede significar una restricción o limitación de sus derechos, como ocurriría en el presente caso de negarse al vendedor el uso de la acción causal por la mera circunstancia de haber sido endosadas las letras aceptadas por el comprador.

14. *Repercusión del arbitrio de plusvalía al propietario ejecutado.*—Aun reconociendo la dificultad que encarna la imputación del pago al antiguo

dueño del inmueble, que se transmitió por un precio inferior al de su valoración pericial y por un acto documentado en el que él no intervino, hay que reconocer, sin embargo, que en las transmisiones a título oneroso, el comprador está obligado al pago, si bien con la facultad de repercutirlo contra el enajenante. (Sentencia de 31 de marzo de 1978; no ha lugar.)

15. *Compraventa de inmuebles. Diferencia entre la cantidad efectiva en el momento de la conclusión del contrato y la estimada por las partes.*—El Código civil, en sus artículos 1.469 a 1.472, no se refiere a un inexacto cumplimiento de la obligación de entregar, sino a una discrepancia entre la cantidad efectiva y la erróneamente estimada por las partes o, al menos, por una de ellas, excluyendo la sanción del incumplimiento, porque se trata de un mero error de cálculo que deja en pie el contrato y puede conducir, con su rectificación, a una modificación del precio.

*Venta de cuerpo cierto. Régimen jurídico.*—Estamos ante este supuesto, no sólo cuando en el contrato no es precisado el precio singular por unidad de medida, ni las dimensiones globales de la finca, sino también cuando, especificada la superficie, no es indicado un precio por unidad de medida, pues entonces se presume que aquella individualización no había tenido para las partes valor esencial; en estos casos, ni comprador ni vendedor pueden pretender una variación del precio cuando las dimensiones efectivas del inmueble resulten menores o mayores que las indicadas en el contrato.

*Error de hecho. Documento auténtico a efectos de casación.*—No tiene este carácter el contrato de compraventa que ha sido objeto de exégesis e interpretación por los juzgadores de instancia, los cuales realizaron una apreciación conjunta de la prueba, siendo su descomposición imposible.

*Interpretación contractual. Conjunta de las diversas cláusulas de los contratos.*—El artículo 1.289 del Código civil tiene carácter subsidiario, presupone, para que sea aplicable, que existan dudas y no puedan resolverse por las normas de interpretación que le preceden. (Sentencia de 4 de abril de 1979; no ha lugar.)

16. *Arrendamientos urbanos. Excepciones a la prórroga forzosa. Proyecto de derribo. Incongruencia.*—Para que pueda prosperar la causa 2.ª de excepciones a la prórroga forzosa prevista en el artículo 62 de la LAU se precisa que se de la posibilidad constructiva a que viene supeditada la demolición pretendida, al ser la esencia que precisamente da vida a la excepción de prórroga instada, por lo que toda cuestión que a ello afecte es plenamente congruente desde el momento que es presupuesto esencial e imprescindible de la acción promovida y sin el cual ésta no puede tener viabilidad.

*Arrendamientos urbanos. Excepciones a la prórroga forzosa. Edificaciones provisionales.*—El artículo 91 de la LAU no constituye una pieza suelta, autónoma ni dislocada, sino que forma parte de la Sección 3.ª del capítulo XII del texto articulado de dicha Ley, debido a que el derribo, en sus diferentes modalidades, no se autoriza más que al servicio de una finalidad social constructiva de aumento de inmuebles en bien común, finalidad que cuando es inexistente no justifica la excepción a la prórroga del uso en arrendamiento, pues en otro caso serviría para producir daños inútiles y agravar los problemas sociales que la Ley trata de resolver. (Sentencia de 6 de febrero de 1979; no ha lugar.)

NOTA.—Solicitada por el actor, luego recurrente, al amparo de lo dispuesto en los artículos 114, núm. 11, en relación con el 62, núm. 2, y el 92, todos de la LAU, la resolución de sendos contratos de A. U. de locales contiguos dedicados a garaje con edificaciones que aquél reputaba provisionales y aceptada su pretensión por el Juzgado de 1.ª Instancia en cuanto a uno de los contratos, pero no respecto del otro, la Audiencia, en alzada, desestimó tal pretensión respecto a ambos locales, argumentando que era inoperante el derribo proyectado por el actor, pues en virtud de nuevas pruebas practicadas, resultaba ser no edificables los terrenos de las fincas arrendadas (como zona de remodelación urbana), y ello con independencia del carácter provisional o fijo que se da a las edificaciones construidas por el demandado recurrido, es decir, el arrendatario. El recurrente en su recurso alega incongruencia de la sentencia recurrida e interpretación errónea del artículo 91 de la LAU.

A. L. C.

17. *Arrendamiento de local por plazo de diez años. Desistimiento del arrendatario. Cuestiones nuevas.*—No puede prosperar el motivo que, por vía del artículo 1.692, núm. 1, de la LEC, denuncia la violación del artículo 1.091 en relación con los 1.256 y 1.258, todos ellos del C. c., ya que resulta indudable que el juzgador no dejó de tener en cuenta todos esos preceptos, pues partiendo de la existencia de un contrato entre las partes válido y eficaz, no se trata sino de determinar las consecuencias del voluntario desistimiento por el demandado como arrendatario, luego no cabe decir que los mismos hayan sido violados; pero es que además, en su desarrollo, lo que plantea el recurrente son dos cuestiones bien distintas del enunciado del motivo, siendo una de ellas un problema de interpretación de las cláusulas de dicho contrato y otro, una posible exculpación de aquel voluntario desistimiento contractual, al hacerlo recaer en la necesaria autorización por parte del arrendador del permiso para la construcción de las obras exigidas por la Autoridad Municipal, motivando su comportamiento, el abandono del local; cuestiones que, además de ser ajenas a los preceptos que se dicen infringidos, es que, ni fueron discutidos en su momento ni resueltas por la sentencia, por lo que no pueden ser traídos al recurso. (Sentencia de 3 de febrero de 1979; no ha lugar.)

NOTA.—En el pleito origen del recurso que dio lugar a la sentencia extractada, el actor (ahora recurrido), como propietario arrendador y el demandado (ahora recurrente), como arrendatario, convinieron y formalizaron en documento privado un contrato de arrendamiento—local en un inmueble del actor que había de ser destinado a almacén y fabricación de productos lácteos—, por tiempo de diez años cuya renta se habría de pagar por meses anticipados; y habiendo tenido el arrendatario el goce del local arrendado desde su inicio, en 1 de julio de 1969, le puso fin en 5 de septiembre de 1974, al haber sido compelido por la Autoridad Municipal a fin de que cesase en la actividad para la que específicamente se arrendó el local; mas como las pruebas practicadas, patentizaron que era totalmente atribuible al demandado la decisión administrativa, que ni siquiera impugnó, por la que se le conminaba a poner fin a su actividad, puesto que tal acuerdo fue motivado por su resistencia a la ejecución de un muelle de carga y descarga cuya construcción era hacendera y ni siquiera relativamente costosa, que reiteradamente se le había ordenado por la ludida autoridad municipal, el Juzgado de 1.ª Instancia en primer lugar y más tarde la Audiencia Territorial en la sentencia recurrida condenaron al demandado al pago de las ren-

tas en descubierto hasta el día del vencimiento del arrendamiento pactado en el contrato, cuya duración, como hemos dicho, era de diez años.

A. L. C.

18. *Calificación del arriendo. Local de negocio o solar. Referencia de las condiciones del local al tiempo de celebración del contrato. Habitabilidad.*—La nota más esencial de diferenciación entre local de negocio y solar está en que el local de negocio supone un local habitable, no en el momento de deducirse la demanda, sino al tiempo de celebrarse el contrato. Son locales habitables dedicados a la industria o comercio todos aquellos que están cerrados y con techumbre, reuniendo además las debidas condiciones de salubridad, higiene y seguridad, para servir a su destino y resguardar de los accidentes atmosféricos a cuantas personas se dediquen a las actividades en ellos desarrolladas.

*Calificación del arriendo en función de las características objetivas de lo arrendado e irrelevancia de la calificación de las partes.*—Los contratos no dependen de la denominación que le den los contratantes, sino de lo que de las estipulaciones de los mismos resulte; la voluntad de las partes no constituye fundamento especial para dar o negar el carácter de solar o de local de negocio al objeto del arrendamiento ya que hay que atenerse a lo que las cosas son y no a lo que las partes quisieran que fuesen.

*Casación. Documento auténtico. Documentos litigiosos.*—No tienen la consideración de auténticos, a efectos de casación, los propios documentos litigiosos y básicos del proceso por el ser objeto de la cuestión debatida. (Sentencia de 7 de noviembre de 1978; no ha lugar.)

19. *Contrato atípico. Similitud al régimen del arriendo. No fijación de duración, aplicación del artículo 1.581 C. c.*—Si una de las partes contratantes cedió a la otra la explotación de una sala de fiestas—sin determinación de plazo—, a cambio de la percepción, por la primera de un porcentaje de la recaudación bruta obtenida por la segunda, de cada fiesta en el local celebrado y, por otra parte, el primero arrendó a la otra parte un bar situado en el interior de la Sala por una renta mensual—incrementada en los meses de verano—, hay que concluir que ambos negocios jurídicos constituyen un todo indivisible, un contrato atípico que, aunque participa de los caracteres de sociedad, aparcería y arrendamiento, no puede incluirse en la normativa estricta de ninguno de ellos y ha de encuadrarse en la normativa prevista para los contratos en los que no se señala plazo de terminación de la relación contractual sobre uso de cosa ajena, procediendo atenerse al artículo 1.581 del C. c. aplicable al contrato de arrendamiento que es el más similar al de autos entre los de disfrute de cosa ajena sin fijación de plazo.

*Litisconsorcio pasivo necesario.*—No existe litisconsorcio pasivo necesario si aunque inicialmente se contrató con tres personas, dos de ellas se separaron del negocio hace ya años y al tiempo del litigio sólo uno de ellas permanecía vinculada con la otra parte. (Sentencia de 14 de diciembre de 1978; no ha lugar.)

20. *Concepto de arriendo de industria.*—El arriendo de empresa o industria viene caracterizado por referirse a un objeto constituido por una univer-

salidad o complejo de elementos materiales concertados y adecuados entre sí y apto para funcionar independientemente, es decir un todo articulado para la realización de una finalidad productiva que constituye una unidad patrimonial integrada por enseres, maquinaria local y organización específica, sin que quepa confundirlo con el arriendo de local con instalaciones y accesorios que son elementos desarticulados e inertes e inconexos, carentes de coordinación y aptitud para integrar, por sí solos, el conjunto organizado característico del negocio. No obsta a la calificación del arriendo como de industria, el que el arrendatario tuviera que comprar algunos enseres para la explotación del restaurante arrendado, ya que el simple cambio o reemplazo parcial de la maquinaria, menaje o mobiliario de la industria arrendada o las aportaciones o mejoras realizadas por el arrendatario no alteran la calificación del arriendo.

*Casación. Interpretación de contrato.*—La labor interpretativa del órgano «a quo» ha de prevalecer sobre el parcial e interesado criterio del recurrente a menos que se demuestre que la primera es absurda o desorbitada. (Sentencia de 23 de diciembre de 1978; no ha lugar.)

21. *Arriendo de teatro. Explotación de bar o «ambigú» del teatro por tercera persona. «Inveterada costumbre».*—El hecho de que el bar o «ambigú» de un teatro sea explotado por persona distinta del arrendatario, en modo alguno puede considerarse como subarriendo o cesión determinante de la resolución del arriendo industria de espectáculo público, ya que: a) lo que prohíbe el contrato es la cesión, subarriendo o traspaso del contrato, debiendo entenderse referida esta expresión al negocio principal objeto del contrato; b) en la fecha del otorgamiento del contrato de arriendo explotaba ya el bar la persona que venía haciéndolo desde muchos años antes por haberlo convenido con el anterior arrendatario, lo que era conocido por el arrendador y en cuya explotación continuó, sin solución de continuidad, tras el nuevo arriendo del teatro; c) aparece acreditada la inveterada costumbre de que, en la explotación del negocio de espectáculos, los servicios de bar o «ambigú» se prestan por cuenta de personas distintas al propietario o arrendatario de aquéllos.

*Resolución arrendaticia. Arriendo de negocio o industria por incumplimiento de cláusulas contractuales.*—Tiene declarado la doctrina jurisprudencial que, para que pueda producirse la resolución, la infracción contractual ha de recaer sobre las prestaciones principales y no sobre las accesorias y además la infracción ha de ser arbitraria o debida al proceder doloso, culposo o negligente. La redacción de la plantilla de empleados del teatro, ocurrida con posterioridad a la fecha del arriendo y sin que se acredite se hayan producido despidos injustificados—las bajas se han producido por edad, despido voluntario, etc.—y acreditado que la plantilla actual permite atender debidamente a la vigilancia y conservación del inmueble y orden en la explotación, no es causa de resolución.

*Interpretación de contrato en casación.*—Debe prevalecer la interpretación hecha por los juzgadores de instancia de quienes es función privativa la interpretación de los contratos o negocios jurídicos y que debe ser respetada en casación en tanto no resulte desorbitada, ilógica o contraria a Derecho. (Sentencia de 5 de octubre de 1978; no ha lugar.)

22. *Arrendamientos rústicos. Prescripción de la acción de desahucio.*—El vencimiento de los plazos legales o convencionales del contrato de arrendamiento rústico, extingue la relación locativa sin que surja un nuevo contrato por tácita reconducción, de modo que la continuación en dicha relación, con la percepción de las rentas convenidas—e incluso actualizadas—lo es de puro hecho, que en modo alguno puede enervar el derecho a pedir el cese de una situación fáctica que no puede tener otro fundamento ni justificación que el primitivo contrato de arrendamiento, el cual, como título para pedir el desalojo no puede decirse prescrito mientras continúa aquella situación. (Sentencia de 25 de enero de 1979; no ha lugar.)

23. *Arrendamientos rústicos especialmente protegidos. Pérdida de la consideración de especialmente protegido por elevación de la renta más allá del límite previsto para los de tal clase. Novación extintiva al cambiar de clase o categoría arrendaticia.*—Según reiterada jurisprudencia—S.S., entre otras, de 13-X-1958, 16-XI-1960, 14-X-1971 y 14-XII-1972—si la renta inicial del arriendo llega a alcanzar o rebasar el límite máximo de renta preceptuado como consecuencia de las elevaciones de la renta contractual, el privilegio otorgado a tales arriendos no puede aplicarse y si por acuerdo de las partes o por revisión judicial se aumentara posteriormente la renta sobre el tope de los 40 quintales, el arriendo dejaría de ser especialmente protegido, pues no reuniría las condiciones legales, produciéndose una novación extintiva de la primera.

*Normas de derecho necesario. Ineficacia de los pactos en contra.*—Es norma de derecho necesario la que determina la novación extintiva del arriendo por llegar a superar la renta del mismo, el tipo de la prevista como máximo para los arriendos especialmente protegidos y la misma no puede dejarse sin efecto por la voluntad de las partes.

*Renuncia o disposición de derechos.*—Si bien no hay obstáculo a la disposición de los derechos una vez ingresados en el patrimonio del titular, cuando se trata de intereses puramente privados, incluso en el ámbito de los arrendamientos especialmente protegidos, no se permitirá a las partes el que, pese a que la renta llegase a rebasar el límite en cuestión, siguieran aplicando el contrato la regulación de los arriendos especialmente protegidos. (Sentencia de 10 de octubre de 1978; no ha lugar.)

24. *Arrendamientos rústicos. Año agrícola. Año arrocero.*—A efectos de la naturaleza específica del año agrícola arrocero hay que tener en cuenta que el cultivo y la recolección del arroz se realiza dentro del mismo año natural.

*Proceso arrendaticio rústico. Recurso. Necesidad de consignar durante la sustanciación de los mismos.*—Basta para la inadmisión y, en su caso, la desestimación del recurso, de revisión arrendaticio rústico el no haber consignado la renta contractual vencida durante la sustanciación del mismo.

*Naturaleza del recurso de revisión arrendaticio rústico.*—El recurso de revisión en materia arrendaticia-rústica no es una tercera instancia, sino, conforme a su carácter extraordinario, es de naturaleza análoga al de casación.

*Cuestiones nuevas.*—No cabe alegar, en el recurso de revisión arrendaticio rústico. cuestiones nuevas.

*Prórroga legal y tácita reconducción.*—Son incompatibles.

*Quebrantamiento de formalidades esenciales.*—No cabe el recurso de revisión si no ha habido indefensión y el supuesto quebrantamiento no fue excepcionado en la instancia. (Sentencia de 3 de julio de 1978; no ha lugar.)

25. *Arrendamientos rústicos. Desahucio por daños.*—La causa 5.ª del artículo 28 del reglamento de 29 abril 1959 de arrendamientos rústicos es correlativa al deber de custodia y conservación que la ley impone al arrendatario y ha de ser cumplida con la obligación debida a la naturaleza y destino de la cosa arrendada con la responsabilidad en que incurre el colono no poniendo el celo debido; al faltar el arrendatario a esa obligación, utilizando la finca en términos contrarios a su naturaleza y en aprovechamiento que la hace desmerecer notoriamente, incurre en culpa o negligencia.

*Desahucio por cambio de destino de la finca arrendada.*—Es obligación del arrendatario, cuando de arriendos rústicos se trata, destinarla al cultivo agrícola, y al no hacerlo así el arrendatario, variando la naturaleza del contrato, al dedicar a fines industriales una finca que le había sido arrendada para su explotación agrícola, se incurre en la causa de desahucio 6.ª del artículo 28 del Reglamento citado. (Sentencia de 14 de octubre de 1978; no ha lugar.)

26. *Retracto arrendaticio rústico. Caducidad de la acción.*—El plazo de caducidad empezará a transcurrir a partir de la fecha en que el retrayente, por cualquier medio, haya tenido conocimiento de la transmisión, es decir, de que la venta se haya efectuado, con los detalles concretos y exactos de la misma; no puede equipararse a tal conocimiento el hecho de que la mujer del arrendatario dirigiera una carta al arrendador hablando vaga e indeterminadamente de la posibilidad de venta, sin especificar objeto ni precio.

*Renuncia al retracto. Requisitos.*—No puede admitirse la posibilidad de una renuncia respecto de una hipotética y futura operación cuyos elementos no estaban fijados, o no se expusieron al que tenía que apoyarse en ellos para ejercitar o no el derecho de retraer. La jurisprudencia continuamente proclama que la renuncia debe ser explícita, clara y terminante. Es ineficaz la renuncia hecha por anticipado al hecho que produce el ejercicio de un derecho, pues no se puede renunciar a lo que todavía no se tiene. La Sala de lo Social del T. S. afirma que no puede renunciarse anticipadamente a los derechos que confiere la legislación arrendaticia, señalando concretamente que la renuncia anticipada al derecho retractual carece de valor como contraria a las normas de carácter imperativo de la Ley. (Sentencia de 6 de febrero de 1979; ha lugar.)

