

ANUARIO DE DERECHO CIVIL

TOMO XXX
FASCICULO IV



OCTUBRE-DICIEMBRE
MCMLXXVII

ANUARIO DE DERECHO CIVIL

Director

FEDERICO DE CASTRO Y BRAVO
Catedrático de la Universidad de Madrid

Consejo de Redacción

AMADEO DE FUENMAYOR CHAMPIN
Catedrático de Derecho civil

ARTURO GALLARDO RUEDA
Letrado del M. de Justicia
y Registrador de la P.

JAIME GUASP DELGADO
Catedrático de D. procesal y Abogado
del I. C. de Madrid

ANTONIO HERNANDEZ GIL
Catedrático de D. civil y Abogado
del I. C. de Madrid

LUIS LOPEZ ORTIZ
Magistrado del Tribunal Supremo

SEBASTIAN MORO LEDESMA
Letrado de la D. G. de R. y Notariado
y Abogado del I. C. de Madrid

RAFAEL NUNEZ LAGOS
Notario de Madrid

MANUEL PEÑA BERNALDO DE QUIROS
Letrado de la Dirección General de Registro
y del Notariado

RODRIGO URIA GONZALEZ
Catedrático de D. mercantil y Abogado
del I. C. de Madrid

JUAN VALLET DE GOYTISOLO
Notario de Madrid

Secretario:

JUAN HERNANDEZ-CANUT ESCRIVA
Profesor A. de Derecho civil y Abogado
del I. C. de Madrid

SUMARIO

Páginas

Estudios monográficos

CELESTINO A. CANO TELLO: <i>La responsabilidad por incumplimiento de la promesa de matrimonio</i>	753
LUIS IGNACIO SÁNCHEZ RODRÍGUEZ: <i>La cuestión previa en el Derecho español de la nacionalidad</i>	761
FEDERICO DE CASTRO Y BRAVO: <i>Naturaleza de las reglas para la interpretación de la Ley</i>	809

Vida Jurídica

Noticias:

<i>In Memoriam</i> , por J. Roca Juan	859
--	-----

Bibliografía

Libros 861

AZNAR SANCHEZ, JUAN: *Las inversiones extranjeras en España. Su régimen jurídico*, por José Bonet Correa.—CUADERNOS DE DERECHO COMPARADO: *La reforma del Derecho de familia*, por R.—DESANTES GUANTER, JOSE MARIA: *Fundamentos del Derecho de la información*, por José Bonet Correa.—DE LA ROSA DIAZ, PELAYO: *La permuta*, por R.—GROSSFELD BERNHARD: *Zivil recht als gestaltun gsaufgabe*, por José Bonet Correa.—LOPEZ REY Y ARROJO, MANUEL: *La criminalidad, un estudio analítico*, por José Bonet Correa.—RIGAUX FRANÇOIS: *Droit public et droit prive dans les relations, internationales*, por José Bonet Correa.—VALLADARES LANZA, LEO: *Las ideas juridicas de Castán*, por R.

Revista de revistas

A cargo de José Ramón Antón Riesco 872

Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado

A cargo de José María Chico Ortiz 887

Jurisprudencia

I Sentencias Comentadas

1. *Arrendamiento de local de negocio con cláusula de incremento de la renta y nunca inferior a la pactada*, por José Bonet Correa 930

2. *De nuevo sobre la declaración unilateral de voluntad. (Sentencia del T. S. de 6 de marzo de 1976)*, por C. B. 938

II Sentencias..... 952

ANUARIO DE DERECHO CIVIL

DEPOSITO LEGAL, M. 125.—1958

IMPORTANTE

Todas las reclamaciones que los suscriptores de este ANUARIO deseen formular sobre retrasos o irregularidades en su distribución y recepción se ruega las dirijan directamente al

INSTITUTO NACIONAL DE ESTUDIOS JURIDICOS

SERVICIO DE PUBLICACIONES

Duque de Medinaceli, 6 y 8

MADRID

TOMO XXX
FASCICULO IV



OCTUBRE-DICIEMBRE
MCMLXXVII

**PUBLICACIONES DEL INSTITUTO NACIONAL DE
ESTUDIOS JURIDICOS**

SERIE 1.ª

PUBLICACIONES PERIODICAS

NUMERO 2

ANUARIO DE DERECHO CIVIL

**EL ANUARIO no se solidariza con las opiniones
sostenidas por los autores de los originales publicados**



**MINISTERIO DE JUSTICIA
Y CONSEJO SUPERIOR DE INVESTIGACIONES CIENTIFICAS**

La responsabilidad por incumplimiento de la promesa de matrimonio

CELESTINO A. CANO TELLO
Profesor Adjunto de Derecho Civil

Los esponsales, expresión completa y formal de la promesa de matrimonio, son una institución cuyas manifestaciones, en nuestro país, son ciertamente escasas; pero sí con un sentido amplio del término consideramos esponsales a toda promesa de matrimonio, han existido, existen y existirán mientras exista éste; pero es distinto el carácter, la naturaleza jurídica y los efectos que a lo largo del tiempo se han asignado a la misma.

En el presente estudio nos interesa destacar las consecuencias económicas que el incumplimiento de la promesa genera, a cuyo efecto es necesario fijar su origen y naturaleza en íntima relación con la naturaleza de los esponsales por lo que trataremos también de ésta.

Antecedentes históricos

En Derecho romano los esponsales constituían una promesa recíproca de futuro matrimonio; “sponsalia sunt mentio et repromissio nuptiarum futurarum” (D. 23,1,1). Antiguamente la referida promesa se contraía mediante estipulaciones mútuas o “sponsiones”, de donde resultan los términos sponsalia (promesa) sponsus (novio) y sponsa (novia), en las que eran parte el paterfamilias de ésta y el futuro marido y el paterfamilias de éste en su caso. Si se incumplía la obligación procedente de la sponsio, se podía exigir judicialmente, el pago de una cantidad de dinero. Posteriormente, se declara ineficaz cualquier cláusula en la que se prometa una suma a título de pena.

Para contraer esponsales se exige la misma capacidad que para contraer matrimonio; es posible contraer esponsales sin haber alcanzado la pubertad (1).

En el Derecho postclásico se introduce la institución oriental denominada arras esponsalicias que son un símbolo del precio en el matrimonio semítico por compra. Si se han intercambiado las arras,

(1) PAULO, 2, 19, 1.

la parte que incumple la promesa sin haber mediado justa causa, las pierde viniendo obligado a devolver el cuádruplo, en el Derecho pre-justinianeo y el duplo en el postjustiniáneo, si es mayor; si es menor cumple con devolver el "simplum".

Según una disposición de Constantino las donaciones esponsalicias se entienden hechas bajo la condición de que se celebre el matrimonio, por lo que si no se cumple tal condición, es posible reclamar su restitución siempre que el reclamante no sea quien injustamente se haya negado a contraer el matrimonio. Si la causa de no celebrarse el matrimonio es la muerte del novio y ha mediado el ósculo, la novia sólo está obligada a restituir la mitad.

Los esponsales producen una cuasi afinidad entre los parientes de los prometidos que supone un impedimento para el matrimonio. No pueden celebrarse otros esponsales hasta que sea disuelto el vínculo precedente. El novio tiene derecho a ejercitar la acción de injurias por las ofensas inferidas a la novia, la cual tiene el deber de fidelidad.

Los esponsales se extinguen por muerte, por mutuo disenso, por manifestación unilateral de voluntad de cualquiera de los novios y por sobrevenir un impedimento (2).

En el Derecho germánico existieron fundamentalmente dos formas de matrimonio; el matrimonio por contrato y el matrimonio por raptó. En la primera, después de la petición, tenían lugar los esponsales, en que el novio se obligaba al matrimonio y el promitente a la entrega de la novia y se ofrecían los regalos habituales (3).

El Derecho canónico estableció primitivamente que los esponsales válidamente celebrados producen impedimento dirimente de pública honestidad, impedimento impediendo para cualquier otra unión y la obligación de celebrar el matrimonio. Ciertamente, respecto de este último punto el rigor de la legislación canónica manifestado en el canon 54 del Concilio de Elvira, en el Concilio Trulano canon 98 y en la decretal de Alejandro III de 1180 y dirigida al Obispo de Pottiers, fue ya muy mitigado por Lucio III en otra decretal del año siguiente recopilada, como la anterior en cuerpo de Derecho por San Raimundo de Peñafort, y en la cual dispone el Pontífice que lejos de ordenarse que se obligue a los esposos con censuras eclesiásticas a casarse, únicamente se les amoneste. Desde esta época la Iglesia tendió a obrar con gran mesura y lenidad y en la práctica a ninguno de los esposos se le obliga a contraer matrimonio hasta por el mismo interés del esposo abandonado (4).

A pesar de todo, durante el período comprendido entre la vigencia del Código civil y la del Código de Derecho canónico (1 de mayo de 1889 y 19 de mayo de 1919, respectivamente) se produce una discordancia entre ambos Derechos ya que el artículo 43 del primero

(2) JUAN IGLESIAS. Derecho romano, *Instituciones de Derecho privado*. Ed. Ariel. Espiguas de Llobregat, Barcelona, 1972, pág. 561.

(3) PLANITZ, *Principios de Derecho privado germánico*, pág. 289.

(4) FERNANDO FERREIRO LAGO. Código civil, *Cuestiones selectas*, Valladolid 1897, pág. 58 y sigs.

de los Códigos citados, no considera obligatorios los esponsales, ni admisible la demanda relativa a su cumplimiento. Poco después de publicado éste, el Provisor y Vicario General del Arzobispado de Santiago de Compostela dirigió una circular a los parrocos de la Archidiócesis en la que decía que no obstante, lo dispuesto en el Código civil aquél Provisorato continuaría dando a los esponsales el valor que le reconocía el Derecho canónico y admitiendo demandas sobre ellos, mientras otra cosa no se resolviera por la suprema potestad de la Iglesia. Publicado el Código de Derecho canónico se modifica la directriz tradicional que recogían las Decretales y el Concilio de Trento (que obligaba a contraer en el fuero interno y externo, sin exigir forma alguna) sustituyéndolo por una nueva normativa muy similar a la del Código civil (5).

Como observa Manrena (6), los esponsales pasaron al Derecho histórico español, reflejándose en el Fuero Juzgo, Fuero Real y Partidas; fundamentaron una legislación nutridísima; motivaron guerras, litigios y discusiones y después de una existencia tan brillante desaparecieron del Derecho. La Ley de Matrimonio Civil no dio valor, respecto a los esponsales, ni a la obligación principal contenida en ellos, ni a cualquier otra estipulación.

Derecho comparado

Con algunas excepciones (ciertos países socialistas) la inmensa mayoría de las legislaciones regulan esta institución. Entre las más modernas cabe destacar el Código civil portugués y la Ley italiana de 19 de mayo de 1975 modificativa de numerosos preceptos del Código civil relativos al Derecho de familia que mantiene esencialmente el Derecho anterior pero modifica el artículo 81 en cuanto a la capacidad del menor, en concordancia con la modificación del artículo 84 de la edad para contraer matrimonio. El artículo 3.º de la Ley de reforma, redacta de este modo el artículo 81 "Resarcimiento del daño. La promesa de matrimonio hecha recíprocamente por acto público o por escrito privado de una persona mayor de edad o del menor admitido a contraer matrimonio según la norma del artículo 84, o sea, por la solicitud de la publicación, obliga al promitente que sin justo motivo rechaza el cumplimiento a resarcir el daño causado a la otra parte por los gastos hechos y por las obligaciones contraídas a causa de aquella promesa. El daño será resarcido en la medida en que el gasto y la obligación correspondan a la condición de las partes" (7).

El Código civil portugués, dedica a la promesa de matrimonio cinco artículos; en el 1591, declara que los esponsales no atribuyen derecho a exigir la celebración del matrimonio. De igual modo, que

(5) F. FERREIRO LAGO, op. cit., págs. cit.

(6) *Comentarios al Código civil español*, T. III, Madrid, 1903, pág. 236.

(7) Legge 19, maggio 1985, n. 151 "Riforma del diritto de famiglia", pubblicata nella G. U., ed. str. ord., n. 135 del 23 maggio 1975. Consultado en edición de L. di pirola, Milano, 1975.

el Derecho italiano (y que el español, como luego veremos) establece que la ruptura de la promesa sin justa causa obliga a indemnizar a la parte inocente o a sus padres o terceros en su caso, los gastos hechos y las obligaciones contraídas, fijando la indemnización, la autoridad judicial, según se desprende del artículo 1594-1.º y 3.º. Este Derecho caduca al año según el artículo 1595, también como en Derecho español.

El Código civil de Etiopía dedica diecisiete artículos a la regulación de los esponsales, mientras el Código de Familia cubano, no los menciona.

Naturaleza jurídica de los esponsales.

Son diversas las posiciones doctrinales formuladas en torno a la naturaleza jurídica de los esponsales. Han sido considerados como una mera relación de puro hecho, como un contrato de Derecho de Familia, como una institución de naturaleza mixta.

La teoría que considera a los esponsales como un simple hecho ha sido defendida por numerosos autores, sobre todo, en Alemania. En este sentido se definen Kohler, Titze y Mesmer, entre otros (8), pero actualmente cuenta con más partidarios la teoría contractualista.

Kipp y Wolff entienden que se trata de un contrato de Derecho de obligaciones y de Derecho de Familia (9). Bonet Ramón opina que los esponsales tienen carácter contractual, aunque no puede negarse su posible función constitutiva de las relaciones conyugales y cree que están sujetas a los principios generales del Código civil sobre contratación, singularmente sobre contratos bilaterales. Se trata, según él, de un contrato accesorio y preparatorio del matrimonio que no conduce necesariamente a él pero que en caso de violación de la promesa produce efectos limitados a la esfera patrimonial (10).

Puig Brutau llama la atención sobre el hecho de que el matrimonio no es un acto o contrato que se celebre sin que le preceda un tiempo de preparación, el tiempo en que los contrayentes están prometidos en matrimonio; pero que el quebrantamiento de esta promesa tiene una limitadísima repercusión en el campo estrictamente jurídico. La promesa realmente obliga, pero la vida social no está simplemente enderezada por obligaciones o deberes con sanción jurídica. A través de la cuestión que suscitan los esponsales puede verse que lo moral, lo social y lo jurídico probablemente son tres esferas, cada una con su peculiar sanción (11).

Lacruz Berdejo ha sacado de estos hechos la debida consecuencia. Siguiendo a Betti afirma que los negocios surgen en el campo de lo social antes que en el ordenamiento jurídico, de manera que la inten-

(8) Confer. KIPP Y WOLF, *Derecho de Familia*, vol. 1, 2.ª ed., pág. 30. Igual opinión sostiene BENITO GOLMAYO en *Instituciones de Derecho Canónico*, tomo II, Madrid, 1866, pág. 39.

(9) Op. cit., pág. 31.

(10) *Código civil comentado*, Aguilar, 1969, pág. 119.

(11) PUIG BRUTAU, op. cit., págs. 47 y 48.

ción de las partes puede estar respaldada por la ley solo de manera fragmentaria. Así ocurre con los esponsales que en el orden social tienen eficacia en conformidad con la intención de las partes. En cambio en el orden jurídico, el hecho social de los esponsales es tomado en consideración, no como negocio, sino en determinadas condiciones formales, como parte constitutiva de la causa típica de una obligación determinada. Por ello estima Lacruz que los esponsales no son un negocio jurídico, sino un negocio social o privado.

Pero como acertadamente apunta Puig Brutau, lo que esta concepción tiene de exacto no ha de impedir que se siga considerando a los esponsales como un negocio ciertamente social y privado, pero además propiamente jurídico en la limitada medida en que sus efectos pueden producirse en este sector. Las consecuencias del quebrantamiento sin justa causa de la promesa, sobreviene cuando las partes ya están ligadas por un deber recíproco y ello explica ciertas peculiaridades de naturaleza contractual, como reconoce Lacruz. Así el obligado que rehusa el cumplimiento ha de probar que lo hace por justa causa, mientras que si se tratara de responsabilidad fuera de contrato incumbiría probar la existencia de causa para la responsabilidad a quien exigiera la indemnización (12).

Dentro de los autores que consideran los esponsales como contrato, cabe destacar a los que defienden su naturaleza precontractual (13). En la medida en que se considere el matrimonio como contrato los esponsales serán un contrato que tiene por objeto la celebración de un futuro contrato obligatorio (14). Por nuestra parte, consideramos que no puede hablarse propiamente ni de una relación de puro hecho, pues sus implicaciones jurídicas son demasiado evidentes ni tampoco de un contrato aunque es preciso reconocer que esta posición nos parece más sólida que la primera por lo que vamos a tratar más extensamente de contrastarla.

En el Derecho romano el contrato suponía una concurrencia o acuerdo de voluntades acompañada de una forma exigida por el Derecho o de una causa reconocida como idónea para fundar una obligación; producía acción y vínculo obligatorio. Las fuentes romanas definieron la convención jurídica como "duorum vel plurium in idem placitum consensus"; el contrato sin embargo, no llegaron a definirlo ya que como observa Ruggiero, aunque los romanos tuvieron una serie de figuras o tipos contractuales no se elevaron a la construcción de un concepto general de contrato como esquema abstracto susceptible de comprender las diversas clases de contratos específicos (15).

Sánchez Román define el contrato como una convención jurídica

(13) La tesis contractualista del matrimonio ampliamente admitida en otras épocas es defendida hoy casi exclusivamente por los canonistas. En este sentido V. GIMÉNEZ FERNÁNDEZ, *La institución matrimonial según el Derecho de la Iglesia Católica*, págs. 46 y ss.

(14) PLANIOL RIPERT en su Tratado Práctico de Derecho civil francés rechazan esta teoría fundándose en el carácter institucional del matrimonio.

(15) *Instituciones de Derecho civil*, t. II, ed. Reus, Madrid, 1931, pág. 254.

manifestada en forma legal por virtud de la cual una persona se obliga en favor de otra o varias o recíprocamente, al cumplimiento de una prestación de dar, hacer o no hacer (16).

Para Stolfi, es un negocio jurídico bilateral, dirigido a constituir, modificar o extinguir un vínculo jurídico de contenido patrimonial o económico (17).

Sería inagotable el número de conceptos de contrato que podríamos aportar y de todos ellos resulta como denominador común la obligatoriedad, la obligación de comportarse en consecuencia con su contenido. Los contratos obligan a las partes. Por esta razón, consideramos que los esponsales no son, por lo menos en derecho español, un contrato ya que según el artículo 43 "los esponsales de futuro no producen obligación de contraer matrimonio" y si examinamos el articulado del Código observaremos como carácter esencial del contrato el de la obligatoriedad ("pacta sunt servanda"). En efecto, el artículo 1.254, señala que "el contrato existe desde que una o varias personas consienten en obligarse respecto de otra u otras, a dar alguna cosa o prestar algún servicio"; el artículo 1.256 establece que "la validez y el cumplimiento de los contratos no pueden dejarse al arbitrio de uno de los contratantes; el artículo 1.258 determina que los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento y desde entonces obligan...", etc.

Resulta evidente que si el contrato obliga y los esponsales no, éstos no son un contrato. Esto resulta tan claro que no creemos necesario insistir más sobre el tema.

Pero si no se trata de un contrato, ¿qué son los esponsales? Pudiera pensarse, al amparo del artículo 43 que se trata de una obligación natural (18) susceptible de cumplimiento voluntario pero no de coacción por los medios legales ("ningún tribunal admitirá demanda en que pretenda su cumplimiento", dice el citado precepto); pero si examinamos con algún detenimiento el concepto de obligación natural veremos que tampoco es aplicable a los esponsales.

En efecto, la obligación natural es como señalan Colin y Capitant una obligación desprovista de sanción y es nota esencial de la misma la de ser susceptible de cumplimiento voluntario, pero no de exigencia coactiva, pero sí que es una obligación jurídica aunque desprovista de responsabilidad, mientras los esponsales no producen obligación jurídica. Como señala Puig Brutau nadie puede pretender que por ser acreedor de otro en virtud de la existencia de una obligación natural, tiene derecho a pedir que se declare judicialmente la existencia de tal obligación, aunque sea haciendo constar que no procede su ejecución coactiva. Después de hacer unas consideraciones sobre

(16) *Estudios de Derecho civil*, t. IV, 2.ª ed., Madrid, pág. 149.

(17) *Diritto civile*, vol. III, pág. 124.

(18) Esta es la posición de GUBERN SALISACHS en *La ruptura de promesa matrimonial y la reducción de la mujer ante el Derecho y la Ley*, ed. Bosch, Barcelona, 1947, pág. 15.

la naturaleza y distinción entre obligaciones civiles y naturaleza, afirma que sería más acertado hablar de obligaciones jurídicas y deberes morales (19).

En resumen; rechazamos la teoría que considera los esponsales como un simple hecho porque no puede tratarse de un hecho, sino de un acto, ya que procede de la voluntad humana; rechazamos la doctrina del contrato porque éste es fuente de obligaciones y los esponsales, no; rechazamos también la teoría del precontrato, porque el matrimonio no es un contrato y porque como ya dijimos no obligan a contraer matrimonio; y rechazamos, asimismo, la doctrina de la obligación natural, porque esta sí que es causa de obligaciones jurídicas, aunque sin responsabilidad.

¿Qué son pues los esponsales? Para nosotros se trata de acto jurídico o sea, un hecho humano producido por una voluntad consciente y exteriorizada que produce un efecto jurídico y cuyo efecto jurídico es independiente de la voluntad (en caso contrario estaríamos en presencia de un negocio jurídico). Es la ley la que con independencia de la voluntad determina los efectos de los esponsales: la responsabilidad por incumplimiento.

La promesa de matrimonio y los esponsales

La responsabilidad derivada del incumplimiento de la promesa de matrimonio queda limitada a los supuestos en que se haya hecho en documento público o privado por un mayor de edad o por un menor asistido de la persona cuyo consentimiento sea necesario para la celebración del matrimonio o al de que se hubieran publicado las proclamas, en cuyo caso, el que renuncie a casarse sin justa causa está obligado a resarcir a la otra parte los gastos hechos en razón del matrimonio prometido (art. 44-1.º).

De este precepto resalta la existencia de varias cuestiones que es necesario tener en cuenta para que pueda entrar en juego la responsabilidad que contempla.

En primer lugar, es necesario que la promesa de matrimonio haya sido hecha por un mayor de edad o por un menor asistido de la persona cuyo consentimiento sea necesario para la celebración. Se trata de la aplicación de la regla "habilis ad nuptias habilis ad pacta nuptialia" que tiene otra manifestación en el artículo 1.318, en materia de capitulaciones matrimoniales.

Por otra parte es requisito indispensable, según parece, que la promesa de matrimonio conste por escrito (en documento público o privado). Si recordamos que los esponsales según la tradicional definición son promesas solemnes de matrimonio y observamos que el artículo 44-1.º admite que se celebren en documento privado (por tanto, sin solemnidad jurídica alguna) resulta que implícitamente, nuestro Código distingue entre promesa de matrimonio solemne (esponsales) y no solemne, pero a ambas les atribuye los mismos efectos.

(19) Op. cit., t. 1-2.º, pág. 99 y sigs.

tos y no solamente esto, también admite la promesa de matrimonio presunta (“si se hubieran publicado las proclamas”) pues en este caso las proclamas hacen presumir una promesa de matrimonio que lógicamente las precederá y que será verbal, pues si fuese escrita se hallaría comprendida en el caso anterior.

De todo lo dicho se deduce que, según el Código civil, la promesa de matrimonio puede ser solemne (en escritura pública o en documento escrito firmado por los contrayentes y el Párroco u ordinario del lugar o al menos por dos testigos según el canon 1.017-1.º si de matrimonio canónico se trata); en nuestra opinión sólo las promesas que reúnan estos requisitos que lo son de validez (“solemnitatis causa”), pueden calificarse de esponsales. Existen otras promesas en documento privado que no pueden calificarse de esponsales, pero que producen sus mismos efectos. Y existen por último otras promesas verbales que también surten los mismos efectos, en tanto en cuanto se hubiesen publicado las proclamas ya que dicha publicación implica necesariamente la existencia de una recíproca promesa de casarse (V. Sent. T. S. 6 abril 1929). Pero es que aún creemos que existe otra forma más de promesa de matrimonio; la que se da verbalmente sin más, cuyo problema en orden a los efectos indemnizatorios que en su caso la ley le atribuye, es un problema de prueba.

En definitiva, nuestra posición podría resumirse en el siguiente cuadro sinóptico a la luz del artículo 44:

PROMESA DE MATRIMONIO	} <i>esponsalicia</i>	}	En documento público o con los requisitos del Derecho Canónico
			En escrito privado
	} <i>no esponsalicia</i>	}	Verbal

No queda más que añadir que cuanto dijimos respecto de la naturaleza de los esponsales lo consideramos aplicable a las demás formas de promesa de matrimonio.

Naturaleza y cuantía de la indemnización

Al no ser la promesa de matrimonio, esponsalicia o no, un contrato, sino un acto jurídico, la responsabilidad que dimana de ella no es una responsabilidad contractual, sino extracontractual o aquiliana. Fundamos esta opinión en las conclusiones a que hemos llegado al estudiar la naturaleza jurídica y además en lo dispuesto en el párrafo 2.º del artículo 44 según el cual la acción para el resarcimiento de gastos sólo podrá ejercitarse en el plazo de un año, plazo idéntico al establecido en el artículo 1968-2.º cuando dice que prescribe por el transcurso de un año: “la acción para exigir la res-

ponsabilidad por las obligaciones derivadas de culpa o negligencia de que trata el artículo 1.902.

Quedan ahora por deslindar los límites cualitativos y cuantitativos de la indemnización.

Dice Manresa (20) que no es posible que se extiendan los efectos del artículo 44 a la indemnización de perjuicios, pues lo que ha de recibir el prometido desairado no tiene otro concepto que el de reembolso de lo invertido, en lo que era preciso, para que el matrimonio se realizase; en los derechos pagados por la documentación que fue necesaria, en el mobiliario que se compró para la casa, en las ropas que fueron encargadas, en lo que costasen las actuaciones indispensables, en los regalos de boda y en todos los demás gastos hechos por razón del matrimonio prometido y no realizado. El artículo 44 no habla de perjuicios, ni por lo tanto otorga al que los sufrió el derecho a pedir su indemnización.

Entre los motivos de su articulado, expuso la Ley de Matrimonio civil, que cuando la obligación principal no es válida, tampoco pueden serlo las accesorias que de ella dependan. Invocando este principio puede decirse que no prosperaría una demanda sobre indemnización; pero no deja, sin embargo de extrañar que al que otorgó una obligación ineficaz por precepto terminante de la ley se le den los medios de resarcirse de los gastos y se le nieguen para la indemnización de los perjuicios. ¿No dimanan los gastos y perjuicios de una misma causa? ¿Por qué ha de ser eficaz como fundamento de una acción en que se piden los primeros y no los segundos?

Más extrañeza causa la norma que comentamos si tenemos en cuenta que el artículo 1.902 del Código determina que el que por acción u omisión causa daño a otro interviniendo culpa o negligencia, está obligado a indemnizar el daño causado.

Cree Manresa que el Código ha tenido presente la posibilidad de producirse con motivo de la indemnización de perjuicios, litigios escandalosos, en cuyos escritos, y muy particularmente en cuyos períodos de prueba saldrían a la luz interioridades del hogar que el legislador es el primer llamado a ocultar, amparándose en el interés social.

No creemos que esta haya sido la razón que el legislador ha considerado para negar la indemnización por perjuicios, pues para demostrar que la negativa a contraer matrimonio (que evitaría la indemnización) está justificada hay que poner también de manifiesto la mayoría de las veces interioridades que no favorecen al contraente desairado. Creemos que el legislador no se ha referido a los perjuicios por considerar que estos tienen carácter moral (este tipo de daño inmaterial se da siempre en estos casos, aunque nada más sea por las repercusiones sociales) y por tanto son de difícil evaluación económica. Piénsese, además, que en la época de la promulgación del Código civil, la doctrina del daño moral no había alcanzado

(20) Op. cit., t. cit., pág. 246.

el grado de desarrollo que ahora le caracteriza (por más que este no sea muy elevado entre nosotros).

El fundamento de la indemnización se encuentra en los gastos realizados por uno de los contrayentes confiando en la palabra del otro. Los perjuicios derivarían de la negativa a contraer el matrimonio y como a ello no está obligado ninguno de los desposados tampoco lo está a indemnizar los perjuicios derivados de su actitud.

CONCLUSIONES

1.º No toda promesa de matrimonio puede calificarse de esponsales. Los esponsales son la promesa solemne de futuro matrimonio. Los esponsales de presente se confunden con el matrimonio.

2.º Si ciertamente los esponsales son una institución prácticamente desaparecida, no ocurre lo mismo con las promesas de matrimonio no solemnes que siguen conservando plena actualidad.

3.º Toda promesa de matrimonio es en Derecho español, un acto jurídico, no un contrato y carece de fuerza obligatoria jurídica.

4.º El incumplimiento de la promesa de matrimonio da lugar a una responsabilidad extracontractual.

5.º Dicha responsabilidad se ciñe a los gastos ocasionados por razón del matrimonio prometido.

6.º Como derecho supletorio no pueden aplicarse las normas de los contratos, sino los que regulan la responsabilidad extracontractual, en cuanto no se opongan a los artículos 43 y 44.

La cuestión previa en el Derecho español de la nacionalidad

LUIS IGNACIO SANCHEZ RODRIGUEZ

Doctor en Derecho. Profesor Adjunto interino de Derecho Internacional
en la Universidad de Oviedo

I. LA CUESTION PREVIA EN EL CONFLICTO DE LEYES

1. Como es bien sabido, la experiencia judicial que dio origen a la cuestión previa fue el conocido caso *Ponnoucannamalle c. Nadimoutopoulle* (1), que fue seguido inmediatamente de un examen analítico por parte de la doctrina alemana (2). En este caso resuelto por el Tribunal de Casación francés, se planteó como cuestión principal la sucesión de los bienes inmuebles de un inglés de origen hindú, que radicaban en Conchinchina. Por su parte, la cuestión previa se refería a la validez de la adopción realizada por el *de cuius* conforme a una ley material extranjera adopción que condicionaba los posibles derechos sucesorios del sujeto adoptado, en relación con otros herederos concurrentes. Nos interesa destacar ahora que en su formulación inicial y más conocida, el problema de la cuestión previa se presenta como sigue: la cuestión principal, según el sistema conflictual francés,

(1) Sentencia de la *Cour de Cassation de Francia*, de 21 de abril de 1931, cuyo texto se encuentra en la *Revue de Droit International Privé*, 1932, págs. 526 y ss., y en el *J.D.I.*, 1932, págs. 142 y ss.

(2) El primer autor alemán que se ocupó del tema fue MELCHIOR (*Die Grundlagen des Deutschen Internationalen Privatrechts*. Berlín, 1932, págs. 245 a 265). Sin embargo, la aportación global más importante es, en nuestra opinión, la de W. WENGLER ("Die Vorfrage im Kollisionsrecht", en *Zeitschrift für Ausländisches Privatrecht*, 1934, págs. 148 a 251. Puede consultarse una traducción italiana de este trabajo realizada por FERRARI BRAVO: "Le questioni preliminari nel Diritto Internazionale Privato", en *Diritto Internazionale*, 1963, núm. 1, págs. 50 a 134). Esta elaboración inicial fue seguida por otra de este mismo autor: "Nouvelles réflexions sur les questions préalables", en *Revue Critique de Droit International Privé* (en adelante *Revue Critique*), 1966, núm. 2, págs. 165 a 215. También puede consultarse el trabajo de WENGLER: "Die Ehelichkeit der Kinder aus "hinkenden" Ehen griechischer Staatsangehöriger in Deutschland" (traducido al italiano por FERRARI BRAVO, "La legittimità dei figli nati da un matrimonio claudicante celebrato in Germania da cittadini greci", en *Diritto Internazionale*, 1963, núm. 3, págs. 215 a 232).

queda regida por el propio derecho material del foro —puesto que se trataba de un inmueble situado en territorio bajo soberanía francesa—, mientras que la cuestión previa dependía, en principio, de un ordenamiento extranjero, en el presente caso, el hindú. Si reducimos esta formulación a términos puramente abstractos, la cuestión principal estaría regida por el derecho material del foro (F), como consecuencia de la remisión operada por su propia norma de conflicto, mientras que la cuestión previa o preliminar podría situarse en el ámbito de un ordenamiento distinto (B).

Cuando ponemos de relieve este planteamiento, lo hacemos con una doble finalidad: en primer término, para situarlo en conexión con el problema adicional de la determinación de las condiciones de existencia de la cuestión previa, que será examinado más adelante; en segundo lugar, para dejar bien sentado que la cuestión previa surge de modo claro en el marco del conflicto de leyes y que es en esta técnica de reglamentación donde cristaliza la categoría y la sitúa preferentemente la doctrina.

2. La propia novedad del concepto suscita inmediatamente el tema de la *delimitación* de la cuestión previa respecto a otros problemas generales del conflicto de leyes. En principio, hubo una cierta asimilación entre cuestión previa y calificaciones, con lo que implícitamente se negaba la autonomía de la categoría (3). Ahora bien, como pone de relieve Aguilar Navarro (4), la calificación «tiene como misión fundamental traducir en términos jurídicos y en categorías doctrinales las expresiones jurídicas que se utilizan para describir la norma de colisión», mientras que «en la cuestión previa no hay discrepancia en cuanto al significado de los conceptos utilizados». Así, por ejemplo, puede suceder que no exista diferencia alguna en orden a la comprensión de la filia-

(3) Es bien sabido que el análisis doctrinal se inicia en Francia como consecuencia de la citada *sentencia de 21 de abril de 1931*, y de los trabajos inmediatos de BARTIN (*Adoption et transmission héréditaire*, en *J.D.I.*, 1932, págs. 1 y ss.) y NIBOYET en su nota a dicha sentencia (misma revista), asimilando el supuesto planteado a un caso de calificaciones. Otras obras posteriores han puesto de relieve otros aspectos distintos (Cfr. RIGAUX: *La théorie des qualifications en droit international privé*. Paris, 1956, págs. 444 a 467); FRANCESCAKIS: *La théorie du renvoi et les conflits de systèmes en droit international privé*. Paris, 1958, págs. 203 a 223). Incluso en una obra fundamental en nuestra disciplina, como es la del profesor BATIFFOL, se presta escasa atención al problema que planteamos (Cfr. "Principes de Droit International Privé", en *R.C.A.D.I.*, 1959-II, núm. 97, págs. 488 a 490).

En este sentido afirma LAGARDE (*La règle de conflit applicable aux questions préalables*, en *Revue Critique*, 1960, págs. 464-465): "Il est plus fécond de rapprocher la question préalable de la théorie des qualifications. Ce rapprochement permet en effet de distinguer les questions préalables selon la loi matérielle applicable à la question principale, et de préciser dans quel cas des solutions originales doivent être recherchées".

(4) Cfr. *Derecho Internacional Privado*, vol. I, tomo II, 2.^a parte. Madrid, 1975, págs. 69 y 70.

ción en cuanto concepto, pero sí diferentes regulaciones sustantivas en cuanto a la vocación sucesoria de determinadas clases de filiación, aspecto este último que puede ser el que motive la utilización de la cuestión previa como mecanismo de determinación de la ley aplicable.

Podría pensarse también en una hipotética correlación entre cuestión previa y reenvío, aunque la realidad es que tras la aparente similitud inicial, surgen posteriormente divergencias profundas entre ambos conceptos (5). Se ha especulado también con la relación existente entre cuestión previa y orden público, ya que ciertos supuestos que aparentemente reclamaban la utilización de la técnica de la cuestión previa fueron solucionados finalmente por la vía del orden público (6). De otro lado, se han delimitado también en la doctrina las afinidades y diferencias detectables entre la cuestión previa y los conceptos de adaptación y sustitución (7). En todos los casos, existe un consenso unánime en conceder autonomía a la cuestión previa respecto de otros problemas generales del conflicto de leyes.

3. Mayores problemas presenta, sin embargo, la *determinación de las condiciones de existencia de la cuestión previa* dentro del procedimiento de reglamentación de las normas de conflicto. Creemos posible afirmar que la doctrina internacionalista ha hablado de la cuestión previa en dos sentidos diferentes, estricto el uno y amplio el otro. Existe un grupo de autores que mantiene, como Wengler (8), una actitud favorable a considerar como su-

(5) Cfr. en este sentido A. V. LEVONTIN: *Choice of law and conflict of laws*. Leyden, 1976, págs. 92 y ss. En este sentido, afirma este autor que: "The problem of renvoi assumes, and starts out from, our own rules of choice of law. The incidental-preliminary problem, on the other hand, clothes our rules of choice with an appearance of benevolent neutrality between the views of our own law on choice of law and those of another law" (pág. 93). Sobre este mismo tema, GRASSETTI: "Questione pregiudiziale e dottrina del rinvio", en *Rivista de diritto internazionale*, 1965, págs. 87 a 89.

(6) Cfr. RIGAUX: *La théorie des qualifications...*, *op. cit.*, págs. 456 a 458; PASTOR RIDRUEJO, J. A.: "Un caso de cuestión previa en la jurisprudencia española: la sentencia de 10 de octubre de 1960", en *Temis*, 1961, págs. 103 a 110; PECOURT GARCÍA, E.: "Nota a la sentencia del Tribunal Supremo de 10 de octubre de 1960", en *R.E.D.I.*, 1963, págs. 144 a 148, y en *Derecho Internacional Privado Español (Jurisprudencia sistematizada y comentada)*. Pamplona, 1976, págs. 43 a 49.

(7) Cfr. P. PICONE: *Norme di conflitto speciali per la valutazione dei presupposti di norme materiali* (Gli artt. 27 e 84 del Code de la nationalité française). Nápoles, 1969, págs. 12 y 13, nota 15. Sobre este mismo problema E. PECOURT GARCÍA: "Problemática de la cuestión preliminar en Derecho internacional privado", en *Revista de Derecho Español y Americano*, 1966, págs. 19 a 21.

(8) Aunque este problema no aparezca formulado de forma expresa, WENGLER afirma ("Nouvelles réflexions sur les questions préalables", *op. cit.*, pág. 214) que: "Lorsqu'une disposition matérielle de droit privé du for préssuppose l'existence d'un autre rapport juridique —et soulève ainsi, à titre préalable, la question relative à la validité juridique de la formation de ce rapport—, le juge du for doit rechercher, conformément

puestos de cuestión previa todos aquéllos en los cuales la cuestión principal está regida por el derecho material del foro, como aquéllos otros en los que la misma cuestión principal aparece regulada en el marco de un ordenamiento extranjero. Esta idea ha sido claramente expuesta entre nosotros por Pecourt García (9), para quien la cuestión previa se plantea «cuando el supuesto conceptual de la norma de conflicto se configura como una situación compleja, caracterizada porque las dos o más situaciones que integran la situación total se dan sucesiva y no contemporáneamente, y porque una de ellas supone una relación jurídica ya constituida». En opinión de este autor (10), existen dos hipótesis fundamentales de la *Vorfrage*, según la cuestión principal quede sometida a la propia ley material del foro o a un derecho material extranjero, como consecuencia del juego de la norma de conflicto del foro. La consecuencia lógica de tal planteamiento es la afirmación de que «la *Vorfrage*, como verdadera cuestión de Derecho internacional privado, autónoma en sí, aunque condicionante respecto a la principal, se presenta independientemente del Derecho material aplicable a la cuestión principal» (11). La única diferencia radicaría en el nivel de dificultades presentes en uno y otro caso para dar una solución más racional a cada una de ellas.

au but et à l'esprit de cette disposition, dans quelle mesure il ne doit pas juger de cette question préalable, non selon la seule optique juridique des juges nationaux, mais, au besoin alternativement, selon des juges étrangers". Sobre la cuestión previa en la doctrina alemana, cfr. KEGEL: *Internationales Privatrecht*, 3.^a ed. Munich, 1971, págs. 133 a 139, en las que se hace una exposición extensiva del tema.

(9) En nuestra opinión, el trabajo de PECOURT GARCÍA ("Problemática de la cuestión preliminar en Derecho Internacional Privado", *op. cit.*), constituye acaso la aportación española más importante en esta materia. En su Nota a la sentencia del Tribunal Supremo de 10 de octubre de 1960, en *R.E.D.I.*, 1963, pág. 146, puede observarse cómo PECOURT pone de relieve en este comentario la utilización de la noción de orden público para impedir la aplicación de la ley cubana, de forma muy parecida a la técnica de solución empleada por el Tribunal de Casación francés en la sentencia de 21 de abril de 1931.

(10) Cfr. "Problemática de la cuestión preliminar en Derecho Internacional Privado", *op. cit.*, págs. 25 y ss.

(11) PECOURT GARCÍA, *ibidem*, pág. 27. En la pág. 25 de su trabajo, este autor critica duramente la tesis más extendida entre los autores franceses (LAGARDE, RIGAUX, FRANCESAKIS, etc.), por su manía en excluir de la cuestión previa a los supuestos en los cuales la cuestión principal caiga bajo la regulación de la ley material del foro, diciendo que "tal tesis no se argumenta, sino que, simplemente, se parte de ella". Para este autor, la razón de tal línea argumental hay que buscarla en un dato que nosotros ya hemos puesto de relieve, *supra*, nota 3. Hay que reconocer en PECOURT GARCÍA una de las concepciones doctrinales más amplias a la hora de admitir supuestos de cuestión previa, superior a la de cualquier otro autor español. Este rasgo se pone de relieve en su importante análisis de nuestra jurisprudencia (cfr. en este sentido, su *Derecho Internacional Privado Español*, *op. cit.*, págs. 411 y ss., donde al analizar por materias nuestra doctrina legal, localiza un gran número de supuestos de cuestión previa, muchos de los cuales son más discutibles, especialmente en materia de sucesiones).

Desde una perspectiva más restrictiva y excluyente, se ha reducido el estudio de la cuestión previa a los supuestos en los cuales la cuestión principal queda regulada en un ámbito ajeno al derecho material del foro, es decir, en un ordenamiento extranjero. Esta segunda posición se hace patente de modo particular en los autores pertenecientes al círculo jurídico francés. En este sentido se manifiesta Lagarde (12), quien afirma que «il y a donc lieu dans ces conditions d'exclure d'une théorie des questions préalables toutes les questions préalables à une question principale soumise à la loi du for». Por su parte, Rigaux (13) intenta avanzar en la delimitación del concepto de cuestión previa, llegando a la afirmación restrictiva de que «pour que puisse se poser la *question préalable*, problème de conflit de lois, il faut que la loi déclarée applicable à la question principale par la *lex fori* ne soit pas la loi interna du tribunal saisi», y todo ello como consecuencia de que solamente podrá hablarse de *Vorfrage* «si elle justifie une dérogation à l'application normale des règles de conflit de lois du for».

En este mismo sentido, el portugués Azevedo Moreira (14) examina las distintas concepciones existentes acerca de esta categoría jurídica, concepciones que hemos agrupado en estrictas y amplias, estando implícita en estas últimas una cierta revisión de la tesis inicial de Wengler (15). Para Azevedo Moreira no ofrece dudas que en la doctrina más moderna existe unanimidad respecto a que «la cuestión previa, como problema específico de conflictos, surge en el momento de la aplicación de una ley material extranjera a una cuestión de derecho (llamada principal, condicionada o dependiente), que a su vez plantea otra cuestión (prejudicial, incidental o condicionante), a la que se encuentra ligada por un vínculo de subordinación lógico jurídica. Surge entonces la pregunta sobre el derecho de conflictos competente para indicar la ley que ha de resolver la segunda de estas cuestiones: de-

(12) "La règle de conflit applicable aux questions préalables", *op. cit.*, págs. 464-465. La posición de LAGARDE, aún más matizada, es la siguiente: "Lorsque la question principale —devolution successorale— est soumise à la loi matérielle du for, il na fait pas de doute que la question préalable —adoption— doit être qualifiée par la loi du for. Si, par application de celle-ci, le juge y voit une institution successorale, l'adoption sera soumise à la loi personnelle de l'adoptant ou de l'adopté, selon ce que décide la règle de conflit du for. le choix entre la loi matérielle du for et la loi matérielle étrangère est alors uniquement commandé par un problème de qualification".

(13) *Droit International Privé*. Bruselas, 1968, pág. 212. Aunque este autor distingue entre *cuestión previa de derecho nacional* y *cuestión previa de derecho extranjero* (cfr. *loc. cit.*, págs. 214 a 219), lo hace para poner de relieve las diferentes situaciones que se ven implicadas cuando el hecho o la situación que confarman las condiciones de aplicación de la disposición extranjera aplicable a la cuestión principal estén regidas, según el sistema de Derecho internacional privado del foro, por su propio ordenamiento o por otro distinto.

(14) *Da questao prévia em Direito Internacional Privado*. Coimbra, 1968, págs. 81 y ss.

(15) Cfr. *op. cit.*, págs. 56 a 60, 118 a 138 y 22 a 49.

recho de conflictos del foro o derecho de conflictos del ordenamiento que rige la cuestión principal» (16).

Por su parte, en el círculo jurídico anglosajón, parece existir un criterio general respecto a las condiciones de existencia de la cuestión previa propuestas por Morris (17). La posición de este autor es más compleja y elaborada que otras ya examinadas y hace depender la existencia de una cuestión previa de que la cuestión principal esté regulada materialmente por una norma extranjera, como consecuencia de la dirección señalada por el mecanismo conflictual de la *lex fori*. Este es un dato común a las posiciones examinadas antes y —a los fines concretos que ahora nos interesa destacar— parten todas de una presunción única: que en los supuestos de cuestión previa, las normas de conflicto del foro van a dar siempre una respuesta favorable a la aplicación de una ley extranjera, respecto de la cuestión principal, y no de su propio ordenamiento; en otras palabras, que la conexión en presencia será de tal naturaleza que no dará lugar a la aplicación de la ley material del foro. Y aún más, que el derecho aplicable a la cuestión principal no puede ser regulado por normas que pertenezcan a un procedimiento de reglamentación distinto del de atribución.

La consecuencia lógica del planteamiento expuesto es la de preguntarse ¿qué sucederá en el caso de que una relación jurídica sucesoria sustanciada por un extranjero ante un tribunal de un país (F), que al aplicar su norma de conflicto se encuentra con que es aplicable su propio derecho material (debido, por ejemplo, a la situación de los bienes), existiendo también un problema previo de filiación que condiciona la sucesión, y que según su derecho conflictual es susceptible de ser resuelto por otro ordenamiento (B)?, ¿se trata de una cuestión previa o puede encuadrarse en una categoría jurídica distinta?, ¿utilizaremos el sistema conflictual del foro o el del otro ordenamiento en presencia?

La exposición del problema en el ámbito doctrinal (18) ha sido

(16) *Op. cit.*, pág. 61.

(17) *The Conflict of Laws*. Londres 1971, pág. 492: "First, the main question must by the English conflict rule be governed by the law of some foreign country. Secondly, a subsidiary question involving foreign elements must arise which is capable of arising in its own right or in other contexts and for which there is a separate conflict rule. Thirdly, the English conflict rule for the determination of the subsidiary question must lead to a different result from the corresponding conflict rule of the country whose law governs the main question". La tesis de MORRIS la hacemos extensiva a los demás sistemas anglosajones, puesto que como él mismo indica (pág. 495): "the weight of English, Commonwealth and American authority (so far as it goes) seems to indicate that the incidental question is determined by the conflict rule of the foreign law governing the main question and not by the conflict rule of the forum".

(18) No citamos otros trabajos sobre la cuestión previa a pesar de su excelente factura, por no incidir directamente en el aspecto concreto que hemos analizado (cfr. VAN HOOGSTATEN: "Le droit international privé et la question préalable", en *Mélanges offerts à Kolléwijn et à Offer-*

replanteada recientemente por un autor italiano (19), quien hace gala de un fuerte espíritu de revisión y análisis de las formulaciones tradicionales más extendidas, y que sigue un camino diferente al de la mayor parte de la doctrina —incluso de su propio país—, que camina tras las huellas de Morris (20). A juicio de Picone (21), que es el autor al que nos referimos, el problema de la cuestión previa no puede ya configurarse como un supuesto de «concurso» y «conflicto» de una norma del foro y de otra perteneciente a un ordenamiento distinto, respecto a la existencia y validez de una determinada situación jurídica. Por el contrario, el «conflicto» se produce entre ordenamientos y expresa la distinta opinión existente en ellos respecto a la valoración de la situación jurídica dada. Dicha valoración podrá efectuarse tanto desde el punto de vista del ordenamiento del foro, como desde el punto de vista del ordenamiento del que deriva la norma material extranjera.

Importa destacar, sin embargo, que Picone no impugna básicamente las condiciones exigidas tradicionalmente por la doctrina, para la expresión clásica de la cuestión previa: a) que la cuestión preliminar condicione la aplicación en el foro de una norma material extranjera; b) que el ordenamiento del foro y el ordenamiento extranjero posean normas de conflicto de tal naturaleza, que atribuyan competencia para solucionar la cuestión a *leyes diferentes*; c) que tales leyes, ya individualizadas, *no conduzcan a resultados materialmente equivalentes*. Ahora bien, la originalidad y el mérito de Picone consiste en señalar que aunque la primera condición pretenda excluir los supuestos en los cuales la cuestión principal quede bajo el imperio de una norma material del foro, persiste aún la duda respecto a la posible aplicación, para la solución de la cuestión preliminar, del sistema de conflicto del foro o del sistema de conflicto de un ordenamiento extranjero (22). Es decir, la exclusión de la primera condición respecto

haus. Leiden, 1962, págs. 209 a 225; MACHADO, J. B.: "Les faits, le droit de conflit et les questions préalables", en *Multitudo Legum Ius Unum. Festschrift für W. Wengler*. Vol. II. Berlín, 1973, págs. 443 a 458).

(19) Cfr. P. PICONE: *Saggio sulla struttura formale del problema delle questioni preliminari nel diritto internazionale privato*. Nápoles, 1971.

(20) Cfr. como exponente de la doctrina italiana la obra de E. VITTA: *Diritto Internazionale Privato*. Vol. I, Turín, 1972, págs. 459 a 461. VITTA acepta plenamente las condiciones de MORRIS, negando como supuesto de cuestión previa aquel en el que propio derecho del foro sea aplicable a la cuestión principal. Tal postura se basa en la solución concreta de la norma de conflicto del foro respecto a la cuestión preliminar. Sin embargo, puede observarse, al igual que subrayábamos respecto a LAGARDE, que razona en términos de cuestión previa y cuestión principal, para terminar afirmando que dichas hipótesis no constituyen cuestión previa. ¿Por qué, entonces, se razona en estos términos? ¿Será porque se trata de una cuestión previa atípica, caracterizada aparentemente por una mayor sencillez en la solución?

(21) Cfr. *Saggio sulla struttura formale...*, op. cit., págs. 41 a 44.

(22) Cfr. *Saggio sulla struttura formale...*, op. cit., págs. 19 y 20.

a los supuestos estrictos de cuestión previa, obliga a los autores a plantearse también en términos de auténtica cuestión previa, incluso a nivel de la ley aplicable a la misma, para lo cual hacen jugar los respectivos mecanismos conflictuales implicados. Asimismo, pues, a un supuesto ante el cual la doctrina restrictiva no ha ofrecido todavía soluciones coherentes.

Como ha señalado Picone en otro trabajo (23), la construcción típica —acaso podría decirse tópica— de la cuestión previa, ha dificultado el examen de aspectos conexos: concretamente, los problemas derivados de la interpretación y aplicación de normas materiales de un determinado ordenamiento, cuando las nociones que en ellas se presuponen estén íntimamente conexionadas con situaciones o conceptos jurídicos situados en el ámbito de un ordenamiento distinto. En tal hipótesis, cuando las normas de un determinado ordenamiento, aún coincidiendo terminológicamente con la expresión empleada en la norma de otro ordenamiento distinto, presenten un contenido diferente, estaremos en presencia de un supuesto de sustitución. Por el contrario, cuando las normas de un ordenamiento dado indiquen directa y específicamente los criterios de valoración de la situación jurídica en ellas prevista, estaremos ante una norma especial de conflicto. Ambas situaciones exceden del contenido propio de la cuestión previa (24), desbordando el que podríamos denominar límite máximo de dicha categoría. Ahora bien, no cabe duda de que el conjunto de situaciones posibles que engloba, reclama un examen más reposado, caso por caso, a los fines de determinar si las condiciones expresadas por Morris y aceptadas hoy comúnmente, constituyen el auténtico marco en el que esta noción opera. En situaciones normales operan correctamente, pero su funcionamiento es más discutible en los casos extremos y es en ellos donde se revelan como acertadas o incompletas las afirmaciones generales.

En resumen, no cabe duda de que el análisis doctrinal de la cuestión previa ha cristalizado predominantemente en el ámbito y como problema específico del conflicto de leyes. Sin embargo, no existe identidad absoluta respecto a los supuestos a los que se extiende esta categoría, y ello con independencia del problema posterior y debatido de la ley aplicable a la citada cuestión previa. No deja de resultar paradójico que mientras la cuestión previa nace como consecuencia del caso *Ponnoucannamalle c. Nadimoutoupouille*, la tendencia doctrinal hoy dominante niegue que dicho supuesto reúna los requisitos necesarios para considerarlo como tal.

4. Por último, examinaremos en este apartado cómo se sitúa la cuestión previa en el Derecho español y en nuestra doctrina. A los fines de determinar la noción de cuestión previa imperante

(23) Cfr. *Norme di conflitto speciali...*, *op. cit.*, págs. 8 y ss.

(24) *Norme di conflitto speciali...*, *op. cit.*, nota 7.

entre los autores españoles (25), utilizaremos la *sentencia del Tribunal Supremo de 10 de octubre de 1960* (26), puesto que plantea una problemática similar a la del Tribunal de Casación francés de 21 de abril de 1931. El examen de la doctrina española en la materia, no ofrece duda alguna en dos extremos: primero, que el análisis de la cuestión previa se verifica exclusivamente en el plano del método conflictual; segundo, que no existe confusión respecto a la delimitación del concepto de cuestión previa frente a los demás problemas generales del conflicto de leyes. Más problemas presenta, sin embargo, el tema de las condiciones de existencia de la cuestión previa, como veremos a continuación.

El supuesto de hecho que se contempla en la *sentencia del Tribunal Supremo de 10 de octubre de 1960* es el siguiente: se trata de la sucesión *ab intestato* de un español que fallece en España. Al ser admitidas a la sucesión dos sobrinas del causante, hijas legítimas de un hermano suyo, se produce una impugnación de la declaración de herederos por parte de otra hija del mismo hermano que tenía la calidad de adulterina en el momento de su nacimiento, pero que había sido legitimada posteriormente, previa naturalización y divorcio vincular del padre, con arreglo a una ley cubana de 1938. Se presentaban, pues, dos tipos de relaciones: la puramente sucesoria y la de la legitimación de la presunta coheredera. Desde el punto de vista del Derecho español (27), a juicio de Pecourt García (28), se trataba de un verdadero supuesto de cuestión previa, articulado en la siguiente forma: la sucesión constituía la cuestión principal, siendo aplicable por el artículo 10 del Código civil español nuestro derecho material, debido a la nacionalidad del causante. Por su parte, la cuestión previa coincidía con la validez de la legitimación, siendo el derecho material apli-

(25) Aunque no se trata de un tema excesivamente estudiado entre nosotros, pueden verse los siguientes trabajos: AGUILAR NAVARRO, M.: *Derecho Internacional Privado*, vol. I, tomo II, 2.^a parte, *op. cit.*, págs. 62 a 78; CARRILLO SALCEDO, J. A.: *Derecho Internacional Privado*. Madrid, 1976, págs. 241 a 248; de este mismo autor la edición de su obra de 1975, págs. 113 a 117; HERRERO RUBIO, A.: *Derecho Internacional Privado*. Vol. II. Valladolid, 1975, págs. 195 a 198; MARIN LÓPEZ, A.: "La cuestión incidental en Derecho internacional privado", en *R.E.D.I.*, 1956, páginas 125 a 146; MIAJA DE LA MUELA, A.: *Derecho Internacional Privado*. Vol. I. Madrid, 1976, págs. 313 a 328; PASTOR RIDRUEJO, J. A.: "Un caso de cuestión previa en la jurisprudencia española: la sentencia de 10 de octubre de 1960", *op. cit.*, págs. 103 a 110; PECOURT GARCÍA, E.: "Problemática de la cuestión preliminar en Derecho internacional privado", *loc. cit.*, y Nota a la sentencia del Tribunal Supremo de 10 de octubre de 1960, *loc. cit.*

(26) Cfr. *Avanzadi, Rep. Jurisprudencia*, 1960, núm. 3.081

(27) Naturalmente, las referencias a nuestro Derecho se entienden realizadas respecto al sistema español de Derecho internacional privado vigente en el momento de su consideración judicial, quedando, por tanto, excluidas en este caso concreto las nuevas normas del Título Preliminar introducidas en 1974.

(28) Cfr. "Problemática de la cuestión preliminar...", *op. cit.*, página 36.

cable el cubano, tanto desde una solución *lege fori*, como desde una solución *lege causae*. Por su parte, Pastor Ridruejo (29) al comentar esta decisión afirma sin lugar a dudas que se trata de un verdadero supuesto de cuestión previa. Como se desprende obviamente de lo anterior, ambos autores parten de un concepto amplio de esta categoría. Desde una perspectiva restrictiva, Rigaux (30) llega a conclusiones diferentes, ya que en estos supuestos la dificultad radica en establecer la equivalencia de dos conceptos de derecho material interno tomados de leyes nacionales diferentes. En opinión de este autor, se trata de un problema similar a la cuestión previa, pero que no es identificable con ella, sino que consiste en la determinación del que denomina *concept préjudiciel*, y que otros autores llaman *sustitución*. El concepto amplio de la cuestión previa es explícito en Pecourt García, como hemos visto anteriormente (31).

No obstante, otros autores españoles parecen defender una concepción más estricta de la cuestión previa o preliminar. Así sucede en Aguilar Navarro (32), quien alude expresamente a las

(29) Cfr. "Un caso de cuestión previa en la jurisprudencia...", *op. cit.*, pág. 105, donde afirma que "se trata de un caso de sucesión intestada de un súbdito español planteado ante un Tribunal español. El Tribunal aplicará por tanto a la sucesión la ley material española, que en el caso de autos es la contenida en los artículos 946 y concordantes del Código civil. De acuerdo con estas disposiciones, corresponde la herencia a los hijos legítimos del hermano del *de cuius*. Pero existe una hija del hermano del causante cuya legitimidad se discute. Es ésta la cuestión previa y el problema sucesorio constituye la cuestión principal". A pesar de todo, hay que hacer constar que en este comentario de PASTOR RIDRUEJO existe una mayor tendencia hacia el análisis de la ley aplicable a la cuestión previa, que a verificar la existencia de las condiciones formales y materiales necesarias para la existencia de aquélla

(30) El problema se produce como consecuencia de "que les catégories ou qualifications e la loi successorale (A) ne sont pas identiques à celles de la loi personnelle (B) Quand la loi personnelle exclut toute discrimination entre les diverses catégories de filiation, auxquelles la loi attache des effets différents, in appartient au juge d'adapter les lois en présence" (cfr. *Droit International Privé, op. cit.*, págs. 224 a 226). Sobre este mismo tema, puede verse G. CANSACCHI: "Le choix et l'adaptation de la règle étrangère dans le conflit de lois", en *R.C.A.D.I.*, 1953-II, número 83, págs. 151 y ss.

La hipótesis concreta de la que parte RIGAUX es la siguiente: imaginemos un primer concepto propio de la ley A (ley que rige la sucesión), que determina las condiciones de aplicación, concediendo una parte para los hijos legítimos, otra para los naturales y negando la posibilidad de suceder a los hijos adulterinos. De otro lado, la aplicación de la ley B a la determinación del concepto prejudicial (puesto que el "status" de filiación se obtiene por referencia a la ley personal del heredero y no respecto a la ley que rige la sucesión) exige que se pruebe según esta segunda ley las condiciones de aplicación de la primera. ¿Cuál es el título de la persona que solicita la herencia: hijo legítimo, natural, adulterino o incestuoso? Por eso, para RIGAUX, el caso *Ponnoucannamalle c. Nadimou-toulle* constituye un ejemplo clásico de sustitución.

(31) Cfr. *ut supra*, notas 9 y 10.

(32) *Derecho Internacional Privado, op. cit.*, pág. 65. Sin embargo, existe una cierta contradicción entre esta afirmación y el hecho de que

condiciones necesarias para verificar la existencia de la categoría y recoge las expuestas por Morris. Donde encontramos una mayor hostilidad a considerar el supuesto planteado por la *sentencia de nuestro Tribunal Supremo de 10 de octubre de 1960* como tipo «auténtico» de cuestión previa es en Carrillo Salcedo (33), «ya que la cuestión principal —sucesión— se regía por el Derecho español y no por una ley extranjera». En ambos casos, se vincula el problema de la cuestión previa exclusivamente al conflicto de leyes. De otro lado, Miaja de la Muela (34) no se plantea expresamente el tema de las condiciones de existencia de la cuestión previa, al igual que sucede en Marín López (35) y Herrero Rubio (36).

Desde el punto de vista del Derecho español, la cuestión previa ha sido siempre una institución desconocida en nuestro ordenamiento positivo. Incluso todo el proceso de reforma del Título Preliminar del Código civil ha pasado por alto la regulación de la cuestión previa, acerca de la cual existe hoy un vacío legal en nuestro sistema de Derecho internacional privado. Cabría entonces preguntarse sobre la vía interpretativa utilizable para solucionar los supuestos de cuestión previa en el Derecho español. A juicio de Verplaetse (37) caben distinguir dos casos: a) que el derecho aplicable a la cuestión principal sea la propia ley del foro; b) que el derecho aplicable a la citada cuestión sea extranjero. Sin embargo, creemos que puede intentarse la integración de la cuestión previa a través de un camino diferente, concretamente sobre la base de la territorialidad o no de la norma de conflicto (38).

acepte como supuestos de cuestión previa tanto la *sentencia del Tribunal de Casación francés de 21 de abril de 1931*, como la *sentencia de nuestro Tribunal Supremo de 10 de octubre de 1960*. En ambos casos se incumple la primera condición, puesto que la cuestión principal, según la norma de colisión del foro, queda regida por su propio derecho material y no por un ordenamiento distinto (cfr. *Derecho Internacional Privado, op. cit.*, págs. 62 y 78, respectivamente.)

(33) *Derecho Internacional Privado*. Madrid, 1976, pág. 245. Más adelante, en las págs. 246-7, nota 23, recalca su afirmación inicial respecto a la decisión judicial citada, afirmando en relación a la tesis contraria de PASTOR RIDRUEJO, que «en el caso no existía una auténtico problema de cuestión previa en el sentido técnico de esta noción en Derecho internacional privado». No obstante, en otra edición de su obra (Madrid, 1975, págs. 116 y 117), no se observa una postura tan beligerante respecto a la sentencia de nuestro Tribunal Supremo de 1960, puesto que la utiliza como ejemplo para demostrar cómo, en determinadas circunstancias, la ley aplicable a la cuestión previa debe poseer una vocación preferentemente dirigida a salvaguardar la coherencia interna del foro y no a velar por la armonía internacional de soluciones.

(34) Cfr. *op. cit.*, págs. 314-5. Este autor se preocupa preponderantemente del problema de la ley aplicable, aunque la alusión que hace al caso *Ponnoucannamalle c. Nadimoutoupouille* como supuesto tipo de cuestión previa, inclina a pensar que aboga por una comprensión amplia respecto a las condiciones necesarias de esta categoría.

(35) Cfr. *loc. cit.*, *supra*, nota 25.

(36) Cfr. *loc. cit.*, *supra*, nota 25.

(37) Cfr. *Derecho Internacional Privado*. Madrid, 1954, pág. 296.

(38) MIAJA DE LA MUELA, *op. cit.*, pág. 294, afirma que «el problema

En efecto, Miaja de la Muela (39) ha hablado de la «independencia o «territorialidad» de las normas de conflicto, principio que «consiste en la obligatoriedad para tribunales y autoridades de la aplicación de las establecidas por su legislador y de la abstención de aplicar las emanadas de otros legisladores extranjeros». En este orden de ideas, el reenvío constituye una categoría operativa para deducir analógicamente si el sistema en que se regula acepta una aplicación territorialista de sus propias normas conflictuales. El recurso a la analogía se justifica en los términos del artículo 4, 1.º del Código civil, en el que se determina que «Procederá la aplicación analógica de las normas cuando éstas no contemplen un supuesto específico, pero regulen otro semejante entre los que se aprecie identidad de razón». Pues bien, el actual contexto del artículo 12 del Código civil revela que en el Derecho español domina el territorialismo de nuestro sistema conflictual, territorialismo que no es absoluto sino matizado, ya que admite excepciones: en primer término, la prevista en el artículo 12, 2.º respecto al reenvío de retorno, puesto que se admite la aplicación de una norma de conflicto extranjera cuando ésta remita a la ley española; en segundo lugar, la contenida en el artículo 12, 5.º en relación a la remisión a un sistema plurilegislativo, supuesto en el que es admitida la aplicación del sistema conflictual del ordenamiento reclamado (40). Puede considerarse que las dos excepciones citadas materializan el límite máximo de aplicación de normas de conflicto extranjeras, conclusión importante de cara a la determinación de la ley aplicable a la cuestión previa en el Derecho español y que parece excluir la utilización de la *lex formalis causae*. Naturalmente que se trata de una conclusión frágil en cuan-

planteado por la aceptación o la repulsa del principio de independencia de las normas de conflicto se fragmenta así en una serie de cuestiones particulares, tales como la del reenvío, la mayor proximidad y las cuestiones previas o incidentales”.

(39) Vid. sobre este tema el trabajo del catedrático de Valencia: “Riflessioni sull’elaborazione di un nuovo sistema spagnuolo di Diritto Interregionale”, en *Diritto internazionale*, 1963, págs. 307 y ss. Este mismo trabajo ha sido publicado en español: “Reflexiones acerca de la elaboración de un nuevo sistema español de Derecho Internacional Privado e Interregional”, en *Estudios de Derecho público y privado ofrecidos al profesor don Ignacio Serrano y Serrano*. Vol. II. Valladolid, 1965, págs. 607 a 642. en especial las págs. 626 y 627.

(40) Como ha puesto de relieve CARRILLO SALCEDO (*Derecho Internacional Privado*. Madrid, 1976, pág. 236), “de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 12, apartado 2, del Título Preliminar del Código civil, la remisión al derecho extranjero se entenderá hecha a su ley material, sin tener en cuenta el reenvío que sus normas de conflicto puedan hacer a otra ley que no sea la española. De lo que resulta que, en principio, el sistema español es contrario al reenvío y únicamente lo acepta en el caso de reenvío de primer grado, de reenvío a la ley española... Esta solución, por lo menos curiosa, contradice la lógica jurídica de lo dispuesto en el apartado 5 del mismo artículo 12, y presenta una imagen nacionalista e injustificada, que únicamente puede encontrar explicación en la seguridad que entraña”.

no no existe jurisprudencia que la apoye, pero nuestra doctrina legal ha ignorado hasta el momento la propia categoría. La aplicación de la analogía respecto al reenvío arrojaría un balance similar, respecto a la desconfianza del derecho conflictual extranjero, afirmación que viene avalada en los términos del artículo 12, 6.º, en el que únicamente se ordena a nuestros tribunales y autoridades aplicar de oficio las normas de conflicto españolas.

II. LA CUESTION PREVIA EN EL DERECHO DE LA NACIONALIDAD

5. Como hemos puesto de relieve en el apartado I, el análisis de la doctrina se ha planteado tradicionalmente en el ámbito propio del conflicto de leyes, tanto para la cuestión previa como para la cuestión principal. Sin embargo, Francescakis (41) ha introducido una distinción importante en el tema que estamos tratando: la diferencia entre *cuestión de conflicto de leyes previo a una cuestión de derecho interno* y *cuestión de conflicto de leyes previo a una cuestión de conflicto de leyes*. Tomando como base esta dicotomía —que tiene en cuenta la pluralidad de procedimientos de reglamentación—, podría ampliarse a las siguientes situaciones:

a) Situación en la cual la cuestión principal recae en una relación de tráfico *interno*, regulada por normas de Derecho público, dependiendo de una cuestión previa que encierra una relación privada *internacional*, es decir, de tráfico privado externo. En este sentido, Szaszy (42) ha planteado el supuesto de que «the preliminary question is governed by a sphere of law other than the principal question» y lo extiende al campo del derecho constitucional, derecho fiscal y, especialmente, del derecho procesal;

b) Situación en la cual la cuestión principal es una pura relación de derecho *interno*, gobernada por el derecho privado del ordenamiento del foro, pero conexiónada con una cuestión previa en sentido estricto, esto es, relativa a una cuestión de tráfico pri-

(41) Cfr. "Conflits de lois (principes généraux)", en *Dalloz. Répertoire de Droit International*. Vol. I. París, 1968, págs. 495 a 497. Añade este autor "qu'il existe des cas où une question de conflit de lois se présente comme préalable à l'application de la loi française et qu'elle est résolue sans recours à une règle de conflit, par application pure et simple de la loi française. Ce cas est celui des lois que l'on a appelées ici lois de police ou d'application immédiate", referencia que concreta en el antiguo artículo 27 del *Code* francés de la nacionalidad. Es más, FRANCESCAKIS piensa que es en este sentido de las leyes de aplicación inmediata, en el que la expresión "questions préalables" ha tomado carta de naturaleza en el Derecho internacional privado francés.

(42) Cfr. *Internacional Civil Procedure*. Leyden, 1967, págs. 155 a 162, especialmente la pág. 157. Vid también en este sentido H. MOTULSKI: "Procédure civile et commerciale", en *Dalloz. Répertoire de Droit International*. Vol. II París, 1969, págs. 654-5 y 664.

vado *externo* con un elemento extranjero jurídicamente relevante. Estaríamos en un orden de problemas idéntico a los solucionados por la *sentencia del Tribunal de Casación francés de 21 de abril de 1931* y por la *del Tribunal Supremo español de 10 de octubre de 1960* (43);

c) Situación en la que la cuestión principal se refiere al Derecho de la nacionalidad (adquisición o pérdida), pero en el ámbito de las relaciones privadas *internas*, mientras que la cuestión previa presupone una relación privada *internacional*. Esta situación es la que examinaremos propiamente en las páginas siguientes;

d) Situación en la cual la cuestión principal está constituida por una relación de Derecho internacional privado, es decir, que se trata de una relación privada *internacional*, al igual que el objeto de la cuestión previa es también *internacional*. Ambas cuestiones se solucionan entonces mediante la aplicación del método de atribución, hipótesis estudiada en el apartado I y sobre la que no volveremos. Lo que sí exige un cierto análisis es el dato de que la construcción de la cuestión previa se ha llevado a cabo de modo exclusivo en el ámbito de las normas de conflicto bilaterales, quedando inexplorada la relación existente entre unilateralismo de las normas y cuestión previa (44). Como ha señalado Gothot en un reciente trabajo (45), las hipótesis que se presentan en la cuestión previa «trouvent une solution dans les unilatéralismes partiels». En efecto, la cuestión previa surge como consecuencia de las aspiraciones universalistas de aquellos sistemas —como el nuestro— que pretenden dar una solución completa a los problemas de tráfico privado externo, sobre la base de normas de conflicto bilaterales. Por el contrario, la utilización de normas unilaterales impide que se plantee la cuestión previa como tal, al quedar absorbida en el ámbito de la ley aplicable.

Las cuatro posibilidades de cuestión previa que acabamos de enunciar, encierran en sí mismas una graduación del contenido internacional de las situaciones. En los tres primeros apartados la cuestión principal se regula por el derecho interno del foro, y este elemento es el que ha propiciado la negación o el escaso interés de los autores por abordar su estudio en términos de auténtica cuestión previa. Sin embargo, existe unanimidad en sentido positivo respecto al último supuesto, como consecuencia de que tanto

(43) Cfr. *supra*, notas 1 y 26.

(44) Tan sólo se alude al problema en algunas obras recientes, pero sin adentrarse en la complejidad del tema, cfr. Y LOUSSOUARN: "Cours général de Droit International Privé", en *R.C.A.D.I.*, núm. 139 (1973-II), pág. 382. Afirma este autor que la teoría de la cuestión previa "s'agit donc d'une limitation de l'empire de la règle de conflit du for, mais non d'une affirmation de son unilatéralisme"; véase también CARRILLO SALCEDO: *Derecho Internacional Privado*. Madrid, 1976, pág. 243, nota 17 y 254, nota 32.

(45) "Le renouveau de la tendance unilatéraliste en droit international privé", en *Revue Critique*, 1971, págs. 1 y ss., 209 y ss., y 415 y ss. La cita que hacemos se refiere a la pág. 443.

la cuestión previa como la principal constituyen relaciones de tráfico privado externo. Consecuentemente, no deja de ser arbitrario el hecho de extender la cuestión previa al grado máximo de internacionalización, en perjuicio de las restantes hipótesis en las que también existen relaciones privadas internacionales.

6. Cuando se habla de la cuestión previa en el Derecho de la nacionalidad, puede aludirse a una doble situación: en primer lugar, aquellos casos en los cuales la cuestión principal queda situada en el foro, es decir, en el conjunto de reglas sobre nacionalidad existentes en el ordenamiento del juez; en segundo término, la cuestión principal podría referirse hipotéticamente a una materia propia de un derecho extranjero de nacionalidad, que surge en el foro en una determinada relación jurídico privada. Nosotros nos referimos expresamente a la situación enunciada en primer lugar, esto es, a los supuestos en los cuales la cuestión principal viene determinada por una norma española sobre nacionalidad o, si se quiere, por la adquisición y pérdida de la nacionalidad española (46).

El problema general que se plantea entonces radica en determinar cuál va a ser la ley aplicable a la cuestión previa. A grandes rasgos, y sin perjuicio de que más adelante volvamos en detalle sobre este punto, han sido defendidos dos modelos principales de solución: mientras que en ocasiones se ha propuesto la aplicación del propio derecho material del foro (47), en otros casos se oscila hacia una aplicación del derecho material extranjero (48). No obstante, conviene señalar que como ha puesto de relieve Francescakis (49), el problema es más amplio y complejo en el contex-

(46) En resumen, aceptamos el planteamiento realizado por FRANCESCAKIS ("Les questions préalables de statut personnel dans la droit de la nationalité", en *Rebels Zeitschrift (Festgabe Makarov)*, 1958, págs. 466), cuando afirma que "nous ne nous en occupons, d'autre part, que sous l'angle de l'application par un Etat de sa propre loi sur la nationalité et non des lois étrangères". Como es obvio, este trabajo es el que ha sugerido el nuestro, aplicado exclusivamente al Derecho español.

(47) En este sentido, MIAJA DE LA MUELA (*Derecho Internacional Privado*, 6.ª ed., vol. II. Madrid, 1974, págs. 85 y 86) ha sostenido que "las leyes sobre nacionalidad emplean para la atribución de este vínculo conceptos cuyo sentido sólo se puede determinar aplicando otras normas jurídicas, por ejemplo, las que regulan la filiación legítima o natural de una persona. En principio, es competente para esta determinación el orden jurídico del que forman parte las leyes sobre nacionalidad, de cuya interpretación se trata". Bien es cierto que la afirmación del catedrático de Valencia se refiere más a los problemas de interpretación o calificación, que estrictamente a los de cuestión previa.