27. *Legislación arrendaticio-rústica. Fuentes.*—El vigente Reglamento para la aplicación de la legislación de arrendamientos rústicos aprobado por Decreto de 29 abril 1959 comprende todas las Leyes, Decretos-leyes, Decretos y Ordenes ministeriales que rigen en materia de arrendamientos rústicos de las que sólo los Decretos y Ordenes ministeriales quedan derogados. El artículo 49 del citado Reglamento no contradice la ley básica de 15 de marzo de 1935.

*Conversión de aparcería en arrendamiento. Plazo de ejercicio de la conversión.*—La jurisprudencia ha hecho reiterada aplicación del artículo 49 del

Reglamento de 1959, que agregó al párrafo 3.º un inciso para impedir que el aparcerero pueda convertirse en arrendatario si ya transcurrió el plazo máximo de duración que para los arrendamientos fijan los artículos 9 de la Ley de 1935 y el Reglamento de 1959, de cuya doctrina se desprende que, una vez rebasado el plazo de duración del arriendo señalado en el artículo 9 del Reglamento, ya no puede el aparcerero optar por la conversión en arriendo y mucho menos si incluso ha transcurrido el plazo previsto en el artículo 10. Sobre el tema en cuestión, la S. de la Sala de lo Social de 27 octubre 1975 ha declarado que la referencia del artículo 9 del Reglamento hace el número 3 del artículo 49 del propio Reglamento no puede interpretarse, sino en el sentido literal que de sus palabras se desprende, y así, por período máximo hay que entender que se refiere al de seis años de que habla el artículo 9 como período mínimo, pues si hubiera querido referirse al máximo de doce años, de que habla el artículo 10, así lo habría dicho y no citando a este último precepto, cuando pudo hacerlo, es indudable que no puede ser de aplicación, confusión que puede producirse al llamar período máximo al que el artículo 9 denomina mínimo, ya que esto es sólo falta de precisión y su interpretación es precisamente de la incumbencia del Tribunal. (Sentencia de 11 de octubre de 1979; no ha lugar.)

28. *Arrendamiento de cámara frigorífica. Daños y perjuicios. Incumplimiento contractual.*—Las partes están contestes tanto en la calificación jurídica del contrato de arrendamiento del servicio del frío para la conservación de una partida de patatas, como en cuanto a la realidad de la germinación y brotación de dicho tubérculo, discrepando en la causa determinante de los daños y perjuicios; lo que debe resolverse en el sentido de que la pérdida de la mercancía en términos tales que no pudo aprovecharse ni siquiera para simiente, ni para consumo humano, fue debido fundamentalmente al fallo de las condiciones de frío, humedad y aireación; lo que constituye un daño contractual del que es responsable la empresa arrendadora.

*Error de hecho. Prueba pericial.*—Es reiterada la doctrina de esta Sala según la cual el artículo 1.249 C. c. no es valorativo de prueba, aparte de que la apreciación de la prueba pericial, por no ser legal o tasada, no puede ser combatida en casación. (Sentencia de 3 de noviembre de 1978; no ha lugar.)

29. *Arrendamiento de obra con suministro de materiales. Calificación del contrato.*—Ha de partirse como hechos probados que entre las partes contendientes medió un contrato por el cual la empresa actora se comprometió a fabricar 25.000 llaves, de determinadas características, que habían de emplearse en instalaciones de gas, por el precio de 115 pesetas unidad, cuyo contrato fue incumplido por aquélla, tanto en cuanto al plazo de entrega como respecto al objeto del contrato, ya que comenzando la entrega tres meses más tarde de lo estipulado, suministró llaves inservibles y susceptibles de producir graves daños al ser utilizadas en la manipulación del gas, las cuales, una vez comprobada su defectuosa fabricación, fueron devueltas por el demandado; la calificación de los contratos no depende de la denominación que le den los contratantes, sino de lo que resultare



de las estipulaciones de las partes, cuya interpretación fija su naturaleza, objeto y contenido, siendo esta facultad de interpretación privativa del Tribunal de Instancia, y su criterio ha de aceptarse en casación, aunque su absoluta exactitud pudiera suscitar alguna duda.

*Resolución por incumplimiento. «Exceptio inadimpleti contractus».*—Aunque a este contrato no le sea aplicable el artículo 1.486 C. c. si lo es el 1.124, pues si bien es cierto que el demandado no ha satisfecho el precio que se le reclama, ni se ha hecho cargo de las llaves cuya recepción se interesa, no lo es menos que la actora ha incumplido la obligación de entrega en el tiempo y forma convenido, pues las entregas se hicieron con notorio retraso y sin reunir las condiciones necesarias para el servicio a que estaban destinadas, lo que veda pedir el precio de las mismas, aun cuando nuestro ordenamiento jurídico no regula expresamente la excepción «non adimpleti contractus», o de contrato no cumplido o inadecuadamente ejecutado, su existencia se admite a través de dicho artículo 1.124 y la reiterada jurisprudencia, según la cual, si bien es cierto que no tiene derecho a pedir la resolución, el contratante que incumple sus obligaciones, no lo es menos que quien las incumplió como consecuencia del incumplimiento anterior del otro, conserva este derecho, pues la conducta del que incumple primero es lo que motiva el derecho de resolución y le libera desde entonces de sus obligaciones. (Sentencia de 26 de octubre de 1978; no ha lugar.)

30. *Desistimiento por el dueño de la obra.*—El artículo 1.594 del Código civil establece una excepción del principio general contenido en el artículo 1.256, al otorgar al dueño la facultad de desistir, por su sola voluntad, de la construcción de la obra, aunque se haya empezado, indemnizando al contratista de todos sus gastos, trabajo y utilidad que pudiera obtener de ella; en su virtud el dueño que desiste de la construcción de la obra viene obligado a dejar indemne al contratista, es decir, a que el patrimonio de éste no sufra menoscabo alguno como consecuencia de aquel desistimiento, y, por ello, la utilidad a indemnizar es la que pudiera obtener el contratista de la totalidad de la obra y no tan sólo de la parte ejecutada.

*Error de hecho en la apreciación de la prueba. Documento auténtico.*—No se concreta con la claridad y precisión necesarias en que se hace consistir tal error, esto es, cual es la afirmación o negación de hecho de la sentencia recurrida que esta contradicha por los documentos que se invocan, documentos que, por otra parte, carecen de la autenticidad requerida a efectos de casación, al haber sido tenidos en cuenta por el juzgador para emitir su fallo, fundado en la apreciación conjunta de las pruebas practicadas en los autos, desestimación, la del motivo examinado, que acarrea la del quinto y último. (Sentencia de 10 de marzo de 1979; no ha lugar.)

*Hechos.*—En base a lo dispuesto por el artículo 1.594 del Código civil, el dueño desistió unilateralmente de la construcción de la obra proyectada. El Juez de Primera Instancia declaró que el dueño debía indemnizar al contratista de todos los gastos, trabajo y utilidad a que tenía derecho en relación con la obra. En cambio, la Audiencia Territorial no concedió cantidad alguna por el concepto indemnizatorio de *utilidad* referente a la parte de la obra no ejecutada al tiempo del desistimiento. El Tribunal Supremo

confirmó la sentencia dictada por el Juez de Primera Instancia y, por consiguiente, declaró haber lugar al recurso de casación.

NOTA.—Nuestro Tribunal Supremo precisa en esta sentencia el significado del término *utilidad* que aparece en el artículo 1.594 del Código civil. Considera como utilidad a indemnizar el beneficio que pudiera obtener el constructor de la totalidad de la obra y no tan sólo de la parte ejecutada. Esta solución, que es admitida por la mayor parte de los autores (*cf.* DE LA CÁMARA MINGO, *Tratado práctico del derecho referente a la construcción y a la arquitectura*. Vol. IV, 1964, pág. 643; y MUCIUS SCAEVOLA, *Código Civil*, tomo XXIV, Madrid, 1951, págs. 145-146), tiene un importante apoyo en el texto del citado artículo y en sus antecedentes. El artículo 1.535 del Proyecto de 1851 se inspira claramente en el artículo 1.794 del Código civil francés que establece la indemnización de «todo lo que hubiese podido ganar el constructor en la empresa». Esta disposición tiene como antecedente fundamental la doctrina de POTHIER (*Traité du contrat de louage*, París, 1861, núm. 440. Edición preparada por BUGNET). GARCÍA GOYENA, al comentar el artículo 1.535 del Proyecto de 1851, dice que «ningún perjuicio se irroga por el artículo al arquitecto o empresario, pues se le da todo lo que podría tener después de concluida la obra» (*Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*, tomo III, Madrid, 1852, pág. 486).

A. C. S.

31. *Arrendamiento de obra. El principio de congruencia.*—El principio de congruencia entraña, ciertamente, una relación de conformidad y concordia entre las pretensiones que constituyen el objeto del proceso y la sentencia que le pone fin, pero en manera alguna significa que el organismo jurisdiccional tenga que llevar a su juicio lógico todos los argumentos utilizados por los contendientes en apoyo de sus respectivas peticiones, sino que son éstas estrictamente las que delimitan el campo de la resolución, según lo establecen los artículos 359 y 361 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y lo indicaba ya algún texto de nuestro Derecho histórico («... el Juez... bien assi como fue fecha antel la demanda en general, en aquella misma manera deve él dar el juicio... mas si en los actos que passaron antel Judgador non se fallara cierta demanda tal juicio en que non se nombrava señaladamente la cosa o la quantia sobre que se dava non sería valedero»: Partida Tercera, título veintidós, ley dieciséis), sentido en el cual debe ser entendida la exhaustividad o exigencia de resolver sobre los pedimentos oportunamente formulados (pretensión y oposición procesal), que también puede atenderse implícitamente, toda vez que acogida una pretensión se entiende rechazada la incompatible, y, por consiguiente, según constante doctrina jurisprudencial, la sentencia condenatoria es, sin necesidad de expresa referencia, obligadamente desestimatoria de las excepciones, debiendo añadirse que tales criterios no se alteran para el recurso de apelación dado que su objeto en el mismo de la primera instancia, sin otras pretensiones y defensas que las utilizadas en ésta y con la prohibición del *ius novorum*, salvo hipótesis excepcionales legalmente previstas; como esta Sala tiene recordado (Sentencias de 6 de julio y 23 de diciembre de 1961, 25 de enero y 2 de abril de 1962, entre otras).

*Presunción iuris tantum de culpa profesional.*—El artículo 1.591 del Có-

digo civil responde a una presunción *iuris tantum* de culpa profesional y consagra el apotegma de las fuentes romanas *et quod imperitio peccavit culpam esse* (Digesto, 19.2.10.5) como tiene declarado la doctrina jurisprudencial (Sentencias de 19 de febrero y 20 de mayo de 1959 y 7 de junio de 1966).

*Reparación del daño.*—En art. 1.591 del Código civil dispone una reparación que abarca todo el quebranto patrimonial sufrido por el comitente a consecuencia de la ruina del edificio por no haber actuado el técnico arregladamente a la *lex artis*, y por tanto comprenderá plenamente el perjuicio o lesión económica que tenga la causa en el acto ilícito, es decir, los daños y perjuicios o pérdida experimentada en los términos que señala el propio artículo 1.591 en relación con el 1.106 del mismo Código y por consiguiente la efectiva disminución del patrimonio del acreedor por incumplimiento imputable al deudor, menoscabo o desequilibrio que habrá de ser restaurado con la prestación del equivalente, cuestión ajena y desvinculada de la cuantía de los emolumentos percibidos por el arquitecto —reducibles e incluso condonables por éste a su albedrío—, a no ser que tal dato, conjugado con los restantes elementos demostrativos, sirva para poner de manifiesto una conducta culposa por parte del dueño, al realizar obras de mayor entidad que las planeadas por el facultativo y prescindiendo de su dirección.

*Responsabilidad solidaria del arquitecto y del contratista.*—Que el punto de si ha de ser solidaria la responsabilidad concurrente del contratista y del arquitecto, tema que en el campo de la doctrina científica no tiene solución unívoca, aunque sí predominantemente concorde con la propugnada por este Tribunal, ha sido resuelto reiteradamente en el sentido de afirmar la solidaridad, más acomodada que la mancomunidad simple a la obligación dimanante de un precepto legal, a la identidad de origen del deber de indemnizar, al resultado de la obra edificada como un todo y a la realidad de que el suceso dañoso ha sido provocado por una acción plural, sin que pueda precisarse la proporción en que cada uno de ambos factores han influido en la ruina, ocasionada por tal conjunción de causas (Sentencias de 5 de mayo de 1961, 17 de mayo de 1967, 10 de noviembre de 1961 y 18 de noviembre de 1975); lo que conduce a rechazar el motivo cuarto, apoyado en violación del artículo 1.138 del Código civil, que se entiende cometida por no haber aplicado la Sala sentenciadora la mancomunidad a prorrata y sí la *in solidum*, a pesar de que el constructor es condenado con arreglo al párrafo segundo del artículo 1.591 y el arquitecto recurrente lo ha sido conforme al párrafo primero, pues si bien la resolución impugnada declara que «el contratista no hizo las excavaciones a que contractualmente se había obligado para la seguridad del chalet», es notorio que los manifiestos defectos de la cimentación comportan necesariamente ejecución viciosa de la obra a los efectos del párrafo primero del precepto, que también contempla en definitiva incumplimiento contractual, y en todo caso el mismo criterio finalista justificativo de la solidaridad de deudores ha sido aplicado al supuesto de actuación conjunta, sin posible determinación proporcional entre ambos elementos personales intervinientes en la obra, aunque la condena del

contratista y del arquitecto esté referida a los distintos párrafos de la misma norma. (Sentencia de 14 de noviembre de 1978; no ha lugar.)

*Hechos.*—Un arquitecto y un constructor se obligaron a construir un chalet. A consecuencia de la defectuosa construcción aparecieron grietas que provocaron la ruina del mismo. La Audiencia condenó solidariamente al arquitecto y al constructor. El Tribunal Supremo confirmó este fallo.

*NOTA.*—Nos encontramos en presencia de una sentencia de extraordinaria importancia para comprender la doctrina de nuestro Tribunal Supremo sobre la responsabilidad de los arquitectos y constructores por la ruina de la obra inmobiliaria (*cf.* art. 1.591 del Código civil). En la misma se abordan numerosas y debatidas cuestiones, que vienen preocupando a la doctrina desde hace bastante tiempo. A fin de facilitar la comprensión del significado de esta sentencia, consideramos oportuno hacer una breve referencia a dichas cuestiones y a la posición de la doctrina y la jurisprudencia.

A) Esta sentencia establece que la culpa es un presupuesto esencial de la responsabilidad derivada del artículo 1.591 del Código civil, denominada «decenal», y que este artículo obedece a una presunción *iuris tantum* de culpa profesional en caso de ruina de la obra construida.

La posición del Tribunal Supremo tiene una extraordinaria importancia práctica, pues determina un desplazamiento de la carga de la prueba del actor (el comitente) al demandado (el constructor o el arquitecto), cuando se produce la ruina de la obra construida.

Nuestro más alto tribunal no establece, sin embargo, las razones que justifican la citada presunción de culpa profesional. Nuestra doctrina se ha ocupado de esta difícil tarea. Véase CADARSO (*La responsabilidad decenal de arquitectos y constructores*, Madrid, 1976, pp. 166 y ss.), que expone los argumentos esgrimidos para resolver este problema. También es interesante consultar el estudio de TUNC (*La distinction des obligations de resultat et des obligations de diligence*, en la *Semaine Juridique*, 1945. I. 449), que examina el problema de la carga de la prueba cuando las obligaciones son de resultado y de diligencia. Téngase en cuenta que las obligaciones del arquitecto y del constructor son de resultado.

B) El problema de la reparación del daño ofrece también gran interés. Nuestro Tribunal Supremo pone en conexión los artículos 1.591 y 1.106 del Código civil para determinar cómo ha de ser la reparación del perjuicio sufrido por el comitente. Véase el análisis de SANTOS BRIZ (*La responsabilidad civil*, Madrid, 1970, pp. 239 y ss.) sobre el tema de la reparación de los daños.

El Tribunal Supremo señala que el desequilibrio del patrimonio del acreedor (el comitente) por incumplimiento imputable al deudor (el arquitecto o el constructor), habrá de ser restaurado con la prestación del equivalente, cuestión ajena y desvinculada de la cuantía de los emolumentos percibidos por el arquitecto. Se quiere destacar que el arquitecto (o en su caso, el constructor) ha de indemnizar todos los daños que sufra el comitente por su incumplimiento o defectuoso cumplimiento, de acuerdo con el régimen de la responsabilidad contractual, aunque su importe sea superior al de los honorarios. Si es inferior a la cuantía de éstos, el arquitecto recibirá lo que le corresponda después de haber sido resarcido el comitente.

C) El Tribunal Supremo alude a la posible conducta culposa del comitente, al analizar obras de mayor entidad que las planeadas por el facultativo (el arquitecto) y prescindiendo de su dirección. En este supuesto, éste no es responsable de los daños que deriven de la actividad del comitente.

Conviene recalcar que el arquitecto no es responsable en este caso, porque la actividad del comitente no incide sobre la que desarrolla este profesional. Nos explicamos: no estamos en presencia del conocido supuesto de la intrusión del comitente en la actividad del arquitecto o del constructor. Cuando el comitente se entromete en la labor de éstos, dándoles órdenes

o desplegando unas actividades que pueden comprometer la buena construcción de la obra proyectada, se discute si el arquitecto y el constructor se exoneran de toda responsabilidad frente al mismo y si responden frente a los terceros perjudicados cuando la obra presente vicios derivados de dichas órdenes o actividades.

Este interesante problema se coloca en el marco general de la responsabilidad del acreedor en la lesión del derecho de crédito. Véase DÍEZ-PICAZO (*Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, Madrid, 1972, pp. 720 y ss.) y LARENZ (*Lehrbuch des Schuldrechts*, I, München, 1976, pp. 314 y ss.). En relación con la intromisión del comitente en los trabajos de construcción, es oportuno consultar la obra de LIET-VEAUX, *Le droit de la construction*, Paris 1974, pp. 180 y ss, que recoge doctrina y jurisprudencia sobre la cuestión.

D) El Tribunal Supremo afirma que la solución del problema que surge cuando son responsables de la ruina diversos profesionales de la construcción, no ha recibido una solución unívoca en la doctrina y jurisprudencia sobre la cuestión.

D) El Tribunal Supremo afirma que la solución del problema que surge cuando son responsables de la ruina diversos profesionales de la construcción, no ha recibido una solución unívoca en la doctrina. Esta afirmación es exacta. Existe una interesante polémica doctrinal, que tiene como principal causa la vigencia de los principios de no presunción de solidaridad (cfr. arts. 1.137 y 1.138 del Código civil) y de personalidad (sólo se responde de la propia culpa), cuya aplicación en el ámbito de la responsabilidad civil es obstaculizada por un importante sector de la doctrina y por la jurisprudencia, tratando de asegurar de esta forma el resarcimiento al perjudicado.

Planteado así el problema, no es extraño que se adviertan tres grandes tendencias doctrinales. Algunos autores (vid. ALBALADEJO, *Sobre la solidaridad o mancomunidad de los obligados a responder por acto ilícito común*, en ANUARIO DE DERECHO CIVIL, 1963, pp. 345 y ss.) se inclinan resueltamente por la mancomunidad en virtud de la vigencia en nuestro Derecho de los principios de no presunción de solidaridad y personalidad. Sin embargo, la inmensa mayoría de nuestra doctrina (DÍEZ-PICAZO, *Estudios sobre la jurisprudencia civil*, I, Madrid, 1973, p. 319; SANTOS BRIZ, *La responsabilidad civil*, Madrid, 1970, p. 570, y GULLÓN, *Curso de Derecho Civil. Contratos en especial*, Madrid, 1972, p. 268) propugna la aplicación de la solidaridad, cuando no puede llevarse a cabo la individualización de las conductas y el hecho dañoso es producto de una acción conjunta.

Recientemente, algún autor (CADARSO, *op. cit.*, p. 313, y LEÓN, *La categoría de la obligación «in solidum»*, Sevilla, 1978, pp. 195 y ss.) acepta la tesis, construida por la doctrina jurisprudencial francesa (véase CHABAS, *L'influence de la pluralité de causes sur le droit à réparation*, Paris, 1967, y RAYNAUD, *L'obligation «in solidum»*. *Cours de doctorat*, 1970-1971, Paris), de la responsabilidad *in solidum*, que no cabe confundir con la solidaridad.

El Tribunal Supremo cita las sentencias que proclaman de forma constante la naturaleza solidaria de la responsabilidad de arquitectos y constructores. Enumera también las razones que la justifican. Un acertado análisis crítico de esta doctrina jurisprudencial ha sido realizado por CADARSO (*op. cit.*, pp. 304-308). Véase este ANUARIO, 1976, fascículo IV, pp. 1269-1270.

E) En el último considerando de esta sentencia, se resuelve el problema de la relación existente entre los dos párrafos del artículo 1.591 del Código civil. Se destaca que ambos párrafos establecen responsabilidad de naturaleza contractual, lo cual significa que la responsabilidad decenal no es extracontractual o legal. Sobre esta importante cuestión, véase este ANUARIO, 1978, fascículo I, pp. 135-138, donde señalamos que FERNÁNDEZ COSTALES y otros autores (GARCÍA CANTERO, SANTOS BRIZ, COSSÍO y HERRERA CATENA) entienden que las responsabilidades establecidas por los dos párrafos del artículo 1.591 no son de la misma naturaleza. Mientras el párrafo segundo configura una típica responsabilidad contractual, el párrafo primero establece una responsabilidad

extracontractual o legal. Exponemos también nuestra opinión personal, que es similar a la que adopta el Tribunal Supremo en la sentencia que anotamos.

A. C. S.

32. *Postulación procesal.*—La falta de capacidad o de poder de gestión y de representación, a que se refieren las excepciones segunda y tercera del artículo 533 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por no acreditar el carácter o representación con que se reclama y los defectos de postulación procesal, tienen como vía adecuada para impugnar la resolución recaída sobre tales puntos, la del número segundo del artículo 1.693 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, pero no es permitido acudir al recurso de casación por infracción de ley o doctrina legal, según tiene declarado esta Sala, entre otras, en la Sentencia de 13 de noviembre de 1970.

*Legitimación procesal.*—La involucración de conceptos en que el motivo incurre es manifiesta, pues no cabe asimilar la falta de legitimación activa a la falta de personalidad aludida en el artículo 530, causa segunda de la Ley de Enjuiciamiento Civil, pues la «legitimatío ad causam» ha de ser determinada en función de las pretensiones deducidas y constituye una actitud específica surgida de la justificación necesaria para intervenir en un concreto litigio, atendida la relación en que las partes se encuentran respecto del bien que es objeto de controversia, por lo que se identifica cuando es directa con la titularidad de la relación jurídico material controvertida, en tanto que la personalidad atañe a las calidades necesarias para comparecer en juicio y por tanto a la aptitud requerida para ser sujeto de la relación procesal (Sentencia de 18 de mayo de 1972, y otras), sin que tampoco quepa confundir la falta de legitimación con la inexistencia de acción, pues ésta mira al éxito de la pretensión deducida, para lo cual es preciso demostrar que se está amparado por el derecho material esgrimido (Sentencias de 3 de enero de 1964 y 19 de octubre de 1970), por lo que ha podido decirse que la legitimación en cuanto no presupone correspondencia real con el derecho sustantivo afirmado ni con su existencia, atiende tan sólo a la relación jurídica como ha sido formulada, de manera que si lo alegado no se ajusta a la realidad, la sentencia habrá de ser absolutoria a pesar de haberse seguido la contienda entre partes legítimas, por lo mismo que esa facultad para conducir el proceso o legitimación no depende de que sea veraz el título invocado.

*Alegación en casación de normas procesales.*—La doctrina jurisprudencial ha declarado reiteradamente que, por su naturaleza, no son leyes cuya vulneración pueda ser aducida a los efectos de la causa primera del artículo 1.691 y del número primero del artículo 1.692, los preceptos de la Ley de Enjuiciamiento Civil (Sentencia de 16 de mayo de 1959, y otras), y en concreto el artículo 504 no puede servir de fundamento a un recurso sobre el fondo por lo mismo que su norma no es de derecho sustantivo (Sentencia de 31 de enero de 1974, y otras), ello aparte de que aun prescindiendo de ese óbice la tesis de la recurrente no podría prevalecer, pues el precepto citado en primer término contempla estrictamente los documentos que por ser básicos de la pretensión han de ser presentados *in limine litis* en cuanto que generan la causa de pedir, pero no concierne a los que desprovistos de tal significa-

ción se encaminan a combatir las alegaciones del adversario, según la doctrina jurisprudencial enseña (Sentencia de 2 de julio y 9 de diciembre de 1970 y uno de octubre de 1973), como acontece en el caso actual.

*Interpretación del artículo 1.598 del Código civil.*—La aplicación de este artículo requiere un pacto, expreso o tácito, de los interesados según se desprende de su tenor literal y de sus antecedentes históricos (Sentencias de 26 de noviembre de 1956, 23 de septiembre de 1964, 14 de octubre de 1978 y 17 de marzo de 1975) como puede leerse en las fuentes romanas («Si in lege locationis comprehensum sit, ut arbitrato domini opus adprobetur, perinde habetur, ac si viri boni arbitrum comprehensum fuisset»: Ley 24, Título 2, Libro 19 del Digesto).

*Recepción de la obra.*—Es obligado valorar la recepción de la obra como cumplimiento, sin protesta del «dominus» (Sentencia de 28 de junio de 1978). (Sentencia de 24 de octubre de 1978; no ha lugar.)

*Hechos.*—Un constructor reclamó el pago del precio que se le adeudaba por haber realizado determinadas obras. El comitente se opuso a la demanda, alegando que el constructor no había cumplido correctamente sus obligaciones. El Juzgado y la Audiencia Territorial acogieron la pretensión del constructor, y condenaron al comitente a pagar el precio convenido. El Tribunal Supremo confirmó estas decisiones.

NOTA.—Nos parece acertada la doctrina de esta sentencia. Sin la existencia de un pacto entre el comitente y el constructor no es posible el juicio pericial supletorio, pues así lo exige expresamente el artículo 1.598 del Código civil («Cuando se conviniere que la obra»).

Nótese además que la aprobación o desaprobación de una prestación es una actividad que necesariamente se realiza en el cumplimiento de toda obligación; es, por consiguiente, una actividad que sólo compete al acreedor (en el marco del contrato de obra, el comitente) y que sólo mediando la voluntad de éste puede ser encomendada a un tercero (en este caso, el perito), que, como ya hemos tenido ocasión de mostrar en nuestro estudio sobre la recepción de la obra, en ANUARIO DE DERECHO CIVIL, abril-junio, 1978, pág. 298, actúa como arbitrador.

Esta sentencia se refiere también a la recepción de la obra, considerándola como el acto jurídico a través del cual se constata el cumplimiento de las obligaciones que pesan sobre el constructor. En este sentido, ha de considerarse que esta sentencia es concorde con la de 14 de octubre de 1968, que define a la recepción como el acto o la manifestación del propietario, reconociendo que la obra ha sido ejecutada correctamente. Sobre esta importante cuestión puede consultarse el estudio citado anteriormente.

A. C. S.

33. *Interpretación de contrato de sociedad familiar.*—Ha de desestimarse incuestionablemente el motivo del recurso que denuncia la inaplicación de lo dispuesto en el artículo 1.281 del Código civil, pues la resolución impugnada se atiene a los términos del contrato y da por existente una voluntad negocial para la creación de una rudimentaria sociedad, con la deducción ulterior de que el concierto multilateral se extinguirá por acuerdo de los interesados, sin alteración alguna en la condición de arrendatario ostentada por el actor.

*Aportación de arrendamiento a una sociedad.*—La cualidad de arrendatario no ha sido transmitida, por la vía de la cesión del contrato ni por la de cesión de derechos, en una sociedad privada carente de personalidad o a los

consorcios, sino que sólo ha existido una mera aportación de uso sin pérdida de la titularidad arrendataria.

*Mala fe del poseedor.*—La declaración de mala fe no ha sido combatida en forma con cita de la norma aplicable al caso, ni es dable desconocer que mal puede ser aducida «bona fides» cuando quien ejercía la posesión conocía positivamente la falta de título legítimo para efectuar el aprovechamiento, aspecto psicológico que el Código civil destaca para llegar a la calificación pertinente.

*Error de hecho en la apreciación de la prueba. Interpretación de contrato.*—Ha de rechazarse la alegación de ese error, que se dice dimanante de una incorrecta exégesis del contrato, pues ni ha existido desacuerdo alguno de la Sala en su labor interpretativa, ni puede ser olvidada la constante doctrina jurisprudencial de que no tiene condición de auténtico el que obrante en los autos ha sido objeto de controversia y examen por el órgano jurisprudencial, amén de que es facultad privativa del Tribunal de instancia la de interpretar y fijar el sentido y alcance de las cláusulas de los contratos, cuyo criterio no puede ser sustituido a menos que resulte evidentemente erróneo o haya infringido alguno de los preceptos que regulan la materia en el Código civil, o se trate de interpretaciones desorbitadas o arbitrarias que pugnen con las reglas de la lógica.

*Gestión de negocios ajenos.*—La rendición de cuentas se asienta en el principio general de que allí donde hay gestión de negocios ajenos surge la consiguiente obligación de ofrecer el resultado contable, y entendiendo el vocablo gestión en el amplio sentido de manejo, administración, disposición o posesión, pues comprende los actos jurídicos, los puramente económicos y aun los simplemente materiales. (Sentencia de 16 de octubre de 1978; no ha lugar.)

34. *Sociedad irregular. Participación de los socios industriales.*—Si se ha acreditado que existió una sociedad irregular, en la que uno de los socios aportó terreno e instalaciones, verificando los desembolsos en numerario, y los otros aportaron su entrega personal, consiguiendo dar al conjunto mercantil una gran valoración y estimación que debe ser resarcida, hay que concluir que el «quantum» indemnizatorio a fijar a favor de estos últimos ha de ser el resultante de la índole de la relación social que les vinculaba, de modo que por aplicación de los artículos 1.689 y 1.708 del Código civil, a falta de parte que aquí no aparece, el socio industrial tendrá una parte igual a la de el que menos haya aportado y si no puede recibir ninguna parte de los bienes, sí ha de participar en los frutos y beneficios, teniendo en cuenta en la correspondiente partición las reglas de las herencias.

*Distribución de ganancias. Participación del socio industrial.*—Cuando como en el caso presente ocurre exista un único socio capitalista y varios socios industriales, la solución debe ser la de igual participación en las ganancias para uno y otros; y como quiera que las ganancias no llegaron nunca a distribuirse, sino que se han acumulado junto con el capital inicial y el posteriormente desembolsado, la única forma justa de apreciar el derecho indemnizatorio reclamado ha de consistir en valorar en su totalidad la empresa, deducir de su valor global el de los bienes inicial y posteriormente desembolsado por el socio capitalista y distribuir la diferencia por partes iguales.



*Especie de sociedad irregular.*—El que la sentencia de instancia emplee esta expresión es ciertamente significativo de su reconocimiento, ya que aquella referencia a «especie» lo único que quiere decir es la no concreción de los términos exactos en que la mencionada sociedad fue configurada, pero no la negativa de su existencia, y más en cuanto la misma ha tenido realidad práctica.

*Aportación de inmuebles a una sociedad. Escritura pública.*—A pesar de la dicción del artículo 1.667 del Código civil, no cabe desconocer que la exigencia de escritura pública únicamente afecta a que no surja con vida jurídica con relación a terceros, esto es, como entidad con personalidad independiente de la de los socios mientras no se cumplan los requisitos formales de escritura pública e inscripción, pero no en orden a las partes contratantes para las que es suficiente a su reconocimiento con vida jurídica, y por tanto para que produzca sus efectos como sociedad irregular o de hecho con la concurrencia de los requisitos esenciales, que se dan en el presente caso, requeridos para todo contrato.

*Incongruencia. Fijación de daños en ejecución de sentencia.*—Este aspecto del fallo no es originador de defecto de incongruencia, puesto que se acomoda rigurosamente a la pretensión subsidiaria formulada en la reconvencción con cita expresa del artículo 360 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, el cual posibilita que cuando no sea factible, en materia de condena de abono de daños y perjuicios, fijarlos al tiempo de dictar la sentencia decisiva del juicio en que se reclamen, deberá hacerse a reserva de determinar su importancia y hacerla efectiva en la ejecución de la sentencia, con arreglo a las bases a las cuales deba hacerse la liquidación.

*Cuantía de la indemnización. Facultades del juzgador de instancia.*—La reiterada doctrina jurisprudencial sancionadora de que la apreciación del «quantum» indemnizatorio es de la libre apreciación de la Sala sentenciadora de instancia, se refiere estricta y rigurosamente a la cuantía del daño o perjuicio indemnizable, pero no a las bases a tener en cuenta para fijarlo, ya que éstas son los antecedentes precisos para efectuarlo y precisan ser inexcusables para concretar tal «quantum», en el que desaparece la facultad discrecional del juzgador cuando, como en el supuesto contemplado, existen reglas legalmente predeterminadas para llegar a su determinación exacta y adecuada. (Sentencia de 10 de noviembre de 1978; ha lugar.)

35. *Contrato de mandato. Comisario encargado de cumplir convenio. Gestión del mandatario. Falta de diligencia del suspenso.*—No se ha justificado la negligencia del demandado, encargado por los acreedores y el suspenso de cumplir el convenio procediendo a la venta de bienes de este último, ya que puede atribuirse exclusivamente al demandado el que no llegara a feliz término la oferta de compra, sino más bien a la falta de diligencia y puntualidad en el otorgamiento y entrega del poder de la esposa del suspenso, complementario del de su marido, lo que constituía un presupuesto para cumplir la comisión que se le había encomendado. (Sentencia de 10 de febrero de 1979; no ha lugar.)

36. *Arbitraje de derecho. Arbitraje o simple intervención de terceros.*—Al tratar de dar solución, por las personas designadas a tal fin, a un conflicto planteado por las entidades que se comprometieron previamente aceptar su

decisión, se da por lo tanto la situación de arbitraje a que se contrae el párrafo 1.º del artículo 2.º de la Ley de 22-XII-1953, y no la simple intervención de terceros a que se remite el párrafo 2.º del mismo precepto legal. (Sentencia de 25 de octubre de 1978; no ha lugar.)

37. *Culpa extracontractual. Responsabilidad moral por seducción. Interrupción de relaciones sexuales entre mayores de edad, siendo casado el varón.*—La reclamación indemnizatoria con apoyo en el artículo 1.902 C. c. por pretendidos daños morales a consecuencia de las relaciones sexuales que el recurrido había tenido con la actora, se reduce a averiguar si la actuación del varón debe reputarse culposa o negligentemente, al no haberse ni siquiera suscitado el problema de la paternidad del hijo, debe desestimarse, pues la sentencia recurrida descarta la violencia, así como el engaño o sugestión, lo que no se contradice con el hecho de que el mencionado varón estuviera casado con otra mujer, pues su conocimiento por la recurrente no impidió la continuidad de las relaciones, ni tampoco por la circunstancia de ser Jefe Administrativo de la empresa en que aquélla prestaba sus servicios laborales; lo único que resulta es el hecho de unas relaciones sexuales mantenidas voluntariamente por dos personas mayores de edad, interrumpidas bastante tiempo después de que la demandante supusiese que él estaba casado. (Sentencia de 9 de abril de 1979; no ha lugar).

NOTA.—El tema clásico de los daños por seducción ha tomado nuevos perfiles a la vista de las últimas reformas legislativas. Parece claro que la rebaja de la mayoría de edad, la reforma de los delitos de estupro y la abolición de los de adulterio y amancebamiento, van delineando un ámbito de no ilicitud penal ni civil, que la sentencia aquí comentada califica así: «Las relaciones sexuales mantenidas voluntariamente entre personas mayores de edad, casada una de ellas, no origina responsabilidad civil». Es indudable que lo que antes se denominaba «protección de la mujer» queda considerablemente disminuida.

Hay, con todo, un aspecto acaso no suficientemente utilizado en el presente caso. El demandado reconoce haber mantenido relaciones sexuales con cierta asiduidad con la actora, de las que incluso ha nacido prole. ¿No cabía alegar ruptura de concubinato y exigir la pertinente indemnización? Como se sabe las situaciones concubinarias y sus consecuencias civiles están en alza en el mundo occidental, habiéndose ocupado de ellas el III Congreso Mundial de la *International Society on Family Law*, celebrado en Uppsala (junio 1979).