(48) Cfr. sobre este particular RIGAUX (*Droit International Privé, op. cit.*, págs. 217 a 219). Afirma este autor que "la permanence de l'état des personnes est mise en échec par la théorie de la question préalable... la subordination de la question préalable à la question principale se conforme à une logique judiciaire apparente". En todo caso, debe recordarse el planteamiento concreto de RIGAUX, expuesto anteriormente.

(49) Cfr. "Les questions préalables de statut personnel dans le droit de la nationalité", *op. cit.*, págs. 469 y ss. Este autor ha detectado las

to de las distintas legislaciones nacionales, mediando una cuestión de política legislativa en la elección de los distintos procedimientos de reglamentación.

7. No han faltado autores que aplicaron el esquema de la cuestión previa al Derecho de la nacionalidad de modo específico. Incluso en algunos casos han utilizado este planteamiento insistentemente, con resultados que no han sido discutidos, como sucede en la obra de Makarov (50). A juicio de este autor, en la literatura científica se estudia muy raras veces el problema de las cuestiones previas jurídico-privadas del Derecho de la nacionalidad, y de forma similar, en los distintos ordenamientos nacionales o bien se indica expresamente las reglas aplicables a tales cuestiones o bien, cuando estas indicaciones no son explícitas pero se tiene conciencia del problema, se solucionan por la vía de la jurisprudencia y de la doctrina científica (51).

El planteamiento expuesto por Makarov ha sido aceptado y desarrollado por ciertos autores franceses, como sucede con Francescakis (52) y por Boulbes (53), el cual habla de «l'exception préjudicielle de nationalité française ou d'extranéité». En ambos casos se coincide en reflejar la construcción de la cuestión previa respecto al Derecho de la nacionalidad del foro y no de un ordenamiento extranjero. A los fines concretos de la aplicabilidad de la técnica de la cuestión previa al Derecho de la nacionalidad, merece ser destacado un reciente trabajo de Lagarde, el cual, como habíamos visto (54), se había manifestado partidario de una concepción estricta de la cuestión previa, es decir, de su exclusiva aplicación a los supuestos en los cuales tanto cuestión previa como cuestión principal eran relaciones de tráfico privado internacional. Ahora, por el contrario, Lagarde (55) se refiere a las cuestiones

siguientes soluciones de derecho comparado: ausencia total de disposiciones en la materia, utilización de la norma de conflicto común, formulación de normas de conflicto especiales, aplicación de normas materiales especiales y reglamentación a partir de la ley civil interna.

(50) Cfr. los siguientes trabajos de MAKAROV relativos todos ellos a este orden de problemas, que explican la importancia de su aportación: "Règles générales du droit de la nationalité", en *R.C.A.D.I.*, núm. 74 (1949-I), págs. 322 y ss.; *Allgemeine Lehren des Staatsangehörigkeitsrecht*. Stuttgart, 1962, págs. 239 y ss.; "Die privatrechtlichen Vorfragen in Staatsangehörigkeitsrecht", en *Zeitschrift für Rechtsvergleichung*, 1962, núm. 3, págs. 147 y ss.; *Deutsches Staatsangehörigkeitsrecht*. Berlín, 1971, págs. 16 y 17.

(51) Cfr. *Allgemeine Lehren des Staatsangehörigkeitsrecht*, *op. cit.*, págs. 240 a 242.

(52) "Les questions préalables de statut personnel...", *op. cit.*, páginas 466 a 497.

(53) Cfr. *Droit Français e la nationalité*. París, 1957, págs. 380 y ss. Sobre las tesis de BOULBES en esta materia, Cfr. PICONE: *Norme di conflitto speciali...*, *op. cit.*, págs. 600 y ss.

(54) Cfr. *ut supra*, nota 12.

(55) Cfr. *La nationalité française*. París, 1975, págs. 54 y 55, 59 y ss., y 77-78. La ley de 1973 ha sido modificada por otra de 5 de julio de 1974, respecto a la mayoría de edad.

previas que se presentan en la ley francesa de nacionalidad de 9 de enero de 1973, en materia de filiación y adopción. También puede constatarse la aceptación de la cuestión previa en el Derecho de la nacionalidad dentro de la doctrina alemana, como se pone de manifiesto en la obra de Kegel (56).

8. Importa examinar ahora cómo se plantea la cuestión previa, teniendo en cuenta las características peculiares del Derecho de la nacionalidad. En primer lugar, son notas destacadas del Derecho de la nacionalidad su rango y naturaleza. Respecto a la primera cuestión, es bien sabido que la nacionalidad suele ser una materia regulada a nivel constitucional, como ha sucedido tradicionalmente en España, con excepción de la legalidad derivada del Estado nacido el 18 de julio (57). Ello nos conduce a un problema ulterior, como es el de determinar la naturaleza pública o privada de esta clase de normas. En este sentido, De Castro (58) ha señalado acertadamente que «mientras la nacionalidad importa en el Derecho público, en cuanto crea vínculos de fidelidad y facultades de actuar en la vida pública, para el Derecho privado su principal significación está en que determina la capacidad de obrar y hasta la misma capacidad jurídica al designar el estatuto personal», es decir, que «en el Derecho de la persona habrá de estudiarse la nacionalidad en cuanto estado civil de miembro de la comunidad nacional», y por ello han de tratarse detenida y especialmente las razones de adquisición y pérdida de la nacionalidad». En términos similares, Herrero Rubio (59) ha dicho que el término nacionalidad tiene «una doble vertiente: según se considere como una *qualitas* o como un *status*, afectará al derecho público o al derecho privado, por lo que es un concepto capaz de producir manifestaciones prácticas en los dos campos. De ahí que se regule la nacionalidad, en algunos países, en reglas constitucionales y en los códigos civiles, simultáneamente».

Son estas características específicas de las normas relativas al Derecho de la nacionalidad las que justifican su tratamiento autónomo y las que avalan un análisis específico de la cuestión previa. En puridad, la cuestión principal no es de derecho público ni privado, puesto que, como acabamos de ver, la nacionalidad tiene una naturaleza híbrida y ambivalente. De ahí que no sea enteramente operativo situar las cuestiones de nacionalidad, en cuanto cuestión

(56) Cfr. *Internationales Privatrecht*, op. cit., págs. 138-9.

(57) Cfr. en este sentido GARCÍA GALLO, A.: *Manual de Historia del Derecho español (Antología de fuentes del Antiguo Derecho)*, vol. II. Madrid, 1973, págs. 1195-6, donde se pone de relieve cómo en las Constituciones de 1812, 1837, 1845, 1869, 1876 y 1931, al igual que en los proyectos de 1856 y 1873, se regulaban directamente quiénes eran españoles. En este mismo sentido, cfr. DE CASTRO: *Derecho Civil de España*, tomo II, parte 1.ª, Madrid, 1952, pág. 391. En las págs. 387 a 391 se hace un análisis de la regulación constitucional española en materia de nacionalidad.

(58) *Derecho Civil de España*, op. cit., págs. 395-6.

(59) *Derecho Internacional Privado*, vol. I. Valladolid, 1974, pág. 109.

principal, en el contexto del Derecho constitucional, del Derecho internacional público o privado, o del Derecho civil interno. Parece más correcto actuar sobre la base de que la adquisición o pérdida de la nacionalidad española, afecta a unas normas de características peculiares, que pueden integrarse en una relación jurídica compleja y que, eventualmente, están condicionadas por una cuestión previa (filiación, matrimonio, etc.) de tráfico privado externo.

Con independencia de que la cuestión principal se encuadre en el Derecho constitucional o en el Derecho civil —nosotros concedemos autonomía al Derecho de la nacionalidad, en este sentido— es evidente que al existir un condicionamiento de dependencia respecto a la cuestión previa, ésta debe resolverse con arreglo al Derecho internacional privado como *ius commune* de las relaciones privadas internacionales. No parece correcto, pues, excluir *a priori* la utilización de esta rama del ordenamiento en aquellos supuestos en los que la cuestión principal queda anclada en el ordenamiento del foro, puesto que estos casos aún persiste una relación privada internacional que exige una solución coherente.

Ahora bien, existe un factor que no ha sido puesto de relieve adecuadamente por la doctrina al referirse a la cuestión previa: la pluralidad de métodos de que se vale el Derecho internacional privado para reglamentar las relaciones de tráfico privado externo con un elemento extranjero relevante (60). Habíamos visto que cuando se habla de la cuestión previa en el Derecho de la nacionalidad, existe un menor grado de internacionalización que cuando se hace en términos estrictos, puesto que a la cuestión principal es aplicable el derecho material del foro. Pero sucede que cuando se alude a esta categoría jurídica se presenta como central la tensión entre la aplicación del sistema conflictual del foro o del otro ordenamiento en presencia, para solucionar tal cuestión previa. Este planteamiento olvida que el procedimiento de reglamentación aplicable puede no ser el conflictual, sino que existan normas de aplicación inmediata o normas materiales que reglamenten directamente la cuestión en el ordenamiento del foro. Esta segunda posibilidad aumenta a medida que desciende el grado de internacionalización y cuando se trata de sectores cuyas normas son las de nacionalidad. Así ha sucedido en el célebre ejemplo del artículo 27 del *Code de la nationalité française*, a tenor del cual

«La filiation ne produit effet en matière d'attribution de la nationalité que si elle est établie dans les conditions déterminées par la loi civile française» (61).

(60) Para una exposición reciente sobre el problema de los métodos, cfr. H. BATIFFOL: "Le pluralisme des méthodes en Droit International Privé", en *R.C.A.D.I.*, núm. 139 (1973-II), págs. 75 y ss.

(61) FRANCESKAKIS ("Les question préalables de statut personnel...", *op. cit.*, págs. 466 a 497 para la problemática global del mismo). Conviene

Esta norma, ya derogada, nos sugiere una reflexión que merece ser considerada. En la medida en que cuestión previa y cuestión principal vengan constituidas por una relación jurídica privada internacional, es decir, que nos hallemos ante el grado máximo de internacionalización, existirá una mayor atracción por la utilización del método conflictual. Pero cuando la cuestión principal encuentre su regulación en el ordenamiento del foro, y le sean aplicables normas de derecho público, la correlación de fuerzas puede ser favorable entonces a la utilización de normas de aplicación inmediata o necesaria, o a la aplicación de normas materiales. En esta hipótesis, la cuestión previa no se plantearía en cuanto tal, puesto que no se originaría duda alguna respecto a la ley aplicable. De ello se deduce que en aquellos sectores reglamentados preferentemente por el método de las normas materiales o de aplicación necesaria, existe una posibilidad inversamente proporcional de que surjan supuestos de cuestión previa. No obstante, dicha situación no es normal en el Derecho de nacionalidad, puesto que la cuestión preliminar suele estar vinculada a problemas comprendidos dentro del estatuto personal, es decir, propicios a ser resueltos mediante el procedimiento de atribución.

9. Ante un supuesto de cuestión previa en el Derecho de la nacionalidad caben tres posibilidades de solución: que se haya elaborado por vía jurisprudencial una técnica concreta; que existan normas específicas que reglamenten directamente el caso; finalmente, que se hagan intervenir las reglas generales de Derecho internacional privado del foro. La primera posibilidad no es usual ni en la jurisprudencia española ni en la extranjera, puesto que como dijera Nygh (62) «the incidental or preliminary question is a problem which has agitated law professors for years though judges have remained blissfully unaware of its existence. Yet it does exist». Por lo que se refiere a la segunda hipótesis, Lagarde (63) pone de relieve cómo en la legislación francesa los artículos 311-14 y 311-18 del Código civil, reformados por ley de 3 de enero de 1972, sitúan bajo el imperio de la regla general de conflicto de leyes la solución de la cuestión previa de filiación, a los fines de la adquisición de la nacionalidad francesa. Un papel simi-

recordar que este artículo 27, así como otros del *Code* de la nacionalidad, han sido modificados recientemente por la ley núm. 73-42, de 9 de enero (vid. el nuevo texto en *Revue Critique*, 1973, núm. 1, págs. 160 a 179. Sobre esta ley, vid. P. LAGARDE: "La rénovation du Code de la nationalité par la loi du 9 janvier 1973", en *Revue Critique*, 1973, núm. 3, págs. 431 a 469). Sobre el antiguo art. 27 y su problemática respecto a la cuestión previa es imprescindible la consulta de la obra de P. PICONE: *Norme di conflitto speciali...*, op. cit.

(62) *Conflict of Laws in Australia*, 2.^a ed., Sydney-Melbourne-Brisbane, 1971, pág. 276. En esta obra pueden verse distintos supuestos de cuestión previa, que coinciden con la orientación expresada por MORRIS, casos como *Haque c. Haque*, *Schwebel c. Hungar*, etc.

(63) Cfr. *La nationalité française*, op. cit., págs. 54 a 56.

lar, aunque de signo contrario, cumplía el antiguo artículo 27 del *Code de la nationalité*. La tercera posibilidad ofrece situaciones diversas en los distintos sistemas nacionales. Nosotros hemos intentado más arriba (64) un ensayo de interpretación en el Derecho español, pero a un nivel puramente especulativo.

Cuando ninguna de estas tres vías proporciona soluciones adecuadas, la doctrina puede desempeñar una función impulsora en la utilización de esta técnica. En este sentido, resulta encomiable el esfuerzo de algunos autores por analizar los supuestos jurisprudenciales a los fines de indicar los casos en que, existiendo cuestión previa, el tribunal no lo haya apreciado. En este campo, son destacables en España los trabajos de Pecourt García (65). Nos parece de interés suscitar ahora lo que a juicio de este autor constituye una cuestión de nacionalidad, previa a un conflicto de leyes, en la *sentencia del Tribunal Supremo de 27 de mayo de 1968*. Afirma Pecourt García que «la utilización del criterio de la nacionalidad como punto de conexión determinante de la ley aplicable a determinadas categorías de situaciones plurinacionales, puede dar lugar, en la solución concreta de éstas, a cuestiones preliminares consistente precisamente en la puntualización o concreción de dicho punto de conexión», suscitándose entonces el problema «por presentarse en la persona interesada una pluralidad de nacionalidades, que pueden ser la del foro y otra u otras extranjeras, o bien simplemente extranjeras» (66).

Sin embargo, no creemos que se trate de un supuesto de cuestión previa. El problema que plantea la citada *sentencia del Tribunal Supremo de 27 de mayo de 1968* no es de una relación privada internacional que condicione la adquisición o pérdida de la nacionalidad española o de otra nacionalidad distinta. Por el contrario, se trata de una cuestión más simple: cuando una norma de conflicto utiliza la nacionalidad como conexión, puede surgir la cuestión de hecho de precisar o determinar dicha conexión en los supuestos en los que una persona carezca de ella o posea dos o más distintas. Se ha dicho que el domicilio o la residencia habitual presentan ventajas sobre la nacionalidad a la hora de su precisión. Pues bien, aquí nos hallamos ante la necesidad de determinar la nacionalidad de una persona, con el objeto de aplicar la nor-

(64) *Supra*, apartado núm. 4.

(65) El profesor PECOURT GARCÍA ha visto varios supuestos de cuestión previa en la jurisprudencia española como, por ejemplo, las *sentencias del Tribunal Supremo de 10 de octubre de 1960, 29 de septiembre de 1961, 27 de febrero de 1964, 4 de junio de 1964, 14 de diciembre de 1967 y 27 de mayo de 1968* (cfr. *Derecho internacional privado español, op. cit.*, págs. 43 y ss., 78 y ss., 219 y ss., 240 y ss., 340 y ss. y 379 y ss., respectivamente). También GONZÁLEZ CAMPOS ha sugerido la utilización de esta técnica en su comentario a la *sentencia del Tribunal Supremo de 5 de abril de 1966* (cfr. *R.E.D.I.*, 1967, págs. 310 a 312).

(66) *Derecho internacional privado español, op. cit.*, págs. 379 y ss., especialmente las págs. 383 a 387.

ma de conflicto (67), aspecto que ha encontrado solución específica en el actual artículo 9 del Código civil, en sus párrafos 9 y 10 (68).

III. LA CUESTIÓN PREVIA EN EL DERECHO ESPAÑOL DE LA NACIONALIDAD

10. La referencia al Derecho español de la nacionalidad se concretará preferentemente en el hoy vigente, es decir, en la redacción actual de los artículos 17 a 26 del Código civil. No obstante, en ocasiones será imprescindible hacer referencias a situaciones ya superadas a nivel legislativo (69).

La cuestión previa en el Derecho español de la nacionalidad, constituye una expresión que alude a situaciones jurídicas complejas y dependientes, relativas a la adquisición, pérdida o recupe-

(67) Así lo ha entendido la profesora Elisa PÉREZ VERA ("Un caso reciente de Derecho internacional privado: la sucesión de un argentino domiciliado en España. Nota sobre la sentencia del Tribunal Supremo de 27 de mayo de 1968", en *R.E.D.I.*, 1969, págs. 561 y ss.). Sobre los problemas de la nacionalidad como conexión, en casos de acumulación o ausencia de nacionalidad, vid. MIAJA DE LA MUELA: *Derecho Internacional Privado*, vol. II, *op. cit.*, págs. 93 y ss.

(68) Art. 9, 9 del Código civil: "A los efectos de este capítulo, respecto de las situaciones de doble nacionalidad previstas en las leyes españolas se estará a lo que determinen los tratados internacionales, y, si nada estableciesen, será preferida la nacionalidad coincidente con la última residencia habitual y, en su defecto la última adquirida.

Prevalecerá en todo caso la nacionalidad española del que ostente además otras no previstas en nuestras leyes o en los tratados internacionales. Si ostentare dos o más nacionalidades y ninguna de ellas fuera la española se estará a lo que establece el apartado siguiente".

Art. 9, 10 del Código civil. "Se considerará como ley personal de los que carecieren de nacionalidad o la tuvieren indeterminada, la ley del lu-

(69) Los artículos 17, 18 y 26 del Código civil se hallan redactados gar de su residencia habitual".

conforme a la ley de 15 de julio de 1954, mientras que los artículos 19, 20, 21, 22, 23, 24 y 25 están redactados conforme a la ley de 2 de mayo de 1975. Sin embargo, es obligado referirse a la redacción del artículo 21 del Código civil, con arreglo a la ley de 15 de julio de 1954.

Sobre la reciente reforma de 1975, vid. FERRER SANCHÍS, P. A.: "Aspectos nuevos en la nacionalidad y el estatuto personal en el Derecho Internacional Privado español", en *Temis*, 1973-74, núm. 33-36, págs. 701 a 709; GONZÁLBEL GINER, M.^a A.: "La nacionalidad de la mujer casada en el Derecho español (A propósito de la reforma proyectada)", en *Anuario de Derecho Internacional*, 1974, págs. 292 a 307; LUCES GIL, F.: "Análisis de las modificaciones introducidas en el régimen de la nacionalidad española por la ley de 2 de mayo de 1975", en *R.G.L.J.*, agosto 1975, páginas 101 a 134; MARÍN LÓPEZ, A.: "La nacionalidad de la mujer casada en Derecho español", en *R.E.D.I.*, 1976, págs. 397 a 417; PERE RALUY: "Las nuevas normas sobre nacionalidad", en *Pretor*, 1975, págs. 711 a 752.

Para la actual comprensión e interpretación del nuevo texto legal, resulta inexcusable la lectura de la *Circular de la D.G.R.N. de 22 de mayo de 1975* (B. O. E. de 24 de mayo del mismo año).

ración de la nacionalidad española, cuando estas posibilidades dependan de una situación previa de estatuto personal. En este orden de ideas, cabe distinguir las siguientes:

a) La *mayoría de edad* y la *emancipación* pueden constituir una cuestión previa, esto es, condicionante de la adquisición por opción (artículo 18 del Código civil) y de la adquisición por carta de naturaleza nuestra nacionalidad (artículo 19 del mismo cuerpo legal). Igualmente, pueden constituir una cuestión previa de la pérdida de la nacionalidad española por adquisición de otra (artículo 22 del Código civil).

b) El *matrimonio* puede considerarse como cuestión previa respecto a la adquisición de la nacionalidad española, ya que en los términos de la antigua redacción del artículo 21 del Código civil, se vinculaba a la celebración del mismo, al igual que sucede en el actual artículo 21 del Código civil *in fine*, respecto a la adquisición por opción de nuestra nacionalidad. En pura hipótesis, también cabe preguntarse acerca de si la declaración de nulidad del matrimonio o una decisión extranjera de divorcio, pueden afectar a la conservación o pérdida de la nacionalidad española.

c) La *filiación* constituye un sector de problemas en el que la cuestión previa opera con mayor frecuencia, incluso pueden plantearse cuestiones previas de segundo grado o con carácter sucesivo, es decir, situaciones en las cuales la solución de una cuestión previa exige solucionar primero una cuestión previa anterior. Así sucede, por ejemplo, con la cuestión previa sobre la descendencia legítima, que presupone la cuestión previa anterior de la existencia del matrimonio. En este sentido, la conexión entre filiación y matrimonio es evidente. En la filiación legítima podría plantearse como cuestión principal la pérdida de la nacionalidad española adquirida *iure sanguinis*, constituyendo la cuestión previa la declaración de nulidad del matrimonio que hacía legítima la filiación. En segundo término, la filiación ilegítima no reconocida ni reconocible puede plantear la adquisición de la nacionalidad española como cuestión principal, mientras que la cuestión previa sería la determinación de los efectos de esta clase de filiación. El mismo planteamiento podría extenderse, en tercer lugar, respecto a la filiación natural reconocida. Por otra parte, la filiación legitimada se sitúa en el plano de la adquisición de la nacionalidad española para los legitimados (sería la cuestión principal), mientras que la cuestión previa se vincularía bien a la celebración válida del matrimonio, bien al reconocimiento del progenitor. Como puede observarse, en todos estos casos surge una duda razonable respecto a la ley aplicable a la cuestión previa. Por último, la adopción juega un papel parecido respecto a la adquisición de la nacionalidad española, como cuestión principal. La cuestión previa se refiere entonces a determinar la ley aplicable para regir los efectos de la adopción.

Por lo que se refiere a la doctrina española en materia de De-

recho de la nacionalidad, no existe un planteamiento explícito de este núcleo de cuestiones en nuestros autores. En algunos casos, el planteamiento se ignora de modo absoluto (70). En otros supuestos, por el contrario, existen claras alusiones a este tipo de problemas. Así sucede en la obra de Hererro Rubio (71) respecto a la ley aplicable a la mayoría de edad; en la de Miaja de la Muela (72) en relación a la filiación, adopción, matrimonio, etc.; en la de De Castro (73) en materia de filiación; y, finalmente, en la de Pere Raluy (74) que alude a los problemas derivados de la filiación legítima, natural, legitimada, y a la ley aplicable a estas situaciones. En todos estos casos se pone de relieve la relación de dependencia que puede presentar la adquisición, conservación o pérdida de la nacionalidad española, respecto a situaciones conexas de *status civil* (75).

11. La *mayoría de edad* y la *emancipación*. La reforma operada en el Derecho español de la nacionalidad por ley de 2 de mayo de 1975, favorece nuestro trabajo en la doble dimensión de su actualidad y de su oportunidad. Sin embargo, dicha reforma no ha afectado a dos posibles supuestos de cuestión previa, localizados en los artículos 18 y 19 de nuestro Código civil. Conforme al primero de los preceptos citados, se establece en sus párrafos 1.º y 2.º dos posibilidades de adquisición de la nacionalidad española «a virtud de opción», para las que son necesarias «la declaración de opción, dentro del año siguiente a su mayor edad o emancipación». Por su parte, en el artículo 19 se contempla el supuesto de adquisición de la nacionalidad española mediante la «obtención de carta de naturaleza», que otorga discrecionalmente el Jefe del Estado. Pues bien, para esta hipótesis se exige «tener veintiún años cumplidos o dieciocho y hallarse emancipado».

Ya había dicho Francescakis (76) que pueden presentar «una question préalable de statut personnel les lois sur la nationalité

(70) Cfr. LOZANO SERRALTA, M.: "Nacionalidad. Resumen de la doctrina de la Dirección General de los Registros", en *R.E.D.I.*, 1950, páginas 895 y ss.

(71) Cfr. *Derecho Internacional Privado*, vol. I, op. cit., pág. 124.

(72) Cfr. *Derecho Internacional Privado*, vol. II, op. cit., págs. 27 y ss.

(73) Cfr. *Derecho Civil de España*, op. cit., pág. 399.

(74) Cfr. *Derecho del Registro Civil*. Madrid, 1962, vol. I, págs. 459 a 461.

(75) En términos generales, pueden consultarse los siguientes trabajos en esta materia, W. WENGLER: "La legittimità dei figli nati da un matrimonio claudicante celebrato in Germania da cittadini greci", op. cit.; A. COMBA: "Status familiari e cittadinanza italiana", en *Diritto Internazionale*, 1966, págs. 175 a 189; R. BOULBES: "L'attribution de la nationalité française par filiation, dans le cas où existe un conflit de paternité aggravé par un conflit de lois", en *Mélanges offerts à Jacques Maury*, tomo I, París, 1960, págs. 75 a 112; J. FOYER: *Filiation illégitime et changement de la loi applicable*. París, 1964; M. SIMON DE PITRE y J. FOYER: *Le nouveau droit international privé de la filiation*. París 1973.

(76) "Les questions préalables de statut...", op. cit., pág. 482.

qui fixent, aux fins de leur application et spécialement en ce qui concerne la naturalisation, un âge de majorité spécial, que celui-ci coïncide, du reste, ou non avec le propre droit interne du for». El tema tiene importancia y adquiere una mayor complejidad si pensamos que la determinación de la mayoría de edad civil por parte de los Estados, podría presentar un componente de orden público, especialmente cuando se trata de extranjeros que pretenden adquirir la nacionalidad del Estado en cuestión.

Si volvemos al problema planteado por los artículos 18 y 19 de nuestro Código civil, cabe señalar que se pueden distinguir dos situaciones distintas: la mayoría de edad (77) y la emancipación de personas que hayan cumplido los dieciocho años. A los fines de nuestro trabajo, la cuestión principal coincidiría con la adquisición de la nacionalidad española, mientras que la cuestión previa se hallaría vinculada a la emancipación cualificada por la edad de dieciocho años. Como pusiera de relieve Makarov (78) «conformément à la règle fondamentale sur le droit applicable pour trancher une question de nationalité, les tribunaux ont à appliquer la loi nationale du juge saisi du différend, c'est-à-dire la *lex fori*, ou bien une loi étrangère compétente».

El problema había sido puesto de relieve por Herrero Rubio (79), al afirmar que «se ha discutido si la mayoría de edad había de regirse por la ley de la nacionalidad del optante, o por la ley del país por cuya nacionalidad opta. La Dirección General de los Registros entendió que era la ley personal del optante la que debía señalar la mayoría de edad en su *Res. 22 diciembre 1914*. Pero, posteriormente, ha mantenido el criterio contrario, o sea, la aplicación de la ley española, por entender que se trata de una capacidad de derecho público y no de un simple elemento del estado civil (*Res. 16 abril 1945 y 12 enero 1953*)».

En la reciente *Resolución de la D.G.R.N. de 23 de mayo de 1975* (80) se suscitó el problema de un súbdito francés de dieciocho años de edad, que pretendía adquirir la nacionalidad española por residencia, conforme a los términos del artículo 19 del Código civil. La adquisición de nuestra nacionalidad (cuestión princi-

(77) No deja de resultar curioso que mientras en el art. 18 se habla de "mayor edad", lo cual facilitaría la utilización del procedimiento conflictual a la hora de señalar la ley que determine la mayoría de edad, el art. 19 es más restrictivo en su texto, puesto que dice taxativamente "tener veintiún años cumplidos". Lo mismo sucede con el art. 20 del Código civil cuando se dice "extranjeros adoptados durante su menor edad", mientras que en el artículo 22 del Código civil se hace depender la pérdida de la nacionalidad española de "tener veintiún años cumplidos o dieciocho y hallarse emancipado".

(78) "Règles générales du droit de la nationalité", *op. cit.*, pág. 322.

(79) *Derecho Internacional Privado*, vol. I, *op. cit.*, pág. 124. La referencia de Herrero RUBIO hay que entenderla en relación a la redacción originaria del art. 19, anterior incluso a la ley de 15 de julio de 1954, que hablaba todavía de "mayor edad o emancipación".

(80) Vid. el texto en *Aranzadi. Rep. Jurisprudencia*, 1975, núm. 3008.

pal) estaba subordinada a la cuestión previa de la mayoría de edad o de la emancipación y, consiguientemente, de la determinación de la ley aplicable a la solución de la citada cuestión. El cauce argumental utilizado en la Resolución fue el siguiente: a) «cuando el solicitante no tiene veintiún años, se requiere, conforme al artículo 19 del Código civil, que tenga al menos dieciocho años y esté emancipado, es decir, que de acuerdo con la noción española de esta institución, pueda regir por sí su persona y bienes»; b) «que en este supuesto en que el solicitante es mayor de dieciocho años, se cumple también con el requisito de la emancipación, pues con arreglo a la ley aplicable según el Derecho español (cfr. art. 9, núm. 1 del C. c.) en este caso la francesa, el solicitante puede regir su persona y bienes como mayor de edad que es; situación de capacidad que, además, conservará de llegar a adquirir la nacionalidad española (cfr. art. 9, núm. 1, II C. c.)».

La técnica de solución utilizada sugiere las siguientes consideraciones. En primer término, se descarta la existencia de un presunto problema de calificaciones en materia de emancipación, afirmándose que en ambos derechos se coincide respecto a la plena capacidad civil de la persona emancipada. En segundo lugar, no se planteó duda alguna respecto a la utilización operativa del método conflictual a través de la regla existente en el artículo 9, 1.º del nuevo Título Preliminar del Código civil. La solución no es nueva en nuestro Derecho, ni viene impuesta por la regla expresada en el precepto de referencia, puesto que ya se venía entendiendo tradicionalmente que los supuestos de emancipación estaban comprendidos en el estatuto personal y, por ende, sometidos al antiguo artículo 9 que preveía la aplicación de la ley nacional del interesado (81). Conviene destacar, sin embargo, que la presente posibilidad no estaba comprendida en la pluralidad de formas de emancipación recogidas en nuestro Derecho. En último término, notamos una argumentación un tanto forzada cuando se dice que siendo el solicitante mayor de dieciocho años se cumple el requisito de la emancipación, puesto que puede «regir su persona y bienes como mayor de edad que es». En buena lógica jurídica no es enteramente correcta la afirmación circular de que una persona está emancipada porque es mayor de edad, y de que es mayor de edad porque está emancipada.

Lo que sucede es que existe un obstáculo importante en la propia redacción del artículo 19 del Código civil, cuando exige «tener veintiún años cumplidos». En realidad, esta regla material especial presenta mayores problemas que la fórmula del artículo 18 del mismo cuerpo legal, en que se habla de «mayor edad». Si el supuesto estudiado cayera en el ámbito de regulación de este

(81) Cfr. GONZÁLEZ CAMPOS, en la obra de AGUILAR NAVARRO: *Derecho Civil Internacional*. Madrid, 1975, págs. 127 a 131. La doctrina a que hacemos referencia había sido utilizada reiteradamente tras las *Resoluciones de la D.G.N.R. de 8 de junio de 1916 y de 9 de enero de 1930*.

último precepto, no habría mayores dificultades para determinar la mayoría de edad conforme a la ley nacional de la persona interesada, pero la exigencia del artículo 19 suscita mayores dudas, aparentemente ocultas pero presentes en los términos de la Resolución. Esta diversidad terminológica se extiende asimismo a los artículos 20 y 22 de nuestro Código civil (82), lo que sugiere una confusa política legislativa en la materia y una dudosa técnica de reglamentación, ya que las distintas expresiones empleadas no se justifican en sí mismas.

Como ha dicho González Campos (83), «el art. 19, 2.º del C. c. resuelve una *cuestión previa del Derecho de la nacionalidad*, mediante una norma material, directa, al establecer que el que pretenda adquirir la nacionalidad española habrá de tener veintiún años cumplidos; límite que es el de la mayoría de edad para los españoles, según el art. 320». Así, pues, no cabe duda de que la cuestión previa de la mayoría de edad para la adquisición de la nacionalidad española está, en principio, resuelta de modo expreso en nuestro ordenamiento. El hecho de que la redacción del artículo 19, 2.º del Código civil por la ley de 2 de mayo de 1975, no haya tenido en cuenta el texto del artículo 9, 1.º *in fine*, a tenor del cual «el cambio de la ley personal no afectará a la mayoría de edad adquirida de conformidad con la ley personal anterior», parece demostrar que esta última norma se refiere expresamente a la solución de un hipotético conflicto móvil. En suma, la alusión a los veintiún años impide utilizar el método conflictual respecto a la mayor edad, en beneficio de las normas materiales de Derecho internacional privado español.

Mayores dudas suscita la fórmula empleada en el mismo precepto legal cuando se habla de «dieciocho (años) y hallarse emancipado», como condición para la adquisición de la nacionalidad española. Se trata en apariencia de una norma compleja, en la que se superponen criterios materiales y conflictuales, puesto que se utiliza una conexión acumulativa. En efecto, se alude inicialmente a una cuestión de hecho a la que se da una solución material (tener dieciocho años), para pasar luego a exigir la emancipación de la persona interesada. Importa destacar que, por lo que se refiere a las hipótesis de emancipación, no cabe duda de que «deberá prevalecer la aplicación de la ley del menor, en cuanto a su capacidad, representación legal y facultades del representante» (84). En otros términos, para determinar si la persona extranjera que desea adquirir nuestra nacionalidad está o no emancipada, habrá de utilizar el conflicto de leyes. La extraña norma es, pues, material y conflictual a un mismo tiempo. Pero las dificultades no terminan aquí, puesto que existen sistemas naciona-

(82) Cfr. lo dicho *supra*, nota 77.

(83) En la obra de AGUILAR NAVARRO: *Derecho Civil Internacional*, *op. cit.*, págs. 126 y 127.

(84) *Resolución de la D.G.R.N. de 14 de julio de 1965.*

les en los cuales la emancipación es una institución desconocida o bien puede obtenerse antes de los dieciocho años (85). La consecuencia lógica es que tales casos pueden restar operatividad al método conflictual.

Volviendo a la *Resolución de la D. G. R. N. de 23 de mayo de 1975*, el supuesto de hecho planteado hacía saltar las previsiones del artículo 19, 2.º del Código civil, ya que el extranjero que pretendía adquirir la nacionalidad española ni tenía veintiún años cumplidos, ni estaba emancipado en los términos exigidos por el citado texto legal. Muy por el contrario, la Resolución se ve obligada a utilizar el método conflictual para obtener una respuesta satisfactoria, método que juega un papel residual en la letra del artículo 19, 2.º del Código civil. Al mismo tiempo, la exigencia material de los veintiuno y dieciocho años respectivamente, involucra un problema de coordinación respecto a los sistemas jurídicos nacionales que señalan edades diferentes para la mayoría de edad o para la emancipación, es decir, para entrar en posesión de la capacidad civil plena. En este orden de ideas, nos parece que la redacción originaria del artículo 19 resolvía mejor las posibles cuestiones previas en esta materia, puesto que al referirse a la «mayor edad o emancipación» (86), se abría camino franco al sistema conflictual español. En conclusión —y dejando a un lado esta sugerencia de *lege ferenda*— la solución de la cuestión previa de la mayoría de edad respecto de la adquisición de la nacionalidad española por carta de naturaleza o por residencia, encuentra respuesta en la norma material del artículo 19, 2.º del Código civil. Idéntico supuesto de cuestión previa surge respecto de la emancipación, solucionándose por la misma norma material citada cuando el extranjero tenga la edad de dieciocho años y esté emancipado conforme a su ley personal, aunque quepa acudir eventualmente a la norma de conflicto española del artículo 9, 1.º del Código civil —como ha hecho la *Resolución de 23 de mayo de 1975*— cuando no se dé tal coincidencia (87).

(85) En este sentido, VON OVERBECK (en *International Encyclopedia of Comparative Law*, vol. III, Chapter 15: "Persons", pág. 15-33) afirma que "english law does not know emancipation". Por su parte, STOLJAR (en *International Encyclopedia of Comparative Law*, vol. IV, Chapter 7: "Children, Parents and Guardians", pág. 7-151 y 7-156) pone de relieve que en el sistema francés anterior a la ley de 14 de diciembre de 1964, la edad mínima en que una persona podía emanciparse era de quince años.

(86) Las normas materiales de los "veintiún años cumplidos o dieciocho y hallarse emancipado", aparecen en la redacción de la ley de 15 de julio de 1954 y se mantuvieron en la de 2 de mayo de 1975. Podría argumentarse que la norma de conflicto podría chocar con una interpretación similar a la de las *Resoluciones de 16 de abril de 1945 y de 12 de enero de 1953*, en el sentido de aplicar la ley española por considerarla como una capacidad de derecho público y no como elemento de estado civil. Sin embargo, creemos inviable esta interpretación tras la regla del art. 9. 1 *in fine* del Código civil.

(87) Este mismo tipo de cuestiones han sido abordadas por PECOURT

La misma problemática de cuestión previa y parecido planteamiento suscita el artículo 22 del Código civil respecto a los supuestos de pérdida de la nacionalidad española, como consecuencia de la adquisición voluntaria de otra nacionalidad distinta, puesto que para ello «se requiere tener veintiún años cumplidos o dieciocho y hallarse emancipado». En nuestra opinión, la única diferencia estriba en que ambas normas materiales operan absolutamente, ya que en este caso la persona tiene aún nacionalidad española y no presenta problemas respecto a la ley aplicable.

12. El *matrimonio*. La anterior situación legislativa vigente en nuestro país (88), determinaba que la extranjera que contrajera matrimonio con un español adquiriría la nacionalidad española. Ahora bien, se contemplaba legalmente la posibilidad de pérdida o permanencia de la nacionalidad española, como consecuencia de la declaración de nulidad del matrimonio. Si la cuestión principal radicaba en la pérdida de la nacionalidad española, la cuestión previa consistía en los efectos de tal declaración de nulidad. Se presenta entonces el problema de utilizar correctamente el método conflictual, preguntándonos cuál es la ley aplicable a los efectos de la nulidad, o bien aplicar directamente el derecho material español a dicha cuestión previa. Se optó en nuestro sistema por la aplicación de la ley civil española, puesto que en el último párrafo del antiguo artículo 21 del Código civil se hacía una remisión al régimen del matrimonio putativo, instalado en el artículo 69 del mismo cuerpo legal (89).

GARCÍA en su *Nota a la Resolución de la D.G.R.N. de 26 de febrero de 1972*, en *Anuario de Derecho Internacional*, 1974, págs. 493 y 494, relativa a la emancipación de un marroquí con dieciocho años cumplidos, afirmando que “son previsibles cuatro hipótesis: a) que el interesado tenga menos de dieciocho años y esté válidamente emancipado según su ley personal. En este caso no cabrá, a pesar de todo, formular la solicitud de naturalización, ya que queda claro que es preciso “tener dieciocho”; b) que haya cumplido esos años pero no se halle válidamente emancipado según su ley personal. Tampoco en este supuesto podrá solicitar la naturalización, ya que, como explícitamente puntualiza la Resolución comentada, “no basta en la emancipación de un extranjero cumplir con la ley interna española, si la ley extranjera no aparece cumplida en cuanto sea competente. 3.º (sic) que tenga dieciocho años y esté emancipado de acuerdo con su ley personal. Si estará capacitado, en este caso, el interesado para pedir su naturalización; y 4.º) que haya cumplido veintiún. Bastará entonces el tener esta edad para que, asimismo, se encuentre con la capacidad suficiente para realizar una solicitud en tal sentido, sin que, por lo que se refiere a esta última hipótesis, entre en juego su ley personal”. El planteamiento de PECOURT es ligeramente distinto, puesto que no plantea el supuesto desde el ángulo de la cuestión previa.

(88) Artículo 21 del Código civil, redactado conforme a la ley de 15 de julio de 1954.

(89) Art. 21, pfo. 2.º: “A los efectos de la nacionalidad, la declaración de nulidad del matrimonio queda sujeto al régimen del art. 69”.

Art. 69: “El matrimonio contraído de buena fe de parte de uno sólo de los cónyuges, surte únicamente efectos civiles respecto de él y de los hijos.

La buena fé se presume, si no consta lo contrario.

En todo caso, la situación anterior ya ha sido superada en el derecho español de la nacionalidad, puesto que en la actual redacción del artículo 21, 1.º del Código civil se dispone que «el matrimonio por sí solo no modifica la nacionalidad de los cónyuges ni limita o condiciona su adquisición, pérdida o recuperación, por cualquiera de ellos con independencia del otro». Así, pues, la regulación legal hoy vigente no propicia la posibilidad de que aparezcan cuestiones previas como la descrita anteriormente. Ello significa, a nuestro juicio, un avance civilizador respecto a la situación anterior, puesto que se rompe el esquema rígido del principio de unidad familiar imperante en nuestro sistema (90). De esta forma, se verifica un acercamiento del Derecho español a los principios que informaron el *Convenio de las Naciones Unidas sobre nacionalidad de la mujer casada*, de 20 de febrero de 1957, ya que como se pone de relieve en la propia Exposición de Motivos de la Ley de 2 de mayo de 1975, el «principio de unidad familiar pudo tener un fundamento social, en momentos históricos en que las comunidades nacionales eran compartimentos muy replegados sobre sí y poco comunicados», constituyendo la familia «un exponente de la rígida unidad nacional». Por el contrario, hoy «no se ve razón suficiente para que una misma familia no pueda estar compuesta por personas de diferentes nacionalidades». Esta solución, a buen seguro, no será del agrado de Alegre González, quien refiriéndose justamente a esta posibilidad afirmaba que «no se ventila en esta materia la aplicación de simples normas técnicas, de carácter asepticamente científico; tras ellas se esconde toda una concepción de la vida y de la familia, de las que, afortunadamente, estamos aún muy lejos» (91). Pues bien, ese momento lejano ha llegado ya.

No insistimos más en esta posibilidad de cuestión previa por razón de matrimonio respecto a la nacionalidad de la mujer casada, puesto que en España ya contamos con una legislación superadora de dicha fase. Por otra parte, esta situación encuentra correspondencia con la tendencia general a nivel de los distintos sistemas nacionales, como ha sido puesto de relieve en una importante obra sobre el tema, en la que se manifiesta el declinar

Si hubiere intervenido mala fe por parte de ambos cónyuges, el matrimonio sólo surtirá efectos civiles respecto de los hijos”.

Sobre el problema del matrimonio putativo en el Derecho internacional privado español, vid. el trabajo de GONZÁLEZ CAMPOS, en la obra de AGUILAR NAVARRO: *Derecho civil Internacional*, op. cit., págs. 318 a 323.

Acerca de la solución del Derecho español a esta especie de cuestión previa, cfr. FRANCESCAKIS: “Les questions préalables de statut...”, op. cit., pág. 485, que destaca la aplicación de la ley civil interna española para la solución de este tipo de problemas.

(90) Sobre este tema, vid. ALEGRE GONZÁLEZ, J.: “El principio de unidad del derecho de familia y sus excepciones en Derecho internacional privado español”, en *Estudios de Derecho Internacional Público y Privado* (Homenaje al Prof. Luis Sela y Sampil), vol. II, Oviedo, 1970, páginas 905 a 915.

(91) “El principio de unidad del derecho de...”, op. cit., pág. 915.

del sistema unitario, junto al crecimiento del sistema dualista (92). En otros términos, asistimos en la hora actual a una aceptación común de que el matrimonio no conlleva necesariamente un cambio en la nacionalidad de la mujer (93).

En nuestro sistema solamente existe una posibilidad residual en el último párrafo del artículo 20 del Código civil, a tenor del cual «el cónyuge extranjero podrá adquirir la nacionalidad española por razón de matrimonio si expresamente optare por ella». Como este precepto presupone la existencia previa del matrimonio, toda cuestión que afecte a su validez o nulidad actúa como condicionante de la adquisición de la nacionalidad española. Ante la ausencia de referencia alguna a este tipo de cuestiones previas y a su posible solución, resulta imprescindible acudir a las normas españolas de Derecho internacional privado en esta materia. Por lo que se refiere a la nulidad, la ley rectora de sus efectos será la misma que determina los presupuestos de validez de la unión, entendiendo aplicable a este supuesto el régimen del matrimonio putativo; respecto a la validez del matrimonio, es preciso distinguir entre matrimonio confesional y no confesional, ya que en el primer caso existen normas de aplicación necesaria en nuestro

(92) Cfr. Bernard DUTOIT y otros: *La nationalité de la femme mariée*. Vol. I (Europa). Ginebra, 1973, págs. 6 a 11, especialmente. Esta afirmación no es extensible únicamente a Europa, sino que cuenta a su favor con la práctica legislativa más importante y numerosa en el continente africano, como se pone de relieve en la obra recientemente publicada por los mismos autores: *La nationalité de la femme mariée*. vol. II (Africa). Ginebra, 1976, págs. 5 a 10.

(93) En cualquier caso, es preciso poner de relieve que la tendencia legislativa española había sido dulcificada progresivamente en esta materia, como puso de relieve, entre otras, la reciente *sentencia del T. S. (Sala 1.ª) de 13 de febrero de 1974 (Aranzadi. Rep. Jurisprudencia, 1974, núm. 491)*. Vid. la Nota a esta sentencia de AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO, en *R.E.D.I.*, 1976, págs. 517 a 521), ya que de la primitiva redacción del art. 22 del C. c. en la cual "la mujer casada sigue la condición y nacionalidad de su marido", se pasó en la fórmula del art. 23, 3.ª, tras la ley de 15 de julio de 1954 a que la española sólo perdía nuestra nacionalidad por matrimonio "si adquiere la nacionalidad de su marido".

En cualquier caso, y por razones obvias, hemos simplificado aquí el problema, tanto en su tratamiento convencional, como en su propio desarrollo en nuestra historia legislativa, para lo que remitimos a los trabajos de GONZÁLEZ GINER (op. cit., págs. 292 a 307), de MARÍN LÓPEZ ("La nacionalidad de la mujer casada en Derecho español", op. cit., págs. 397 y ss.) y al apunte que hace PECOURT GARCÍA en la Nota a la *Resolución de la D.G.R.N. de 29 de febrero de 1972, en Anuario de Derecho Internacional, 1974, págs. 494 y 495*.

En la situación anterior, apuntaba PERE RALUY (*Derecho del Registro Civil*. Vol. II. Madrid, 1962, pág. 582) respecto al matrimonio putativo que "el legislador ha ido, en esta materia, más allá de lo debido, pues no se concibe la conveniencia de atribuir efectos, en materia tan delicada como es la de la nacionalidad, a un enlace inválido sin que quepa aquí invocar el principio de unidad nacional familiar, pues precisamente la nulidad del matrimonio rompe el vínculo familiar —o mejor, hace desaparecer la apariencia de vínculo creado—".

Derecho, como advierte González Campos (94). Ante supuestos de matrimonios no confesionales, los requisitos de forma se determinan recurriendo a la *lex loci celebrationis* o a la ley personal (en caso de matrimonios consulares), mientras que los requisitos de fondo vienen solucionados por la vía de la ley nacional de los contrayentes, que es que la estima el artículo 9, 1.º del Código civil (95).

13. La *filiación*. Por lo que se refiere a la filiación como presupuesto necesario para la adquisición de la nacionalidad española, cabe señalar que todo este sector del Derecho civil internacional está caracterizado por constituir un campo especialmente sensible a los problemas generales de nuestra disciplina: cuestión previa, calificaciones, orden público, etc. (96). Es más, algún autor

(94) En la obra de AGUILAR NAVARRO: *Derecho Civil Internacional*, *op. cit.*, págs. 317 a 323 respecto a la nulidad, y págs. 297 a 312 por lo que se refiere a la validez.

(95) Cfr. en este sentido GONZÁLEZ CAMPOS, J. D.: "Nota a la sentencia de T. S. (Sala 1.ª) de 5 de abril de 1966", *op. cit.*, págs. 305 a 320; PASTOR RIDRUEJO, J. A.: "Nota a la sentencia del T. S. (Sala 1.ª) de 5 de julio de 1965", en *R.E.D.I.*, 1966, págs. 572 a 577; AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO, M.: "Estatuto personal y Orden Público en el Derecho internacional privado español", en *R.E.D.I.*, 1967, págs. 217 a 246; GONZÁLEZ CAMPOS, en la obra de AGUILAR NAVARRO: *Derecho Civil Internacional*, *op. cit.*, págs. 291 y ss.; NAVARRO VALLS: *Divorcio, orden público y matrimonio canónico*, Madrid, 1972; MIAJA DE LA MUELA, A.: "Indicios de atenuación del orden público en el Derecho internacional privado español", en *Multitudo Legum Ius Unum. Festschrift für W. Wengler*. Volumen II. Berlín, 1973, págs. 573 y ss.

No obstante, debe tenerse en cuenta la atenuación observada recientemente en la rigidez anterior —que se pone de relieve en algunos de los trabajos citados—, respecto a la validez del matrimonio civil celebrado por españoles solteros con extranjeros divorciados según su estatuto personal, de un matrimonio anterior no canónico. Esta línea doctrinal, que se había iniciado en la conocida *Resolución de la D.G.R.N. de 9 de noviembre de 1971*, se continúa en las *Resoluciones de la D.G.R.N. de 23 de marzo de 1976, de 5 de abril de 1976 y de 24 de agosto de 1976*. (Vid. sus textos respectivos en *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, núm. 1.057, de 25 de abril de 1976, para las dos primeras de este año, y en el núm. 1.071, de 15 de septiembre de 1976, para la última). En efecto, la *Resolución de 23 de marzo de 1976* ha afirmado que "la indisolubilidad del matrimonio es ciertamente básica en la organización de la familia e integrante del orden público español, pero no es una regla absolutamente rígida, pues admite inflexiones", lo que conduce a "distinguir según que el propio matrimonio de la extranjera fuera canónico o civil; pues siendo canónico, una constante jurisprudencia del Tribunal Supremo estima que por razones de orden público el impedimento de ligamen persiste a pesar de haberse decretado el divorcio vincular conforme a la correspondiente ley personal extranjera; y, en cambio, siendo el matrimonio civil, los principios de comunidad jurídica universal y el carácter restrictivo con que debe hacerse uso de la excepción de orden público han obligado, cuando de inscribir un matrimonio ya celebrado en el extranjero se trata, a estimar que ha desaparecido el impedimento de ligamen a consecuencia del divorcio dictado con la correspondiente ley personal, y que, en consecuencia, el nuevo matrimonio es inscribible".

(96) Cfr. AGUILAR NAVARRO: *Derecho Civil Internacional*, *op. cit.*, págs. 416 a 418.

ha señalado acertadamente que en materia de filiación la teoría de la cuestión previa ofrece serias dudas en el momento de su aplicación y presenta contornos poco precisos respecto a la tesis del efecto atenuado del orden público (97). En resumen, interesa retener que en las relaciones de filiación existe una correlación acusada entre los distintos problemas generales antes apuntados y la cuestión previa. Si el componente judicial posee un valor sustancial en todo el Derecho internacional privado, su papel es especialmente relevante en este sector de problemas.

El problema de la cuestión previa en materia de nacionalidad ha encontrado un desarrollo y una atención doctrinal importante, en los casos en que la filiación opera como condicionante de la atribución de una determinada nacionalidad. Concretamente el punto de referencia lo constituía el artículo 27 del *Code de la nationalité française*. No obstante, la desaparición del precepto anterior en la nueva legislación francesa sobre nacionalidad, concede un mayor interés al replanteamiento global del tema.

Cuando en los artículos 17 y siguientes del Código civil habla de «hijos» o de «padres», se presupone la existencia de una relación de filiación. Ahora bien, en nuestro propio Derecho existen varias clases de filiación. Por ejemplo, la filiación legítima se deriva de la existencia previa de un matrimonio válido; es decir, que si la cuestión principal coincide con la adquisición de la nacionalidad española por el criterio del *jure sanguinis*, puede plantearse como cuestión previa la validez del propio matrimonio, en cuanto éste condiciona la legitimidad de la filiación y los posibles efectos que se deduzcan de la misma. El tema puede considerarse abierto en el Derecho español, si tenemos en cuenta la inexistencia de nuestro ordenamiento interno de una norma similar al derogado artículo 27 del *Códe* francés de la nacionalidad. Insistimos, por otra parte, en que no aludimos en este momento a los problemas conexos de calificación en materia de filiación, aspecto que encuentra solución en el marco del artículo 12, 1.º del Código civil.

14. Por lo que se refiere a la *filiación legítima*, la posibilidad de detectar supuestos de cuestión previa, se refiere principalmente a los casos en los que se declara nulo el matrimonio que hacía legítima la filiación. En dicha hipótesis cabría preguntarse si la nacionalidad que poseía el hijo o los hijos habidos, se perdía como consecuencia de la declaración de nulidad. La cuestión principal

(97) Cfr. J. FOYER: *Filiation illégitime et changement de la loi applicable*, op. cit., págs. 255 a 266. Como dice este autor "la distinction entre question principale et question préalable nous semble donc d'une utilisation extrêmement délicate. Sur le plan de la filiation, du moins, elle nous paraît très difficile à mettre en oeuvre. Mais cette critique se situe uniquement sur le plan pratique" (pág. 259).

Sobre el tema de la filiación en el Derecho español, vid. RODRÍGUEZ ABRADOS, A.: "La evolución del Derecho de familia en materia de filiación", en *Ponencias presentadas por el Notariado español a los Congresos internacionales del Notariado Latino*. XIII Congreso. Barcelona, 1975, págs. 533 y ss.

sería entonces la pérdida de la nacionalidad española, y operaría tanto en el ámbito de la atribución *jure sanguinis*, como en la *jure soli*, es decir, en los tres primeros párrafos del artículo 17 de nuestro Código civil. La cuestión previa, obviamente, consistiría en determinar los efectos de la nulidad. La solución de esta última admite un planteamiento doble: aplicar el mecanismo conflictual español, eligiendo la ley rectora de los efectos de la nulidad, o bien indagar la posible existencia de normas materiales en el propio Derecho español que resuelvan directamente la cuestión planteada. No existe duda alguna en nuestra doctrina legal en aplicar el artículo 69 del Código civil, para resolver positivamente la condición de los hijos legítimos de un matrimonio nulo, incluso en materia de nacionalidad (98).

Como ha señalado justamente Makarov (99), nos encontramos en un sector de problemas en el que la solución de una cuestión previa, presupone otra cuestión previa anterior. Así, por ejemplo, la cuestión previa sobre la filiación legítima implica la cuestión previa anterior de la celebración válida del matrimonio de los padres. Tales supuestos son denominados por Makarov cuestiones previas de segundo grado y deben ser solucionadas con la misma técnica aplicable a las cuestiones previas de primer grado. Naturalmente, esta afirmación debe ser matizada en nuestro sistema atendiendo a las peculiaridades del Derecho español en la materia (100), otorgando al supuesto un carácter más teórico que real por la vocación irresistible de nuestro ordenamiento en orden a solucionar los aspectos vinculados con la validez en la celebración de los matrimonios confesionales.

Pere Raluy (101) alude a un supuesto atípico de cuestión previa de la filiación legítima respecto a la pérdida de la nacionalidad española, cuando dice que «tanto en el caso de que el hijo fuera de filiación desconocida, como si tuviera un diferente *status* de filiación y hubiera venido gozando de la española con arreglo al número 4 del artículo 17 C. c., o como consecuencia de filiación española debidamente ostentada, el acto por el que se declare que dicha persona es hija legítima de personas que, con arreglo al artículo 17 C. c., determinen la extranjería del hijo, provocará para éste la pérdida de la nacionalidad que hubiere venido ostentando y ello tanto con referencia a menores como a mayores de edad; la pérdida tendrá carácter retroactivo, si bien no parece que la

(98) Así sucede, por ejemplo, en la *Resolución de la D.G.R.N. de 12 de enero de 1963* y en la *sentencia del Tribunal Supremo de 5 de julio de 1965*. Cfr. AGUILAR NAVARRO: *Derecho Civil Internacional*, op. cit., páginas 423-424.

(99) Cfr. *Allgemeine Lehren des Staatsangehörigkeitsrecht*, op. cit., págs. 240 a 242.

(100) Con arreglo a las *Resoluciones de la D.G.R.N. de 18 de septiembre de 1971, de 23 de marzo de 1976, de 5 de abril de 1976 y de 24 de agosto de 1976, ya citadas en nota 95*.

(101) *Derecho del Registro Civil. Vol. II*, op. cit., pág. 621.

retroacción haya de lesionar los derechos definitivamente adquiridos durante la posesión de la nacionalidad española y al amparo de ésta».

15. Por lo que se refiere a la *filiación no legítima*, como es bien sabido, caben dos posibles situaciones. En primer término, la de *filiación ilegítima que no ha sido reconocida ni es reconocible*, supuesto que puede conducirnos ante una hipótesis de cuestión previa consistente en la determinación de los efectos de esta clase de filiación, operando como condición causal de la cuestión principal, es decir, en la adquisición de la nacionalidad española por la vía del artículo 17 de nuestro Código civil. Para determinar la ley aplicable a la cuestión principal, el elenco de posibilidades queda reducido a las siguientes: ley nacional del padre, de la madre, del hijo o, finalmente, la ley española como *lex fori* (102). La regla de base en nuestro Derecho es la de impedir la legitimación de los hijos adulterinos, incestuosos y sacrílegos, conforme al ordenamiento aplicable según nuestra norma de conflicto (103), como consecuencia de la actuación del orden público. Esta es la solución aceptada en la *sentencia del Tribunal Supremo de 10 de octubre de 1960*, en la que se opone el orden público español a la legitimación de una hija adulterina cubana, conforme a su ley nacional (104). No obstante, este rigorismo inicial ha sido dulcificado posteriormente en la doctrina registral, considerando como hijos naturales los nacidos de padre o madre españoles y solteros, habidos con extranjera o extranjeros divorciados de matrimonio canónico conforme a sus leyes nacionales respectivas (105). Es más, conforme a la *Resolución de la D. G. R. N. de 13 de octubre de 1976* (106) es previsible una utilización menos intensa del orden

(102) Cfr. AGUILAR NAVARRO: *Derecho Civil Internacional*, op. cit., págs. 425 a 427.

(103) Sobre la norma de conflicto española aplicable a estos supuestos, vid. el párrafo siguiente dedicado a la filiación natural reconocida.

(104) Respecto a esta decisión y a la doctrina existente en torno a ella, cfr. *supra* nota 25.

(105) Vid. en este sentido las *Resoluciones de la D.G.R.N. de 23 de abril de 1970* (cfr. AGUILAR NAVARRO: *Derecho Civil Internacional*, op. cit., págs. 427 a 429, y MEDINA ORTEGA, M.: "Divorcio extranjero y filiación natural", en *R.E.D.I.*, 1970, págs. 779 a 786), y de 2 de septiembre de 1976). En el primer caso se trataba de un español soltero y de una alemana (española de origen) divorciada, mientras que el segundo caso se refiere a una española soltera y a un portugués divorciado de matrimonio canónico anterior.

(106) Vid el texto en *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, núm. 1.077, de 15 de noviembre de 1976, págs. 65 a 67. Se trataba del reconocimiento por un argentino casado de una hija adulterina, habida con una española soltera. Aunque la ley argentina de 11 de octubre de 1954 eliminaba las diferencias entre las diversas clases de hijos extramatrimoniales, la Dirección General concedió escasa relevancia a este dato, habida cuenta de que la hija no adquiría la nacionalidad argentina del padre, por lo cual, en los términos del art. 17, 2.º del C. c., adquiriría la nacionalidad española de la madre. En la Resolución se distinguen los problemas de capacidad y reconocimiento que, como resultado del art. 9,

público «cuanto más si se tiene en cuenta que la aludida excepción, por suponer una quiebra en la comunidad jurídica universal, debe aplicarse e interpretarse restrictivamente y de acuerdo también con las ideas sociales imperantes en la actualidad (cf. artículo 3.º-1, Código civil); cuya evolución en sentido favorable a una mayor amplitud de los efectos de la filiación ilegítima es bien patente».

La *filiación natural reconocida*, cuando se trata de reconocimiento voluntario, también puede situarnos ante supuestos de cuestión previa respecto a la adquisición de la nacionalidad española en los términos del artículo 17 de nuestro Código civil. En este caso, se repetirá la cuestión principal (adquisición o pérdida de la nacionalidad española), consistiendo la cuestión previa en la determinación de la capacidad y de los efectos del reconocimiento de filiación natural, lo que podría dar lugar eventualmente a la aplicación del Derecho material español o del derecho extranjero reclamado por nuestra norma de conflicto, para la solución de la mencionada cuestión previa (107). Lo anterior se deriva de que, como se afirma en la *Resolución de la D. G. R. N. de 21 de marzo de 1973* (108), «entre los efectos del reconocimiento, puede afirmarse que el reconocido adquiere la nacionalidad del padre que le reconoce (art. 17 C. c.)».

Pues bien, la *Resolución de la D. G. R. N. de 2 de septiembre de 1976* (109), acaba de expresar en términos muy claros que:

1.º C. c., se someten a la ley española; de otro lado, a las relaciones padre-hijo, se entiende aplicable el art. 9, 4.º C. c. Sucede que al aplicar la ley española, el art. 190 del Reglamento del Registro Civil determina que «sólo constarán en la inscripción las menciones de que se infiera el carácter ilegítimo, no natural, de una filiación, cuando ésta se declare por sentencia en proceso civil», lo que hace innecesario utilizar el orden público.

(107) En este sentido, PERE RALUY (*Derecho del Registro Civil*, volumen II, *op. cit.*, págs 621-622) contempla la hipótesis de reconocimiento de súbdito español por progenitor extranjero y estima que «procede distinguir entre el reconocimiento de menores y el de mayores de edad. Si el reconocimiento se produce respecto de un menor, la nacionalidad de éste será, sin duda alguna, la resultante de aplicar las normas del art. 17 del C. c. a la filiación establecida por el reconocimiento; la pérdida de la nacionalidad se producirá, por tanto, en el caso de reconocimiento por padre, o en su defecto madre, extranjero, de un menor de filiación hasta entonces desconocida, o en el de reconocimiento, por padre extranjero, de un hijo anteriormente reconocido por madre española —si el hijo adquiere la nacionalidad paterna—. No aparece claro si la pérdida de nacionalidad tendrá efecto retroactivo, aunque ello debe estimarse como probable. Más discutible es la cuestión con respecto al reconocimiento de los mayores de edad; sin embargo, ...cabe aventurar la opinión de que, también en estos supuestos, el reconocimiento determinará la pérdida, con efecto retroactivo de la nacionalidad española, sin perjuicio de que dicha nacionalidad pueda ostentarse, pese a ello, por haberse producido algún supuesto posterior...».

(108) Vid. el texto en *Boletín de Información de Ministerio de Justicia*, núm. 946, de 5 de abril de 1973.

(109) Para la referencia exacta de esta Resolución, vid. *supra* nota 105.

«aunque el vigente artículo 9,4 del Código establezca que, en principio, «las relaciones paterno-filiales se regirán por la Ley nacional del padre», este precepto no puede entenderse referido más que a la relación paterno-filial ya constituida, pero no a su constitución, en este caso el reconocimiento de la filiación, al cual habrá de aplicar el régimen de los actos de estado civil, y en consecuencia, regirá la Ley portuguesa para juzgar la capacidad del que reconoce y tiene esta nacionalidad, pero también deberá ser de aplicación la Ley española para determinar la capacidad de la reconocida, su consentimiento y, en su caso, aprobación judicial supletoria, así como el propio concepto de hija natural, como cuestión de estado civil de un español que cae bajo el ámbito de la Ley nacional, por imperativo del principio general contenido en el artículo 9, 1, del Código civil».

En este caso, se considera ya española a la hija por ser nacida en España, de madre española y no seguir la nacionalidad de su padre, exigiendo la aplicación acumulativa de la ley nacional del padre y de la ley española. La idea coincide básicamente con la tesis que había defendido anteriormente Pere Raluy (110). Pero imaginemos que el supuesto se plantea en los términos que siguen: constando únicamente la maternidad y la nacionalidad española de la madre, se concede al hijo la nacionalidad española, conforme a lo dispuesto en el artículo 17, pfo. 2.º del Código civil. Posteriormente, el padre natural reconoce a su hijo como tal y pretende que adquiera su misma nacionalidad. En tal hipótesis, la cuestión principal residiría en la pérdida de la nacionalidad española, mientras que la cuestión previa sería la capacidad, validez y efectos del reconocimiento de filiación natural. Idéntica problemática se plantearía conforme al artículo 17, pfo. 4.º del Código civil, cuando se hubiere atribuido la nacionalidad española a un nacido en España de padres desconocidos. Ante el eventual reconocimiento de filiación natural realizado por un extranjero, ¿cuál sería la ley aplicable a la capacidad y efectos del reconocimiento?, ¿perdería el hijo reconocido la nacionalidad española? A juicio de De Castro (111) «ciertamente será aplicable la ley

(110) *Derecho del Registro Civil*. Vol. I, op. cit., pág. 459. Afirma este autor que «la filiación natural, así en cuanto a los presupuestos para el reconocimiento de la misma como en cuanto a los requisitos de establecimiento de tal vínculo de filiación, se rige por la ley de la persona que reconoce, salvo en cuanto a los requisitos de aprobación judicial y consentimiento del hijo, a los que será aplicable la ley correspondiente al hijo al tiempo del reconocimiento».

(111) *Derecho Civil de España*, op. cit., pág. 399. En la nota 2, alude a la tesis de NIBOYER, quien cree aplicable sólo el Derecho nacional, al tratarse de una «cuestión de Derecho público y hasta de orden político». Este último autor admite, pues, dos filiaciones: una civil y otra para la nacionalidad.

española, pero no parece haber motivo que justifique la exclusión de las reglas españolas de Derecho internacional privado; por tanto, habrá que atender a las disposiciones españolas o a las extranjeras a las que remita la norma de conflicto (artículo 9 C. c.)».

En ambos casos existe un dato común: la nacionalidad española que inicialmente posee el hijo que va a ser reconocido. En otros términos, la situación coincide básicamente no con la contemplada en la *Resolución de 2 de septiembre de 1976*, pero sí con la problemática a que alude el Considerando transcrito antes. Proyectada la doctrina registral de referencia, se aplicaría el artículo 9, 1.º del Código civil por dos veces; en ambos casos respecto a la constitución de la filiación: capacidad del que reconoce y de la persona reconocida. No obstante, creemos que esta solución es peligrosa y que no se halla técnicamente justificada en el artículo 9, 4.º del Código civil. Es peligrosa porque rompe la unidad de la ley aplicable a las relaciones paterno-filiales, especialmente en materia de efectos. Es reprochable porque nuestro legislador no ha querido distinguir si la ley nacional del padre o de la madre operan a partir de un determinado momento, cuando la filiación ha quedado constituida. Por el contrario, emplea una fórmula genérica («relaciones paterno-filiales») que presupone todos los momentos. Si hubiera querido distinguir podría haber utilizado el ejemplo inmediato del artículo 9, 5.º del Código civil respecto a la adopción, en el que se distingue entre la ley del adoptante (para los efectos y la capacidad para adoptar) y la ley del adoptado (para su capacidad, consentimiento y modo de suplirlo). Si no lo ha hecho así, parece más adecuada una interpretación estricta del artículo 9, 4.º y no la distinción introducida a efectos registrales. Cuando Medina Ortega (112) analizó la *Resolución de la D. G. R. N. de 23 de abril de 1970*, sugirió que la tesis registral de someter la filiación natural, en cuanto a sus condiciones de fondo, a la ley del hijo, encerraba en el supuesto de hecho una extensión encubierta de la ley española como *lex fori*. El forzado argumento que se empleaba era, por esta razón, más que discutible. Finalmente, en la afirmación de la D. G. R. N. se plantea un problema de fondo: el carácter constitutivo o no constitutivo del reconocimiento en la filiación natural. En principio, parece dudosa una respuesta

(112) Cfr. "Divorcio extranjero y filiación natural", *op. cit.*, páginas 782-783. Incidentalmente cabría poner de relieve que para este autor no se plantea una cuestión previa, "ya que no nos encontramos con el supuesto estricto, sólo existe cuestión previa de Derecho internacional privado cuando es aplicable a la cuestión principal Derecho extranjero, y se plantea el problema de si este Derecho extranjero es también aplicable en cuanto sistema conflictual a la cuestión previa, o por el contrario, debería aplicarse el Derecho conflictual del foro. Aquí la situación es distinta. El Derecho aplicable a la cuestión prejudicial es el del foro. No se plantea el problema de la aplicabilidad de un Derecho conflictual extranjero" (pág. 784).

afirmativa no matizada, ya que para que exista filiación natural se exige en nuestro Derecho que sea hijo y que sea natural (113). Este mismo problema se plantea en otros ordenamientos nacionales, por lo que es más lógico someter el conjunto de problemas a una sola ley.

En materia de *reconocimiento forzoso de hijos naturales*, aunque no hemos encontrado jurisprudencia o doctrina española específica, pueden mantenerse dos posturas; por una parte, entender que se aplica el Derecho material español, al operar el orden público en la investigación de la paternidad. Por el contrario, Pere Raluy (114) entiende que cuando la libre investigación de paternidad «se halle autorizada por la Ley de fondo aplicable al establecimiento de la relación jurídica de filiación, es evidente que, en modo alguno, puede afirmarse que choque con el orden público español».

16. La sistemática utilizada hasta el momento nos conduce a examinar ahora la *filiación legitimada* y más concretamente la *legitimación por subsiguiente matrimonio*, que es el primero de los supuestos contemplados en el artículo 120 del Código civil. Aparentemente la cuestión principal podría estar determinada en este supuesto por la adquisición de la nacionalidad española, mientras que la cuestión previa se reduciría a la validez de la celebración del matrimonio, situándonos entonces en un orden de problemas idénticos a los examinados en apartados anteriores. Sin embargo, tal planteamiento puede resultar engañoso, en el sentido de que se presenten cuestiones previas conexas entre sí, y denominadas por Marakov de primer y segundo grado (115). En este sentido, la *Resolución de la D. G. R. N. de 13 de julio de 1956* (116) ha defendido la tesis de que en materia de adquisición de la nacionalidad de su padre por un menor, los efectos de la legitimación por subsiguiente matrimonio, dependen de la validez del reconocimiento prestado por el progenitor, y más concretamente:

«Que los efectos legitimadores del matrimonio contraído por J. V. G. producen la adquisición de la nacionalidad española por el menor, que le correspondería

(113) Puede sostenerse que la mera relación natural de filiación es suficiente para que sea considerado "hijo" a los efectos del Derecho de la nacionalidad. La necesidad de este doble vínculo, de carácter biológico (que exista efectivamente la relación paterno-filial) y de carácter jurídico (que sea natural la filiación). Esta posición es clásica en la doctrina (cfr. ALBALADEJO GARCÍA, M.: *El reconocimiento de filiación natural*. Barcelona, 1954, pág. 187), y repetida en la jurisprudencia (cfr., entre otras, las *sentencias del Tribunal Supremo (Sala 1.ª) de 20 de enero de 1967*. Aranzadi, *Rep. Jurisprudencia*, 1967, núm. 383; y de 1 de julio de 1969, Aranzadi, *Rep. Jurisprudencia*, 1969, núm. 3824).

(114) *Derecho del Registro Civil, op. cit.*, vol. I, pág. 460.

(115) Cfr. *supra*, nota 99.

(116) *Amarío de la D.G.R.N. de 1956*, págs. 202 y 203.

por el principio de unidad familiar establecido en el número 1 del artículo 17 y artículo 19 del Código civil, reformado por la ley de 15 de julio de 1954, pero han de considerarse supeditados a la validez del reconocimiento prestado por el padre.»

En este caso se aplica la ley española —ley del padre— como rectora, pero subsiste la duda de si esta solución es aceptada con carácter general en nuestro Derecho. En opinión de Pere Raluy (117), la respuesta es afirmativa, puesto que, «la legitimación por subsiguiente matrimonio se regulará por la ley nacional del marido al tiempo de la celebración del matrimonio». Es notoria y llamativa la ausencia de reglas especiales de carácter legislativo, que regulen en el sistema español la adquisición y pérdida de nuestra nacionalidad cuando se trata de aplicar el artículo 17 del Código civil en supuestos de filiación que no sea legítima. La *Resolución de 13 de julio de 1956* prescribe una regla material especial que vincula la adquisición de la nacionalidad española a la validez legitimadora del matrimonio más el reconocimiento paterno de la filiación. En otras palabras, el supuesto nos conduce ante una doble cuestión previa o, mejor dicho, ante dos cuestiones previas conexonadas entre sí, y cuyos índices de solución ya hemos examinado anteriormente.

17. La *filiación adoptiva*. Las lagunas de nuestro ordenamiento en este sector de problemas son tan llamativas, que hacen lícito el plantearse los efectos de la adopción en orden a la adquisición de la nacionalidad española. En muchos ordenamientos nacionales, existen disposiciones expresas respecto a la adopción y a sus efectos para la adquisición de la nacionalidad (118). En nuestro Derecho de la nacionalidad no existe ninguna referencia al tema, debiendo acudir a la norma general existente en el artículo 176 del Código civil, conforme al cual «en todo lo no regulado expresamente de modo distinto por la ley, al hijo adoptivo le corresponden los mismos derechos y obligaciones que al legítimo». Sin embargo, con posterioridad a la ley de 4 de julio de 1970 que reformaba el citado artículo, las *Resoluciones de la D. G. R. N.*

(117) *Derecho del Registro Civil*, vol. I, *op. cit.*, pág. 459.

(118) Art. 35 del *Code de la nationalité française*, modificado por la ley de 9 de enero de 1973: «L'adoption plénière confère à l'enfant la nationalité française selon des distinctions établies aux articles 17 et 19, 23 et 24 ci-dessus, si l'adoptant est Français, ou, dans les cas d'adoption par deux époux, si l'un d'eux est français».

Art. 36: «L'adoption simple n'exerce de plein droit aucun effet sur la nationalité de l'adopté».

Vid. ambos textos en *Revue Critique*, 1973, núm. 1, pág. 164. Sobre el tema en el Derecho español y en el Derecho comparado, vid. la obra de RODRÍGUEZ CARRETERO, J. A.: *La persona adoptada*. Madrid, 1973, páginas 214 a 218, en que se refiere a los derechos belga, francés, italiano, portugués, inglés, que dan, en general, respuestas afirmativas.

de 13 de julio de 1971 (119) y de 13 de octubre de 1972 (120) sentaron la doctrina de que los menores adoptados por españoles en el extranjero, no adquieren automáticamente la nacionalidad española de los adoptantes. Así, pues, esta respuesta negativa de nuestra doctrina registral impide plantear el análisis del problema a través de la perspectiva de la cuestión previa.

Tal regla material no es nueva en nuestro ordenamiento, habiendo ya afirmado De Castro (121) que «el adoptado conservará la nacionalidad que le corresponda por derecho de filiación, y la adopción no le comunica (haciéndole cambiar) la nacionalidad del adoptante, pues el cambio de situación jurídica se limita legalmente a lo relativo a la patria potestad y sus consecuencias se recortan al máximo. Además, si se admitiese que la adopción influye sobre la nacionalidad, se abriría de par en par la puerta al fraude, y cualquier extranjero podría sortear los requisitos de la naturalización con sólo encontrar alguien que lo adoptase». Esta actitud negativa impedía, pues, utilizar el derecho conflictual español para tratar de buscar una respuesta distinta.