G. G. C.

38. *Culpa extracontractual. Responsabilidad del padre. Hechos declarados probados por el Tribunal Tutelar de Menores.*—La sentencia recurrida ha interpretado adecuadamente el párrafo 1.º del artículo 14 de la Ley de Tribunales Tutelares de Menores, porque si ésta desplaza el conocimiento de las acciones civiles por indemnización de perjuicios derivados de actos ejercitados por un menor, a los Tribunales ordinarios en el orden civil, en la clase de juicio que proceda, por no dar competencia en tal aspecto al Tribunal Tutelar de Menores, es sobre la base de los hechos que éste haya declarados probados, correspondiendo en su caso al Tribunal ordinario la valoración patrimonial y la fijación del *quantum*, que es precisamente lo efectuado en este caso.

*Falta de prueba por el padre de la diligencia debida.*—Al no haber probado el padre del menor haber empleado la completa diligencia del buen padre de familia, entra en juego la presunción *iuris tantum* de culpa del párrafo 2.º del artículo 1.903 C. c. por parte de quien tiene bajo su autoridad al causante del daño, la cual no se basa ni en la representación, ni en el interés, ni en la necesidad de que haya quien responda del daño causado por el que no tiene personalidad ni garantías de solvencia para responder por sí, sino en el incumplimiento implícito o supuesto de los deberes de precaución y de presencia que imponen los vínculos civiles que unen al obligado por las personas por quienes debe reparar el mal causado, considerándole en realidad como autor moral del daño, según ya dio a entender la Sentencia de 18 de mayo de 1904.

*El artículo 3.º-1.*—La consecuencia indemnizatoria pretendida y reconocida por la Sala sentenciadora no puede venir obstaculizada por esta norma, pues la realidad social del tiempo en que vivimos no es impedimento para que al padre se le exija una adecuada vigilancia y educación orientada a la no realización de hechos como los que son objeto de enjuiciamiento, de los que es autor un menor de diez años. (Sentencia de 24 de marzo de 1979; no ha lugar.)

La indemnización concedida por la Audiencia supera el millón y medio de pesetas por los daños causados por un menor que arrojó una piedra en el momento de pasar una barca debajo de un puente en el río Pisuerga, en Valladolid, golpeando en la cabeza a otro menor, que quedó con una incapacidad permanente por causa de las lesiones causadas.

39. *Culpa extracontractual. Muerte por electrocución. Responsabilidad del propietario de la línea de alta tensión.*—Se declara probado que el enganche de la línea en cuestión, desde el poste a la caseta transformadora es de la propiedad de uno de los demandados, y como a tal propietario le corresponde su cuidado, vigilancia y cualquier variación que pudiera observarse en el tendido de la misma, por lo cual es responsable de la muerte por electrocución del esposo de la actora cuando descargaba en la vía pública un camión, al subir a la caja del mismo y tocar el cable con un arquillo.

*Responsabilidad del Ayuntamiento por obras que rellenaron la vía pública.*—No se ha probado que fuera el Ayuntamiento quien realizara el relleno de la vía pública, ni quien lo ordenara, aparte de no constar su magnitud y, por lo tanto, si fue o no determinante de que el tendido eléctrico estuviese a altura inferior a la reglamentaria, por lo cual deber ser absuelto de toda responsabilidad concurrente en la causación del daño. (Sentencia de 6 de abril de 1979; ha lugar.)

40. *Culpa extracontractual. Prescripción de la acción. Lesiones corporales en accidente de circulación. «Dies a quo». Excepción a la doctrina general.*—Es cierta la reiterada doctrina jurisprudencial, recogida entre otras en Sentencias de 23 de marzo de 1968, 27 de enero de 1970, 19 de noviembre y 19 de diciembre de 1971, según la cual el punto de partida de la prescripción de la acción por culpa extracontractual tenía que ser a partir del día en que ganase firmeza la resolución definitiva o provisional que pone tér-

mino al procedimiento criminal, pero se trata de una doctrina general que, de acuerdo con la misma jurisprudencia del Tribunal Supremo, recogida en Sentencias de 19 de abril de 1972, 16 de junio de 1975, 9 de junio de 1976 y 20 de marzo de 1978, hace excepción en los supuestos de lesiones corporales en los que el momento en que la acción está en condiciones de ser ejercitada, a los efectos del artículo 1.969 C. c., es aquel en que el perjudicado tiene plena y cabal noticia del daño sufrido, lo que no se consigue hasta el momento en que haya sido dado de alta por los facultativos que le hayan asistido, por ser entonces cuando se puede saber con exactitud el importe de su curación, el tiempo en que estuvo imposibilitado para el trabajo y las incapacidades que le puedan quedar, circunstancias todas que determinan la entidad verdadera del daño y el momento del inicio de la prescripción.

*Constatación de la incapacidad permanente. Demanda de pobreza. Interrupción de la prescripción.*—La constatación definitiva del alcance y resultados del accidente no tiene lugar hasta que la Comisión Técnica Calificadora Provincial de Lugo, ateniéndose a los últimos informes médicos, certificó la incapacidad total permanente del interesado, con base en la cual entabló la demanda de pobreza, que produjo la interrupción del plazo prescriptivo conforme al artículo 1.973 C. c. cuando se hace constar en aquélla el objeto del litigio que se proponía entablar.

*Error de hecho.*—Existe un manifiesto error de hecho en la apreciación de la prueba que se acredita con los propios documentos que entran en juego, pues los que sirven de apoyo para declarar prescrita la acción se basan en unos informes médicos según los cuales las secuelas del accidente con unos «síndromes depresivos, cansancio, tristeza patológica, astenia, etcétera» que suponen una incapacidad temporal y transitoria para el trabajo, mientras que tres años después la Comisión Calificadora, también apoyada en exámenes facultativos, dijo que la incapacidad era total y permanente, lo que implica una catalogación completamente diferente a los efectos del daño.

*Calificación a efectos laborales.*—Tratándose de un obrero asalariado; la apreciación a los fines salariales, no sólo no es intrascendente, sino que es decisiva, pues supone tanto como declarar que, de un modo completo y definitivo, está incapacitado para ejercer su único medio de vida conocido.

*Seguro voluntario de accidentes. Exclusión en la póliza de los hermanos. Agravación de las secuelas.*—La agravación de las secuelas del accidente originador no puede considerarse como un hecho nuevo y autónomo que justifique una pretensión distinta e independiente, y según el artículo 2.º del condicionado general de la póliza, se excluyen expresamente de la cobertura del seguro voluntario, a los hermanos consanguíneos y afines del conductor o asegurado, por lo cual no puede estimarse la reclamación intentada por quien es hermano de doble vínculo del asegurado que conducía el vehículo, y que ya percibió en su día la indemnización por el seguro obligatorio. (Sentencia de 9 de octubre de 1978; ha lugar.)

Sentencia importante que recuerda una doctrina jurisprudencial olvidada por los juzgadores de ambas instancias, que si bien da lugar al recurso interpuesto por una víctima del accidente, declarando la inexistencia de prescripción, bien puede asimilarse a los interpuestos en beneficio de la ley, por cuanto que, al entrar en el fondo, se desestima la demanda dado el parentesco que le unía al causante de la víctima, el cual, según la póliza, excluía de indemnización. Importante es también la declaración relativa a la eficacia civil de las declaraciones laborales de incapacidad, que es de aprobar plenamente.

G. G. C.

#### 4. Derechos reales

1. *Propiedad horizontal. Gastos de la comunidad. Obligación de los coparticipes. Espíritu de solidaridad.*—El coparticipante que, aunque no intervino en la confección de las actas de la comunidad de propietarios en régimen de propiedad horizontal, pudo intervenir y en todo caso no las impugnó mostrándose reacio al abono de los gastos comunitarios tras el requerimiento formal hecho, con su actitud no contribuyó al reforzamiento del espíritu de solidaridad que la ley de 1960 pretende estimular mediante la vigorización de la fuerza vinculante de los deberes impuestos a los titulares por lo que se refiere al abono de gastos, hasta el punto de configurar una obligación «ob rem» a cargo del copropietario moroso, con la afección real de su propiedad particular en garantía del débito común.

*Casación. Formalismo. Error de hecho. Valoración incorrecta de la prueba.* Es inviable el recurso si no se demuestra el error de hecho que se dice padeció la Sala mediante la cita y aportación de documento auténtico que, de modo preciso, inequívoco e indubitado, patentice aquél para demostrar lo contrario o desvirtuar el hecho o hechos fijados en la sentencia. El artículo 1.214 del C. c. como genérico no puede servir de base para la casación por valoración incorrecta de la prueba a menos que la Sala haya fundado su fallo en el principio de carga de la prueba o que se haya invertido arbitrariamente la misma. (Sentencia de 17 de marzo de 1979; no ha lugar.)

2. *Acción reivindicatoria. Título de dominio.*—La declaración, contenida en la sentencia recurrida, de no haberse justificado que los terrenos reivindicados se encuentren comprendidos en las escrituras de compraventa y que sólo acreditan al actor como titular de un derecho al aprovechamiento de helechos y fresnos en terrenos comunales, es una cuestión de hecho, sólo combatible por la vía del núm. 7 del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

*Helechal, en Navarra. Significado del término.*—La sentencia de instancia respeta la Ley 388 de la Compilación, pues tal como ésta dispone, al no considerar que la palabra «helechal» en los títulos de propiedad exprese la naturaleza o destino de las fincas, sino que hace referencia al aprovechamiento de helechos espontáneos en terrenos comunales.

*Doble inscripción. Solución al conflicto de inscripciones.*—Corresponde a los Tribunales fijar el valor de los derechos respectivamente derivados de las inscripciones, debiendo resolverse en el correspondiente juicio declarativo

ordinario atribuyendo la verdadera condición de tercero hipotecario al que por su inscripción corresponda, y si ninguno de los titulares reúne dicha condición, han de ser las normas del Derecho civil las que resuelvan la contienda.

*Tercero hipotecario. Titular de «helechal».*—No puede tener la condición de tercero hipotecario el titular de un derecho al aprovechamiento de los helechales comprendidos en la finca, pues su título es plenamente compatible con el dominio inscrito en favor del demandado. (Sentencia de 16 de febrero de 1979; no ha lugar.)

3. *Acción declarativa de dominio. Camino privado sobre terrenos del actor. Naturaleza del recurso.*—El recurso autorizado por el párrafo 8.º del artículo 1.692 de la LEC, no autoriza ni mucho menos una tercera instancia, sino que se autoriza exclusivamente para poner de relieve, en el caso de que exista, un «*manifiesto error del Juzgador*» que se evidencie por la existencia de una contradicción clara e indudable entre las afirmaciones fácticas que aquél haga y las que consten en un documento unido a los autos que reúnan caracteres de autenticidad, y ha sido la jurisprudencia de esta Sala la que ha precisado, para que tan trascendente efecto pueda producirse, determinados condicionamientos en garantía del respeto a los hechos probados que dé la instancia, cuales son: a) que el documento reúna claramente la condición de auténtico; b) que contradiga de una manera clara e indudable, no por deducciones, las afirmaciones fácticas de la sentencia recurrida, y c) que no haya sido estudiado, interpretado y ponderado, por el Juzgador de instancia, porque si lo hubiera sido, lo que se pretendería con la interposición del motivo sería sustituir el criterio interpretativo del Juzgador por el de la parte. (Sentencia de 31 de octubre de 1978; no ha lugar.)

NOTA.—El tema discutido durante todo el pleito y luego en el recurso se concreta a dos puntos: 1.º Si el terreno o parcela en cuestión es o no un bien de dominio público, y 2.º Si en el caso de la solución negativa dicho terreno de propiedad privada, ha de considerarse como perteneciente al patrimonio del actor y a virtud de qué título; resolviendo, ambas instancias, en este último sentido; declarando la propiedad de la parte actora por título de prescripción extraordinaria, pronunciamiento contra el que se alza el recurso, alegándose la equivocación del Juzgador, cuyas afirmaciones están contradichas según el recurrente por el contenido de documentos auténticos unidos al pleito, y, como tales, se citan: tres escrituras públicas, unas certificaciones del Ayuntamiento de Lugo y un plano kilométrico. E. T. S. en la sentencia extractada pone de relieve que no puede prosperar el recurso y, concretamente, el primero de los motivos aducidos, de una parte, porque todos los documentos invocados han sido examinados por la Audiencia en los Considerandos de su sentencia, ponderando, con evidente buen criterio, el contenido eficaz de cada uno con relación a la cuestión debatida, y, por otra parte, porque ninguno de dichos documentos encierra una contradicción flagrante con los hechos que dio la instancia.

A. L. C.

4. *Acción declarativa de condominio. Rectificación registral.*—No puede prosperar el motivo que denuncia la violación del artículo 38 de la Ley Hipotecaria, en especial de su párrafo 2.º, que obliga, al ejercitarse una acción contradictoria de dominio inscrito en el Registro, a entablar antes, o a la

vez, demanda de cancelación de la inscripción correspondiente; en primer lugar, porque los actores no ejercitan una propia y auténtica acción reivindicatoria, como sostiene el recurrente, sino una declarativa previa de participación en una propiedad indivisa o por cuotas, dirigida fundamentalmente a obtener el reconocimiento de su parte alícuota, y, en segundo lugar, porque, consecuentemente, no constituye un ataque o contradicción a la inscripción registral, y sí una voluntad dirigida, en su interés, a completar una titularidad para transformarla, de acuerdo con la realidad extrarregistral, de singular en plural, lo que implica que no se va a cancelar ni va a perder vigencia la inscripción, sino a completarla con la constancia de la participación interesada y obtenida por sentencia.

*Acción declarativa de condominio. Legitimación registral.*—Tampoco puede prosperar el motivo que denuncia la violación del artículo 38 de la Ley Hipotecaria que, en relación con el 348, párrafo 1.º del C. c., consagra el principio de legitimación registral, por entenderse que la inscripción exclusiva a nombre del recurrente legitima su dominio y que al conceder la sentencia una participación de dos-sextos a los actores sobre la construcción u hotel sito en las parcelas, sin que aquéllos hubieran acreditado dominio sobre el mismo, se violan o desconocen los preceptos citados, y ello tanto porque se parte de un supuesto incorrecto, no probado, es decir, el de que la copropiedad se extendiera sólo a los terrenos y no al hotel —y en ningún caso la apreciación en contra de la sentencia ha sido impugnada—, como porque, según es sabido, el artículo 38 de la Ley Hipotecaria sienta una presunción sólo «iuris tantum», que puede ser desvirtuada por prueba a cargo del impugnante, cosa que ésta ha conseguido, es decir, la desconformidad del título inscrito con sus obligados antecedentes jurídicos y de hecho.

*Condominio. Cosa indivisible.*—La apreciación de la indivisibilidad corresponde al libre y correcto criterio de la Sala. (Sentencia de 27 de febrero de 1979; no ha lugar.)

NOTA.—A consecuencia de diversas operaciones o relaciones contractuales, se llegó por las partes a la suscripción y firma de un contrato, fechado en 6 de junio de 1961, por el cual se estableció entre los demandantes, hermanos y el demandado, una situación o relación jurídica de copropiedad relativamente a tres parcelas y solares, junto con una edificación dedicada a hotel, y en la que los primeros ostentaban una participación de un sexto cada uno, dos sextos en total, y cuatro sextos el demandado y hoy recurrente, con pacto de indivisión durante diez años; copropiedad extensiva a todos los elementos descritos, y respecto a la cual los hoy recurridos al transcurrir el plazo previsto, solicitaron la división y consecuente y subsidiaria venta del todo, con admisión de licitadores extraños, por resultar inservible la cosa si se llegara a su división material, hechos todos ellos así fijados en la sentencia de instancia y no impugnados por la vía adecuada.

5. *Propiedad horizontal. Características. Contenido dominical. Limitaciones recíprocas.*—Las notas características de la propiedad horizontal, esto es, la existencia de un grupo de titulares dominicales y la yuxtaposición de dos clases de propiedad, pero con preponderancia de la privativa o singular según se desprende del artículo 3.º de la Ley de 21 de julio de 1960, confieren obligada significación al elemento comunitario, determinante de que

las facultades de uso y disfrute, aún siendo esenciales al dominio como integrantes de su contenido conforme a lo dispuesto en el artículo 348 del Código civil, tengan que experimentar limitaciones recíprocas a fin de hacer posible la pacífica convivencia de las propiedades individuales y es en atención a tal realidad de que «íntimamente unidos a los derechos de disfrute aparecen los deberes de igual naturaleza» que, en palabras del preámbulo de la Ley referida, la ordenación que gobierna la figura haya «tratado de configurarlos con criterios inspirados en las relaciones de vecindad, procurando dictar unas normas dirigidas a asegurar que el ejercicio del derecho propio no se traduzca en perjuicio del ajeno ni en menoscabo del conjunto, para dejar así establecidas las bases de una convivencia normal».

*Propiedad horizontal. Restricciones estatutarias y legales. Actividades molestas. Colegio.*—Una de las restricciones a la facultad de usar es la ordenada por el artículo 7.º de la L. P. H. en su último párrafo, a cuyo tenor al titular y al ocupante del piso les está prohibido desarrollar en él o en el resto del inmueble actividades no permitidas en los estatutos, dañosas para la finca, inmorales, peligrosas, incómodas e insalubres, precepto que abarca un doble orden de limitaciones, por cuanto a las establecidas en el negocio estatutario se añaden las genéricas señaladas en la ley y es respecto de estas últimas que la doctrina científica advierte la dificultad de su previa determinación, pues responden a apreciaciones de mero hecho en relación con el caso concreto, lo que no es óbice para que entre los ejemplos de usos reprobables se haga cita del caso de un establecimiento de enseñanza determinante de ruidos excesivos y de numerosa concurrencia en la casa, pues es manifiesto que la masiva asistencia de jóvenes a un centro docente instalado en un inmueble de régimen de propiedad horizontal, por fuerza habrá de causar a los moradores de las viviendas molestias sensiblemente superiores a las inherentes a las relaciones de vecindad y esa incomodidad tan grave no puede pretender imponérseles en aras de especiosas razones de solidaridad social.

*Propiedad horizontal. «Quorum» estatutario y «quorum» legal.*—Procede desestimar el motivo que denuncia que el acuerdo de los propietarios para el ejercicio de la acción no ha sido adoptado con el «quorum» del 60 por 100 de participaciones que en el título se requiere para toda clase de reclamaciones «sobre las cosas comunes», pues prescindiendo de si la mayoría así establecida vulnera preceptos de derecho coactivo, problema no suscitado en la instancia y que por su novedad no puede ser planteado en la casación, con acierto entiende la Sala de instancia que no se trata de acción alguna sobre los elementos comunes, sino de una pretensión basada en el artículo 7.º de la Ley para lograr que el demandado cese en el ejercicio de una actividad marcadamente incómoda.