No obstante, creemos que tal respuesta no es satisfactoria y que existen razones de importancia para sostener una actitud favorable a considerar que la adopción de un menor extranjero por un español produce la adquisición de la nacionalidad española. Las razones en que nos basamos son las siguientes: en primer lugar, la norma de conflicto del artículo 9, 5.º del Código civil previene que «la adopción, en cuanto a sus efectos y a la capacidad para adoptar, se regulará por la ley del adoptante». En otras palabras, la adopción de un menor español por un extranjero puede producir la pérdida de la nacionalidad española, si la ley nacional del adoptante estima que adquiere su nacionalidad. Así, pues, ya se ha introducido tras la modificación del Título Preliminar del Código civil una vía indirecta que afecta a la adopción y a sus efectos respecto a la nacionalidad. Admitido el planteamiento conflictual en la materia, la consecuencia lógica es la de admitir la adquisición de nuestra nacionalidad, ya que si el adoptado perdiera su nacionalidad originaria como consecuencia de la adopción por un español, se propiciarían absurdas situaciones de apatridia. En segundo término, la propia Exposición de Motivos de la ley de 4 de julio de 1970 (122) avala nuestra tesis al afirmar que en la adopción de los propios hijos naturales reconocidos «la nueva ordenación del Estatuto jurídico del hijo adoptivo incorpora señaladas pre-

(119) Cfr. *Anuario de la D.G.R.N. de 1971*, págs. 349 a 351.

(120) Vid. el texto de la misma en el *Anuario de Derecho Internacional*, 1974, págs. 532 a 534, con Nota de E. PECOURT GARCÍA.

(121) *Derecho Civil de España*, op. cit., págs. 428 y 429. Cita este autor la *Resolución de la D.G.R.N. de 19 de junio de 1943* y se muestra favorable a ella a los efectos de impedir el fraude. Sobre la posición de DE CASTRO en esta materia, vid. RODRÍGUEZ CARRETERO: *La persona adoptada*, op. cit., págs. 200 a 202.

(122) Vid. el texto en el *B. O. E.*, de 7 de julio de 1970, núm. 161.

rrogativas, ha parecido oportuno no privar al hijo natural de algo que puede redundar en su beneficio». Es decir, que si uno de los objetivos de política legislativa presentes en la ley de 4 de julio de 1970 es el de ampliar las prerrogativas de los hijos naturales reconocidos, permitiendo su adopción, no se ve cómo pueden restringirse los afectos de la adopción en orden a la adquisición de la nacionalidad española, cuando eso es algo perfectamente admitido en la filiación natural reconocida. En tercer lugar, existen indicios favorables a nuestra postura en el régimen convencional europeo en este sector, ya los artículos 10 y 11 de la *Convention Européenne en matière d'adoption des enfants* (123) son innegablemente favorables al principio de nacionalidad única entre adoptante y adoptado. En efecto, la solución que se había dado en nuestro sistema rompía la utilización de una ley única en punto a la filiación adoptiva. En cuarto lugar, desde una perspectiva doctrinal, algunos autores, como Rodríguez Carretero (124) han dado argumentos de peso en favor de consignar como efecto de la adopción la adquisición de nuestra nacionalidad, si bien sus conclusiones son extremadamente cautas al pronunciarse definitivamente sobre este punto. Finalmente, la obsesión por el fraude de ley no se encuentra totalmente justificada. Algunas resoluciones han aludido a la adopción como forma de defraudar las leyes relativas al cumplimiento del servicio militar, lo cual es difícilmente explicable en casos, como el previsto en el artículo 178 del Código civil, respecto a la adopción plena de menores de catorce años. De cualquier forma, la prevención del fraude equivale en nuestra doctrina registral a una restricción de los derechos de los menores adoptados por un nacional español, cuando lo lógico es utilizar el mecanismo del fraude cuando efectivamente se produzca, pero no convertirlo en norma general y absoluta. Si el objetivo primordial de la filiación adoptiva es la guarda, cuidado y protección de los menores, nuestro sistema no ayuda a lograrlo en este punto. Y todo como consecuencia de una dudosa interpretación registral de nuestro Derecho, el cual no ha contribuido a aclarar las cosas con unas reglas más claras y precisas tras la reforma de 1970.

(123) Vid. el texto en *Conseil de l'Europe. Conventions et accords européens*. Vol. II, (1961-70). Estrasburgo, 1972, págs. 286 y 287.

Art. 10, 1: "L'adoption confère à l'adoptant à l'égard de l'enfant adopté les droits et obligations de toute nature qui sont ceux d'un père ou d'une mère à l'égard de son enfant légitime".

Art. 11: "1. Si l'enfant adopté n'a pas, dans le cas d'adoption par une seule personne, la nationalité de l'adoptant ou, dans le cas d'adoption par des époux, leurs commune nationalité, la Partie Contractante dont l'adoptant ou les adoptants sont ressortissants facilitera l'acquisition de sa nationalité par l'enfant.

2. La perte de nationalité qui pourrait résulter de l'adoption est subordonnée à la possession ou à l'acquisition d'une autre nationalité".

(124) *La persona adoptada, op. cit.*, págs. 192 y ss.

IV. CONCLUSIONES

18. El análisis histórico de la legislación española en materia de nacionalidad, es revelador a los siguientes fines. La redacción original de los artículos 17 y ss. del Código civil, es favorable a resolver las cuestiones previas de nacionalidad por la vía conflictual, al emplearse expresiones tales como «mayor» o «menor edad», «emancipación», etc. No cabe duda que la cuestión previa de la mayoría de edad o de la emancipación, se solucionaba a través del artículo 9 del mismo cuerpo legal. Por el contrario, las reformas de 1954 y de 1975 han cambiado las bases del sistema, en beneficio de las normas materiales. En efecto, la exigencia en estos mismos sectores de «tener veintiún años cumplidos o dieciocho y hallarse emancipado», implica una solución directa en nuestro propio derecho y nos sitúa en terrenos próximos a los del artículo 27 del *Code* de la nacionalidad francesa. Con la única diferencia de que en el nuevo Título Preliminar existe una corriente expresamente conflictualista, respecto a muchas de las cuestiones previas a la adquisición o pérdida de la nacionalidad española (relaciones paterno-filiales, adopción, etc.). En este sentido, se ha producido un desarrollo asincrónico en nuestro Derecho internacional privado.

19. En segundo término, realizaremos un resumen de las técnicas de reglamentación utilizadas en los distintos sectores que constituyen cuestiones previas en el Derecho español de la nacionalidad, tras la reforma de 1975. Por lo que se refiere a la mayoría de edad y a la emancipación, se pasa de la técnica abiertamente conflictualista del artículo 18 del Código civil, para la adquisición de la nacionalidad española a virtud de opción, a las normas materiales del artículo 19 relativas a la naturalización. En materia de matrimonio, como cuestión previa de nuestra nacionalidad, también oscilan las técnicas de reglamentación empleadas, que van desde las normas de aplicación necesaria o inmediata, para la validez o nulidad de los matrimonios confesionales, hasta la técnica de las normas de conflicto, para los matrimonios no confesionales. En este último supuesto, los requisitos de forma se determinan mediante la *lex loci celebrationis* o bien mediante la ley personal de los contrayentes, mientras que los requisitos de fondo se señalan a través del artículo 9, 1.º del Código civil. Finalmente, cuando la filiación opera como cuestión previa de la nacionalidad española, se emplean las siguientes técnicas de solución: se acude al conflicto de leyes en la filiación natural reconocida, mientras que en los demás supuestos se emplean normas materiales de elaboración registral. En este núcleo de problemas donde se localiza una mayor anarquía en las técnicas de reglamentación empleadas, como consecuencia de la ausencia de normas, dada la curiosa interpretación registral que se ha dado al

artículo 9, 4.º del Código civil, precepto que de ser correctamente interpretado en el futuro podría uniformizar la solución de las cuestiones previas de filiación a través de una técnica exclusivamente conflictualista. Como puede observarse, en suma, las técnicas de reglamentación empleadas son variopintas. En ocasiones creadas ex profeso por la Dirección General. Ello es consecuencia de la falta de previsión del legislador de 1975, que en esta ocasión no ha seguido el modelo francés.

20. Por último, examinaremos las soluciones específicas que se han arbitrado en las distintas materias. Por lo que se refiere a la mayoría de edad y a la emancipación, nos parece correcta la solución conflictualista que se ha dado en el artículo 18 del Código civil a la adquisición de la nacionalidad española a virtud de opción, ya que es la ley nacional del interesado la que determina si es mayor de edad o está emancipado. Respecto al artículo 19, la norma material relativa a la mayoría de edad, es rígida, poco acorde con la tendencia general, generadora potencial de conflictos y contradictoria respecto a la regla del artículo 9, 1.º *in fine*. La norma material de emancipación cualificada por haber cumplido los dieciocho años, para la naturalización, es enormemente compleja porque introduce un elemento conflictual y, en ciertas ocasiones, se ha mostrado como poco eficaz.

El matrimonio constituye uno de los escasos sectores en los que existía una respuesta material de nuestro sistema, por la vía del artículo 69 del Código civil. Por lo que se refiere a los problemas de validez y nulidad, en cuanto cuestión previa a la adquisición o pérdida de la nacionalidad española, existen normas de aplicación necesaria en los artículos 42, 51, 52, 75 y 83 del Código civil, para los supuestos de confesionalidad positiva. La crítica de esta técnica de reglamentación es obvia y se vincula a los particularismos del sistema matrimonial español, que se encuentra a la espera de una modificación profunda. Por el contrario, la norma de conflicto del artículo 9, 1.º posee una importancia residual, puesto que es aplicable sólo a los matrimonios no confesionales, y ello tras la doctrina registral nacida a partir de 1970.

La conclusión general que cabe deducir del examen global en los apartados relativos a la filiación, es clara en el sentido que vamos a indicar. Como ha puesto de relieve Francescakis (125) «le statut personnel attributif de la nationalité devrait, dans le silence de la loi, obéir aux règles de conflit de lois de l'Etat en question. La logique est, en effet, ici le moyen aussi immédiat que légitime de suppléer ce silence. Elle conduit à imaginer que si le législateur ne s'est pas préoccupé de régler spécialement les questions d'état et de capacité lorsqu'elles sont appelées à exercer leur influence sur le droit de la nationalité, c'est qu'il a entendu renvoyer directement aux concepts du droit commun».

(125) "Les questions préalables de statut...", *op. cit.*, pág. 470.

Este mismo autor ha señalado oportunamente (126) que en este tipo de soluciones, que al igual que la española, ignoran el problema, subyacen motivos de política legislativa, puesto que, en primer término, traducen una dependencia del Derecho de la nacionalidad respecto del Derecho civil, que supone una concepción «privatista» del primero, una concepción liberal, individualista y patrimonialista del vínculo de la nacionalidad. En segundo lugar, manifiesta implícitamente un predominio de la familia sobre el Estado, ya que es el grupo familiar el que materializa la unidad social primaria.

Desde esta misma perspectiva legislativa, una revisión del Derecho español de la filiación reclamaría, sin duda, la inclusión de un conjunto de normas conflictuales, especialmente relativas al establecimiento de la filiación y a sus efectos respecto a la adquisición o pérdida de la nacionalidad española. Damos por supuesto que tal revisión es necesaria, como se hace patente en la reciente obra de De la Cámara (127). En este sentido, la reciente legislación francesa en la materia (128) nos ofrece un ejemplo para pre-

(126) "Les questions préalables de statut...", *op. cit.*, págs. 471 a 473.

(127) *Reflexiones sobre la filiación ilegítima en Derecho español*. Madrid, 1975. Este autor analiza con rigor y acierto los defectos y vacíos existentes en nuestro Derecho en la materia citada.

(128) La ley francesa de 3 de enero de 1972, establece en su Sección III lo siguiente:

"Du conflit de lois relatives à l'établissement de la filiation:

Art. 311-14.—La filiation est régie par la loi personnelle de la mère au jour de la naissance de l'enfant; si la mère n'est pas connue, par la loi personnelle de l'enfant.

Art. 311-15.—Toutefois, si l'enfant légitime et ses père et mère, ont en France leur résidence habituelle, commune ou séparée, la possession d'état produit toutes les conséquences qui en découlent selon la loi française, lors mêmes que les autres éléments de la filiation auraient pu dépendre d'une loi étrangère.

Art. 311-16.—Le mariage emporte légitimation lorsque, au jour où l'union a été célébrée, cette conséquence est admise, soit par la loi régissant les effets du mariage, soit par la loi personnelle de l'un des époux, soit par la loi personnelle de l'enfant.

La légitimation par autorité de justice est régie, au choix du requérant, soit par la loi personnelle de celui-ci, soit par la loi personnelle de l'enfant.

Art. 311-17.—La reconnaissance volontaire de paternité ou de maternité est valable si elle a été faite en conformité, soit par la loi personnelle de son auteur, soit de la loi personnelle de l'enfant.

Art. 311-18.—L'action à fins de subsides est régie, au choix de l'enfant, soit par la loi de sa résidence habituelle, soit par la loi de la résidence habituelle du débiteur".

Texto en M. SIMON DEPIRE y J. FOYER: *Le nouveau droit international privé de la filiation*, *op. cit.*, págs. 13 y 14. Naturalmente estas normas de conflicto han de ser relacionadas con las nuevas normas de nacionalidad inauguradas por la citada ley de 9 de enero de 1973.

Sobre las normas conflictuales de filiación incorporadas por la ley de 3 de enero de 1972, cfr. HUET: "Les conflits de Lois en matière d'établissement de la filiation depuis la loi de 3 janvier 1972", en *Les conflits de lois en matière de filiation* (en Droit international privé français, alle-

venir de forma expresa los hipotéticos supuestos de cuestión previa en el Derecho de la nacionalidad, cuando se trata de casos vinculados al *iure sanguinis*. Ya hemos visto antes que el actual artículo 9, 4.º del Código civil opera *ex post*, esto es, una vez que ha sido establecida la relación de filiación formalmente, pero no *ex nunc*, razón que abona la tesis que acabamos de exponer. La solución es criticable y tiene en común con otras soluciones registrales el hecho de dar respuestas concretas a los concretos problemas planteados, sin que exista un sistema global y coherente.

Lo que sucede es que en el Derecho español, a nivel de la legislación positiva, no asistimos a lo que algún autor (129) ha denominado el *dualismo de la filiación de nacionalidad y de la filiación de derecho civil*, es decir, entre la filiación como modo de adquirir la nacionalidad y la que atribuye simples efectos civiles. Así, por ejemplo, si acudimos una vez más al antiguo artículo 27 del Código francés de la nacionalidad, la filiación como cuestión previa a la atribución de la nacionalidad francesa, únicamente establecerse de acuerdo con la ley francesa. Sin embargo, en una situación como la del ordenamiento jurídico español en la que preside el sentido único de la filiación, es lícito argumentar en términos teóricos por la vía de la cuestión previa. Esta conclusión aparece avalada en el artículo 69 del Código civil, precepto que revela un dato importante: cuando el legislador español ha querido dar una respuesta directa a un problema de nacionalidad vinculado con el matrimonio o la filiación, así lo ha hecho constar explícitamente. Y es que en este último supuesto, al igual que se ha hecho equivocadamente con la filiación adoptiva, se produce «une communication inconditionnelle entre le même droit de la nationalité et le droit civil interne», representando «une rupture de continuité entre le droit de la nationalité et le droit international privé»; en otros términos, revela «un refus d'internasionalisation des institutions en cause» (130).

Oviedo, enero de 1977

mand et suisse). París, 1973, págs. 19 a 63; D. ALEXANDRE: "Les conflits de lois en matières d'effets de la filiation", en *ibidem*, págs. 65 a 94.

(129) HUET: "Les conflits de lois en matière d'établissement...", *op. cit.*, pág. 30.

(130) FRANCESCAKIS: "Les questions préalables de statut personnel...", *op. cit.*, pág. 487.

Naturaleza de las reglas para la interpretación de la Ley

(Consideraciones en torno al artículo 3.º,
apartado 1, del Código civil)

FEDERICO DE CASTRO Y BRAVO

SUMARIOS I. *Ocasión y finalidad de estas notas.*—II. *Significados de la interpretación.*—1. El término interpretación.—2. Sentido estricto o laxo de la interpretación jurídica.—3. Cometido propio del intérprete de la Ley.—III. *Antecedentes respecto de las reglas para la interpretación de la Ley.*—1. Los textos romanos.—2. El Derecho común.—3. La Codificación en Francia.—4. La técnica de la interpretación.—5. La interpretación y el respeto a la letra de la Ley.—6. La interpretación en sentido laxo y en sentido estricto.—7. Ambito de libertad del intérprete.—8. La doctrina española posterior a la publicación del Código civil.—IV. *El artículo 3.º, párrafo primero, del Código civil.*—1. Criterios para su interpretación.—2. Los antecedentes legislativos.—3. El tenor del precepto.—4. La “ratio iuris” de lo dispuesto.—V. *Repercusiones procesales del artículo tercero.*—1. La prueba de los antecedentes.—2. El artículo 3.º y el recurso de casación.—VI. *Las reglas para interpretar los negocios jurídicos.*—1. Semejanzas y diferencias con las reglas para interpretar la Ley.—2. Interpretación en sentido propio y en sentido laxo.—3. Las reglas para la interpretación.—4. Valor de las reglas para la interpretación de los contratos.—5. Coincidencia de conclusiones respecto a las reglas sobre interpretación de la Ley y sobre la interpretación de los contratos.

I. OCASION Y FINALIDAD DE ESTAS NOTAS

Me parece que debo, ante todo, decirle al posible lector el porqué y para qué de estas notas.

La lectura de los primeros siete nuevos artículos del Código civil me hizo pensar ingenuamente que la actual redacción no

suponía cambio alguno de carácter sustantivo respecto del antiguo texto. Todo lo más, vendría a reforzar la posición teórica de algún autor (1), pero, en ningún caso pude imaginarme que los artículos vigentes originarían problemas que trascendieran a su aplicación práctica por los Tribunales. He de confesar que me he equivocado, al menos y en especial respecto al entendimiento del artículo tercero. En efecto, sobre esta disposición nos encontramos ante dos teorías contradictorias y que llevan a opuestas consecuencias prácticas, una y otra igualmente autorizadas por el merecido prestigio de quienes las mantienen.

Se nos ha dicho: «El alcance más revelador de la reforma (la del Título Preliminar del Código civil) radica en que se ha erigido en norma legal preceptivamente obligatoria, con la imperatividad propia del *ius cogens*, el empleo de unos determinados criterios conforme a los cuales ha de llevarse a cabo el acceso cognoscitivo de las normas» (2). Lo que induce a la importante consecuencia práctica, de que: «El artículo 3.º, apartado 1, podrá ser citado como precepto infringido a los efectos del recurso de casación civil por infracción de Ley» (3).

Mas también se nos dice: «Los criterios de interpretación son reglas que no pueden quedar sometidas a reglas jurídicas. Cabría además preguntarse cuál ha de ser, suponiendo que sean normas jurídicas, la consecuencia de la violación de tales normas jurídicas. Y resulta a nuestro juicio evidente que no cabría ni siquiera hablar de violación. El intérprete que interpreta mal no infringe

(1) Se ha comentado: "Es muy frecuente que un texto legal teorice sobre cuestiones jurídicas o que se aproveche un texto legal para tratar de implantar lo que no es más que una posible solución teórica. Un buen ejemplo de ello lo constituye la actual Ley de Bases de Modificación del Título Preliminar del Código Civil", Díez PICAZO, Luis, *Experiencias jurídicas y Teoría del Derecho*. Barcelona, 1973, págs. 235-236, nota 6.

(2) HERNÁNDEZ GIL, Antonio: *Nuevas perspectivas para la interpretación del artículo 464 del Código Civil*. Real Academia de Jurisprudencia y Legislación. Madrid, 1976, pág. 26; comp. pág. 28.

(3) HERNÁNDEZ GIL, Antonio: *El Abogado y el razonamiento jurídico*. Madrid, 1975, pág. 186.

Adhiriéndose expresamente al criterio de Hernández Gil, se dice reconocer la trascendencia práctica inmediata del artículo 3.º, al ser objeto de censura en casación; SÁINZ MORENO, Fernando: *Conceptos jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa*. Madrid, 1976, pág. 160. En otro notable trabajo, redactado apenas publicado el texto articulado y con independencia de ajena opinión, se comenta el citado artículo 3.º: "nos parece claro el propósito de establecer —a salvo la equidad— un *numerus clausus*, de manera que no puedan utilizarse otros que los enunciados, dados los términos imperativos del precepto y el propósito del legislador de lograr una uniformidad interpretativa.—En cuanto al valor de las normas que lo recogen resueltamente deben tener valor sustantivo y ser de obligado cumplimiento; en consecuencia, su infracción por el juez dará lugar a casación por infracción de Ley".—BERNAL-QUIRÓS CASCIARO, José Tomás: *Consideraciones sobre el nuevo Título Preliminar*. (Normas de Derecho Privado). "Rev. Crít. D. Inmob". Año LII (mayo-junio, 1976).. Núm. 514, pág. 572.

el artículo 3.º C. c., ni podrá por esta razón ser sancionado. Infringirá, únicamente, en su caso, la norma mal interpretada y si lo hiciese dolosamente o con negligencia inexcusable, incidirá en prevaricación» (4).

Lo opuesto de estas opiniones me ha hecho ver no sólo mi error al creer evidente cuál fuera la finalidad propia del artículo 3.º, sino también lo ineludible de examinar con detenimiento lo que pueda ser la naturaleza y el alcance normativo de tal disposición. Es decir, que a nuestro artículo le ocurre lo que al alguacil alguacilado de Quevedo, el precepto interpretativo habrá de ser interpretado.

Todavía me permitiré añadir unas explicaciones, a la manera de excusa, sobre la extensión, un tanto desmesurada, de estas notas (5). El estudio del apartado primero del artículo tercero me ha conducido, de modo insensible y casi inexorable, a consideraciones que exceden de las propias de un comentario. Mas entendido dicho precepto como regla sobre el proceder debido al interpretar una Ley, ha parecido conveniente poner ante todo en claro los significados con los que se ha venido utilizando el término interpretación. Después, ha surgido la cuestión de qué sea lo que se ha entendido por regla para la interpretación de la Ley en distintos momentos de la Historia; lo que ha permitido observar la peculiaridad de las reglas para la hermenéutica, y el sentido propio de la enumeración de medios para ella, propuesta por Savigny. Consideraciones previas con las que se ha creído despejar el camino para examinar, sin indebidos prejuicios, lo dispuesto en el artículo 3.º y sus posibles repercusiones procesales; lo que constituye el objetivo principal y centro de estas notas. Todavía se ha estimado útil completarlas con una disgresión o apéndice sobre las reglas para la interpretación de los negocios jurídicos; la que se ha hecho con el limitado propósito de señalar sus semejanzas y diferencias con las reglas para la interpretación de las leyes. Con lo que, por cierto, ha sido posible —me parece— poder explicar el porqué y el sentido de una aparente contradicción en la jurisprudencia sobre aquellas reglas.

II. SIGNIFICADO DE LA INTERPRETACION

1. *El término interpretación.*

El propósito de estas notas es muy limitado y sería impertinente por ello, cualquier disgresión sobre el tema inmenso de la

(4) Díez PICAZO, Luis; GULLÓN, Antonio: *Sistemas de Derecho civil*, Vol. I *Introducción. Derecho de la persona. Negocio jurídico*. Madrid, 1975, págs. 186-187.

(5) Se ha procurado recoger los datos principales que me han servido para formar mi opinión, los que espero puedan ser de ayuda a quienes, sobre la cuestión tratada quieran tener criterio propio, y también para los que discrepen o critiquen las conclusiones a las que aquí se llega.

interpretación; sin embargo, resulta inevitable referirse, aunque sea muy escuetamente, a los significados con los que se emplea el término interpretación, ya que la ambigüedad con la que se le utiliza ha sido una de las causas, probablemente la principal, de las confusiones que existen sobre la naturaleza de las reglas para la interpretación.

Con la palabra interpretación se entra en el campo del entendimiento, en el de entender lo expresado (6) y más concretamente en el de la comunicación, presupuesto de la vida social (7); la interpretación jurídica, por su parte, puede referirse a las normas jurídicas y a los actos jurídicos, de la que aquí interesa, en especial, la de la Ley y la de los negocios jurídicos (8).

Para nuestro objeto, habrá que partir del sentido propio o primario del vocablo interpretación, el que según el Diccionario de la Real Academia Española, es el de «explicar o declarar el sentido de una cosa y principalmente el de los textos carentes de claridad». Esta definición comienza por destacar el centro o núcleo semántico del término, el de averiguación del sentido expresivo de unos signos dados. Después, adjetivándolo de principal, se refiere a su significado secundario, pero también al más utilizado y visible, el de la búsqueda del sentido de lo expresado, cuando aparece como equívoco, dudoso o controvertido (9).

En cualquier supuesto de interpretación, antes de proceder a ella, se requiere efectuar una labor previa. Ante todo, está la decisión sobre *lo que se busca saber* mediante la interpretación; se necesita determinar el sentido de lo que se pretende conocer. Un texto del «Boletín Oficial del Estado», por ejemplo, puede ser objeto de una interpretación filológica, política, histórica, estética, ideológica, además de jurídica. Esta misma presupone dar por sabido que sea lo jurídico.

Anterior también a la interpretación está el precisar cuáles son *los signos* expresivos a considerar como materia de la interpretación. Respecto de las normas jurídicas, estará el fijar *cuáles* son las fuentes jurídicas y su respectiva competencia, y todavía saber dónde se ha de encontrar lo manifestado por cada fuente de De-

(6) Puede servir de orientación al respecto, y sobre las diversas nuevas tendencias filosóficas, ENGLISH, *Einführung in das Juristische Denken*, 1956, págs. 85, 86.

(7) Un valioso ensayo sistemático para una "Teoría general de la interpretación", debido a BETTI, se encuentra en el Prefacio a *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*, 1949, págs. VI-X.

(8) Sobre una y otra puede comp. lo ya dicho en *Derecho Civil de España*, ed. 1955, págs. 487 y sig.; *Compendio de Derecho civil*, ed. 1970, páginas 101 y sig.; *El negocio jurídico*, ed. 1971, págs. 73 y sig.; *Fuentes del Derecho e interpretación jurídica*, A.D.C., XI-I (enero-marzo), 1958, págs. 236 y sig.

(9) Es cierto que el sentido evidente requiere también una previa interpretación, pero en cuanto apreciado de modo intuitivo e inmediato no requiere demostración, y no siendo por ello materia discutible, no necesita para su conocimiento utilizar las reglas para la interpretación.

recho. La disposición legal a interpretar se encontrará publicada en el «Boletín Oficial» (art. 2,1, C. c.), pero antes de proceder a su interpretación habrá posiblemente que decidir si ella tiene que ceñirse al texto allí impreso o si se podrá o deberá tener en cuenta otros datos y circunstancias. En cuanto a la interpretación de los negocios jurídicos, se presentará la cuestión previa de decidir si la interpretación habrá de atenerse al tenor de lo dicho o escrito o podrá extenderse a considerar los llamados «elementos extrínsecos».

Una y otra tarea preliminar, aunque imprescindibles antes de la interpretación, *están fuera del significado propio de este término* y no puede entenderse entre las comprendidas en él. Observación elemental y que parece de buen sentido, pero que quizá por ello se olvida a menudo.

2. Sentido estricto y sentido laxo de la interpretación jurídica.

Se ha podido decir que al lado del significado propio de la interpretación jurídica, es decir, el de investigar a través de ciertos signos cuál sea el mandato ordenador que contienen, existe otro más amplio y que consiste en averiguar en dónde se encuentra aquello que contiene valor normativo (10).

Así, al estudiarse la interpretación jurídica, y bajo el título ambiguo de métodos para la interpretación, se suele contraponer en la doctrina el método subjetivo («voluntas legislatoris») al denominado método objetivo («voluntas legis»). El uno derivado de una concepción carismática del legislador soberano, y el segundo exponente de la idea de un valor inmanente en la Ley. Uno y otro son el resultado de ideologías políticas fundamentalmente contrarias (11). Conforme al método preferido, con más o menos fidelidad a aquel que se eligiera, se tratará por los autores de la concreción de las fuentes del Derecho, del alcance que se haya de

(10) Puede comp. lo que se dijera en *Derecho Civil de España*, I, ed. 1955, pág. 495.

(11) En el momento actual, parece poder decirse que una y otra dirección teórica han perdido su antigua acuidad. La realidad social muestra que la ley, en el momento de su promulgación, nace con la autoridad que le presta su autor (príncipe, parlamento); autoridad que conservará durante su vigencia (hasta su derogación), con más o menos intensidad, según sea la influencia conservadora, innovadora o modificadora de las nuevas fuentes jurídicas reales (las del nuevo príncipe, nuevo parlamento, nuevas leyes, nuevas costumbres, opinión pública, principios generales) que mantengan en vigor la vieja ley; es decir, según el puesto cambiante que esta ley tenga según el devenir del ordenamiento jurídico en cada momento. La fina observación de HOBBS de que «el legislador no es aquel por cuya autoridad se hizo la ley, sino aquel por cuya autoridad sigue siendo ley» (cita de RADBRUCH: *Arten der Interpretation*, en «Recueil d'études sur les sources de droit en l'honneur de Francois Geny», 1934, II, pág. 218) ha de completarse, para atender al consentir de la comunidad y a la consiguiente eficacia de los principios generales del Derecho.

reconocer a los principios generales del Derecho y a la jurisprudencia y, más concretamente, se discute sobre si el intérprete ha de atenerse a la letra de la Ley, si puede o debe buscar algo más o por encima del sentido literal; por ejemplo, la voluntad del legislador, una ponderación de intereses, lo que el juez entiende justo, lo que la opinión pública exija.

De este modo, se incluye bajo la denominación de interpretación cuestiones que exceden con mucho del significado propio del término interpretación. Supone utilizarlo en un sentido laxo, en el que se comprenden cuestiones extrañas a la interpretación en su significado estricto, las que habrán de resolverse conforme a la concepción que se tenga del ordenamiento jurídico, cuya respuesta dependerá y será distinta según sea cada régimen político, pues resulta de la constitución real del Estado. No sin razón pudo decir Merkl que, «con una fórmula extrema se podría hasta afirmar que precisamente hay tantos ordenamientos jurídicos como métodos de interpretación» (12).

El saber o determinar cuáles son las fuentes del Derecho, su esencia y su contenido, es función propia del estudio de la realidad política, del juego de los poderes sociales que integran el ordenamiento socio-jurídico. Tarea también del entender, que sólo por ello se ha podido considerar como interpretación, en sentido amplio. En cambio, la interpretación en sentido estricto se limita a la averiguación del sentido jurídico de lo que ya *viene dado* como norma jurídica concreta.

Todavía, antes de proceder a la interpretación en sentido estricto, en ocasiones habrá que realizar una operación preliminar de desbroce, la de separar, por ejemplo, en un texto legal, lo que en él tiene valor normativo, de ordenación social, de lo que no lo tiene, de lo que son en su caso declaraciones indicativas, doctrinales, docentes (definiciones, clasificaciones, enumeraciones, reglas orientadoras) o se trata de programas, proyectos, consejos o explicaciones justificativas (13).

El indicado uso indistinto del término interpretación se explica por coincidir su utilización, en uno y en otro sentido, en una misma finalidad, la de encontrar una adecuada aplicación de las normas. Mas, con ello, se produce una ambigüedad desafortunada. La interpretación en sentido amplio supone el planteamiento de cuestiones que afectan a la constitución o estructura del ordenamiento jurídico y que habrán de ser resueltas con criterios políticos, mientras que la interpretación en sentido estricto ha de

(12) Frase que recoge y aprueba SCHREIER: *Die Interpretation der Gesetze und Rechtsgeschäfte*, Leipzig u. Wien, 1927, p. 8.

(13) Estas indicaciones tendrán muy distinto valor según su carácter y propósito. Tendrán una cierta autoridad; en ocasiones pueden ser un elemento auxiliar para la interpretación, en otras, vendrán a dificultarla, atribuyéndole un valor normativo que no tienen.

realizarse sobre una norma producto de una fuente del Derecho y utilizando para ello criterios técnicos (14).

3. *Cometido propio del intérprete de la Ley.*

La tantas veces aludida confusión de sentidos en el empleo del término interpretación, se refleja, naturalmente, en lo distinto de la competencia atribuida al intérprete de las leyes.

Desde la glosa se ha venido clasificando la interpretación, según el poder atribuido al intérprete, en auténtica, usual y doctrinal. Mas con buenas razones ha podido señalarse que, cuando el soberano «interpreta» imponiendo uno de los posibles sentidos de una ley, desarrollando, modificando o corrigiendo su texto, no se interpreta sino que se crea una nueva norma (15). Del mismo modo, cuando el «prudente» ejercitaba el «*ius respondendi*» conferido por el Emperador, cuando un Tribunal británico establece un precedente vinculante («*stare decisis*»), conforme a la constitución consuetudinaria inglesa, no realiza una función de interpretación sino la propia de una fuente creadora de Derecho.

La función propia del intérprete, como tal, es muy otra; se reduce a investigar cuál sea el verdadero sentido de la ley, a exponerla y justificarla, pero nunca a imponerla. Tiene un alcance limitado y subordinado, pues se ha de realizar sobre un texto legal en su significación de emanado de una fuente de Derecho y conforme a la jerarquía que ella tenga en el ordenamiento jurídico vigente.

Cierto que el juez —como cualquier otro intérprete— al enfrentarse con un caso real o hipotético, habrá de realizar una labor de ajuste, a veces muy delicada y difícil, para aplicar la Ley al supuesto de hecho que se le ha presentado; mas lo habrá de hacer respetando la pauta impuesta por el mandato contenido en el precepto legal (16).

(14) Observa ENGISCH que “desgraciadamente la expresión *teoría de la interpretación* es ambigua”, pues se viene utilizando unas veces como “los medios de interpretación” empleados (gramatical, lógico, sistemático, teleológico) y otras veces como el método de interpretación usado (subjetivo u objetivo), loc. cit., nota 107, pág. 213.

(15) La interpretación *legal*, dice SAVIGNY, “no es una especie de interpretación sino más bien el contraste, la exclusión, la prohibición de la inteligencia verdadera”. *Sistema de Derecho Romano actual*, trad. de Messia y Poley, 1878, XXXII, I, pág. 147.

(16) La doctrina ha considerado la función judicial desde puntos de vista muy alejados o contradictorios. Se ha pretendido que el juez ha de aplicar la ley de un modo automático, mecánicamente, como una máquina silogística o una computadora. Se ha sostenido también que el juez al resolver un caso crea al efecto una nueva ley; viéndose en el juez al creador del Derecho. Es cierto que el juez al aplicar cada ley ha de entenderla, concretando su sentido, en vista también de cada caso. Mas su actuación entonces no es distinta a la propia de su función de intérprete. Cualquier

El jurista al interpretar tiene la condición de servidor de la ley, en cuanto a ello le obliga su «oficio» de servidor del Derecho; lo que le impone el deber de buscar el sentido más justo de la ley como ordenadora social, y ello con la máxima imparcialidad y objetividad (17).

Lo delicado de la misión confiada al jurista, como encargado de interpretar la Ley, se manifiesta en toda su agudeza cuando el sentido de la ley es controvertido en un pleito o es objeto de discusión en la escuela. El jurista carece hoy de la «auctoritas» que tuvieron los «prudentes» en Roma. La decisión tomada o propuesta sobre una interpretación dada, habrá de ser justificada cumplidamente. Su valor deriva «non razione imperii sed rationis imperio». Importa, por ello, saber justificar la interpretación, tanto la doctrinal como la usual (18).

Siempre que la interpretación ofrecida no se revele de modo inmediato como evidente, será imprescindible que se le apoye en argumentos convincentes. Exigencias del bien razonar y del arte de convencer, para cuya satisfacción se han arbitrado esos medios, que han venido siendo entendidos bajo los nombres de dialéctica, tópica, axiomática, dogmática y retórica.

La interpretación jurídica puede considerarse como un arte que puede aprenderse y respecto de la que cabe predicar una teoría (19). Arte que enseñará el estudio de los grandes modelos..

intérprete (músico, traductor, pintor de un retrato, arquitecto), habrá de crear algo nuevo, lo interpretado, mas habrá de hacerlo conforme a la pauta, al modelo, al plano dado. Como el traje a medida, que se hace conforme al patrón o al figurín elegido. Comp. también lo dicho en *Fuentes de Derecho e Interpretación Jurídica* en este ANUARIO, XI-1 (enero-marzo, 1958), pág. 235 y sig., en esp. págs. 237-238, 250-251.

(17) La llamada "neutralidad" del juez no significa indiferencia respecto a la Justicia. Se ha de entender por ella que el que interprete la ley no se deje llevar al hacerlo por sus intereses y simpatías. Como el árbitro en un deporte, tendrá que aplicar la regla establecida sin doblarla en consideración de quienes juegan o de los deseos de los espectadores. Esta finalidad tiene la educación moral y técnica previamente exigida para ser juez o árbitro. Las tentaciones contra la imparcialidad han sido constantes y hasta se las ha tratado de justificar en la doctrina. Recientemente se predica una interpretación dirigida a favorecer a una clase social, la que se califica de dominada; comp. ANDRÉS IBÁÑEZ: *Para una práctica judicial alternativa*, Derecho y soberanía popular, An. de la Cat. Francisco Suárez, núm. 16, 1976, págs. 155-175; SAAVEDRA: *Notas sobre la legitimidad de una crítica de la elaboración judicial del derecho*, id., id. páginas 199-212; comp., ya en el Derecho soviético, sobre "la interpretación extensiva", GSOVSKI, *Soviet Soviet Law*, 1948, I, pág. 220. Sin una justificación ideológica, algún autor respetable en la antigua doctrina sostuvo que ante una cuestión dudosa es lícito decidir "pro amico"; aunque, con más razón, se comentó que ello sería hacerlo "pro diabolo"...

(18) Las sentencias de los Tribunales (con la excepción de Nov. R. 11, 16, 8) habrán de manifestar las razones y fundamentos legales o doctrinas. en que se funden; así, según art. 372, 3.º, L.E.C.

(19) SAVIGNY distingue claramente el arte de la interpretación de la teoría sobre el arte de la interpretación, *loc. cit.* XXXII, trad. esp. I, página 148. La doctrina anterior a Savigny acostumbra a referirse al arte.

Estos se podrán encontrar en los razonamientos que preceden o explican las soluciones dadas en el Digesto y después por las de los grandes maestros, canonistas y legistas. Los cuales, condensados y disecados, pasarán a las colecciones de reglas para la interpretación, que se recogen en los antiguos libros de Derecho.

La teoría de la interpretación, como la de todas las artes, se limita, según Savigny, a establecer preceptos y a señalar los peligros con los que puede tropezar (20). La que, de hecho, vendrá a condensarse en ir señalando los medios o datos aprovechables para la interpretación y en estudiar luego su contenido.

Reglas y enumeración de medios aprovechables que se ofrecen al intérprete por los autores al efecto de que puedan ser empleados, en su caso, como apoyo y ayuda, para que le auxilien en el mejor cumplimiento de su tarea de averiguar el verdadero (el adecuado y justo) sentido de la ley (21).

III. ANTECEDENTES RESPECTO DE LAS REGLAS PARA LA INTERPRETACION DE LA LEY

No estará de sobra, me parece, recordar ahora ciertos datos sobre los antecedentes históricos o falta de antecedentes de nuestro artículo 3.º. No se pretende hacer a tal efecto un estudio propio de Historia del Derecho o de Derecho Comparado, se trata sencillamente de observar de lejos cómo surgen las reglas sobre la interpretación y, con ello, aquellas otras sobre la sistematización de los argumentos atendibles para el ordenado y buen interpretar.

1. *Los textos romanos.*

La exposición de Pomponio sobre el origen y devenir del Derecho romano (D. 1, 2, 2) nos permite conocer bien la importancia decisiva que en Roma tuvo la labor interpretadora de los «prudentes». Los antiguos daban sus respuestas del modo más escueto, sin pararse a justificarlas con las razones que tuvieran para ello; se basaban tan sólo en su «auctoritas», en la que les concedía su alta condición social, su saber y su buen sentido. Esta situación cambia con el influjo de la cultura helénica (22); la divulgación

de la hermenéutica. En la doctrina moderna, posterior a Savigny, se considera la interpretación jurídica como arte, según unos autores, y como ciencia, según otros.

(20) Loc. antes citado.

(21) También servirá su empleo de justificación de la "ratio decidendi", de su objetividad e imparcialidad.

(22) Posible por el abandono de la concepción del "ius strictum" y el permitirse interpretar la ley conforme a la "aequitas".

del arte de razonar (dialéctica, tópica) hará que se requiera que la autoridad de las opiniones de los juriconsultos se base en sus estudios y en el valor de los argumentos utilizados. La ciencia del Derecho pierde su antiguo carácter misterioso y secreto, es objeto de enseñanza y se escriben libros por juristas dedicados a la docencia, al objeto de instruir y facilitar el entendimiento de los textos legales (23).

Los hombres comisionados por Triboniano para la redacción del Digesto cortan y recortan los textos de los antiguos maestros, recogen frases desgajándolas de su contexto y destacan así como reglas generales y abstractas, las explicaciones dadas para justificar la solución de un caso o el comentario del precepto de una ley (24). Dichas reglas pueden encontrarse a lo largo de todo el Digesto, en especial en el título dedicado a las fuentes del Derecho (D. 1,3) y en los fragmentos bajo las rúbricas del «significado de las palabras» (D. 50,16) y de «las diversas reglas del Derecho antiguo» (D. 50,17). Se recogen dichos de muy diferentes naturaleza y alcance; algunos de clara orientación de política jurídica, como los que señalan la posibilidad o aconsejan apartarse del sentido literal y atender a la razón o espíritu del precepto legal (25); otros, en cambio, reproducen argumentos retóricos, lógicos o pseudo lógicos y de simple buen sentido (26).

La eficacia de la interpretación elaborada por los «prudentes», como fuerza renovadora del Derecho, despertará la suspicacia de la administración romana, que limitará el «publici respondendi ius» a quienes les fuera especialmente concedido (27). Recelo hacia la interpretación que se acentúa en Bizancio. Justiniano reserva el monopolio de la interpretación en favor del Emperador,

(23) Junto a las obras de comentarios dedicadas a la solución de los casos ofrecidos por la práctica o a la de los imaginarios preparados para la docencia, se redactan otras de carácter más general o abstracto, como aparece de sus títulos, “regulae” “definitiones”, “diferentiae”, “sententiae”.

La ciencia jurídica, como pretendiera CICERÓN, vendrá así a ser iluminada por el arte del buen razonar, a la que éste considerara “*artem omnium artem maximam*”, *De claribus oratoribus liber, qui dicitur Brutus*, 41, 152 y 153.

(24) De esta manera, se cambia a veces el sentido del texto original. Lo que lleva a los pandectistas a considerar necesaria una “*duplex interpretatio*”; la del sentido del texto justiniano y la del que hubo de tener en el originario; así, el célebre D. 1,3,31, que limitado en el texto de Ulpiano “*ad legem Juliam et Papiam*”, se formula de modo general por los compiladores.

(25) D. 1,3,17 y D. 50,16,6, § 1; también D. 1,3,25 y D. 2,15,8, § 6; C. 1,14,6.

(26) Por ejemplo, el argumento “*a contrario*”, D. 1,3,22, la interpretación atendiendo a las leyes anteriores o posteriores. D. 1,3,26,27 y 28, la interpretación gramatical, D. 33,10,7, § 2, la interpretación para evitar el fraude, D. 1,3,17, D. 4,10,19. Se recogen por los autores del Derecho común y pueden verse ordenadas por los autores modernos, después citados.

(27) D. 1,2,2, § 47.

como incluido en, o paralelo a, su poder de legislador (28); el que se completa con la prohibición y condena del comentar e interpretar las Pandectas (29).

Mas esta enemiga hacia la libertad de la interpretación pudo considerarse limitada a la interpretación con fuerza vinculante o imperativa. Así, se aconseja investigar los textos legales «subtili animo», para excluir aparentes contradicciones entre ellos (30), y se regula el honor que les es debido a los «iuris peritos», que como los gramáticos y sofistas hayan demostrado su pericia en enseñar e interpretar (31).

2. El Derecho común.

La doctrina posterior, al comentar los textos romanos, se ocupó, aquí también, de ordenar y desarrollar lo dicho sobre interpretación en la obra justiniana. En la misma glosa se tratará de fijar el significado del término interpretación (32) y de distinguir sus clases, según su origen y eficacia. La interpretación dada por el príncipe, con eficacia obligatoria; la del juez, también necesaria, pero limitada al caso; y la de los doctores, sólo probable (33).

De la evolución posterior de la doctrina cabe destacar dos aspectos de interés a nuestro objeto.

Puede advertirse la utilización en sentido amplio del término interpretación. Se habla así de interpretación auténtica, pero se señala también su diferencia con la interpretación en sentido propio. Ella pudo no advertirse mientras que el Príncipe, a la manera del Emperador romano, recaba para sí el monopolio del poder legislativo y el que, por ello, su interpretación haya de imponerse con la misma fuerza que la de cualquier ley; en cambio, vendrá a revelarse dicha diferencia de modo evidente cuando la interpretación recae sobre una ley dada en Cortes, pues entonces el Príncipe carece de potestad para imponer su propia interpretación sin antes contar para esto con la aprobación de las Cortes (34). La llamada interpretación auténtica plantea siempre una

(28) C. 1,14,12, § 1: "tam conditor quam interpres legum solum imperator iuste existimabitur".

(29) C. 1,17,2, § 21; C. 1,17,1, § 12.

(30) C. 1,16,2, § 15. Se admiten también las interpretaciones dadas por los antiguos autores, recogidas en el Digesto, C. 1,14,12, § 1.

(31) C. 12,15: "si docendi peritiam fecundiamque dicendi interpretandique subtilitatem et copiam disserendi se habere pateficient".

(32) Glosa a D. 1,2,1: "verbum interpretationis in proprio sensu denotat vocabuli apertam significationem; hinc enim largius pro correctione arctatione et prorogatione".

(33) Glosa a C. 1,14,2; que comenta: "nam nemo est adstrictus stare verbis magistro".

(34) CANCER: *Variarum Resolutionum Iuris Caesarei, Pontificii et Municipalis Cathalaunae*, III, 3, §§ 62-68, ed. Antuerpiae, 1698, III, páginas 51-52, y allí citados. CRESPO DE VALDADURA: *Observationes illustratae*

cuestión respecto a la delimitación de los poderes políticos; mientras la interpretación en sentido propio (declarativa) se refiere al entender, a la averiguación del sentido de aquello que haya sido expresado en el texto de la ley.

La interpretación, en su sentido estricto del entender supone *la libertad del intérprete*, pues se trata ahora de la búsqueda de la verdad, del sentido verdadero de lo sometido a interpretación. En este sentido, Crespo de Valdaura, al enfrentarse con las disposiciones que prohibían la interpretación, nos dice que ellas son inválidas en cuanto contrarias al Derecho natural, al que no puede derogar el Derecho civil; «por lo mismo que no se puede prohibir al hombre que razone, lo que es de su esencia propia y natural, no se puede prohibir que razone para entender las leyes e interpretar los estatutos en razón a lo que convenga a los casos, respecto a los que se suscite alguna duda justa» (35).

Las reglas sobre la interpretación contenidas en el Digesto, gozarán del mismo respeto casi supersticioso que se venía dispensando al Derecho romano. Las Partidas recogen los últimos títulos del Digesto en otros paralelos, y también denominados «Del significado de las palabras» (P. 7,33) y «De las reglas del Derecho» (P. 7,34). A ejemplo también del Digesto se agregan por Bonifacio VIII (1299), al final del «Liber Sextus Decretalium», ochenta y ocho reglas para la aplicación del Derecho canónico. En fin, se encuentran recogidas dichas reglas en los libros sobre brocardos, máximas, lugares comunes y principios; aunque ellos irán confundidos con argumentos, sentencias y decisiones de los doctores, de muy variado origen y carácter (36). Entre las citas hechas, se encuentra de modo constante la del fragmento de Celso (D. 1,3, 17), con la que se abre la puerta a la libertad del intérprete, permitiéndole escapar de la esclavitud de la letra de la ley. Regla que no es propiamente interpretativa, sino previa a la interpretación, haciéndola posible.

De un modo más concreto e inmediato, al tratar de la ley, de su derogación o del modo de salvar posibles contradicciones entre las leyes, los autores antiguos nos han dejado listas de reglas más o menos extensas para guiar a los jueces y a los doctores en la tarea de interpretar las leyes, es decir, para la que llaman interpretación doctrinal o magistral (37).

Decisionibus Sacrii Supremii Regii Aragonum Consilii, Supremi Consilii S. Cruciatæ et Regiæ Audientiae Valentinae, I, Qu. I, III, núms. 44 y sig., IV, núm. 67, Editio novissima. Lugduni, 1677, I, págs. 9 y 11

(35) CRESPO DE VALDATURA, *loc. cit.*, I, Qu. 1, § 1, núm. 20, I, pág. 7.

(36) Son también recogidas en *Manuale Legum sive Hexabiblos*, de HERMENOPOLOS, I, 1, ed. HEIMBACH, Lipsiae, 1851, pág. 21-33; texto al que se le reconoció fuerza legal (1823, 1835) por recoger las leyes civiles de los emperadores bizantinos y por ello vigente en Grecia hasta la entrada en vigor del Código civil helénico (1941, 1946).

(37) Resumiendo la doctrina común, FERRARIS SOLER-ALEXANDRINI, según la edición española de Francisco María VALLARNE, en *Prompta Bibliotheca canónica, jurídica, moralis, theologica*, &, Madrid, 1786, V. voc.

3. La Codificación en Francia.

Llegado el momento de las Codificaciones, se plantea la cuestión de decidir si todas o algunas de aquellas reglas, las recogidas en el Digesto y las demás elaboradas por los autores de Derecho natural (Pufendorf, Thomasio, Heineccio, etc.), deberían llevarse al texto de los Códigos.

En Francia, Portalis llega a redactar un Proyecto de título preliminar recogiendo las más importantes; fue retirado antes de ser discutido, porque se pensó que se trataba de máximas de la doctrina, y que, conforme a la naturaleza de ésta, su exposición y examen corresponde a la enseñanza del Derecho y a los libros de los juriscunsultos (38). Ejemplo que seguirán los Códigos que, como el español, toman como modelo el Código Napoleón, y, conforme al mismo, los autores también irán abandonando la práctica de la enumeración de dichas reglas.

4. La técnica de la interpretación.

Un cambio fundamental de enfoque respecto de la práctica de la interpretación, se advierte desde el momento que en la doctrina alemana se estudia el arte de la interpretación («hermenéutica iuris») como materia independiente. Dicho arte enseña cómo debe procederse de modo general para entender cada ley. Se dejan de lado las antiguas reglas y se distingue a este efecto, entre la interpretación gramatical y la interpretación lógica (39).

“Lex”, págs. 285-286, establece doce reglas; a las que un anónimo comentarista agrega otras seis. Nuestros autores también cuidaron de recoger dichas reglas para la interpretación de las leyes. GÓMEZ DE LA SERNA y MONTALBÁN, *Elementos de derecho civil y penal de España*, en 4.^a ed., Madrid, 1851, diez reglas, págs. 188-189; en ed. 13.^a, 1881, trece reglas, I, páginas 284-286; ELÍAS, *Derecho civil general y foral de España*, 2.^a ed. 1883, seis reglas y especial referencia a Aragón, Cataluña, Navarra y Vizcaya, págs. 8 y 9. FERNÁNDEZ ELÍAS: *Novísimo tratado histórico-filosófico del Derecho civil español*, Madrid, 1873, once reglas, págs. 147-148. GUTIÉRREZ: *Códigos o estudios fundamentales sobre el Derecho civil español*, 2.^a ed. Madrid 1866, págs. 98-101, enumera 18 reglas como recomendadas por los tratadistas. Resumidamente: DEL VISO, *Lecciones elementales de Derecho civil*, 1885, I, pág. 15.

(38) TOULLIER: *Le droit civil français suivant l'ordre du Code*, 3.^a ed. Bruxelles 1820, I, § 150, págs. 94, 95. Con ello parece haberse seguido el criterio prudente de DOMAT, quien mejor que recoger lista de reglas prefirió dar unas orientaciones generales sobre la aplicación de las leyes y agrega que su buen uso debe depender del buen sentido y juicio y de las opiniones resultantes del estudio, la experiencia y las diferentes reflexiones sobre los hechos y circunstancias de las que nazcan las dificultades a resolver, *Traité des loix*, cap. 11, § XLVIII, ed. París, 1777, I, página XXXIV. El mismo PORTALIS, exponiendo ante el Tribunalado los motivos de los artículos 4.^o y 5.^o, dirá también que “el poder de juzgar no puede estar dirigido en su ejercicio por preceptos formales”; también, el tribuno LUDOT, *Code civil suivi de l'exposé des motifs*, París, 1820, II, página 18, IX, pág. 72.

(39) THIBAUT: *System des Pandekten-Rechts*, 8.^a ed., Jena 1834, §§

Savigny entiende que junto al arte existe la teoría de la interpretación. La interpretación es «la reconstrucción del pensamiento contenido en la ley», y en nada difiere la de la ley de la interpretación de cualquier otro pensamiento expresado en el lenguaje; pero agrega que su particularidad se encuentra en que puede descomponerse en cuatro elementos, gramatical, lógico, histórico y sistemático, con cuyo estudio se agota el contenido de la ley (40).

La gran autoridad de Savigny y lo prolijo de su estudio sobre la interpretación no logra se acepte como útil o necesaria su enumeración de medios para la interpretación; se sigue prefiriendo por algunos autores la vieja distinción entre la interpretación gramatical y lógica (41), pues dentro de ésta se comprenden otros medios y reglas no recogidos en la clasificación de Savigny (42); y, en fin, se señala expresamente que dicha clasificación puede resultar incompleta (43).

Los antecedentes aquí recogidos, aunque necesariamente parciales, pueden servir para mostrar con la suficiente claridad la radical diferencia y también la relación existente entre los señalados dos tipos de reglas sobre la interpretación.

Los autores que con prurito sistematizador se ocuparon de la hermenéutica, cuando establecen reglas o cánones para la interpretación («canoni hermeneutici», «fundamentali») pretenden enseñar la teoría, la de cómo ha de procederse con orden para entender debidamente las leyes, distinguiendo, ordenando y explicando los datos, reglas o argumentos a considerar para ello. Se trataba de adentrar en general en el arte o técnica del buen entender o del buen razonar, sobre el sentido de leyes oscuras o contradictorias. Las antiguas reglas vendrán recogidas, en su caso, dentro de alguno de los medios enumerados, las más de ellas como argumentos lógicos.

44-54, págs. 39-45; donde se recoge la anterior bibliografía; es también autor de *Theorie des logischen Auslegung*, Altona, 1799, 2.^a ed. 1806.

(40) *Sistema del Derecho romano actual* (trad. de Mesia y Poley), Madrid 1878, §§ 32-51, I, págs. 145-221; en especial § XXXII, pág. 148, § XXXIII, págs. 149-150. Allí, como en los autores citados en la nota siguiente, se hace referencia bibliográfica a los autores más antiguos.

(41) PUCHTA: *Pandekten*, 5.^a ed., Leipzig, 1850, § 15, pág. 25, *Cursus der Institutionen*, 9.^a ed., Leipzig, 1881, § 17, págs. 24, 25; WARKOENING: *Institutionis Juris romani privati*, Leodii, 1825, § 114, pág. 41; BARON: *Pandekten*, Leipzig, 1893, § 6, págs. 20-21; ARNDTS R. V. ARNESBERG, *Lehrbuch der Pandekten*, Stuttgart, 1886, 13 ed. § 7, págs. 10-11.

(42) WACHTER, *Pandekten*, Leipzig, 1880, I, § 26, pág. 128, nota 6.

(43) REGELSBERGER, advierte que la ciencia no se encuentra en situación de determinar todos los puntos a los que hay que atender en cada caso, y tampoco de describir de modo exhaustivo los medios posiblemente a utilizar, *Pandekten*, Leipzig, 1893, § 36, pág. 145, comp. su "estudio de los medios auxiliares para la interpretación científica", págs. 145-161. Sobre "los medios" para la interpretación, también BRINZ: *Lehrbuch der Pandekten*, Erlangen, 1873, § 29, págs. 120-123.

5. La interpretación y el respeto a la letra de la ley.

Las máximas sobre la interpretación recogidas también por otros autores (los extraños a la dirección hermenéutica) en sus listas de reglas, son dictadas con distinto fin, con el propósito de dar solución a dudas o cuestiones concretas. Ellas tienen variado origen y naturaleza. Mas el fragmento de Celso (44), siempre citado, se destaca como la piedra básica para autorizar la desvinculación del intérprete hacia la letra de la ley. No contiene una verdadera regla de hermenéutica sino que es fundamento de ésta y la que la hace posible, abriendo la puerta al arte de la interpretación (45). Supone un cambio trascendental en el respectivo papel atribuido al legislador y al intérprete. Aunque la mayor o menor independencia de éste hacia la letra de la ley depende también del régimen propio de cada ordenamiento, de la naturaleza y jerarquía que por él se atribuya a cada fuente del Derecho.

Abandonado el criterio de la obediencia literal a la ley, pudo temerse que con ello quedase disminuida la primacía atribuida a la ley. De ahí que en algunos países se sintiera el deseo de limitar las facultades interpretativas de los jueces.

Las disposiciones que se encuentran en algunos Códigos civiles sobre interpretación de la Ley, no tienen por objeto ilustrar al intérprete, diciéndole cuáles son los datos a los que habrá de atender para averiguar el sentido de cada ley; antes bien, ellas se dictan para evitar que el poder atribuido al juez de interpretar la ley, saliendo de su sentido literal, pueda resultar en desconsideración al respeto debido a la ley. Para ello se establecen expresamente límites a la libertad dada al Juez para interpretar los textos legales (46).

El Código civil general de Austria (1811) los impone diciendo que: «En la aplicación de las leyes no se permite atribuirles otro sentido que aquel que se manifiesta en el propio significado de las palabras, en su contexto y según la clara intención del legislador» (§ 6) (47). El hecho de que este Código estuviera en vigor en parte de Italia (desde 1815 a 1866 en Lombardía, y hasta 1871 en

(44) "Scire leges non hoc est, verba earum tenere, sed vim ac potestatem", D. 1,3,17.

(45) La tensión y conexión entre "de verbis et scripto iuris" y "de sententia legis" será la base del estudio sistematizado de DONNELLO sobre la interpretación y sobre cómo resolver la ambigüedad y oscuridad de las leyes, *Comentarium de Iure civili*, cap. XIII, XIV y XV, Hano-viae, 1610, I, págs. 30-40.

(46) Lo que procuró ya hacer el Derecho territorial general de Prusia, *Einleitung*, §§ 40-50; al que se refiere SAVIGNY, *loc. cit.*, § 51, trad. esp., pág. 220.

(47) En su § 7 se dice también que no pudiéndose decidir un caso "ni por las palabras ni por el sentido natural de una ley", se acuda a la analogía y, si todavía el caso es dudoso, a "los principios del Derecho natural, teniendo en cuenta todas las circunstancias del caso, reflexivamente consideradas".

Venecia) (48) puede explicar que en las «Disposiciones sobre publicación, interpretación y aplicación de las leyes en general» para la unificación legislativa del Reino de Italia (1865), se reproduzca casi literalmente lo mandado en el Código austríaco (art. 3, par. 1) (49).

Posiblemente, teniendo en cuanto lo dispuesto en el Código austríaco, el Código civil de Chile (1855) ordena que «Cuando el sentido de la ley es claro, no se desatenderá su tenor literal, a pretexto de consultar su espíritu. Pero bien se puede, para interpretar una expresión *oscura* de la ley, recurrir a su intención o espíritu, claramente manifestados en ella misma o en la historia fidedigna de su establecimiento» (art. 19) (50). Precepto que, con los que le siguen (arts. 20-24), se reproducen en los Códigos civiles de El Salvador (arts. 19-24) y Colombia (arts. 25-32), de 1859 y 1887. Ideas que de modo más conciso se ha creído deberse mantener en el Código civil de Venezuela de 1942 (art. 4.º) (51).

Todavía el moderno Código civil de Portugal conserva restos de

(48) *Codice civile universale austriaco, Edizione ufficiale*, Venezia, 1815.

(49) El párrafo segundo de este artículo 3.º recoge lo dispuesto en el § 7 del Código austríaco, aunque refiriéndose a los principios generales del Derecho. El vigente Código italiano (1942) en sus «Disposiciones sobre las leyes en general», mantiene el mismo criterio, aunque refiriéndose a los principios generales del ordenamiento jurídico del Estado (artículo 12).

(50) El profesor LIRA URQUIETA, en el *Estudio preliminar* al Código civil de Chile, ed. Instituto de Cultura Hispánica, Madrid, 1961, nos informa que Andrés Bello, redactor de dicho Código, tuvo a la mano los códigos austríaco, holandés, sardo y siciliano y los viejos códigos prusiano y bávaro, así como «el extraño Código civil de La Luisiana», pág. 11.

El artículo 19 se desarrolla así: «Art. 20. Las palabras de la ley se entenderán en su sentido natural y obvio, según el uso natural de las mismas palabras; pero cuando el legislador las haya definido expresamente para ciertas materias se les dará en éstas su significado legal. Art. 21. Las palabras técnicas de toda ciencia o arte se tomarán en el sentido que les den los que profesan la misma ciencia y arte, a menos que aparezca claramente que se ha tomado en sentido diverso. Art. 22. El contexto de la ley servirá para ilustrar el sentido de cada una de sus partes, de manera que haya entre todas ellas la debida correspondencia y armonía. Los pasajes oscuros de una ley pueden ser ilustrados por medio de otras leyes, particularmente si versan sobre el mismo asunto. Art. 23. Lo favorable u odioso de una disposición no se tomará en cuenta para ampliar o restringir su interpretación. La extensión que deba darse a la ley se determinará por su genuino sentido y según las reglas de interpretación precedentes. Art. 24. En los casos a que no pudieran aplicarse las reglas de interpretación precedentes, se interpretarán los pasajes oscuros o contradictorios del modo que más conforme parezca al espíritu general de la legislación y a la equidad natural».

(51) Dispone que «A la ley debe atribuirse el sentido que parece evidente del significado propio de las palabras, según la conexión de ellas entre sí y la intención del legislador. Cuando no hubiere disposición precisa de la ley, se tendrán en consideración las disposiciones que regulen casos semejantes o materias análogas; y, si hubiere todavía dudas, se aplicarán los principios generales del Derecho».

la vieja desconfianza del poder legislativo respecto de quienes hayan de aplicar las leyes; lo que puede explicarse dado el momento y régimen político existente en el momento de su promulgación (1966). El artículo dedicado a la «interpretación de la ley», en su primer párrafo dice que, «la interpretación no debe ceñirse a la letra de la ley sino que partiendo de los textos debe reconstituir el pensamiento del legislador, teniendo en cuenta sobre todo la unidad del sistema jurídico, las circunstancias en que la ley fue elaborada y las condiciones específicas del tiempo en que sea aplicada». Respeto a la voluntad del legislador, que se trata de asegurar en el siguiente párrafo, ordenando que «no podrá por tanto el intérprete considerar el pensamiento del legislador, que no tenga en la letra de la ley un mínimo de correspondencia verbal, aunque esté imperfectamente expresado» (art. 9.º) (52).

6. *La interpretación en sentido laxo y en sentido estricto.*

Los textos legislativos que se citan antes vienen colocados bajo la rúbrica «interpretación», entendiéndolo en el sentido más laxo de delimitación del alcance de las fuentes del Derecho. En efecto, con ellos se trata de afirmar el valor jerárquico primario de la ley, el respeto que a su letra habrá de tener el poder judicial. Sentido amplio de la interpretación que permite ser entendida además como tal, en dichos textos, la referencia a las fuentes a las que se ha de acudir en caso de silencio de la Ley (Derecho supletorio).

La distinción entre los significados amplio y estricto de la interpretación conviene sea siempre tenida aquí en cuenta, dado lo diverso de su cometido. Así, esto puede ya advertirse en el ambiguo alcance que se le diera al Derecho romano antes de la Codificación; pues en cuanto considerado Derecho común respecto de los De-

(52) En el tercer y último párrafo precisa que “el intérprete al fijar el sentido o alcance de la ley presumirá que el legislador consagró las soluciones más acertadas y supo expresar su pensamiento en términos adecuados”. El artículo 10.º sobre integración de las lagunas de la ley, admite la aplicación de la analogía y, en su defecto, que se resuelva la situación “según la norma que dictaría el propio intérprete si tuviera que legislar dentro del espíritu del sistema”.

En los países anglosajones la cuestión tiene otro enfoque. Los tribunales se inclinan a la interpretación literal de los “statutes”, por considerarlos como excepciones del “common law” y, por tanto, de interpretación restrictiva; mientras que se mantiene el criterio del “stare decisis”. Sobre la evolución de esta doctrina, FRIEDMANN: *Legal Theorie*, 5.ª ed. London, 1967, págs. 451 y sig.; PATON: *A Text-book of Jurisprudence*, Oxford, 1964, págs. 216 y sig.; ALLEN: *Law in the making*, Oxford, 1966, págs. 503 y siguiente.

En el Código civil de Puerto Rico, arts. 14-19, se observa que sigue el Código de Luisiana (arts. 13-18), desviándose así de la doctrina general norteamericana; ed. Instituto de Cultura Hispánica, *Estudio preliminar de Félix OCHOAEC*, Madrid, 1960. Tabla de concordancias, pág. 345.

rechos particulares de cada territorio (estatutos, Derechos municipales), se le podía utilizar de dos maneras: como Derecho supletorio, es decir, a falta de ley propia aplicable, pero con valor imperativo, o bien como elemento interpretativo, es decir, respecto de toda ley de sentido dudoso, pero sólo al servicio del mejor entendimiento de la Ley aplicable (53). Doble posible función, de carácter y eficacia diferente, que pueden tener también siempre los principios generales del Derecho.

7. *Ambito de libertad del intérprete.*

La referencia hecha a aquellos pocos Códigos que se ocupan de la interpretación de las leyes, no significa que esta materia se haya considerado propia para ser regulada en los Códigos. Al contrario, aparece tal regulación como algo excepcional, explicable o justificada por una especial desconfianza hacia el poder judicial. Superada ésta, la mayoría de los Códigos, siguiendo el ejemplo de los de Francia y de Alemania, no tratan para nada de la interpretación de las leyes.

Respecto al otro significado de la interpretación, el propio de la averiguación del sentido de la ley, no se conoce ningún Código civil que se haya ocupado de ella, antes de la reforma de nuestro Código Civil (54). Será la doctrina jurídica la que con más o menos cuidado señale que para realizar la tarea interpretativa se han de utilizar ciertos elementos, a los que llama momentos, argumentos, factores, motivos, datos, clases, partes y fundamentos. Del examen de dicha doctrina se obtiene la conclusión de que los autores no atribuyen a tales enumeraciones valor imperativo y que, con ellas, tampoco han pretendido limitar la libertad del intérprete de utilizar cualquier otro dato o medio para averiguar cuál sea el sentido de la ley, para su aplicación más adecuada y justa.

(53) Cuestión también planteada respecto de los Derechos forales. Ahora, la Compilación de Cataluña ha derogado su antiguo Derecho supletorio (disp. final 1.^a), sustituido por el Código civil, y se dispone para interpretar los preceptos de la Compilación se tomará en consideración la tradición jurídica catalana (art. 1.^o); sistema seguido por las Compilaciones de Baleares (art. 2.^o) y Galicia (art. 2.^o). Las de Vizcaya y Alava y la de Aragón no contienen precepto sobre la interpretación; presumiblemente por innecesario, dada la doctrina general sobre la utilización a tal fin de los antecedentes históricos. El Fuero Nuevo de Navarra parece atribuir al cuerpo de la tradición jurídica navarra, y por el orden allí establecido, la doble función de interpretar e integrar las leyes de la Compilación (leyes 1 y 6).

(54) El Código de Derecho canónico, por el contrario, explica: "Las leyes eclesiásticas deben entenderse conforme a la significación propia de sus palabras, considerada en el texto y en el contexto; si la significación permaneciere dudosa y oscura, se ha de recurrir a los lugares paralelos del Código, si es que existen; al fin y circunstancias de la ley y a la mente del legislador", canon 18 (trad. de la BAC). Lo que es propio del carácter adoctrinador de las normas canónicas.

Windscheid había advertido que la interpretación (la doctrinal) no es tanto una ciencia que pueda enseñarse sino más bien un arte que hay que aprender; que la teoría sólo sirve para dirigir la atención hacia los puntos de vista orientadores (55). Criterio que parece aceptarse de modo general en Alemania (56). En este mismo sentido, y también por la doctrina de otros países, se nos dice que debe hacerse una elección judiciosa de los medios de interpretación; éstos deberán utilizarse con destreza; la personalidad del intérprete juega un papel predominante. La interpretación es un arte más que una ciencia (57). Ferrara, aunque por el contrario entiende que «la interpretación es una interpretación científica»; coincide con los autores citados, y con la generalidad de la doctrina, en que se trata de una «actividad científica libre, investigación racional de la ley y obra de los juristas teóricos y prácticos»; y ya, como «métodos de interpretación», enumera «los medios que generalmente se utilizan para interpretar» (58). En Francia, al tratarse de la reforma de su Código civil, se propuso insertar en el proyectado nuevo Código una regla para la interpretación de disposiciones oscuras o ambiguas (59); la Comisión la

(55) *Lehrbuch des Pandektenrechts*, I, 20, 3.^a ed. 1873, I. pág. 50.

(56) Comp., después de publicado el B.G.B., ENNECCERUS: *Lehrbuch des Bürgerliches Recht*, 1928, I, § 48, i. f., pág. 105, § 51, i. f., pág. 115; en ed. de NIPPERDEY, 1952, §§ 53 y 56, págs. 198, 206; V. TUHR: *Der Allgemeine Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts*, 1910, I, pág. 37; LEHMANN: *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches*, 9.^a ed., 1955, § 8, II, págs. 206 y sig.; LARENZ: *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 1960, especialmente, págs. 255-257, *Allgemeiner Teil des deutschen bürgerlichen Rechts*, 1967, págs. 35-37; ESSER, *Grundsatz und Norm*, 1956, págs. 116-117. ENGISCH: *Einführung in das juristische Denken*, 1956, págs. 77, 82 y siguientes.

(57) DU PASQUIER, *Introduction à la Théorie générale et à la philosophie du Droit*, 2.^a ed. 1941, § 202, págs. 205-206. También sobre el Derecho suizo; DESCHENAUX: *Schweizerisches Privatrecht*, II, 1967, págs. 80 y sig., pág. 94 (medios auxiliares indeterminados); MEIER-HAYOZ, en *Berner Kommentar*, 1962, I, págs. 67-68. Sobre Derecho austríaco, EHRENZWEIG: *System des österreichischen allgemeinen Privatrechts*, 1925, I, § 17, páginas 68-72. Sobre Derecho neerlandés; KRANENBURG: *De Grondslagen der Rechtswetenschap*, 1948, págs. 40-65, especialmente § 5, pág. 52; SCHORTEN: *Algemeen Deel*, en ASSER: *Handleiding*, 1931, pág. 43 (que examina "los factores" para establecer el sentido de la ley).

(58) *Trattato di Diritto civile italiano*, 1921, I, 1, pág. 207, pág. 212 y sig., comp.; BETTI, *loc. cit.* § 49, pág. 173 y sig.; ASCARELLI, en *Saggi giuridici*, 1949, págs. 67-68. El art. 12. Disp. prel., del vigente Código italiano, origina algunas confusiones, dado el doble significado del término interpretación, RUGGIERO, MAROI: *Istituzioni di Diritto privato*, 1949, página 47; MESSINEO: *Manuale de Diritto civile e commerciale*, 1952, I, página 95 y sig.

(59) Art. 21. "Si el sentido de una disposición legislativa es oscuro o ambiguo, el juez debe interpretarla teniendo en cuenta el fin perseguido por el legislador, las necesidades sociales del momento, y la equidad". *Travaux de la Commission de Reforme du Code Civil* (Année 1948-1949), 1950, pág. 153.

rechaza por considerar que imponerla resultaría inútil, peligroso y contrario a la libertad propia del poder judicial (60). Criterio que parece reflejar la opinión común de los civilistas franceses (61).

8. *La doctrina española posterior a la publicación del Código civil.*

El Código civil, antes de la reforma de 1977, no contiene regla alguna general sobre la interpretación de las leyes. Como el Código civil francés (art. 4.º) y el Proyecto de 1851 (art. 12), no se le permite al juez que rehusé fallar, aunque se encuentre ante el silencio de la ley, ante su oscuridad o insuficiencia (art. 6, par. 1); y se le señala, además, como medio de resolver tales dificultades, la posibilidad de acudir entonces a la aplicación de los principios generales del Derecho (art. 6, par. 2). No se establece límite alguno al poder judicial para cumplir su misión de intérprete de las leyes; confianza que se manifestara ya de modo evidente desde que la misión confiada al Tribunal Supremo deja de ser la de custodio de la letra de la ley («ley clara y terminante», R. D. de 4 de noviembre de 1838, Instrucción de 30 de septiembre de 1853) y se establece el recurso de casación para cuando el fallo sea contra ley o contra doctrina legal (Leyes de Enjuiciamiento civil de 1855 y de 1881) (62).

Los autores, en un primer momento, no parecen sentir preocupación por el modo o manera de entender las leyes (63). Incluso descuidan recoger aquellas listas de máximas tomadas de los textos romanos y elaboradas por la doctrina posterior (64).

(60) Opinión unánime; expresando su opinión crítica frente al proyectado artículo 21, maestros como BOULANGER, LYON-CAEN, ANCEL y JULLIOT DE LA MORANDIÈRE, *loc. cit.*, págs. 250-255.

(61) JULLIOT DE LA MORANDIÈRE: *Traité de Droit civil*, 1953, I, § 271, pág. 173; RIPERT, BOULANGER: *Traité de Droit Civil*, 1956, § 347, páginas 156 y sig.; MARTY, RAYNAUD: *Droit civil*, 1956, I, § 130 bis, pág. 230; MAZEAUD, MAZEAUD: *Leçons de Droit civil*, 1955, I, § 110, págs. 123 y sig.; CHARBONNIER: *Droit civil*, I, § 38, págs. 123 y sig., trata de las reglas prácticas de interpretación.

(62) GARCÍA GOYENA manifiesta la confianza puesta en el juez para interpretar, diciendo: "La religión y la conciencia ilustrada del juez deben suplir en los casos dudosos la imposibilidad del legislador para preverlos", *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*, 1852, I, pág. 25.

(63) SÁNCHEZ ROMÁN no considera la interpretación de la ley como problema; en su dura crítica dirigida contra el Código civil, por admitir como fuente del Derecho a los principios generales, mantiene que quedan en vigor las reglas contenidas en el tít. 34 de la Partida VII, *Derecho civil común y foral. Parte general*, 2.ª ed., p. 105.