*Propiedad horizontal. Defectos del recurso. Casación y normas procesales. Legitimación del presidente.*—También ha de ser rechazado el motivo segundo, basado en infracción por violación del artículo 533, núm. 2, de la LEC, pues además de que no puede ser apoyado el recurso de casación por infracción de ley en la pretendida vulneración de normas puramente procesales, naturaleza que conviene a la invocada, pues concierne a la personalidad por



supuesto defecto de justificación del carácter o representación con que se reclama conforme a lo dispuesto en el artículo 503 de la LEC, la Sala sentenciadora da por acreditado que el demandante ha sido nombrado presidente de la comunidad en la oportuna Junta de propietarios, acuerdo por nadie combatido y cuya incuestionable vigencia es admitida por el recurrente, siquiera lo tache de nulo aduciendo argumentación análoga a la empleada en el motivo precedente, con olvido de que tal nombramiento viene sometido al régimen de mayorías (artículo 16, 2.º, de la Ley especial), y no a la extraordinaria del 60 por 100. (Sentencia de 11 de octubre de 1978; no ha lugar.)

6. *Propiedad horizontal. Uso y disfrute exclusivo de ciertos elementos comunes reconocido en el título constitutivo.*—La cláusula que otorga a cada uno de los demandados, el derecho al uso y disfrute exclusivo de la porción de terraza, que les asignó el título constitutivo y se le reservó en los Estatutos de la Comunidad —aun reconociendo su cualidad de elemento común—, no es contraria a la norma imperativa o prohibitiva que, como implicada, se invoca por la parte recurrente (artículo 396 del C. c.) y, por tanto, no puede incurrir en la sanción del párrafo 3.º del artículo 6.º de dicho Código, de modo que si pudiera quedar alguna duda sobre la validez de las aludidas cláusulas, las viene a desvanecer la propia Ley especial, en el párrafo 2.º de su artículo 5.º.

*Gastos de conservación de los elementos comunes atribuidos en uso y disfrute exclusivo a alguno de los propietarios.*—Al razonar los recurrentes que «si van a ser los dueños de los pisos séptimo los únicos beneficiarios de los mismos, es lógico, razonable, justo y además legal, que sean ellos los que respondan de los gastos de conservación de las azoteas respectivas», olvidan la validez de las cláusulas que impugnan y olvidan igualmente que el propio precepto que invocan (artículo 9.º, párrafo 5.º de la L. P. H.) determina que las obligaciones de los propietarios a la contribución de los gastos generales deben atemperarse «a la cuota de participación fijada en el título o a la especialmente establecida», y que, en el caso litigioso, la obligación que se impuso en la sentencia, a la Comunidad, es la que se estipuló en los títulos de constitución y en los Estatutos de la Comunidad.

*Obras hechas por el titular exclusivo del uso y disfrute en elementos comunes.*—La mera cesión del uso y disfrute exclusivo que, de una parte determinada de la terraza o cubierta del inmueble, se otorga a los propietarios del piso séptimo, letra b), en el título constitutivo, y que se reitera en los Estatutos de la Comunidad, tiene ese limitado alcance y no autoriza a la realización de obras de fábrica, como el recurrente pretende; y por lo que respecta a la afirmación que hace, de que han contribuido a mejorar la conservación de la cubierta, para que pudiera decretarse su mantenimiento, tendría que haber demostrado que, efectivamente, producían esa mejora y además que habría obtenido el consentimiento de los demás comuneros, que se exige en el artículo 397 del C. c., lo cual no ha verificado. (Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de diciembre de 1978; no ha lugar.)

7. *Retracto de colindantes. Naturaleza rústica o urbana de la finca. Criterios de calificación.*—El C. civil no ha dilucidado el tema de la diferenciación de la finca rústica de la urbana, pero la jurisprudencia del T. S. indica

que deben tenerse en cuenta, al indicado efecto, tres datos fundamentales: 1.º situación o emplazamiento de la finca; 2.º el aprovechamiento o cultivo de la misma, y 3.º la prevalencia del factor rústico o urbano en el caso de que ambos concurriesen. (Sentencia de 14 de octubre de 1978; no ha lugar.)

8. *Bienes exceptuados de la desamortización. Inscripción en el Registro de la Propiedad.*—El régimen establecido en el artículo 14 del Decreto 12 agosto 1871 y la doctrina al respecto del Tribunal Supremo y de la Dirección General de los Registros, no son aplicables cuando la finca objeto de la escritura de compraventa que motiva la inscripción se encuentra excluida de desamortización; conduciendo además dicho precepto, sólo a la posibilidad de instar la suspensión de la inscripción, no su radical nulidad.

*Acciones declarativa y reivindicatoria del dominio. Requisitos.*—Es esencial la identificación de su objeto para que sea viable, sin que puedan admitirse cuando se ignora la existencia real de la finca sobre el terreno y mucho menos su superficie y linderos exactos.

*Ejercicio de acciones. Exigencia de interés.*—El actor debe ostentar el interés legítimo, jurídico, directo y personal, nacido y actual, que es consustancial para la viabilidad de toda acción procesal, configurada ésta como un derecho de puro poder jurídico, de naturaleza potestativa, dirigido a obtener una decisión jurisdiccional mediante la actuación de la Ley. (Sentencia de 20 de febrero de 1979; no ha lugar.)

9. *Legitimación registral. Requisitos para la aplicación del artículo 38 párrafo segundo de la Ley Hipotecaria.*—Es preciso que la acción ejercitada en la demanda o reconvenición sea contradictorio del dominio o derecho real inscrito y que el éxito de tal acción pueda conducir a la nulidad o cancelación de la inscripción correspondiente, circunstancias que, como ha señalado reiterada jurisprudencia, no concurren en la acción de deslinde y amojonamiento.

*Artículo 207 de la Ley Hipotecaria. Objeto e interpretación.*—La limitación temporal que establece se refiere sólo al principio de fe pública registral, pero no al de legitimación; en su exégesis no puede prescindirse de la interpretación sistemática, pues, quedando, por lo tanto, al margen de aquéllas las inscripciones de inmatriculación por exceso de cabida.

*Constancia registral de la superficie. Efectos.*—La medida superficial que conste en la inscripción de inmatriculación no estará protegida por la fe pública, ni durante los dos primeros años ni después.

*Infracción del Reglamento Hipotecario. No es alegable en casación.*—Su infracción no puede servir de base a un recurso de casación, por tratarse de un conjunto de disposiciones de carácter normativo secundario, que no merecen el concepto de «ley» a efectos de lo prevenido en el núm. 1 del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

*Artículo 1.692, número 7, de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Requisitos para su alegación.*—Únicamente puede alcanzar éxito oponiendo un hecho auténtico concreto, evidenciado por un documento o acto de la misma naturaleza, a un hecho probado, también concretamente determinado, fijado formalmente por el Juzgador de instancia. (Sentencias de 28 de marzo de 1979; no ha lugar.)

## 5. Derecho de familia

1. *Hijos nacidos después de los 300 días de la separación de los cónyuges. Defecto del recurso.*—No puede prosperar el motivo que, por la vía del número 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, alega la aplicación indebida del artículo 111 Código civil, entendiendo que no ha habido separación legal efectiva, pues el resultado probatorio afirmado en la primera instancia ha ganado firmeza, al no haberse desvirtuado por el cauce del número 7.º de dicho artículo 1.692.

*Impugnación de legitimidad. Artículos 111 y 113 del Código civil.*—Los plazos de caducidad del artículo 113 no son aplicables al caso de desconocimiento de la paternidad del artículo 111 que, conforme a las Sentencias de 8 de abril de 1893, 18 de junio de 1900, 16 de abril de 1969 y 17 de marzo de 1972, no puede confundirse con el supuesto de impugnación, ya que basta una simple declaración de voluntad denegatoria de la legitimidad, sin que se precise ejercitar toda una impugnación contra una legitimidad inexistente, ni probar una falta de paternidad tal vez inverosímil.

*Plazo para la acción de desconocimiento.*—De entenderse necesario el ejercicio de una acción de desconocimiento, concretamente para dejar sin efecto la inscripción registral practicada, tampoco serían aplicables los plazos del artículo 113, puesto que, como ya ha declarado la Sentencia de 12 de diciembre de 1972, la acción de desconocimiento del artículo 111 es absolutamente distinta a la regulada en el 113 y es imprescriptible a tenor del artículo 1.936, por referirse al estado civil y filiación que, por su naturaleza, están fuera del comercio de los hombres.

*Privación de la patria potestad y carga de la prueba. Defecto del recurso.*—Afirmados por los juzgadores de instancia una serie de hechos constitutivos de ejemplos corruptores, en manera alguna cabe apreciar violación de los artículos 171 y 1.214 del Código civil, pues para ello se habría precisado, cual no se ha efectuado, atacar tal manifestación fáctica por la vía o cauce del número 7.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. (Sentencia de 26 de diciembre de 1978; no ha lugar.)

2. *Separación de cónyuges italianos por mutuo consentimiento. Error de hecho en la apreciación de la prueba.*—Este error, evidenciado por la certificación consular italiana de vigencia de ciertos artículos del Código civil de este país, ha de estimarse, porque reconocida por la sentencia recurrida la autenticidad de la certificación y con ello da lo dispuesto por el artículo 150 del Código italiano que proclama que la separación puede ser judicial o consensual, y dado que el Derecho extranjero es una cuestión de hecho y que la actora interesó la separación y la parte demandada no se opuso, es evidente que ha habido mutuo consentimiento que hace viable la separación solicitada. (Sentencia de 6 de abril de 1979; ha lugar.)

3. *Litis consorcio necesario.*—Si en la relación de derecho material la vinculación de las personas a una situación jurídica o a una relación obligacional no parece evidente, bien por ajenidad al acto o relación jurídica, o porque los efectos de la cosa juzgada no van a repercutir en las mismas debido a los límites propios de ésta, es evidente que no puede hablarse de

situación litis consorcial, justamente porque entonces en sus derechos sustantivos y procesales al permanecer intactas sus defensas de todo orden.

*Deudas y cargas de la sociedad de gananciales.*—Las deudas contraídas por el marido administrador no se transmiten, como en el supuesto herencial, al otro cónyuge en el supuesto de disolución de la sociedad, sino que pasan a ser carga o responsabilidad del patrimonio que ha de liquidarse, en cuya liquidación pueden participar, a través de los herederos del cónyuge personalmente deudor, los acreedores de éste, sin perjuicio de sus acciones contra la masa patrimonial, cuya titularidad ostentan los herederos del premuerto y el cónyuge superviviente.

*Débito y responsabilidad.*—La mujer, pues, no se convierte en deudora, por no haber contratado ni contraído débito, sino en sujeto pasivo de una responsabilidad limitada al ámbito patrimonial de la sociedad disuelta y en liquidación, es decir, a la mitad importe de las gananciales.

*Litis consorcio necesario.*—Al no ser la viuda heredera del deudor y sí sólo presunta y limitadamente responsable en su mitad de gananciales—luego de practicada la división—no puede verse afectada por la sentencia impugnada, que se limita a declarar la existencia de una deuda contraída por el cónyuge premuerto y transmitida a sus herederos demandados, sin prejuzgar en absoluto sobre la responsabilidad ganancial del débito, respecto al cual la mujer tiene garantizada su defensa por la vía sustantiva—amén de lo previsto en los artículos 1413 del Código civil y 144 del Reglamento Hipotecario—por la del artículo 1.252 del Código, en cuanto no existe responsabilidad solitaria entre la mujer y los herederos del marido deudor, ni la prestación de dar dinero es indivisible.

*Litis consorcio necesario.*—La anterior conclusión se hace aún más consistente en este caso en que la viuda ha renunciado a todos sus derechos en la herencia del esposo y no es, pues, heredera del deudor.

*Incongruencia.*—Mientras la vinculación en los hechos debidamente contrastados es en principio obligada, no ocurre lo propio con las normas aducidas por las partes, porque ello hay que combinarlo con los deberes y poderes del Juez para aplicar la norma adecuada, de acuerdo con el principio «da mihi factum, dabo tibi jus», con lo que la no designación de norma por la parte o su alegación errónea no tendrá repercusión para la eficacia de la pretensión o defensa, si el hecho fijado encaja en la norma que el juzgador estime correcta.

*Incongruencia.*—Sólo es posible por alteración de la «causa petendi» y no por el cambio de punto de vista jurídico y, consecuentemente, la incongruencia se dará entre el fallo y los «considerandos» predeterminantes, por lo que la sentencia que respecta los hechos, aunque el fundamento jurídico sea distinto, pero correcto, no puede incurrir en el defecto alegado.

*Incongruencia.*—Si en el suplico de la demanda no se especifica la clase de contrato en que se funda, al hablarse solamente de una obligación de garantía, sin perjuicio de que en la póliza se aluda a la misma con los términos de «garantía prendaria», aunque luego se discuta en torno a la fianza, es evidente que no incide la Sala en exceso o incongruencia al calificar la relación como prenda, que es una de las especies de garantías o contratos de tal clase previstos en el mismo capítulo del Código civil.

*Cuestión nueva.*—La inaplicación que se denuncia del artículo 1.857 del Código es una cuestión no debatida en las instancias y que en casación incurre en causa de desestimación, aparte de que no es cierto que la sentencia imponga una obligación de garantía y afirme también que se ignora el alcance de la obligación principal, ya que de los hechos probados no resulta así, sino que esa ignorancia se refiere sólo al «quantum» de la obligación principal—el crédito bancario—y no a la obligación misma. (Sentencia de 26 de marzo de 1979; no ha lugar.)

## 6. Derecho de sucesiones

1. *Cuestión nueva.*—Aun cuando se trate de una cuestión nueva, no planteada en el período expositivo del pleito, ha de resolverse de oficio por tratarse de cuestión de orden público.

*Exceso de jurisdicción.*—La alegación de que los juzgadores de instancia se han excedido en el ejercicio de su jurisdicción, conociendo y resolviendo un asunto que no es de su competencia, por afectar a preceptos de carácter administrativo en relación con las Oficinas de Farmacia, ha de perecer dado que lo que es objeto de la cuestión debatida no lo constituye la intangibilidad e intransmisibilidad de un título universitario ni las atribuciones o facultades inherentes al mismo, sino la naturaleza en el orden civil del fondo negocial que constituye la base económica de una farmacia y si se trata o no de un bien ganancial: cuestiones de carácter marcadamente civil y en las que es manifiesta la competencia de la jurisdicción ordinaria.

*Oficina del Farmacia. Naturaleza patrimonial.*—La apreciación de que la Oficina de Farmacia ha de pertenecer privativamente a la recurrente por derivar tal pertenencia del título académico correspondiente, olvida que las farmacias son locales de negocio, como así lo tiene declarado la jurisprudencia de esta Sala, al afirmar que en ellas se realiza con establecimiento abierto de una actividad comercial, consistente en la preparación y venta de productos medicinales con el lógico deseo de obtener una ganancia, así como en adquirir en los centros productores toda clase de específicos y géneros farmacológicos para igualmente conseguir un lucro en la reventa, función ésta propia del Código de comercio en cuanto va incluida en el concepto de actos mercantiles que define su artículo 325.

*Oficina de Farmacia. Naturaleza ganancial.*—No puede haber violación del artículo 1.401 del Código civil, ya que aquí la Oficina de Farmacia tiene un indiscutible carácter de bien ganancial, porque la recurrente obtuvo su título universitario y comenzó a regentar la farmacia diez años después de contraído el matrimonio y la adquisición no se produjo con dinero privativo de aquélla, sino que lo fue a costa del caudal común, o al menos así hay que deducirlo en base a la presunción legal del artículo 1.407 del Código civil.

*Incongruencia.*—La estimación de que la sentencia recurrida, en cuanto ordena la inclusión como ganancial del dinero existente a la fecha del fallecimiento del causante, cifrado en cierta cantidad, incurre en incongruencia.

por otorgar más de lo pedido, ya que el actor no pidió cantidad alguna determinada, sino que se limitó a solicitar se incluyan como ganancial el metálico quedado al fallecimiento de aquél, carece de base, puesto que la sentencia no concede más de lo pedido, sino que se concreta a especificar lo que por la prueba a este efecto practicada, acredite ser la suma en tal concepto solicitada.

*Presunciones.*—Para que pueda alegarse infracción del artículo 1.253 del Código civil es de todo punto necesario que en la sentencia impugnada se haya acudido a la prueba de presunciones, y en el caso objeto del recurso la Sala sentenciadora de instancia no acuda a la vía presuncional, sino que señala el metálico ganancial existente a la muerte del causante como resultado acreditado por el conjunto de la prueba.

*Incongruencia.* «*Reformatio in pejus*».—Existe tal vicio de incongruencia cuando la sentencia recurrida agrava en perjuicio del recurrente la dictada en primera instancia, no habiendo recurrido de ésta, ni adherido a la apelación, el actor recurrido pero siempre esa incongruencia ha de existir entre las pretensiones deducidas en el período expositivo del pleito y lo resuelto en la sentencia y la agravación o «*reformatio in pejus*» ha de resultar del examen comparativo de la parte dispositiva de la sentencia de apelación con la de primer grado, no bastando la discordancia entre la argumentación y fundamentos de una y otra sentencia, ya que el recurso de casación se da contra el fallo de las sentencias y no contra los considerandos de las mismas cuando no son premisas determinantes del fallo.

*Partición adicional. Corrección de valoraciones.*—La doctrina jurisprudencial, al interpretar el artículo 1.079 del Código civil, declara que no sólo procede la partición adicional cuando no se han incluido en la primeramente practicada determinados bienes de la herencia, sino también cuando la omisión alcanza a valoraciones o cuando las efectuadas redunden en perjuicio del principio de igualdad que debe presidir la formación de los lotes. (Sentencia de 26 de febrero de 1979; no ha lugar.)

2. *Bienes de la herencia.*—Si la resolución recurrida sólo declara probado que cierta cantidad fue extraída de su cuenta bancaria por el testador ocho días antes de su fallecimiento; que no consta que de ella se dispusiera por el testador, y que tampoco consta que estuviera en su casa cuando murió; y, en cambio, no declara acreditado dónde estaba esa cantidad y quién o quiénes la tenían en la fecha del óbito y como perteneciente a éste, no puede considerarse que forma parte del caudal relicto, como sostienen las recurrentes y hay la aplicación indebida denunciada de los artículos 657, 659 y 661 del Código.

*Fuentes de las obligaciones y carga de la prueba.*—Hay infracción, por violación, del artículo 1.089, en relación con el 1.214, ambos del Código civil, al imponer una obligación sin motivo alguno económico y jurídico de la misma, ya que no hay otro origen de las obligaciones que alguno de los señalados en el artículo 1.089 y se presume la exoneración de responsabilidad y la inexistencia de obligación, mientras no se acredite su existencia; y, no obstante, la sentencia impone a las demandadas la obligación de entregar a la demandante la cuarta parte de una cantidad a pesar de no contener

tal sentencia declaración ni referencia alguna al hecho de que ellas hubieran recibido tal suma.

*Actos propios.*—La intervención de un heredero en la aprobación del cuaderno particional, y luego en su protocolización, no significa otra cosa que la conformidad con la distribución y adjudicación de bienes que en tal cuaderno se hace, pero no implica renuncia en cualquier otro bien que, perteneciendo a la herencia, no se hubiera incluido en el inventario; y tan es así, que es cláusula de estilo que se inserta generalmente en las particiones—y en la de autos también se insertó—, que si apareciesen otros bienes pertenecientes a la herencia del causante se distribuirán entre los herederos en proporción a su haber. (Sentencia de 7 de diciembre de 1978; ha lugar.)

3. *Juicio voluntario de testamentaria. Legitimación activa de la viuda catalana. «Iura novit curia». «Any de plor».*—Limitada la cuestión debatida a declarar si la solicitante está legitimada para promover el juicio voluntario de testamentaria de su esposo, causante de vecindad civil catalana, por aplicación del principio de derecho *iura novit curia*, estando reconocidos por el auto recurrido los derechos del año de luto que le atribuye la Compilación de Derecho Civil Especial de Cataluña de 21 de julio de 1960, en su artículo 25, ello basta para proclamar, con independencia de la naturaleza jurídica de la cuarta marital que le pudiera corresponder, su legitimación procesal al amparo del artículo 1.038, núm. 2.º, LEC, que en este caso no resulta modificado por la ley especial. (Sentencia de 14 de diciembre de 1978; ha lugar.)

## II. DERECHO MERCANTIL

1. *Sociedad anónima. Impugnación de acuerdos sociales.*—La jurisprudencia, interpretando el artículo sesenta y nueve de la Ley de Sociedades Anónimas, proclama que no basta que conste en acta el voto contrario al acuerdo social adoptado, sino que además se exige que conste en acta también la manifestación expresa de oposición a dicho acuerdo; pero esto, que se exige en circunstancias normales, puede ser sustituido por la manifestación previa, realizada ante notario, en la que se haga constar que de antemano se opone a los acuerdos que vayan a adoptarse en favor de los puntos contenidos en el orden del día. De no admitirse esta equivalencia, se convertiría a las mayorías en árbitros para hacer impugnables los acuerdos adoptados, pues les bastaría con no hacer constar en el acta de la Junta la manifestación de los minoritarios respecto a la impugnación, a fin de dejarlos privados de la legitimación necesaria para recurrir judicialmente. (Sentencia de 11 de noviembre de 1978; no ha lugar.)

*Hechos.*—Impugnación de acuerdos sociales adoptados en Junta general de accionistas. La Audiencia admite la impugnación y declara la nulidad de dichos acuerdos. El Tribunal Supremo confirma la sentencia de la Audiencia.

2. *Hipoteca en garantía de préstamo de la modalidad «ahorro-vivienda». Infracción de sus normas reguladoras; no alegada en instancia.*—Constituida la hipoteca con infracción de los límites establecidos en el artículo 14 c) del Decreto-ley de 3 octubre 1966 y apartado 4.º de la Orden de 17 del mismo mes y año, no fue planteada por los demandados en el juicio su nulidad, sino la persistencia del contrato de compraventa con alteraciones o subsidiariamente su resolución, lo que excluye la nulidad, pues la resolución presupone contrato no nulo; por consiguiente, plantear el problema de nulidad en casación implica una cuestión nueva, no postulada en instancia, estando vedado su examen.

*Derecho del comprador a suspender el pago del precio en caso de que sea perturbado en su posesión y dominio.*—Conferido este derecho por el artículo 1.502 del Código civil, viene condicionado por los requisitos de que el temor del comprador sea fundado y tenga su génesis en el futuro ejercicio de una acción reivindicatoria o hipotecaria, que son las que pueden conducirle a la pérdida total o parcial de la cosa sin compensación, sin que pueda aplicarse a otras acciones, dado el carácter del citado artículo, que es de interpretación restrictiva.

*Error de hecho. Requisitos para su denuncia en casación.*—Tiene que venir amparada mediante la cita concreta y precisa del documento o acto auténtico de que se trate revelar una equivocación evidente del juzgador y tal estado de error de hecho no puede sostenerse con base en documentos que hayan sido discutidos, apreciados, valorados e interpretados por el Tribunal «a quo», sin que las manifestaciones efectuadas al absolver posiciones tengan el carácter de documento o acto auténtico a estos efectos. (Sentencia de 29 de septiembre de 1978; no ha lugar.)

NOTA.—La modalidad de préstamo denominada de «ahorro-vivienda», con garantía de primera o segunda hipoteca, fue regulada por el Decreto-ley de 3 de octubre de 1966, de ordenación económica, y Orden del día 17 siguiente.

La operación sólo indicada en el artículo 14 letra c) del Decreto-ley, que autorizaba a las Cajas de Ahorro para su realización, se encontraba sujeta a los límites detallados en la Orden Ministerial, referentes al precio de la vivienda que se proyectaba adquirir y a la cuantía del préstamo, dependiendo ésta, a su vez, del importe del fondo depositado en la entidad bancaria o crediticia que actuaba como prestamista.

La sentencia anotada no resuelve cuáles sean las consecuencias que acarrea la infracción de los límites impuestos al préstamo; sin embargo, la naturaleza y finalidad de las disposiciones que introdujeron y regularon esta figura no parecen permitir que pueda afectar a la validez y eficacia del contrato, sino sólo dar causa a la pérdida de los beneficios de que gozaba (se concedían a un interés anual del 5,5 por 100, debiendo amortizarse en un plazo de hasta doce años). La incidencia de este hecho en el préstamo e incluso en la compraventa a que se destina, dependerá de que la obtención de las condiciones favorables para el crédito haya sido puesta como condición (artículos 1.113 y 1.114 del Código civil) o sea posible aplicar al caso el artículo 1.266 del mismo.

P. E. A.

3. *Marca. Denominación genérica.*—El vocablo «cortados» en su designación correcta y usual viene referido a la elaboración de bombones fabricados por el procedimiento de corte múltiple de una plancha de chocolate,



que adoptan la forma especial de estar partidos en porciones regulares e iguales; la marca usada extrarregistralmente por la entidad recurrente lo ha sido con la denominación «Cortados Uña», que debe confrontarse con la de «Cortados Trapa», que tiene registrada la entidad recurrida, resultando de ella que el único distintivo común de las dos marcas debatidas en la palabra «Cortados», la cual es manifiestamente una denominación genérica que, como tal, no es susceptible de ser registrada como marca, y de la que se ha de prescindir al realizar la confrontación, quedando únicamente subsistentes los términos «Uña» y «Trapa», que son los realmente distintivos de las respectivas marcas, entre los cuales términos en el mercado. (Sentencia de 26 de marzo de 1979; no ha lugar.)

4. *Marca. Certificado de concesión.*—El certificado de concesión de una marca no constituye sino una mera presunción de propiedad, que puede ser destruida por prueba en contrario y solamente se consolida a los tres años de efectuada.

*Coincidencia con razón social.*—Según el núm. 3.º del artículo 124 de la Ley de Propiedad Industrial, no pueden ser admitidos al Registro los apellidos o razones sociales que no sean los de los propios solicitantes o medie la debida autorización de quienes lo sean, por lo que ha de tenerse como bastante para oponerse a la inscripción de una marca, que se pruebe que con la misma sea coincidente, mas sin necesidad de que se halle inscrito en el Registro de la Propiedad Industrial. (Sentencia de 12 de marzo de 1979; no ha lugar.)

5. *Calificación de contrato. Cuenta corriente mercantil. Compraventa o permuta.*—Si el recurrente frente a la calificación jurídica de contrato de compraventa a que llegó el Tribunal a que opone otra la de cuenta corriente mercantil, el recurso debe ser desestimado por la impropiedad científica que lleva consigo, ya que en el caso enjuiciado lo que entra en juego son remesas de mercancías entendidas como prestaciones patrimoniales que dan lugar a los créditos, que es lo que se anota en cuenta —como debe o haber—, siendo aquellas mercancías ajenas al típico contrato de cuenta corriente y trayendo su causa de otras relaciones jurídicas.

*Casación. Rigor formal.*—Si no se indica en el recurso si el error que se denuncia es de hecho o de derecho se falta a la existencia de claridad y presión del artículo 1.720 de la LEC, que le hace incurrir en causa de inadmisión y, en su caso, de desestimación. No cabe combatir la calificación jurídica del contrato por el cauce del error en la apreciación de las pruebas.

*Casación. Cuestiones nuevas.*—No cabe plantear en casación cuestiones no suscitadas en la instancia. (Sentencia de 18 de octubre de 1978; no ha lugar.)

6. *Propiedad industrial. Razón de la tutela. Doctrina general.*—El amparo que prestan las Leyes de Propiedad Industrial para proteger a la industria y al comercio de la competencia desleal en materia de marcas, se basa en el fundamental principio de evitar semejanzas que puedan inducir a error a los consumidores, haciéndoles aceptar productos distintos de aquellos que por su crédito en el mercado o por cualquier otra determinación de su voluntad sean los que pretendan adquirir, y este principio de moral y de

derecho ha inspirado las normas que determinan las restricciones para la concesión de marcas en razón a la similitud fonética o gráfica con otras anteriormente registradas, según preceptúa el artículo 124 núm. 1.º del Estatuto de la Propiedad Industrial, rehusando asimismo el artículo 11 la admisión en el Registro de las denominaciones ya concedidas, suprimiéndolas o agregándolas cualquier vocablo.

*Marcas y nombres comerciales. No confusión.*—El nombre comercial y la marca de la demandada se distinguen suficientemente de la marca de la actora, ya que aquéllos se caracterizan por una contracción expresiva de los vocablos «Resinas» y «Textiles», dando lugar a la denominación «Resintex», y por el contrario, la denominación «Sintex» se refiere a la expresión comercial de una «síntesis» de elementos o resultados de investigaciones farmacéuticas o biológicas, no pareciendo adecuado pretender que la partícula «re» pueda significar una repetición o insistencia del vocablo «Sintex» y, sobre todo, la naturaleza de las actividades mercantiles desarrolladas por las partes litigantes, señalan evidentes diferencias que impiden cualquier error o confusión en el uso de las modalidades registrales confrontadas, pues la marca de la actora tiene como finalidad distinguir «productos químicos, farmacéuticos, higiénicos, productos sintéticos, etc.», y su actividad resulta dirigida al campo biológico y farmacéutico preferentemente, mientras la demandada desarrolló una actividad concretada al sector de los acabados de la industria textil, distinguiendo con su nombre comercial las transacciones mercantiles relativas a su negocio de tratamiento químico de toda clase de tejidos, así como su marca distingue las «resinas impermeabilizadas de tejidos», y a tenor del artículo 130, cada expediente de marca no podrá comprender más que una sola clase de productos del Nomenclator oficial, por lo que concurren los dos requisitos necesarios para su coexistencia, de no confundibilidad de signos ni confusión de productos. (Sentencia de 23 de abril de 1979; no ha lugar.)

7. *Posdatación de una letra de cambio sin conocimiento del aceptante. No obsta a la eficacia de la letra.*—Aunque quede acreditado que la fecha de vencimiento de la letra de cambio —cuyo importe es objeto de reclamación en el juicio—, fue puesta sin conocimiento del demandado, aceptante de la misma, tal circunstancia de posdatación de la letra es inoperante a los efectos de la pretendida nulidad del efecto cambiario, pues la obligación cambiaria surgió con la entrega del documento, debidamente aceptado por el demandado, como librado, al acreedor, que la libró a la orden de la entidad demandante que, como tomadora de la letra, reclama su importe, toda vez que los requisitos que el artículo 444 del Código de Comercio exige para la validez de toda cambial hace referencia, no al nacimiento de la obligación cambiaria, sino a la eficacia de la misma para reclamar su importe en juicio, pues la entrega por el aceptante de una letra en la que no consten todos los datos que dicho artículo requiere, y aunque entre los omitidos figure la fecha del vencimiento, supone una autorización tácita que se hace al acreedor para que la complete, siempre que entre éste y el deudor no existan pactos que condicionen a una fecha determinada y expresamente convenida, aquella en que haya de tener lugar el pago de la cambial.

*Casación. Cuestiones nuevas.*—Para resolver todo litigio ha de tenerse en cuenta únicamente la situación o antecedentes en que la discusión ha sido planteada, por lo que incurre en causa de inadmisión y, en su caso, de desestimación, el planteamiento, en casación, de una cuestión no debatida en la instancia. (Sentencia de 16 de octubre de 1978; no ha lugar.)

*Confesión. Valor.*—El valor de la confesión en juicio no es superior a la de los otros medios de prueba. (Sentencia de 16 de octubre de 1978; no ha lugar.)

8. *Títulos valores impropios. Descuento «salvo buen fin». Cesión «pro solvendo» y no «pro soluto». Repetición del Banco contra el descontado.*—La Sala sentenciadora no califica en rigor a los documentos de referencia como verdaderas libranzas, sino que sólo las conceptúa tales *lato sensu*, pues en puridad se trata de títulos-valores impropios, una de tantas modalidades nacidas en el tráfico mercantil complejo fuera de los esquemas legales, que en cuanto incorporan un crédito son susceptibles de descuento bancario que tiene como característica la condición de ser concertados siempre «salvo buen fin», y por consiguiente, con la reserva de que si por cualquier evento, ajeno a la voluntad del descontante, no realiza el pago el deudor, el Banco podrá repetir contra el descontado por el importe de lo que él anticipó (Sentencias de 19 de febrero de 1962 y 21 de junio de 1963), de suerte que el crédito de que se trata es cedido a la entidad que anticipa su importe *pro solvendo* y no *pro soluto*, esto es, no en pago de la deuda dimanante del préstamo dinerario, sino para pago de la misma, y por ello con los efectos del párrafo 2.º del artículo 1.170 C. c.

*Efectos de la cláusula «sin gastos».*—Todos los documentos básicos de la acción entablada por el Banco recurrido contienen la cláusula «sin gastos» y por tanto hallándose dispensado el tomador por el librador de la obligación de protestarlos a su vencimiento, conserva aquél en su plenitud las acciones que le corresponden en vía de regreso contra el segundo por virtud de la relación directa entre el demandante y el pasivamente legitimado. (Sentencia de 23 de marzo de 1979; no ha lugar.)

### III. DERECHO PROCESAL

1. *Litisconsorcio pasivo necesario. Nulidad escritura de compraventa.*—Lo postulado tiene como apoyo la nulidad de una escritura de compraventa, lo que determina la precisión de dirigir la correspondiente acción contra todos los en ella intervinientes, pues el no entenderlo así significa clara infracción de los principios de contradicción y audiencia que informan nuestro ordenamiento civil.

*Proceso válidamente constituido.*—Si ciertamente son requisitos comunes a la acción declarativa y a la reivindicatoria los de justificar el título de dominio y la identificación de la finca, también es exacto que para entrar en el examen y decisión de tales aspectos se precisa que el proceso se encuentre adecuadamente constituido, con intervención en el mismo de todos los por él directamente afectados por los pronunciamientos que en su día deberían recaer. (Sentencia de 9 de marzo de 1979; no ha lugar.)

2. *Falta de acción y falta de personalidad. Distinción.*—Según reiterada jurisprudencia, la falta de personalidad no es la que pueda resultar del derecho con que litiga una persona, que es la falta de acción, sino la absoluta o relativa incapacidad personal para litigar o la falta de carácter o representación que es lo generante de falta de personalidad; uno y otro de tales aspectos tiene tratamiento y naturaleza procesal distintos, pues lo relativo al título o causa de pedir afecta al fondo del asunto, determinante de la eficacia o ineficacia de la acción ejercitada que es propio del recurso por infracción de ley en tanto que sólo la cuestión relativa al carácter o representación con que se reclame el título es lo que constituye la base integradora del recurso de casación por quebrantamiento de forma que, ineludiblemente, requiere para posibilitar su viabilidad como requisitos, entre otros, que la parte afectada se haya hecho valer o se presente en el juicio ostentando una calidad categoría, carácter, condición, cargo o representación que le permita o determine su actuación procesal y que la cualidad con que se presente en juicio no le pertenezca legalmente, por no haberla adquirido o por tenerla perdida, en la forma y con los requisitos predeterminantes en el ordenamiento jurídico. En todo caso los que, como otorgantes, intervienen en un contrato, tienen personalidad para pedir su cumplimiento. No hay falta de personalidad si no se hace referencia a la falta de condiciones para comparecer en juicio, sino a la acción o derecho para pedir.

*Quebrantamiento en forma. Casación.*—Es preciso, para la viabilidad del recurso, que la falta de citación y emplazamiento y, por su causa, la de ausencia de notificación que se pretende omitida, afecte personalmente a quienes recurran a causa de que sólo el afectado por tal pretendido defecto es el que puede apreciar si, con relación a él, se ha producido la situación de indefensión, que es la razón que da vida a dicho extraordinario y excepcional recurso. (Sentencia de 30 de octubre de 1978; no ha lugar.)

3. *Casación. Personalidad del procurador en segunda instancia.*—Ninguna norma imperativa o prohibitiva existe que vede al procurador que actúa en primera instancia en pleito con concesión de beneficio de pobreza, el seguir actuando, cuando no le venga negado, en la fase procesal de segunda instancia.

*Cuestión procesal.*—Lo realmente planteado por el recurrente dentro del marco del recurso de casación por pretendida infracción de ley y de doctrina legal es una cuestión de índole procesal, referente a pretendida falta de personalidad del procurador que, como de tal naturaleza, tiene su vía adecuada en el recurso de casación por quebrantamiento de forma.

*Incongruencia.*—La súplica del escrito rector de demanda en lo estrictamente determinante de la decisión judicial para no incidir en incongruencia.

*Documento auténtico.*—No tienen el carácter de documentos auténticos, a los fines de la casación, los que han sido objeto de discusión y exégesis en la sentencia que se recurre.

*Error de hecho.*—Tratándose en definitiva las invocaciones efectuadas por el recurrente de meras presunciones, que como de tal índole no son eficientes para viabilizar error de hecho, ya que la existencia del error de

hecho, siempre que sea de trascendencia decisiva, debe demostrarse en forma clara, evidente, concreta y sin conjeturas ni divagaciones.