(64) Aunque todavía FALCÓN, autorizándolas con la propuesta de Portalis, enumera catorce "reglas principales", *Exposición doctrinal del Derecho civil español, civil y foral*, 3.ª ed., 1888 I, págs. 61-62. NAVARRO AMAN- DI: *Cuestionario del Código civil reformado*, 1889, I, pág. 26, recoge trece reglas; aunque advirtiendo que no tienen otra autoridad que la de los tra-

Un cambio de postura, respecto a la interpretación de la ley, se observa al tiempo de publicarse en Madrid la traducción al castellano del «Sistema de Derecho Romano actual», de Savigny, en el año 1878 (65). La claridad didáctica con la que Savigny da a conocer el método que estima más adecuado, para examinar ordenadamente los argumentos utilizables para desentrañar el sentido de cualquier ley oscura, tendrá pronto resultados positivos. La Dirección general de los Registros, en su Resolución de 23 de agosto de 1894, utiliza dicho método para interpretar el artículo 272 del Código civil. Dice que, en todo problema de interpretación, hay que tener en cuenta los cuatro elementos de que se compone: el gramatical, el lógico, el histórico y el sistemático; y, conforme a esta declaración de principio, se examinan sucesivamente la construcción gramatical del artículo, el pensamiento que en el mismo domina, la tendencia de nuestro derecho histórico o tradicional y el principio capital de nuestro Derecho civil en materia de bienes, o sea el de su preferente atención a la propiedad inmobiliaria, que obliga, cuando ésta se halla en manos de menores, a rodearla de mayores formalidades y a procurarle mayores garantías (66). Desde este momento, los autores españoles acostumbran a enumerar como elementos o medios de los que ha de valerse el intérprete, los cuatro señalados por Savigny.

La aceptación de este criterio metódico, a diferencia de lo que ocurriera en Alemania, fue entre nosotros general y sin reparos (67). De tal manera que en los libros españoles, que de una u otra manera se ocupan de la interpretación, apenas podría citarse uno en el que no se mencione la clasificación cuatripartita de Savigny (68). Mas tales citas y referencias deben ser valoradas «cum granum salis».

En primer lugar, ha de advertirse que, aunque no siempre con la debida claridad, la doctrina de los autores acepta la enumeración

tadistas que las exponen, pues la interpretación judicial es absolutamente libre, pág. 25. VALVERDE criticará tales reglas por contrarias a “la libertad de interpretación”. *Tratado de Derecho civil español*, 3.^a ed., 1925, I, 98; 4.^a ed., 1935, págs. 111-112.

(65) En el brillante prólogo de DURÁN y BAS, se pondera la grandísima utilidad de esta obra en el orden de los principios generales del Derecho civil, pág. XXXVII, nota 1. En la primera edición de su *Tratado* (1909), VALVERDE advierte que el “movimiento jurídico operado por la doctrina científica del gran jurisconsulto SAVIGNY y de los pandectistas modernos, ha cambiado la fisonomía y parte del contenido del derecho privado”, pág. VIII.

(66) Estaba en cuestión la necesidad de la pública subasta para enajenar un inmueble, cuyo valor no excedía de 4.000 ptas., propiedad de un menor.

(67) Pudo ser decisiva la autoridad de los primeros autores que lo recogieron, las de: CASTÁN TOBEÑAS: *Derecho civil español común y foral*, 2.^a ed., 1926, I, pág. 15 y posteriores ediciones; VALVERDE: *Tratado de Derecho civil español*, 3.^a ed., 1925, I, pág. 94.

(68) He encontrado el de BORREL Y SOLER: *Derecho civil español*, 1955, I, págs. 80-82.

de Savigny como guía orientadora del intérprete, pero sin que se entienda que con ello se le imponga utilizar siempre todos y cada uno de los datos mencionados, ni se pretende así coartar su libertad y negarle que pueda emplear otros datos o argumentos que le sirvan para llegar a una interpretación justa (69).

En segundo lugar, es necesario llamar la atención frente al espejismo que se ha producido al apreciar la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Se ha llegado a entender, parece, que la doctrina de Savigny ha sido consagrada o aplicada como imperativa por nuestro Más Alto Tribunal. Ello no resulta exacto. Es verdad que se citan dos o tres sentencias en las que se mencionan los elementos enumerados por Savigny; pero en ninguna de ellas se considera decisivo para resolver el caso de autos atenerse a su doctrina.

La importante sentencia de 7 de noviembre de 1940, para desestimar el recurso interpuesto por no aplicación del artículo 1964 del Código civil, considera la interpretación gramatical como «concluyente» (70); aunque añade que ella «resulta verificada y reforzada por la interpretación lógica», y dice todavía que «a idénticos resultados conduciría una indagación histórica».

La sentencia de 27 de junio de 1941, considera frágil la argumentación del Tribunal de instancia, basada en que no cabía interpretar extensivamente las limitaciones impuestas a la capacidad del menor incapacitado (71), y comenta que «no es, por otra parte, recomendable en caso alguno, encerrar la interpretación dentro de los límites estrechos del elemento literal, sin completar y controlar sus resultados mediante el empleo de los demás elementos, racionales, históricos y sistemáticos, que han de poner en claro el verdadero espíritu y alcance de la norma». Mas en esta consideración no se encuentra la «ratio decidendi» por la que se da lugar a la casación; el fundamento de la sentencia es otro, y uno que no se enumera en el elenco formulado por Savigny; es el de que con la interpretación dada al artículo 317 por el Tribunal de instancia, «vendría a eludirse fácilmente» la prohibición que ese artículo con-

(69) Ya CASTÁN, *loc. cit.*, pág. 15 y en posteriores ediciones. DE DIEGO: *Instituciones de Derecho civil español*, 1929, I, pág. 116. Creyendo recoger la opinión común —explícita o implícita— pude decir que los datos agrupados por SAVIGNY en cuatro clases, no son los únicos tenidos o que deban tenerse en cuenta, *Derecho civil de España*, 3.^a ed., 1955, I, página 520, y nota 6. Como dirá ALBALADEJO, los medios de que se vale el intérprete para la interpretación, son “cualesquiera que sean útiles para el fin de ésta”, *Compendio de Derecho civil*, 1970, pág. 28.

(70) Se aplica el art. 1967, considerando que el término profesor comprende a los médicos, pues se refiere no sólo de quien enseña sino también de quien ejerce una ciencia, según el Diccionario de la Real Academia Española.

(71) Se refiere a la establecida respecto al menor emancipado (para su protección) de no poder tomar dinero a préstamo (art. 317); se trataba de aval firmado por el menor, de una letra aceptada por su padre que también autorizaba el aval.

tiene»; es decir, que se entiende ser inadmisibile una interpretación que facilite el fraude a la ley.

La sentencia de 8 de junio de 1954 advierte que los Jueces y Tribunales no han de opinar (interpretar) por antipatía a una institución (72) «pues están constreñidos a indagar la "mens legis" por interpretación gramatical, lógica, sistemática y teleológica para aplicar la norma legal mientras la mantenga en vigor el Organó estatal correspondiente». Mas también aquí nos encontramos con que la Sala no indaga el sentido del precepto por cada uno o alguno de sus medios, sino que declara haber lugar al recurso utilizando el viejo argumento tópicó de la «reductio ad absurdum» (73).

Las sentencias citadas, como alguna otra que pudiera encontrarse (74), son un valioso testimonio de que el aprecio que la aportación de Savigny ha merecido a los autores ha sido comparado por la doctrina jurisprudencial. Mas también el Tribunal Supremo, como los autores antes mencionados (75), entiende que respecto de la hermenéutica de las leyes el Código civil adopta el sistema de la libertad de interpretación (76). En los cientos de volúmenes en los que ha venido recogiéndose la jurisprudencia del Tribunal Supremo, puede observarse también el hecho elocuente de que mientras apenas han podido espigarse unas pocas sentencias, de las que pueda inferirse se haya acogido (y nunca como imperativa) la doctrina de Savigny, existe una masa inmensa de sentencias que admiten o rechazan directamente el recurso de casación sin utilizarla o referirse a ella.

Además, son muchas las sentencias en las que se emplea como argumento decisivo algunos de los antiguos axiomas o aforismos (77). En razón de lo que los repertorios y los autores han

(72) Se trata de la reserva del artículo 811, y se planteaba la cuestión de si el reservista lineal tiene la facultad de mejorar a alguno de sus hijos reservatarios.

(73) "Que si se concediera al reservista lineal la facultad de mejorar a alguno de sus hijos reservatarios, igual razón existiría para otorgarle la atribución de desheredarlos; y que por otra senda, cabalgando sobre consecuencias y sobre distinciones injustificadas, se llegaría a la conclusión absurda de que el reservista podría desentenderse de los reservatarios, hijos o descendientes suyos, para disponer libremente de los bienes reservables".

(74) P. ej., S. 9 junio 1969, que se refiere a la interpretación gramatical, teleológica, sistemática (art. 79, ap. 2.º, L.A.U.)

(75) En notas 67 y 69.

(76) S. 9 diciembre 1967. La S. de 3 octubre 1970, rechaza que sea principio jurídico alegable (respecto de la aplicación del art. 68 L.S.A.) el de que "la interpretación de las normas jurídicas no debe reducirse al elemento literal o gramatical, sino que ha de tenerse en cuenta su finalidad y resultado, con arreglo a elementos interpretativos lógicos, históricos y sistemáticos".

(77) La S. de 9 diciembre 1967 dice que la libertad interpretadora del juez no se contradice por el hecho de que la jurisprudencia utilice aforismos como: "inclusio unius exclusio alterius", "quod lex dixit de uno, negat de altero", "favorabilia amplianda, odiosa restringenda".

vuelto a recoger esas reglas (78). Estas son, como es sabido, de muy distinto origen y naturaleza. Bajo el título poco adecuado de reglas lógicas se recogen algunas a las que, aunque de modo laxo, puede atribuirse este carácter (79), y también otras que son de mera apoyatura retórica (80). El Tribunal Supremo ha venido, por su parte, considerando como guía para la interpretación la naturaleza de las distintas leyes, y conforme a ella procede a entenderlas de modo restrictivo, estricto o amplio (81). En especial, la doctrina jurisprudencial ha mostrado su independencia y espíritu creador utilizando como criterio para la interpretación los principios generales del Derecho (82) y el criterio de que una ley debe interpretarse de modo que no pueda utilizarse para defraudar su finalidad (83).

Todavía, parte de la doctrina agrega, a los datos a tener en cuenta para la interpretación, el elemento sociológico. Se basa para ello en la sentencia del Tribunal Supremo de 21 de noviembre de 1934. En ella se dice que no bastando, para realizar cumplidamente la función interpretativa, los elementos *gramaticales* y *lógicos*, ellos pueden ser reforzados y controlados por el que suele llamarse elemento *sociológico*. Este se define como integrado por aquella serie de factores —ideológicos, morales y económicos— que revelan y plasman las necesidades y el espíritu de la comunidad en cada momento histórico.

Estas frases, reproducidas sin tener en cuenta la sentencia en su conjunto, han venido a citarse como si la jurisprudencia hubiese admitido un *nuevo* elemento interpretativo, que agregar a los cuatro de Savigny. Ello no parece exacto. En el pleito se trata de una petición de declaración de paternidad y pago de alimentos, hecha en nombre y a favor de hijos ilegítimos no naturales. Se opone contra ella la doctrina jurisprudencial, que venía interpretando el artículo 140 del Código civil conforme al criterio rigo-

(78) Citando las sentencias en las que se recogen. DE BUEN: *Introducción al estudio del Derecho civil*, 1932, págs. 433-434; CASTRO, *loc. cit.*, págs. 524-525; BONET RAMÓN: *Compendio de Derecho civil*, 1959, I, pág. 181.

(79) Como los argumentos "a maiori ad minus", "a minori ad maius", "reductio ad absurdum".

(80) Como la regla "odiosa sunt restringenda" para cuya aplicación se parte de una indemostrado prejuicio; sobre su significado y peligros de su utilización, *Sentencia comentada* (S.T.S. 30 septiembre 1975) en este ANUARIO, XXIX-II (abril-junio 1976) págs. 561-568; también el "obiter dicta" (a mi parecer inexacto), respecto al art. 1.459, en S.T.S. de 2 febrero 1973.

(81) Citas en CASTRO, *loc. cit.*, pág. 521; entre otras, también S.T.S. 6 y 23 marzo 1971, 2 julio y 21 noviembre 1973.

(82) Los que además de ser fuente complementaria, "desempeña otras relevantes funciones no sólo como base del ordenamiento jurídico, sino especialmente en lo que concierne al caso debatido en el recurso, como orientadores de la labor interpretativa de las normas jurídicas positivas", S.T.S. 2 julio 1973.

(83) Además de S. antes referida de 27 junio 1941, y entre otras, las citadas en CASTRO, *loc. cit.*, pág. 609, nota (5).

rista de la Base 5.^a de la Ley de 1888; o sea, la que utilizaba como elemento interpretativo el antecedente *histórico* más inmediato de dicho Código. El Tribunal Supremo desestima el recurso, por entender que había que tener en cuenta el que estaba vigente la Constitución de la República, de 1931, en la que se establece que «las leyes civiles regularán la investigación de la paternidad» (art. 43) (84); al hacerlo así, el sentenciador ha venido a interpretar el artículo 140 conforme al criterio *sistemático*, es decir, entendiendo ese artículo con arreglo a los principios generales de Derecho vigentes entonces en el ordenamiento jurídico español, y expresados en la Constitución del Estado.

El Tribunal Supremo, de todos modos, quiso matizar su referencia a los factores sociológicos, y nos dice: «y si bien es cierto que estos factores, aparte de que no pueden nunca autorizar al intérprete para modificar o inaplicar la norma y sí solo a suavizarla hasta donde permita el contenido del texto que entra en juego, requieren en su utilización mucho tino y prudencia, porque envuelve grave riesgo de arbitrariedad entregar al criterio subjetivo del juez apreciaciones tan delicadas como la de la conciencia moral de un pueblo, se ha de reconocer que su aplicación se hace más segura y decisiva cuando se trata, no de estados de conciencia todavía nebulosos o en vías de formación, sino de tendencias e ideas que han penetrado ya en el sistema de la legislación positiva o han obtenido su reconocimiento, de manera inequívoca, en la ley suprema del Estado» (85).

En alguna otra ocasión, el Tribunal Supremo parece haber preferido no utilizar el término de elemento sociológico; cuando se trata de referirse al cambio de sentido que puede sufrir una disposición legal, al ser interpretada conforme a los nuevos principios generales en vigor. En la sentencia de 6 de marzo de 1968, se entiende que la condición establecida en el título constitutivo del Mayorazgo del Ducado de Osuna, según el cual la mujer llamada en segundo lugar para suceder en el título (a falta de varones en la línea), habría de contraer matrimonio con varón descendiente del fundador por línea femenina, se considera no puesta, conforme al artículo 792 del Código civil; pues aún reconociendo la validez de la cláusula, en el año 1523 en que se instituye el mayorazgo, resulta ahora contra las buenas costumbres, destacando que «la evolución moral que ha llevado a elevadas concepciones la dignidad y libertad de la mujer y el fin esencialmente espiritual del matrimonio, superior a razones de conveniencia, con-

(84) Este nuevo criterio jurisprudencial se manifiesta ya antes, en la S. del Tribunal Supremo de 27 abril 1934, en la que, respecto del reconocimiento del hijo natural, se considera inaplicable la antigua doctrina jurisprudencial desde la vigencia de la Constitución de la República (art. 43), y ello sin creerse necesario acudir al criterio sociológico.

(85) La S.T.S. 24 enero 1970 (ponente señor Bonet) recoge a la letra varios párrafos de esta sentencia de 21 noviembre 1934 (ponente señor Castán Tobeñas).

ceptos que integran las buenas costumbres en el tiempo presente y que están en aparente contradicción con la aplicación de dicha condición, en el momento en el que se alega haber sido incumplida por la parte demandada».

IV. EL ARTICULO 3.º, PARRAFO PRIMERO, DEL CODIGO CIVIL (86)

1. *Criterios para su interpretación.*

Es indudable que el artículo 3.º del Código civil supone una llamativa novedad en nuestro Derecho (87), y también respecto de los otros Códigos por mí conocidos (88), al adoctrinar al intérprete, en un texto legal, sobre cómo habrá éste de proceder para realizar su labor. Esta innovación plantea de modo inmediato e insoslayable la cuestión que puede formularse así ¿El artículo 3.º supone una ruptura con el Derecho anterior o bien ha venido simplemente a recoger en el Código la que era la opinión común en la doctrina?

Este último criterio, el de la continuidad, tiene en su abono el que nada ni nadie, en la práctica o en la teoría, había hecho pensar ni propuesto un cambio en esta materia, en su necesidad o en su conveniencia.

En un primer momento, no parece que hubiera duda alguna

(86) Dice así: "Art. 3.º.—1. Las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con su contexto, los antecedentes históricos y legislativos y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquéllas".

(87) Como se ha visto, el Código civil había seguido el modelo francés de no coartar la libertad del intérprete; por su parte, la doctrina utiliza el esquema de SAVIGNY, al modo de mera guía orientadora; los cuatro enunciados que ella utiliza, amplios e imprecisos, cubren grupos de muy variados argumentos, algunos tan heterogéneos como los llamados lógicos; enumeración que no se considera cerrada o exclusiva.

El intento de COMAS, incluyendo en su *Proyecto de reforma del Código civil español*, Madrid, 1895, págs. 5-10, una sección "De la interpretación de las leyes" (arts. 20-39), no constituye por su contenido un precedente del artículo 3.º; ni por otra parte tuvo eco en la doctrina.

(88) Los Códigos antes recordados (notas 46-52) que establecen reglas para la interpretación de la ley tienen un fin distinto al de nuestro artículo 3.º; tratan de limitar la libertad del juez con el objeto de que se respete siempre la letra de la ley.

En cambio, el *Proyecto de Código civil de Cuba*, de SÁNCHEZ BUSTAMANTE, La Habana, 1940, ofrece cierta semejanza con el art. 3.º. Dice: "Cuando las leyes no sean claras y precisas, cuando su letra sea contraria al objeto y fin que ellas mismas expresen o resulte evidente del conjunto de sus disposiciones, los Jueces y Tribunales al interpretarlas, lo harán de acuerdo con lo ordenado en las leyes o en la doctrina legal y en su defecto lo harán en el sentido lógico, sistemático y social más conforme a su espíritu, siguiendo para ello las reglas racionales del criterio humano" (art. 20).

sobre que se había seguido el criterio de la continuidad. Lo que, puede pensarse, explica que el Consejo de Estado, comentando el texto que después pasaría a ser el del artículo 3.º, diga que éste «establece claramente los criterios de interpretación de las normas literal, sistemático, histórico, teleológico» (89). En el mismo sentido, y después de promulgado el nuevo artículo 3.º, uno de sus primeros comentaristas afirma «que el referido precepto no hace más que recoger los medios de interpretación (gramatical, sistemático, histórico y sociológico), así como señalar que a través de ellos se ha de buscar el espíritu y finalidad de las normas, recordándonos fielmente el planteamiento que de estas cuestiones venían haciendo los autores españoles» (90); quien concluye diciendo que dicho precepto «ha dejado amplia libertad al intérprete, el cual podrá continuar interpretando con la misma libertad con que venía haciéndolo» (91). Opinión con la que coincide la de otro distinguido autor y magistrado del Tribunal Supremo, quien nos dice que «el texto articulado es copia fiel de la Base 2.ª y dado su carácter flexible y que nada innova sobre los elementos del proceso interpretativo, no creemos que restrinjan la libertad del intérprete, indispensable para el progreso del Derecho» (92).

El Tribunal Supremo no ha tenido muchas ocasiones de aplicar el artículo 3.º. Lo ha podido hacer en la Sentencia de 29 de marzo de 1977, por la que se casa la del inferior y se revoca la del Juez de primera instancia. Se cita el mencionado artículo literalmente y se recoge su nueva terminología («sentido propio de las palabras», «espíritu y finalidad»), pero entendida conforme al sentido de la antigua doctrina; como elemento gramatical (sinónimos) y sistemático (revelado por la consideración conjunta de los artículos 564, par. 2, 566, 569, 570 par. 3.º, en relación con los artículos 568 y 564). Argumentos para interpretar el artículo 564, que se refuerzan con uno no recogido en el artículo 3.º, aunque tradicional, el de que la servidumbre legal de paso, como «excepcional limitación o gravamen» coactivo, ha de entenderse siempre «en sentido restrictivo, pues sabido es que si lo favorable debe exten-

(89) *Dictamen del Consejo de Estado sobre el Proyecto de texto articulado del Título Preliminar elaborado por la Comisión General de Codificación* (4 abril 1974), puede verse en *Comentarios a las reformas del Código civil, 1977, II*, pág. 1.219.

(90) TORRALBA: *Aplicación de las normas jurídicas*, en *Comentarios a las reformas del Código civil, 1977, I*, pág. 159. RUIZ VADILLO traduce por su parte ingeniosamente el artículo 3.º conforme a la anterior doctrina: «el sentido propio de las palabras» como «elemento gramatical», «los antecedentes históricos y legislativos» como «elemento histórico», «la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas» como «elemento social», «atendiendo el espíritu y finalidad» como «elemento teleológico». *El nuevo título preliminar del Código civil*, en *Libro-homenaje a Ramón M.ª Roca Sastre, 1976, I*, pág. 795.

(91) TORRALBA, *loc. cit.*, I, pág. 165.

(92) OGAYAR: *Las fuentes del Derecho en el novísimo Título Preliminar del Código civil*, en *Libro-homenaje a Ramón M.ª Roca Sastre, 1976, I*, pág. 628.

derse, lo odioso debe ser restringido» (citando S.T.S. de 17 noviembre 1930) (93).

Esta tendencia favorable a la continuidad doctrinal, podría tacharse de intuitiva, al no haber tenido ocasión de enfrentarse con el criterio de la ruptura y sus posibles razones. Por lo que será necesario contrastarla con este último, debidamente y en detalle.

El otro criterio señalado, el de la ruptura, está mantenido por aquellos eminentes autores, antes citados, que entienden que el artículo 3.º, párrafo 1, contiene un precepto de naturaleza imperativa o de «ius cogens» (94). El que implica o puede implicar una serie de importantes consecuencias prácticas: 1, su infracción daría lugar a un motivo independiente de casación; 2, toda ley, antes de ser aplicada, habría de someterse expresamente al contraste de los criterios enunciados en el artículo 3.º; 3, estar excluido cualquier otro criterio o dato para la interpretación, fuera de los citados en dicho artículo («numerus clausus»); 4, entender los términos utilizados por el repetido artículo del modo estricto o exacto propio de un precepto imperativo (95).

Esta señalada falta de unidad de la doctrina, respecto de la naturaleza y eficacia del precepto contenido en el párrafo primero del artículo 3.º del Código, impone que se le haya de examinar con arreglo a cada uno de los criterios admitidos para la interpretación.

2. *Los antecedentes legislativos.*

El antecedente legislativo (96) que puede considerarse como impulsor del artículo 3.º, se encuentra en el Proyecto de Ley de Bases de modificación del Código civil elaborado por el Gobierno y remitido de nuevo a las Cortes el 14 de junio de 1972 (97).

(93) Se cita esta sentencia por su implícita interpretación del artículo 3.º. Sobre la aplicación de la máxima "odiosa sunt restringenda", puede verse lo dicho en este ANUARIO, XXIX, II (1976), págs. 562-563.

(94) Citados en notas 2 y 3.

(95) La antigua doctrina, con los términos usados para designar los datos o medios para la interpretación (gramatical, lógico, histórico, sistemático u otros similares) se refiere a conjuntos inconcretos de argumentos, algunos de contenido tan heterogéneo como los que son comprendidos bajo la rúbrica de sentido lógico, medios lógicos y reglas lógicas. Su empleo tiene por fin ofrecer con un cierto orden los razonamientos utilizables, sin considerar su enumeración como estableciendo un elenco cerrado de exactitud normativa.

(96) Los antecedentes históricos anteriores, aunque ya considerados, no se toman aquí en cuenta, pues se trata de averiguar si el artículo 3.º supone una ruptura, y ésta significa por sí misma el rechazar la anterior situación.

(97) No parece se hayan publicado los datos completos sobre la larga elaboración de la reforma del Título Preliminar, los anteriores proyectos y anteproyectos de la Comisión General de Codificación, como tampoco las observaciones, enviadas por los ministerios consultados.

Dice: «Se establecerán aquellos criterios fundamentales para la interpretación de las normas que, sin hallarse formalmente determinados por el Código civil en su Título preliminar, han sido inducidos por la jurisprudencia y elaborados por la doctrina. Asimismo, con prudente flexibilidad, habrá de preverse la investigación integradora y aún correctora, delimitando el campo de aplicación de la analogía y de la equidad».

Palabras en perfecta concordancia con lo que se dice en el preámbulo del mismo Proyecto: «las normas del Título preliminar son susceptibles de perfeccionamiento sin alterar directrices esenciales, ya completando lo que en el texto ahora vigente sólo aparece bosquejado, ya acomodando éste a la doctrina más autorizada y a la jurisprudencia del Tribunal Supremo».

Este propósito de mantenerse fiel a la opinión común de la doctrina y de no innovar respecto a los criterios aceptados sobre interpretación, no cambiará en los posteriores textos legislativos preparatorios. El nuevo Proyecto de Ley de Bases (4 noviembre 1972), según informa la Ponencia de las Cortes, tiene en cuenta las objeciones hechas al anterior Proyecto, por ello establece Bases más amplias y concretas y se atiende a las propuestas de enmienda recibidas; en su consecuencia, se acepta que se aluda a «técnicas específicas» y que «la Base mencione los criterios fundamentales de interpretación de las normas, sin llegar a un excesivo casuismo». El texto aprobado (en la Base segunda del artículo 3.º), dictaminado favorablemente por la Comisión de Justicia), pasará a la Ley de Bases de 17 de marzo de 1973 (art. 2.º, base segunda, 1) (98). Ley que habrá de ser entendida de acuerdo al espíritu y limitada finalidad de la reforma, tal y como se explica en su preámbulo, en el que se repitan literalmente las palabras antes acotadas del preámbulo del Proyecto remitido a las Cortes el 14 de junio de 1972.

Conforme a la autorización concedida por la Ley de Bases (art. 1.º), se sanciona con fuerza de ley el Texto articulado del Título preliminar, por Decreto de 31 de mayo de 1974.

La Ley de Bases contiene preceptos en distinto grado de elaboración; en su consecuencia, será más o menos amplio el ámbito de la autorización conferida para la redacción del articulado. Respecto a las reglas para la interpretación, dicha Ley contiene un precepto del todo terminado. Ello no obstante, se advierte en el texto articulado un cambio de redacción que, aunque mínimo, ha originado dudas sobre su significación (99). Mayor extrañeza

(98) «Se establecerán como criterios básicos para la interpretación de las normas, aquellos que, partiendo del sentido propio de sus palabras en relación con el contexto y los antecedentes históricos y legislativos, atiendan fundamentalmente a su espíritu y finalidad, así como a la realidad social del tiempo en que han de ser aplicados».

Pueden verse los textos citados en *Comentarios a las reformas del Código civil*, I, págs. 27 y sig., II, págs. 1187 y sig.

(99) El cambio del respectivo lugar en la enumeración de los crite-

produce el comentario que se hace en el preámbulo del Decreto, sobre dichas reglas. Dice así: «Gran parte del capítulo consagrado a la aplicación de las normas jurídicas puede considerarse como de nueva planta. En punto a la pertinencia o no de que los Códigos contengan normas predeterminadas de los criterios a utilizar en la interpretación no hay una actitud dominante sólidamente consolidada. La tesis negativa tiene en cuenta las ventajas de una mayor libertad por parte del intérprete y remite el problema de los criterios utilizables al campo de la doctrina. La tesis afirmativa pondera los beneficios de cierta uniformidad en el modo de proceder. Por ésta, ha sido preciso inclinarse dado el mandato de la Ley de Bases, que se ha convertido en norma articulada, tal y como en ella aparece; es decir, sin mayores especificaciones, por temor a que los criterios perdieran el carácter esencial y flexible con que vienen enunciados, pues en ningún caso es recomendable una fórmula hermenéutica cerrada y rígida».

Esta larga cita ha parecido necesaria dado lo extraño y desorientador de las expresiones que contiene. Sorprende, en primer lugar, su carácter crítico, la duda que manifiesta sobre la conveniencia y corrección del precepto, que parece recogido a regañadientes y de cuya inclusión se excusa, aduciendo la necesidad de bajar la cabeza y cumplir con lo mandado en la Ley de Bases (100). Por otra parte, produce confusión el que se citen como únicas, una tesis negativa y otra positiva, atribuyendo a la Ley de Bases haber elegido esta última, la que despojaría de su libertad al intérprete. Olvida con ello otra posible tesis, la que parece había elegido la Ley de Bases, la de recoger en ella la opinión común de la doctrina, conservando el carácter didáctico de la enumeración de datos utilizables para la interpretación. Puede incluso pensarse que se vislumbra el que sea ésta la posición de la Ley, al referirse en el final del párrafo al carácter esencial y flexible de los criterios por ella enunciados y decir que respecto de éstos ha de rechazarse una fórmula cerrada y rígida.

Sea de todo ello lo que se quiera, lo cierto es que el artículo 3.º habrá de interpretarse necesariamente conforme al espíritu de la Ley de Bases por ser de ésta de la que sólo deriva su fuerza legal. La que enumera los datos que pasarán al Código como «criterios básicos para la interpretación» (art. 2, base 2,1); expresión cuyo sentido resulta de su propio preámbulo, que nos dice ser el de acomodar el Título preliminar a la doctrina más autorizada y a la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

rios para la interpretación, advertida respecto a la "realidad social" y al "espíritu y finalidad de las normas", se ha pensado que supone una alteración de la jerarquía entre dichos datos para la interpretación, aminorando la importancia de "la realidad social del momento", SÁINZ MORENO, *loc. cit.*, pág. 138.

(100) Cabe preguntarse, ¿hubo cambio de criterio en la Comisión General de Codificación?

3. El tenor del precepto.

La recepción llevada a cabo en el Código de determinados medios para la interpretación, ha podido en un primer momento impresionar en favor del carácter imperativo del artículo 3.º. Este hecho podría valorarse como decisivo, si en nuestras leyes se hubiera seguido el estilo propugnado por el positivismo alemán (101). Mas no ha sido así, y en sus dichos la doctrina ha podido distinguir los que tienen valor admonitivo de los que tienen eficacia imperativa. El origen de la amalgama de disposiciones de carácter normativo diferente es muy antiguo, se encuentra ya en los fragmentos del Digesto, en los que, junto a la resolución de cuestiones y casos dudosos, se encuentran enumeraciones, definiciones y reglas de carácter doctrinal, docente, explicativo o retórico. En nuestro Código, por lo que ya fuera criticado al tiempo de su publicación (102), se advierten enumeraciones, definiciones inexactas y frases en las que se recoge una opinión «científica» o de «escuela» (103); las que, como enseña el Tribunal Supremo, no obligan al intérprete (104). Consideración ésta que permite proceder a la interpretación del párrafo primero del artículo 3.º, libres del perjuicio de ver, en el hecho de estar en el texto codificado, la evidencia de la fuerza imperativa de una enumeración de medios utilizables para la hermenéutica de las leyes.

Liberado el intérprete de tales prejuicios, podrá verse que la letra del artículo 3.º no impone por ella misma entenderlo como un precepto imperativo. Las palabras «se interpretarán según», conforme al tiempo de futuro del verbo, pueden interpretarse como imperativas, pero también como referencia condicionada (en su

(101) Al redactarse el Código civil alemán se pretendió que cada frase, cada palabra, incluso pronombres y preposiciones, habrían de tener un significado jurídico técnico, como elemento de un precepto normativo.

(102) Puede recordarse la censura del senador BOSCH (sesión del Senado, 29 de enero de 1889), criticándolo por “el eterno afán de enunciar declaraciones abstractas, el eterno afán de definir y hasta de poner ejemplos, lo que le hace confuso y lo convierte de texto legal en Manualito de Derecho patrio para uso de adolescentes”.

(103) Véase lo dicho en *Sentencias comentadas* (S.T.S. 17 octubre 1975), en este ANUARIO, XXX-1 (enero-marzo 1977) págs. 196 y sig.

(104) La Sentencia de 20 diciembre 1976, desestima el recurso, considerando que éste “cita sólo como infringidos los artículos 1.544 en relación con el 1.588 del Código civil, con olvido del carácter definitorio del primero y clasificatorio del segundo, que los hacen inhábiles por sí solos para fundar la casación”. La S. de 25 junio de 1977, refiriéndose a lo preceptuado por el artículo 1.061 del Código civil, nos dice que (a pesar de que su letra dice “se ha de guardar”) “no es posible olvidar que esta norma legal tiene un carácter facultativo más que imperativo”; entendiendo que la formación de porciones ha de depender de las circunstancias y de la naturaleza de lo que se reparte, sin que sea preciso la existencia de una igualdad matemática y absoluta (S.T.S. 13 junio 1970, 8 febrero y 30 noviembre 1974).

caso) al deber de tener presente los criterios interpretativos enumerados para el caso de aplicación de la ley. Inclina en favor de carácter no imperativo del artículo 3.º, 1, la comparación de su letra con la redacción dada al artículo 1.º, 7. Esta disposición, para expresar el carácter imperativo de la obligación de jueces y tribunales de resolver los asuntos de que conozcan, ateniéndose al sistema de fuentes establecido, emplea una fórmula inequívoca; diciendo que «tienen el *deber inexcusable* de resolver en *todo caso*» los asuntos, conforme a lo establecido en ella.

4. La «*ratio iuris*» de lo dispuesto.

Como el mismo artículo 3.º establece, para su interpretación habrá de atenderse *fundamentalmente* a su espíritu y finalidad. La finalidad propia del señalar medios para la interpretación, es la de guiar al intérprete en su, a veces, difícil cometido, el de descifrar el significado de una ley, de averiguar su verdadero y más adecuado sentido. No puede negársele para ello el uso de cualquier medio lícito. Por esta razón, y para no coartar la libertad del intérprete, la doctrina, al enumerar y dar nombre a los medios utilizables para la interpretación, lo ha hecho con términos de significado amplio e inconcreto.

¿Será conforme al espíritu del artículo 3.º, el que los medios de interpretación que éste cita hayan de seguir siendo considerados como datos indicativos o medios de orientación, o bien que ahora se impongan como definitorios y estableciendo un número cerrado de criterios?

La respuesta a esta pregunta puede encontrarse observando los resultados desconcertantes a los que se llegaría si, conforme a la teoría de la ruptura, se entienden de modo estricto los criterios citados en el artículo 3.º, y como excluyentes de cualquier otro no enumerado en el mismo.

Como se ha indicado, se ha pensado que los términos del artículo 3.º, 1, habrán de entenderse como referidos, aunque con otras palabras, a los medios interpretativos usualmente tenidos en cuenta por la doctrina; de modo que la frase «según el sentido propio de sus palabras en relación con el contexto» se ha interpretado como aludiendo a los llamados elementos gramatical y sistemático (105).

Por el contrario, en el caso que se desconecte este precepto de la doctrina anterior, habrá de interpretarse la palabra *contexto* conforme a su sentido propio o estricto. Entonces, sería necesario también entenderla con arreglo a su significado corriente o vul-

(105) Comp. lo señalado sobre el criterio de continuidad, notas 89-93, y también lo dicho por DÍEZ PICAZO y GULLÓN, en *Sistema de Derecho Civil*, loc. cit., págs. 187-189.

gar, con el recogido en los Diccionarios (106), y el resultante de su etimología (107); es decir, con aquel centrado en la consideración de un texto en su complejidad o en el conjunto del que forma parte; en el mismo sentido que en la práctica jurídica se utiliza, para denotar que debe atenderse a la totalidad de un contrato o testamento, de un tratado o precepto, para así conocer el alcance de una frase, de una cláusula, de una disposición o canon (108). Significación propia o limitada que no se compadece con la amplísima que tiene la referencia a la interpretación sistemática; con la que se advierte no sólo la utilidad sino la necesidad de considerar, para interpretar una ley, al conjunto vario, indeterminado y siempre cambiante de normas de todas clases, de las que constituyen el ordenamiento jurídico en cada momento.

No parece posible pensar en un procedimiento interpretativo de la ley que ignore el cambio de sentido y valor que puede experimentar cualquier ley (109), por la aparición de una nueva norma de igual o superior jerarquía (110). Sería desconocer la conexión de las normas en el ordenamiento social y las mismas continuas indicaciones de la práctica judicial (111).

Del mismo modo, no se concibe que en virtud del artículo 3.º se hayan borrado del arte hermenéutico las reglas tradicionales,

(106) Según el de la *Real Academia Española*: “Contexto: 1. Orden de composición o tejido de ciertas obras. 2. Por ext., enredo, maraña o unión de cosas que enlazan y entretajan. 3. Fig. Serie del discurso, tejido de la narración, hilo de la historia”.

(107) “Contextum adpellatur quod in tela est”; conjunctio rerum ac verborum”; así, en el Digesto, “uno contextu testamentum fieri dicitur, id est, nullo alieno actu intermisso”, D. 28,1,21; “contextus verborum scripturae”, D. 40,4,44.

(108) En el antes citado canon 18 (nota 54), según los comentaristas del Código canónico, la frase “*propriam verborum significatione in textu et contextu consideratam*”, “son la regla primaria y constituyen la interpretación gramatical” (nota a este canon en la edición de dicho Código de la B.A.C., 1957, pág. 13). La convención sobre los tratados (Viena, 23 mayo 1969) establece que “un tratado deberá ser interpretado de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de éstos y teniendo en cuenta el objeto y fin”.

(109) Se limita aquí el examen del artículo 3.º al aspecto de interpretación de las leyes, aunque el artículo 3.º trate de la interpretación de las normas en general; las dificultades que origina su aplicación a la costumbre y a los principios generales son considerables y quedan fuera del ámbito de este estudio.

(110) Puede recordarse lo que dijera JUAN FRANCISCO DE CASTRO: “Una ley, añadida al cuerpo de Derecho, es como una nueva obra, que se incorpora a un edificio antiguo, que suele mover todos los fundamentos con quien tiene alguna conexión. La apariencia del nuevo discurso suele aparecer hermosa; pero las ruinas que puede ocasionar su resulta, quedan a la experiencia”, *Discursos críticos sobre las Leyes y sus intérpretes*, lib. IV, disc. VII, Madrid, 1765, II, pág. 325.

(111) La antes citada Sentencia del Tribunal Supremo, de 29 marzo 1977, en la que se menciona y aplica el nuevo artículo 3.º, utiliza el criterio sistemático, aunque sin salir del ámbito del Código civil.

las llamadas lógicas, las propias del buen razonar (112) e, incluso, aquellas otras de mero valor retórico con las que muchas veces se acentúa el buen sentido de la solución dada por el sentenciador (113).

No es tampoco creíble que se excluya de los medios para la interpretación de las leyes, el atender a la orientación que pueden proporcionar otros criterios recogidos en el Título preliminar para la aplicación de las normas. Los principios generales del Derecho se habían venido ya considerando como normas orientadoras de la función interpretativa (114); y ello tanto respecto a los principios concretos como a los más generales (115). Cometido que ahora parece haberse reconocido expresamente en la ley, al destacarse «su carácter informador del ordenamiento jurídico» (art. 1.º 4, C. c.) (116). También parece que la reforma del Título preliminar ha venido a reforzar, y no a contradecir, la doctrina jurisprudencial según la que no se deben interpretar las leyes de modo que se facilite la impunidad del fraude a la ley, el abuso del derecho o el empleo de la mala fe (comp. art. 6.º, 4 y 7.º, 1, 2).

En fin, no se encuentra razón alguna para que no se siga utilizando como medio auxiliar, al que acudir en su caso por el intérprete, los argumentos de autoridad, como son los de la doctrina jurisprudencial (117), la opinión de los autores (118), las expo-

(112) Así, el principio de contradicción y la reducción al absurdo “Es doctrina de este Tribunal que toda interpretación que conduzca al absurdo debe rechazarse”, S.T.S. 29 sept. 1955; criterio que parece habrá de seguirse respetando. La S.T.S. 14 junio 1977 admite la interpretación lógica, pero no la considera aplicable al caso, ya que el supuesto enjuiciado no resulta descrito del texto y contexto de la ley; el motivo rechazado se refería al resultado absurdo a que se llegaría teniendo en cuenta la “ratio legis”. El Tribunal admite, aunque a efectos dialécticos, que hubiera podido considerarse la aplicación analógica (rechazada —dice— por los recurrentes” si se hubiese demostrado la concurrencia de los requisitos exigidos por el art. 4.º, párr. 1, del C. c.

(113) Algunas de las cuales se califican de genéricos principios de Derecho; comp. S.T.S. 4 junio 1977.

(114) Así se indicaba en *Derecho civil de España*, cit., p. 474. Respecto de la equidad dice la E. de M. que le incumbe el cometido de “criterio interpretativo en concurrencia con los otros”.

(115) Como dijera CICERÓN: “Omnes leges, iudices, ad commodum reipublice, referre oportet et eas ex utilitate communi”, *De inventione*, I, 38 (68); y también el Código civil de Filipinas: “En caso de duda en la interpretación o aplicación de las leyes, se presume que el cuerpo legislativo se propuso que prevaleciera el Derecho y la Justicia” (art. 10). Sobre su origen y significado, TOLENTINO, *Commentaries and Jurisprudence on the Civil Code of Philippines*, Manila, 1953, I, págs. 42-43.

(116) Después de la reforma, DÍEZ PICAZO, GULLÓN, loc. cit., pág. 165. Comp. CABANILLAS GALLAS, *Consideraciones sobre los principios generales del Derecho*, R. Ac. Jurisp. y Leg., Madrid, 1977, p. 142.

(117) En el caso que ella no haya alcanzado el valor de complementar el ordenamiento jurídico, al que se refiere el artículo 1.º, 6, del Código civil.

(118) El Tribunal Supremo no cita nombres de autores (excepto una contada excepción); pero la opinión común o predominante entre ellos es:

siciones de motivos, los reglamentos y órdenes que interpretan o desarrollan una ley e, incluso, la referencia a las legislaciones extranjeras (119).

En resumen, conforme a los datos que se conocen de los trabajos legislativos, parece evidente que el legislador no se propuso aquí otra cosa que recoger la doctrina comunmente aceptada respecto a la interpretación, limitándose a establecer conforme a aquélla, una enumeración de medios utilizables para interpretar la ley, aunque con una cierta novedad en la terminología empleada. También puede presumirse que en el artículo 3.º se respeta la naturaleza de la interpretación, por lo que, si es así, su finalidad no será otra que la de recomendar un procedimiento para llegar mejor o con más facilidad a «conocer la ley en su verdad» (120). No sería, pues, conforme a lo que puede considerarse su espíritu implícito, excluir cualquier medio útil —aunque no mencionado— para descifrar una ley y averiguar cuál sea el sentido de una ley oscura o ambigua. Por otra parte, ante una ley clara e inequívoca, el imponer al intérprete la obligación de contrastar en todo caso lo evidente de su interpretación, siguiendo la pauta recogida en el artículo 3.º, sería inútil o pedante (121).

El artículo tercero, con la autoridad propia de una ley, ha venido a llamar la atención —con mayor o menor fortuna— sobre la importancia de interpretar los preceptos legales atendiendo al método y orden propuesto por la doctrina. En esto no ha cambiado nada respecto al ámbito de libertad atribuido al intérprete, ni lo disminuye ni lo ha ampliado. El intérprete, juez o comentarista, al explicar la ley o aplicarla a un caso —real o hipotético— realiza una función creadora, mas como la de cualquier otro intérprete, la ha de realizar ateniéndose al modelo que, para él, es la ley. Ha de elegir los medios para la interpretación, pero entre aquellos acordes con la naturaleza de la materia que interpreta —la jurídica— y utilizarlos de acuerdo con las reglas del arte aprendidas.

V. REPERCUSIONES PROCESALES DEL ARTICULO 3.º

1. *La prueba de los antecedentes*

El efecto perturbador que para la práctica jurídica puede tener la teoría que atribuye carácter de «ius cogens» al artículo 3.º, puede apreciarse, a mi juicio, observando las consecuencias procesales que se le han atribuido.

mencionado como “doctrina”, con lo que se le distingue de la doctrina jurisprudencial.

(119) Más de una vez mencionadas en los considerandos de las sentencias del Tribunal Supremo.

(120) Según frase de SAVIGNY, *loc. cit.*, § 32.

(121) Como advirtiera SAVIGNY, § 33.

Se nos dice que, al disponer dicho artículo que las normas se interpretarán en relación con sus «antecedentes legislativos», como para ello será necesario utilizar documentos que no están al alcance de todo el mundo, pero que se conservan en expedientes administrativos, de ahí que el cumplimiento de lo dispuesto en el citado artículo «exija celebrar una prueba por la que se aporten al proceso los documentos en que constan dichos antecedentes»; considerándose, en su consecuencia, ser inexcusable que los juzgados y tribunales admitan la práctica de pruebas sobre datos y documentos sobre la elaboración de la norma (122).

Tal razonamiento no resulta convincente, y encuentra un obstáculo difícilmente salvable en el sistema del Derecho procesal civil. Este ha distinguido con cuidado entre la averiguación de la verdad de los hechos («questio facti») y la determinación de la ley que deba aplicarse («questio iuris»). En la demanda y en la contestación, en la réplica y en la dúplica, se habrán de exponer separadamente los hechos y los fundamentos de Derecho (arts. 524, 540, 548 L.E.C.). La «questio facti» es materia que se entrega a la actividad de las partes. En los escritos de réplica y dúplica cada parte *confesará* o *negará* llanamente los hechos que le perjudiquen de los articulados por la contraria (art. 549 L.E.C.). El Juez recibirá el pleito a prueba a *petición* de los litigantes (art. 550 L.E.C.). La prueba que se propone se concretará a los *hechos fijados* definitivamente en los escritos de réplica y dúplica o en los de demanda y contestación, y en los de ampliación en su caso, que no hayan sido *confesados* llanamente por la parte a quien perjudiquen (art. 565 L.E.C.). Los jueces habrán de *repeler de oficio* las pruebas que no se concreten a los dichos hechos fijados y todas las demás que sean a su juicio impertinentes o inútiles (art. 566 L.E.C.).

La práctica de la prueba tiene por materia la existencia o negación de unos hechos, de aquellos hechos que «el legislador, en abstracto, ha fijado como requisito de la producción de un efecto» (123). Criterio que se manifiesta en la regulación de la carga de la prueba, según la que habrá de probar la existencia del su-

(122) SÁINZ MORENO, *loc. cit.*, nota 105, en págs. 151-153. Cita y crítica el Auto del Tribunal Supremo de 19 abril 1975 (Sala 5.^a) que deniega el recibimiento a prueba de «antecedentes legislativos», basándose el Auto en que con ella se trataría de descubrir la «mens legislatoris», cuando lo que importa es la «mens legis». Recoge también la S. del mismo Tribunal (Sala 3.^a), de 20 enero 1975, que atiende a una certificación del secretario de las Cortes sobre la supresión del primitivo texto de la Ley de Reforma del Sistema Tributario en virtud de una enmienda aceptada y aprobada como, dice, «argumento que ya fue acogido por esta Sala», como en otros anteriores, en S. de 16 junio 1970.

(123) GÓMEZ ORBANEJA: *Derecho procesal civil*, 1976, I, pág. 286; quien allí define la prueba, «como aquella actividad procesal encaminada a producir en el juez el convencimiento de la verdad o no verdad de una alegación de hecho».

puesto de hecho de una obligación aquel que la reclama y el de su extinción el que opone (art. 1.214 C. c.).

Respecto a los fundamentos de Derecho, las partes no tienen que probar nada, ni juega respecto de ellos la carga de la prueba. Se deja al arbitrio de las partes, al buen oficio de los abogados, el aducir los datos y argumentos que estimen pertinentes en apoyo de sus peticiones; en su caso con aportación, por ejemplo, de antecedentes legislativos, testimonios sobre ellos, referencias históricas, citas de autores, de sentencias del Tribunal Supremo y de otros tribunales, de leyes extranjeras.

El juez, en cambio, habrá de atenerse a los hechos que resulten probados en el procedimiento («quod non est in actis non est in mundo»), y a ellos deberá aplicar el Derecho («da mihi factum et dabo tibi ius»). Derecho cuyo conocimiento e interpretación le corresponde por oficio, y que habrá de aplicar, haya sido o no alegado por las partes («iura novit curia») (124); función que le obliga a investigar por sí mismo cuál sea el sentido de la ley aplicable, utilizando para ello todos los medios a su alcance; los mencionados en el artículo 3.º del Código civil u otros cualesquiera (125).

Las consideraciones anteriores se han hecho sobre el presupuesto dado de la prueba documental de los antecedentes legislativos. Mas la cuestión puede y debe plantearse en general, y sobre la misma base, respecto de la prueba de los otros datos para la interpretación mencionadas en el artículo 3.º, y también sobre la aplicación a cada uno de dichos datos de los medios de prueba admitidos por la ley. En razón de ello, habrá de preguntarse, por ejemplo, por la posibilidad de solicitar la prueba de testigos respecto de antecedentes legislativos (p. ej., de ponentes y miembros de comisiones) o la de peritos sobre antecedentes históricos (historiadores del Derecho) o sobre el sentido propio de las palabras (académicos de la Real Academia de la Lengua, filólogos); y hasta la posibilidad de que se utilice la prueba de confesión en juicio y la de presunciones.

Parece por todo ello, que los jueces habrán de rechazar el recibimiento a prueba sobre la existencia de determinados antecedentes legislativos, y con tanta o más razón respecto a la existén-

(124) Sin otra excepción que, por necesidades prácticas, la generalmente admitida de la costumbre y de las normas extranjeras.

(125) Lo diverso de las dos señaladas funciones de los tribunales se refleja en el recurso de casación. La interpretación errónea de la ley se denunciará por el cauce del núm. 1.º del art. 1.692, pudiendo el Tribunal Supremo entender que existe dicha infracción por razones o datos no alegados por las partes ni considerados por el Tribunal inferior. El error en la apreciación de la prueba habrá de alegarse conforme al núm. 7 del art. 1.692, y se admitirá el recurso sólo si el error resulta de documentos auténticos que demuestren la equivocación evidente del juzgador. En el supuesto de que el recurso de casación se plantee por haberse denegado la solicitada diligencia de prueba, se hará por el cauce del núm. 5.º del artículo 1.693 L.E.C., y según la doctrina jurisprudencial, cuando por ello quedare indefenso el litigante.

cia y significado de cualesquiera otros datos para la interpretación; por no tratarse de una cuestión de hecho en sentido procesal y por no ser la interpretación de la ley materia en la que la carga de su prueba recaiga sobre las partes. Además de ser impertinente la petición de prueba, habría de repelerse por inútil, dado que es función del juez la apreciación y consideración de los elementos aptos para facilitar la mejor interpretación de la ley.

2. El artículo 3.º y el recurso de casación

Como se ha señalado al comienzo de estas notas, ciertos autores que estiman que el artículo 3.º, apartado 1, tiene naturaleza de Derecho imperativo, señalan también que su infracción será causa de un especial motivo para la casación (126).

Tal opinión no parece aceptable. Está en contradicción con lo que se ha venido diciendo sobre el carácter puramente indicativo del artículo 3.º, apartado 1. En especial, además, desconoce su condición de norma instrumental, de auxiliar para la interpretación de cada ley. Dicha condición, por sí misma, hace inviable un motivo de casación por haberse infringido el artículo 3.º, apartado 1, si éste se alega separadamente de la ley a interpretar.

El artículo 1.692, número 1.º, dice que habrá lugar al recurso de casación por infracción de ley, cuando el fallo contenga violación, interpretación errónea o aplicación indebida de las leyes, *aplicables al caso del pleito*. La ley inmediatamente aplicable al caso será aquella en la que se pueda fundar o se funde la sentencia del Tribunal de instancia; la que, en su caso, ampare el *petitum* de la demanda, se oponga en la contestación o se alegue en la reconvención; siempre consideradas las tales leyes como base de acciones o excepciones.

El artículo 3.º, apartado 1, no es una ley directamente aplicable al caso del pleito, sino guía para interpretar las leyes sustantivas que hayan de aplicarse. El descuido sufrido en la sentencia de instancia, al no utilizar o al utilizar mal los criterios interpretativos enumerados en el artículo 3.º, supondrá una infracción de ley tan sólo si a consecuencia del mismo se ha llegado a una interpretación errónea de la ley sustantiva aplicable. Separar como dos diferentes casos de infracción de ley, alegables en dos separados motivos de casación, en uno la infracción de la ley interpretada y en el otro la infracción de los criterios interpretativos recogidos en el artículo 3.º, llevaría a una duplicación innecesaria y a posibles resultados absurdos.

Piénsese, por ejemplo, en la aplicación del artículo 464 del Código civil. La infracción del artículo 3.º, 1, respecto de la sentencia a la que se acusa de interpretar aquel artículo erróneamente,

(126) Citados en notas 2 y 3.

no cabe sea alegada de modo independiente; siempre habrá que referirla a que dicha infracción del artículo 3.º acarrea una interpretación equivocada del artículo 464. Para conseguir la casación de la sentencia de instancia no bastará demostrar que, para ella, no se han atendido a los criterios citados en el artículo 3.º (p. ej., a ciertos antecedentes legislativos o históricos); será preciso mostrar que tal desatención ha sido causa de una interpretación inexacta del artículo 464. Menos concebible sería que la impugnación de la sentencia de instancia se haga por un solo motivo, basado en la infracción del artículo 3.º, y sin referencia a la interpretación errónea del artículo 464.

El artículo 3.º, 1, ha recogido a su manera ciertas reglas para la interpretación de la ley, abonadas por la doctrina y práctica de los tribunales ahora, consagradas por la autoridad del legislador, merecen especial respeto al intérprete; mas no por ello ha de olvidarse su propia naturaleza de ayuda para la interpretación. Lo que importa en ésta y, por tanto, en el momento de la casación, será el resultado de la misma, lograr que la ley se aplique justa e inadecuadamente; siendo de importancia secundaria, especialmente en casación, el cómo se ha llegado a dicha interpretación (127). Lo que es doctrina reiterada del Tribunal Supremo, al decirnos que los motivos de casación han de formularse frente al fallo de la sentencia de instancia (por infracción de ley aplicada o aplicable al caso) y no contra los razonamientos (p. ej., datos tenidos en cuenta para la interpretación) contenidos en los considerandos de la sentencia recurrida (128).

VI. LAS REGLAS PARA INTERPRETAR LOS NEGOCIOS JURIDICOS

1. *Semejanzas y diferencias con las reglas para interpretar la ley*

No parece que sea salirse del campo propio de estas notas, el hacer una referencia a las reglas para la interpretación de los ne-

(127) "La interpretación de la norma es una labor de la actividad judicial de carácter meramente intelectual, que puede exteriorizarse o no en la sentencia". "Si la exterioriza por medio de palabras en los fundamentos de su resolución, pero no llega a trascender al fallo, es decir, no se integra en un considerando predeterminante de él, tampoco puede ser denunciada en casación, aunque resulte notoriamente errónea, puesto que el recurso no cabe sino contra el fallo o el considerando predeterminante del mismo". TABOADA: *La casación civil española en alguna de sus complejidades*. Disc. en R. Ac. de Jur. y Leg., 1977, págs. 69-70.

(128) "No puede prevenirse el recurso (de casación) cuando las infracciones alegadas y aun estimadas no contradicen un fundamento que sirve para mantener el fallo recurrido". S.T.S. 10 mayo 1977, citando S. 21 mayo 1942, 29 enero 1945 y 8 mayo 1947; también S. de 20 mayo, 28 julio y 4 julio de 1977. El mismo criterio será aplicable a los recursos que el Ministerio Fiscal puede interponer en interés de la ley (art. 1.782 L.E.C.).

gocios jurídicos. Aunque constituya en parte una disgresión, ella se justifica por más de un motivo. Primero, porque el hecho de darse el recurso de casación por infracción de los artículos 675 y 1.281 y siguientes, ha podido aducirse en apoyo de estimar admisible la casación por infracción del artículo 3.º, dado que uno y otro precepto se refieren a la interpretación (129); en segundo lugar, porque la afirmada aparente analogía respecto a la casación, se origina por una confusión semejante a la que existe en cuanto a las leyes, entre la interpretación en sentido estricto y la en sentido lato.

La interpretación de la ley y la de los negocios jurídicos tienen ciertamente notas comunes, como corresponde a la finalidad de una y otra, es decir, a la de conocer el sentido de una declaración expresiva de voluntad (130). Por lo que, dado el posible juego de sus elementos, respecto de ambas se han formulado teorías con criterios subjetivistas y objetivos. Coincidencias que explican que se haya pensado en utilizar reglas dictadas para la interpretación de los negocios jurídicos para la interpretación de las leyes y viceversa; por los autores (131), por los tribunales (132) y hasta por algún Código (133).

Esta coincidencia de cometidos no ha podido ocultar su esencial diferencia (134), resultante de la que existe entre sus peculiares objetos y fines (135). La ley aparece hoy como la norma de la

(129) Comp. HERNÁNDEZ GIL: *El abogado y el razonamiento jurídico*, 1975, pág. 116.

(130) Ha podido decirse, por ello, qué criterio para toda interpretación, de norma o de negocio jurídico, es el indagar el verdadero significado y alcance de una manifestación de voluntad, S.T.S. 9 octubre 1943 y 6 marzo 1944.

(131) Comp. *Anotadores de trad. Derecho civil de Enneccerus*, 2.ª ed., 1953, I, 1, pág. 201.

(132) P. ej., S.T.S. 6 marzo 1944, 1 julio 1944, 21 enero 1961.

(133) El Código civil austríaco, en la antigua y derogada redacción del § 914, pág. 1, decía: "Las reglas expuestas en la parte primera (§ 6) sobre interpretación de las leyes son también aplicables a los contratos".

(134) CASTÁN TOBEÑAS: *Aplicación y elaboración del Derecho*, Rev. Gen. de Leg. y Jur., XCI, 1 y 2, 1946 (julio-agosto), pág. 17, nota 2; *Derecho civil español común y foral*, 8.ª ed., 1951, I, pág. 361, quien rechaza las consideraciones de PÉREZ GONZÁLEZ y ALGUER (notas en la traducción del *Código civil de Enneccerus*) y las de MANRESA (*Comentarios al Código civil*, I, art. 6.º, pág. 78, de 1.ª ed.) y también CASTRO: *Derecho civil de España*, 3.ª ed. 1955, pág. 513, nota 4.

(135) Los autores que estudian conjuntamente las diversas clases de interpretación, cuidan de examinar separadamente la de la ley y la de los negocios jurídicos; ya THIBAUT, *loc. cit.*, que trata primero de la interpretación de la ley (§§ 43-54) y después de la de los negocios jurídicos (§§ 55-56, págs. 44-47); también SCHREIER, *loc. cit.*, que estudia separadamente, en una sección especial (la 5) la interpretación de los negocios jurídicos (págs. 74-92) y también en su comentario al Derecho austríaco (págs. 97 y sig.); no obstante pertenecer a la escuela vienesa (comp. KELSEN: *Reine Rechtslehre*, 1960, pág. 261); y BETTI, *loc. cit.*, quien después de exponer una teoría general de la interpretación jurídica

que se nos dice ser la primordial fuente jurídica en nuestro Derecho (art. 1.º, C. c.), de carácter ordenador general, y cuya adecuada interpretación interesa por ello a toda la comunidad.

El negocio jurídico crea una regla de efectos limitados a ciertas personas (partes, beneficiarios, interesados), cuyo sentido depende de ellas, y que sólo a ellas importará. Los negocios jurídicos se presentan ante los tribunales como hechos, nacidos y subordinados a la voluntad de las partes; los que en caso de pleito habrán de ser probados, conforme a lo establecido para la carga de la prueba.

Lo que se traduce en que no cabe un motivo de casación por infracción de negocio jurídico (p. ej., de contrato, de testamento, o de estatuto); mientras que la infracción de una ley o de una doctrina legal ha de ser atendida de oficio y puede ser alegada no sólo por una parte, sino también por el Ministerio Fiscal, en los pleitos en que no haya sido parte y en «interés de la Ley», y ello aunque las sentencias que se dicten en estos recursos servirán únicamente para formar jurisprudencia sobre las cuestiones legales discutidas y resueltas en el pleito (art. 1.782, L.E.C.) (136).

2. Interpretación en sentido propio y en sentido laxo.

Mas lo que ahora importa será considerar aquella indicada coincidencia, en el desarrollo de las doctrinas sobre la interpretación de la ley y la de los negocios jurídicos. En el de la interpretación de la ley ha podido advertirse la confusión dada entre la interpretación en sentido amplio (en la que se incluye la determinación de las fuentes del Derecho) y en sentido estricto (arte de la hermenéutica); en el de la interpretación de los negocios jurídicos, habrá de verse cómo se llega a tratar, sin distinguirlas, la determinación del supuesto de hecho del negocio jurídico (aquello a lo que el Derecho entiende como tal negocio) y el arte de averiguar el sentido —probable— de lo declarado.

Esta última confusión se presenta pronto; se considera como

(págs. 3-199), se ocupa de dicha interpretación según su objeto, y trata separadamente de la de la ley (págs. 163-199) y de la de los negocios jurídicos (págs. 273-322). FLUME, en *Das Rechtsgeschäft*, 1965, dedica un párrafo a la interpretación de la ley (págs. 293-299), destacando su diferencia con la del negocio jurídico (pág. 299).

Respecto al Código de Austria, se observará que la Novela redactando de nuevo el capítulo XVII, suprime en el § 914 la referencia al § 6 sobre interpretación de la ley (comp. nota 133).

La S.T.S. de 9 diciembre 1967, señala que el Código civil adopta el sistema de la libertad para la interpretación de las leyes, lo que no se opone a la aplicación *con cautela* de las disposiciones sobre interpretación de negocios jurídicos.

(136) Sobre este recurso, comp. lo dicho en Nota crítica. *El recurso en interés de la Ley y el valor de la Jurisprudencia*, en el ANUARIO, XXIII-III (julio-septiembre), 1970, págs. 614 y sig.

cuestión de la interpretación la de elegir entre dos concepciones del negocio jurídico, las que se suelen denominar formalista y espiritualista, según se dé preferencia a la letra o a la intención de lo declarado.

Dicha elección se plantea ya, y con la máxima acuidad y resonancia, en la llamada «causa curiana» (137). La discusión no tenía por objeto averiguar el sentido de lo escrito en un testamento ni siquiera el de investigar lo que el causante quiso; se trataba de saber a qué había de darse valor decisivo, si a lo que estaba escrito en el testamento o a lo que presumiblemente habría querido el testador, de haber conocido una circunstancia que él no había previsto (138). El Tribunal de los Decenviros hubo de elegir entre la concepción tradicional y otra que se consideraba más equitativa; y lo hará en favor de esta última, es decir, en favor de Curio (139).

Quedará así planteada, como cuestión interpretativa, la del enfrentamiento entre dos concepciones del negocio jurídico, la una aferrada a considerar preponderante la declaración en sentido estricto o formalizado y la otra a entender decisiva la investigación de la voluntad, aunque ésta sea sólo presunta o inducida de las circunstancias. En el Digesto se encuentran fragmentos que han podido entenderse favorables a una u otra concepción. Pero también hay numerosas reglas estableciendo presunciones, conjeturas y precisiones sobre el significado de las palabras, al tratar de los contratos, los testamentos y los legados. Unos y otras son recogidas por los autores del Derecho común, sin distinguir su diferente naturaleza, y todas serán consideradas como instrucciones para la interpretación de testamentos y contratos; sin que se intente por dichos autores formular una doctrina general de la interpretación (140).

(137) Fue tema de discusión ("topos") en las escuelas romanas. CICERÓN: *De Oratore*, 1, 57, 244; correlativa la existente respecto a la interpretación "verbis et litteris" a la que había para decidir "ex summo iure" y el juzgar "ex aequo et bono", *Pro Caecina*, 23. Otras referencias al caso *Pro Caecina*, 24, 67. *De Oratore*, 1, 39, 18; 1, 57, 294; 2, 6, 25; 2, 32, 140; *De inventione*, 2, 42, 122; *Brutus* (De Claribus oratoribus), 39, 144; *Topica*, 10, 44. También QUINTILIANO: *Institutiones*, 7, 69.

(138) El testador, creyendo encinta a su mujer, instituye heredero al "nasciturus" y como sustituto a Curio, si aquél moría impúber; muerto el testador y resultando equivocada la creencia del embarazo, Curio pide la herencia; se opone Coponio que la pide por ser el pariente más próximo del causante (heredero "ab intestato") y no haberse dado la condición establecida para que herede Curio (haber muerto impúber el "nasciturus").

(139) La primera posición fue mantenida por Q. M. SCAEVOLA, agudo jurista, calificado como "prudéntissimus homo" y la segunda defendida por L. CASSIUS, orador al que se llama "homo longe eloquentissimus". CICERÓN: *Pro Caecina*, 18, 53.

(140) Amplia referencia a los antiguos autores y a lo que ellos dicen sobre interpretación, presunciones y conjeturas, en CASTILLO DE SOTOMAYOR: *Quotidianarum contraversiarum iuris*, Colloniae Allobrogum, 1721, IV, Cap. 2, págs. 9-15.

3. Las reglas para la interpretación.

Serán los seguidores de la concepción racionalista del Derecho natural quienes propongan un elenco de reglas para la interpretación de los tratados, contratos y promesas, establecido según piensan siguiendo los dictados del Derecho natural y de la equidad (141). Doctrina pronto censurada, observándose que la interpretación no es materia propia del Derecho natural, ya que ella pertenece a la lógica (142).

Las reglas sobre la interpretación de contratos y testamentos llegan así en el momento de la Codificación sin que se les distinga conforme a su diferente naturaleza, origen y eficacia; aunque en general, siempre amparándose en la autoridad de los textos romanos (143).

Por su importancia intrínseca y por haber servido de modelo al Código civil español, parece que podrá ser útil el recordar cómo llegan al Código civil francés las reglas sobre la interpretación de los contratos.

Su origen se encuentra en la sistematización que de ellas hicieron Domat y Pothier, en las que no se distingue entre las de valor sustantivo y aquellas otras de verdadero valor hermenéutico, aunque siempre destacándose en ellas la afirmación de la primacía de la intención sobre la letra (144). La influencia de Pothier se reconoce solemnemente por el Cónsul Cambaceres, al decir éste en el Consejo de Estado que el fundamental artículo 52 del Proyecto (el actual artículo 1.156) estaba tomado literalmente del Tratado de las Obligaciones de Pothier (145).

No hay duda, por tanto, de que el legislador francés se apoya en la tradición, al redactarse la sección del Código civil titulada

(141) GROCIO: *De iure belli ac pacis*, II, 16, ed. Amsteldolami 1735, págs. 487-511. VATTEL: *Le droit des gens*, II, 17 ed. de Pradier-Fodéré, 1863, II, págs. 249-300. PUFENDORF: *Droit de la nature et des gens*, ed. y trad. de Berbeyrac, Amsterdam, 1754, II, págs. 553-567. COCCIO, en sus comentarios a Grocio (Lausanne, 1752, III, ad. § XXXI, pág. 178), critica las referencias al Derecho romano, pues las normas para interpretar los contratos son de Derecho natural y no de Derecho civil.

(142) HEINECCIO: *Praelectiones in Sam. Pufendorfii, De officio homines et civis*, I, 17, § 1, ed. Genevae, 1748, pág. 70 (*Opera*, VIII, i. f.). *Praelectiones academicae in Hugo Grotii, De iure belli ac pacis*, Roberti, 1746, pág. 512.)

(143) SAVIGNY, advierte que la mayoría de esas manifestaciones de los juristas romanos son de carácter general y adolecen de superficialidad, *Das Obligationenrecht*, Berlín 1853, § 71, pág. 189.

(144) DOMAT da quince reglas, con cita de textos romanos, *Les lois civiles dans leur ordre naturel*, lib. 1, tit. 1, sec. 2, §§ X-XXIII, ed. París, 1777, I, págs. 31-33. POTHIER recoge doce reglas, igualmente autorizadas, *Traité des obligations*, 1.º p., art. VII (*Oeuvres de Pothier*, París, 1818, III, págs. 66-70). Sobre interpretación de los legados, *Traité des donations testamentaires*, ch. VII (*Oeuvres*, X, págs. 503-552.)

(145) *Procès-Verbaux du Conseil d'Etat, contenant la discussion du Projet de Code civil*. An XII, París, 1801, III, pág. 261.

«De la interpretación de los convenios» (146). Esta contiene, sin embargo, sólo nueve artículos. El primero de los cuales (1.156), establece el criterio «espiritualista» del contrato, dando preferencia a la común intención de las partes respecto al sentido literal (147); otros dos artículos señalan el valor de los usos como medio interpretativo (art. 1.159) y como Derecho supletorio (art. 1.160) de las cláusulas contractuales; solamente los artículos restantes pudieran considerarse reglas de hermenéutica (148).

4. *Valor de las reglas para la interpretación de los contratos.*

Los juristas que colaboran en la redacción del Código francés, no parece se preocuparan de concretar nada sobre la naturaleza de las reglas sobre la interpretación de los contratos. El ambiente había cambiado con la desaparición de la anterior desconfianza hacia la magistratura, que se diera a raíz de la Revolución (149). Se piensa ahora que «la interpretación de la ley particular de los contratantes no puede pertenecer más que a los jueces» (150); pero también se dirá que las reglas sobre la interpretación de los contratos se encuentra autorizada por la tradición, el Derecho romano y la equidad (151).

La doctrina francesa posterior no parece compartir la creencia en unas máximas invariables sobre la interpretación, basadas en la equidad. Por ello, no será de extrañar que, al publicarse los primeros comentarios al articulado sobre la interpretación de los convenios, se haya observado que «la doctrina de la interpretación pertenece propiamente a la lógica, que nos enseña a dirigir nuestro espíritu en la búsqueda de la verdad» (152). Este modo

(146) Es de advertir que el Código civil francés no contiene reglas sobre la interpretación de los testamentos. La doctrina entiende aplicables por analogía las reglas establecidas para la interpretación de los contratos.

(147) Recoge el criterio fundamental sobre el contrato, expresado en el célebre dicho de PAPINIANO, D. 50, 16, 219.

(148) En verdad, no contienen verdaderas reglas sobre interpretación, ni el art. 1.156, que viene a definir el concepto aceptado de contrato, afirmando su carácter consensual, ni los arts. 1.159 y 1.160, que valoran los usos como fuente de Derecho dispositivo.

(149) El Consejero de Estado PORTALIS amonesta en el Tribunalado: «Razonamos como si los legisladores fuesen dioses y como si los jueces no fueran ni siquiera hombres», *Code civil, suivi de l'Exposé des Motifs de chaque loi*, &, París, 1820, II, núm. 1, pág. 17. Frase reproducida por GARCÍA GOYENA, *loc. cit.*, I, pág. 25, aunque olvidando citar a Portalis.

(150) El tribuno FAVART, en el Informe hecho en nombre de la Sección de Legislación, *Code civil, loc. cit.*, V, núm. 60, pág. 116.

(151) FAVART, antes citado; el Consejero de Estado BIGOT-PREAMENEU, *id.*, núm. 59, pág. 25; el tribuno MARICAULT, *id.*, núm. 61, pág. 219.

(152) TOULLIER: *Le Droit civil français suivant l'ordre du Code*, 3.^a ed., Bruxelles, 1821, VI, § 305, pág. 286. Continúa diciendo: «las reglas de interpretación no son en efecto más que los medios que ofrece la razón para descubrir el verdadero sentido de los actos oscuros o ambiguos».

de pensar lleva a que los tribunales entiendan que las disposiciones sobre interpretación carecen de valor imperativo; diciendo el Tribunal de Casación, que ellas constituyen consejos dados al juez por el legislador para la interpretación de los convenios y no reglas absolutas cuya inobservancia lleve consigo la apertura de la casación (153).

Ello no obstante, y respetándose siempre de palabra la señalada doctrina, el Tribunal de Casación ha venido estableciendo ciertos límites al poder de los tribunales de instancia, en cuanto a la interpretación; diciendo que éstos incurren en motivo de casación si bajo pretexto de interpretar una cláusula contractual la desnaturalizan, modificando obligaciones claramente precisadas en el contrato o bien no dándole su verdadera calificación (154).

Esta aparente contradicción en la jurisprudencia y doctrina francesa resulta y se explica por la naturaleza distinta de las disposiciones contenidas bajo la rúbrica «interpretación de los convenios»; de las cuales unas tienen claro valor imperativo (artículos 1.156, 1.159, 1.160) y otras mero valor de orientación para el intérprete (155).

El Derecho alemán evita tales dificultades y confusión. En los trabajos preparatorios para su Código civil, se advierte cómo no se cae en la tentación de llevar al texto legal las enseñanzas de los libros sobre la heurística jurídica. En los «Motivos» se dice, sobre las reglas para la interpretación, que «preceptos de esta naturaleza son en esencia reglas del pensar sin contenido jurídico positivo: el Juez con ellas recibe enseñanzas sobre lógica práctica» (156) y en «Fundamentos para el Anteproyecto del Proyecto primero del Código», se observa en el mismo sentido que «la lógica práctica por ser inagotable no cabe que sea codificada» (157). Criterio que inspira la redacción del texto definitivo

(153) LAURENT: *Principes de Droit civil*, 3.^a ed., Bruxelles, 1878, VI, § 500, pág. 578; BAUDRY-LACANTINERIE, BARDE: *Traité théorique et pratique de Droit civil*, XII, *Des obligations*, I, 3.^a ed., Paris 1906, pág. 568. En ambos, citas de la jurisprudencia; también señalan los artículos del Código que se han tomado de Pothier.

(154) RIPERT, BOULANGER: *Traité de Droit civil, d'après le Traité de Planiol*, Paris, 1957, II, § 455-460, págs. 177-179, MAZEAUD (Henri et Leon), MAZEAUD (Jean): *Leçons de Droit civil*, Paris, 1956, II, §§ 352-357, págs. 271-275, pág. 265, págs. 275-278. MARTY, RAYNAUD: *Droit civil*, II, 1, *Les obligations*, Paris, 1962, §§ 219-220, págs. 200-203.

(155) La misma situación se encuentra en los Códigos que siguen al francés. Entre los Códigos modernos, el italiano de 1942, dedica todavía un capítulo a la interpretación de los contratos (arts. 1.362-1.371); posiblemente mantenido en interés a la referencia a "los principios del orden corporativo (art. 1.371, i. f.). También el Código civil del Imperio de Etiopía de 1960 (redactado por René David), arts. 1.732-1.739, conforme al Código y doctrina francesa.

(156) Mot. I, 155; Mugdan, I, 437; citas de FLUME, *loc. cit.*, pág. 307, nota 34.

(157) Gebhard, II, 252, cita de FLUME, *loc. cit.*, pág. 314, nota 57.

del Código civil alemán (158) y que es aplaudido por la doctrina (159); el que es seguido por varios Códigos modernos (160).

El Código civil español seguirá aquí el ejemplo del francés (161), por lo que no es de extrañar que su texto origine dificultades y confusiones semejantes a las que aquél produjera respecto al recurso de casación.

Lo complejo de las cuestiones que nacen al discutirse en un pleito la existencia o el contenido de un negocio jurídico, aconseja distinguirlas con cuidado.

La duda puede haber surgido así, ¿qué se dijo?, ¿qué se escribió?; después, cabe preguntarse, ¿qué quiso el declarante?, ¿cuál fue el común sentir de los declarantes?, ¿qué se pretendió con la declaración? Supuestos todos de hecho, a los que se refiere el número 7.º del artículo 1.692, de la Ley de Enjuiciamiento civil.

A su lado pueden presentarse cuestiones propiamente jurídicas, ¿cuáles son los datos o signos que el Derecho (ley, costumbre, usos, principios generales) estima como constitutivos de una declaración de voluntad (supuestos de hecho de la norma) o que se admite como indicios de ella, con fuerza de presunción? ¿Cuál sea su respectivo valor o jerarquía? Los cuales, en cambio, entran en el ámbito del número 1.º del artículo 1.692 de la citada Ley de Enjuiciamiento.

Junto a estas cuestiones de naturaleza claramente determinada, se plantea otra, que surge por la existencia de las reglas puramente hermenéuticas recogidas en la ley; ¿limitan ellas la libertad del juez para apreciar el sentido de una declaración?, ¿su pretendida infracción da acceso al recurso de casación?

No habrá duda de que los artículos 675 y 1.281 del Código civil, sobre el testamento (162), y sobre los contratos, tienen carácter

(158) El § 133 se limita a decir que al interpretar una declaración de voluntad se habrá de investigar la efectiva voluntad, si no resulta otra cosa de la ley; el § 157, dispone que los contratos se entiendan conforme a la buena fe. En cambio, establece presunciones para los casos de dudas sobre la voluntad del testador (§§ 2.066-2.077), sobre pertinencias (§ 314) y renuncia a la herencia (§ 2.350).

(159) En la doctrina, p. ej., GIORGI: *Derecho de las obligaciones*, trad. 1930, § 181, pág. 185, nota 1; MUCIUS SCAEVOLA: *Código civil comentado y concordado*, 1904, XX, págs. 820-823; PUIG PEÑA: *Tratado de Derecho civil español*, 1946, IV-II, pág. 42, nota 15.

(160) Comp. también en dicho sentido, art. 18, Código suizo de las Obligaciones, art. 173 Código civil helénico; el Código civil de Venezuela de 1940, no trata de la interpretación de los contratos.

(161) El Proyecto de 1851 (arts. 1.019-1.024) recoge, aunque con variantes en su orden y redacción, las reglas del Código francés. GARCÍA GOYENA, las considera autorizadas con citas de otros Códigos, del Digesto y de Las Partidas, y también recogiendo frases de los Consejeros y Tribunales al presentar el Proyecto del Código francés; *Concordancias* (artículo 1.024), III, pág. 58. El Anteproyecto de 1882-1889 (arts. 1.294-1.302) introduce algún cambio en la redacción de las mismas, atendiendo al Anteproyecto de Laurent, PEÑA, *loc. cit.*, págs. 405-407.

(162) A diferencia del Código francés y del Proyecto de 1851, el Anteproyecto de 1882-1888, introduce una regla para la interpretación de las

imperativo, en cuanto determinan el valor relativo de voluntad y declaración en estos negocios. Reconocido el valor sustantivo de estos preceptos, resultará evidente que su infracción dará lugar a la casación por el cauce del número 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento civil (163). Así lo ha manifestado la jurisprudencia del Tribunal Supremo, aunque de manera tan amplia que ha podido pensarse que siempre cabría interponer recurso de casación por violación, interpretación errónea o aplicación indebida de cualquiera de los artículos incluidos en el título del Código civil denominado «De la interpretación de los contratos» (164).

Estudiados con un mayor cuidado los considerandos de las sentencias del Tribunal Supremo, parece debido llegar a unas conclusiones más matizadas. Resulta de ellos, que no se ha desconocido lo diverso de la naturaleza de las reglas legales sobre interpretación de los contratos. El carácter fundamental de lo preceptuado en el artículo 1.281, se ha reconocido, diciendo que «el Código civil, en el capítulo correspondiente a la interpretación de los contratos, parece atender a las dificultades que suele ofrecer la ejecución de los mismos, consigna reglas prácticas que son reproducción de lo que la jurisprudencia tenía establecido, todas subordinadas a la cardinal del artículo 1.281» (S. T. S., 19 enero 1925).

¿La infracción de las otras disposiciones sobre la interpretación de los contratos, podrá dar motivo a la casación? Como reglas heurísticas, y por tanto de carácter instrumental, serán tan sólo invocables cuando dicha infracción implique haberse desconocido la voluntad común de las partes. La finalidad de la interpretación y el cometido del intérprete se centran en la búsqueda del sentido de la declaración contractual; resultando secundaria la cuestión de los medios utilizados para llegar a cono-

disposiciones testamentarias (art. 670), siguiendo los criterios de los antiguos Códigos portugués y mejicano, PEÑA, *loc. cit.*, pág. 144.

(163) La S. T. S. de 27 octubre 1902, abandona ya la antigua doctrina que venía considerando "cuestión predominante de hecho" todo lo referente a la interpretación de los negocios jurídicos, y estima la infracción del artículo 1.821, por "prescindir del texto expreso de la obligación contenida en dicho documento", y haberlo interpretado con referencia a otro contrato, limitado éste a establecer el modo de hacer efectiva la obligación y no a su cuantía (que era lo discutido). La S.T.S. de 29 abril 1926, casa la del inferior considerando que cuando el texto del contrato "no tiene toda la precisión debida debe ceder a la interpretación lógica", atendiendo a todas las cláusulas, a la naturaleza del contrato y a los derechos y obligaciones recíprocas.

(164) S. T. S. 6 noviembre 1976, desestima el recurso por no haberse demostrado que la "desacertada exégesis negocial se había producido por la incorrecta interpretación de los artículos 1.281 y siguientes del Código civil y doctrina legal que los completa"; también S. T. S. de 21 febrero 1969, 22 enero 1970, entre otras.

cerlo. Lo que importa es conseguir una interpretación que resulte justa y adecuada (165).

Los problemas que origina la interpretación de los negocios jurídicos no han podido ni pueden resolverse acudiendo a la formulación de reglas abstractas; se presentan, en cada caso, con propios y peculiares caracteres. Respecto de ellos, las disposiciones del Código sobre interpretación (en sentido propio o estricto) no tienen más que un valor admonitivo o de orientación. Lo que deja un gran espacio de libertad al intérprete. Sobre ello, dice el Tribunal Supremo que «es de tener ante todo en cuenta que las normas o preceptos que las leyes sustantivas contienen sobre la interpretación de los negocios jurídicos, tiene un carácter especial y un ámbito limitado que imponen la propia naturaleza de la cuestión a la que se refieren y más que disciplinar una materia en la que tan difícil es la contemplación de la singularidad del caso concreto a resolver, se ciñen a exponer normas de orientación señalando los factores o elementos que han de tenerse en cuenta para la exégesis, dejando su concreta aplicación a la conciencia de las partes y en caso de discrepancia a la pericia del juzgador, quien ha de formar razonablemente su criterio dentro del margen de libertad que forzosamente le deja la ley» (S. 23 febrero 1966).

El reconocimiento de que lo que importa en la interpretación de los contratos no es la aplicación o no aplicación de las reglas que para ella enumera el Código, sino el resultado a que se llegue, se ha traducido en que la doctrina jurisprudencial se ha consolidado, diciendo ser facultad privativa del Tribunal de instancia o pertenecer a la soberanía del inferior, la interpretación de los contratos, la que habrá de ser mantenida mientras sea lógica o racional, aunque cupiera alguna duda sobre su absoluta exactitud;

(165) La S. T. S. de 21 enero 1961, señala de modo inequívoco la dirección de la doctrina jurisprudencial. El recurso de casación aduce como motivo de infracción, la de los artículos 1.281 y 1.284 por el concepto de violación, la del 1.285 por el de aplicación indebida y la del 1.282 por interpretación errónea, todos del Código civil. Es considerado improcedente en razón de que siendo el problema planteado el de la interpretación de los contratos "su resolución ha de realizarse de acuerdo con las enseñanzas doctrinales que la teoría científica y la jurisprudencia establecen, teniendo ésta declarado que "no estando reducida la interpretación a una serie de preceptos que por su imprecisión nada por sí resuelven", precisase en cada caso buscar la intención de las partes en los actos y contratos en que intervienen, tanto con sujeción al criterio clásico o subjetivista como en el significado y alcance que de sus declaraciones de voluntad se derivan, con arreglo a la opinión moderna u objetivista, para de este modo tanto autenticar cuál fuese la inspiración y propósito a que responde como para decidir sus consecuencias jurídicas, debiendo éstas prevalecer sobre el criterio del recurrente, si no se demuestra por modo evidente y notorio, el error del juzgador", circunstancia que se dice no darse en el caso de autos, "desde el momento que ha llegado a la conclusión que obtiene atendido al sentido gramatical, lógico, sistemático y teleológico de las diferentes cláusulas, armonizándolos entre sí".

añadiéndose que deberá desestimarse el recurso de casación interpuesto en todos los casos en los que no se demuestra que la interpretación dada incurre en error notorio o sea desorbitada o arbitraria. Doctrina que, expresada con unos u otros términos se viene calificando por el Tribunal Supremo de inconcusa e indudable (166).

Como puede observarse de los mismos términos empleados por el Tribunal Supremo, resulta que ese amplio poder interpretativo que se atribuye al Tribunal de instancia no es ilimitado. Está subordinado, como toda la función interpretativa, al precepto imperativo contenido en el artículo 1.281; el que viene a ordenar la búsqueda del verdadero sentido del contrato (167). Con este mismo criterio se ha procedido al entender el artículo 1.282; de modo que para juzgar de la intención de los contratantes habrá de atenderse no sólo a los actos de éstos coetáneos y posteriores al contrato, sino también a los anteriores, a todas las circunstancias concurrentes y, en fin, a la total conducta de los mismos (168).

También es de notar que la regla interpretativa que contiene el artículo 1.287 se ha de valorar, en su primer párrafo, como indicando un modo para conocer la voluntad presumible de las partes, mientras que su segundo párrafo concuerda con lo mandado en el artículo 1.258, con el resultado de salir del ámbito estricto de la interpretación y coincidir ambos en referirse con ello al llamado sentido objetivo del contrato, de alcance imperativo (169).

5. Coincidencia de conclusiones respecto a las reglas sobre interpretación de la ley y sobre la interpretación de los contratos.

El recuerdo de los datos recogidos, aunque elementales, sobre la interpretación de los contratos, puede ser suficiente para com-

(166) Cabe citar, entre otras muchas, la sentencias recientes del Tribunal Supremo de 22 octubre 1957, 4 marzo 1961, 21 febrero 1964, 9 diciembre 1966, 10 noviembre 1971, 25 abril 1972, 6 noviembre 1976, 15 diciembre 1976, 4 y 6 mayo, 1, 6 y 20 de junio de 1977, respecto a la interpretación de los contratos; y las sentencias de 1 junio 1946, 4 noviembre 1961, respecto a la interpretación de los testamentos.

(167) La redacción del artículo revela la tensión de siempre entre el respeto debido al sentido literal de las cláusulas y el de atender a la intención de los contratantes; para que prevalezca ésta sobre aquél se requiere que la contradicción aparezca como evidente.

(168) Entre otras, S. T. S. 24 febrero 1904, 21 noviembre 1908, 26 marzo 1923, 8 abril 1931, 20 abril 1944, 13 febrero 1960, 28 abril 1964, 19 febrero 1965. Sobre la interpretación de los testamentos, lo indicado en *El negocio jurídico*, §§ 109-119, págs. 85-87.

(169) Que la doctrina ha ligado a la consideración de la responsabilidad del declarante (*El negocio jurídico*, § 113, pág. 89). La S. T. S. de 27 enero 1977, considera que de acuerdo al principio de buena fe la empresa constructora estaba obligada a atenerse a lo prometido en los folletos de propaganda (respecto insonorización y aire acondicionado).

probar cómo la doctrina jurisprudencial española ha llegado a los mismos resultados que la francesa, aunque una y otra hayan partido de postulados o prejuicios contrarios (170). En efecto, ambas han llegado a la conclusión de que las reglas contenidas en los respectivos Códigos civiles, sobre interpretación de los contratos en sentido estricto, carecen de sentido imperativo, y, en su consecuencia, se ha cerrado el acceso a la casación para los recursos motivados en la infracción de dichas reglas.

También, después del estudio hecho sobre las reglas para la interpretación de los contratos, parece conveniente volver la vista hacia lo dicho sobre las reglas para la interpretación de las leyes. Podrá entonces observarse que, a pesar de lo distinto de sus respectivos objetos, la doctrina sobre cada una de dichas clases de interpretación incurre en semejantes confusiones y llega a conclusiones coincidentes. Aquellas consisten en no haber distinguido en particular los dos sentidos en los que se emplea el término interpretación, el uno en exceso amplio (incluyendo la determinación de las fuentes de Derecho, y la delimitación del supuesto de hecho del negocio) y el otro estricto o propio (reglas de hermenéutica). La coincidencia en las conclusiones se encuentra en considerar, que la infracción de una regla para la interpretación (en sentido estricto), lo mismo sea respecto de la ley o del contrato, no dará lugar al recurso de casación, porque lo que importa para éste es lo justo o injusto del resultado obtenido, respecto a la averiguación del sentido de una o de otro, y no el medio heurístico por el que aquél se haya alcanzado (171).

(170) La doctrina francesa atendió, primero, sólo a las reglas en sentido estricto o hermenéutico (para negar en general la casación) y, después, considera implícitamente las disposiciones que definen al contrato (dando lugar a la casación), para atender al verdadero sentido de las cláusulas pactadas. La doctrina española, después de atender al artículo 1.281, como precepto imperativo (dando lugar a la casación), considerará el carácter especial o propio de las reglas puramente hermenéuticas (para no dar lugar a la casación).

(171) Sobre otros aspectos del tema, en pruebas ya este trabajo: DE LOS MOZOS, *Derecho civil español*, 1977, I, 1, págs. 515 sig., especialmente 553-563; PASTOR RIDRUEJO, *La interpretación de la ley en la reforma del título preliminar del Código civil*, ACADEMIA MATRITENSE DEL NOTARIADO, *Estudios*, I, 1977, págs. 151-185. Sobre la doctrina relativista: ZACH, *Tendenzen der juristischen Auslegungslehre*, Z. f. Sch. R., 1977, págs. 313-343.

VIDA JURIDICA

NOTICIAS

In Memoriam

En el pasado mes de julio, a los setenta y un años de edad, falleció el excelentísimo señor don Manuel Batlle Vázquez, catedrático de Derecho civil de la Universidad de Murcia, en cuya Facultad de Derecho ejerció la docencia hasta su jubilación.

El profesor Batlle Vázquez fue sobre todo un gran universitario: más de treinta años rector magnífico de la Universidad (había sido también representante español en la «Conférence des Recteurs et Vice-Chancelliers des Universités Européennes»), desempeñó otros muchos cargos oficiales, pero ello no le impidió permanecer en su labor docente, ganándose el respeto y el afecto de muchas promociones de alumnos.

Autor de numerosas publicaciones, distribuidas en monografías, colaboraciones en obras generales y artículos en revistas jurídicas, gozó de gran prestigio en la especialidad, y algunos de sus trabajos lograron una gran difusión, como sucede con su obra «La propiedad de casas por pisos», que ha alcanzado siete ediciones, la última en 1973.

Había sido discípulo y ayudante de Cátedra del profesor Castán Tobeñas, en la Universidad de Valencia, y con el profesor De Castro y Bravo en la de Madrid, hasta que en 1935 ganó por oposición la Cátedra de Derecho Civil, al mismo tiempo que los profesores Ossorio Morales y Bonet Ramón.

A veces proyectó su inquietud a otras áreas, dando testimonio de ello el curso monográfico que dictó hace años sobre el pensamiento de Luis Vives, sus enseñanzas de Filología rumana en la murciana Facultad de Letras, y sus traducciones en verso y prosa de autores de esa lengua, como Mihail Eminescu, Ion Luca Caragiale, Petrascanu y otros. Había destacado también como taquígrafo, y era miembro de la Académie Stenographique de France y socio de honor de la Unión Taquigráfica Valenciana.

Al dar cuenta de su pérdida, es casi inevitable para el autor de esta nota —vinculado por razones de vieja amistad y agradecimiento al extinto maestro— destacar el hecho de que pocas horas antes de su muerte conversaba con él en su despacho del Seminario de Derecho Privado de la Universidad murciana, sin que nada dejara adivinar su inmediato final. El hecho en sí tiene una objetiva significación: la de que el profesor Batlle estuvo hasta el último momento de su vida respondiendo a su permanente vocación universitaria que nunca quiso renunciar.

Don Manuel Batlle había creado, con paciencia y esfuerzo, a lo largo de muchos años «su» Seminario, y en una labor personal que nunca le agradecerá bastante la Universidad de Murcia, había logrado un utilísimo instrumento de trabajo, con amplios fondos bibliográficos y minuciosa orga-

nización, que no es fácil encontrar con frecuencia, y que queda como obra enteramente suya.

En el sosiego de su jubilación, y aun minado por la enfermedad, don Manuel Batlle seguía concurriendo diariamente a su despacho del Seminario, siendo el primero en llegar y el último en abandonarlo. Al mismo tiempo desligado ya de ataduras oficiales, proyectaba su personalidad y su magisterio.

El profesor Batlle se había jubilado como Catedrático en 1975, y el autor de esta breve nota había vuelto a encontrarlo, después de muchos años, al sucederle hace pocos meses en la Cátedra que él dejó vacante. Su retiro administrativo no nos había privado, sin embargo, de su diario testimonio de capacidad, finura intelectual, extraordinaria personalidad de jurista auténtico y maestro constante.

Y en el orden personal había alcanzado una profunda serenidad. Pocos días antes de su muerte, como trasluciendo su tranquila consciencia de la amenaza que sobre él hacía pesar la enfermedad, me decía que en el balance de su vida lo más importante que encontraba, como saldo favorable, era haber hecho del ejercicio de la docencia tarea irrenunciable. También que su mayor deseo era poder trabajar hasta el fin.

Sin duda, Dios le oyó y así ha sucedido: la misma tarde de su muerte había puesto punto final a un trabajo de colaboración en una obra general, que pronto verá la luz.

Descanse en paz el amigo y el maestro.

J. ROCA JUAN

BIBLIOGRAFIA

LIBROS

AZNAR SANCHEZ, Juan: «Las inversiones extranjeras en España. Su régimen jurídico». Madrid, 1976. Editorial Montecorvo, Sociedad Anónima. Un volumen de 470 págs.

El doctor Aznar es un jurista especializado en temas de extranjería, tal como tiene demostrado en estudios anteriores. A ello hay que añadir este volumen donde aborda el nuevo régimen jurídico vigente sobre las inversiones de capital extranjero en España que, a partir de los Decretos de 31 de octubre de 1974, alcanza tres ámbitos normativos: el del «Texto refundido de las disposiciones legislativas sobre inversiones extranjeras en España», el del «Reglamento de inversiones extranjeras en España» y el que exige de autorización previa las inversiones extranjeras mayoritarias en determinadas actividades.

Desde el punto de vista jurídico, esta obra es la tercera que aborda tan importante materia, después de la de Lucar Fernández y Garcés Brusés, por lo que viene a formar el conjunto bibliográfico y de consulta más completo en torno a la problemática y las cuestiones que atañen a la inversión de capitales extranjeros en España.

Después de una «Introducción», donde el autor no deja de advertir la conveniencia de estas inversiones, así como el volumen que han adquirido en estas últimas décadas hasta el año 1973, establece el plan de estudio, que lo divide en seis partes fundamentales, más una séptima dedicada a la bibliografía y a los índices.

Su primera parte se compone de un primer capítulo dedicado al régimen general de las inversiones y, concretamente, a las inversiones de capital extranjero en España (los antecedentes y su régimen actual), para pasar al examen de quién son los sujetos de la inversión (españoles residentes en el extranjero, los extranjeros, las personas jurídicas extranjeras de naturaleza privada,

los no residentes con actividad empresarial, las sociedades españolas con participación extranjera en su capital, la Corporación Financiera Internacional, los Gobiernos y entidades oficiales de soberanía extranjera) y concluir con los modos de realizar la inversión (la aportación dineraria exterior, el equipo-capital, la asistencia técnica, patentes y licencias de fabricación), así como las formas de realizar la inversión (participación en una sociedad española, contratos de cuentas en participación, creación de sucursales o establecimientos, adquisición de fondos públicos, títulos privados de renta fija y participación de fondos de inversión mobiliaria, adquisición de fincas rústicas y urbanas, así como otras formas de inversión previa autorización administrativa).

El segundo capítulo de esta primera parte trata de las inversiones en actividades específicas, empresas cinematográficas, la radiodifusión, de prensa y editoriales, mineras, de investigación y explotación de hidrocarburos, de banca, de seguros, de refino de petróleo, de navegación aérea, navieras, de aprovechamientos de aguas públicas, sociedades contratistas de obras, servicios y suministros con el Estado y organismos autónomos), de las inversiones de cartera (en títulos-valores, en sociedades y fondos de inversión mobiliaria), de las inversiones inmobiliarias (fincas rústicas y urbanas, zonas de interés turístico, insulares y estratégicas), de los préstamos hipotecarios, de la actividad empresarial, la inscripción registral de los actos y contratos sobre inmuebles y de la vigilancia, inspección, suspensión y sanciones) para terminar en un cuarto apartado sobre otras formas de inversión.

La segunda parte de la obra abarca lo referente a la transmisión y la transferencia al exterior de las inversiones, sus antecedentes y su régimen actual. La tercera parte la dedica al examen del régimen fiscal con especial atención a los supuestos de doble imposición, para señalar en una cuarta parte las consecuencias de los actos del inversor cuando son contrarios a la ley o se hacen en fraude de la misma, los casos de las nacionalizaciones y de los delitos monetarios. En la quinta parte se recoge la nueva organización administrativa, sus competencias (Consejo de Ministros, Ministerio de Comercio, Dirección General de Transacciones Exteriores y Junta de Inversiones), su procedimiento, así como el Registro de Inversiones Extranjeras, para concluir con una sexta parte dedicada al sistema de recursos.

Por último, la séptima parte consta de una bibliografía (específica y complementaria) y de dos índices, uno analítico y otro sistemático, muy útiles y prácticos al momento de la consulta de la obra.

Dada la fecha de publicación de este estudio, no se contienen las normas complementarias y modificativas posteriores, como son las Resoluciones de la Dirección General de Transacciones Exteriores de 20 diciembre 1974, 20 enero 1975, 23 enero 1975, 25 enero 1975 y 6 mayo 1975; la Orden de 5 marzo 1975, el Decreto de 19

junio 1975, las Resoluciones de 30 julio 1975 y 17 julio 1975; el Decreto de 26 diciembre 1975, el Real Decreto de 26 noviembre 1976, la Orden de 25 marzo 1977 y la Orden de 30 mayo 1977.

Sin embargo, se echa de menos una parte de la literatura que se produjo con anterioridad para este ámbito de las inversiones extranjeras, aunque otra, como la referente a la importante cuestión de la eficacia e ineficacia de los actos de inversión, también coincide con el momento de publicación de esta obra.

JOSÉ BONET CORREA

CUADERNOS DE DERECHO COMPARADO. I. «La reforma del Derecho de familia». Departamento de Derecho civil, II. Universidad de Salamanca, 1977, 125 págs.

La publicación de este primer Cuaderno sobre Derecho comparado, ofrece una nueva e importante manifestación de la continuada labor investigadora que debemos al Departamento de Derecho civil, II, de la Universidad Salmantina, bajo la dirección del catedrático D. José Luis de los Mozos.

El origen, propósito y sentido de la aparición de los Cuadernos, se explica en su «Presentación», redactada por el profesor De los Mozos. Se ha creído conveniente, necesario, llenar el hueco creado por el descuido con el que, entre nosotros, se ha venido tratando el estudio del Derecho comparado. Labor que interesa —se nos dice— ya que el conocimiento del Derecho extranjero puede servir para orientar, en su caso, la política legislativa y por la importancia de llevar a cabo, en fase crítica, no sólo la comparación de soluciones, sino también la de sistemas jurídicos.

La elección del contenido de este Cuaderno primero, se nos indica, es debido al éxito alcanzado por dos tesis doctorales sobre temas de Derecho de familia, publicados por el Departamento de Derecho civil, II, de la Universidad de Salamanca (1). Seguramente, también por la actualidad de dichos temas, dada la crisis de la concepción tradicional del Derecho de familia en España y fuera de España.

En este Cuaderno se recogen cinco valiosos estudios. Son los siguientes:

La condición jurídica del hijo natural en la República Federal Alemana, por el profesor Beitzke, de la Universidad de Bonn (páginas 11-23).

(1) Se alude a los notables estudios de HERRERO GARCÍA (María José), *Contrato oneroso entre cónyuges*, Salamanca, 1976 y de GÓMEZ LAPLAZA (María del Carmen), *De los bienes parafernales*, Salamanca, 1976.

La patria potestad sobre los hijos nacidos fuera de matrimonio, por Castán Vázquez, vocal de la Comisión General de Codificación (págs. 25-54).

El Derecho de familia en los países socialistas del Este europeo, por el catedrático García Cantero, de la Universidad de San Sebastián (págs. 55-71).

La «matrimonial home» en el régimen matrimonial inglés, por Vattier Fuensalida, del Colegio Universitario de León (páginas 73-109) (2).

La evolución del Derecho de familia en la República Federal alemana desde la postguerra, por el profesor Weyers, de la Universidad de Frankfurt an Mein (págs. 111-124).

Nos parece debido y justo saludar con alegría esta publicación de un Departamento universitario. En estos momentos tan tristes para la Universidad española, de cuya crisis no se vislumbra cómo podrá salir, aparece como un rayo de luz y un motivo de esperanza, esta manifestación del trabajo universitario, generosa y recoleta, de la Universidad de Salamanca.

R.

DESANTES GUANTER, José María: "Fundamentos del Derecho de la información". Madrid, 1977. Confederación Española de Cajas de Ahorro. Un volumen de 719 págs.

El profesor Desantes es un jurista con la sólida base de un civilista que, por su gran espíritu y ante la tarea científica, no se contentó con buscar los trillados caminos de las instituciones tradicionales; su inquietud y apertura a las nuevas relaciones sociales, producto de altas técnicas y medios de comunicación social, le llevaron a pensar, desde su temprana actividad editorial, en el gran complejo mundo de vicisitudes en que desemboca la información. Primero, como investigador, después como docente en su cátedra, ha venido realizando en estas últimas décadas una labor profunda, monográfica y de ensayo, que ahora viene a culminar en este fundamental tratado sobre el Derecho de la información.

El origen inmediato que las leyes decimonónicas de prensa e imprenta han de servir para abrir un camino que se ensanchará con los grandes conflictos bélicos del siglo XX, las nuevas ideologías y regímenes políticos, que manipularan los medios de información a través de fórmulas psicológicas y sociales, concluirán por dejar indefensos a sectores privados

(2) Aunque el título de este trabajo pueda traducirse por "hogar matrimonial", ofrece también un interesante estudio del régimen matrimonial británico, en su evolución histórica y jurisprudencial.

y del público en general. Como muy bien indica nuestro ilustre autor, la tarea informativa se profesionaliza a medida que se tecnifica formando enormes estructuras empresariales, donde no falta la concentración y el monopolio. Así, llega la proclamación sobre la información que hace la ONU en 1948 y, a partir de la cual, los autores estructuran su fundamento normativo para el ámbito de las relaciones sociales. Con el profesor Beneyto, el profesor Desantes, en España, serán los pioneros que en nuestro ámbito le van a dedicar lo mejor de sus esfuerzos. Ahora, con la obra de Desantes, tenemos el resultado de una plena dedicación y esfuerzo para cimentar, construir y lograr este ámbito específico del Derecho de la información.

Con una rigurosa metodología, el profesor Desantes aborda la exposición y contenido del Derecho de la información. Después de una "Introducción", su tratamiento abarca seis apartados donde se exponen: 1. La ponderación jurídica de los términos "derecho" e "información" (el perfil de una ciencia jurídica de la información y el acoplamiento de dichos términos); 2. El esbozo histórico del Derecho de la información (en cuanto precipitado histórico, de la libertad de expresión al Derecho de la información, de la *actio iniuriarum* al estatuto de la información, la histórica de la ciencia del Derecho de la información, el Derecho de la información en el panorama científico español); 3. La esencia del Derecho de la información (ontología, causalidad y teología de una ciencia jurídica, las ideas evitables acerca del Derecho de la información, las ideas revisables acerca de este Derecho y una idea aceptable del Derecho de la información); 4. La existencia del Derecho de la información (indeterminación apriorística del modo de realización del Derecho, las concepciones acerca del método y su valor para el Derecho de la información, la creación de este Derecho, su aplicación, la metodología de la investigación en la ciencia jurídica informativa y la didáctica del Derecho de la información); 5. El sistema *ius informativo* en la comunicación de saberes (el sistema en cuanto fundamento equilibrado del programa, el programa como información del sistema, la planificación del curso y la división del temario en unidades); 6. La génesis del Derecho de la información como proceso comunicativo, donde se analiza la generalización del concepto de fuente, el aspecto poyético de las fuentes, el solapamiento del aspecto poyético y difusivo en determinadas fuentes, para concluir esta sólida obra con una exhaustiva bibliografía, en cuanto fuente de fuentes del Derecho de la información.

Del solo enunciado de las grandes líneas que integran el nuevo Derecho de la información, el lector podrá deducir la riqueza de contenido, el esfuerzo constructivo y de síntesis del profesor Desantes a la hora de realizar esta obra fundamental, que viene a ser el tratado más importante con que cuenta la literatura jurídica española en esta nueva materia y rama de la ciencia jurídica.

JOSÉ BONET CORREA

DE LA ROSA DIAZ (Pelayo). "La permuta (Desde Roma al Derecho español actual)". Prólogo del profesor Alfredo Calonge, catedrático de Derecho romano. Editorial Montecorvo, S. A., Madrid, 1976, 432 págs.

En este libro se estudia la figura de la permuta conforme a un sistema ya utilizado con fortuna por otros ilustres tratadistas (1). Se toma como punto de partida el Derecho romano, de cuyas fuentes se hace un detenido examen crítico, y sobre esta base se va tratando con detalle la evolución jurídica posterior de la institución estudiada, para terminar con el comentario de la legislación vigente. De este modo se procura proporcionar al estudioso los medios para conocer el desarrollo y vicisitudes de la figura jurídica tratada; conforme siempre a los datos aportados sobre la normativa romana.

El libro aquí reseñado está formado por cuatro estudios, a cada uno de los que se dedica una parte de la obra. El primero y, a mi juicio, el fundamental se ocupa de la permuta en el Derecho romano (2). En él se considera detenidamente la gran controversia entre sabinianos y proculeyanos, sobre la distinción del concepto de permuta respecto del de la compraventa (cambio de una toga por una túnica); se examinan en detalle las analogías y diferencias entre la permuta y la compraventa; en fin, en consideración del encaje de la permuta en los contratos "do ut des", se hace una importante disgresión sobre los contratos innominados.

En la parte segunda de la obra se recogen con cuidado datos de la historia de la permuta durante la Edad Media; mereciendo destacarse la documentación obtenida de la consulta de varios cartularios, las referencias al Derecho musulmán y a la recepción del Derecho romano en los distintos territorios de España. Se indica aquí la importancia decisiva del Ordenamiento de Alcalá (ley única, título 16) en la evolución de la permuta.

La parte tercera contiene aportaciones sobre la "doctrina histórica moderna", algunas poco conocidas, sobre la literatura teológica - jurídica, el iusnaturalismo racionalista y el Derecho de pandectas. El capítulo III cuyo título se refiere a este último Derecho, comprende el estudio de autores de las más heterogéneas direcciones doctrinales. Al lado de varias que pertenecen al movimiento alemán del pandectismo ("Pandektenrecht") se mencionan otros totalmente ajenos a esta dirección; así se trata primero de la obra de uno de los Voet (Juan), de la Escuela holandesa, y después de la de los clásicos del Derecho francés, Domat y Pothier; también de la de un comentarista del Código francés, Troplong, y en fin hasta de las de varios romanistas del siglo pasado. Lo que se intenta justificar diciendo que se agrupan todos esos autores "por evitar excesivas clasificaciones".

La cuarta y última parte es la que más puede interesar al civilista (páginas 337-397). Se ocupa primero del concepto, naturaleza y caracteres de la permuta en el Derecho actual. Se contrapone, al efecto, la permuta romana

(1) Me refiero a las obras de los profesores CALONGE (*La compraventa civil de cosa futura*, 1963) y ALONSO PÉREZ (*El riesgo en el contrato de compraventa*, 1972); de los que se nos dice, en el prólogo del libro reseñado, que siguen la línea de investigación trazada por el profesor Fuenteseca.

(2) Se advierte que se prescinde del Derecho griego y Derechos orientales, bajo el supuesto de la autonomía, en línea generales, del Derecho romano, según entiende la mayor parte de los autores.

a la del Código civil; haciendo suya la hipótesis de que el cambio de carácter de la permuta, de contrato real en Roma a consensual en el Código civil se debe a la antes citada ley del Ordenamiento de Alcalá. Después se comentan los artículos 1.439 al 1.541 del Código civil. Por último, se afirma la relevancia de la permuta en el Derecho moderno, citando al efecto los supuestos de los cambios de cosas inmuebles, que se encuentran en las disposiciones sobre concentración parcelaria, permutas forzosas de fincas, reparcelación urbanística y cambio de solar por locales de negocios o pisos a construir sobre él.

R.

GROSSFELD, Bernhard: "Zivilrecht als Gestaltungsaufgabe". Heidelberg y Karlsruhe, 1977. C. F. Müller Juristische Verlag. Un volumen de 90 págs.

Si el industrialismo económico había llevado al Derecho privado, en general, y, al Derecho civil en particular, a tratar de las instituciones, valores e intereses de las personas en su exclusivo entorno, con una acentuación del individualismo, ideologías realistas del siglo veinte devuelven al hombre su conciencia y dimensión de lo social. De aquí que ya no se considere que el Derecho civil sirva tan sólo a intereses privados, sino que, a través de él, también se consiga un bienestar común.

La obra de Grossfeld pone de relieve esta finalidad y misión trascendente del Derecho civil a través de la intensa coordinación de ciertas instituciones particulares y, sobre todo, a través de las actuales relaciones y contrataciones en masa.

Después de una introducción, en la que manifiesta la gran influencia de lo económico y de la preponderancia del Derecho público, donde se desarrollan cada vez más ciertos poderes sociales, se pregunta en qué dirección se mueve el Derecho civil en cuanto fuerza creadora del ordenamiento social. El Derecho civil, en cuanto base esencial de la formación jurídica, es para el autor, también una fuente creadora, que puede aportar su vitalidad dentro de los grandes cambios políticos y sociales actuales.

La materia fundamental de su estudio monográfico se basa en el examen particularizado del ordenamiento positivo de las sociedades personales (no las por acciones) y el Derecho fiscal, así como la importancia que tiene la normativa sobre balances y contabilidad de las empresas, la capacidad de evolución del Derecho mercantil y su interpretación ante esta importante repercusión de lo fiscal.

Cuando el autor propone una "jurisprudencia constructiva" como el medio que tienen en su mano los civilistas para lograr la renovada vitalidad del Derecho civil es una vieja manera de volver a emplear a través del caso conflictivo cotidiano las artes clásicas del jurisprudente romano. Al leer estas páginas de la obra, me vienen a la memoria las palabras del profesor Alvaro d'Ors cuando en mi etapa postuniversitaria nos deleitaba

ya con estas mismas penetrantes y futuras evoluciones del Derecho civil provenientes del ámbito fiscal.

También el autor pone de relieve cómo el Derecho civil, en último término, está ligado a la individualidad de las personas, y no por eso se debe de olvidar el compromiso de su protección en función del bien común. Lo que tampoco puede suceder, como ya acaece en ciertas ideologías, es que el predominio de los intereses políticos y el creciente poder del Estado caiga en el peligro de que la vida social resulte estatalizada. De aquí el valor del Derecho civil, de su poder vital personal dentro del ordenamiento en general para el futuro mantenimiento de la libertad y de la responsabilidad.

JOSÉ BONET CORREA

LOPEZ-REY Y ARROJO, Manuel: "La criminalidad. Un estudio analítico". Madrid, 1976. Editorial Tecnos. Un volumen de 360 págs.

El profesor López-Rey, antiguo juez y catedrático de Derecho penal español, pertenece a esa generación de españoles que desde 1936 habita en el extranjero y que llena su vida de estudio y acción con una dimensión internacional. Por ello, no es extraño que este libro suyo sea una traducción al castellano de su originaria versión inglesa. Como especialista en la materia, consejero y participante en la proyección de cuerpos legislativos de más de treinta países, su trabajo en las Naciones Unidas, así como su labor asesora a diversos gobiernos y funcionarios, acreditan su personalidad y experiencia acerca del tratamiento del tema sobre la criminalidad.

Es el propio autor quien nos advierte que la finalidad de su libro es presentar un estudio panorámico y analítico, tan completo como sea posible, dentro de sus límites razonables del fenómeno sociopolítico de la criminalidad. A su entender, sin necesidad de echar todo por la borda, es preciso modificar radicalmente los sistemas penales teniendo en cuenta la condición sociopolítica actual de la criminalidad con la necesaria planificación de la política criminal. Por eso, cree que dicha planificación es, más que nunca, necesaria a fin de tener una justicia social penal en consonancia con los derechos humanos, tanto individuales como colectivos. También, cree que una de las principales tareas de la criminología consiste en determinar la "cantidad" de delito que una determinada sociedad puede tolerar sin verse gravemente perturbada, por tanto, una de sus facetas más importantes será la del control y la de una justicia criminal muy distinta de la actual; por eso, su obra trata de replantear el problema de la criminalidad desde un prisma distinto y de abrir un camino hacia una criminología diferente o hacia una nueva y mejor política criminal y una justicia más acorde con la evolución presente y futura de la Humanidad.

Los cinco capítulos de esta obra analizan, primeramente, la extensión que alanza la criminalidad (la criminalidad desconocida, la criminalidad contra las personas, contra la propiedad o los intereses públicos, el crimen

organizado, los crímenes cometidos al amparo de una posición oficial, los que son secuela de una acción patriótica, política o revolucionaria) donde se recogen los datos relativos al carácter político-social de la criminalidad y a la frecuente injusticia del "sistema de administración de justicia" que aquéllos reflejan.

El capítulo segundo examina las teorías sobre el crimen como problema social (teorías del delito, la desorganización social, patología social y delito, cultura, subcultura y delito, cambio social y delito, psicología, salud mental y delito, psicoanálisis y teorías biológicas del delito, así como el enfoque socialista a las causas del delito).

El capítulo tercero lo dedica a la que cree distinción artificial entre crimen y delincuencia juvenil desde el punto de vista socio-político actual, su origen y evolución, las causas de la delincuencia juvenil, la falta de madurez, inadaptación y la salud mental, que son examinadas con mano maestra.

El capítulo cuarto de la obra considera el fenómeno de expansión y la distribución de la criminalidad como una secuela de las condiciones materiales de la vida y de crecimiento de la población, problemas ambos todavía sin resolver en nuestro tiempo. La inseguridad creciente, la corrupción, el sexo y el crimen y, sobre todo, el análisis que hace de la condición de la mujer, el papel de su sexo, sus delitos y sus características biopsicológicas, son muy importantes a la consideración del civilista. Por último, el análisis de los grupos de edades y la criminalidad, la emigración y el crimen, así como la criminalidad en las áreas rústicas y urbanas, completan este interesante capítulo.

El capítulo quinto finaliza la obra con unas consideraciones resumidas donde se pone de relieve cómo actualmente el crimen se considera el resultado de una entidad económico-social y psico-siquiátrica, o bien como una combinación de ambas y, por tanto, los fines de un sistema penal no son sólo la retribución, la defensa y rehabilitación, sino el logro de la justicia social. Las interrogantes sobre si es necesaria la pena y la criminología como disciplina resultan más bien planteadas por el autor que resueltas. Por último, concluye afirmando este prestigioso autor, que el nuevo enfoque del Derecho penal, del delito y de la criminología exige una nueva actividad a nivel internacional como defensa social y que deje de ser un asunto interno de cada Estado.

JOSÉ BONET CORREA

RIGAUX, François: "Droit public et Droit privé dans les relations internationales". Paris, 1977. Librairie Pédone. Un volumen de 486 págs.

La superación de la tradicional y simétrica división de la Ciencia del Derecho, *ius publicum*, *ius privatum*, acentuadamente didáctica para los romanos, se advierte actualmente desde diversos ámbitos doctrinales. Uno de ellos es el del Derecho internacional público y privado, donde el autor pone de relieve cómo hoy en día una serie de relaciones caracterizadas de privadas tienen un alcance predominantemente público.

Mientras que en la clásica distinción de lo público y de lo privado se centraba en la nota de poder, atribuyendo al ámbito del Derecho público un poder superior, vertical, del gobernante sobre el gobernado, en el Derecho privado se ha atendido a normar las relaciones mutuas, horizontalmente, entre sujetos autónomos e iguales.

Ante la evolución actual de las relaciones internacionales por la gran actividad y desarrollo que tienen las empresas multinacionales, preponderantemente de las norteamericanas, las cuales poseen el 60 por 100 del capital del país y donde cuatro de ellas controlan más del 80 por 100 del mercado y que con las europeas tienden a asociaciones y niveles de concentración en sectores claves (electrónica, petróleo, química, productos farmacéuticos) se produce un cambio relevante en el poder económico privado, el cual, ahora puede tratar de poder a poder con los gobiernos.

El autor, después de hacer un análisis y ser consciente de este nuevo planteamiento, lo examina no sólo desde aspectos de vista teóricos, sino que pone de relieve las repercusiones que se advierten en la práctica de los tribunales nacionales e internacionales, donde destacan tres grandes temas, objeto de sus partes expositivas: las situaciones jurídicas individuales en el ámbito internacional (primera parte); el Derecho público de un Estado ante los tribunales del otro Estado (segunda parte) y; el espacio económico común (tercera parte).

La obra se concluye con un índice de materias, tan práctico como de interés. Rigaux ha puesto de relieve la complejidad de las relaciones sociales actuales que superan el marco concreto del Estado y quiebran la rigidez de un esquema de política tradicional ante los nuevos planteamientos económicos y jurídicos que aparecen en la sociedad industrial contemporánea.

JOSÉ BONET CORREA

VALLADARES LANZA (Leo). "Las ideas jurídicas de Castán". Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid, 1976, 183 págs.

Esta obra del profesor hondureño, después de un apunte biográfico y de unas notas sobre las características generales de la labor de D. José Castán Tobeñas, expone en sucesivos capítulos las ideas fundamentales del maestro sobre los siguientes temas: concepto y sentido del Derecho, las fuentes del Derecho y metodología jurídica, las disciplinas que se ocupan del Derecho, la Justicia, la equidad y los derechos del hombre. Estudios en los que se procura destacar el significado del pensamiento de D. José, dentro del cuadro general de la doctrina jurídica moderna. Termina el libro con unas "Conclusiones" en las que se trata de dibujar la figura intelectual de D. José Castán y de resumir las tesis básicas mantenidas a lo largo de los trabajos a los que dedicara toda su vida. Cierra el libro reseñado una "Relación sistematizada de las obras de Castán"; que se nos dice toma por base la aparecida en el tomo I de los "Estudios de Derecho civil en honor del profesor Castán Tobeñas", publicados por la Universidad de Navarra, aunque completada y adi-

cionada con notas que indican la relación que guardan entre sí algunas de ellas.

El profesor Valladares ha realizado una labor seria y concienzuda, utilizando un amplio material bibliográfico. Sin embargo, para que hubiese quedado del todo perfilada la personalidad de D. José, nos hubiera gustado que el estudio hecho hubiera recogido también el examen de las sentencias del Tribunal Supremo de las que Castán fuera ponente; no sólo porque algunas de ellas han venido a cambiar el rumbo de la jurisprudencia, sino porque en éstas se manifiesta bien claramente su criterio jurídico innovador. También hubiera sido de interés el examinar la orientación dada por Castán a los trabajos de la Comisión General de Codificación y, muy en especial, a las labores preparatorias para la reforma del articulado del Título Preliminar del Código civil.

Los que nos venimos dedicando al estudio del Derecho civil, hemos de agradecer mucho al autor de este libro, el que con él nos ofrezca el mejor homenaje a lo profundo de la labor de nuestro egregio civilista. Agrada también observar que un catedrático de Filosofía del Derecho, como el señor Valladares, haya dedicado tan especial atención a las aportaciones a la ciencia jurídica por parte de un civilista español (1); cuando ellos vienen siendo ignorados o estimados no dignos de mención, no sólo por los filósofos del Derecho, sino también por algún que otro cultivador de ramas del Derecho positivo (2).

R.

(1) En esta dirección, puede citarse a ROVIRA FLORES DE QUIÑONES, *La Filosofía jurídica de Felipe Clemente de Diego y Gutiérrez*, Santiago de Compostela, 1970 (puede verse su reseña en este ANUARIO, XXIV-IV (octubre-diciembre), 1971, p. 1240); Sería me parece de interés el que se estudiase, además, la fundamentación filosófica y socio-política de las obras de Gómez de la Serna y de Sánchez Román.

(2) Ofrece buen ejemplo de ello, VILLAR PALASÍ, *La interpretación y los apogemas jurídicos*, R. A. de Jurisprudencia y Legislación, 1975; trabajo en que, por el contrario, se utiliza con tanta abundancia y generosidad la doctrina extranjera.

REVISIA DE REVISTAS

A cargo de José Ramón ANTON RIESCO

GUILLARTE, Vicente: "Notas sobre la cofianza y su régimen en el Código civil". R. D. P., noviembre 1975, págs. 891 y ss.

Magnífico estudio sobre una materia que ha sido tratada en nuestro Derecho de forma deficitaria. En efecto, precedido de una consideración general previa donde se estudian esta figura en el Derecho romano, Derecho comparado y una breve ojeada al Código civil español, el autor hace auténtico esfuerzo doctrinal para darnos una idea clara, concreta y perfecta de la naturaleza jurídica de la institución.

Dentro de este apartado estudia e investiga las distintas posturas doctrinales en torno a esta figura de la cofianza, y así examina el tipo de poder ser obligación conjunta de garantía de la deuda ajena, como obligación mancomunada y solidaria, y dentro de esta postura la figura del beneficio de división y sienta en esta fase las conclusiones pertinentes que a su juicio serían deseables para el Derecho español. El apartado III se dedica a examinar las relaciones entre el acreedor y los cofiadores, los supuestos de éstos, que deben considerarse, el alcance de la responsabilidad de los cofiadores según el artículo 1.837, y los efectos de la alteración de la responsabilidad mancomunada del cofiador y algunos otros aspectos de la relación.

El apartado IV es dedicado al estudio e investigación de las relaciones entre cofiadores y subfiador, examinando aquí entre otros los siguientes aspectos: el principio general que opera en el Código civil y la rectificación que supone respecto al Derecho anterior al mismo, la posición del cofiador que pagó, las excepciones de los cofiadores frente al cofiador que pagó, y la extensión a los subfiadores de la responsabilidad entre cofiadores.

Finalmente, hay dos cuestiones accidentales que se analizan en el último apartado del trabajo, de un lado, las relaciones entre el deudor principal y los cofiadores y de otro, la extinción de la cofianza, especialmente la influencia de la falta de capacidad del cofiador o de alguno de ellos, en el caso de ser varios.

VATTIER FUENZALIDA, Carlos S.: "La autonomía privada en el proceso de planificación de comarcas mejorables". R.D.P., 1975, noviembre, págs. 920 y ss.

Este trabajo ha sido realizado en el Seminario de Derecho civil de la Facultad de Salamanca, bajo la dirección de De los Mozos.

Una primera parte es dedicada a estudiar el planteamiento de la materia propiamente dicha, recogiendo las opiniones de los autores modernos en torno a la cuestión y advirtiendo que esta ley y esta materia ha sido tratada de un modo neoliberal, si bien se permite la autonomía privada, si bien dentro de una graduación variable aunque relativamente alta, no obstante al existir la vigencia de un plan, éste limita y condiciona su comportamiento futuro frente al proceso económico.

La parte segunda es objeto de estudio juntamente con las fases de elaboración del plan que el autor esquematiza de una forma "sui generis", ya que analiza en forma personalísima los artículos 142 y 148 de la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario de 12 de enero de 1973 que ha venido a sentar las nuevas bases y principios en la regulación de la materia.

La elaboración del plan es el objeto del capítulo tercero del trabajo, donde de acuerdo con el artículo 141 y disposiciones concordantes se plasman las ideas básicas de la materia para pasar en el capítulo siguiente a dar las ideas generales en torno a la ejecución del plan donde la importancia de la actuación y la autonomía privada es más amplia y flexible.

Enumera algunos supuestos de la misma en casos tales como arrendamientos, consorcios forestales, para entrar seguidamente en el estudio que origina el llamado control del plan, función que consiste en técnicas que quedan exclusivamente entregadas a la Administración para concluir con una observación final de que esta intervención de la autonomía privada es el resultado final de una clara tendencia legislativa destinada a otorgarles crecientes facultades de intervención.

SIMO SANTONJA, Vicente Luis: "Conflictos de leyes en materia de separación de cuerpos". R.D.P., octubre 1974, págs. 779 y ss.

No se trata de un trabajo teórico, sino más bien de un caso práctico del que se extraen por el autor las consecuencias pertinentes.

Sobre la sentencia francesa del Tribunal de Castres el autor sienta y practica un análisis basado en las reglas de competencia jurisdiccional, pues el Derecho interno francés subordina la separación de cuerpos a una decisión judicial obtenida al término de un procedimiento.

En esta materia, recoge la opinión de Niboyet, para el que en la presente cuestión no caben más que dos soluciones: una, la declaración de incompetencia de los Tribunales; otra, conocer el asunto desligándose por completo de la servidumbre del Derecho extranjero sustituyendo la competencia legislativa extranjera por la doble competencia francesa legislativa y judicial, haciendo jugar incluso el orden público francés, que no puede admitir que sean privados de todo medio de relación de vida conyugal, extranjeros que tienen su vida en Francia.

En cuanto a la ley aplicable, los Tribunales franceses aplican tres criterios: la ley nacional común, la ley de establecimiento efectivo común y la "lex fori".

Más adelante, al estudiar la aplicación de la sentencia en España, el autor plantea dos problemas en consonancia con el tema, uno, el reconocimiento de sentencias en general, otra, el valor de la sentencia francesa de separación tratándose de un matrimonio canónico.

Alude de modo directo al convenio entre el Estado español y el Gobierno francés, sobre reconocimiento y ejecución de sentencias y decisiones judiciales en materia civil y mercantil.

Otras soluciones que puede tener el caso a juicio del autor, son el posible recurso contra la calificación registral y el juicio declarativo previo a la escritura de disolución de la sociedad de gananciales, si bien se refiere de modo indirecto a otra materia, como la adquisición de bienes inmuebles.

Finalmente, ante la posible indefensión o la no adecuación práctica de la materia legal aplicable al caso, el autor se inclina por las soluciones de "lege ferenda", basándose principalmente en la mutabilidad de las capitulaciones matrimoniales y la atenuación del principio de orden público.

ALEGRE GONZALEZ, Juan: "Elevación a escritura pública de documentos privados". R.D.P., octubre 1974, págs. 791 y ss.

Con una breve introducción, se plantean las diversas fases por las que atraviesa la documentación de los actos y negocios jurídicos en nuestro Derecho, pero el estudio se centra en el caso típico de negocio consensual perfeccionado en documento privado y recogido posteriormente en escritura.

Señala el autor que en este caso hay una clara relación documento-escritura, pero no habrá tal conexión en los negocios formales, los cuales al decir de González Palomino tienen forma de ser y no de valer. Tampoco se dará esta conexión en los negocios jurídicos consensuales, cuando se trate de escrituras independientes del negocio, si son constitutivas, cuando se dé el fenómeno de la "renovatio contractus" o cuando se trate de escrituras de fijación.

Pasa el autor a continuación a delimitar y esclarecer la distinción entre elevación y protocolización, aludiendo a diversos criterios para fijar las diferencias más importantes.

No obstante, hemos de advertir que la claridad no se logra en consonancia con los deseos expresados, hay algunas cuestiones que quedan un poco sin la claridad deseada, tales como que no se exija capacidad ni legitimación, creemos que eso será en determinadas actas notariales, pero no cuando se trate de documentos en los que hayan intervenido personas que tengan una total identificación con el asunto que recoge el documento por muy privado que éste sea.

Tan es así que luego el autor examina algunos casos como los testamentos otorgados sin intervención notarial, la protocolización de cuaderos particionales que se complica más de lo debido con el artículo 83 del

Reglamento Hipotecario y los acuerdos de sociedades y comunidades, así como sus Estatutos.

Por último, se dedica un apartado, concretamente el III, al examen de la elevación a escritura. Dentro de él se examina e investiga el concepto, los caracteres, donde estudia la opinión de García Bernardo, los elementos personales y reales que intervienen en su contenido, deteniéndose en apuntar los posibles contratiempos desde el momento de la firma hasta la de la elevación.

También se estudian, finalmente, la forma, el tiempo, el lugar y funcionario autorizante, así como los efectos que produce la elevación.

CAMY SANCHEZ-CANETE, Buenaventura: "Ideas para un nuevo Derecho de familia en España". R.D.P., octubre 1974, págs. 799 y ss.

Trata el autor, según propia manifestación, de ver qué preceptos jurídicos son necesarios, no ya sólo a la evidente evolución que ha sufrido la posición de la mujer en la sociedad, sino a la posición misma de todos los componentes de la familia en la nueva sociedad, pensando también un poco en el futuro, incluso en una cada vez mayor internacionalización de los grupos nacionales.

Expone de esta forma sus ideas, agrupándolas por materias dentro del Derecho de familia.

En primer lugar, su examen se centra en el matrimonio y sus formas. Dentro de éste, se estudiarán los requisitos previos, como expediente, impedimentos y requisitos coetáneos como expresión del consentimiento, presencia de testigos, y finalmente, los requisitos posteriores, como inscripción en el Registro Civil y consecuencias que la misma pueda producir.

Otra materia especial, que sería objeto de estudio detallado será la cuestión de nulidad, separación de derecho y separación de hecho.

En materia de nulidad señala las causas que a su juicio darán lugar a la misma, si bien luego en un subapartado habla de causas de anulabilidad con lo que la terminología no es muy unitaria y clara.

Luego no hemos encontrado nada que haga referencia a la separación de hecho, dentro de este apartado.

Otro apartado son los efectos personales y patrimoniales, donde sólo se hace un examen de los deberes de guarda y fidelidad, así como la convivencia, desde un punto de vista programático.

Los regímenes económicos matrimoniales son objeto de examen a continuación, donde por cierto hay cierto desprecio por el Derecho romano pero desde un punto de vista de aplicación actual no desde el histórico.

Cuatro son los regímenes que actualiza y señala como ideales, el autor, destacando entre ellos el de separación de bienes, la comunidad de gananciales, el régimen de muebles y adquisiciones y el régimen de comunidad universal; quizá no sean los únicos que a nuestro juicio se de-

ban tener en cuenta, hay evidentemente otros y acaso tan importantes o más.

Concluye su examen y estudio con la actuación de esos regímenes durante el matrimonio, deteniéndose especialmente en la cuestión relativa a los actos de liberalidad, tanto "inter vivos" como "mortis causa".

DE LOS MOZOS, José Luis: "En torno al régimen jurídico de la explotación agrícola". R.D.P., noviembre 1974, págs 873 y ss.

Inicia el estudio planteando las dificultades del tema, y el doble plano que tiene el mismo. De un lado corren parejas las dificultades con las que se dan cita en torno al de actividad agraria que son simultáneos con los de explotación agrícola.

Prescinde de la visión capitalista de la empresa para centrar el problema en la figura del empresario o titular individual sin que exista para nada la limitación de responsabilidad propio de sistemas capitalistas y figuras de responsabilidad limitada.

Hace un pequeño recorrido por el Derecho mercantil, deteniéndose en el examen de teorías como las de G. Bolla, Carozza y otros, así como se analiza una serie de conceptos previos, tales como finca rústica, propiedad funcional, indivisibilidad jurídica y destino económico.

Un segundo capítulo, se destina y dedica a señalar y marcar de modo específico la necesidad de una regulación especial de la propiedad agraria como presupuesto previo. Aquí se detiene de modo especial en el concepto elástico del Derecho de propiedad, el nuevo concepto de finca rústica con su carácter marcadamente social. Recoge aquí la opinión de Busse, en torno a la finca funcional y examina la teoría aplicada a nuestro Derecho vigente, en especial en las leyes modernas, principalmente en la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario de 12 de enero de 1973.

A continuación, es objeto del estudio las llamadas unidades mínimas de cultivo y la delimitación de la materia en este aspecto. Hay, a nuestro juicio, algunos conceptos equivocados sobre la indivisibilidad de fincas, al ponerlo en concordancia de esta materia con la Ley del Suelo.

Más adelante, el apartado IV del esquema, estudia los artículos 43 y siguientes de la Ley de Reforma Agraria, en los que se examina la materia y regulación actual sobre unidades mínimas de cultivo pero no se detiene en el plazo que es el elemento más sustancial de la reforma, puesto que aumenta el plazo para ejercitar el derecho que concede la ley. Finalmente, el epígrafe V, relativo a la normativa jurídica y a la renuncia a dar un tratamiento unitario al problema, extendiéndose en la regulación de ciertas normas como el artículo 8.º de la L. H., el 44 del Reglamento, el 334 del Código civil, y los concordantes que mantienen en nuestro Derecho el concepto romano del "fundus instructus".

RICO PEREZ, Francisco: "Concordancia entre el Registro Civil y la realidad". R.D.P., diciembre 1974, págs. 971 y ss.

Con siete apartados se concreta el estudio presente. El primero de ellos se dedica a las puntualizaciones previas en torno al sentido verdadero de la palabra concordancia, con una pequeña distensión literaria en torno a María Moliner y una breve referencia al Derecho inmobiliario.

A continuación se dedica a dar un concepto del Registro Civil partiendo del concepto de concordancia, así como delimita su fundamento y connota sus caracteres.

Pasa seguidamente a examinar la concordancia en la nueva ley del Registro Civil y en su Reglamento y a hacer una breve crítica de la institución.

No se detiene en estos dos textos legales, sino que también examina el Decreto de 22 de mayo de 1969, que ha dado redacción a diversos artículos afirmando que falta una reforma importante que reconozca legalmente la discordancia registral cuando el Registro expresa una realidad jurídica que en realidad es otra situación así como que deben dictarse normas que regulen los medios rectificadores del Registro Civil inexacto.

Examina en el siguiente apartado los supuestos de discordancia entre el Registro y la realidad, entre ellos muchas de divorcio, más adelante estudia los medios de rectificación y de promover la concordancia para lograr lo que el profesor Espín ha llamado paralelismo entre el Registro y la realidad.

Investiga la actuación de las personas encargadas de llevar a cabo esta concordancia, tales como el encargado del Registro a quien llama registrador, el Ministerio Fiscal, órganos judiciales, autoridades y funcionarios, así como, en general, los mismos particulares.

Finalmente estudia el problema del nombre y apellido de las personas físicas, afirmando que al decir de Pliner que es uno de los sistemas más fallidos para la identificación de las personas y que sería muy útil al decir de Herranz de que el nombre civil coincidiera siempre o al menos las más de las veces, con el nombre que se impone en el Bautismo.

CAMY SANCHEZ-CANETE, Buenaventura: "Fundaciones, breve idea de su normación legal". R.D.P., diciembre 1974, págs. 980 y ss.

Ya señala el autor que el presente estudio es parte del capítulo correspondiente al del mismo nombre de su obra "Comentarios a la legislación hipotecaria", que ha alcanzado ya la segunda edición.

La primera parte del mismo se dedica a examinar la legislación aplicable en la materia, lo cual de por sí ha sido a nuestro entender una de las materias más farragosas y de los más típicos embrollos que hemos encontrado en la vida práctica de la aplicación del derecho.

Examina las fundaciones benéficas en general, las benéfico-docentes, las obligaciones de ciertos funcionarios y las fundaciones especiales.

A continuación trata de descomponer y aclarar la legislación desamortizadora en relación a las fundaciones benéficas para continuar con la clasificación de las instituciones de beneficencia y la personalidad jurídica de las fundaciones.

Más adelante estudia con detenimiento los requisitos constitutivos, haciendo especial mención de que la dotación de las fundaciones, excepto las benéfico-docentes, requiere escritura pública e inscripción en el Registro de la Propiedad cuando se trate de bienes inmuebles.

Dentro de este apartado estudia las fundaciones laborales y el último requisito común a todas ellas que es la registración en el Ministerio correspondiente, según sea la clase de cada una de ellas.

El capítulo o apartado siguiente es dedicado a la representación con especial mención del Patronato y del Protectorado, desmenuzando toda esa amalgama de soluciones y disposiciones administrativas cuyo campo de aplicación resulta tan intrincado para el jurista.

Finalmente, en la materia que el autor desbroza y aclara la cuestión con auténtica maestría, es la referente a los bienes de las fundaciones, donde examina todo lo relativo a adquisiciones y enajenaciones, con especial mención de los requisitos, formalidades administrativas, notariales y registrales que son necesarios para la validez de los actos mencionados y que es donde el autor da muestras de haber efectuado un agotador trabajo que lleva el estudio a la total aprehensión por parte del lector.

MOISSET DE ESPANES, Luis: "El derecho de propiedad en las constituciones de la República de Rumania y de Bulgaria". R.D.P., diciembre 1974, págs. 991 y ss.

El autor, catedrático de la Universidad argentina de Córdoba, manifiesta en la introducción de este trabajo que una de las notas de las Constituciones y sistemas jurídicos de los países socialistas es la extrema fluidez de sus cuerpos legales, que son reemplazados con una frecuencia muy superior a las de nuestros sistemas. Será acaso, decimos nosotros, por la falta de adecuación a la realidad donde se aplican.

La nota común a ambas legislaciones es el carácter social de los medios de producción que alcanza siempre jerarquía constituyente.

Antes de entrar en el examen directo de los textos, el autor da unas ideas muy claras sobre lo que en líneas generales es la propiedad en los sistemas que optan por este modelo de tipo socialista. Así, distingue entre bienes de producción y bienes de consumo o de uso personal.

Entre los primeros se hace una subclasificación, la propiedad social que pertenece al Estado y las Cooperativas, y la propiedad personal que con carácter excepcional pertenece a la persona, tal es el caso de herramientas artesanales y pequeñas parcelas cultivables. Los bienes de consumo o de uso personal se dividen en propiedad social y propiedad personal que aprovecha a determinados individuos que son los que la utilizan.

Seguidamente, y partiendo de esta idea tan clara, el autor saca adelante los textos de ambos Estados, donde no hace más que desarrollar las ideas anteriores y nos da una idea completa y general de toda la materia.

Es curiosa la idea del autor sobre el abuso de derecho cuando afirma que éste no tendrá lugar en los sistemas socialistas ya que allí no cabe el ejercicio indiscriminado de los derechos y más concretamente del derecho de propiedad.

Se concreta el estudio, más adelante, en la visión, artículo por artículo, de los textos de cada una de las constituciones citadas, dando una visión positiva y positivista para el conocimiento de los citados preceptos, artículos 5, donde por cierto, se cita que se declara abolida para siempre la explotación del hombre por el hombre. Curioso precepto que nos hace recordar el "justos y benéficos" de nuestra vieja constitución del siglo pasado.

Hay una nota especialísima que pasan por alto muchos autores modernos y que el autor del presente trabajo hace notar, el artículo 37 de la Constitución dice lisa y llanamente "se protege por ley el derecho a la herencia".

Pero esta aparente amplitud encuentra unos límites amplísimos por la imposibilidad que tienen los herederos de ser propietarios de bienes determinados.

FUENMAYOR CHAMPIN, Amadeo: "La separación conyugal no con-
tenciosa en el Derecho español". R.D.P., enero 1975, págs. 3 y ss.

Tres apartados generales y quince epígrafes generales es el resumen cuantitativo de esta gran monografía que viene a unirse a otros trabajos que tratan de dar solución a este problema cada día más importante en nuestro Derecho, no sólo desde el punto de vista jurídico, sino también de un modo cuantitativo, desde el punto de vista sociológico.

Comienza el estudio con la frase de Le Bras que considera como una de las más brillantes invenciones canónicas la separación de cuerpos que suprime la cohabitación dejando intacto el vínculo.

En este apartado, que es a la vez su primer epígrafe, examina la separación en cuanto institución jurídica. Cita especialmente el "favor matrimonii" y la opinión de Diez Picazo de que no es algo personal la separación, sino más bien un estado de la familia que afecta a cada uno de sus miembros.

En el examen de los diversos sistemas actuales de separación, reduciéndolos a tres, siguiendo la postura Prader.

Concluye esta primera parte con el examen de la cohabitación conyugal, la autonomía de los cónyuges y los problemas de competencia que pueden plantearse entre la potestad civil y la eclesiástica.

La segunda parte del estudio se concreta en torno a la llamada separación convencional.

En él se estudian las cuestiones terminológicas inclinándose el autor

por la distinción entre los llamados pactos de separación y el sistema italiano, señalando las diferencias conceptuales y las precisiones terminológicas en un caso y otro.

Se detiene en el artículo 158 del Código italiano, donde se exige la homologación judicial para la validez de estos acuerdos, como medida para asegurar la garantía de los derechos de los terceros.

Con el estudio del Derecho canónico y la reciente reforma argentina de 23 de abril de 1968, "separación por presentación conjunta", concluye la parte del segundo epígrafe y nos lleva finalmente, en el tercero, al examen del derecho español. Aquí, bajo el título general de "Cambios aconsejables en el régimen jurídico español de la separación conyugal", estudia el paso de las causas canónicas a los Tribunales civiles, la recepción del Derecho italiano, la Circular de la Nunciatura de 2 de agosto de 1958, la conveniencia de un criterio análogo para las causas canónicas y civiles y hace el mismo al final de su brillantísimo trabajo una propuesta de reforma legal.

Hemos de hacer constar que el trabajo va inserto en el Libro o Estudios de Homenaje en honor de don Federico Castro.

LLAMAS VALBUENA, Eugenio: "El tanteo del arrendador de local de negocio como causa de extinción del arrendamiento". R.D.P., enero 1975, págs. 26 y ss.

Un primer epígrafe, dedicado al examen del tanteo en líneas generales, es el inicio del presente trabajo que acusa una cierta originalidad en cuanto a considerar el tanteo como causa de extinción del arrendamiento.

El apartado II es dedicado a estudiar en forma singular y concreta el tanteo en la Ley de Arrendamientos Urbanos. Aquí se hace especial mención deteniéndose en el concepto y la naturaleza jurídica de la institución pero después se anuncia el epígrafe de los caracteres y sin embargo en el texto no lo hemos encontrado, cosa curiosa que hacemos constar.

En la naturaleza de la institución se inclina por considerar al tanteo como un derecho especial de los de preferencia que viene a ser como una compensación a la figura de la cesión del contrato y enumera las definiciones de Cámara, Serrano y García Trevijano.

La segunda parte de este epígrafe, se dedica a examinar los momentos del nacimiento, plazos de ejercicio, requisitos, renuncia y derecho subsidiario a percibir un tanto por ciento del valor del traspaso.

Finalmente, el apartado tercero del trabajo se dedica al examen de los problemas procesales que puede llevar consigo el ejercicio del derecho de tanteo, con el estudio de la doble vía de la Ley de Enjuiciamiento Civil y la LAU.

Se continúa con las diferentes situaciones en que puede encontrarse el arrendador respecto al ejercicio del derecho de tanteo y la competencia y procedimiento en el ejercicio puro del tanteo como causa de extinción del arrendamiento dentro de la aplicación de la Ley de Arrendamientos Urbanos.

CARDENAS HERNANDEZ, Luis: "Urbanizaciones y parcelaciones en suelo rústico". R.D.P., febrero 1975, págs. 101 y ss.

Tema candente el que es objeto de estudio en el presente trabajo. Más aún, va adquiriendo cada día mayor importancia debido a la conexión evidente entre el Derecho público y el privado, con la tremenda influencia de aquél en éste.

Tan es así que de hecho el tráfico de bienes inmuebles está casi siempre tocando el campo de las normas públicas que inciden en el Derecho privado, limitando, restringiendo, cercenando o mutilando en muchos casos la posibilidad de contratación.

Con una indicación de los motivos que dan origen a la urbanización en el mundo moderno comienza el trabajo, aludiendo a la Ley de Centros y Zonas de interés Turístico de 28 de diciembre de 1963, distinguiendo por su parte el autor entre urbanización y parcelación; las cuales han adquirido según el autor, carta de naturaleza, sin necesidad de regulación ninguna.

Seguidamente alude al artículo 350 del Código civil y a la vieja Ley del Suelo de 1956, con la diferencia entre suelo urbano y suelo rústico.

Cita incidentalmente del decreto de arrendamientos rústicos de 1959, en torno a dilucidar lo que es rústico y urbano y el artículo 44 del R. H.

Examina detenidamente, en la vieja Ley del Suelo, las limitaciones de construcción en suelo rústico que por cierto han cambiado en la moderna Ley de 2 de mayo de 1975.

Tacha de raquítica la clasificación bimembre de rústica y urbana que habría de complementar con alguna otra.

El primer problema de orden hipotecario es fijar la titularidad de las instalaciones y elementos comunes y los obligados de conservación.

Examina el problema tan frecuente de varias segregaciones y venta posterior de las parcelas o chalets construidos, y la despreocupación por parte de los vendedores de dotar de servicios a las viviendas y las dificultades que ello origina en la vida práctica.

Investiga y analiza el viejo artículo 50, con la posibilidad de pedir la resolución del contrato, precepto que ha pasado intocado a ser el 62 de la presente Ley del Suelo.

Cita el I Simposio de Propiedad Horizontal de las Cámaras Oficiales de la Propiedad Urbana de la zona de Levante que trata y se ocupa del problema, pasando por la configuración de servidumbres, titularidades "ob rem". Cita la posibilidad de seguir la pauta marcada por la Resolución de 5 de mayo de 1970. Verifica la posibilidad de la aplicación de la Ley de Asociaciones de 1964; en resumen, un trabajo que quiere romper brecha en torno a una figura que nace como un auténtico hecho sociológico que a la vez está huérfana de regulación, que necesita rápidamente.

ALBIOL MONTESINOS, Ignacio: "Los inventos del trabajador, el socio industrial y la ejecución de obra". R.D.P. febrero 1975, págs. 109 y ss.

El presente artículo forma parte del trabajo homenaje en honor al profesor Santa Cruz Teijeiro. Comienza señalando que a nadie puede ex-

trañar la huérfana regulación que hay en el Código civil de la materia relativa al enunciado del trabajo.

Recoge la opinión de Borrajo de que el Código sólo en cinco artículos se dedica al contrato de trabajo y uno sólo de ellos contempla la prestación de servicios en general. Ello es porque el Código nace en una época que la autonomía de la voluntad es la reina de la contratación, sobre todo en materia de arrendamiento de servicios. A continuación, estudia cada uno de los apartados que corresponden a los epígrafes enunciados en el título del trabajo.

En la primera parte, señala la discordancia entre la Ley de Contrato de Trabajo y el Estatuto de la Propiedad Industrial, ya que mientras la segunda atribuye la propiedad del invento al trabajador, la primera modifica este criterio y da la propiedad al empresario.

Teoría consecuente, a juicio del autor, con la expresada en el artículo 353 y 354 del Código civil.

La única excepción, en la L. C. T., que atribuye al trabajador la propiedad de la invención, es la propiedad de los llamados inventos libres y ello "aunque hayan nacido con motivo de su actividad en el trabajo de la explotación".

En cuanto a la figura del socio industrial, presenta en su estudio una doble vertiente, las relaciones de carácter societario son más importantes que las denominadas laborales, de otra, la unión de capital y trabajo revitaliza las figuras societarias.

Finalmente, el apartado tercero, concuerda con el señalado en el título, como hemos afirmado anteriormente, y en él se enumeran las consideraciones de la ejecución de obra en la L.C.T. Aquí señala la opinión de Alonso Olea, al afirmar que entre contrato de obra o de trabajo y ejecución de obra hay una zona indecisa que plantea problemas de calificación.

En opinión del autor, la ejecución de obra es una relación jurídica distinta del arrendamiento de servicios cuando el contratista aporta, además del trabajo, una organización de la que es titular o unos materiales que le pertenecen. El arrendamiento de servicios y contrato de trabajo, es una figura jurídica unitaria, en cuanto que lo que se aporta es exclusivamente el propio trabajo y la titularidad de la organización o la propiedad de los materiales pertenecen a persona distinta del puro trabajador.

ALVAREZ CAPEROCHIPÍ, José A.: "La sustitución fideicomisaria de residuo". R.D.P., marzo 1975, págs. 171 y ss.

Con un breve planteamiento de introducción, el autor trata de encuadrar la figura un tanto compleja de la institución. Parece que trata de formar un grupo distinto y diferenciado entre las sustituciones, donde nos habla de la vulgar, pupilar y ejemplar para diferenciarlas histórica y doctrinalmente de la fideicomisaria de residuo e incluye dentro de las tres primeras, las vinculaciones y mayorazgos.

Analiza la configuración doctrinal de la institución desde De Diego, Jerónimo López y González Palomino, así como las condiciones sociológicas y coyunturales en las que la misma se desenvuelve y los supuestos en que lleva aparejada la facultad de disposición del fiduciario y porque la lleva en los casos especiales.

En cuanto a la naturaleza jurídica de esta figura examina su encuadramiento desde el punto de vista de ser considerada como una sustitución auténtica, los derechos de fiduciario y fideicomisario, si éste adquiere derechos o no, en caso de morir aquél antes del causante o después, la tesis del Tribunal Supremo y la de la doctrina.

El apartado II se dedica a examinar el supuesto de premoriencia del fideicomisario al fiduciario.

Se examina la postura de Font Boix y Esperanza Martínez-Radio, que por cierto en algún caso se citan equivocadamente confundiéndolos, especialmente al segundo, con Martínez Calcerrada, cuando son personas y autores distintos.

La premoriencia del fiduciario al testador es estudiada en el epígrafe tercero y las consecuencias que plantea y las soluciones son examinadas igualmente, distinguiendo entre la postura mantenida por la jurisprudencia y la tesis de la mayoría de la doctrina.

Posteriormente se fija en la posición del fideicomisario frente a los actos de enajenación a título oneroso del fiduciario y estudia las corrientes a través de la jurisprudencia, aplicando las figuras dogmáticas a cada caso práctico.

Más adelante, se estudia el tema de la subrogación real, y se examinan los casos en que el mismo juega y en los que no tiene aplicación, siguiendo las tesis de los diversos autores y la doctrina jurisprudencial.

Finalmente, el trabajo concluye con dos nuevos apartados: uno, acerca de si la figura que se examina puede calificarse como una sustitución fideicomisaria y sobre la pretendida distinción entre la sustitución fideicomisaria de residuo y el usufructo con facultad de disposición. A lo largo del trabajo, creemos que falta la cita del estudio de Domingo Irurzun Goicoa, que a nuestro entender es el mejor existente actualmente en la materia publicado en los A.A.M.N.

MENENDEZ, José: "Análisis de varias figuras jurídico-privadas y de sus repercusiones fiscales". R.D.P., abril 1975, págs. 253 y ss.