*Tercera instancia.*—No se puede pretender valorar por tercera vez los elementos probatorios, con olvido que el recurso de casación no es una tercera instancia, sino un mero remedio extraordinario procesal tendente a revisar la solución dada por el órgano jurisdiccional de instancia.

*Presunciones.*—El error de apreciación de presunciones requiere, en el acto fundamentador de enlace, que sea completamente absurda, por contraria a las reglas de la lógica o del conocer a razonar, la operación efectuada por el juzgador para formarla, siendo de la competencia de los Tribunales de Instancia la determinación de si el enlace entre el hecho demostrado y el deducido es directo y preciso.

*Cuestión nueva.*—Las cuestiones nuevas no pueden plantearse en casación, toda vez que en materia de casación es fundamental que los recursos interpuestos por infracción de ley y de doctrina legal hayan de referir sus alegaciones y razonamientos a los que en el pleito se haya debatido, sin que en consecuencia puedan proponerse en él cuestiones que no lo hayan sido oportunamente en la fase procesal de instancia.

*Costas.*—En el pronunciamiento sobre costas juega el libre criterio del órgano jurisdiccional de instancia, con base en la apreciación sobre la temeridad o mala fe jurídica de los litigantes, la facultad que al efecto viene conferida a la Sala sentenciadora «a quo», por su carácter discrecional, no puede dar lugar a casación. (Sentencia de 25 de noviembre de 1978; no ha lugar.)

4. *Casación. Poder no inscrito en el Registro Mercantil.*—Al amparo del número 1.º del artículo 1.692 LEC, y por inaplicación del párrafo 2.º del artículo 78 de la LSA, de 17-VII-1951, lo que se impugna es la validez de una escritura de apoderamiento, a virtud de la cual se ha otorgado la que apoderó al Procurador que actuó como tal en la contestación a la demanda a nombre de la hoy recurrente, y como a tenor del artículo 29 del C. de Comercio, «los poderes no registrados producen acción entre mandante y mandatario», criterio que es ratificado por el artículo 2.º del R. de R. M. de 14-XII-1956, «no podrá invocarse la falta de inscripción por quien incurrió en su omisión», tiene que ser desestimado.

*Actos propios.*—La sociedad recurrente en el recurso actúa en contra de sus propios actos llevados a cabo en el transcurso de estos autos en primera instancia.

*Preceptos de un Reglamento.*—Los preceptos de un Reglamento por sí mismos, sin invocación de los de la Ley que desarrollan, no pueden tomarse como base de impugnación en un recurso por infracción de Ley. (Sentencia de 8 de junio de 1978; no ha lugar.)

5. *Competencia de la jurisdicción laboral.*—Ha de tenerse en cuenta que el artículo primero del texto refundido de la Seguridad Social de 27 de abril de 1976, que el artículo primero del Decreto de 17 de agosto de 1973 reproduce, y en el que la parte recurrente apoya su pretensión, atribuye la competencia a la jurisdicción laboral en los conflictos individuales que en la rama social del Derecho se produzcan, la cual viene determinada por la

calidad de las personas—trabajador y empresario—y la manera del asunto, cuyo precepto legal requiere hallarse comprendidos entre los conflictos suscitados entre ambas personas como consecuencia del contrato de trabajo entre ellas existentes, pleitos sobre Seguridad Social, cuestiones que surjan entre los asociados y sus mutualidades y todas aquellas otras en las que, de manera expresa, le atribuyan la competencia las disposiciones legales, así como las reclamaciones por incumplimiento de las leyes y disposiciones de carácter social que particularmente afecten al demandante y no tengan señalado otro procedimiento especial; ninguno de cuyos requisitos se dan en el caso litigioso objeto de recurso. (Sentencia de 13 de febrero de 1979; no ha lugar.)

*Hechos.*—Se discute si es competente la jurisdicción laboral o la jurisdicción civil para conocer un determinado asunto. La Audiencia y el Tribunal Supremo consideran que no es competente la jurisdicción laboral, porque el contrato celebrado es de naturaleza compleja, similar al arrendamiento de industria.

6. *Cuestiones relativas al derecho de propiedad. Competencia de la jurisdicción ordinaria.*—Constante y reiterada jurisprudencia de la Sala I del T. S. establece la competencia de la jurisdicción ordinaria para el conocimiento de las cuestiones de propiedad, aunque se produzcan como consecuencia de actos ejecutados por la Administración pública.

*Casación. Error de hecho. Documento auténtico.*—No es apto para fundamentar en él, el error de hecho, el propio contrato de compraventa ya examinado por la Sala.

*Casación. Cuestiones nuevas.*—No cabe plantear en casación cuestiones no suscitadas en la instancia. (Sentencia de 12 de febrero de 1979; no ha lugar.)

7. *Competencia. Compraventa mercantil.*—Ejercitándose una acción reclamando el importe del precio en una compraventa mercantil la competencia viene atribuida al Juez del domicilio del vendedor, teniendo en cuenta lo prevenido en la regla 1.ª del artículo 62 LEC, en relación con lo dispuesto en el párrafo 2.º del artículo 1.500 C. c., aplicable por remisión del art. 50 C. c.

*Letra de cambio.*—La circunstancia de haber sido giradas letras de cambio para el cobro no significa otra cosa que un medio de facilitar el pago al comprador. (Sentencia de 2 de diciembre de 1978; cuestión de competencia.)

8. *Competencia. Cláusulas de sumisión. Cláusula no firmada.*—No puede tener efectividad una cláusula de sumisión escrita en letra de imprenta, de tamaño diminuto, extendida fuera del texto del contrato, al margen izquierdo de una hoja de papel, con membrete de la sociedad demandada, que, en unión de otras dos, sirvió para extender por escrito ese contrato y en sentido vertical respecto a dicho texto, ya que dicha cláusula no obliga a la parte a quien se pretende afecta, al no aparecer firmada y aceptada por la misma.

*Litis pendencia. Vía procesal de planteamiento en casación.*—La alegada infracción del artículo 533, núm. 5, de la L. E. civil no puede servir, de fundamento a un recurso de casación por quebrantamiento de forma, sino, en todo caso, al de quebrantamiento de ley y así lo consideran reiteradas sentencias de la Sala I del T. S. (Sentencia de 19 de octubre 1978; no ha lugar.)

9. *Casación. Inadmisión por menor cuantía no excediendo de 300.000 pesetas.*—De acuerdo con lo establecido en el núm. 1.º del artículo 1.964 LEC, no se dará el recurso de casación por infracción de Ley o de Doctrina Legal «en los juicios de menor cuantía, salvo que ésta exceda de 300.000 pesetas.

*Determinación cuantía.*—La cuantía, a tenor de lo dispuesto en el núm. 1.º del artículo 483 LEC, habrá de ser señalada por el actor, sin que según la conocida doctrina de este Tribunal, pueda entrar en juego, para ello, el interés que el proceso pueda representar para el demandado, como ocurre cuando se trata de obligaciones bilaterales con prestaciones recíprocas, o cuando le corresponda un derecho de compensación o en el supuesto de que formule reconvencción. (Sentencia de 30 de noviembre de 1978; no ha lugar.)

El demandado y hoy recurrente intenta sumar a la cuantía determinada por el actor (200.000 ptas.) las 200.000 pesetas de la reconvencción interpuesta por él.

10. *Excepción de litis pendencia (interdicto de obra nueva). Cuestión nueva.*—No puede prosperar el motivo que al amparo del artículo 1.692, 1.º, de la LEC, denuncia la aplicación indebida del artículo 533, 5.º, de la propia Ley de E. C., referente a la litis pendencia, por estimar los recurrentes que cuando se interpuso la demanda originaria del pleito del que dimana el presente recurso, no podía considerarse existente el otro pleito, por no constar probado que ya habían sido emplazados en él los demandados, y, a mayor abundamiento, que los dos pleitos no versan sobre la misma cuestión y ello porque el tema que se plantea en primer término no fue suscitado en el periodo expositivo del pleito, constituyendo, por tanto, una cuestión nueva, a la que el núm. 5.º del artículo 1.729 de la indicada Ley veda su acceso a este recurso extraordinario y que en esta fase decisoria es causa de su desestimación, y en cuanto al tema que se suscita en segundo lugar, por ser manifiesto que los dos pleitos versan fundamentalmente sobre la misma cuestión, a saber, si quien promovió el interdicto de obra nueva y obtuvo sentencia confirmando la suspensión de la obra, está asistido del derecho que ejercita pidiendo la demolición de lo que estima abusivamente edificado, o si, por el contrario, el dueño de la obra tiene derecho a continuarla, identidad de la cuestión controvertida en uno y otro pleito que, por otra parte, está explícitamente reconocido por los aquí recurrentes, cuando al solicitar la acumulación de los autos de ambos pleitos, solicitud que fue rechazada por haber sido formulada extemporáneamente, basaron su pretensión en los artículos 161, 5.º, y 162, 2.º, de la Ley de Trámites, reconociendo así que de sustanciarse aquellos separadamente se dividiría la continencia de la causa y podrían dictarse sentencias contradictorias, que es, precisamente, lo que la excepción de litis pendencia trata de evitar. (Sentencia de 3 de febrero de 1979; no ha lugar.)

11. *Casación. Cosa juzgada simplemente alegada.*—Al contestar a la demanda inicial del procedimiento, no se articuló en forma técnica, procesalmente hablando, la excepción de cosa juzgada, pero resultó evidente su realidad. pues el alegato de su constancia domina plenamente el escrito de contestación, lo que sin duda es bastante a los fines de que el juzgador del segundo pleito tenga conocimiento fehaciente de lo que, sobre lo mismo, fue resuelto

con anterioridad, que, en términos de estricta lógica procesal, debe impedir el pronunciamiento de una resolución que lo contradiga, porque iría en contra de los más elementales principios de la seguridad jurídica.

*Causa de pedir.*—Si son idénticas las cosas y las causas, no obsta a la eficacia de la cosa juzgada el que a la acción se le dé distinto nombre.

*Identidad de personas.*—Los en este proceso demandantes son de quienes traen causa los anteriormente demandados, en cuya condición de causantes, deben considerarse incluidos en el supuesto del último párrafo del artículo 1.252 C. c. (Sentencia de 10 de noviembre de 1978; no ha lugar.)

12. *Ejecución de sentencia. Especialidad del recurso.*—Los términos que se contienen en el artículo 1.695 de la LEC, ponen de relieve su condición rectora de una situación especialísima que obliga a separar su trato jurídico del recurso regulado por el artículo 1.692.

*Contradicción con la ejecutoria.*—No se resuelve en contradicción con lo acordado, por asistir a los Tribunales la Facultad para interpretarlos, valiéndose de las consideraciones que le sirven de base y fundamento jurídico, ya que no sólo se han de tener en cuenta los términos del fallo, sino que además es preciso considerar, «todos aquellos que son consecuencia natural ineludible de la esencia jurídica de la situación que resuelven». (Sentencia de 16 de febrero de 1979; no ha lugar.)

13. *Incongruencia.*—El único problema debatido en casación es determinar si la petición de nulidad, total o parcial, de la donación fue deducida oportunamente por los demandados y si de ella se dio traslado para que la contestase a aquél a quien podía perjudicarle, pues sólo cumpliéndose estos requisitos podrá el órgano jurisdiccional examinarla y decidirla, incurriendo en caso contrario en un exceso de jurisdicción.

*Incongruencia.*—Hay que concluir que esa petición no ha sido efectuada en momento procesal oportuno, pues aparece realizada de un modo anormal, en el suplico del escrito de contestación a la demanda, y aunque quisiera reputarse como constitutiva de una demanda reconvenicional, no podía surtir los efectos de tal, por no haber sido dirigida contra los demandantes, sino contra uno de los propios demandados y además, porque tampoco se tramitó no podía tramitarse dando la oportuna audiencia al codemandado frente a quien iba dirigida, por lo cual dicho codemandado vino a ser condenado sin ser oído y vencido en el proceso; pues de sobra es sabido que la demanda reconvenicional únicamente puede actuarse contra el o los demandantes y no contra los codemandados, contra los cuales sólo cabría formular una demanda principal y solicitar, después, su acumulación al pleito en tramitación. (Sentencia de 3 de julio de 1978; ha lugar.)

14. *Incongruencia. Significado.*—Entraña una falta de armonía interna entre los pronunciamientos contenidos en la parte dispositiva de la sentencia combatida, de modo que al resultar opuestos entre sí los extremos de que se trata, surge la imposibilidad de su cumplimiento o ejecución, por provocar graves reparos a la actividad lógica del intérprete, con menoscabo de la claridad y precisión obligadas.

*Interpretación del negocio jurídico. Términos claros.*—Para aplicar la norma de hermenéutica que exige atenerse a la literalidad de lo pactado,



ya que la palabra es el medio idóneo para expresar y transmitir una declaración de voluntad, es obligado que el texto sometido a exégesis contenga la manifestación negocial que se pretende emitida. (Sentencia de 8 de marzo de 1979; no ha lugar.)

15. *Casación. Firmeza del fallo recurrido.*—La Sala sentenciadora de instancia se limitó a confirmar el pronunciamiento que en tal sentido hizo la sentencia de primer grado, que no fue apelada por el recurrente, por lo que la firmeza del mismo le veda impugnarlo ahora en casación.

*Incongruencias.*—Se incurre en incongruencia tanto cuando se otorga cosa distinta a la solicitada, como si se hacen declaraciones no interesadas o se resuelve de modo diferente a como se solicitó. (Sentencia de 5 de febrero de 1979; ha lugar.)

En la demanda se solicita que se condene a los herederos de D... y a la herencia yacente, y la resolución recurrida condena a la herencia yacente y a D. J. F. N. como heredero.

16. *Documento auténtico. Fe notarial.*—El notario autorizante puede dar fe del hecho de la comparecencia ante el mismo y de las manifestaciones ante él realizadas, pero no de la realidad de la fecha de un determinado pago anterior a la comparecencia indicada en las citadas manifestaciones.

*Resolución de contrato por incumplimiento del mismo.*—No procede la resolución si no se acredita que se diera el incumplimiento del pago en la forma estipulada. (Sentencia de 20 de octubre de 1978; no ha lugar.)

17. *Confesión en juicio. Apreciación conjunta de la prueba.*—La prueba de confesión no puede prevalecer sobre la apreciación conjunta de todos los medios probatorios.

*Casación. Defecto de precisión en el recurso.*—No cabe estimar el recurso, si no se cita el concepto por el que se estiman infringidas las normas citadas como fundamento del recurso. (Sentencia de 6 de octubre de 1978; no ha lugar.)

18. *La prueba pericial en casación.*—La circunstancia de que el informe pericial se documente judicialmente y se convierta en documento público por imperio del artículo 596, 7.º, de la LEC, no altera la naturaleza intrínseca de dicho elemento probatorio que continúa siendo una prueba pericial cuya valoración no compete al litigante sino al Tribunal de instancia según las reglas de la sana crítica sin que, conforme a reiterada jurisprudencia, quepa, contra aquella apreciación, recurso alguno.

*Errores de derecho en la apreciación de la prueba. Impugnación en casación.*—Los errores de derecho en la apreciación de la prueba sólo se pueden demostrar, acreditando que el Tribunal sentenciador ha infringido, por violación, interpretación errónea o aplicación indebida, alguna norma valorativa de la prueba, no sirviendo al efecto la invocación del artículo 1.214 del C. c. relativa al «onus probandi» ni la del artículo 632 de la LEC.

*Apreciación conjunta de la prueba.*—Apreciada por la sentencia el valor de una prueba en relación con las demás practicadas, el ataque de uno solo de los medios probatorios que integran aquella apreciación conjunta no puede destruir ésta, según tiene reiteradamente declarado la jurisprudencia. Sentencia de 31 de octubre de 1978; no ha lugar.)

19. *Reformatio in peius. Concepto y efectos.*—El principio prohibitivo de la «reformatio in peius» impide que una resolución judicial sea reformada en contra del recurrente, si no se formula, por la otra parte, una pretensión en ese sentido; se funda en que las atribuciones del Tribunal «ad quem» derivan de la pretensión de la parte recurrente y los límites de ellas son los límites de aquellas atribuciones «tantum devolutum quantum appellatum». Hay «reformatio in peius» cuando una resolución judicial es revocada, no concediendo o denegando lo que pedía el apelante, sino agravando la resolución, en su perjuicio, sin que esto sea pedido por otro apelante o adherido a la apelación adoptado por la Junta de copropietarios y contra este extremo de la sentencia no recurrió el apelante, ni el apelado personado se adhirió a la apelación sobre tal extremo e, incluso, en la vista, pidió la confirmación de la sentencia recurrida, el fallo de segunda instancia no podía modificar en perjuicio del apelante, dicho pronunciamiento. No obsta a ello el que el recurrido, al personarse en la Audiencia, manifestara que se adhería a la apelación en cuanto al extremo del fallo recurrido que declaraba nulo el citado acuerdo, ya que la adhesión a la apelación, derogando el principio de preclusión, aunque permite convertirse en apelante a quien no apeló en tiempo y forma, tiene que ser realizada, precisamente, en el escrito en que se evacúa la instrucción y no antes ni después y porque, en todo caso, el hecho de que en el acto de la vista se hubiese solicitado la confirmación de la sentencia recurrida hubiera dejado sin efecto tal inoportuna adhesión. (Sentencia de 24 de octubre de 1978; ha lugar.)

20. *Reconocimiento de sentencia francesa de divorcio vincular. Ambigüedad de la petición.*—Al contener la sentencia francesa cuyo *exequator* se solicita, diversos pronunciamientos, y no especificar cuál de ellos es el que se trata de que tenga cumplimiento por los Tribunales españoles, ha de calificarse de genérica y ambigua la pretensión de la parte solicitante.

*Liquidación de bienes radicados en Ibiza. Comisión al presidente de la cámara interdepartamental de notarios de París. Convenio con Francia de 28 de mayo de 1969.*—Aunque se entendiera que lo que se trata de cumplir es lo que afecta a los bienes existentes en Ibiza, es de tener en cuenta que si bien conforme a los artículos 3 y 11 del Convenio con la República Francesa de 28 de mayo de 1969, ratificado por Instrumento de 15 de enero de 1970, y que entró en vigor el 29 de marzo siguiente, sobre reconocimiento y ejecución de decisiones judiciales, arbitrales y actas auténticas en materia civil y mercantil, al que ha de estarse según dispone el artículo 951 LEC, se tuviera por reconocida la resolución dictada por el Tribunal francés y sea declarada ejecutoria, es lo cierto que en la misma se ordena que la liquidación de los respectivos derechos de las partes se harán efectivos por el Presidente de la Cámara Interdepartamental de Notarios de París, con facultad de delegación, preciso hubiese sido que, de haberse verificado, se acompañase a la resolución del Tribunal, para acordar su cumplimiento, de cuanto hubiese tener lugar en territorio nacional, pues, de otra forma, sería entrometerse en asunto para el que se carece de competencia y no es propio de una mera ejecución de lo acordado en sentencia extranjera, por lo cual procede denegar la ejecución en España

de la sentencia dictada por el Tribunal francés dados los términos en los que dicha ejecución es solicitada. (Sentencia de 6 de abril de 1979.)