Cuatro son las figuras que el autor examina: de un lado, la institución del negocio fiduciario, en segundo término, las sociedades inmobiliarias y la distinta incidencia que en ellas tienen el impuesto sobre transmisiones patrimoniales y la antigua contribución de utilidades; asimismo, la problemática sustantiva y fiscal de los reconocimientos de deuda, y por último, las cuestiones referentes a terrenos adquiridos para construir viviendas de protección oficial.

Siempre que vemos estos estudios, nos viene a la memoria aquella frase de González Palomino de que "el Derecho civil discurre por los es-

casos cauces que le deja el Derecho fiscal” y ésta, mejor que ninguna otra, podría ser la introducción del presente trabajo.

El Derecho fiscal está dejando minimizado en tal grado el Derecho civil que una cosa es lo que se ve en los libros, doctrina y trabajos de autores y casi otro completamente distinta la realidad fáctica de los hechos en la vida práctica.

En el primer caso que examina el autor, la figura es la conocida de entrega de valores en garantía fiduciaria que origina un pago del impuesto sobre transmisiones patrimoniales según la tarifa en su número diez y que según el autor no entra ni en el supuesto de compraventa, ni de permuta ni de dación en pago, ni tampoco de arrendamiento.

En cuanto a las sociedades que se dedican a la construcción de viviendas de protección oficial, estudia todos los supuestos del artículo 65, número 55, del texto del Impuesto y las divergencias entre este texto y el de la Ley de 1940, principalmente la que se refiere a promotor y que es lo que la empresa individual o social.

Por lo que atañe a la figura del reconocimiento de deuda, examina las vertientes unilateral y bilateral a través de los artículos 58 y 70 del texto del refundido.

Finalmente, el estudio concluye con el examen del artículo 65, número 28, del texto refundido del impuesto, que tiene por objeto los contratos en que la principal finalidad sea la construcción de “viviendas de protección oficial”.

. 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.
 BDC = Boletín de la Sección de Investigaciones de Derecho Comparado (Quito).
 BFD = Boletín de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales (Córdoba, Argentina).
 BFDC = Boletim da Facultade de Direito (Coimbra).
 BI = Boletín de Información del Ministerio de Justicia (Madrid).
 BIM = Boletín del Instituto de Derecho Comparado de Méjico.
 BIR = 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 Offentlinchen Recht. Zeinschrift für das gesamte Familienrecht (Bielefeld).
F = El Foro (Méjico).
FG = 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 = Jornal do Foro (Lisboa).
L = La Ley (Buenos Aires).
LQ = The Law Quarterly Review (Londres).
LRN = La Revue du Notariat (Québec).
MDR = Monatschrift für Deutsches Recht (Hamburgo).
MLR = The Modern Law Review (Londres).
NC = The North Carolina Law Review.
NJW = Neue Juristische Wochenschrift (Munich-Berlín).
NR = Nuestra Revista (Madrid).
NRD = Nuova Rivista di Diritto Commerciale, Diritto dell'Economia, Diritto Sociale (Padua, Pisa).
OZOR = Osterreichische Zeitschrift für Offentliches Recht (Viena).
P = Pretor. Revista Técnica de Justicia Municipal (Madrid).
PC = Propiedad y Construcción. Revista Técnico-Informativa (Valencia).
RAP = Revista de Administración Pública (Madrid).
RB = Revista Jurídica (Cochabamba, Chile).
RCA = Revista del Colegio de Abogados de Buenos Aires.
RCDI = 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 Generales Delle Obbligazioni (Milán).
RDDC = Rivista di Diritto Civile (Padua).
RDEA = Revista de Derecho Español y Americano (Madrid).
RDES = Revista de Dereito e de Estudos Sociais (Coimbra).
RDJ = Revista de Derecho Judicial (Madrid).
RDLC = Revista de Derecho y Legislación (Caracas).
RDLP = Revista de Derecho (La Paz).
RDM = Revista de Derecho Mercantil (Madrid).
RDMSP = Rivista del Diritto Matrimoniale e dello stato delle persone (Milán).
RDN = Revista de Derecho Notarial (Madrid).

- RDP = Revista de Derecho Privado (Madrid).
 REDM = Revista Española de Derecho Militar (Madrid).
 REDME = Revista de la Facultad de Derecho de México.
 REP = Revista de Estudios Políticos (Madrid).
 REVL = Revista de Estudios de la Vida Local (Madrid).
 RFC = Revista del Foro Canario (Las Palmas).
 RFDBA = Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales (Buenos Aires).
 RFDC = Revista de la Facultad de Derecho (Canarias).
 RFDM = Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales (Montevideo).
 RFDSP = Revista de Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.
 RFDUM = Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid.
 RFL = Revista del Foro (Lima).
 RFP = Revista da Faculdade de Direito do Paraná (Curitiba).
 RGD = Revista General de Derecho (Valencia).
 RGLJ = Revista de Legislación y Jurisprudencia (Madrid).
 RH = Revue Historique de Droit Français et étranger (Paris).
 RHD = Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis. Revue d'Histoire de Droit (Bruselas, La Haya).
 RIDC = Revista del Instituto de Derecho Civil (Tucumán).
 RIDCO = Revista del Instituto de Derecho Comparado (Barcelona).
 RIDCP = Revue Internationale de Droit Comparé (Paris).
 RIN = Revista Internacional del Notariado (Buenos Aires).
 RISG = Rivista Italiana per la Science Giuridiche (Roma).
 RJC = Revista Jurídica de Cataluña (Barcelona).
 RJD = Revista Jurídica Dominicana.
 RJN = Revista Jurídica Nicaragüense.
 RJP = Revista Jurídica del Perú (Lima).
 RJPR = Revista Jurídica de la Universidad de Puerto Rico.
 RL = Rivista di Diritto Internazionale e comparato del Lavoro (Bologna).
 RLJ = Revista de Legislação e Jurisprudença (Coimbra).
 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 (Paris).
 RTDC = Revue Trimestrielle de Droit Civil (Paris).
 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

ESCRITURA ACLARATORIA DE OTRAS DE HERENCIA Y DONACIÓN.—1.º NO ES NECESARIA PARA SU INSCRIPCIÓN LA PRESENTACIÓN DE LAS ESCRITURAS QUE SE TRATAN DE ACLARAR CUANDO ESTAS FUERON INSCRITAS EN SU DÍA, FIGURANDO SU CONTENIDO EN LOS LIBROS DEL REGISTRO CON LOS ELEMENTOS DE JUICIO NECESARIOS PARA LA CALIFICACIÓN. 2.º LA ASEVERACIÓN HECHA POR LOS HIJOS Y HEREDEROS DE LA ESPOSA, UNA VEZ DISUELTO EL MATRIMONIO, DE QUE LOS INMUEBLES DISCUTIDOS PERTENECÍAN PRIVATIVAMENTE AL CÓNYUGE SOBREVIVIENTE, UNIDA A LA CIRCUNSTANCIA DE QUE AL VERIFICAR EN SU DÍA LA PARTICIÓN DE LA ESPOSA DIFUNTA NO SE INCLUYERON LOS INMUEBLES INDICADOS ES SUFICIENTE PARA DESTRUIR LA PRESUNCIÓN DE GANANCIALIDAD DEL ARTÍCULO 1.407 DEL CÓDIGO CIVIL. (Resolución de 18 de junio de 1975, *Boletín Oficial del Estado* de 1 de agosto de 1975.)

Hechos.—En el recurso gubernativo interpuesto por el Notario don Julio Vázquez Velasco contra la negativa del Registrador de la Propiedad de Sagunto a inscribir una escritura “acleratoria de otras de herencia y donación”, pendiente en este Centro en virtud de apelación del recurrente.

Resultando que don Salvador Puche García estuvo casado en primeras nupcias con doña Isabel Parra Puche, fallecida en 1949, dejando este matrimonio tres hijos, doña Isabel, don Salvador y doña María Dolores Puche Parra, que fueron declarados herederos abintestato de su madre, otorgándose la correspondiente escritura de aceptación de herencia el 18 de diciembre de 1969 ante el Notario de Cuartell, don Cristóbal Guardiola Gironés; que el mencionado don Salvador se casó en segundas nupcias con doña María Gómez Ruiz, fallecida el 8 de octubre de 1961 sin descendientes y bajo testamento abierto en el que, además de establecer diversos legados a favor de su hermano don Luis Gómez Ruiz, y de las ya citadas doña María Dolores y doña Isabel Puche Parra, instituyó heredera a esta última, otorgándose la escritura de liquidación de herencia y entrega de legados el 22 de junio de 1962 ante el mismo Notario citado; que en las referidas escrituras no se incluyeron cuatro fincas; tres de ellas rústicas, y la cuarta, un solar edificable, en la que con materiales propios y a su costa ha construido una casa, porque si bien las había adquirido don Salvador Puche García por compra, constante sus respectivos matrimonios, el precio lo satisfizo con dinero privativo, como así figura ya respecto de una en la escritura de compra, y como así lo declara el señor Puche y lo confirman respecto de

todas las fincas sus tres hijos, en la escritura de 26 de junio de 1973, objeto de la calificación, por lo que las referidas fincas las consideran los interesados como bienes propios del comprador; que en la mencionada escritura don Salvador Puche García, además, dona las referidas fincas, de ellas, las descritas bajo los números 1 y 2 a su hija doña Isabel, y las descritas bajo los números 3 y 4 a sus hijos don Salvador y doña Dolores por mitad, reservándose el donante el usufructo vitalicio de la casa donada a su hija doña Isabel.

Resultando que presentada en el Registro primera copia de la anterior escritura fue calificada con la siguiente nota: "Suspendida la inscripción del precedente documento:

1. Por no presentar las escrituras de partición de bienes otorgadas el 18 de diciembre de 1969 y 22 de junio de 1962, ante el Notario don Cristóbal Guardiola Gironés, necesarios para calificar la presente.

2. No se puede admitir la manifestación de ser privativas del viudo las fincas descritas bajo los números 1, 3 y 4 del precedente documento por aparecer inscritas como gananciales en el Registro y sin hacerse en las respectivas inscripciones manifestación alguna de ser privativas del señor Puche García.

3. Consecuencia de lo anterior, es necesario practicar las correspondientes liquidaciones de las respectivas sociedades conyugales disueltas.

4. No se ha acreditado que la casa se haya construido en estado de viudez por don Salvador Puche García. Los defectos son subsanables."

Resultando que el Notario autorizante de la escritura interpuso recurso gubernativo contra la anterior calificación y alegó: que en cuanto al primer defecto no se ve la razón de que sea necesaria la presentación de las escrituras de herencia otorgadas al fallecimiento de las dos esposas de don Salvador Puche, ya que se parte del hecho indudable de que en las mismas no se han incluido las fincas que se describen en la escritura objeto de debate, pero que tales escrituras matrices se han tenido a la vista al redactar ésta; que respecto al segundo defecto ha de considerarse que la presunción de ganancialidad establecida por el artículo 1.407 del Código civil no puede tomarse aisladamente, debiendo relacionar este artículo con el 1.401, que define cuáles son los bienes gananciales, y con el 1.396 4.º, que define cuáles son los bienes privativos, y que del examen conjunto de estos preceptos se llega a la conclusión de que ni en el artículo 1.407 se puede ver una nueva fuente de bienes gananciales, ni tampoco una preferencia del legislador por atribuir el carácter de ganancialidad a los bienes del matrimonio, limitándose a establecer una presunción para evitar que se altere arbitrariamente la composición de los patrimonios en juego, en perjuicio de los propios cónyuges y de las cargas y responsabilidades a que están afectos los bienes de la sociedad conyugal; que se presume que las adquisiciones se hacen a costa de la sociedad conyugal o con fondos comunes, pero que esta presunción es *iuris tantum*, por lo que siempre que se pueda probar la procedencia privativa del dinero de la adquisición se destruirá la presunción del artículo 1.407; que aunque para enervar esta presunción la doctrina, tanto del Tribunal Supremo como de la Dirección General de los Registros y del Notariado, es rigurosa al calificar los medios de prueba,

no se puede exigir el mismo rigor durante la vigencia del matrimonio que una vez disuelto éste; que en el caso concreto que nos ocupa, la aseveración de que el cónyuge realizó determinadas adquisiciones durante sus dos matrimonios con dinero privativo tiene lugar bastante después de la disolución de las sociedades conyugales y es confirmada por los hijos del viudo, que son los únicos interesados en la liquidación de las mismas como herederos de la primera esposa y uno de ellos como único heredero de la segunda; que desde el punto de vista civil, tal afirmación, corroborada por los herederos de los cónyuges fallecidos, es prueba suficiente para enervar la presunción de ganancialidad del artículo 1.407 del Código civil; que tal presunción, una vez disuelta la sociedad conyugal, juega con distinto carácter a como lo hace durante la vigencia de la misma, y no se ve razón seria para considerarla imperativa ni para poner en duda el carácter vinculante de la confesión hecha por el cónyuge supérstite y los herederos del fallecido sobre el origen privativo de una adquisición durante el matrimonio; que las razones de peso indicadas por la Resolución de 11 de marzo de 1957 para no conceder relevancia a la confesión en el matrimonio desaparecen una vez fallecido uno de los cónyuges; que el carácter vinculante de esa aseveración de los únicos a quienes podría perjudicar viene confirmado por el artículo 1.418 del Código civil al admitir expresamente la renuncia a los gananciales, por lo que aunque no fuera cierto lo confesado por el cónyuge viudo y sus hijos había que concederle plena eficacia porque entrañaría una renuncia de los derechos que corresponderían a los hijos en la sociedad de gananciales de las dos esposas fallecidas, que sería válida, ya que el artículo 1.418 tan sólo exige que en caso de renuncia quede a salvo el derecho concedido a los acreedores en el artículo 1.001 del citado Código, renuncia que lleva el efecto indiscutido de acrecer a la parte no renunciante; que el artículo 1.068 del Código civil autoriza lo hecho, dado que todos los herederos son mayores de edad; que desde el punto de vista registral tampoco hay obstáculo para la inscripción de la escritura denegada, ya que el artículo 95 del Reglamento Hipotecario, al regular la práctica de la inscripción de los bienes gananciales, establece en su párrafo final que la prueba posterior a la inscripción como gananciales de que los bienes propios se adquirieron con dinero propio de los cónyuges produce el efecto de que deberá hacerse constar así por nota marginal; que la aseveración hecha en la escritura por el señor Puche García y corroborada por sus hijos disuelto el matrimonio es prueba suficiente para enervar los efectos de la presunción de la ganancialidad del artículo 1.407, siendo ésta la doctrina mantenida por la Dirección General de los Registros y del Notariado, que en Resolución de 10 de agosto de 1939 establece que el Registrador no puede oponerse legítimamente a la inscripción contraviniendo el reconocimiento del viudo y el heredero del carácter privativo del precio de unos inmuebles, basándose en hipotéticos perjuicios a otras personas, toda vez que los únicos interesados en la participación hereditaria prestaron su conformidad; que también en otras Resoluciones (21 de febrero de 1889 y 11 de marzo de 1957) la Dirección General entiende que la determinación del carácter ganancial o no de los bienes depende del acuerdo de todos los interesados, sin que sea materia propia de la calificación re-

gistrar el entrar a conocer el carácter o no ganancial dado a los bienes del matrimonio por los interesados en la liquidación de la sociedad conyugal; que la tesis mantenida por el recurrente está, además, en armonía con la doctrina hipotecaria acerca de la rectificación de asientos inexactos y de la cancelación de asientos, puesto que del apartado *d*) del artículo 40 de la Ley Hipotecaria se deduce que la rectificación de un asiento inexacto puede hacerse siempre, en general, con el consentimiento del perjudicado registral, requiriendo sólo resolución judicial a falta de dicho consentimiento; que en cuanto al tercer defecto no parece que pueda afirmarse categóricamente que sea necesario practicar la liquidación de la sociedad de gananciales que, por otra parte, no es una operación sujeta a formalidades expresas, sino que puede hacerse y de hecho se hace muchas veces implícitamente al efectuarse la partición del cónyuge fallecido, como, por ejemplo, cuando no hay bienes ni deudas gananciales o cuando todos los bienes tienen naturaleza ganancial; que tampoco hay necesidad de liquidar la sociedad conyugal cuando el cónyuge sobreviviente o los herederos del fallecido renuncian a sus gananciales; que la liquidación puede ser parcial, concretándose una escritura a aclarar la pertenencia de un determinado bien; que en el supuesto objeto del recurso no procede practicar la liquidación de la sociedad de gananciales por concentrarse en una sola persona todos los derechos sobre los bienes que la integran; que el último defecto señalado en la nota carece de consistencia, ya que si la finca sobre la que se construyó la casa es privativa del señor Puche García, como ya se ha razonado, para que el edificio fuera ganancial sería preciso que se hubiera hecho a costa de la sociedad conyugal, cosa que no sucede, ya que en la escritura calificada se dice claramente que don Salvador Puche construyó el edificio a su costa, a lo que asienten sus hijos, que son los únicos interesados.

Resultando que el Registrador informó: que de la propia denominación que el Notario da a la escritura por él autorizada, "aclaratoria de otras de herencia y donación", se deduce la necesidad de tener a la vista las escrituras aclaradas donde deben constar los supuestos de hecho y de derecho que legitiman a los comparecientes en la escritura ahora calificada; que aunque ambas escrituras fueron inscritas en su día, dichas inscripciones no nos dan a conocer si existe o no algún pacto que limite o condicione la capacidad de los otorgantes; que es necesaria, pues, la presentación de las dos escrituras de herencia otorgadas ante el Notario señor Guardiola para poder determinar el valor y alcance que pueda tener la renuncia que el señor Puche García hace a favor de su hija doña Isabel, de los derechos hereditarios que le corresponden en la herencia de su segunda esposa, así como para poder calificar la capacidad de las partes o de alguna de ellas en orden a las manifestaciones que hacen sobre la presunción de ser gananciales o no los bienes descritos en la escritura aclaratoria; que el hecho de que el Notario haya tenido presente las matrices de esas dos escrituras no le dispensa de la necesidad de presentarlas, pues es al Registrador, por imperativo legal (art. 18 de la Ley Hipotecaria), al que corresponde la función de calificar no sólo las formas extrínsecas del documento presentado, sino la capacidad de los otorgantes y la validez de los actos dispositi-

vos contenidos en el mismo; que en este sentido la Resolución de 4 de julio de 1965 es clara y terminante al decir que el Registrador no está vinculado a las manifestaciones hechas por el Notario autorizante de la escritura por la que aquel funcionario se encuentra facultado para pedir la presentación de los documentos complementarios que le sean necesarios; que respecto al segundo defecto es insuficiente la declaración de los interesados para destruir la presunción del artículo 1.407 del Código civil, pues aunque sea una presunción *iuris tantum*, la prueba para enervarla no puede ser la mera manifestación de los interesados, a los que pueden mover motivos particulares; que la confesión sólo se admite como prueba en cuanto perjudique al confesante, pero no en lo que favorece, estando muy desacreditada en la práctica procesal; que en el supuesto que nos ocupa hay un favorecido, el viudo, por lo que su confesión no puede admitirse como decisoria, y necesitará otras pruebas para demostrar que el dinero invertido en las fincas era privativo; que la jurisprudencia, para destruir la presunción del artículo 1.407, exige pruebas expresas de la privatividad del dinero, así la Sentencia de 31 de marzo de 1930, la de 19 de diciembre de 1957 y la de 24 de noviembre de 1960; que en igual sentido se manifiesta la Dirección General de los Registros y del Notariado en ininidad de Resoluciones, declarando que no basta la mera confesión del marido de que los bienes adquiridos a título oneroso pertenecen a la mujer, así las Resoluciones de 7 de agosto de 1933, 2 de agosto de 1935 y 11 de octubre de 1941, entre otras, debiendo destacarse especialmente la Resolución de 11 de marzo de 1957 que niega radicalmente valor a la confesión del marido, "dado que la materia de la misma está sustraída por Ley a la autonomía de la voluntad"; que la única prueba que se aduce en la escritura es la confesión de los interesados, cuya eficacia valora el fedatario, basándose fundamentalmente en la Resolución de 10 de agosto de 1939, pero que ésta fue dictada en un caso de Baleares para reforzar la existencia de la presunción Muciana, allí vigente, y que demuestra lo contrario a lo pretendido por el recurrente, es decir, que son eficaces las manifestaciones concordantes con una presunción, pero en el caso que nos ocupa se trata de destruir una presunción legal, para lo que hacen falta pruebas de la veracidad de las manifestaciones de los interesados; que el argumento del Notario de que en el último término, aun cuando la confesión de los interesados fuera ineficaz para destruir la presunción del artículo 1.407 del Código, valdría como renuncia, acreciendo estos bienes al viudo, no es válida, pues el artículo 990 del Código civil prohíbe la aceptación o repudiación parcial de la herencia, y en los asientos del Registro aparece adjudicada una finca de la herencia de la primera esposa y una renuncia del viudo a favor de su hija doña Isabel a cuantos derechos pudieran corresponderle en la herencia de la segunda esposa, por lo que no puede haber una renuncia abdicativa de doña Isabel, única heredera de esta segunda esposa, y que ha adquirido ya todos los derechos; que si el viudo hubiera hecho constante matrimonio la manifestación que ahora hace, la inscripción se habría realizado sin prejuzgar la naturaleza de la adquisición conforme determina el artículo 95 del Reglamento Hipotecario, pero que de las cuatro fincas a que se refiere la escritura, calificada, sólo hizo esa manifestación respecto a una de ellas:

que en cuanto a la capacidad de los confesantes, por lo menos doña Isabel carecía de ella, ya que al adquirir el señor Puche García la primera finca descrita tenía como máximo siete años, y al adquirir la descrita en tercer lugar cinco años, lo que hace que la confesión de doña Isabel Puche carezca totalmente de eficacia y no pueda ser tenida en cuenta; que en relación al tercer defecto la redacción de la nota es clara, ya que si se estima que los bienes son gananciales tendrá que hacerse la liquidación de estos bienes, y este carácter ha quedado demostrado al defender el segundo defecto de la nota, debiéndose cumplir por ello lo preceptuado por los artículos 1.418, 1.421, 1.423 y concordantes del Código civil; que en este sentido se pronuncian las Sentencias de 7 de abril de 1900 y 1 de junio de 1926, y las Resoluciones de 2 de agosto de 1917 y 23 de abril de 1919; que en cuanto al último defecto es fundamental saber si la casa se construyó constante matrimonio o no, ya que el artículo 1.404 del Código civil determina que serán gananciales los edificios construidos durante el matrimonio en suelo propio de uno de los cónyuges, y resulta evidente que si el viudo ha construido constante matrimonio no puede disponer libremente de la casa como lo hace, existiendo reiterada jurisprudencia en este sentido.

Resultando que el Presidente de la Audiencia confirmó la nota del Registrador por razones análogas a las expuestas por este funcionario y teniendo en consideración además; que no puede impedirse al funcionario calificador tener a la vista las escrituras anteriores necesarias para verificar las situaciones actuales; que las declaraciones de los interesados en el supuesto actual no pueden aceptarse como prueba definitiva (confesión extrajudicial) capaz de enervar la presunción de ganancialidad de los bienes en litigio; que partiendo de la base del carácter ganancial de los citados bienes, una vez disueltas las sociedades matrimoniales, es necesaria la liquidación, operación de capital importancia de la que puede surgir un riesgo para los acreedores de tal sociedad, razón que justifica el apartado tercero de la nota impugnada; que en cuanto al último defecto que la nota señala no puede el funcionario calificador aceptar, sin más, la manifestación que se hace en la escritura sin mencionar si tal edificación fue construida constante el primero o el segundo matrimonio, o ya en estado de viudez, por ser muy distintas las consecuencias en uno u otro caso.

Doctrina.—“Considerando que en este recurso gubernativo son dos las cuestiones fundamentales que se plantean, a saber, una primera, relativa a la no presentación de las escrituras de partición de herencia de 22 de junio de 1962 y 18 de diciembre de 1969, que el Registrador estima necesarias para la calificación, por ser antecedente obligado de la escritura discutida; y una segunda, que hace referencia al valor que ha de darse a la aseveración hecha por los hijos y herederos de la primera esposa, y por uno de ellos, como único heredero de la segunda, una vez disueltos los dos matrimonios contraídos por el padre, de que los bienes discutidos pertenecían con carácter privativo al cónyuge sobreviviente por reconocérsele ese origen al precio de su adquisición.”

“Considerando que como resumen de los antecedentes de hecho procede destacar lo siguiente: a) en escritura de 18 de diciembre de 1969 se proce-

dió por todos los interesados a liquidar la sociedad conyugal formada por don Salvador Puche y su primera esposa y a la adjudicación de los bienes hereditarios existentes a su fallecimiento, y lo mismo se habría hecho anteriormente, en escritura de 22 de junio de 1962 respecto de los bienes habidos en la sociedad conyugal con la segunda esposa, y ambas escrituras fueron inscritas en el Registro de la Propiedad; b) cuatro inmuebles que en los libros registrales aparecen inscritos como gananciales —dos adquiridos por el marido durante el primer matrimonio y los otros dos durante el segundo— y que no se habían incluido en las respectivas particiones anteriores, son ahora donadas en la escritura calificada, por el viudo comprador a sus tres hijos, previa aclaración por parte de todos de que tales fincas eran privativas al haberse adquirido con dinero propio del marido.”

“Considerando que a la vista de lo expuesto, no parece que sea necesario la presentación de las escrituras indicadas en la nota recurrida, pues aparte de que por haber sido en su día inscrita, figura su contenido en los libros del Registro con los elementos de juicio necesarios para la calificación se advierte que en las mismas no se ha realizado operación alguna en relación a las cuatro fincas objeto del debate que al estar inscritas en el registro, de acuerdo con la presunción del artículo 1.407 del Código civil, con una naturaleza presumiblemente ganancial, van a provocar el estudio de la cuestión controvertida.”

“Considerando que en primer lugar se hace necesario recordar el alcance que este Centro Directivo ha atribuido a la confesión hecha por los esposos durante el matrimonio para enervar la presunción establecida en el artículo 1.407 del Código civil y principalmente en la Resolución de 11 de marzo de 1957 que adoptó una postura negativa, fundándose en que la confesión requiere por parte del que la hace, no sólo capacidad, sino también legitimación y que de acuerdo con el artículo 1.232 del Código civil cuando verse sobre materia sustraída por ley imperativa a la autonomía de la voluntad, carece de su normal eficacia, ya que de no ser así se lograría por vía de confesión lo que no puede obtenerse por vía legal, o sea, una donación entre esposos, declarada nula por el artículo 1.334 del Código civil.”

“Considerando que una vez disuelta la sociedad conyugal deja, sin embargo, de tener eficacia la anterior doctrina, por haber cesado las razones que constituían su fundamento, ya que ha desaparecido el peligro de que a través de una confesión del otro esposo se hubiese podido alterar el régimen económico del matrimonio —hoy día, y tras la reforma del Código civil sin modificación de capitulaciones matrimoniales— o se dé una donación entre cónyuges, prohibida por el artículo 1.334, por lo que ahora habrá de examinarse, si en este momento puede ser desvirtuada la presunción legal del artículo 1.407 del Código civil a través de alguno de los medios de prueba admitidos en nuestro Derecho.”

“Considerando que la unánime manifestación de todos los interesados en la liquidación de las dos sociedades de gananciales ya disueltas, en el sentido de que el dinero con que se verificaron las compras de las fincas discutidas era privativo del marido, como prueba de confesión no sería suficiente para desvirtuar la presunción legal del artículo 1.407 del Código civil, dando que la declaración del propio esposo supérstite no podría por

sí sola tener el valor de transformar la naturaleza jurídica de los bienes inscritos, y nada añadiría a ello lo manifestado por los demás interesados, pues al no referirse a hechos personales de éstos —art. 1.231 del Código civil— no tendría la eficacia propia de la confesión extrajudicial, pero en cambio, tal manifestación unánime junto con la circunstancia de que al verificarse en su día las respectivas particiones de las esposas difuntas no se incluyeron los inmuebles indicados, sirve para mostrarnos que a través del enlace preciso y directo a que se refiere el artículo 1.253 de Código civil se está ante una presunción de hecho capaz de destruir la presunción del artículo 1.407 del mismo Cuerpo legal.”

“Considerando que a mayor abundamiento no ofrece ninguna duda la validez y eficacia de la escritura calificada en el plano civil, pues es obvio que al ser todos los adjudicatarios de los bienes, como únicos interesados en la herencia, mayores de edad, y con la libre administración de sus bienes, pueden al amparo del artículo 1.058 del Código civil distribuirla de modo que tengan por conveniente, y tampoco existe obstáculo desde el punto de vista de los principios hipotecarios, pues al poder tener reflejo en los libros registrales mediante la nota marginal establecida en el último párrafo del artículo 95 del Reglamento Hipotecario, el carácter privativo que siempre tuvo el precio de adquisición de los bienes, queda rectificado el Registro, y cumplido con el acto dispositivo —donación— hecho por su titular el principio de tracto sucesivo.”

“Considerando, por tanto, que ya no es necesario entrar en el examen de los defectos 3.º y 4.º de la nota, que no son más que una consecuencia obligada del defecto 2.º»

“Esta Dirección General ha acordado revocar el Auto apelado y la nota del Registrador.”

Consideraciones críticas.—Como apunta la Resolución que vamos a comentar, dos solamente son las cuestiones fundamentales que en ella se abordan, procedentes de la nota puesta por el Registrador al calificar el documento. Entiendo que las dos cuestiones son de sumo interés y las dos están enlazadas con el problema de la calificación.

En la primera se trata de solucionar el problema de si el Registrador en su calificación puede o no exigir determinados documentos. Esto es, si la ley le permite para mejor realizar su función solicitar de los interesados documentos que ya están inscritos. Sin adelantar acontecimientos creo que el tema roza seriamente el ámbito en que tradicionalmente se mueve la función y se me antoja que restringirla más de lo que está puede suponer un serio atentado a su doble proyección de control y creación. Luego lo veremos.

El segundo problema tiene más garra de galería, pues es un tema que no creo se haya tratado por los autores, ya que los mismos lo han dado por supuesto sin pararse a pensar en la “cronología” de la prueba ganancial o parafernial de los bienes que pesuntivamente figuran en el Registro como gananciales.

Ambos temas dan, por supuesto, margen para que en este comentario los separemos y tratemos como cuestión independiente, aunque en el recurso estén íntimamente unidos. Elegimos el orden marcado por la nota califi-

cadora y primero abordamos el de la calificación y segundo el de la prueba ganancial o privativa de los bienes.

A) *Instrumento de calificación.*—Dijo ROCA SASTRE hace mucho tiempo (en su obra "Instituciones de Derecho Hipotecario", tomo I, segunda edición, Barcelona 1945, pág. 616), que como instrumentos para verificar la calificación, dejando aparte el Derecho aplicable, el Registrador dispone de los "documentos" presentados y de los "asientos" con ellos relacionados. Las noticias particulares obtenidas por sí o por otra persona, de palabra o por escrito o en instancia no comprendida en los documentos presentados, no deben ser tenidas en cuenta. Ni siquiera se le admiten "conjeturas". Pero cabe preguntar, si cuando en esos documentos faltan datos para calificar, puede o no exigir la presentación de otros documentos. Hay que contestar afirmativamente, según dice el autor citado, y así lo ha entendido la Dirección en Resoluciones de 20 de febrero de 1879, 11 de noviembre de 1880, 15 de abril de 1884, 31 de enero y 15 de marzo de 1887, 24 de octubre de 1899, 14 de febrero de 1916, 12 de diciembre de 1923, 23 de marzo de 1926, 20 de diciembre de 1932 y otras.

Resulta sumamente difícil llegar a una explicación de la razón por la que la Dirección cambia de criterio y en esta Resolución que comentamos dice que "no parece que sea necesario la presentación de las escrituras indicadas en la nota recurrida, pues aparte de que por haber sido inscritas en su día, figura su contenido en los libros del Registro con los elementos de juicio necesarios para la calificación, se advierte que en las mismas no se ha realizado operación alguna en relación a las cuatro fincas objeto del debate...". Creo que se hace preciso restringir esta doctrina al caso particular, pues generalizarla supondría un serio obstáculo que debe sumarse a las grandes dificultades que lleva consigo la calificación y sus estrechos límites.

Restringir esta facultad del Registrador de solicitar la presentación de documentos, aunque estén inscritos, es no querer reconocer que el asiento o asientos registrales que provocan las escrituras discutidas es o son distintos del contenido de las escrituras. Es decir, que aun partiendo de ser el asiento registral un extracto del título, se convierte en algo distinto, con vida propia y con unos requisitos que sirven a una exclusiva finalidad: la protección del tráfico jurídico. Determinadas circunstancias, requisitos, obligaciones, etc., quedan fuera de la inscripción por no tener el carácter de real que exige la ley para ser publicadas. De ahí que me adhiera inicialmente a todas y cada una de las alegaciones que el Registrador vierte en su nota y en la defensa que de la misma hace.

El Registrador puede exigir la presentación de esos documentos, aun estando inscritos, y caso de que no se le presenten denegará o suspenderá la inscripción por el defecto subsanable o insubsanable de esa falta de presentación. El recurso debe decidir no «si es o no necesario» la presentación de esa escritura, sino si el defecto es o no subsanable. Realmente lo que se decide es más grave: que la falta de presentación de esos documentos no es defecto ni subsanable, ni insubsanable. Cuando el Registrador solicita la presentación de esos documentos no es que pretenda "volver a calificar" lo que ya está inscrito (cosa que la Ley no autoriza, pues la posible "dis-

crepancia” en la calificación se da únicamente en el caso del recurso gubernativo cuando el informante es distinto del calificador, art. 115, y en el supuesto del Registro “compartido”, art. 485 del Reglamento Hipotecario), sino que partiendo de una calificación intocable, pues al practicarse las inscripciones en base de aquellos documentos los asientos están bajo la salvaguardia de los Tribunales, necesitaba el apoyo de aquellos documentos “tenidos a la vista” por el Notario para poder calificar los nuevos documentos que son objeto de discusión.

La Dirección General trata de apoyar su afirmación, ceñida a este caso concreto, con un argumento más al decir que en dichos documentos o escrituras que el Registrador exigía para su calificación “no se ha realizado operación alguna en relación a las cuatro fincas objeto del debate”, esto es, en las escrituras de partición de las dos esposas de don Salvador Puche García, en las que se excluyeron las fincas citadas por estar inscritas como gananciales. Creo que precisamente por eso, por no haberse hecho operación alguna sobre dichas fincas, es quizá por lo que el Registrador podría exigir esa presentación a los efectos de comprobar si todo ello era legal en la escritura “aclaratoria” que se le presenta, aparte de que el hecho de la exclusión parece ser decisivo en cuestión de prueba para la Dirección, ya que en uno de los Considerandos basa todo su razonamiento en una manifestación “unánime” y en la “circunstancia” de que al verificarse en su día las respectivas particiones de las esposas difuntas no se incluyeran los inmuebles indicados, lo cual supone, de entrada, un falseamiento —en contra de la publicidad registral— en los respectivos inventarios, pues si los bienes registralmente figuraban como gananciales en el Registro era preciso hacer constar en esas escrituras su exclusión del inventario, pero su exclusión expresa y no tácita que obliga posteriormente al otorgamiento de una escritura “adicional” en la que se monta el artificio de la prueba “contra Registro”.

Claro que si por la Dirección General se hubiera aceptado ese defecto y, sin embargo, se hubiese declarado probado el carácter privativo de los bienes de nada le serviría al Registrador que le presentasen unos documentos “a posteriori” sobre una cuestión ya decidida. Entiendo que la Dirección General debió reconocer ese defecto argumentando que, a pesar de ello, estimaba probado contra Registro el carácter privativo de los bienes. Así no se volvería a poner en duda esa facultad del Registrador de poder exigir los documentos necesarios para una acertada calificación.

B) *La prueba contra presunciones.*—El segundo y fundamental tema del recurso es la destrucción de una presunción legal que establece el Código civil en su artículo 1.407 a favor de la adquisición ganancial y que viene reforzada o reflejada con la constatación registral de dicho carácter en virtud de lo que dispone el artículo 95 del Reglamento Hipotecario.

Hay en el informe del Notario en defensa de su postura una frase que me intimida al calificar de muy rigurosa la postura del Tribunal Supremo y de la Dirección General en orden a la prueba que destruya la presunción de ganancialidad del artículo 1.407 del Código civil, añadiendo que “no se puede exigir el mismo rigor durante la vigencia del matrimonio que una vez disuelto éste”. Esta frase parece chocar un poco con esa primitiva idea

que a mi juicio preside el momento de la prueba contraria a la presunción. Registralmente la prueba ha de hacerse antes o simultáneamente a la extensión del asiento o durante la vida de éste, haciéndose constar su resultado al margen de la inscripción. Civilmente la prueba se desplaza, si no se hace en el momento de la adquisición, a cualquiera de estos dos que la exigen: en el momento de disposición de los bienes o en el de la liquidación de la sociedad conyugal.

No acabo de comprender muy bien la razón en la que se apoya el Notario para afirmar que la prueba "posterior" al matrimonio —una vez disuelto éste— debe tener menor rigor que la anterior. Cuando el matrimonio tiene vigencia hay dos intereses en lucha: marido y mujer, mientras que a la hora de la disolución entran en juego los intereses de los herederos de uno y otro. Tiene forzosamente que haber alguna otra razón que a mí no se me alcanza, por la que esa afirmación tenga su explicación.

Tampoco es muy convincente el argumento que la Dirección General emplea para dar como buena la prueba en contra de la presunción, pero aquí, a diferencia de lo que afirma el Notario, la Dirección trata de justificar esa posible falta de "rigor" después de disuelto el matrimonio. La confesión extrajudicial —mediatizada por el art. 1.232 del Código civil— realizada para cambiar la naturaleza ganancial o privativa de unos bienes puede llevar a puerto una donación entre cónyuges o una alteración de capítulos matrimoniales, cosas ambas que pueden provocar nulidad conforme el artículo 1.334 del Código civil y 1.320 (si no se hace en escritura pública). En cambio realizada posteriormente desaparecen estos obstáculos, pero a mi entender surgen otros que ya la Dirección apunta: la confesión de los herederos no recae "sobre hechos personales del confesante", lo cual le quita legitimación para hacerla, pero lo más grave es que al no haberla hecho en las particiones en la que se excluyeron los bienes que se entienden privativos y no gananciales, existe una especie de "ocultación" fiscal (ocultación que la Dirección entiende suponer un hecho que unido a la manifestación de los herederos puede suponer un principio de prueba) que puede muy bien incluirse en lo que podríamos considerar como "sustrafda al imperio de la voluntad y su autonomía". ¿Es cierto que ese hecho de ocultación supone una presunción de hecho capaz de destruir la presunción legal? O lo que es lo mismo: la presunción del artículo 1.253 —presunción de hecho—, ¿es capaz de desvirtuar la del artículo 1.407 del Código civil? Sin negar eficacia y sustantividad a esa forma o medio de prueba, es evidente que generalizar esa doctrina puede llevar a conclusiones difícilmente controlables donde la fuerza de unos hechos —preconstituidos— y una conducta posterior enlazada con los mismos, permite desvirtuar presunciones legales.

Penetrar en ese campo procesal de la prueba —aplicada al sistema registral— resulta sumamente difícil, pero rozarlo quizá sea importante. Decía CASTÁN TOBEÑAS ("Derecho civil español, común y foral", tomo I. Madrid, 1949, pág. 816) que estas presunciones de hechos o judiciales "son las únicas que constituyen medio de prueba", aunque yo entienda que si la presunción la consideramos como "consecuencia" no puede reputarse como verdadero medio de prueba. Lo alarmante del caso es que CASTÁN decía que de ellas hay que hacer uso especialmente en aquellos casos, como los

de simulación y actos fraudulentos en que se trata de comprobar hechos que han querido tener secretos sus autores.

La apreciación de los hechos —aun siendo fraudulentos— debe estar basada en una prueba acreditada —registralmente en este caso— y ya inicialmente se le niega al Registrador su apreciación al considerar que no deben ser presentadas las escrituras de partición en las que se excluyen los bienes que ahora se estima como privativos. Es decir, el hecho de la ocultación se le niega al Registrador, exigiéndosele luego que sobre ese hecho que él no puede comprobar o no le dejan comprobar “induzca” una consecuencia que suponga un enlace entre el mismo y la manifestación de los herederos de que los bienes eran privativos. Que todo ese entramado pretenda alegarse como base para desvirtuar una presunción legal me parece excesivo. Quizá hasta de pobreza argumental.

La fuerza que pueda tener —aun en contra de la ley testamentaria que es la voluntad del testador— el conjunto de voluntades de unos herederos mayores de edad en orden a verificar la partición, conforme dispone el artículo 1.058 del Código civil sobre la normativa legal es cosa difícil de precisar. La *distribución* del modo más conveniente yo creo que no llega a los límites insospechados que la Dirección le quiere atribuir. Distribuir es repartir en la forma que quieran los herederos (y no en forma igualitaria, por ejemplo) el caudal inventariado, pero no excluir del mismo unos bienes y en base de esa exclusión evitar una liquidación de gananciales y una trayectoria marcada por una presunción legal. Los interesados podrán dentro de esa presunción legal, moverse arbitrariamente y adjudicar la totalidad de una finca, aun siendo ganancial, a un heredero, pero lo que creo que es difícil de admitir es que partiendo de que una finca sea ganancial los herederos la estimen y reconozcan como privativa. Ya sé que en este peculiar caso no había lesión de intereses para nadie y que hasta fiscalmente, en última instancia, han venido a satisfacer el impuesto correspondiente, pero eso no obsta para que fuera precisa una liquidación de sociedad conyugal con la inclusión de los bienes que resultaron ocultados en dos particiones y que por ser menores de edad algunos de los herederos no pudieron “reconocer” como privativos.

En el comentario que hace a esta Resolución CARRETERO GARCÍA (Rev. Cr. Dr. Inmobiliario, núm. 510, septiembre-octubre, pág. 1225, año 1975) precisa con su fino sentido del humor que la Dirección, después de exprimir argumentos en pro de su solución, lo que en el fondo viene a aplicar es la unánime voluntad de unos herederos mayores de edad que junto con el viudo hacen y deshacen lo que tienen por conveniente, “Por ello opino —dice el autor citado— que habría sido un camino más directo trasladar el problema del campo de la prueba al campo de lo que pudiéramos llamar “liquidaciones compendiosas”, que al fin y al cabo es lo que hace el considerando penúltimo con su apelación al 1.058 y a la circunstancia de que comparecen todos los interesados en las herencias y liquidaciones de sociedades conyugales, siendo mayores de edad y con la libre administración de los bienes”.

El obstáculo final que había que salvar para que los herederos y el viudo pudieran llevar al Registro una partición de bienes en la que el carácter

ganancial de los mismos exigía una previa liquidación de la sociedad conyugal lo salva la Dirección, entendiendo que todo ese entramado de aseveraciones de los herederos, enlazado con el hecho de haber excluido de las primitivas particiones los bienes cuestionados, y la voluntad unánime de herederos y viudo sobre el carácter privativo de los bienes, son prueba más que suficiente para que registralmente se rectifique la aseveración registral y se haga constar por nota marginal el carácter privativo de los bienes. Con ello se resuelve el tremendo problema del tracto sucesivo que era un serio obstáculo sin que se realizase una liquidación de la sociedad conyugal.

Creo que habría que haber diferenciado en la argumentación básica que la Dirección utiliza entre lo que puede significar prueba del hecho contrario a la publicidad registral y el criterio de unanimidad parcial. Lo primero puede ser un argumento serio, si fructifica la idea de la presunción de hechos, pero lo segundo es inadmisibile. Si los bienes registralmente son gananciales se hace preciso que, sin convertirlos en privativos, se practique la correspondiente liquidación de la sociedad conyugal y que los mismos se adjudiquen como bien entiendan los herederos, pero sin utilizar el recurso de la nota marginal milagrosa que los excluye de la partición. No queda bien claro en la Resolución esta diferenciación y al proyectarse todo ello sobre el caso concreto se identifica la prueba con la libertad de distribución, cosas ambas diferentes y peligrosamente asimilables.

Queda un problema cronológico de la "construcción" que apunta muy certeramente el Registrador en su nota. Si la construcción se hizo en estado de viudez del constructor o durante uno de sus matrimonios. El efecto presuntivo de los gananciales convertidos en privativos debe retrotraerse al momento de la adquisición si a la letra de la Resolución le damos el valor que parece tener, pues dice que "el carácter privativo *que siempre* tuvo el precio de adquisición". Y la solución dependerá de que a las manifestaciones de herederos y viudo le demos el carácter de prueba, con efectos retroactivos o que estimemos que los herederos por unanimidad hagan la partición distribuyendo los bienes como quisieren. En el primer caso habría retroactividad y en el segundo se seguirían planteando problemas de índole ganancial y liquidación de sociedad conyugal.

COMPRAVENTA.—CALIFICACIÓN DEL CARÁCTER DEL PRECIO.—PARA QUE PUEDA INSCRIBIRSE EL INMUEBLE CON EL CARÁCTER DE PARAFERNAL HA DE PROBARSE DE FORMA INNEGABLE EL ORIGEN PRIVATIVO DEL PRECIO DE ADQUISICIÓN. (Resolución de 19 de junio de 1975, "B. O. E." de 30 de junio de 1975.)

Hechos.—En el recurso gubernativo interpuesto por el Notario don Luis Solano Aza contra la negativa del Registrador de la Propiedad número 2 de Vigo a hacer constar en una inscripción de compraventa el carácter parafern de la misma, en virtud de apelación del recurrente.

Resultando que mediante escritura autorizada por el Notario recurrente el 2 de noviembre, señalada con el número 4.761 del protocolo general, don Andrés Amado Súnico vendió a doña Blanca García González, asistida

de su esposo don Amalio Gimeno Linares, Conde de Gimeno, una finca sita en el barrio de Sayanes, parroquia de San Miguel de Oya, del municipio de Vigo, denominada "Corbeira", cuya extensión y linderos se consignan en tal instrumento y en el que, entre otras cláusulas, se establece que el precio de la compraventa, según manifiestan los otorgantes, es el de pesetas 95.000; que el vendedor confiesa tener recibida dicha suma, antes de este acto de la compradora, por lo que formaliza a su favor la correspondiente carta de pago, y la adquirente manifiesta, y su esposo lo confirma, que el dinero precio de la compraventa es de su privativa propiedad, procedente de la venta de nueve acciones del Banco Hispano Americano, 16 del Banco Español de Crédito, nueve de López Quesada y tres de Iberduero; que a la primera copia de esta escritura se acompañará justificante de la fecha de su matrimonio, pólizas de operaciones al contado de fecha anterior a su matrimonio comprensivas de las expresadas acciones y orden de venta y comunicación del Banco Comercial Trasatlántico de que se ha abonado el importe de la venta de las referidas acciones; que doña Blanca García González solicita del señor Registrador de la Propiedad la inscripción de dicha compraventa con carácter parafernial.

Resultando que presentada en el Registro primera copia de la anterior escritura fue calificada con nota del tenor literal siguiente: "Inscrito el precedente documento a favor de doña Blanca García González en el tomo 135 de Vigo, sección 3.ª, folio 64 vuelto, finca 16.281, inscripción 2.ª, sin que este asiento prejuzgue la naturaleza privativa o ganancial de la finca, según dispone la regla 2.ª del artículo 95 del Reglamento Hipotecario.

No se inscribió con carácter parafernial, a pesar de haberse así solicitado porque los documentos que se acompañan, aparte de no ser auténticos, no justifican que el dinero procedente de las operaciones a que se refieren sea precisamente el invertido en esta compraventa."

Resultando que el Notario autorizante del instrumento interpuso recurso gubernativo contra la anterior calificación y alegó: que la nota contradice el principio de rogación de nuestro sistema registral, toda vez que, pese a la solicitud de la compradora de que se inscribiera la finca adquirida a su nombre con carácter parafernial, el señor Registrador hizo expresamente constar que la inscripción a nombre de aquélla no prejuzgaba la naturaleza privativa o ganancial, es decir, que efectuó tal inscripción conforme a la regla 2.ª del artículo 95 del Reglamento Hipotecario, cuando lo solicitado era que se practicara conforme a lo dispuesto en su norma 3.ª; que no se ha cumplido lo dispuesto en el artículo 19 de la Ley Hipotecaria, privándose a los interesados de poder subsanar las faltas u omisiones que impedían la inscripción solicitada y, en consecuencia, ejercitar los derechos previstos en tal artículo; que se incumplen también las disposiciones del artículo 65 de la Ley Hipotecaria, que distingue las faltas subsanables de las insubsanables, impidiendo por tanto a la compradora una posible solicitud de anotación preventiva, toda vez que la nota recurrida no matiza la menor diferencia entre tales posibles faltas; que los documentos acompañados a la escritura son auténticos, tanto el libro de familia acreditativo de la fecha del matrimonio como las pólizas de compras de valores que acreditan su adquisición por la compradora en estado de soltera, teniendo por tanto

carácter parafernial; que si bien dichos documentos no son los originales, sino tan sólo fotocopias, éstas tienen el mismo valor de los originales respectivos cuando son autenticados por Notario, conforme a lo previsto en el artículo 251 del Reglamento Notarial; que en cuanto a la afirmación contenida en la nota de que no se ha acreditado que el dinero procedente de las operaciones de venta de valores de la compradora, adquiridos en estado de soltera, sea precisamente el mismo invertido en la compra de la finca referida, supondría un principio de desconfianza conforme al cual sería poco menos que imposible la inscripción como bienes privativos de los cónyuges en las compras verificadas por cualquiera de ellos en régimen de gananciales, con lo cual resultaría letra muerta la regla 3.ª del artículo 95 del Reglamento Hipotecario; que tanto la doctrina como la jurisprudencia han procurado facilitar la demostración de la propiedad privativa o parafernial del precio, y así la Resolución de la Dirección General de 13 de septiembre de 1926 sostiene que tal demostración no puede exigirse en forma contradictoria y con las particularidades de un juicio declarativo, sino que debe ser practicada con documentos y manifestaciones que garanticen suficientemente la legalidad del acto inscribible, de suerte que, para demostrar el carácter parafernial de los bienes adquiridos por la esposa durante su matrimonio, ha de reputarse suficiente la declaración hecha por el adquirente de que el dinero es exclusivamente suyo, con el asentimiento del marido y la aportación de documentos que demuestren el ingreso de cierta cantidad de dinero en su patrimonio peculiar; que, según Roca Sastre, la demostración documental de que el dinero es de carácter parafernial de la esposa adquirente debe simplemente acreditar la preexistencia de tal dinero en el patrimonio parafernial de la esposa, lo cual se logrará acreditando que con anterioridad ingresó a título de sucesión, venta u otro concepto el dinero que sirvió de precio a la compra; que la Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de marzo de 1965 dio por buena la declaración del Tribunal de Instancia de que una mujer casada había adquirido un piso con el producto de la venta de unos valores mobiliarios que había adquirido antes de casarse, habiendo hecho constar en la escritura de compra que el pago del precio lo verificaba con el importe de la venta de aquellos valores mobiliarios por cuya razón dicho piso adquirido tenía carácter parafernial; que comentando esta Sentencia afirma Vallet de Goytisolo que no es preciso que el dinero parafernial se individualice específicamente, bastando que lo sea cualitativamente; que en la nota calificadora se ha calculado el principio de rogación al inscribir un documento público en forma no ya distinta, sino contradictoria con lo solicitado en aquél, incumpliendo además las disposiciones de los artículos 19 y 65 de la Ley Hipotecaria; que aun cuando los interesados hubieran logrado obtener la nota marginal prevista en el último apartado del artículo 95 del Reglamento Hipotecario, de constancia de tal carácter parafernial, se continúe la tramitación del presente recurso, dada la importancia teórica y práctica de las cuestiones que en él se plantean a efectos puramente doctrinales conforme a lo dispuesto en el apartado 3.º del artículo 112 del Reglamento Hipotecario;

Resultando que el Registrador informó que en la nota calificadora no se ha incumplido lo dispuesto en el artículo 19 de la Ley Hipotecaria, ya que

el Oficial de la Notaría, presentante del documento calificado, prestó su conformidad a que el asiento se practicara en la forma en que se hizo; que las fotocopias de los documentos que se acompañaron a la copia de la escritura no estaban autenticados por el Notario; que ninguno de los documentos presentados es auténtico, ya que por lo que se refiere a las pólizas de compra se trata de segundas fotocopias, en las que las diligencias de autenticación notarial aparecen también fotocopiadas, no en original, y los abonos del Banco Comercial Trasatlántico con los que se pretende acreditar la venta de las acciones y mediante ella el ingreso en el patrimonio de la adquirente del importe del precio, no aparecen autenticados, pero aunque lo estuvieran tampoco serían documentos auténticos a tenor de lo dispuesto en el artículo 1.216 del Código civil; que prestada en la forma antedicha la conformidad del presentante, ni se infringió el principio de rogación, ni ha lugar a tomar anotación preventiva; que al no considerar justificado que el dinero procedente de la venta de valores de la compradora sea precisamente el invertido en la compraventa, el Registrador al ejercitar el derecho y el deber que le asiste de extender su calificación a todas las consecuencias previsibles que se puedan derivar del acto sometido a su estudio, ha tenido muy en cuenta el distinto grado de gravedad que podría desprenderse de un posible error, según éste consistiese en exceso o defecto de rigor aplicado al valorar la prueba; que el perjuicio ocasionando en el primer caso al adquirente es nulo. Tiene a su favor una escritura pública que declara el carácter parafernial de la cosa y el Registro no la contradice, se limita a no prejuzgar; que, por el contrario, la inscripción como bienes privativos de los que pueden no serlo acarrea una serie de infracciones legales y perjuicio a terceros incalculables, por ejemplo: donaciones entre cónyuges, modificación posterior al matrimonio de su régimen económico, lesiones de intereses acreedores y herederos legitimarios, sobre todo en este caso en que uno de los cónyuges es casado en segundas nupcias, sin que conste en los documentos calificados si existen o no hijos del primer matrimonio ni si se ha practicado la liquidación de la anterior sociedad conyugal; que está de acuerdo con el Notario recurrente en que con el criterio aplicado a la nota recurrida resultaría poco menos que imposible la inscripción como bienes privativos de los cónyuges las compras verificadas por ellos, pero que esto ya lo habían advertido antes todos los tratadistas de Derecho Hipotecario que se han ocupado del tema; así Vallet de Goytisolo: "el Registro de la Propiedad no puede declarar algo que únicamente los Tribunales podrán decidir en su día, y mientras los Tribunales no fallen definitivamente no se puede tener la certeza plena acerca de si serán gananciales, parafernales o dotales o privativos del marido los bienes a que se refiere el artículo 1.407 del Código civil", y en el mismo sentido Roca Sastre, La Rica, Martínez Santoja y otros; que tampoco a la Dirección General le ha pasado inadvertida esta dificultad, y así lo expresó en la Resolución de 22 de diciembre de 1933; que la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 13 de septiembre de 1926, en que apoya el recurrente sus tesis, podría considerarse como ya superada por las múltiples reformas experimentadas por el ordenamiento jurídico hipotecario, y entre ellas la del Reglamento de 1959; que en esta última el le-

gislador, reconociendo sin duda la ardua misión del Registrador al tener que apreciar una prueba forzosamente achacada, y por lo tanto manejada exclusivamente por quienes tienen un evidente interés económico en el asunto, que muchas veces podrá ser legítimo, pero otras no, establece una norma, la 2.ª del artículo 95, que le concede a éste una privilegiada facultad que ningún otro juzgador tiene: fallar sin resolver; que a la vista de este texto legal no parece verosímil que la Dirección se hubiera pronunciado como antes lo hizo; que la Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de marzo de 1965, que aduce el recurrente en apoyo de su tesis, como todas las que se pronuncian en la jurisdicción civil, no puede tener la menor influencia en la aplicación del artículo 95 del Reglamento a la mecánica registral, ya que se producen en juicios contradictorios con todos los trámites de prueba aportados por ambas partes, que no se le ofrecen al Registrador al calificar los documentos presentados; y en consecuencia la dificultad que estos funcionarios tienen al descartar la posible duplicidad de uso de la contraprestación privativa no la padecen los Tribunales de Justicia, porque de existir surgiría patente en el período probatorio, y además si aceptásemos el valor vinculante de su doctrina para el Registrador, tendría éste que infringir abiertamente la regla 2.ª del repetido artículo 95; que es sumamente discutible la legitimación activa del Notario para interponer este recurso aun reconociendo la facultad que le concede el artículo 112 del Reglamento; que en la escritura por él autorizada el precio es confesado, y según manifiestan los otorgantes, de 95.000 pesetas, y en el expediente de comprobación de valores instruido por la Abogacía del Estado en Vigo para la liquidación del Impuesto de Transmisiones se fijó, según se acredita con la certificación correspondiente archivada en esta Oficina, un valor a la finca transmitida de 201.560 pesetas, cantidad muy superior a la que se pretende justificar como contraprestación privativa y que fue aceptada por el contribuyente, ya que no la impugnó; que no aparecen claras las motivaciones que puedan justificar la intervención del Notario como actor en este expediente, ya que la nota recurrida no afecta para nada a la corrección del otorgamiento, sino a hechos ajenos a el que le fueron manifestados y a los que no se extiende la fe notarial.

Resultando que el Presidente de la Audiencia, sin entrar en el fondo de la cuestión, apreció falta de personalidad en el Notario recurrente en base al artículo 112-3.º del Reglamento Hipotecario, que no puede interpretarse con tal amplitud ya que la acción impugnatoria comprende exclusivamente aquellos actos registrales en que se suspenda o deniegue la inscripción del instrumento notarial, pero no cuando surta los efectos jurídicos que le son propios.

Resultando que el Notario autorizante de la escritura apeló, insistiendo en que tenía personalidad para interponer el recurso.

Resultando que la Dirección General, en fecha 11 de noviembre, acordó reconocer personalidad al Notario recurrente y devolver el expediente al Presidente de la Audiencia para la resolución del recurso gubernativo planteado, en base a que aun atendidas las acertadas razones del Auto presidencial por las que no debiera examinarse este recurso, dado que la escritura calificada ha sido inscrita, el especial planteamiento con que el

mismo se ha suscitado por el funcionario calificador al no haber tenido acceso a los libros registrales la cláusula discutida con el carácter solicitado, según expresa la nota de calificación, y dado que el artículo 112-3.º del Reglamento Hipotecario vigente —a diferencia de lo que acontecía antes de la reforma de 1947— concede al Notario autorizante de la escritura el poder promover “en todo caso” el recurso gubernativo, es forzoso concluir que habrá que reconocerle personalidad para poder interponerlo.

Resultando que el Presidente de la Audiencia confirmó la nota del Registrador por razones análogas a las expuestas por este funcionario y declarando que no ha habido conculcación del principio de rogación, ya que, como afirma el Registrador, el presentante del documento prestó su conformidad para que se practicase la inscripción, según la regla 2.ª del artículo 95 del Reglamento Hipotecario, ni tampoco se han infringido las disposiciones de los artículos 19 y 65 de la Ley Hipotecaria que se refieren a supuestos fácticos distintos del contemplado; y que el funcionario calificador ha hecho uso adecuado de las facultades discrecionales que le confieren las reglas 2.ª y 3.ª del artículo 95 citado para dar por probado el carácter parafernalo de privativo del precio de la venta.

Doctrina.—“Considerando que antes de dilucidar el fondo del presente recurso conviene entrar en el examen de una cuestión que relacionada con el mismo se ha planteado por el Notario en su informe, y que hace referencia a la posible vulneración por parte del Registrador del principio de rogación al no corresponder la inscripción practicada, con la petición contenida en la cláusula 3.ª de la escritura calificada.”

“Considerando que el carácter rogado que tiene la actuación registral no es más que una consecuencia de la voluntariedad de la inscripción en nuestro Derecho, y de ahí que este Centro Directivo haya declarado reiteradamente que no se puede practicar en el Registro ningún asiento —salvo casos excepcionales— sin que hayan sido solicitados expresamente por los interesados, que lo serán las personas enumeradas en el artículo 6.º de la Ley Hipotecaria, y mediante la presentación de los documentos que eran pertinentes al caso concreto.”

“Considerando que la representación a que alude el párrafo d) del mencionado artículo 6.º de la Ley, se encuentra sumamente facilitada en nuestra Legislación Hipotecaria, ya que la existencia del poder, según el artículo 39 del Reglamento, queda justificada por la sola presentación de los documentos en el Registro por la persona que solicite la inscripción, quien como tal mandatario estará facultado para intervenir en las incidencias que puedan producirse, pero si la petición de un asiento concreto, y bajo determinadas circunstancias se contiene expresamente en el propio documento presentado, y los términos de la inscripción van a ser diferentes del solicitado, deberá extremarse el cuidado tanto por parte del presentante del título que deberá asegurarse de la aquiescencia de los interesados a la variación a introducir, como por parte del funcionario calificador, que en buena técnica hipotecaria y una vez obtenido aquel consentimiento —al igual que en otros casos, v. gr. art. 434 Reglamento Hipotecario— debería hacer constar esta circunstancia en el asiento correspondiente, y de esta forma se evitaría que pudiera practicarse un asiento no querido por los

interesados, y que al estar bajo la salvaguardia de los Tribunales ha de producir, según el artículo 1.º de la Ley, todos los efectos legales.”

“Considerando que aun cuando este Centro Directivo tiene reiteradamente declarado que, por regla general, no cabe el recurso gubernativo en los supuestos en que se ha realizado la inscripción del documento, la singular especialidad que ha concurrido en este caso, unido al hecho de que si no se examina ahora al fondo de la cuestión y se da por finalizado el expediente, podría replantearse de nuevo el recurso y en forma idéntica al actual, mediante la solicitud de extensión de la nota marginal a que hace referencia el último párrafo del artículo 95 del Reglamento Hipotecario, por lo que se conculcarían los principios de celeridad y economía procesal que han de presidir toda actuación administrativa, circunstancias éstas que movieron a este Centro a reconocer la personalidad del Notario recurrente, y que obligan ahora a examinar los problemas de fondo debatidos.”

“Considerando que el Notario podrá testimoniar de acuerdo con el artículo 251-3.º del Reglamento Notarial, al pie o al dorso de fotografías, que éstas corresponden a personas o cosas identificadas por el propio fedatario, y estos testimonios en los que habrán de observarse las reglas dadas para las copias, tendrán el mismo valor que éstas, por lo que fácilmente se advierte que al no reunir los documentos discutidos los anteriores requisitos, por tratarse de unas segundas fotocopias en las que no se ha hecho constar por el Notario diligencia alguna de fidelidad —e incluso en alguno de ellos no aparece esta diligencia ni aún fotocopiada— hay que concluir que carecen de la eficacia reconocida al documento público debidamente extendido en los artículos 1.216 y siguientes del Código civil y concordantes del Reglamento Notarial.”

“Considerando que al examinar las últimas de las cuestiones planteadas se hace preciso recordar la reiterada jurisprudencia de este Centro Directivo, que ha puesto de relieve las dificultades en que se encuentra el Registrador para apreciar las pruebas contra la presunción legal establecida en el artículo 1.407 del Código civil en los supuestos en que el precio de adquisición sea de la exclusiva propiedad de la mujer, y el distinto plano en que se encuentra el funcionario calificador respecto de Jueces y Tribunales en donde a través del juicio contradictorio con su fase de prueba se cuenta con una serie de elementos de los que carece el Registrador al ejercer su función, y que eso el artículo 95 del Reglamento Hipotecario, al tratar de resolver los problemas que puedan plantearse en esta materia, distingue entre aquellos bienes que tienen un carácter ganancial, aquellos otros en los que claramente aparece justificado que el precio es de la exclusiva propiedad del cónyuge adquirente, y una situación intermedia en la que sólo aparece la aseveración de ese carácter hecha por uno de los cónyuges respecto del precio de la adquisición hecha por el otro, y en donde no se prejuzga la naturaleza del bien inscrito.”

“Considerando que en el caso debatido, aparte la falta de autenticidad de los documentos complementarios presentados, éstos no probarían de forma innegable el origen privativo del precio de adquisición del inmueble, por parte de la mujer, por lo que no podría realizarse su inscripción en la

forma solicitada, sino únicamente en la que ha tenido lugar a través de la calificación hecha por el titular del Registro.”

“Esta Dirección General ha acordado confirmar el Auto apelado y la nota del Registrador y lo demás acordado.”

Consideraciones críticas.—Realmente pueden reducirse a tres los problemas que aborda la presente resolución y que suponen una triple incidencia sobre una serie de principios que marcan la actuación registral: la rogación o instancia, el principio de prueba que se enlaza con el de calificación y la legitimación para entablar recurso gubernativo, aparte de los flecos jurídicos que pueden significar la categoría del documento complementario que se cfrece en compañía del inscribible.

No es fácil la selección de problemas por orden de importancia, pues horizontalmente los tres están en una línea decisiva. Lo que sucede en este caso es que el nuevo planteamiento del carácter de la adquisición de unos bienes y el juego de una presunción legal difícil de destruir, llaman poderosamente la atención del intérprete y parecen darle mayor realce. No obstante, creo que vamos a tratar igualitariamente los tres, dando preferencia de exposición a la legitimación y rogación, para después exponer el problema de la prueba.

A) *Legitimación para entablar recurso.*—No hace mucho y al filo de un comentario de la Resolución de 11 de diciembre de 1974 en estas mismas páginas, tocaba este mismo punto y hacía alusión a esa frase de “*en todo caso*” que utiliza el número 3 del artículo 112 del Reglamento Hipotecario al designar las personas legitimadas para entablar el recurso gubernativo. El caso es un poco semejante, por lo que repetir ideas no es ocioso.

Parece ser que hay que partir de un principio fundamental en este punto: solamente cabe el recurso gubernativo contra “la calificación del título hecha por el Registrador en la cual se suspenda o deniegue el asiento solicitado” (art. 66 de la Ley Hipotecaria). Para aquellos casos en los que se haya practicado la inscripción sólo cabe el recurso gubernativo a “efectos puramente doctrinales” (art. 112 del Reglamento Hipotecario).

Estas ideas vienen confirmadas por las Resoluciones de 16 de junio de 1948 y 9 de agosto de 1955 y, con ligeras variantes, por la de 14 de septiembre de 1901. La admisión del recurso cuando no se suspende o deniega la operación registral no puede basarse, por supuesto, en el artículo 112 del Reglamento Hipotecario en el que al enumerar las personas legitimadas para interponerlo faculta, en su número 3.º, al “Notario autorizante del título *en todo caso*”. Esta última frase no supone una legitimación absoluta del Notario, sino que es el producto de una evolución legislativa y jurisprudencial que supera épocas anteriores en las que sólo en ciertos casos se admitía la legitimación notarial para la interposición del recurso. Debe entenderse, por ello, que la frase en su debida redacción debe decir: “en todo caso de suspensión o denegación” el Notario autorizante del título estará legitimado para su interposición.

Aproximadamente éstos eran nuestros argumentos en el comentario citado y ahora vemos que al ser utilizados por el Presidente de la Audiencia para apreciar la falta de personalidad del recurrente, son negados por la Dirección quien acuerda reconocer personalidad al Notario recurrente, de-

volviendo el expediente al Presidente de la Audiencia para la resolución del recurso, aduciendo como uno de los argumentos la frase de "en todo caso" cuyo significado y alcance hemos expuesto según nuestro criterio.

En la Resolución que da fin al expediente la Dirección va no utiliza ese argumento. Sólo lo hace en el acuerdo de devolución al Presidente. En la Resolución habla como argumento decisivo (considerando cuarto) de "principios de celeridad y economía procesal" que se entienden como superiores al sentado por el artículo 66 de la Ley Hipotecaria. Es bien cierto que el recurso podía plantearse o volverse a plantear por la vía de la solicitud de la extensión de una nota marginal al amparo del artículo 95, último párrafo, del Reglamento Hipotecario, pero la Dirección prefiere no llegar a esos extremos y razonando procesalmente (cosa que sería discutible dentro de la "autonomía" procedimental del recurso gubernativo) prefiere aceptar la celeridad y la economía, aunque con ello se fuerce el espíritu y la letra de la Ley. Entiendo que hubiese sido más claro alegar una indebida actuación del Registrador, al inscribir en la forma en que lo hizo (si es que su actuación puede ser calificada de indebida, cosa que luego veremos) que forzar un principio del recurso gubernativo que de ahora en adelante podrá estar sueditado a los de "celeridad y economía" procesal.

En la Resolución citada de 11 de diciembre de 1974 era más clara la "facilitación" del recurso, pues el presentador del documento accede a que se inscriba el mismo sin la cláusula que se discute y que el Registrador entiende defectuosa insubsanablemente, aunque el Notario la entienda correcta. Aquí la cosa es distinta, pues el interesado en la escritura es el que pide al Registrador que la inscripción se haga asignando a los bienes el carácter de parafernales, interviniendo posteriormente el presentador del documento que accede a que la inscripción se practique en la forma en que se hizo. Creo que hay una pequeña y sutil distinción, pues en el primer caso lo que se solicita es la total inscripción de una escritura y el presentante del documento accede a que se inscriba toda ella menos una determinada cláusula que el Registrador estima incorrecta, mientras que aquí hay una petición del interesado de que se inscriba (no toda la escritura) en "*cierto sentido*" la escritura cuestionada, siendo el representante del solicitante el que accede en último extremo a que se inscriba de otra forma.

Entiendo que en este juego de peticiones de inscripción, de intereses, de representaciones, etc., debe siempre quedar a salvo el derecho del Notario para poder interponer el recurso, pues el presentante del documento actúa en nombre de quien puede solicitar la inscripción, pero no en nombre del Notario autorizante de la escritura. Ahora bien, una cosa es que el Registrador al negarse a aceptar una cláusula que el Notario entiende correcta y que el presentador permite que se omita deje a salvo el derecho del Notario y otra que solicitándose por el interesado que la inscripción refleje un determinado carácter de los bienes su representante acceda a que no se haga así, pues no contradice lo que podríamos llamar "construcción jurídica" del Notario, sino un juicio de valor que él ha emitido estimando suficiente una prueba que en última instancia corresponde al Registrador. En el primer caso hay, por así decirlo, un ataque a una conformación jurídica de un negocio hecha por el Notario interpretando la voluntad de los

particulares, mientras que en el segundo caso se parte de una petición concreta basada en un simple juicio de valor.

B) *La rogación o petición de inscripción.*—Como requisito —elevado por algunos a la categoría de principio— que el trámite de la inscripción tiene es el de la petición de inscripción, partiendo de su carácter de voluntariedad dentro de nuestro sistema. La facilitación de dicho trámite en nuestra legislación es enorme hasta tal punto que se estima que el “hecho” de la presentación supone ya la petición de inscripción. Si esta facilitación es grande, también lo es al relacionar las personas legitimadas para solicitarlo, admitiéndose una especie de representación tácita (realización de negocios ajenos sin mandato) a cargo de quien hace la representación. Todo ello viene recogido en los conocidos artículos 6.º de la Ley Hipotecaria y 39 y 40 del Reglamento Hipotecario.

Claro que no todos los autores han opinado en la forma expuesta, pues se registra la opinión un tanto discutida de CAMY SÁNCHEZ CAÑETE (B). (“Comentarios a la Legislación Hipotecaria”, 1969, volumen I, pág. 557) quien dice que “Efectivamente, lo realizado en nombre de otro por quien no tiene su representación ni voluntaria ni legal, no puede obligar en modo alguno al interesado, el que, según se deduce de la Ley y se expresa por la jurisprudencia, le bastará con que desconozca esa actuación. Y ante esa verdad jurídica, cualquier actuación registral realizada en virtud de una presentación de documentos, a cuyo presentante no se le exigió la prueba de la representación, por aplicarse sólo la presunción de ella establecida por el citado artículo 39 del Reglamento, estará amenazada del vicio de origen de que el interesado manifieste que no concedió ninguna representación al efecto, ni el presentante es representante legal suyo. Ello motivaría necesariamente en el orden registral el que se tuviera que *declarar nula* toda la actuación basada en aquella presentación, pues no debemos olvidar, que según el artículo 33 de la Ley Hipotecaria, la inscripción no convalida a los actos que sean nulos con arreglo a las leyes”.

Aceptando esa especial forma de entender los principios en que se basa la presentación de documentos no hubiera habido problema, pues demostrada la falta de representación por parte del interesado en la inscripción, toda la actuación registral —aun estando el asiento bajo la salvaguardia de los Tribunales— habría que declararla nula. Verdaderamente que aceptando esa interpretación al recurso, la legitimación para entablarlo y todas las demás cuestiones que aquí se suscitan estaban clarísimamente resueltas. ¿Pero puede aceptarse esta especial interpretación? Sólo con pensar que es rarísimo —sobre todo en ciudades en las que la gestoría administrativa está propagada y difundida— que el interesado presente el documento y que el “poder para presentar documentos registralmente hablando” no se suele otorgar, dejaría en auténtica “provisionalidad” las inscripciones que en los Registros se practicasen, son argumentos más que lógicos para rechazar tal interpretación, que de otra parte se salvaría con la teoría de la “gestión de negocios ajenos sin mandato”.

Al presentante del documento, a quien se le puede exigir el pago de honorarios (art. 614 R. H.), pero a quien se le niega la posibilidad de la interposición del recurso gubernativo (art. 112, 1.º R. H.), se le faculta, sin

embargo, para que en una “previa y rápida” consulta decida en nombre de su representado si determinada cláusula o pacto, que a juicio del Registrador no tiene transcendencia real, queda marginada de la inscripción y el documento accede al Registro en la forma en que se indica por el funcionario calificador sobre esos principios de “celeridad y economía” que invoca la Dirección General. Lo importante es saber si de verdad esta doctrina que establece el artículo 434,2 del R. H. es aplicable al caso cuestionado. En esto estoy con la Dirección General, aunque el razonamiento lo haría de otra forma.

La Dirección General dice que si la petición de un asiento concreto, y bajo determinadas circunstancias, se contiene expresamente en el propio documento presentado, y los términos de la inscripción van a ser diferentes del solicitado, deberá extremarse el cuidado tanto por parte del presentante del título, que deberá asegurarse de la aquiescencia de los interesados a la variación a introducir. Intencionadamente he reproducido la tesis de CAMY que parece ser aceptada en algo así como en su espíritu por la Dirección General, pero no creo que sea ese el camino. No creo que el artículo 434 del Reglamento Hipotecario, redactado especialmente para un caso concreto, por su carácter excepcional pueda tener una aplicación extensiva a otros supuestos y concretamente a éste en el que hay una petición de inscripción en un sentido y ante ello el Registrador puede hacer dos cosas: o inscribir en ese sentido, si estima probado el hecho que lo mediatiza o no inscribir y exigir una prueba más completa de ese hecho. Lo que yo entiendo que no puede hacer nunca es inscribir “*en forma distinta*”. Hemos apuntado antes el entramado negocial con sus cláusulas y la petición expresa basada en un juicio notarial a efectos del recurso y su justificación, pero creo que la diferencia también puede ser válida a la hora de juzgar la actuación del presentador del documento que pudiendo solicitar la inscripción del documento, con la exclusión de aquellas cláusulas que no tengan transcendencia real a juicio del Registrador, consienta en ello expresamente, no pueda extralimitarse en otros casos al estar mediatizada su intervención por una petición expresa de la persona a quien representa y a quien expresamente se le ha conferido esa representación para “*seguir las instrucciones del mandante*”. Forzar una inscripción en sentido diferente del solicitado —aun admitiendo que el presentante del documento consienta en ello— es descender a casos en los que la actuación del Abogado sabe perdidos de antemano o del Notario otorgante de un documento conscientemente no inscribible.

Hay en el tercer considerando de la Dirección algo poco claro en orden a la expresión del “consentimiento” de los interesados en el asiento correspondiente, ya que se dice que debe asegurarse el presentante del título de la aquiescencia de los interesados en la variación a introducir. Entiendo que si el presentante del título tiene que asegurarse (y, por supuesto, demostrar documentalmente al Registrador de la variación de petición) creo que sobra la analogía del artículo 434 del R. H. y si se aplica ésta, sobra también esa “aquiescencia” y ese consentimiento de los interesados, pues la doctrina que parece emanar del artículo citado es que el presentante del título debe firmar la nota marginal de inscripción en la que se deniega el pacto o cláusula establecida sin carácter real, especificándose ello en esa

nota, como en la que se extienda al pie del título, sin que sea preciso reflejarlo en el cuerpo de la inscripción. Todo ello, "negociado" o no, pues esa circunstancia no llega al Registro, con el interesado en la inscripción.

C) *Prueba del carácter con que se adquieren los bienes.*—El juego de la presunción legal de ganancialidad para los bienes adquiridos durante el matrimonio a título oneroso y que recoge el artículo 1.407 del Código civil, es difícil de destruir, y de ahí la triple posibilidad que ofrece el artículo 95 del Reglamento Hipotecario. La rigurosidad de la prueba se ha mantenido por la doctrina, por la jurisprudencia del Tribunal Supremo y por la Dirección General.

LA RICA, al filo de la reforma reglamentaria del artículo citado, (Comentarios al nuevo Reglamento Hipotecario, Madrid 1948, primera parte. Innovaciones, pág. 77) decía que ni la Ley ni el Reglamento dan norma alguna para esa prueba. Habrá, por tanto, que atenerse a las reglas generales de la legislación civil. Y, desde luego, considerar que la apreciación de la eficacia de la prueba es atribución de la "*exclusiva competencia del Registrador*" que en esta materia goza de amplio arbitrio —lo que como contrapartida, determina más directa responsabilidad— y debe atenerse a las reglas de la sana crítica al hacer aquella apreciación, sobre la base de documentación auténtica.

De modo que por muchas manifestaciones que el Notario pudiera hacer en la escritura, así como las que puedan hacer ambos esposos, si al Registrador no se le justifica la precedencia privativa del precio no hará constar nunca el carácter privativo o parafernial del bien o bienes adquiridos. Lo que ya es discutible es si puede inscribir la adquisición en otro sentido.

En el juego de medios de prueba del carácter privativo del dinero se hace difícil dar una normativa general y es preciso ir descendiendo en cada caso concreto para ver su posibilidad. VALLET DE GOYTISOLO, al filo de unos comentarios de Sentencias, trató algunos casos (Revista de Derecho Inmobiliario, septiembre-octubre, 1965, núms. 448-449, págs. 1230 y ss.) y destacando una serie de citas bibliográficas en las que, sin embargo, no encaja el presente caso. Claro que el mismo no podía ser más simple, pues el precio escriturado está justificado en su procedencia privativa por la venta de una serie de valores que pertenecían a la mujer antes del matrimonio. Lo que sucede es que esta especie de prueba de indudable eficacia tropieza en la realidad con dos obstáculos: el precio resulta que no era real y la documentación que se aporta no es auténtica. Lo que en principio parecía válido y fácil se convierte en difícil y lleno de problemas. En forma muy sucinta tocaremos ambos puntos:

a) *Caracteres del precio.*—En el viejo tema sobre compraventa todos hemos estudiado los caracteres que debe tener el precio y que se reducían a tres: real o verdadero, determinado y consistente en dinero o signo que lo represente, rechazándose el requisito del "justo precio", suprimida la teoría de la lesión. El precio real se contrapone al ficticio, al simulado, al irrisorio, que llevan a pensar en otro negocio como puede ser la donación u otro gratuito.

El que el precio "*no sea real*" no trasciende a la Resolución de la Dirección General, pues eso hubiese sido grave. Sin embargo, si se utiliza

como argumento por el Registrador en defensa de su nota. Se argumenta que al hacerse la comprobación de valores a efectos de satisfacer el correspondiente impuesto, el valor asignado al inmueble es más del doble del escriturado. No sé si este argumento habrá pesado en el ánimo de la Dirección para decidir su Resolución, pero con todos los grandes respetos que me ofrece sus magistrales decisiones, si eso fue así se derivarían de ellos serias consecuencias, admitiendo la validez de un negocio simulado en el que uno de sus requisitos provocaría la nulidad del mismo y, sin embargo, se da por válido e inscribible.

Creo que en alguna otra ocasión he deslindado el problema de la interferencia que podría existir entre la calificación fiscal y la registral y limpiamente se salva en el sentido que la fiscal nunca puede influir en la registral, ya que el juego de los artículos 254 de la Ley Hipotecaria y 414 de su Reglamento lo impiden. Una simple comprobación de valores a efectos de un impuesto no puede ser argumento para demostrar el valor real o verdaderamente entregado por vendedor y comprador. Son campos diferentes el de la tributación y el del negocio. Las dificultades de la prueba de la privatividad del dinero se harían más espinosas si admitiésemos ese argumento, pues difícilmente el precio que figura escriturado responde al "comprobado" fiscalmente. Es decir, la prueba sería no ya difícil sino imposible.

b) *Documentación auténtica.*—Entiendo que aquí es donde se basa la Dirección para resolver favorablemente el criterio del Registrador, pues como elementos de prueba se aportan fotocopias de documentos en los que consta la autenticación notarial, pero no en original, sino en fotocopia (es decir, fotocopiada la autenticación) y en otros falta la autenticación.

Nos extenderíamos excesivamente en un comentario inútil si insistiésemos en este punto, ya que es claro que una fotocopia de una fotocopia autenticada no puede ser nunca un documento auténtico. Remito al lector que quiera profundizar más sobre este punto al trabajo de RODRÍGUEZ ADRADOS ("La autenticación de fotocopias y otras cuestiones", Rv: Dr. Not., abril-junio 1974, pág. 358) donde se estudia la Circular de 28 de abril de 1972 y se hace una cita del estudio que CARRETERO GARCÍA hace en el Comentario a la Resolución de 26 de noviembre de 1971 (Rev. Cr. Dr. Inm., núm. 489, marzo-abril 1972, págs. 375 y ss.).

La Dirección General al resolver el recurso en el sentido de considerar insuficientemente acreditado el carácter parafernial de los bienes y hacer prevalecer el criterio registral de la inscripción que no prejuzga su carácter, creo que se apoya más en la "falta de autenticidad de los documentos complementarios presentados" (conforme a los considerandos cinco y séptimo) para la prueba que en la eficacia que los mismos hubieran tenido caso de ser auténticos, eludiendo esa diferencia de valor que fiscalmente resplandece con la comprobación y que es uno de los argumentos esgrimidos por el Registrador.

En lo que ya discrepo es en la argumentación de fondo que se pretende sostener para justificar la actuación del Registrador al que por muchas dificultades que tenga y esa falta de elementos que a su disposición tiene el Juez, no se le puede dispensar de atender una petición concreta que se le formula. Es decir, la triple opción que ofrece el artículo 95 del Reglamento

Hipotecario es para aquellos casos en los que se presenta el documento sin una petición expresa de que la inscripción se haga en un determinado sentido, ya que si así sucediera lo procedente es la suspensión o denegación si el Registrador no considera probado el origen del dinero. Permitir que el Registrador inscriba en otro sentido que el solicitado —aun cuando el presentador consienta en ello— es llevar muy lejos la analogía de los casos que regula el artículo 434 del Reglamento Hipotecario y, por supuesto, convertir en forzosa una inscripción que es típicamente voluntaria. Sería una *oficiosidad* registral.

Entiendo que el segundo caso que contempla el artículo 95 del Reglamento Hipotecario y que es el que encaja en el presente supuesto debe ser entendido con el doble condicionamiento de la existencia de una aseveración por parte del marido en este caso y de “no acreditar” (sin acreditar, dice el texto) la procedencia del dinero. Aquí se acredita la procedencia del dinero, lo que sucede es que la prueba que se aporta no es auténtica. Ello supone un defecto subsanable que debe provocar la suspensión de la inscripción, pero nunca la realización de la misma que cerraba inicialmente las puertas a un recurso gubernativo y que sólo podría iniciarse solicitando la práctica de una nota acreditativa del carácter parafernial de los bienes.

COMPRAVENTA.—TRANSMISIÓN DEL USUFRUCTO.—EN EL USUFRUCTO VITALICIO RESERVADO A SU FAVOR POR UN MATRIMONIO, CON PACTO DE ACRECER AL CÓNYUGE SOBREVIVIENTE, PODRÁ ÉSTE DISPONER DE SU TOTAL DERECHO SIN QUE SEA NECESARIA LA ADJUDICACIÓN DEL MENCIONADO USUFRUCTO. (Resolución de 10 de julio de 1975, “B. O. E.” de 14 de agosto de 1975.)

Hechos.—En el recurso gubernativo interpuesto por el Notario don Carlos Fraga Carreira contra la negativa del Registrador de la Propiedad de Sagunto a inscribir en una escritura de compraventa el derecho de usufructo a favor del comprador.

Resultando que por escritura otorgada en Faura ante el Notario recurrente el 23 de agosto de 1972, doña Josefina Forcadell Martínez y don José María Prado Oller vendieron la nuda propiedad y don Rafael Forcadell Faulí el usufructo de dos fincas rústicas a don Vicente Fornell Gallego, que compró el pleno dominio; que una de las fincas había sido donada a doña Josefina por sus padres, don José Forcadell y doña Josefina Martínez, reservándose éstos el usufructo vitalicio según escritura de 26 de enero de 1962 inscrita en el Registro, y la otra finca la había comprado en escritura de la misma fecha don José Prado Oller en cuanto a la nuda propiedad, reservándose los vendedores don Rafael Forcadell y esposa el usufructo vitalicio.

Resultando que presentada en el Registro primera copia de la anterior escritura fue calificada con la siguiente nota: “Inscrito el precedente documento en los tomos, libros, folios, números de fincas e inscripciones que expresan los cajetines puestos al margen de la descripción de las fincas en cuanto a la nuda propiedad, y suspendida la inscripción del usufructo que se transmite por el viudo don Rafael Forcadell Faulí por no justificarse sea

titular del mismo, ya que por ser un bien ganancial tiene que ser objeto de la correspondiente adjudicación, previa la disolución de la sociedad de gananciales.”

Resultando que el Notario autorizante del instrumento interpuso recurso gubernativo contra la anterior calificación y alegó: que las referidas fincas tenían naturaleza ganancial, por lo que el usufructo reservado era igualmente bien ganancial; que en cuanto a la finca donada a la vendedora es claro que, al donarse conjuntamente por los dos cónyuges la nuda propiedad, el usufructo reservado es un usufructo conjunto o establecido a favor de dos personas al mismo tiempo, siéndole de aplicación el artículo 521 del Código civil, que establece que no se extinguirá hasta la muerte del último usufructuario que sobreviviere, por lo que no hay duda de que don Rafael Forcadell, que es el cónyuge supérstite, es el titular del usufructo de la primera finca donada que transmite en la escritura de compraventa cuya inscripción se discute; que respecto a la segunda finca, comprada por don José María Prado Oller con reserva del usufructo vitalicio por parte de los vendedores, procede decir lo mismo, ya que se trata de un usufructo ganancial constituido en el mismo acto a favor de marido y mujer y siéndole igualmente aplicable la disposición del artículo 521 citado de que el cónyuge sobreviviente es el titular del usufructo; que salvo opiniones aisladas, hoy se puede estimar superada la atribución de personalidad jurídica a la sociedad de gananciales, no pudiendo ésta destruir la personalidad de cada uno de los cónyuges; y esto es suficiente para desechar cualquier postura que trate de excluir del juego del artículo 521 del Código civil el usufructo ganancial constituido por vía de reserva; que los problemas se plantearían en el supuesto de transmisión de finca privativa de uno de los dos cónyuges, dada la prohibición del artículo 1.334 de donaciones entre cónyuges, pero éste no es el caso del recurso; que el requisito de la adjudicación exigido por el funcionario calificador deja de tener razón al considerar que al usufructo transmitido le es aplicable plenamente el artículo 521 del Código civil; que pretender que el usufructo ganancial tiene que ser necesariamente objeto de adjudicación al disolverse la sociedad de gananciales es olvidar la naturaleza del derecho de usufructo, ya que si es vitalicio se extingue al fallecimiento del titular; que en todo caso lo que habrá que llevar a efectos de liquidación a la masa de gananciales no es el derecho de usufructo en sí mismo sino su valor, por lo que no puede haber obstáculo para la transmisión de usufructo por el cónyuge sobreviviente, reduciéndose el problema a conmutar su valor en la masa ganancial; que es muy difícilmente sostenible que el mismo usufructo pudiera ser objeto de adjudicación a favor de los herederos del cónyuge fallecido salvo que se hubiera pactado expresamente al ser constituido y se excluyese la aplicación del artículo 521 del Código civil; que la liquidación de la sociedad de gananciales, no es imperativa por el hecho de la muerte de uno de los cónyuges, y mientras no se efectúa es indudable que el cónyuge sobreviviente y los herederos del premuerto tienen facultad conjunta de disposición de cualquier bien ganancial, dándose la circunstancia de que doña Josefina Forcadell era la única hija del matrimonio de don Rafael Forcadell y doña Josefina Martínez; que aun sosteniendo que el artículo 521

del Código civil no es aplicable al presente caso, y que el usufructo se extingue por la muerte de uno de los titulares, lo que habrían transmitido doña Josefina Forcadell y don José María Prado sería el pleno dominio.

Resultando que el Registrador informó: que en el presente caso nos encontramos ante un usufructo de naturaleza ganancial reservado a favor de un matrimonio al que le son aplicables, al fallecer la esposa, las normas generales contenidas en los artículos 1.417 y siguientes del Código civil referentes a la disolución y liquidación de la sociedad de gananciales; que disuelta la sociedad conyugal se produce entre el cónyuge superviviente y los herederos del premuerto un estado de indivisión dotado de características propias, cesando como dice la Resolución de 9 de octubre de 1900 la representación legal que durante la existencia de la sociedad tiene el marido, que pierde a su vez la libre disposición de tales bienes, mientras se pacta la liquidación del caudal inventariado; que los bienes gananciales conservan su naturaleza propia mientras no se ha liquidado la sociedad conyugal sin que puedan entre tanto confundirse con los demás bienes que integran el caudal relicto; que es criterio unánime y mantenido sin alteración por la jurisprudencia y la doctrina que para que el viudo pueda disponer de un bien perteneciente a la sociedad de gananciales es imprescindible la previa liquidación de la misma, y así lo declaran las Resoluciones de la Dirección de 27 de enero de 1906, 9 de enero de 1915, 10 de julio de 1952 y las Sentencias de 29 de octubre de 1955 y 20 de mayo de 1957; que si bien esta última sentencia autoriza la venta si concurren el viudo y todos los herederos, aun sin haberse liquidado la sociedad, en la escritura calificada sólo comparece el viudo vendiendo el usufructo sin que se presente el testamento de la causante o el auto de declaración de herederos, por lo que es imposible saber el número de herederos que tiene la causante doña Josefina Martínez Sierra; que en cuanto a la remisión que hace el recurrente al artículo 521 del Código civil para fundamentar el derecho del viudo a disponer él sólo del usufructo, hay que tener en cuenta que efectivamente un usufructo puede constituirse a favor de varias personas, subsistiendo el mismo hasta que fallece la última de éstas, pero el referido artículo, al igual que el 637 del mismo Cuerpo legal, se refieren a los usufructos constituidos por vía de enajenación, donde una persona extraña al matrimonio dona a ambos cónyuges el usufructo, y precisamente es en virtud del artículo 637, más que del 521, donde tiene su fundamento esta permanencia del usufructo adquirido por donación en el cónyuge superviviente, pero si la constitución del usufructo es por título oneroso, ya no son de aplicación las normas citadas, sino que seguirá la misma suerte que los demás bienes que integran el patrimonio de la sociedad, pudiendo ser adjudicado al liquidarse ésta al cónyuge superviviente, a un heredero o a un extraño; que de admitirse el criterio del recurrente de que el derecho de usufructo del cónyuge fallecido necesariamente ha de pasar a pertenecer el cónyuge superviviente, se daría lugar al cambio de naturaleza de los bienes, convirtiendo un bien ganancial en privativo, lo que iría contra la clasificación que se hace en los artículos 1.396, 1.401 y concordantes del Código civil, con el consiguiente posible daño a los herederos legitimarios.

Resultando que el Presidente de la Audiencia confirmó la nota del Re-

gistrador por razones análogas a las expuestas por este funcionario y teniendo además en consideración que de los artículos 1.417 y siguientes del Código civil se deduce la necesidad de la previa disolución y liquidación de la sociedad de gananciales para poder disponer de los bienes que la componen, y que una vez realizadas tales operaciones la distribución del remanente líquido sólo puede llevarse a cabo entre marido y mujer o sus respectivos herederos conforme dispone el artículo 1.426 del mismo Cuerpo legal, siendo inoperante el hecho de que el mencionado señor Forcadell, en el momento de fallecer su esposa, tuviera sólo una hija, que precisamente era titular de la nuda propiedad de aquella finca sobre la que operaba el usufructo. incluso que esa hija, como titular a su vez de este derecho de nuda propiedad compareciera también en la escritura, como vendedora de tal finca, ya que de este hecho no puede deducirse que dejaran de existir otros posibles herederos que resultarían perjudicados por la disposición que había efectuado aquel señor.

Doctrina.—“Considerando que para un mejor entendimiento del presente recurso gubernativo conviene resumir los antecedentes de hecho, que son los siguientes: a) en los asientos registrales aparece la inscripción de la nuda —propiedad a favor de doña Josefina Forcadell Martínez por título de donación de sus padres, quienes se reservaron el usufructo vitalicio de la finca donada, e igualmente se encuentra inscrita la nuda— propiedad de otro inmueble a nombre de don José María Prado Oller por título de compraventa, constando por parte del vendedor la reserva del usufructo vitalicio para sí y para su esposa, con lo que se consolidaría el pleno dominio a favor del comprador solamente al fallecimiento de ambos cónyuges, asientos practicados en base a las escrituras de 26 de enero de 1962 autorizadas por el Notario de Cuartell; b) fallecida la esposa del donante y vendedor, este último, juntamente con los dos nudos —propietarios, otorgan la escritura de venta de sus respectivos derechos en las dos fincas a don Vicente Forner Gallego, y es en este acto transmisivo sobre el que la nota de calificación que suspende la inscripción de la enajenación del usufructo por el viudo, “por no haber sido objeto de la correspondiente adjudicación, previa la disolución de la sociedad de gananciales”.

“Considerando que al estar los asientos del Registro bajo la salvaguardia de los Tribunales y producir de acuerdo con el artículo 1.º de la Ley Hipotecaria todos sus efectos, mientras no se declare su inexactitud, hay que partir de la base —sin entrar a examinar las cuestiones que hubiere podido plantear la escritura de 26 de enero de 1962, ya calificada por el Registrador e inscrita— de la constancia en los libros registrales de un usufructo vitalicio a favor de ambos cónyuges con derecho de acrecer al sobreviviente, por lo que, fallecido uno de ellos, se cumple la previsión pactada que da lugar al acrecimiento; y de ahí que la venta realizada por el supérstite de su total derecho será inscribible de no surgir algún otro obstáculo que pueda impedirlo.”

“Considerando que no es necesaria la adjudicación del mencionado usufructo, previa la disolución de la sociedad de gananciales como indica la nota de calificación, dado que al ser el usufructo un derecho temporal y generalmente vitalicio, queda necesariamente extinguido a la muerte del usu-

fructuario, y o se produce la consolidación en la persona del nudo-propietario, o bien, tal como ocurre aquí, según se deduce del título constitutivo reflejado en los asientos registrales y de acuerdo, además con los artículos 521 y 987 del Código civil, acrecerá al otro usufructuario, que podrá válidamente disponer de su derecho.”

“Considerando a mayor abundamiento, y aun cuando ya no sería necesario dado lo indicado anteriormente, no hay que olvidar que es reiterada doctrina de este Centro Directivo, desde las ya lejanas Resoluciones de 30 de abril de 1908 y 9 de enero de 1915, afirmada igualmente por el Tribunal Supremo en Sentencia de 15 de marzo de 1945, la de que se puede disponer de bienes singulares y concretos pertenecientes a una sociedad de gananciales en liquidación, siempre que el acto dispositivo sea otorgado conjuntamente por todos los interesados que agotan la plena titularidad del bien, como parece sucede en este caso, aunque, al no haberse presentado en tiempo y forma los documentos que justifican esa situación, no pudieron ser tenidos en cuenta al calificar por el Registrador.”

“Esta Dirección General ha acordado revocar el Auto apelado y la nota del Registrador.”

Consideraciones críticas.—El problema que plantea la presente Resolución contempla únicamente la posible validez de un acto de disposición de un usufructo entre uno de sus titulares y el heredero del otro, partiendo del hecho indiscutido de que el negocio que da lugar a esa situación es plenamente válido e inscribible. Esto es, la venta de una nuda propiedad realizada por los cónyuges reservándose el usufructo conjunto y vitalicio hasta el fallecimiento del último de ellos, se estima negocio perfecto y válido.

Hace tiempo ESCRIVÁ DE ROMANI (“Impugnación de actos realizados por el marido sobre bienes gananciales, en fraude de la mujer”, A. D. C. 1956, página 918) planteaba una serie de supuestos en los que el juego del usufructo con su carácter vitalicio podía perfectamente suponer un auténtico fraude del marido hacia la mujer. Si hago esta cita es para destacar el “*carácter vitalicio*” de este derecho y que es el que puede provocar el posible fraude. El caso contemplado, por supuesto, no es que suponga fraude, sino que puede rozar preceptos prohibitivos del Código civil. Tal puede ser la prohibición de donaciones entre cónyuges del artículo 1.334. Todo ello, salvo que aceptásemos la conocida tesis de VALLET DE GOYTISOLO (“Donaciones mortis-causa”, Anales de la Academia Matritense del Notariado) de la conversión de las donaciones inter-vivos en mortis-causa.

Como decimos ese problema de su validez, sin embargo, no se plantea, aunque parece aludirse en uno de los considerandos de la resolución (el segundo), en el que se habla de las posibles cuestiones que pudiera plantear la escritura inscrita que dio origen a ese negocio que ahora desemboca en la problemática que se discute. No sé si merecía la pena o no plantear el problema, pues ya en los vistos se hace alusión a otra Resolución de la Dirección General de 9 de febrero de 1917 en la que se da por válido dicho pacto, sentándose como doctrina que el usufructo que por vía de modificación se constituye sobre varias fincas para ser disfrutado por los cónyuges “conjuntamente y después íntegramente por aquél que de ellos sobreviva”, ha de ser incluido entre los bienes gananciales y tanto importa que

su duración se limite a la del matrimonio como que se extienda hasta la muerte de último de los cónyuges.

Cerrado este capítulo de su posibilidad y validez queda únicamente el problema discutido: si fallecido uno de los cónyuges usufructuarios puede el otro —sobre la base de un derecho de acrecer— disponer juntamente con el nudo propietario de la totalidad del dominio en favor de un tercero o se hace preciso previamente la liquidación de la sociedad de gananciales y la adjudicación correspondiente al heredero.

Inevitablemente en el problema entran en juego una serie de artículos del Código civil que parecen no tener una plena coordinación: así mientras el artículo 521 determina la vigencia del usufructo constituido a favor de varias personas, el 513 determina el carácter vitalicio del mismo; el 987 establece el derecho de acrecer entre usufructuarios, mientras que el 637 parece negar este derecho en las donaciones salvo que sean a favor de cónyuges; el 1.403 entiende que sólo los frutos del derecho de usufructo son gananciales y, por último, el 1.417 establece la conclusión de la sociedad de gananciales al disolverse el matrimonio.

Ante este cuadro de disposiciones que, por supuesto, no comprende el caso planteado sólo cabe al intérprete tratar de deducir de las tres opiniones registradas, la que debe acomodarse a su juicio a la realidad. Para ello vamos a resumir las defendidas por Registrador y Notario y concluir con la de la Dirección.

a) *Postura registral.*—A mi entender donde falla la argumentación del Registrador es en el punto en que trata de eludir la aplicación del artículo 521 del Código civil para defender a ultranza la aplicación del artículo 1.417 del mismo. La distinción que hace entre actos gratuitos y onerosos es inaceptable. El derecho de acrecer no puede depender nunca del carácter oneroso o gratuito de su constitución, sino de las bases o requisitos que la ley establece para que el mismo opere y el que el mismo se regule expreamente en materia de donaciones y sucesiones (arts. 637 y 987 del C. c.) no quiere decir que no pueda darse en los otros casos, como lo demuestra el artículo 521 del mismo cuerpo legal que para nada distingue si usufructo se constituye por vía de enajenación, por vía de retención o por vía de donación. Es precepto genérico que sigue la idea matriz del artículo 513 al atribuir carácter vitalicio al usufructo y entender que precisamente por ello, sólo a la muerte del último usufructuario deberá entenderse extinguido.

b) *Postura notarial.*—Donde creo que acierta el informe del Notario es el plantearse el problema de que si no se aplica ese derecho de acrecer a favor del otro cónyuge esa parte de usufructo tendría que ir a parar a los herederos del premuerto, lo cual implicaría una especie de usufructo “sucesivo” no querido en el momento de su constitución. Lo que habrá que llevar —dice el Notario— a efectos de liquidación, a la masa de gananciales no es el derecho de usufructo en sí mismo, sino su valor.

Algo parecido, sólo que a la inversa, ocurre con el supuesto de la acesión invertida del artículo 1.404 del Código civil en la que la conversión de un bien privativo en ganancial hace operar con valores y créditos contra la sociedad de gananciales.

Ello le obliga, por último, a concluir sobre la posibilidad de admitir la

transmisión del usufructo por parte del marido, juntamente con el nudo propietario, reduciendo el problema a un cómputo del valor del usufructo en la masa hereditaria.

c) *Postura de la Dirección General.*—Las razones de la Dirección General son de una parte el carácter temporal y vitalicio del usufructo que se extingue con la muerte del usufructuario y que provoca o la consolidación con el nudo propietario o se produce el acrecimiento a favor de usufructuario simultáneo conforme dispone el artículo 521 del Código civil. Estando en el segundo caso la disposición del usufructo es plenamente válida si en ella intervienen todos los interesados, esto es el titular de dicho usufructo y los posibles herederos y nudo —propietarios. Al agotarse la plena titularidad por parte de todos los interesados es válida la posible enajenación de bienes singulares y concretos pertenecientes a una sociedad de gananciales en liquidación, como bien disponen las Resoluciones de 30 de abril de 1908 y 9 de enero de 1916, así como la Sentencia de 15 de marzo de 1945.

CARRETERO GARCÍA ("Comentario a la Resolución de 16 de julio de 1975" en Rev. Cr. Dr. Inm. noviembre-diciembre 1975, págs. 1449 y ss.) precisa enormemente el supuesto contemplado y de la serie de cinco figuras de usufructo a favor de cónyuges que ofrece (usufructo conjunto puro, por mitades indivisas, conjunto y sucesivo, puro y ganancial) entiende que no puede admitirse un usufructo ganancial desde el momento en que la finca ha salido de la masa ganancial por haberse vendido o donado la nuda propiedad. Por ello, y en eso estoy de acuerdo con su tesis, se hace necesario perfilar en la constitución la clase de usufructo que se trata de crear, pues mientras no se perfila con las características de ganancial habrá que estar necesariamente a las reglas de los artículos 521 y 1.403 del Código civil, antes expuestas.

También dicho autor —con mucha razón— plantea el problema del reflejo registral de lo acaecido por el fallecimiento de uno de los usufructuarios. Puede ser correcto que se le dispense de la liquidación y que se le conceda al otro cónyuge y al nudo propietario la facultad de disposición, pero siempre que se respete el tracto sucesivo y que todo ello tenga su reflejo en el Registro. Es bien cierto que ello no parece aflorar al recurso, aunque también es cierto que en esa especie de obsesión registral de la necesidad de la liquidación de la sociedad conyugal se estaba apuntando ese problema del tracto sucesivo sin cuya solución parece quedar un tanto desangelada la titularidad del usufructuario superviviente.

De lo dicho se desprende que si bien me inclino más por la solución que la Dirección ofrece, no dejo de reconocer que es una solución de emergencia sin que en la misma se aborden los auténticos problemas que encierra la posibilidad o validez de la figura, la construcción del usufructo ganancial y esa trayectoria de bienes que exige el principio de tracto sucesivo. Hubiera merecido la pena de un esfuerzo mayor, aunque en última instancia la solución hubiese desembocado en una parecida a la que se ofrece: estando presentes todas las titularidades basta con su consentimiento.

RECURSO GUBERNATIVO.—REITERA LA DOCTRINA MANTENIDA EN RESOLUCIONES ANTERIORES DE QUE SOLAMENTE PUEDEN SER OBJETO DE DEBATE LOS EXTREMOS CONTENIDOS EN LA NOTA DEL REGISTRADOR. (Resolución de 14 de octubre de 1975, "B. O. E.", 14 de noviembre de 1975.)

Hechos.—En el recurso gubernativo interpuesto por el Abogado del Estado-Jefe de la Delegación de Hacienda de Santander contra la negativa del Registrador de la Propiedad de dicha ciudad a extender una nota de afección de bienes al pago del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales, pendiente en este Centro en virtud de apelación del recurrente.

Resultando que la Sociedad Anónima Fayconsa compró a doña María del Rosario y doña María del Carmen Boxanilla Oria dos parcelas de terreno mediante escritura otorgada ante el Notario de Santander don Mariano Lozano Díaz, el 16 de octubre de 1969, que fue declarada exenta del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales por la Abogacía del Estado e inscrita en el Registro de la Propiedad número 1 de Santander, el 3 de octubre siguiente; que con fecha de 30 de marzo de 1974 el señor Delegado de Hacienda remitió al Registro una comunicación exponiendo que si bien la referida escritura había sido declarada exenta provisionalmente, sin hacerse constar la liquidación que correspondería de no mediar la exención, habiéndose ahora practicado dicha liquidación por un importe de 2.061.406, se solicitaba se extendiera la nota de afección a que se refiere el artículo 15-2.º de la Ley y Tarifas de los Impuestos sobre Sucesiones, Transmisiones y Actos Jurídicos Documentados, y el artículo 45-3.º del Reglamento General de Recaudación, para garantizar el pago de la referida liquidación y en su caso, del recargo del apremio del 20 por 100 sobre la misma; que complementando la anterior comunicación fue presentada certificación del señor Abogado del Estado, según la cual, por nueva presentación de la copia de la escritura, con fecha 15 de marzo de 1974, se había girado liquidación que sustituía a otra anteriormente anulada y cuyo importe ascendía a 2.614.406 pesetas.

Resultando que presentada en el Registro la petición expresa formulada por el señor Delegado de Hacienda en su comunicación fue calificada con nota del tenor literal siguiente: "Denegada la nota marginal que se solicita en el precedente oficio al que se acompañan nota descriptiva de los bienes y certificación expedida el día 1 de los corrientes por el señor Abogado del Estado, porque a juicio de este Registrador, no son de aplicación, en el momento de solicitarse la afección, los preceptos invocados, artículo 15-2.º del Texto Refundido de la Ley y Tarifas de los Impuestos sobre Sucesiones, Transmisiones y Actos Jurídicos documentados, todo ello, según razonadamente se expone a continuación:

Primero.—Para practicar la nota de afección son requisitos, según el precepto invocado:

- A) Que se declare una exención provisional.
- B) Que se gire una liquidación caucional por la cantidad que procediera ingresar en tal momento de no mediar la exención provisional.
- C) Que se haga constar tal liquidación al pie del documento, o en su caso se solicite por el Delegado de Hacienda.

- D) Por su propia naturaleza de deuda tributaria sujeta a condición, que se solicite, en tanto la deuda tiene tal carácter, no cuando incumplida aquélla la deuda se convierte en pura y simple, y puede hacerse efectiva mediante el apremio y con la garantía de la anotación de embargo.

Segundo.—De los documentos presentados resulta:

- A) Que la exención provisional girada y a la que sirve de garantía la nota de afección, ha quedado sin efecto.
- B) Que la liquidación caucional girada en el momento de causarse la exención, u otras, pero desde luego aquélla, ha sido anulada por acuerdo de la Abogacía del Estado, fecha 19 de enero del corriente año.
- C) Que en sustitución de la misma, con fecha de 15 de marzo, por nueva presentación del documento, no sujeto en este momento a exención alguna, se han girado nuevas liquidaciones cuyo ingreso o apremio está pendiente.

Tercero.—Con independencia de ello, se observan los siguientes defectos:

- A) Derivados del Registro en relación con los documentos presentados:
1. Están presentadas con anterioridad a 30 de marzo, y pendientes de despacho, 25 escrituras de compraventa de visos del edificio construido sobre los solares en que solicita la nota, así como un mandamiento de embargo.
 2. La inscripción previa de tales títulos, al alterar físicamente las fincas, produce una discordancia entre el documento por el que se pretende la nota y el propio Registro.
 3. Sin perjuicio de la condición de terceros de tales titulares, el régimen especial de propiedad horizontal en que quedan constituidas las fincas sobre las que se pretende la nota, hace inseparable, en orden a la disposición, los elementos comunes de un edificio, de las partes privativas conforme al artículo 3.º de la Ley de Propiedad Horizontal.
- B) Derivados de los documentos presentados.
1. Discordancia entre lo ordenado en el artículo 15 del Texto Refundido y lo requerido en el Oficio. —El precepto señala que se haga constar la liquidación que hubiese debido girarse de no mediar la exención, por cuya cantidad se afecta la finca—. En el oficio, a tal cantidad, se añade el importe de un eventual recargo de un 20 por 100 por apremio.
 2. Discordancia entre lo que se señala como deuda tributaria en el oficio y la que consta en la certificación expedida por el señor Abogado del Estado. En el primero se fija como deuda la cantidad de 2.061.406 pesetas. En la segunda se fija la de 2.614.406 pesetas.

Como resumen de la calificación, este Registrador estima que la nota de afección que contempla el artículo 15-2.º del Texto Refundido, es consecuencia de la exención provisional y sirve de garantía a la liquidación caucional girada en tal momento, en el cual, o mientras pende la condición de su posible efectividad, es cuando puede solicitarse. Incumplida la condición

y sustituida la liquidación caucional por nuevas liquidaciones, deja de tener aplicación el precepto indicado. El apremio y la anotación de embargo constituyen la garantía de su inmediata efectividad.

Los defectos señalados bajo los números primero, segundo y tercero A, número 3, se consideran insubsanables, por lo que no procede anotación preventiva.

Contra esta calificación cabe recurso gubernativo ante el Presidente de la Audiencia Territorial que deberá interponerse en el plazo de cuatro meses a contar desde la fecha de esta nota”.

Resultando que logrando el aseguramiento de los intereses del Tesoro, el Abogado del Estado-Jefe de la Delegación de Hacienda de Santander interpuso a efectos exclusivamente doctrinales recurso gubernativo contra la anterior calificación y alegó: que se recurría sólo contra los apartados primero y segundo de la nota calificados de insubsanables; que si bien por la Delegación de Hacienda se solicitó del Registrador que practicara la nota de afección de los bienes en garantía de la liquidación practicada al amparo del párrafo segundo del artículo 15 del Texto Refundido que regula el Impuesto de Transmisiones Patrimoniales, no es propiamente este párrafo el que era aplicable, sino el primero del mismo artículo, ya que aquél prevé la hipótesis de liquidaciones caucionales, no exigibles de momento, y en el caso que se contempla, la liquidación respecto de la que se pretende la nota de afección tiene ya en este momento el carácter de liquidación plenamente exigible, siéndole de aplicación, por tanto, el párrafo primero que establece que los bienes y derechos transmitidos quedarán afectos a la responsabilidad del pago del impuesto salvo que el poseedor resulte ser un tercero protegido por la fe pública registral, no existiendo esta protección cuando en el Registro conste expresamente la afección; que este precepto coincide con el del artículo 74 de la Ley General Tributaria y con el 45-1 en relación con el 12-2 del Reglamento General de Recaudación; que las normas anteriores nos llevan a la siguiente interpretación: 1) el párrafo 1.º del artículo 15 del Texto Refundido se refiere a las liquidaciones ordinarias, mientras que el párrafo 2.º lo es para las liquidaciones de tipo caucional; 2) dentro del supuesto de dicho apartado 1.º quedan excluidos los casos en que la deuda tributaria se encuentra en situación de apremio, para los que existe un procedimiento especial dirigido a lograr la afección; 3) pero hay otros supuestos en los que la liquidación ha sido girada, pero todavía está pendiente de notificación al contribuyente, o está en período voluntario de pago, por haber sido ya notificada y no haber transcurrido el plazo para su ingreso o finalmente está apremiada sin haberse presentado todavía el mandamiento de embargo en el Registro, casos todos éstos en que debe tener aplicación el párrafo 1.º; que si bien lo normal es que ni el adquirente ni los que traigan causa del mismo puedan inscribir sin pagar el Impuesto, puede a veces darse situaciones que interese fiscalmente proteger con la afección de este apartado 1.º del artículo 15, como es en el caso de doble venta, previsto en el artículo 1.473 del Código civil cuando no haya pagado el Impuesto el primer comprador que no ha inscrito, y pueda hacerlo el segundo que cumplió esta obligación y que al registrar su título se encontraría en la situación de tercero protegido, con perjuicio para el crédito de la Hacia-

da Pública por la primera transmisión; que otro supuesto similar es el caso del recurso, en donde por error y omisión de la Oficina Liquidadora no se ordenó se practicara la nota marginal de afección prevista en el 2.º apartado de ese artículo 15 para caso de revocación de la exención provisional, y revocada ahora esa exención debe obtenerse esa nota de afección, no por el apartado 2.º, sino el 1.º; que el hecho de que se solicitase esta nota por la Delegación de Hacienda en base al apartado 2.º del artículo 15 que no era el correcto, no es motivo para no practicarla, ya que el Registrador, como el Juez, debe aplicar las normas legales adecuadas, aunque no se invoquen en su integridad por los interesados o aunque se hayan citado erróneamente; que se insiste en el hecho de que por haber incurrido la Oficina Liquidadora en la omisión consistente en no girar la liquidación caucional inherente a las exenciones provisionales, no priva a la Hacienda Pública del derecho a conseguir con posterioridad la afección registral de los bienes transmitidos, una vez girada la liquidación que procedía, si bien no fundada en el apartado 2.º, sino en el apartado 1.º del artículo 15 del Texto Refundido ya citado y que el funcionario calificador por los documentos presentados podía conocer perfectamente que se encontraba ante la situación del caso 3.º antes indicado y debió practicar el asiento; que esperar a que termine el período voluntario de pago, y cumplir con todos los trámites del procedimiento de apremio exige mucho tiempo, y si no se practica la nota, puede el titular registral enajenar la finca, y perjudicar el derecho de la Hacienda; que por eso es inaceptable el criterio mantenido por el Registrador en el punto D) del apartado 1.º de la nota de calificación, cuando indica que la garantía adecuada es la anotación administrativa de apremio; que por el contrario la nota de afección no está sujeta a tantas formalidades, y ha de considerarse como el mecanismo registral idóneo para obtener la garantía que se pretende.

Resultando que el Registrador informó: que no procede admitir el recurso a efectos doctrinales establecido por el artículo 112 del Reglamento Hipotecario cuando los defectos —como en el presente caso— han sido calificados de insubsanables, ya que conforme a tal precepto para esta forma excepcional de recurso se requiere que los defectos señalados al documento tengan el carácter de subsanables; que la razón de ello es sencilla, ya que el interesado acude al Registro para obtener un asiento, bien directamente, bien a través de recurso, pero no, como sucede aquí, en que se pretende obtener una declaración e interpretación de un precepto legal, abandonando o renunciando a obtener el asiento que se pretendía, dado que al aceptar y no recurrir del defecto 3.º calificado de insubsanable, admite que ni el asiento que se solicitaba y fue objeto de calificación, ni el que pretende ahora deducir al amparo del párrafo 1.º del artículo 15 del Texto Refundido pueden practicarse; que la nota recurrida se limita a calificar la petición que de forma expresa hizo el Delegado de Hacienda, es decir, “practicar la nota de afección que previene el párrafo 2.º del artículo 15 de la Ley”, no pudiendo entrar a calificar la que hace derivar el recurrente del párrafo 1.º del mismo artículo, porque no se había solicitado y lo impediría el principio de rogación; que el recurrente manifiesta que la nota de afección solicitada y por la que se recurre, deriva de norma diferente y para distintos

supuestos del que fue objeto de calificación, lo cual supone también vulneración del referido principio de rogación; que carece del fundamento la interpretación que hace el señor Abogado del Estado del párrafo 1.º del artículo 15 de la citada Ley, deduciendo del mismo la existencia de una nota de afección en el Registro, ya que dicho párrafo contempla el supuesto normal de una liquidación no sujeta a exención provisional, en cuyo caso el Estado no necesita nota alguna que asegure sus intereses fiscales frente a un tercero, puesto que éste para poder inscribir su título habría de acreditar previamente el pago del Impuesto; que el caso de doble venta citado por el recurrente lejos de demostrar la existencia de un tercero, lo que hace es confirmar nuestra afirmación; que así como en una liquidación ordinaria no puede surgir un tercero hipotecario, cabe que esto ocurra cuando provisionalmente se ha declarado una exención, y de ahí la norma del apartado 2.º del artículo 15; que en realidad la pretensión del recurrente tiene la naturaleza de una consulta, como el propio recurrente lo pone de manifiesto en el penúltimo párrafo de su escrito; que el recurso gubernativo no es el procedimiento adecuado para obtener declaraciones de derechos que no consiga expresamente la Ley; y que como resumen de su informe, manifiesta: Primero.—Que por su propia naturaleza, considera improcedente el recurso a efectos doctrinales, cuando los defectos del documento calificado han sido declarados insubsanables. Segundo.—Que a cualquier efecto es improcedente el recurso, al no recurrirse lo que fue objeto de calificación, es decir, la petición expresa formulada por el Delegado de Hacienda. Tercero. Que en el recurso gubernativo no pueden debatirse cuestiones que no han sido objeto de calificación.

Resultando que en virtud de providencia del Juzgado de Santander el Abogado del Estado en el preceptivo informe exigido por el artículo 115 del Reglamento Hipotecario alegó: que entendía que en los documentos administrativos debía emitir el informe del funcionario o Autoridad que conoció del expediente, o sea, en este caso, el Delegado de Hacienda, pero que para dar cumplimiento a la providencia judicial lo formulaba ratificándose en su escrito y agregando: que es equivocada la interpretación que el funcionario calificador hace del párrafo 2.º del artículo 112 del Reglamento Hipotecario para fundamentar la improcedencia del recurso a efectos doctrinales en el supuesto debatido, ya que lo que esta disposición establece es que se puede recurrir siempre a efectos doctrinales, incluso cuando, habiéndose señalado en la nota defectos subsanables, se ha procedido posteriormente a su subsanación, pudiendo interponer el recurso no sólo el Notario en defensa de su prestigio profesional, sino también los particulares interesados en provocar una doctrina jurisprudencial sobre el tema planteado, con vistas a casos análogos futuros; que si bien el principio de rogación impide al Registrador practicar asientos distintos de los solicitados, al interesado le basta citar, al hacer su petición registral, la clase de asiento que solicita acompañando la documentación que le sirve de base, sin estar obligado a fundamentar su petición, citando los preceptos legales aplicables y si lo hiciera sería intrascendente el error en que pudiera incurrir; que en el presente caso se ha solicitado una nota marginal de afección a favor del Estado y el error cometido al citar el precepto legal aplicable no afecta a la

clase de asiento pretendido; que aun cuando no es corriente la necesidad o conveniencia de que la afección regulada en el apartado 1.º del artículo 15 sea reflejada en un asiento registral para proteger los intereses del Tesoro Público pueden existir situaciones especiales o extraordinarias en que interese consignar en el Registro dicha afección a favor del Tesoro, como es el supuesto de la doble venta (previsto por el artículo 1.473 del Código civil) en que el titular inscrito, luego de vender a una persona que no pagó el Impuesto otorgue una nueva transmisión, y de forma análoga la hipótesis de que el vendedor presente en la Oficina Liquidadora el documento comprensivo de la venta, solicitando de conformidad con el artículo 125 del Reglamento del Impuesto de Derechos Reales, de vigencia supletoria, que sólo se rigen las liquidaciones que puedan ser a su cargo adjuntando una copia más del documento con la cual actuará la Oficina Liquidadora para exigir el Impuesto a cargo del comprador; y que otro supuesto similar demostrativo de la necesidad o conveniencia de proteger los intereses del Tesoro con la nota de afección objeto de debate es el propio de la hipótesis a que se refiere el recurso.

Resultando que el Presidente de la Audiencia confirmó la nota del Registrador por razones análogas a las expuestas por este funcionario, pero declarando la personalidad del recurrente para interponer el recurso y que la improcedencia del recurso a efectos doctrinales en el supuesto que nos ocupa, no puede deducirse como pretende el funcionario calificador del contenido del artículo 112 del Reglamento Hipotecario, si bien el reconocimiento explícito por el recurrente de la existencia de un defecto insubsanable que no impugna, contradice la pretensión que es objeto del recurso y es razón suficiente para rechazarlo.

Resultando que sólo el Abogado-Jefe de la Delegación de Hacienda de Santander, en representación de la Administración del Estado se alzó de la decisión presidencial e impugnó los extremos del Auto excepto en lo relativo a la inadmisibilidad o no del recurso a efectos doctrinales, planteado como cuestión previa por el Registrador.

Doctrina.—“Considerando que al no haber apelado el Registrador de la decisión presidencial, no procede entrar en el examen de la falta de personalidad del recurrente basada en que no cabe un recurso a efectos doctrinales cuando el defecto señalado en la nota tiene el carácter de insubsanable.”

«Considerando que pedida por el Delegado de Hacienda la extensión en los libros registrales de la nota de afección establecida en el artículo 15-2.º de la Ley de 6 de abril de 1967 por la liquidación girada a una escritura que se declaró con anterioridad provisionalmente exenta, petición que ha motivado la nota denegatoria del Registrador, y reconocido a su vez por el recurrente en su informe que en la forma solicitada era correcta la postura del funcionario calificador, se interpone ahora este recurso a efectos doctrinales —y una vez logrado por el Estado a través de otros medios el aseguramiento de su derecho— al sólo objeto de obtener la declaración de que en todo caso de liquidación no caucional de un acto sujeto al Impuesto de Transmisiones, y que sea ya plenamente exigible, pueda ordenarse

en todo momento por el Estado la práctica de una nota general de afección al amparo del artículo 15-1.º de la misma Ley.”

“Considerando que a la vista de lo expuesto se observa que la cuestión a debatir no es la primitivamente solicitada y, como ya tiene declarado reiteradamente este Centro Directivo, solamente las cuestiones a que se refiere la nota de calificación pueden ser discutidas en el recurso gubernativo, sin que hayan de ser examinadas aquellas otras planteadas con posterioridad a su extensión y que estuviesen basadas, tal como indica el artículo 117 del Reglamento Hipotecario, en otros motivos o documentos no presentados en tiempo y forma.”

“Esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso planteado.”

Consideraciones críticas.—Había en el recurso planteado un cúmulo de cuestiones con el suficiente atractivo para haber entrado a fondo con ellas, pero la Dirección General, dando muestras de un criterio ajustado al espíritu de la Ley las elude limpiamente dejando a las partes, sobre todo a la recurrente, con el interrogante de saber si en el fondo tenía o no razón.

Creo que de todas formas al intérprete no se le debe dispensar de intentar abordar algunas de ellas, sobre todo aquellas que ofrecen en los escritos de interposición y defensa el suficiente margen para un comentario. Y así, podríamos destacar la primera cuestión en la que el Abogado del Estado parece dogmatizar frente al criterio del calificador: procede el recurso gubernativo a efectos puramente doctrinales, aun cuando la falta se haya calificado de insubsanable. La segunda cuestión es la solución que el alto organismo da al problema y que es vieja doctrina repetida reiterativamente: en el recurso gubernativo no puede discutirse más cosas de las que inicialmente se han planteado. Algo así, como la no aceptación de la práctica de los incidentes o la negación al derecho del arrepentimiento. La tercera, por último, tiene más importancia de lo que parece, pues de aceptar la tesis de una posible nota marginal de afección al amparo del artículo 15-1.º del Texto Refundido del Impuesto de Transmisiones Patrimoniales el Registro puede convertirse en lo que los administrativistas no quieren: en el único medio de publicidad que asegura el cumplimiento de las leyes. Expuestas en esta forma esquemática las tres principales cuestiones, vayamos por partes:

A) *Recurso gubernativo a efectos puramente doctrinales.*—Conviene tener muy a la vista la normativa reglamentaria que autoriza el recurso gubernativo a estos efectos: “Podrá recurrirse contra la calificación del Registrador a efectos exclusivamente doctrinales, aun cuando se hubieran inscrito los documentos calificados en virtud de subsanación de los defectos alegados en la nota por el Registrador» (art. 112, último párrafo R. H.). No hace mucho en el comentario que hacía a la Resolución de 11 de diciembre de 1974 me permitía decir la siguiente frase: “solamente cuando el Registrador se oponga a las pretensiones de inscripción —suspendiendo o denegando la inscripción u operación registral solicitada— cabe la interposición del recurso. Para aquellos casos en los que se haya practicado la inscripción sólo cabe el recurso gubernativo a “efectos puramente doctrinales”.

Las razones más o menos correctas que se pueden esgrimir para defender esta postura están basadas en el texto de la Ley y en un razonar lógico:

el artículo 66 de la Ley Hipotecaria ante la posible disyuntiva de la falta subsanable o insubsanable arbitra un recurso gubernativo y la discusión judicial ante los Tribunales ordinarios. Ahí se cierran las puertas de la reclamación. Pero en previsión de que el funcionario que autorice el acto, que dicte una resolución o que intervenga en un acto administrativo acceda a subsanar la falta subsanable y el documento de insciba, el Reglamento Hipotecario aún le concede la posibilidad de discutir doctrinalmente si el criterio registral estaba o no acertado. Sería ilógico pensar que ante una falta insubsanable pudiera admitirse un recurso a efectos puramente doctrinales para que al solucionarse el mismo se llegara a decir por la Dirección que el criterio del Registrador era erróneo y que la falta debería ser subsanada... Para eso está el recurso gubernativo "puro".

Como esta modalidad del recurso gubernativo es producto de la reforma reglamentaria de 1947 creo que resulta importante traer a colación aquellas palabras de un hipotecarista que intervino precisamente en la redacción de los artículos reglamentarios. Me estoy refiriendo a LA RICA ("Comentarios al nuevo Reglamento Hipotecario", Parte segunda, Modificaciones, pág. 177) el cual decía: "Constituye también novedad importante la admisión de recursos a efectos exclusivamente doctrinales. Alude el caso a los supuestos en que, aun inscrito el documento rechazado por el Registrador, en virtud a la subsanación de los defectos señalados por éste, interese a las partes o al Notario, más bien a éste último, obtener una declaración jurisprudencial que resuelva el caso controvertido. No era desconocido en nuestra práctica el supuesto en que, puestos de acuerdo Notarios y Registradores, se plantease algún recurso sin más finalidad que provocar una resolución de la Dirección que señalase un criterio seguro sobre algún punto dudoso. Halla esta disposición un precedente de analogía en lo que dispone el artículo 1.782 de la Ley de Enjuiciamiento Civil que autoriza al Ministerio Fiscal a interponer recurso de casación por infracción de ley o de doctrina legal en los pleitos en que haya sido parte, en el sólo interés de la ley, sirviendo las sentencias que se dicten en estos recursos únicamente para formar jurisprudencia sobre las cuestiones legales discutida y resuelta en el pleito, pero sin que por ellas pueda alterarse la ejecutoria ni afectar al derecho de las partes. La analogía es evidente; y las Resoluciones que dicte la Dirección General o los Presidentes de las Audiencias en estos recursos a efectos doctrinales, no modificarán tampoco la posición de los interesados *ni tendrán repercusión* en las operaciones del Registro". Añade a estas magistrales palabras las Resoluciones de 12 de diciembre de 1923, 15 de diciembre de 1927 y 15 de enero de 1944.

Haríamos interminable la lista de citas bibliográficas coincidentes en este punto y, por ello, omitimos lo que podríamos calificar como "alarde" de coincidencia doctrinal. De ahí que me hayan extrañado de una parte el tono dogmático del Abogado del Estado al estimar "equivocada la interpretación que el funcionario calificador hace del párrafo 2.º del artículo 112 del R. H. para fundamentar la improcedencia del recurso a efectos doctrinales en el supuesto debatido, ya que lo que esta disposición establece es que *se puede recurrir siempre* a efectos doctrinales...". La extrañeza que esta frase me produce no es tanta —por la razón obvia de no ser el

recurso gubernativo el normal ámbito en que se mueven estos funcionarios— como la que me produce la opinión sustentada por CARRETERO GARCÍA (Comentario a esta misma Resolución en Rv. Cr. Dr. Inm. enero-febrero 1976, página 143) que viene a decirnos que la solución es dudosa por esas dos palabras que el artículo emplea (aun cuando...) y que a la hora de decidirse él está con el Presidente de la Audiencia que admite el recurso aun a efectos doctrinales. La inscripción no puede ser requisito del recurso y la imprecisión de las faltas como subsanables o insubsanables, son también sus argumentos. Supongo que la frase está escrita en un mal momento.

B) *Principio de congruencia.*—Procesalmente hablando la “congruencia” no pasa de ser un “requisito” que ha de observar el juzgador al dictar la sentencia. Dentro del recurso gubernativo yo casi me atrevería a elevarlo a la categoría de “principio” ya institucionalizado al ser explicado con toda precisión en el artículo 117 del Reglamento Hipotecario: sólo podrán ser discutidas en el recurso gubernativo las cuestiones que se relacionen directa o indirectamente con la calificación del Registrador, rechazándose de plano las peticiones basadas en otros motivos o en documentos no presentados en tiempo y forma.

Esto es lo que ha pasado en el presente caso y que resume magistralmente el segundo considerando de la Resolución. El Delegado de Hacienda solicita la extensión de la nota de afección basada en el artículo 15-2.º de la Ley de 6 de abril de 1967 (Texto Refundido del Impuesto de Transmisiones) y el Registrador se la deniega. El Delegado de Hacienda reconoce que el funcionario calificador tiene razón y lo que hace es plantear un recurso a efectos puramente doctrinales, para que se declare que lo que procede es la nota de afección del número 1.º del artículo 15 citado.

Es muy frecuente que entre la devolución del documento calificado en el que consta la nota y la interposición del recurso, pase algún tiempo en el que la meditación del afectado le permite arrepentirse de lo solicitado, pero no contento con ello trata por todos los medios de abrir una nueva vía por ver si tiene más suerte. Para evitar esos arrepentimientos y sus consecuencias es por lo que juega la congruencia, aparte de que admitir lo contrario llevaría a eternizarse un procedimiento que se caracteriza por su celeridad. Quede bien claro que al funcionario calificador también le puede entrar ese arrepentimiento y a éste la ley le concede dos caminos: uno favorable a la otra parte, rectificando su calificación en una especie de recurso de reposición (art. 116 R. H.) y otro, manteniendo la calificación pero no pudiendo alegar en su informe más defectos de los señalados, ni esgrimir razones que no se ajusten a los motivos de su calificación. Es más, si presentado de nuevo el documento a una nueva calificación y alégase otros defectos no tenidos en cuenta, deberá ser corregido disciplinariamente (artículo 127 R. H.). El recurso gubernativo es como un cauce de un río sin afluentes.

C) *Notas marginales de afección.*—Creo que en otra ocasión me he preocupado de utilizar el argumento de la publicidad registral comparándolo con la fuerza publicitaria de las leyes. Es la famosa tesis de ROCA SASTRE, que entiende superior la segunda frente a la primera. Todo ello creo que estaba centrado en la pretendida fuerza publicitaria y vinculativa de los Planes de

ordenación urbana que parecían, en principio, despegados de la institución registral. Y el argumento en contra de esta especie de obsesión administrativa (sin que estuviera muy clara la naturaleza de dichos Planes) estaba precisamente en el pedimento que hace en segundo turno el Delegado de Hacienda. Compaginando el artículo 74 de la Ley General Tributaria y el artículo 15-1.º del Texto refundido de Impuesto de Transmisiones Patrimoniales que hacía palmaria la necesidad de que esa afección que el inmueble transmitido lleva consigo y del que responde su poseedor sea constatado en el Registro de la Propiedad si se quiere que pueda tener repercusión contra la figura del tercero.

Era claro que no procedía la nota del artículo 15-2.º del citado texto, ya que no había una exención provisional, ni liquidación caucional, ni se hacía constar la misma al pie del documento, pues aquí lo que hubo fue una exención que luego se rectifica por una liquidación. Aparte de las diferencias existentes en cantidades, recargos, etc., que se traslucen en el magnífico informe del Registrador que deslinda ambos párrafos del artículo 15 con magistral pulso.

Lo discutible, sin embargo, es si procede o no esa nota. El principio de no afección a terceros es claro y es el importante para defender la tesis sustentada. ¿Aun solicitándose la extensión de esa nota marginal cabe que el Registrador proceda a ello? En el informe del funcionario calificador hay un argumento que se nos antoja importante: dicho párrafo (art. 15-1.º) contempla el supuesto normal de una liquidación no sujeta a exención provisional, en cuyo caso el Estado no necesita nota alguna que asegure sus intereses fiscales frente a un tercero, puesto que éste para poder inscribir su título habría de acreditar previamente el pago del impuesto, conforme dispone el artículo 254 Ley Hipotecaria. Aceptar la tesis del Delegado de Hacienda y del Abogado del Estado es admitir la gran posibilidad de que puedan verificarse inscripciones sin previa liquidación o presentando solamente la solicitud de liquidación.

No creo que sea muy afortunada la referencia que el Abogado del Estado hace al problema de la doble venta, pues registralmente hablando no hay viabilidad de que se inscriban las dos: o se inscribe la primera o la segunda y cualquiera de ellas ha de llevar el cajetín de la liquidación y la carta de pago correspondiente, pues de lo contrario no podría inscribirse. Mentalmente quizá se esté pensando en la venta no protegida registralmente, pero esto ya sería un problema de justicia tributaria, de anulación de liquidación, de devolución, etc. Sin embargo, si se fija la atención en las palabras del Abogado del Estado no creo que se esté refiriendo a esa venta no protegida, sino a la que lo está, pues él lo que quiere es “consignar en el Registro dicha afección a favor del Tesoro” y eso sólo es posible si admitiésemos la inscripción sin previa liquidación.

CARRETERO GARCÍA (Comentarios a esta Resolución en el lugar dicho) profundiza un poco más y compara los artículos 74-1.º de la Ley General Tributaria y el 15-1.º del Texto refundido citados, y entiende que lo que en la Ley General Tributaria podía ser admitido ya que habla de cantidades “liquidadas o no”, deja de serlo en el 15-1.º, en el que ha desaparecido dicha frase. La fina argumentación de este ilustre hipotecarista —que también fue

liquidador— destruye prácticamente esa posibilidad en la que la Administración insiste.

El reconocimiento del principio de publicidad registral que tanto la Ley General Tributaria como el Texto Refundido del impuesto de Transmisiones hacen no queda empañado por el hecho de que se demuestre la improcedencia de esa nota, pues una cosa es el reconocimiento y otra la práctica de la afección. Sería más lógico suprimir la “*previa liquidación*” como requisito para verificar la inscripción y extender esa nota de afección que evitase entrar en juego la figura del tercero, pero sucediendo las cosas al revés sobra y perjudica la nota. Con sólo pensar que la extensión de dicha nota debe reflejarse en cualquier certificación de cargas que se expida, notará el menos avisado que ello ha de influir poderosamente a la hora de la concesión de créditos bancarios, oficiales o de la clase que sea. Ello supone una restricción grande a la facilitación del crédito que fue una de las razones de la creación del Registro de la Propiedad.

JURISPRUDENCIA

1. SENTENCIAS COMENTADAS

1. ARRENDAMIENTO DE LOCAL DE NEGOCIO CON CLAUSULA DE INCREMENTO DE LA RENTA Y NUNCA INFERIOR A LA PACTADA

(Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de marzo de 1977)

SUMARIO: 1. Contrato de arrendamiento de local de negocio bajo la legislación arrendaticia de 1956, con pacto de revisión de la renta, ante las instancias judiciales y de casación.—2. La distinción entre los pactos de elevación de la renta y las cláusulas de estabilización.—3. La irrenunciabilidad del derecho de prórroga del inquilino.

1. *Contrato de arrendamiento de local de negocio bajo la legislación arrendaticia de 1956, con pacto de revisión de la renta, ante las instancias judiciales y de casación.*

Dos personas jurídicas, I. O. H. S. A. e I. A. R. S. A., una como propietaria y arrendadora de un local de negocio y la otra en cuanto arrendataria del mismo, celebran un contrato de arrendamiento el 20 de julio de 1962, es decir, bajo la vigencia de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1956, y en la cláusula sexta de su contrato estipulan que cada cuatro años se incrementará la renta en la misma proporción que varíe el índice ponderado general del coste de la vida, añadiéndose que «la renta nunca podrá ser inferior a la pactada en el contrato».

Pasados los cuatro años, la compañía I. O. H., S. A., reclama los aumentos de la renta en función de la variación del índice del nivel de vida, a lo que la compañía I. A. R., S. A., se opone, alegando que dicha cláusula sexta es nula por ser contraria a la Ley y a la doctrina jurisprudencial.

Entablado el pleito, el Juez de Primera Instancia, en su Sentencia de 16 de abril de 1975 falla no haber lugar a la diferencia de renta reclamada por ser ilegítima y al estimar la demanda reconventional declara nula y sin efecto la cláusula sexta del contrato de arrendamiento de 20 de julio de 1962.

La compañía propietaria y arrendadora del local interpone recurso de apelación ante la Audiencia Territorial, la cual dicta sentencia el 16 de diciembre de 1975 y confirma la Sentencia del Juzgado, declarando no haber lugar a la diferencia de rentas reclamadas por ser nula y sin efecto la cláusula sexta del contrato de arrendamiento citado.

No satisfecha la compañía arrendadora, interpone recurso de casación por infracción de ley ante el Tribunal Supremo contra la Sentencia de la Audiencia por violación de los artículos 6 y 97 de la Ley de Arrendamientos Urbanos y de los artículos 4 y 1.255 del Código civil, así como en

base a las Sentencias del Tribunal Supremo de 30 de octubre de 1964 y 11 de octubre de 1968, ya que entiende se trata de un pacto insertado en el contrato de arrendamiento como cláusula de estabilización, admitida por la doctrina legal y que no se sanciona su nulidad por la Ley de Arrendamientos Urbanos, ni por el Código civil.

Tramitado el recurso, el Tribunal Supremo, en Sentencia de 31 de marzo de 1977, establece la siguiente doctrina, con el correspondiente fallo:

«Considerando: Que en el presente caso, según la relación de hechos de la instancia, en el contrato de arrendamiento cuya renta se trata de actualizar, se hace constar expresamente, después de consignar que cada cuatro años se incrementará la renta en la misma proporción que varíe el índice ponderado general del coste de la vida, que la renta nunca podrá ser inferior a la pactada en el contrato; con lo cual la duda que surge en otros casos semejantes sobre si puede o no estimarse como cláusula bivalente la mencionada, en el presente caso no se produce, ante la expresa exclusión de toda posibilidad de rebaja.»

«Considerando: Que es doctrina constante de este Tribunal, concretada, entre otras, en las Sentencias de tres de octubre de mil novecientos sesenta y ocho y veinticuatro de junio de mil novecientos setenta y uno, que si bien se puede concretar dentro de la libertad de contratación que en su inicio permite la Ley para el contrato de arrendamiento, las pertinentes cláusulas de estabilización, han de establecerse de forma que igual puedan favorecer al arrendador que al arrendatario, o sea, que sean bivalentes con objeto de que no resulte, ante una desproporcionada y constante subida, prácticamente ilusorio el irrenunciable derecho de prórroga; ante esta doctrina forzosamente han de decaer los dos motivos del recurso, «... por violación, primero, del artículo noventa y siete de la Ley de Arrendamientos Urbanos, en relación con los artículos cuarto y mil doscientos cincuenta y cinco del Código civil, y el segundo por violación del párrafo primero del artículo cien de la Ley locativa, en relación con el artículo mil quinientos cuarenta y tres y mil doscientos cincuenta y cinco del Código civil, pues ambos se fundan en la proclamada libertad de contratación tanto en la Ley de Arrendamientos del año mil novecientos cincuenta y seis, bajo cuya vigencia se concertó el arrendamiento de autos, como en la legislación actual arrendaticia común», «... en primer lugar el recurso desconecta el derecho de prórroga forzosa, único precepto según su sentir irrenunciable, con la libertad de contratación, y ello es erróneo; pues precisamente por conculcar ese derecho irrenunciable del inquilino es por lo que la jurisprudencia deniega la legitimación de la cláusula estabilizadora sólo al alza, y por otra parte, en la argumentación del recurrente se pone en duda que la referida cláusula en el presente caso, tal como está redactada, suponga sólo el incremento progresivo, entrando en materia de interpretación de contrato...». Por tanto se falla que «debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación».

Esta Sentencia viene a engrosar aquel cuerpo de doctrina del Tribunal Supremo (SS. 23 febrero 1963, 17 junio 1964, 1 abril 1965, 2 febrero 1966, 9 febrero 1967, 3 y 11 octubre 1968 y 23 diciembre 1974), según el cual se esta-

blece una diferencia entre los pactos que buscan una mera elevación de la renta y los que acuerdan una cláusula de estabilización, debido a que la Ley de Arrendamientos Urbanos de 13 de abril de 1956 no permitía para el arrendamientos de viviendas que su renta se aumentase ni unilateral (art. 95), ni bilateralmente (art. 96), salvo el coste de los servicios o suministros (artículo 98). De este modo cualquier estipulación que contradijese lo así establecido se consideraba nula y sin valor ni efecto alguno (art. 6).

En cambio, para los arrendamientos de locales de negocio contraídos con posterioridad a la entrada en vigor de esta Ley de 1956, como ocurre en el caso de autos, celebrado el 20 de julio de 1962, la renta «será la que libremente estipulen el arrendador y el arrendatario», aun cuando dichos locales hubieran estado ocupados con anterioridad a la vigencia de este texto legal (art. 97). Dado que para los locales de negocio es libre el pacto de la renta, mientras que tan sólo lo era en las viviendas «para el momento en que empiece a regir el contrato» (art. 96), resulta que, si bien para estas últimas no cabe pactar una cláusula de estabilización, sí se hacía posible para los locales de negocio.

Ahora bien, lo que no era posible ni para las viviendas ni para los locales de negocio era que la renta pudiese ser objeto de elevación unilateral por parte del arrendador mientras continuase vigente el contrato, salvo las excepciones concretamente previstas (art. 98). Por eso, cualquier estipulación que contradijese el beneficio de la renta —salvo si fuese renunciado (art. 6, número 3)—, debía ser considerada como nula y sin valor ni efecto alguno (art. 6, núm. 1).

Distinto es el caso cuando se pacta una cláusula de estabilización para un local de negocio, porque las partes entonces lo que hacían implícitamente era renunciar el beneficio de la «renta legal», tal como es permitido por el párrafo 3 del mismo artículo 6 de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1956. Tal fundamento legal es el que dio paso a la doctrina del Tribunal Supremo, según la cual se distinguía entre los pactos que pretendieron una cláusula de elevación unilateral de la renta y los que establecieron una cláusula de estabilización o de actualización, cuya diferencia intrínseca, por lo demás, vamos a recordar más adelante.

Lo que no aparece muy afortunada en esta Sentencia, de 31 de marzo de 1977, es la expresión de que se trate de una «cláusula estabilizadora sólo al alza». El denominar como cláusula de estabilización, lo que tan sólo era un pacto de mera elevación de la renta, ya que se decía en el contrato que «la renta nunca podrá ser inferior a la pactada en el contrato», puede inducir a grave error entre ambas modalidades de pactos y cláusulas, puesto que son de muy distinta naturaleza y efectos jurídicos, como el propio supremo Tribunal confirma. Tampoco pueden confundirse los pactos de mera elevación de la renta con las cláusulas de estabilización por las razones prácticas que el mismo Tribunal Supremo alude respecto a la subida desproporcionada y constante de la renta, y a su falta de bivalencia entre las partes, lo que hace ilusorio el irrenunciable derecho de prórroga del arrendatario.

De aquí que este comentario quiere recordar, una vez más, la neta distin-

ción existente entre ambas modalidades de pactos, así como el alcance de la doctrina legal sobre el efecto fraudulento que hace incidir en la irrenunciabilidad del derecho de prórroga forzosa del arrendatario.

2. *La distinción entre los pactos de elevación de la renta y las cláusulas de estabilización.*

Las «cláusulas de estabilización» («valor oro», «valor trigo», «valor moneda extranjera», «valor índice del nivel medio de vida», etc.) han surgido de los pactos entre las partes contratantes para tratar de mantener un mismo poder adquisitivo del precio o renta de las diversas modalidades de obligaciones pecuniarias de tracto sucesivo.

Las fuertes oscilaciones del valor de la moneda de curso legal, bien por su depreciación o ya por su devaluación, tal como viene ocurriendo en estos últimos cincuenta años, comporta un daño patrimonial muy considerable a los acreedores que han contratado a largo plazo. Con objeto de prever y aminorar tal daño patrimonial, las partes convienen cláusulas estabilizadoras, según las cuales la cuantía monetaria de la prestación se acrecienta o aminora al hacerla depender en el momento pactado y periódico del pago, de un índice o moneda económica sensible a las alteraciones del poder adquisitivo de la moneda. Por tanto, el compromiso del deudor de dar una suma de dinero, si bien parte de una cuantía fija para su primer período, posteriormente se incrementará o disminuirá a partir de unos plazos determinados de acuerdo con la alteración de valor, en más o menos, que sufra el índice elegido por las partes.

Las cláusulas de estabilización nacen, pues, de unos pactos que conforme con las posibilidades que brinda la libertad de contratación o autonomía de la voluntad (art. 1.255 Código civil), las partes contratantes establecen en sus obligaciones pecuniarias. El límite a dichos pactos lo ponen las normas imperativas, la moral y las disposiciones de orden público; si el legislador preceptúa para un determinado ámbito contractual disposiciones que han de cumplirse inexorablemente, sin dejar opción a los contratantes un margen de libertad en sus decisiones y para el cumplimiento de determinadas obligaciones, implica que no será posible la validez del pacto si no se cumple con lo ordenado. De aquí que cuando los pactos sean contrarios a dichas normas imperativas y prohibitivas resulten ilícitos y nulos (art. 6, núm. 3, Código civil) (1) (art. 6, núm. 1, LAU, de 1956) (2).

(1) V. mi estudio: *Los actos contrarios a las normas y sus sanciones*, en ANUARIO DE DERECHO CIVIL, XXIX-2 (1976), pp. 309 ss.

(2) Cfr. SOTO NIETO: *Aspectos económicos de la nueva Ley de Arrendamientos Urbanos*, II (Alcoy, 1959), pp. 155 ss.; SÁNCHEZ FABA: *La cláusula de estabilización de rentas en el arrendamiento urbano*, en Revista de «Derecho Español y Americano», 24 (1960), pp. 429 ss.; SELFA PEDRÓS: *Cláusulas de estabilización y variabilidad periódica sobre la renta en los arrendamientos urbanos. Su nulidad*, en «Revista General de Derecho», 236 (1964), pp. 362 ss.; BONET CORREA: *La legislación de arrendamientos urbanos y las cláusulas de estabilización de la renta*, en «Revista General de Legislación y Jurisprudencia», 220-2 (1966), pp. 213 ss.; SOTO NIETO: *Las cláusulas de estabilización*

Concretamente, para las obligaciones pecuniarias el pacto de variar la cuantía monetaria de su prestación no viene prohibido ni existe una norma imperativa que exija siempre su fijeza. Lo que sí se dispone preceptivamente es que el objeto o materia del contrato sea «cierto» (art. 1.261, núm. 3, Código civil). A pesar de que en las obligaciones pecuniarias dicha certeza se obtiene por la fijación de una cuantía numérica de moneda (precio o renta), nada obsta legalmente para que dicho precio o renta se tengan por ciertos cuando las partes acuerden que lo sea con referencia a otra cosa cierta (el índice de valor elegido), o se deje su señalamiento, como ocurre en la compraventa, al arbitrio de persona determinada (art. 1.447, Código civil), o como ocurre en la venta de valores, granos, líquidos y demás cosas fungibles, cuando se señale el que la cosa vendida tuviera en determinado día bolsa o mercado o se fije un tanto mayor o menor que el precio del día bolsa o mercado con tal que sea cierto (art. 1.448, Código civil).

El legislador de Derecho privado si bien ha exigido para el contrato de arrendamiento una renta fija, o bloqueada (art. 96 LAU, 1956) en cambio, para otras figuras pecuniarias no exigió preceptivamente la fijación de dicha cuantía (art. 1.170, Código civil), puesto que la cuestión esencial de su pago reside más que en la fijeza, en la «certeza» de lo que se promete dar o recibir.

Las cláusulas de estabilización pactadas por las partes en sus contratos precisamente tratan de evitar una fijeza de la cuantía monetaria de la prestación en las obligaciones pecuniarias de tracto sucesivo, lo que no por ello dejan de cumplir con el precepto de que el objeto del contrato sea cierto, ya que ello no impide en cada momento sucesivo de su cumplimiento la concreción de su índice de valor económico al establecer la certeza de la cuantía de la moneda de pago de curso legal por una simple operación aritmética.

Una cuestión distinta es que las cláusulas de estabilización, dentro de la política económica (3), sean vistas como convenientes o inconvenientes para

y el contrato arrendaticio urbano, en «Derecho vivo. Jurisprudencia comentada», I (Madrid, 1970), pp. 397 ss.; RAJOY: *Doctrina del Tribunal Supremo sobre el problema de la validez de las cláusulas de escala móvil y de elevación de renta en los arrendamientos urbanos*, en ANUARIO DE DERECHO CIVIL, XXVI-4 (1973), pp. 1027 ss.; BONET CORREA: *Arrendamientos urbanos con renta actualizada. Cláusulas de estabilización y de elevación ante el Tribunal Supremo*. Pamplona, 1974.