Es de notar que, tanto el ex esposo demandado, como el Fiscal basaban su oposición en el orden público español, al ser contrario al mismo el divorcio vincular pronunciado por Tribunales extranjeros. El T. S. no entra en el tema por existir otros motivos que fundamentan la negativa al *exequator* solicitado.

21. *Arbitraje de equidad. Fondo del laudo.*—Tratándose de un laudo de equidad, sólo cabe contra él, el recurso de nulidad establecido, con muy limitado alcance, en el artículo 30 de la Ley de 22-12-1953, en relación con el párrafo 3.º del artículo 1.691 LEC, por lo que no es admisible que aunque en apariencia se razone sobre el exceso de poder del árbitro, cuando lo que se hace en combatir el fondo de su resolución.

*Fuera de plazo. Dos fechas, error de notario. Aquiescencia de las partes.* Ante dos afirmaciones incompatibles, pero efectivas ambas, esta Sala ha considerado más equitativo atenerse a la fecha más amplia de las dos expresadas con igual fuerza vinculante para ambas partes intervinientes en las escrituras de compromiso y en la de prórroga del plazo para dictar el laudo, más cuando durante toda la tramitación dieron por buena esa fijación de fecha ambas partes, incluso la que hoy recurren, como lo prueba el hecho de que no trataron de corregirla. (Sentencia de 9 de octubre de 1978; no ha lugar.)

En la escritura de prórroga de plazo para dictar el laudo se amplía el plazo en sesenta días, el notario dice: «en sesenta días, o sea, hasta el 19 de abril», el cómputo correcto de los sesenta días terminaba el 9 de abril.

22. *Arbitraje de derecho. Existencia del laudo.*—Habiéndose dictado auto acordando la formalización del pacto compromisorio es evidente que es perfectamente válido.

*Prescripción.*—Los actos obstativos interrumpen eficazmente la prescripción.

*Compensación por daños.*—La compensación por daños y perjuicios puede perfectamente consistir en el pago del interés legal y tal fijación corresponde hacerla al Juzgador de instancia, en este caso el árbitro nombrado. (Sentencia de 30 de enero de 1979; no ha lugar.)

23. *Cuestión de competencia. Formalización arbitraje de equidad.*—Si bien la Ley de 22-12-1953 (reguladora del arbitraje de derecho privado), al determinar la competencia territorial para la formulación judicial del compromiso, no lo hizo de una manera clara y precisa, puede afirmarse, que al establecerla en la norma 1.ª, de su artículo 10, se ajustó al criterio seguido por la LEC, en su artículo 62, lo que permite entender que no existiendo cláusula sumisoria ni tampoco determinación del lugar donde el compromiso hubiese de ser contraído, remite la Ley al del domicilio del demandado. (Sentencia de 2 de noviembre de 1978; competencia.)

24. *Arbitraje de equidad. Extralimitación del árbitro o error en el laudo.* No debe ser confundida la extralimitación del árbitro en el ejercicio de los poderes que le fueron atribuidos en el contrato de compromiso, con la real o supuesta equivocación padecida por el mismo al dirimir las cuestio-

nes confiadas a su arbitrio de equidad, puesto que mientras aquella extralimitación se halla sancionada con la nulidad del pronunciamiento respectivo, el error o acierto del laudo de equidad no puede ser dilucidado por la vía procesal. (Sentencia de 13 de marzo de 1979; no ha lugar.)

25. *Casación. Disposiciones administrativas.*—El Real Decreto de 1 de diciembre de 1922 es una disposición administrativa impropia para servir de base en una casación civil. (Sentencia de 7 de noviembre de 1978; no ha lugar.)

NOTA.—Con anterioridad a esta sentencia, nuestro Tribunal Supremo ha explicado la razón que determina que las disposiciones administrativas no puedan servir de fundamento a un recurso de casación: no regulan derechos sustantivos en materia civil. Así lo afirma la Sentencia de 5 de enero de 1977 (su doctrina aparece en este ANUARIO, 1978, fascículo III, página 694).

El problema reside en determinar si el Real Decreto de 1 de diciembre de 1922 regula derechos sustantivos en materia civil. Un análisis atento de esta norma motiva que debamos considerarla como fundamental para establecer los derechos y las obligaciones del arquitecto en relación con el proyecto y la dirección de la obra. Sobre este punto, véase el *Estudio-Informe sobre las atribuciones del arquitecto, del aparejador y del constructor en las obras de arquitectura*, realizado por una Comisión bajo la dirección de CENDOYA, Madrid, 1972, págs. 44 a 51.

A nuestro juicio, existe una indudable conexión entre el artículo 1.591 del Código civil y el citado Real Decreto, pues éste nos dice cuáles son las obligaciones del arquitecto en relación con la dirección de la obra (la inspección y vigilancia de la obra, la ejecución y entrega de los planos de detalle y de las memorias de los distintos oficios, la realización de las liquidaciones, expedición de certificaciones de planos o estado de obra, de recepción provisional y definitiva) y el proyecto (debe comprender todos los planos y documentos que componen esta fase de la obra. Su contenido tiene que ser lo suficientemente expresivo y detallado para que otro profesional, distinto del autor, pueda llevarlo a efecto), y no cabe duda de que es necesario saber cuáles son estas obligaciones para precisar el significado del vicio de la dirección y del proyecto. Deriva del deficiente cumplimiento de las obligaciones mencionadas.

No es por ello extraño que el Real Decreto de 1 de diciembre de 1922 haya sido tenido en cuenta por los autores que han tratado de esclarecer el significado de los vicios del suelo, de la dirección y de la construcción (cfr. CADARSO, *La responsabilidad decenal de arquitectos y constructores*, Madrid, 1976, págs. 278 y 280), y HERRERA CATENA, *Responsabilidades en la construcción. Responsabilidad decenal de técnicos y constructores*. Volumen II. Granada, 1977, págs. 267 y 268).

Este Real Decreto establece la forma y el momento en que han de ser abonados los honorarios al arquitecto. Dispone que, salvo pacto expreso entre las partes, los honorarios correspondientes al proyecto serán exigibles a los ocho días siguientes a la entrega del mismo, y los devengados por la dirección de la obra o ejecución técnica se abonarán por terceras partes, al mediar la obra, al terminarla y al presentar la liquidación final. Viene, pues, a tener un significado parecido al del artículo 1.599 del Código civil, que establece cuándo ha de pagarse el precio al constructor.

Este Real Decreto determina además las consecuencias jurídicas que motiva la demora en el pago de los honorarios. Si éstos no son satisfechos dentro de los dos meses subsiguientes a la prestación de la minuta, devengarán desde la fecha de ésta un interés del 5 por 100, sin perjuicio de las acciones que en defensa de su derecho puede ejercitar el facultativo.

Como conclusión de este breve examen, ha de afirmarse que el tan

citado Real Decreto regula derechos sustantivos en materia civil (derechos y obligaciones del arquitecto, pago de honorarios), por lo que es muy discutible que no pueda invocarse ante la casación civil.

A. C. S.

26. *Documento auténtico.*—El documento en que el motivo se sustenta ya fue examinado por el Juzgador, por lo que no es auténtico a efectos de casación.

*Defectos en la interposición del recurso.*—El motivo segundo ha de ser rechazado porque cita en conjunto dos párrafos contradictorios del artículo 1.281, incurriendo en falta de claridad, y, en segundo lugar, pretende que su parcial interpretación sustituya a la ponderada hecha por la Sala, que según la conocida por reiterada jurisprudencia de esta Sala ha de prevalecer mientras no sea ilógica o absurda. (Sentencia de 27 de diciembre de 1978; no ha lugar.)

27. *Interpretación del contrato.*—Que la interpretación de los contratos y demás negocios jurídicos, como reiteradamente tiene declarado la doctrina jurisprudencial de esta Sala, es facultad privativa de los Tribunales de instancia y su criterio ha de aceptarse en casación, aunque alguna duda pudiera haber sobre su absoluta exactitud, si bien pueda ser combatido denunciando y demostrando que la Sala Sentenciadora, en su función interpretativa, infringió alguno de los preceptos legales que la regulan, pues sólo cabe rechazar dicha interpretación cuando no sea lógica y racional, y se ponga de manifiesto la notoria infracción de alguna de las normas que rigen la hermenéutica contractual, contenida en los artículos 1.281 al 1.289 del Código civil. (Sentencia de 11 de diciembre de 1978; no ha lugar.)

NOTA.—Esta sentencia es concorde con la de 6 de diciembre de 1976, que establece con claridad que la interpretación del contrato es una facultad privativa de los Tribunales de Instancia, cuyo criterio debe prevalecer en casación, salvo cuando se evidencie *por el cauce del número 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil*, que infringe notoriamente alguna de las normas de hermenéutica contractual. Otras sentencias de nuestro Tribunal Supremo sirven para esclarecer el significado de esta doctrina jurisprudencial. La Sentencia de 28 de junio de 1977 señala que en materia de interpretación contractual ha de prevalecer la realizada por el Tribunal *a quo*, *a menos que se pruebe que es ilógica, contradictoria o vulnera algún precepto legal*. La Sentencia de 6 de junio de 1977 afirma la facultad exclusiva del Tribunal sentenciador, cuyo criterio ha de prevalecer sobre el del recurrente, *salvo que de manera clara y terminante demuestre que tal interpretación resulta equivocada, de tal modo que contradiga la letra y el espíritu del contrato*.

A. C. S.

28. *Casación. Nulidad de sentencia. Dos votos conformes.*—El artículo 348 LEC exige imperativamente que para que haya sentencia en las Audiencias son necesarios tres votos conformes de toda conformidad, incumplimiento que hace incurrir a la sentencia recurrida en vicio de nulidad radical por contraria a una Ley imperativa. (Sentencia de 27 de marzo de 1979; nulidad radical de la sentencia.)

La sentencia recurrida estaba firmada por tres Magistrados de la Audiencia Territorial, pero uno de ellos salvó su voto, fundándolo e insertándolo con su firma en el libro de votos reservados; ambas partes interponen recurso de casación por infracción de Ley, pero no alegan el mencionado defecto que sólo es denunciado por una de ellas «in voce» en el acto de la vista del recurso.

29. *Quebrantamiento de forma. Motivos «numerus clausus».*—No todas las infracciones ocasionadas en la actividad procedimental pueden constituir motivo de casación por quebrantamiento de forma, sino tan sólo las incluidas en el artículo 1.693 LEC, motivos que han de ser interpretados de manera taxativa, dado el carácter extraordinario y esencialmente técnico del recurso, cuyos rigurosos supuestos tienen valor de «numerus clausus», como tales no susceptibles de ser extendidos por analogía ni mediante interpretación «a contrario sensu».

*Falta de personalidad.*—El número 2.º del artículo 1.693 LEC ha previsto únicamente la falta de personalidad en vez de referirse en general al quebrantamiento de las normas sobre tan requisito, por lo que no es subsumible en la norma el supuesto de que sea negada la facultad de postulación a la parte que se la arroga. (Sentencia de 21 de febrero de 1979; no ha lugar.)

30. *Quebrantamiento de forma. Subsanación de falta en la instancia.*—Para la prosperabilidad del recurso de casación por quebrantamiento de las formas esenciales es indispensable reclamar, oportunamente, la omisión o falta, pudiendo haberlo sido y así se establece en el número 4.º del artículo 1.752 LEC.

*Confesión en segunda instancia.*—Según el número 1.º del artículo 863 LEC, para utilizar en la segunda instancia la confesión judicial como medio de prueba, no es preciso recibir el pleito a prueba, petición formulada oportunamente por la parte recurrente. (Sentencia de 20 de octubre de 1978; ha lugar.)

31. *Quebrantamiento de forma. Defectos del recurso.*—No se cita con precisión y claridad la norma procesal que el impugnante reputa infringida, cita imprescindible para que pueda prosperar el recurso de casación por quebrantamiento de forma.

*Petición de subsanación en la instancia.*—Para la admisibilidad de esta clase de recursos es menester que el impugnante hubiese pedido la subsanación de la falta en la instancia en que se cometió.

*No práctica de diligencia de prueba por causa de la parte.*—No se produce quebrantamiento de forma cuando la causa de no haberse practicado en primera instancia una prueba es imputable a la parte que la propuso y debe estimarse que es imputable a éste cuando se propone la prueba sin tiempo material para practicarla. (Sentencia de 10 de abril de 1979; no ha lugar.)

32. *Casación. Demanda incidental en ejecución de sentencia.*—Por demandas incidentales a los efectos del artículo 488 LEC habrá de entenderse las planteadas durante la pendency de otro litigio, hipótesis diversa a la de un proceso en trámite de ejecución como acontece al presente, en el que obviamente debe ser aplicado el principio de la unidad procesal

establecido en los artículos 55 y 919 de la Ley de Trámites. (Sentencia de 9 de diciembre de 1978; no ha lugar.)

Durante la ejecución de un juicio verbal se interpuso demanda incidental ante el Juzgado de 1.ª instancia, en grado de apelación la Audiencia dictó sentencia acogiendo la excepción de incompetencia de jurisdicción.

33. *Ejecución de sentencia. Significado limitativo y naturaleza del recurso.*—Por su naturaleza especial el recurso regulado en el artículo 1.695 Lec difiere esencialmente de los casos a que hacen referencia los artículos 1.692 y 1.693 de la misma Ley, asemejándose más, por su contenido, a un recurso de exceso de poder encaminado a determinar si la resolución recurrida se ajusta o no a la sentencia que puso fin al debate o, por el contrario, se extiende a resolver puntos que no fueron objeto de contienda, no decididos por tanto, o lo proveído en la fase ejecutoria se halla en contradicción con el fallo, recurso que por su naturaleza excepcional tiene significado limitativo, sin posibilidad de interpretaciones extensivas ni análogas y por ello circunscrito a los referidos supuestos, sin que sea permitido apoyarse en ninguno de los motivos enumerados en los artículos 1.692 y 1.693 LEC; en este recurso especialísimo se defiende la sentencia contra las actuaciones practicadas en ejecución de la misma, debiendo verificarse la confrontación entre los términos intangibles del fallo y los de la resolución judicial que se dicte para su efectividad, bien entendiendo que no surgirá tal discrepancia si los pronunciamientos no se oponen sustancialmente al contenido de la ejecutoria o se limitan a fijar las obligadas deducciones y el verdadero alcance de la resolución que se ejecuta, pues asiste a los tribunales la indeclinable facultad de interpretarla valiéndose para ello de las consideraciones que le sirvieron de base y fundamento jurídico como reveladoras de la «ratio decidendi». (Sentencia de 25 de septiembre de 1978; no ha lugar.)

34. *Ejecución de sentencia. Naturaleza del recurso.*—La ejecución de la sentencia constituye la consecuencia obligada de todo juicio entre partes, pues tiene por objeto llevar a efecto lo dispuesto en dicha resolución, y a fin de obviar la vulneración que con relación a todos o alguno de los pronunciamientos que el fallo de las mismas contiene pudiera producirse, el artículo 1.695 LEC otorga un recurso extraordinario de casación contra los autos que dicten las Audiencias en los pronunciamientos incidentales para la ejecución de sentencias, en el que deben ser examinados comparativamente el auto recurrido y la parte dispositiva de la sentencia objeto de la resolución.

*Enriquecimiento injusto.*—Si ingresa en su patrimonio una cantidad que no había desembolsado se traduciría en un injusto enriquecimiento contra Ley.

*Daño patrimonial. Parentesco. Libros de contabilidad.*—Es indudable que existe un daño patrimonial para el recurrente al ser subastadas las cuotas de participación que tenía en el capital social, sin que para denegar esta partida pueda oponerse la circunstancia del parentesco existente entre el recurrente y el adjudicatario en la subasta, y sin que a ello obste la

circunstancia de no llevar los libros oficiales de contabilidad que el Código de Comercio prescribe, cuando por otros medios han llegado los peritos a deducirla, pues tal hecho no desvirtúa la realidad de ese daño patrimonial.

*Daño moral.*—La ejecutoria condena al pago de los daños, sin especificar si sólo han de ser los materiales, por lo que ha de entenderse comprendidos también la indemnización de los morales, indudablemente sufridos por el recurrente, siendo perfectamente compatibles ambas indemnizaciones —por daños patrimoniales y morales—. (Sentencia de 20 de marzo de 1979; ha lugar.)

35. *Revisión. Fraude procesal. Conocimiento del fraude.*—La prueba practicada en autos viene a demostrar la contradicción en que incide la recurrente al afirmar que no tuvo conocimiento de existencia del juicio de desahucio, por falta de pago, hasta que fue notificada del lanzamiento; por lo que es de estimar la improcedencia de la interposición del recurso de revisión.

*Fraude realizado por tercero. Connivencia con la parte.*—Si el fraude fue cometido por el padre del actor y propietario del apartamento del que era subarrendataria la recurrente, y por tanto, no obstante, dicha relación parental y contractual, tercero ajeno a la litis, precisó hubiera sido haber probado la connivencia, a los fines fraudulentos entre uno y otro. (Sentencia de 12 de diciembre de 1978; no ha lugar.)

La demandante en revisión, subarrendataria de un apartamento, alega que no se enteró de un desahucio por falta de pago hasta la diligencia de lanzamiento, pero se prueba que con anterioridad a ser firme la sentencia del desahucio, interpuso un declarativo en el que solicitaba se declarase la nulidad de lo actuado en el juicio de desahucio. El fraude alegado consistía en que el propietario del apartamento y padre del subarrendador, actor en el desahucio, había ordenado a la portera del inmueble que no se hiciera cargo de ninguna citación a nombre de la desahuciada, por lo que ésta no pudo enterarse de la existencia del litigio que dio lugar a este proceso de revisión.

36. *Revisión. Documentos no averados.*—El presente recurso de revisión tiene como base la aparición de unos documentos, presentados por el recurrente y unidos a autos junto con el escrito de interposición del recurso, mas no solicitado por el recurrente el recibimiento a prueba ni por tanto realizada ninguna para la adveración de dichos documentos, ellos no pueden tener, a efectos de este recurso, valor alguno. (Sentencia de 10 de mayo de 1978; no ha lugar.)