(3) Cfr. Para Francia: LALL, *L'indexation: un remède à l'inflation*, en «Finances et Développement», 6 (junio 1969), pp. 10 ss.; FAU y DEBEAURAIN, *L'indexation des contrats*. París, 1971; LANGDON, «Indexation» o cómo convivir con la depreciación monetaria, en «Banca Española», 37 (núm. 74), pp. 9 ss. En Alemania Federal: TIMM, *Geldwertsicherungsklauseln in der schleichenden Inflation*, en «Wirtschaftsdienst», 12 (1972), pp. 641 ss.; SCHALHORN, *Zur Frage der Wertsicherungsklauseln in Verträgen*, en «Das Juristische Büro», 2 (1973), pp. 90 ss.; BAUER, *Geldwertsicherungsklauseln als Indikator von Inflationserwartungen. Vor- und Nachteile von Indexklauseln*. Essen, 1973; PFLEIDERER, *Indexierung, ein Gebot der sozialen Gerechtigkeit und der wirtschaftlichen Vernunft*, en «Zeitschrift für das gesamte Kreditwesen», 27-24 (15 diciembre 1974), pp. 1116 ss.; GEIGER, *Probleme der Indexierung in der Kreditwirtschaftlichen Praxis*, en «Zeitschrift für das gesamte Kreditwesen», 27-24 (1974), pp. 1120 ss.; SCHLECHT, *Indexklauseln an der Wirklichkeit vorbei*, en «Zeitsch-

los efectos secundarios y psicológicos en la ordenación de la circulación monetaria y otra cuestión es que exista o no una norma legal imperativa o dispositiva que las rechace o tolere; es a esta última situación legal a la que el jurista ha de atenerse a la hora de hacer la interpretación de un pacto establecido por las partes en un contrato para tratar de dirimir la cuestión de su validez o invalidez.

Sin embargo, ninguna de estas cuestiones es objeto de disensión entre los contratantes en el caso de autos. Admitidas las cláusulas de estabilización, primero por la doctrina legal (4), después por el propio legislador español (5), la cuestión concreta se centra en saber si el pacto establecido en el contrato de arrendamiento del local de negocio citado implicaba o no una cláusula de estabilización, tal como pretendía el arrendador, y niegan las instancias judiciales y de apelación.

El Tribunal Supremo, antes y ahora, es claro en su interpretación: «las pertinentes cláusulas de estabilización —dice— han de establecerse de forma que igual puedan favorecer al arrendador que al arrendatario, o sea, que sean bivalentes». Efectivamente, es la reciprocidad de posibilidades para ambas partes la que establece el fundamento intrínseco de su equidad la que consigue la equivalencia de las prestaciones querida y prometida por las partes.

Esta bilateralidad intrínseca de las cláusulas de estabilización precisamente es la que permite prever y corregir el desequilibrio patrimonial causado por la alteración monetaria cualquiera que sea su signo (inflacionista o deflacionista), ya que implica la ruptura del equilibrio económico sobre el que las partes llegaron a su negociación básica; al venir alterados desde el exterior los presupuestos sobre los que se convino y producirse el daño o ventaja para una de las dos partes, al margen de sus decisiones, los riesgos sólo pueden ser aceptados si la imprevisión o la consecuencia de sus efectos han sido implícitamente queridos por los contratantes. La naturaleza aleatoria o no de cada figura contractual va a ser decisiva en cuanto a la implicación de los riesgos.

Lo que no cabe duda es que cuando los contratantes han sido previsores y han estado vigilantes tienen a su favor un tratamiento consecuente con su prudecia y el juzgador ha de tratar de ejecutarla en función de las normas potestativas que permitan las previsiones de las partes. Cuando de un modo paccionado se comparten bilateralmente los riesgos, la justicia intrínseca del pacto coincide con la justicia extrínseca de su ejecución a la hora de mantener el equilibrio de los intereses patrimoniales intercambiados por las partes en sus relaciones contractuales, tanto por lo que se refiere a su

rift für das gesamte Kreditwesen, 27-24 (1974), pp. 1129 ss.; STARBATTY, *Das Für und Wider von Geldwertsicherungsklauseln*: «Eine Art von Glaubenskrieg?», en «Ordo», 26 (1975), pp. 225 ss.

(4) SS. 16 octubre 1956, 18 febrero 1957, 28 noviembre 1957, 17 junio 1964, 30 octubre 1964, 19 diciembre 1966, 4 y 8 febrero 1967, 26 noviembre 1968, 15 febrero 1972, 7 julio 1972, 22 diciembre 1972, 25 enero 1973, 21 diciembre 1973 y 25 septiembre 1976.

(5) Ley Arrendamientos Rústicos de 1942 (art. 3); Ley de Arrendamientos Urbanos de 1964 (art. 100, *in fine*); Reglamento Hipotecario (art. 219). Compilación del Derecho Civil de Navarra (Ley 461, párrafo 5).

norma privada entablada como por lo que atañe a su legitimación con las normas del ordenamiento jurídico positivo. Cuando el pacto de las partes carece de esta adecuación a los mandatos imperativos o potestativos de la norma positiva, como sucedería al vulnerarse la naturaleza bilateral que implica la cláusula estabilizadora, se hace notoria la desfiguración e ilegalidad de su naturaleza y contenido; por tanto, la ilicitud del interés de aquella parte contratante se hace patente cuando ha intentado protegerse a costa del daño que irroga a la otra parte.

Es en base a la naturaleza bilateral de los efectos que implican las cláusulas de estabilización, frente a las alteraciones monetarias, donde reside el fundamento de su finalidad equitativa, tanto como su legalidad, al no estar excluidas por normas imperativas o prohibitivas del ordenamiento positivo de Derecho público y de Derecho privado.

En cambio, una mera cláusula de elevación de la renta, en primer lugar, se diferencia de una cláusula de estabilización o de actualización, porque es tan sólo de efecto unilateral para el arrendador, sin consecuencia ninguna para el arrendatario, ello supone el obtener una ventaja patrimonial para una de las partes y ocasionar una desventaja para la otra parte. En segundo lugar, por su alcance legal, si bien puede ser, en principio, admitida en cuanto a la autonomía de la voluntad de las partes (art. 1.255 Código civil), puede ser prohibida o estar en contra de normas imperativas de la legislación especial; tal es el caso concreto de las normas que conceden los «beneficios» de prórroga forzosa y de la «renta legal» al arrendatario urbano bajo la vigencia de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1956 (arts. 6 y 95, 96).

De aquí que el Tribunal Supremo, en esta Sentencia actual, aun sin acudir a la exposición de este fundamento legal, reconozca la validez de las cláusulas de estabilización por su «bivalencia» y rechace como inválido o nulo el pacto o cláusula pactada «sólo al alza».

3. *La irrenunciabilidad del derecho de prórroga del inquilino.*

Donde el Tribunal Supremo ha incidido más para denegar la legitimación de la cláusula contractual que establecía el «incremento progresivo» de la renta cada cuatro años en la misma proporción que variase el índice del coste de la vida, es en la consideración por la cual se hace «prácticamente ilusorio el irrenunciable derecho de prórroga», «precisamente por conculcar ese derecho irrenunciable del inquilino».

En anteriores Sentencias (SS. 23 febrero 1963, 1 abril 1965, 2 febrero 1966, 7 febrero 1970, 24 junio 1971, 25 enero y 23 abril 1973, 30 enero, 9 febrero y 23 diciembre 1974, 25 octubre y 28 noviembre 1975) también fue formándose un cuerpo de doctrina legal, según la que el pacto por el cual se tenía el designio de elevar la renta de una manera fija, constante e indefinida, era una manera de burlar la irrenunciabilidad del derecho a la prórroga forzosa que tiene todo arrendatario.

Esta doctrina legal, que si bien para la legislación vigente ha cambiado de fundamento legal y de interpretación en cuanto a su alcance, en la legislación arrendaticia especial de 1956 se hacía todavía patente en base a la

disposición expresa de nulidad de un pacto que violase la fijeza de la «renta legal» (art. 6, núm. 1 LAU).

En realidad la elevación de la cuantía de la renta en la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1956 se hacía imposible por el bloqueo que el legislador había puesto para ella en las viviendas, que era «la que se estipule para el momento en que empiece a regir el contrato» (art. 96, núm. 1); en los locales de negocio tan sólo cabía para los de nueva contratación la posibilidad de renunciar al beneficio de la renta (art. 6, núm. 3), dada la libertad que se le concedía expresamente a las partes contratantes para pactar su renta (art. 97).

Cuando en un contrato de arrendamiento de local de negocio —pues en los de vivienda no llegó ninguno al Tribunal Supremo bajo la vigencia de esta LAU de 1956— se pactó una cláusula de elevación de la renta, revestida como cláusula de estabilización, lo que le fallaba al arrendador era su pericia para redactar una cláusula estabilizadora o de actualización o bien trataba de encubrirse mediante un fraude a la Ley.

La impericia del arrendador al pactar la cláusula por la que trataba de actualizar la renta estaba en que sólo se obsesionaba por el aumento que pudiera reputarle su cuantía; la consecuencia era su unilateralidad, su falta de equivalencia y de reciprocidad en las prestaciones.

El fraude a la Ley se hacía evidente para el juzgador cuando el arrendador buscaba su amparo en la apariencia de una norma legal facultativa, como era la posible renuncia al beneficio de la renta, si bien vulnerando aquella otra imperativa de la irrenunciabilidad a la prórroga forzosa. Con el pacto de elevación de la renta se prescindía del efecto bilateral para conseguir únicamente el unilateral del arrendador que implicaba, por lo demás, dos efectos en su beneficio: el aumento de la renta y la posibilidad de forzar el arrendatario a que renunciase a su derecho de prórroga.

De aquí que el Tribunal Supremo, cuando se ha encontrado con una cláusula contractual en la que se pacta la elevación de la renta, prescindiendo de una actualización de efecto bilateral, como son las cláusulas de estabilización, la considera nula por carecer de una finalidad estabilizadora, al alterar la proporcionalidad equitativa de las prestaciones (S. 3 octubre 1968), además de estimarla ilegal por vulnerar el principio básico de la prórroga obligatoria de los contratos arrendaticios (S. 24 junio 1971) y al hacer antieconómico para el arrendatario la continuación del arrendamiento, convirtiendo en ilusoria la utilización de la prórroga legal que como derecho irrenunciable de los inquilinos y arrendatarios estatuye la Ley de Arrendamientos Urbanos (SS. 30 enero y 23 diciembre 1974 y 25 octubre 1975). La actual Sentencia de 31 de marzo de 1977 viene a confirmar, una vez más, esta doctrina.

JOSÉ BONET CORREA

2. DE NUEVO SOBRE LA DECLARACION UNILATERAL DE VOLUNTAD

I. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 6 DE MARZO DE 1976

1. *Los hechos.*

Mercedes es madre de dos hijos naturales, de José María, nacido en 27 septiembre 1955, y de Mercedes, nacida el 24 marzo 1960. Los que son reconocidos como sus hijos naturales por Gregorio en testamento abierto, otorgado el 10 de marzo de 1966. El 14 de mayo del mismo año 1966, Gregorio, en documento privado, después de hacer referencia a dicho reconocimiento, hace constar que tiene constituida una sociedad con Mercedes para la explotación de la sala de fiestas «El Oasis», sita en Aiún, y que cede cuantos beneficios y utilidades le pueda reportar la explotación de dicho negocio a sus expresados hijos, bien mediante reservas de dinero o mediante inversiones que se hagan para ellos. Dicho documento fue entregado a Mercedes para que lo usara en el momento que lo creyera oportuno.

Esta señora demanda a Gregorio por no haber cumplimentado dicho documento y haberse lucrado con los beneficios producidos por la sala de fiestas, sin que los beneficios producidos fueran para sus hijos con olvido de las más elementales obligaciones de un padre; por lo que pide que se le condene a rendir cuenta de los beneficios obtenidos y a la entrega del saldo que ella arroje a los citados hijos.

La sentencia de primera instancia desestima la demanda; la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial estima el recurso de apelación y declara que Gregorio debe rendir cuentas a sus hijos naturales, representados por su madre, respecto a la mencionada sala de fiestas, hasta que sea firme y ejecutoria la sentencia y que a partir de dicho momento todos los beneficios que se produzcan, respecto al 50 por 100 que posee Gregorio, son íntegramente de los repetidos hijos.

El recurso de casación se funda en los siguientes motivos: 1, en que la sentencia recurrida —en contra de la de primera instancia— atribuye fuerza de obligar a una declaración de voluntad, en su puro y estricto sentido, es decir, sin que haya mediado aceptación; 2, en que, tratándose de una donación, no hubo aceptación, o al menos no lo hubo en la forma prescrita por la ley (por escrito) y en que la dicha donación comprende los bienes futuros; 3, en que la entrega del documento de 14 marzo 1966, por Gregorio a Mercedes, no «implica aceptación de la promesa»; 4, que Gregorio, como padre, ostenta la patria potestad y consiguientemente tiene la administración de los bienes de sus hijos, por lo que no cabe que rinda cuentas de una administración que legalmente le corresponde.

2. *La sentencia del Tribunal Supremo.*

El Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso de casación, decisión que funda en seis considerandos. En el primero de los cuales se

recogen escuetamente los hechos que da como probados la sentencia recurrida; serán los conformes a las alegaciones de las partes, recogidos en los resultandos de la sentencia y que aquí ya se han narrado con algún más detalle; en fin, se menciona todavía como supuesto de hecho probado el que «los hijos han convivido siempre con la madre que ejerce de hecho todos los deberes inherentes a la patria potestad». Los otros considerandos tratan de las cuestiones de Derecho planteadas en el recurso y ha parecido que para su comentario sería mejor citarlos literalmente que limitarse a extraerlos.

3. *Textos de los considerandos segundo al sexto de la sentencia.*

Considerando: Que, como dice la sentencia recurrida y admite el recurrente, el tema debatido es esencialmente de derecho y gira en torno a si la declaración unilateral de voluntad anteriormente referida es vinculante o si, por el contrario, no es fuente de obligación por no concurrir en el caso de autos las circunstancias en que excepcionalmente admite la jurisprudencia la solución afirmativa.

Considerando: Que si bien es cierto que nuestro ordenamiento jurídico no afronta de modo directo una solución expresa al problema propuesto y en el artículo mil ochenta y nueve del Código civil, no se menciona la voluntad unilateral como fuente de obligaciones, no lo es menos que, como advierte la Sentencia de esta Sala de trece de noviembre de mil novecientos sesenta y dos, tampoco contiene una norma explícita que las prohíba, y recuerda otra sentencia de este mismo Tribunal, la de veintiuno de marzo de mil novecientos cincuenta y siete, que la más moderna y nutrida jurisprudencia (a lo que cabría añadir una corriente doctrinal muy autorizada y copiosa) se muestra propicia al reconocimiento siquiera sea a veces por vía de excepción, de la eficacia de la obligación unilateral, en principio y de acuerdo con las circunstancias concurrentes, en el caso contemplado singularmente si la declaración de voluntad está dotada de certidumbre y va dirigida a determinada persona a título dispositivo y no de mera enunciación de un propósito, pues en estos supuestos cabe *in genere* dentro del amplísimo concepto que define el artículo mil doscientos cincuenta y cuatro del Código civil como declaración de voluntad recepticia y vinculativa de un derecho de crédito que es recibida en la técnica jurídica con arraigo en el sentido espiritualista del Ordenamiento de Alcalá robustecido por exigencias de la buena fe y de la seguridad.

Considerando: Que por su evidente relación con el problema planteado es oportuno, aunque peque de reiterativo, recordar la doctrina de la Sentencia de diecisiete de octubre de mil novecientos treinta y dos que contemplaba unas manifestaciones contenidas en unas cartas que señalaban a la recurrente una pensión mensual; la Sentencia dice que instituye una obligación a cargo del emitente mediante acuerdo vinculativo perfectamente caracterizado por la concurrencia de objeto cierto, causa determinante y consentimiento libremente prestado sin que sea obstáculo a dicha estimación la ausencia de prestación correlativa por parte del promisorio, pues tal elisión

es la nota característica del negocio jurídico unilateral que cabe *in genere* dentro del artículo mil doscientos cincuenta y cuatro del Código civil donde encaja esta especie contractual, porque emitida la declaración de voluntad con ánimo de obligarse hacia persona determinada a título de disposición y no de mera enunciación de un propósito, se genera un derecho de crédito en favor de la designada».

Considerando: Que a la luz de esta doctrina, analizados los motivos de casación alegados, es visto que no se puede dar lugar al primero que reduce su contenido a una apreciación personal del propósito que inspiró la declaración documental, interpretación que corresponde al criterio privativo del Tribunal de instancia mientras no se demuestre que es ilógico, lo que no ocurre aquí según aparece de la simple lectura del documento en donde está clara y reiterada la voluntad de ceder y la documentada «para que sirva de justificación y de resguardo»..., «quedando obligado en su contenido».

Considerando: Que igualmente procede desestimar el segundo motivo porque ni se trata de un contrato de donación, sino de un derecho de crédito sobre unos bienes perfectamente determinados, ni falta en todo caso la aceptación que fije la voluntad recepticia emitida por quien estaba autorizada para ello, la madre, a quien corresponde subsidiariamente la patria potestad sobre los hijos para defender sus intereses frente a los opuestos del padre, conforme a los artículos ciento cincuenta y cuatro y ciento sesenta y cinco del Código civil, como declaró la Sentencia de nueve de junio de mil novecientos nueve; y finalmente porque, aunque admitiésemos, como es lo natural, la necesidad de la aceptación para cerrar el ciclo de la exigibilidad, esta aceptación por escrito, a estos efectos, es válida la hecha en el acto de conciliación, hallándose vigente la obligación por no constar haberse revocado, como ha declarado la Sentencia de este Tribunal, ya citada anteriormente, de trece de noviembre de mil novecientos sesenta y dos, con la cual queda también contestado el motivo tercero sobre el que no hacen falta mayores razonamientos; y finalmente hay que desestimar el cuarto y último motivo, porque, según queda dicho, en el caso de autos no se confunde la patria potestad con la defensa ocasional de intereses opuestos, y la obligación de rendir cuentas es consecuencia de la principal de la cesión y es perfectamente exigible en ejecución de sentencia, con lo que hay en el caso de autos una decisión claramente expresada, una prestación perfectamente definida y una justificación motivada por la propia obligación moral de los padres de velar por la seguridad económica de sus hijos, con lo que se cumplen los requisitos exigidos por la jurisprudencia para la eficacia de este tipo de declaraciones unilaterales de voluntad.

4. *Comentario a la sentencia.*

Hay temas jurídicos que en un cierto momento se ponen de moda, los que continuamente se debaten ante los Tribunales y son objeto de los sabios estudios de los profesores. Cuya causa de haberse convertido en centro de discusiones se encuentra no sólo en discrepancias ideológicas, sino que tam-

bién y a menudo resulta de la falta de claridad o de uniformidad en la utilización de los términos técnicos. Esto último me parece es lo que viene ocurriendo con la declaración unilateral de voluntad.

A la ya numerosa serie de sentencias del Tribunal Supremo sobre la voluntad unilateral, ha venido a unirse la que ahora aquí se comenta, y no hace mucho se dictaron sobre dicha cuestión, desconectadamente (1), las sentencias del mismo Tribunal, fechadas en 30 septiembre y 17 octubre 1975, también estudiadas en este ANUARIO (2).

El valor de la declaración unilateral de voluntad preocupó en general a la doctrina durante algunos años, entre finales del siglo XIX y comienzos del XX; después dejará de considerarse como problema (3). Entre nosotros, en cambio, cobra modernamente especial interés al tratarse y ser objeto de especial examen en la doctrina jurisprudencial. Recientemente el profesor Albaladejo ha creído poder enjuiciarla, diciendo e insistiendo sobre lo que ya había enseñado, que la jurisprudencia moderna, lo mismo que la antigua, «es confusa, contradictoria e intermitente» (4); conclusión a la que llega basándola en un estudio agudo y detenido de las sentencias del Tribunal Supremo (5).

En efecto, la doctrina jurisprudencial es ciertamente desconcertante si nos atenemos a la letra de lo que se nos dice en los considerandos de las sentencias del Tribunal Supremo. Sin embargo, como se ha intentado ya mostrar en los comentarios publicados en el ANUARIO, sobre las Sentencias de 30 septiembre y de 17 octubre de 1975 (6), los defectos de los que se puede acusar a dicha doctrina son de forma y no de fondo y traen su origen de la imprecisión con la que la doctrina de nuestros autores ha venido empleando los términos de voluntad unilateral, declaración unilateral de voluntad y de promesa. Ha sido esa doctrina la que no ha diferenciado las declaraciones unilaterales tipificadas en la ley, y a las que otorga específica eficacia, de aquellas otras declaraciones unilaterales atípicas y carentes de eficacia obligatoria. Si en lugar de centrar la atención en los dichos más o menos eruditos de los considerandos, se atiende a lo decidido en cada sentencia, a su propia «ratio decidendi», encontraremos que la doctrina

(1) Se dice esto porque la S. T. S. de 17 octubre 1975 no menciona la de 30 de septiembre del mismo año, y la misma aquí comentada no cita a ninguna de aquéllas dos; lo que puede explicarse por la distinta composición de la Sala al dictarse cada sentencia.

(2) A. D. C., XXIX-II (ab.-jun.), 1976, págs. 557 y sig.; A. D. C., XXX-I (en.-marzo), 1977, págs. 194 y sig.

(3) Sobre ello, A. D. C., XXX-I (en.-marzo), 1977, págs. 199-200 y notas 16 y 17.

(4) *La jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre la voluntad unilateral como fuente de obligaciones*, R. D. P., enero, 1977, pág. 12.

(5) Loc. cit., págs. 4-12.

(6) Citados en nota 2. Dice el profesor ALBALADEJO que «con mucha frecuencia no se lee lo que escriben los demás», loc. cit., pág. 12. Achaque generalizado, y del que tampoco me eximo. Alguien ha dicho que nadie leería las revistas jurídicas si no fuera por las oposiciones entre notarios. ¿Cómo esperar, entonces, que estos modestos comentarios publicados en el ANUARIO, en la sección «Sentencias comentadas», escapen a esa suerte común del no ser leídos?

jurisprudencial ha seguido una línea constante y uniforme en sus resoluciones. Según ella, la voluntad unilateral que se estima vinculante para quien la declara, no es aquella emitida y no aceptada, sino la que va acompañada del consentimiento del que la recibe, aunque sea la aceptación anterior o previa (solicitada o exigida); su unilateralidad reside en que sólo queda obligado el declarante (no hay contraprestación). Se trata sencillamente de un contrato unilateral, cuya validez depende de reunir los requisitos propios del contrato (7). Así lo ha entendido también el Tribunal Supremo en la sentencia que aquí se comenta.

El Tribunal hubo en dicha sentencia de aceptar el planteamiento dado al pleito por las partes y mantenido en el recurso, de que el tema debatido era el de la fuerza obligatoria de la declaración unilateral de voluntad y en especial el de los requisitos necesarios para que ella sea fuente de obligaciones. Admite su fuerza de obligar, a pesar de no encontrarse entre las fuentes enumeradas en el artículo 1.089 (8), basándose en la doctrina jurisprudencial que se muestra propicia a reconocerla, aunque sea por vía de excepción. Ello le lleva a examinar los requisitos que se vienen considerando necesarios para tal reconocimiento. Al hacerlo se advertirá enseguida que el término declaración unilateral de voluntad se emplea con distinto sentido en los considerandos de la sentencia y en los motivos del recurso.

El recurrente parte de lo que llama, no sin razón, el concepto de la verdadera y pura declaración unilateral de voluntad, es decir, de aquella que es vinculante para el emitente antes y sin necesidad de la aceptación. Por el contrario, el Tribunal Supremo, conforme a la anterior doctrina jurisprudencial, vendrá a exigir la aceptación para que la que llama declaración unilateral de voluntad sea vinculante. Ello resulta de seguir —nos dice— la doctrina de las Sentencias de 13 noviembre 1962 y de 21 marzo 1957. Esta última se refiere a «la obligación unilateral», la que resulta de un convenio por el que una parte «se compromete a traspasar («dejar la casa», con consentimiento del propietario, por 25.500 pesetas). Promesa del inquilino que se considera «cabe *in genere* dentro del amplísimo concepto que define el artículo 1.254 del Código civil...» (9). Lo que indica que «la cesión» de la que se ocupa la sentencia aquí comentada, como el «compromiso objeto de la citada sentencia del 21 de marzo 1957, habrán de ser considerados como contratos (unilaterales), es decir, que requieren para existir como tales contratos del concurso de la aceptación (arts. 1.261, 1.262 Código civil). Referencia al artículo 1.254 que se ratifica con la cita de la sentencia del mismo Alto Tribunal de 17 de octubre de 1932, y en la que se entiende como «una especie contractual» aquel «negocio jurídico unilateral», que se considera obliga civilmente al declarante. Concepción de la declaración unilateral de voluntad, que resulta confirmada con la cita de

(7) La doctrina jurisprudencial se ha estudiado especialmente en el ANUARIO, XXIX-II (abril-junio), 1976, págs. 570-575; también en XXX-I (enero-marzo), 1977, págs. 205-206.

(8) Sobre la referencia al artículo 1.089, puede verse lo dicho en este ANUARIO, XXX-I (enero-marzo), 1977, págs. 201 y sig.

(9) Palabras que, como el resto del considerando, copia la sentencia comentada.

la sentencia de 13 noviembre 1962, en la que se estima decisivo para la eficacia de la promesa, la prueba de su aceptación (10).

Al admitirse, nos dice todavía la sentencia comentada, «como es natural, la necesidad de la aceptación para cerrar el ciclo de la exigibilidad», resulta inevitable ocuparse de la existencia y prueba de la aceptación. Cuestión planteada en el tercer motivo del recurso; se alega en éste contra lo supuesto por la Audiencia, que el simple hecho de recibir un documento suscrito por quien lo entrega no significa aceptar el contenido del mismo. El Tribunal Supremo no se ocupa de este motivo, posiblemente por considerarlo innecesario, al entender probada una aceptación por escrito (11).

El que hubiera de constar la aceptación por escrito importaba, ya que el demandado calificaba la cesión como donación de cosa mueble y sobre bienes futuros, para negar su eficacia (arts. 632 y 635 C. c.). El Tribunal Supremo rechaza que se trate de una donación, y siguiendo siempre la doctrina de la Sentencia de 13 noviembre 1962, entiende existió dicha aceptación por escrito, al resultar hecha en el acto de conciliación antes de haberse revocado la cesión (12).

La importancia decisiva que en el pleito se le ha concedido a la aceptación hará que no sólo se discuta sobre la existencia de dicha aceptación por parte de Mercedes, sino que también se examine su validez jurídica. Esta cuestión viene a plantearse por el demandado, denunciando que la aceptación que se dice hecha por Mercedes lo fuera como madre de sus hijos, pero que la patria potestad sobre ellos le corresponde no a Mercedes, sino a Gregorio, como padre natural (art. 154 C. c.), a quien le pertenece la representación legal de sus hijos naturales (art. 155 C. c.) y también la administración de sus bienes (art. 159 C. c.).

En el primer considerando de la sentencia del Tribunal Supremo se considera haberse probado que la madre venía ejerciendo los derechos y cumpliendo las obligaciones propias de la patria potestad; pero en los considerandos siguientes no se valora esta situación de la madre ni la resultante del correspondiente abandono de sus deberes por parte del padre, y así dejará de examinar la trascendencia jurídica de la patria potestad de hecho ejercitada por la madre natural. Se ha creído preferible por el Tribunal, parece, no plantear de frente dicha cuestión y atender, para estimar válida la aceptación, a que la madre, en todo caso, está legitimada para ejercitar subsidiariamente ciertas facultades de la patria potestad, para representar a los hijos en el ejercicio de derechos que a éstos le benefician (aceptación

(10) Se hace referencia a la segunda sentencia, la que, por considerarse carente de valor de doctrina legal, no se recoge en el texto de dicha sentencia publicado en *Jurisprudencia civil*, Edición oficial, pág. 322; puede verse recogido por Díez-PICAZO, en *Estudios sobre la Jurisprudencia civil*, I, 1973, págs. 420-421.

(11) Lo que es de lamentar, ya que importaría señalar el valor implícito de previa aceptación que, en las circunstancias, suponía el recibirse por la madre el documento de 14 mayo 1966, como «justificación y resguardo» (presumiblemente rogado o exigido).

(12) En dicha sentencia se dice que se manifiesta la aceptación, «al hacerla constar en la papeleta que formuló con arreglo a lo prevenido en el artículo 465 de la Ley de Enjuiciamiento civil».

de la cesión hecha por el padre) frente a su padre (cedente), y siempre que en algún asunto el padre tenga un interés opuesto al de sus hijos (artículos 154 y 165 C. c.) (13).

Negado en el último considerando que se tratase de un contrato de donación, el Tribunal tuvo que plantearse la cuestión de cual fuera la naturaleza de la cesión hecha por Gregorio de los beneficios o utilidades que reportará la explotación de «El Oasis», y para ello averiguar cuál sea su causa. Esta, o la «justificación» jurídica que motiva «la cesión», se nos dice encontrarse en «la propia obligación moral de los padres de velar por la seguridad económica de sus hijos». Obligación moral del padre que en el caso de autos resulta de sus especiales circunstancias, del hecho de convivir desde siempre los hijos con la madre y la de ser ésta (sólo ésta) la que viene cumpliendo con los deberes inherentes a la patria potestad.

De este modo la sentencia comentada sigue fielmente la anterior doctrina jurisprudencial y coincide, aunque no la cita, con la Sentencia de 30 septiembre 1975, en exigir como requisito para la eficacia de la llamada declaración unilateral de voluntad, además de su aceptación, la existencia de una relación jurídica preexistente, o sea, de una causa de la obligación asumida por el declarante; en especial llega a la misma conclusión que la importante Sentencia de 17 octubre 1932, que también cita a otro respecto, y que había estimado la existencia de una obligación moral como causa suficiente para la validez de un contrato unilateral atípico (14).

Advertido que el término declaración unilateral de voluntad ha venido siendo empleado por la doctrina jurisprudencial de modo distinto al normalmente empleado, puede verse que, como antes se ha dicho, ella continúa siguiendo una línea constante y uniforme, y entiende aquí también, de modo implícito, que la promesa unilateral en sentido estricto (la no aceptada) carece de efectos obligatorios (es revocable); excepto en los casos especiales admitidos por la ley.

II. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 10 DE JUNIO DE 1977

1. Hechos.

Fallecido Alvaro, quedan como sus herederos la viuda, Elena, y seis hijos. En su testamento, después de nombrar albaceas, contadores partidores solidarios, dispone que éstos deberán cumplir las instrucciones que pueda dejar el testador y las que aparezcan entre sus papeles. Entre éstos se encuentra uno que dice, «y por último, a mi sobrina Serafina, quiero que se le asegure

(13) En el proceso, el demandado alegó oportunamente la excepción de la falta de personalidad de la madre para accionar en nombre de sus hijos naturales; no admitida la excepción en las sentencias de instancia, ella no se mantiene en el recurso.

(14) Atienden también a una obligación de conciencia, la de cumplir el mandato o la voluntad del causante, las Sentencias del Tribunal Supremo de 5 mayo 1958 y 13 noviembre 1962; referencias a la necesidad del requisito de la causa para la eficacia de declaraciones unilaterales de voluntad, en *El negocio jurídico*, § 273, págs. 213-214, y en el ANUARIO, XXIX-I (abril-junio), 1976, pág. 533.

su vejez, bien quedándose como hasta ahora con mi mujer o bien en casa de alguno de los hijos, pero en todo caso, y de no ser esto posible, se le asegure entre todos una cantidad mensual que le permita vivir sin agobios durante su vida». La dicha Serafina estaba como empleada doméstica en casa de Alvaro, recibiendo por ello un salario. Muerto Alvaro se revela imposible la convivencia de Serafina en casa de Elena.

En el cuaderno particional elaborado por los albaceas contadores partidores, estimando éstos los antes mencionados papeles privados del testador, se entiende que existía una manda o legado a favor de Serafina y a cargo de Elena. Esta impugna judicialmente dicho cuaderno particional por no estar en general conforme con las adjudicaciones hechas.

Serafina demanda a Elena pidiendo se le condene a abonarle 5.000 pesetas al mes, vitaliciamente, cantidad revisable anualmente y de conformidad al coste de la vida, afectando un bien determinado para su pago. Elena se opone. En primera instancia se desestima la demanda, fallo que será confirmado en el de la Audiencia.

Contra esta sentencia se interpone recurso de casación por infracción de ley, alegando como primer motivo haberse infringido el artículo 1.254 en relación con el 1.114 del Código civil, así como la doctrina de las sentencias del Tribunal Supremo de 15 enero (1) y 25 marzo 1957; y como segundo motivo, la aplicación indebida de los artículos 609, 660, 672 y 687 del Código civil.

2. La sentencia del Tribunal Supremo.

Es un hecho frecuente el que lleguen al Tribunal Supremo, para su decisión, recursos que debieran rechazarse en trámite de admisión. Por ello, dicho Tribunal rechaza entonces el recurso considerando que las causas de inadmisión lo son necesariamente de desestimación; lo que tendrá por consecuencia el que se declare no haber lugar al recurso de casación sin entrar a considerar los motivos alegados.

En el primer considerando de la sentencia comentada se acusa al recurso de incurrir en un vicio de los que determinan la inadmisión. En efecto, el recurrente motiva su recurso primero en la infracción de los artículos 1.254 y 1.114 del Código civil, y segundo, consecuentemente, en la aplicación indebida de los artículos 609, 660, 672 y 687. Por el contrario, en la demanda se alega que lo ordenado por el testador en los papeles privados fue un legado, invocándose los artículos 774, 858 y 880 del Código civil (2); en la réplica se califica de estipulación en favor de tercero lo consignado en dichos papeles, con base en el artículo 1.257, párrafo 2.º del Código civil. De lo que resulta que la cuestión planteada en el recurso no fue objeto de controversia en la instancia; lo que es causa de inadmisión con arreglo al artículo

(1) Tal sentencia no se encuentra en *Jurisprudencia civil*. Edición oficial, comp., tomo LV, pág. 264.

(2) Así se dice en el considerando; aunque no se comprende bien el porqué de la cita del artículo 774, quizá sea debida a una errata. En la referencia que a la demanda se hace en los resultandos, se encuentra sólo la mención de los artículos 879, 4.º, 820 y concordantes.

lo 1.729, número 4.º, de la Ley de Enjuiciamiento Civil, como «cuestión nueva».

Mas en este pleito el Tribunal, a diferencia de lo que hace a menudo, no se ha limitado a señalar la existencia de la causa de inadmisión para rechazar el recurso, y en el segundo considerando, aunque advirtiendo que procede «a mayor abundamiento», se detiene en el estudio de dos temas. Primeramente se ocupa en destacar lo absurdo de calificar como estipulación a favor de tercero lo dicho en los papeles privados del testador, y ello se hace aunque en el recurso no se alega la infracción del artículo 1.257 del Código civil, ni se alude siquiera a la figura del contrato a favor de tercero; aunque, eso sí, lo fueran en el escrito de réplica. Después, y siempre como disquisición a mayor abundamiento, se trata de la motivación del recurso sobre la aplicación al caso de la tesis de la voluntad unilateral como fuente de obligaciones. Por la dificultad que ofrece para resumir lo dicho en la sentencia, dado el complejo de su contenido y lo sintético de su redacción, y también por el interés que pueda tener para valorar el enfoque que la doctrina jurisprudencial viene dando al tema, ha parecido que sería útil recoger literalmente la parte del segundo considerando que se ocupa de la cuestión de la eficacia de la declaración unilateral de voluntad. Dice así: «y la tesis de la voluntad unilateral como fuente de obligaciones, porque si ciertamente la ley no prohíbe que con ocasión de un testamento se contraigan obligaciones y se realicen actos permanentes y perfectos, con independencia del carácter revocable de lo que es materia propia de la testamentación, según tiene declarado este Tribunal, en Sentencia de veintitrés de noviembre de mil novecientos cuatro, y que a partir de la ley única del título dieciséis del Ordenamiento de Alcalá, se consagró el valor de las obligaciones, aunque no se hubiesen cumplido requisitos formales determinados, superando limitaciones que procedían de la «*stipulatio*» romana, de tal manera que en la actualidad nuestro ordenamiento jurídico el alma, vida y esencia de los contratos, queda reducida al consentimiento verdadero por la convención de voluntades, cual previene la Sentencia de esta Sala de doce de julio de mil novecientos veintinueve (3), con el consiguiente efecto de amparo del citado principio de la eficacia de la voluntad unilateral como fuente de obligaciones válidas, pues aunque la legislación española no contenga normas específicas referentes a ella, nada impide que pueda admitirse dentro del concepto definido por el artículo 1.254 del Código civil y dada la amplitud señalada en el artículo 1.255 del mismo cuerpo legal, como ya viene reconocido en la orientación jurisprudencial contenida en Sentencias de treinta y uno de octubre de mil novecientos veinticuatro, diecisiete de octubre de mil novecientos treinta y dos, veintiuno de junio de mil novecientos cincuenta y cinco (4); no obstante, para ello se precisa que el acto creado a medio de la unilateral declaración de voluntad se adapte a las exigencias formales legalmente establecidas y concretándose al supuesto contemplado por implicar lo pretendido por la

(3) Se refiere a contrato estableciendo censo consignativo.

(4) Sentencias estudiadas, con otras, en el ANUARIO, XXIX-I (abril-junio), 1976, págs. 570-575.

demandante recurrente un legado de alimentos enmarcable en el ámbito del artículo 879 del Código civil, que se pretende creado con base en documentos privados del testador, con concurrencia en éstos de los requisitos prevenidos para el testamento ológrafo, conforme exige el artículo 672 del citado cuerpo legal sustantivo y que no aparecen cumplidos, determinando en consecuencia la sanción de nulidad que tal precepto legal establece, como se deduce de lo que ya tiene proclamado esta Sala en Sentencias de veintinueve de septiembre de mil novecientos cincuenta y seis y nueve de febrero de mil novecientos sesenta y seis; aparte de que, en todo caso, la voluntad unilateral del causante de ella vendría alterada de estimarse la demanda inicial, desde el momento en que se haría recaer exclusivamente sobre la demandada cuando viene establecida, aunque sin posibilidad de efectividad jurídica según viene dicho, sobre ella y otros a los que en las pretensiones de la expresada demanda no se impone tal mencionada pretendida obligación de prestación de alimentos».

3. Comentario a la sentencia.

Las consideraciones que dedica esta sentencia a la declaración unilateral de voluntad nos advierte ella misma que han sido hechas a «mayor abundamiento». Carecen, por tanto, del valor propio de las que pueden servir para constituir doctrina legal, pero tiene la autoridad que le confiere la de los magistrados que la dictaron. De aquí el interés de recogerla y comentarla.

Parece claro que el sentenciador ha querido afirmar frente al recurso que, en todo caso, aunque no fuere el motivo alegado una «cuestión nueva», habría debido rechazarlo, y que así tendría que hacerlo para seguir la ya consolidada doctrina jurisprudencial (5). Conforme a ella, entiende que la eficacia de la declaración unilateral de voluntad como fuente de obligaciones tiene como fundamento el haber sido admitida por el concepto definido en el artículo 1.254 del Código civil (el de *contrato*), y cuyo amplio contenido señala su artículo siguiente; lo que equivale a referirse a la posibilidad de los *contratantes* de establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por convenientes (establecer una obligación unilateral). Conforme siempre a ello, la declaración de voluntad unilateral, para alcanzar eficacia vinculante, habrá de llegar a ser elemento de un contrato, el que para su existencia requiere el *consentimiento* de las partes, que habrá de manifestarse por la *aceptación* de aquel a quien se dirigiera la declaración.

El recurrente, rindiendo también tributo a la doctrina jurisprudencial, fundamenta su motivo en la inaplicación del artículo 1.254, entendiendo que se ha dado el requisito de la aceptación. Nos dice que la declaración de voluntad contenida en los papeles privados del causante va dirigida a la beneficiaria de la misma, su sobrina Serafina, y que ésta la acepta, como lo manifiesta el hecho de la interposición de la demanda.

El Tribunal no se ocupa de refutar este último argumento; seguramente por entender que ello resultaría supérfluo, dado lo evidente de su falta de

(5) Puede advertirse, leyendo el considerando, que las sentencias allí citadas no son posteriores a la de 1 de diciembre de 1955.

base, ya que para que exista el consentimiento se requiere que la aceptación concorra con la oferta contenida en la declaración (art. 1.262 C. c.). Además, lo que el causante dijera en aquellos papeles no iba siquiera dirigido a Serafina, no era una promesa que a ésta se le hiciera; no hubo, pues, una declaración de voluntad en el sentido jurídico del término, al no ser emitida, al no haber salido del ámbito privado de quien redactara lo escrito. Como ha dicho y repetido el Tribunal Supremo, para la eficacia de tales manifestaciones se requiere, ante todo, «el que se dirijan a personas determinadas a título dispositivo y no como mera enunciación de un propósito» (6). No habiendo asumido Alvaro ninguna obligación respecto a Serafina, ni aquél ni sus herederos, por tanto, hubieron de quedar obligados por lo dicho en el citado papel privado.

En el recurso se ha buscado amparo, como última «ratio», en la figura de la voluntad unilateral, por su apariencia omnicompreensiva, laxa y amorfa, mas sin éxito, por haber sido ella ya delimitada por la doctrina jurisprudencial, que considera vinculante «la obligación unilateral»; pero cuando ésta resulta de un contrato válido, es decir, llegado a su perfección al ser aceptada la oferta contenida en la declaración (7).

Ha resultado también vana «la cuestión nueva» planteada por el recurrente, por lo evidente de lo inexacto de su pretendida calificación de acto «inter vivos». Precisamente el que se trate de una disposición condicionada por la muerte de quien la hace (como se alega), impone el que haya de calificarse de disposición de última voluntad y, por tanto, a la que no se aplica el artículo 1.114 del Código civil.

Este pleito ofrece una ocasión para observar el porqué la doctrina, al estudiar las declaraciones unilaterales de voluntad, no se ocupa de las «mortis causa». La razón estará en que, en éstas, a diferencia de las «inter vivos», se trata de una declaración tipificada y para la que se establece un límite claro y llamativo a la libre eficacia de la voluntad, resultante de la exigencia del requisito de la forma, bajo sanción de nulidad (arts. 620, 687 C. c.). En el Derecho anterior al Código, la doctrina jurisprudencial atenuó la exigencia de la forma, como requisito intrínseco, para las memorias testamentarias (8); el Código, aunque no las prohíbe, declara nulas e ineficaces las que no reúnan los requisitos prevenidos para el testamento ológrafo (art. 672) (9).

En conclusión, como bien indica la sentencia comentada, los papeles privados que aparecen en el domicilio de Alvaro, después de su muerte, carecen de eficacia jurídica propia, al no estar revestidos de las formalidades

(6) Frase de la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de septiembre 1975, y recogida de la de 21 de marzo de 1957.

(7) Así, en la misma S. T. S. de 21 marzo 1957; única citada en el recurso, al menos en la referencia hecha en el resultando correspondiente de la sentencia comentada.

(8) De todos modos, la memoria debía contener la contraseña, lema o palabras con que se dijera en el testamento que aquélla sería encabezada. SÁNCHEZ ROMÁN, *Estudios de Derecho civil*, 1910, VI, 1.º, págs. 310, 311 y 318. Lo que no ocurre en el testamento de Alvaro.

(9) Es decir, se trata de que sea un nuevo testamento de forma ológrafa (S. T. S. 29 septiembre 1956).

del testamento ológrafo (10). Ni los albaceas contadores partidores ni los herederos quedaban obligados por lo que en ellos se dijera (11).

Su posible valor se reduce o consiste en que los herederos o uno de los herederos hubiera podido entender que en tal papel se expresaba un último deseo o ruego del causante y considerar que ello le creaba un deber de conciencia; entonces, una declaración unilateral del heredero, dirigida a la beneficiaria y aceptada por ésta, resultaría obligatoria en cuanto justificada por una obligación moral (12). Lo que no ocurrió en el caso de autos.

III. LA DECLARACION UNILATERAL DE VOLUNTAD EN EL FUERO NUEVO DE NAVARRA

En el ANUARIO, comentando una anterior Sentencia del Tribunal Supremo, se había creído poder decir que, conforme a los datos conocidos en Derecho comparado no se encuentra admitida la declaración o promesa unilateral (en sentido estricto, es decir, como vinculante, sin necesidad de aceptación), como fuente independiente de obligaciones, y que cuando se le menciona en los Códigos, esto se hace para declarar que ella carece de fuerza de obligar, fuera de los casos especialmente admitidos por la ley (1). Publicado el Fuero Nuevo de Navarra, se nos ha planteado la pregunta de si su regulación de la voluntad unilateral constituye una excepción en la corriente general de las legislaciones.

La cuestión ha venido a presentarse abiertamente cuando el maestro Albaladejo nos dice: «Yo nada tengo contra que, modificando el Código civil, se proclame en él que la voluntad unilateral es fuente. Lo ha hecho la Compilación navarra al decir en su ley 521 que "toda promesa sobre cosa y bajo condición lícitas obliga al que la hace desde que es objeto de publicación suficiente, aunque nadie haya notificado su aceptación"» (2).

La admisión de la declaración unilateral de voluntad, como fuente de obligaciones en la Compilación navarra, puede parecer confirmada por los textos de algunas otras de sus leyes. En la ley 7.^a, que nos dice «Conforme al principio "paramiento fuero vienze" o "paramiento ley vienze", la voluntad unilateral o contractual prevalece sobre cualquier fuente de Derecho...», y en la ley 515 que declara: «Son estipulaciones los actos por los que una persona, mediante su promesa, se hace deudora de otra sin que ésta quede contractualmente obligada a cumplir una contraprestación».

(10) Carencia de eficacia de la que habría de advertirle al testador el notario autorizante, pues se trataba de testamento abierto (art. 1.^o, pág. 2 y art. 194 Reg. not.).

(11) Por no tenerlo aquéllos en cuenta se pudo impugnar por Elena las operaciones particionales. En éstas, además, no se interpretaba bien el ruego de Alvaro, que entendía la carga referida a todos los herederos y no sólo a Elena. Por ello también hubiera podido oponerse por ésta a la demanda de Serafina la excepción de «litis consorcio» pasivo necesario.

(12) Sentencia del Tribunal Supremo de 17 octubre 1932, 5 mayo 1958, 13 noviembre 1962 y 6 marzo 1976.

(1) ANUARIO, XXX-I (enero-marzo), 1977, pág. 200.

(2) Loc. cit., pág. 12.

Ello, no obstante, me parece muy dudoso que el Fuero Nuevo admita la declaración unilateral de voluntad como fuente independiente de obligaciones. Me mueve a ello tener en cuenta algunas otras consideraciones. Antes de exponerlas tengo que decir que las hago con temor y desconfianza extremadas. Siempre será atrevido el intento de interpretar el Derecho navarro por quien es un «extraño» (3), y puede resultar hasta temerario cuando se trata de un Derecho como éste, tan innovador y desvinculado de las reglas en las que hemos sido educados los juristas de los territorios en que rige el Código civil (4). Por ello, lo que aquí se dice se hace con las máximas reservas, a la espera, y dispuesto a aceptarlas, de las lecciones de los eminentes foristas navarros.

La ley 521, como señala la rúbrica bajo la que se encuentra, no trata de las promesas unilaterales en general, sino que regula sólo la «oferta pública»; figura que como la «pollicitatio» romana recoge un caso de declaración tipificada por la costumbre y en la que se hace jugar una presunta aceptación (5). El Fuero precisa sus supuestos, entiende que se ha hecho bajo condición y, además, admite de modo implícito la facultad del promitente, en su caso, de revocar la promesa no aceptada (6). En fin, parece que habrá de pensarse que no tendría justificación el dictar una disposición especial para la oferta pública (como se hace en el Fuero) si toda declaración de voluntad unilateral se estimase vinculante para el promitente.

Las estipulaciones son definidas en la ley 515, y parece que lo en esta dicho no debe entenderse aisladamente, sino que habrá de interpretarse conforme a la tradición romana, de la que se recibe nombre y concepto. Habrá de pensarse, por tanto, que por estipulación se entiende el negocio en el cual una persona, el estipulante, se hace acreedora de otra, el promitente, a través de una pregunta solemne afirmativamente *contestada* por el deudor; se trata de un negocio *convencional*, en el que intervienen un acreedor y un deudor, pero no es un negocio bilateral, por cuanto no hay reciprocidad entre las partes, sino una sola *obligación unilateral* (7).

En fin, la ley 7.^a, en la que según dice la Exposición de Motivos se re-

(3) COVIAN advierte que ha de tenerse en cuenta la significación especial que se da a las locuciones siguientes: «Español, el comprendido como tal en la Constitución y en el Código civil, incluso el navarro. *Extraño*, el que sin ser navarro pertenece a alguna de las demás provincias del Reino. *Extranjero*, el que, según las reglas determinativas de la nacionalidad, no es considerado como español». *El Derecho civil privado de Navarra y su Codificación*, s. d., págs. 78-79.

(4) Compárese además lo dispuesto en la ley 6.^a.

(5) Sobre la doctrina común, *El negocio jurídico*, §§ 271, 272, págs. 211-213.

(6) Después de la frase antes citada, la ley 521 sigue diciendo: «Si el promitente no hubiese fijado plazo se entenderá mantenida la oferta durante el tiempo que parezca necesario según el arbitrio del Juez. Si una persona determinada hubiese notificado al promitente su aceptación antes de caducar la oferta, ésta se entenderá mantenida respecto al aceptante durante un año y día, a no ser que en el momento de la aceptación se hubiese convenido otro plazo».

(7) Se ha procurado recoger lo que nos enseña sobre la «stipulatio» el profesor D'ORS, *Elementos de Derecho romano*, Pamplona, 1960, § 247, página 302, cuya especial autoridad respecto al Derecho navarro es también indiscutible.

coge «el primer principio y fundamento de todo el Derecho navarro», tiene por finalidad afirmar la primacía jerárquica de la voluntad individual respecto de los mandatos de la ley y de la costumbre. La referencia a la voluntad unilateral parece habría de explicarse por la destacada importancia concedida a las estipulaciones (leyes 515-524), al lado de los negocios bilaterales.

Todavía puede observarse que «la libertad civil», calificada de «esencial en el Derecho navarro» (ley 8.^a), no parece resultar compatible con la eficacia ilimitada de las declaraciones de voluntad (8). La libertad de obligarse por una declaración unilateral de voluntad, para ser completa libertad civil, ha de ir unida a la libertad de retirar dicha declaración si ella no es aceptada oportunamente (9).

C. B.

(8) Lo que parece confirmado en la ley 523, al regular la estipulación a favor de tercero.

(9) Se es libre de dar la palabra para obligarse y se es libre de recoger la palabra dada mientras esta palabra no sea cogida por quien la reciba.

II. SENTENCIAS

A cargo de Antonio CABANILLAS, Jorge CAFFARENA, Pedro ELIZALDE, Gabriel GARCIA CANTERO, Angel LUCINI y Ricardo RUIZ SERRAMALLERA.

I. DERECHO CIVIL

Parte General

1. *Laudo de equidad: cómputo del plazo: máxima «dies a quo non computatur in termino»*: No puede admitirse que el árbitro designado dictó el laudo fuera del plazo de tres meses establecido en la escritura de compromiso, por cuanto que el árbitro aceptó el cargo el 6 de noviembre de 1975 y dictó el laudo el 6 de febrero de 1976, el último día de los noventa a los que equivale el plazo, porque fue fijado por meses, no determinados por sus nombres, y es evidente que a los efectos del cómputo, tanto en el caso de que se aplicara el art. 7.º C. c. como el art. 5.º del Título Preliminar reformado, ha de ser aceptado el de *dies civiles* o días completos, de conformidad, además, con la máxima, que ha llegado a constituir un auténtico principio general de que *dies a quo non computatur in termino*, según la cual ha de estarse al cómputo civil de días completos y no al natural de momento a momento, y así fue declarado en S. de 30 de enero 1974 en la que se recogen las de 4 de octubre 1962, 11 octubre 1963, 22 diciembre 1967 y 15 junio 1973.

Motivos taxativos de casación: Según SS. de 5 marzo y 4 mayo 1962, si en términos generales los motivos de casación son siempre taxativos, tanto más lo son en lo que atañe al excepcional y limitadísimo recurso de nulidad admitido por el art. 30 de la Ley de Arbitrajes contra los laudos dictados en los arbitrajes de equidad. (Sentencia de 1.º febrero 1977; no ha lugar.)

Como dice Espín, la exclusión del día inicial en los plazos también rige en otros ámbitos del ordenamiento jurídico, como el administrativo (art. 59 Ley Procedimiento Administrativo), procesal civil (art. 303 L.E.C.) y en el Reglamento del Registro Civil de 1958 (art. 6, ap. 2). El fundamento de esta regla es favorecer al que ha de cumplir una obligación o aprovechar un término al ampliarlo, no incluyendo el día inicial; pero también objetivamente la regla da mayor firmeza al cómputo del plazo al eliminar la posible incertidumbre o dificultad probatoria de la hora exacta de su iniciación, contribuyendo así a la seguridad jurídica (cfr. *Manual*, I, 6.ª ed., 1977, p. 481). Observa asimismo Lacruz que convencionalmente cabe computar el término móvil de momento a momento, aunque no es esto lo corriente; excepcionalmente el día inicial se cuenta por entero a efectos de la usucapion (art. 1.960, 3.º C. c.) y

de la mayoría de edad (art. 321 C. c.) (Cfr. *Elementos de Derecho civil*, 1, 1974, p. 291). Sobre la unificación legislativa operada por el nuevo art. 5.1. C. c. puede verse el juicio ampliamente favorable de González Pérez, *La norma sobre cómputo de plazos del Código civil y su aplicación al procedimiento y proceso administrativos*, en *Documentación Jurídica*, octubre-diciembre 1974, pp. 1299 ss. (G. G. C.).

2. *Decretos y reglamentos de la Administración*: la jurisprudencia de esta Sala tiene declarado de manera reiterada, que el recurso de casación en el fondo que autoriza el número 1.º del art. 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil carece de viabilidad, si las disposiciones que se invocan no tienen el carácter de leyes del Reino, como no lo tienen los decretos y reglamentos de la Administración.

Actos propios: El propio Ayuntamiento ha venido reconociendo la titularidad de la adjudicación en favor de dicho nombre empresarial, no pudiendo ahora ir contra sus propios actos. (Sentencia de 10 de marzo de 1977; no ha lugar.)

Derecho de la persona

1. *Título nobiliario: cesión con aprobación regia: eficacia: mejor derecho*: La cesión de un título nobiliario, efectuada en 1851 ante la presencia y con el consentimiento de los sucesores directos del cedente, y con la aprobación regia, implica una alteración en cuanto al orden de suceder de la primitiva concesión de 1690, pues lleva consigo la instauración de una nueva cabeza de línea, hecha justamente por quien puede conceder y quitar los títulos de nobleza, lo que otorga la condición de poseedor legal a quien de este modo los ostenta, y la consiguiente calidad de pariente más propinquo a quien resulta ser más próximo del mismo.

Irretroactividad del R. D. de 1912: A la cesión del título efectuada en 1851 no es aplicable lo dispuesto en el Real Decreto de 1912, que carece de eficacia retroactiva conforme a lo dispuesto en el art. 3.º del C. c. entonces en vigor; pero aunque se admita que la indicada norma se hubiera limitado a recoger la legislación antes vigente, hay que aclarar que lo hecho en 1851 reunió todas y cada una de las exigencias que luego se puntualizaron en 1912, ya que el propio recurrente no duda en admitir que medió la comparecencia, anuencia y consentimiento de todos los interesados como sucesores directos de quien cedía la merced, así como la aprobación regia que convalidaba y legalizaba el acto. (Sentencia de 24 de mayo de 1977; no ha lugar.)

2. *Impugnación de acuerdos de cooperativa de viviendas: defectos del recurso*: Las diferentes afirmaciones fácticas contenidas en algunos de esos fundamentos de la sentencia, no aparecen combatidos por vía adecuada en el presente recurso, por lo cual tienen que quedar incólumes, entre ellos los

siguientes: a) conocimiento por los demandantes, antes del ingreso en la cooperativa, del acuerdo que ahora impugnan; b) exclusión de todo fin de lucro en el señalamiento de esas llamadas primas; y c) y no rompimiento del principio igualatorio de los asociados en proporción a sus aportaciones respectivas.

Impugnación de acuerdos: extemporaneidad: primas o cuotas de entrada: principio de igualdad y proporcionalidad de las cuotas: ingreso en la cooperativa con conocimiento de sus derechos: Sentado lo que antecede, caen por su base todos los motivos del recurso: a) los cuatro primeros, porque precisamente se apoyan en la nulidad del acuerdo extemporáneamente impugnado, y en la existencia del lucro en esas llamadas primas que se fijaron para los socios que ulteriormente entraron en la cooperativa; b) el quinto, porque no ha existido pago de primas por los demandantes, sino pago de cuotas de entrada, cuya fijación se había hecho de antemano, con determinación de derechos de adjudicación de sólo viviendas; y c) el sexto, porque no se ha roto el principio igualatorio entre los socios por la circunstancia de que cada uno recibe su adjudicación en proporción a su respectiva cuota, por lo cual los que sólo adquirieron y pagaron cuotas para vivienda no pueden tener derecho a que se les adjudiquen locales comerciales a los que, cuando advinieron a la cooperativa, sabían que no adquirirían derecho.

Naturaleza del art. 41 de la Ley de Cooperativas de 1942: El expresado artículo 41 es meramente enunciativo.

Principio de igualdad y proporcionalidad a las aportaciones: La predicada igualdad entre los socios cooperativistas no impide que cada uno de ellos disfrute de sus derechos en proporción a su respectiva aportación, como se previene en el art. 4.º del Reglamento de 11 de noviembre de 1943 que regulaba las relaciones de los demandantes con la cooperativa demandada. (Sentencia de 25 de enero de 1977; no ha lugar.)

3. *Defecto en la interposición del recurso:* Es doctrina reiterada de esta Sala, que incurre en la causa de inadmisión sexta del art. 1.729 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, el motivo que, fundado en la infracción del art. 1.281 del C. c., no cita concretamente cuál de los dos párrafos que lo integran se considera vulnerado.

Calificación del negocio jurídico: Es doctrina reiterada de esta Sala, que los negocios jurídicos no deben ser calificados con arreglo a la denominación que se les atribuya, sino conforme a su verdadero contenido. (Sentencia de 21 de mayo de 1977; no ha lugar.)

4. *Autocontrato: su admisión y limitaciones:* La figura del autocontrato o contrato consigo mismo, si bien no aparece recogida en nuestro Ordenamiento jurídico positivo de manera explícita, está reconocida, tanto por la doctrina científica como por la legal con carácter general, aunque no es admitida, aparte de las que se entienden como específicas prohibiciones, contenidas en nuestro C. c. (arts. 165, 236, núm. 2.º, 275, núms. 3.º y 4.º) y Código de comercio (arts. 135, 136, 267), tanto por analogía con los supuestos pre-

vistos en dichos preceptos, como para evitar el posible abuso que por parte del representante pudiera dar lugar, en aquellos casos de incompatibilidad de intereses, entre los propios del representado y del representante, a no ser, conforme a la doctrina jurisprudencial, se acredite la existencia de poder expreso para ello, o que de los términos en los que aparezca extendido el poder con el que el representante actúa, permitan calificarle de adecuado, suficiente o bastante para poder celebrar consigo mismo. (Sentencia de 23 de mayo de 1977; no ha lugar.)

5. *Tercería de dominio: venta simulada para impedir embargo: causa torpe: sus efectos, según el art. 1.306 del C. c.: cuestión nueva:* Al declararse probado por el Tribunal *a quo* en la sentencia recurrida, que las máquinas objeto de reivindicación en la tercería de dominio de que estas actuaciones proceden, son de la propiedad de la entidad actora y que la transmisión realizada por ésta a favor del recurrente, fue meramente aparente y no real, y, al estimar inexistente aquella transmisión por falta de causa, de acuerdo con lo prevenido en el art. 1.275 del C. c., dicho Tribunal no ha incurrido en la infracción que, al amparo del número 1.º del art. 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil se denuncia, no sólo porque tal consecuencia se deduce del sentido literal del propio art. 1.275 antes citado, que considera inexistentes los contratos celebrados con causa torpe o ilícita, como lo serían aquellos cuya finalidad consistiera en evitar que los acreedores pudieran embargar la maquinaria de la sociedad vendedora, que es lo sucedido en el supuesto que aquí se contempla, sino también porque el problema suscitado en el recurso no se planteó durante el período expositivo del pleito, por lo que constituye una cuestión nueva, encajable en el núm. 5 del art. 1.729 de la L.E.C. y determinante de sus desestimación, aparte de que la regla 2.ª del art. 1.306 del C. c. no es aplicable cuando la nulidad de un contrato se funde en su simulación o cuando sólo uno de los que lo suscribieron entregó algo. (Sentencia de 24 de enero de 1977; no ha lugar.)

Derechos reales

1. *Acción reivindicatoria: defectos del recurso: incongruencia:* Ejercitada acción reivindicatoria de ciertas parcelas del Monte Picato y estimada parcialmente la demanda por la Audiencia, el motivo del recurso por el que se denuncia vicio de incongruencia amparado en el núm. 2.º del art. 1.692 de la L.E.C. no puede prosperar porque no tiene su amparo en el núm. 2.º sino en el 3.º, y aunque así no fuera el resultado sería idéntico, porque la congruencia no exige que el Tribunal se ajuste estrictamente a las peticiones de las partes sino a su esencia.

Usucapión: prescripción inmemorial: Bastaría para desestimar los restantes motivos tener en cuenta que la sentencia recurrida se funda para reconocer la usucapión, en la posesión inmemorial para los causantes de las

actoras de las parcelas reivindicadas con la fecha inicial de 28 de mayo de 1887, cuya situación continuaba en el año 1888 según documento aportado también a los autos que sirvieron de base al convenio celebrado en 28 de mayo de 1919 entre partícipes del «Monte Picato» en el que se determinó la porción que correspondía al causante inmediato de las reivindicantes, frente a cuyos títulos el Ayuntamiento demandado no justifica nada hasta el año 1950, hechos que no se impugnan eficazmente.

Prueba: Catastro: El motivo que denuncia error de derecho en la apreciación de la prueba no puede prevalecer, porque frente a la apreciación conjunta de la prueba, no es válido en casación desarticularla, para dar a uno de sus elementos, el Catastro mandado formar por el Marqués de la Ensenada en los años 1752 y 1753, una fuerza preponderante. (Sentencia 12 de marzo de marzo de 1972; no ha lugar.)

2. *Tercería de dominio:* Ya declaró esta Sala que el artículo 1.532 de la Ley de Enjuiciamiento Civil no contiene norma alguna que pueda servir para decisión de las tercerías, y el art. 1.537 de la misma Ley, de carácter meramente procesal, se concreta a fijar un requisito para que la demanda de tercería logre su admisión a trámite.

Defectuosa interposición del recurso: Debe desestimarse el recurso porque no se concreta el concepto en que se supone cometida la pretendida infracción, exigencia ineludible del art. 1.720, párrafo 1.º, de la Ley de Enjuiciamiento Civil. (Sentencia de 18 de marzo de 1977; no ha lugar.)

3. *Doctrina de los propios actos:* Resulta rectamente aplicada por el Tribunal «a quo», ya que el recurrente, conociendo la situación de la parcela al comprarla, así como al solicitar posteriormente licencia para edificar acogándose al nuevo plan de rectificación de alineaciones, pretende hacer valer la existencia de una calle particular que el citado plan había hecho desaparecer; sin que pueda utilizarse como apoyo exclusivo de la postura contraria la mera falta de rectificación de la inscripción registral.

Hechos declarados probados en Primera Instancia: No pueden quedar desvirtuados cuando los únicos documentos que se alegan fueron valorados e interpretados por el Tribunal, junto con el resto de las probanzas, y además vienen a confirmar tal declaración. (Sentencia de 11 de junio de 1977; no ha lugar.)

4. *Deslinde de la zona marítimo-terrestre:* Es principio general que no resuelve más que un problema de límites, de determinar hasta dónde llega, sin que pueda ser determinante de declaraciones de propiedad, ni tan siquiera de posesión, que sólo procede decidir en el correspondiente juicio declarativo ante la jurisdicción civil. La aceptación del deslinde administrativo lo único que revela es la existencia de una actividad delimitadora en el exclusivo ámbito administrativo, pero no una atribución dominical en favor del Estado (cita las SS. de 20 de noviembre de 1959, 18 de junio de 1965, 21 de octubre y 1 de diciembre de 1966, 19 de junio y 6 de noviembre de 1967, 16 de marzo de 1968 y 23 de enero y 2 de mayo de 1969.)

Derechos legalmente adquiridos por los particulares sobre la Z.M.T.: Las reservas que en relación con estos derechos contienen los arts. 1.º de la Ley de Puertos de 1928, 1.º de la Ley de Costas de 1969 y 299 de la Ley de Aguas de 1866, no deben entenderse limitadas a los producidos por concesiones de uso y aprovechamiento o de propiedad por la soberanía real, sin incluir los derivados de actos posesorios por vía de prescripción adquisitiva, ya que «donde la norma jurídica no distingue, no se debe distinguir».

Demanialidad de la Z.M.T.: La consideración de esta zona como dominio público, con sus notas de inalienabilidad e imprescriptibilidad, tiene su génesis en la Ley de 7 de mayo de 1880, de Puertos, por lo que con anterioridad a ella era posible la atribución de dominio en favor de particulares sobre terrenos posteriormente integrados en la referida zona. (S. de 1 de diciembre de 1966).

Desafectación natural o degradación, de bienes de dominio público: En relación con situaciones anteriores a la Ley de Puertos de 1880, era posible a los particulares adquirir bienes inicialmente destinados al uso público sin acto formal de desafectación, sino simplemente por la circunstancia de que el bien altere sus condiciones físicas y sea desplazado del normal destino a uso público. Posibilidad cerrada con posterioridad a la entrada en vigor de la citada ley, dada la consideración demanial que se atribuyó a la zona marítimo-terrestre.

Doctrina jurisprudencial sobre la materia: La doctrina contenida en las SS. de 28 de noviembre de 1973, 2 de julio y 3 de junio de 1974, 7 de mayo de 1975 y 23 de abril y 2 de diciembre de 1976, afirmando la imprescriptibilidad e inalienabilidad de la Z.M.T., no obsta la tesis reflejada en la presente, que se refiere específicamente a la posibilidad de propiedad particular por causa de prescripción adquisitiva producida con anterioridad a la repetida ley de 1880, que dio conformación física a lo que pasaría a quedar integrado como tal zona.

Carga de la prueba: El deslinde administrativo de la Z.M.T., consentido por la demandada, produce el efecto de desplazar, sobre quien pretenda dominio privado con relación al terreno que comprende, la carga de la prueba, pero sólo sobre la base de que el bien en cuestión persista en su destino al uso público, y no lo hubiesen perdido en favor de un particular que lo adquirió privativamente. (Sentencia de 4 de junio de 1977; no ha lugar.)

5. *Ley aplicable en el tiempo:* Los preceptos que deben aplicarse en relación con la finca litigiosa son los de la Ley de Mostrencos de 1835, que regían en 1961, cuando se dice que se realizó la primera adquisición de la misma, y en cuya fecha ya figuraba incluida en el Catastro Topográfico Parcelario como perteneciente al Estado.

Atribución de bienes al Estado: Correspondiendo al Estado los bienes detentados o poseídos sin título legítimo por los particulares, con arreglo a la Ley de Mostrencos, al Estado basta para su reivindicación demostrar que los demandados no eran dueños legítimos de la parcela litigiosa. (Sentencia de 15 de marzo de 1977; ha lugar.)

El Estado, como consecuencia de denuncia formulada por un colindante, reivindica una finca que le pertenecía como bien patrimonial al atribuirsele el dominio de los inmuebles vacantes.

El demandado pretendió consumir la usurpación de la finca por medio de una venta ficticia, logrando luego la inmatriculación en el Registro de la Propiedad por la vía del art. 205 Ley Hipotecaria.

NOTA: Interesa consignar los preceptos aplicables al caso. La Ley de Mostrencos, aprobada por R. D. de 16 de mayo de 1835, dispuso:

«Art. 3: También corresponden al Estado los bienes detentados o poseídos sin título legítimo, los cuales podrán ser reivindicados con arreglo a las leyes comunes.

Art. 4: En esta reivindicación incumbe al Estado probar que no es dueño legítimo el poseedor o detentador, sin que éstos puedan ser compelidos a la exhibición de títulos, ni inquietados en la posesión hasta ser vencidos en juicio.»

La Sentencia parece contraponer estos preceptos a los actualmente vigentes de la Ley del Patrimonio del Estado, de 1964, cuyo art. 22 prácticamente reproduce los citados; sin embargo, su párrafo segundo señala: «en esta reivindicación incumbe al Estado la prueba de su derecho...». Esta determinación no puede entenderse, frente al criterio implícito en la Sentencia, en forma distinta al art. 4 Ley de Mostrencos; al Estado incumbirá, ahora también, demostrar que se cumple el supuesto de hecho para aplicar la consecuencia jurídica que la L.P.E. señala, sin que pueda exigirse un título de dominio singular ya que la atribución es realizada directamente por la ley (Cfr. arts. 21 y 22 LPE). (P. E. A.).

6. *División de la cosa común: forma de practicarla:* Decretada por la sentencia recurrida la procedencia de la división de la cosa común y la forma de practicarla, esto es, haciéndose por peritos seis lotes de igual valor, uno de los cuales ha de escriturarse a nombre de los recurridos, y los otros cinco al de los recurrentes, debe prosperar el motivo invocado por éstos, quienes, conforme al párraf. 2.º del art. 402 del C. c. que reputan violado, proponen que no se divida la finca en seis lotes, como ordena la instancia, sino en dos de diferente valor; uno, que sea equivalente a la sexta parte del valor total, que se adjudique al recurrido y otro, que comprenda el resto de la finca, que se le adjudique a los recurrentes; y ha de prosperar el motivo pues realmente la finca, formada por la agrupación de otras dos que pertenecían pro-indiviso a ambas partes contendientes, al cesar la comunidad, ha de dividirse sólo en dos partes, que es el número de partícipes, si bien esas partes han de ser desiguales; medida de desigualdad cuantitativa o «ad valorem» representada en cuotas ideales equivalentes a sextas partes. (Sentencia de 19 de febrero de 1977: ha lugar.)

7. *Defecto de la demanda: falta de aportación de documento básico:* Formulada la demanda sin dar cumplimiento a lo ordenado en el art. 504 de la L.E.C. por no haberse acompañado copia de la escritura pública de constitución de hipoteca que inserta la cláusula undécima de supuesta condicionalidad de la obligación, necesidad procesal en este caso indiscutible porque la Entidad codemandada no intervino en el otorgamiento de la expresada escritura y era procesalmente necesario que tuviera desde un prin-

cipio noticia exacta del fundamento en que se asienta la demanda, ello bastaría para desestimar este recurso.

Validez de juicio ejecutivo con cesión de remate: hipoteca en garantía de obligación sujeta a condición suspensiva: interpretación del contrato: Es desestimable la denunciada violación del art. 1.114 del C. c., así como de los arts. 142 y 143 de la Ley Hipotecaria y 238 de su Reglamento, porque el único significado atribuible a la citada cláusula undécima de la escritura es el de que los interesados estaban conformes en que la sociedad hipotecante pagase a razón de 296 ptas. por cada metro cuadrado de la extensión real de la finca hipotecada, porque si se admitiese su sentido literal, teniendo como tiene la finca menor extensión de las 17 hectáreas, no podría exigirse jamás la suma correspondiente a la superficie inscrita, y toda vez que el documento privado que complementa dicha cláusula, reúne el requisito de acto coetáneo y posterior a la misma, es evidente que de conformidad con los arts. 1.281, párraf. 2.º y 2.282 del C. c., debe darse preferencia al espíritu del acuerdo sobre las palabras de éste y se obtiene así la convicción de que la supuesta condición de exigibilidad del crédito de 18.700.000 ptas. *no es realmente condición*, sino estipulación de que el acreedor puede cobrar tal cantidad en el caso de que la cabida real de la finca sea 17 hectáreas, y de que siendo menor, quedaría a disposición de la entidad deudora el exceso de lo que en ejecución de la hipoteca se obtuviere. (Sentencia de 2 de febrero de 1977; no ha lugar.)

NOTA: Los antecedentes de hecho de esta Sentencia pueden sintetizarse así: La entidad demandante, luego recurrente, P., S. A., convino con B la compra de una finca, propiedad de este último. En garantía del pago del precio, que quedó aplazado, se estableció una hipoteca en la que figuraba una cláusula según la cual la cantidad a pagar por la sociedad compradora e hipotecante se fijaba a razón de 296 pesetas por metro cuadrado, subordinando la obligación a la «condición» de que se acreditase por el vendedor que la finca vendida tenía más de 17 hectáreas, para lo que éste inició el expediente de dominio en el que hubo oposición por parte de P., S. A. Vencido el plazo e impagado el precio, B ejecutó la hipoteca y cedió el remate a otra sociedad también demandada por P., S. A. en el pleito en el que ésta última pretende se declare nulo el juicio ejecutivo, tramitado conforme al art. 131 de la L. H. y la cesión del remate. Desestimada la demanda en Primera Instancia y en la Audiencia, el Tribunal Supremo también desestima el recurso de casación. (A. L.)

Obligaciones y contratos

1. *Extinción de contrato: novación extintiva: contratos independientes y autónomos:* Cuando el tenor literal de dos contratos demuestra que se trata de dos contratos independientes y autónomos, sin que por ningún lado figure que uno es complemento o modificación del otro, se produce la extinción por novación del primero de acuerdo con lo preceptuado en los arts. 1.156 y 1.204 del C. c., pues, aunque los sujetos sean los mismos, este efecto se

produce a pesar de no haberse declarado terminantemente, como lo exige el art. 1.204 cuando hay incompatibilidad entre las obligaciones a que se refieren. Tampoco pueden subsistir las obligaciones accesorias del contrato extinguido cuando no concurre el supuesto contemplado en el art. 1.207 de nuestro primer Código sustantivo, de que aprovechen a tercero que no hubiese prestado su consentimiento. (Sentencia de 5 de abril de 1977; ha lugar.)

2. *Interpretación de los contratos: términos claros:* Habiendo de reputarse términos claros aquellos que no dan lugar a duda alguna, ni precisan para su comprensión de razonamiento de ninguna clase, siendo por sí mismos lo bastante lúcidos para no poder ser entendidos más que en un único sentido.

Error de derecho en la apreciación de la prueba: Para demostrar tal error es preciso citar la ley referente a la valoración de la prueba que ha sido infringida por la sentencia recurrida.

El art. 1.281, párraf. 1.º del C. c., no contiene norma alguna de valoración de prueba.

Error de hecho en la apreciación de la prueba: No son auténticos a efectos de casación los mismos documentos que el juzgador examinó, interpretó y tuvo en cuenta para emitir su fallo. (Sentencia de 4 de junio de 1977; no ha lugar.)

3. *Incumplimiento de contrato: cuestión de hecho:* El T. S. tiene declarado, entre otras, en las SS. de 19 de febrero y 21 marzo de 1969, 12 diciembre de 1974 y 17 febrero de 1977, que el incumplimiento del contrato es una cuestión de hecho, habiendo de estarse en casación, respecto a la determinación de quién dejó de cumplirlo, a lo resuelto por el Tribunal sentenciador, a menos que prospere la impugnación que se pueda formular al amparo del núm. 7.º del art. 1.692 de la L.E.C.

Obligaciones accesorias: contrato de compraventa: Hay que entender que una obligación es accesoria en relación con las obligaciones propias de la compraventa, cuando no es querida como equivalente de éstas y, en definitiva, cuando no existe entre las mismas una mutua condicionalidad.

Interpretación de los contratos: Según conocida, por lo reiterada, doctrina del T. S., la interpretación del contenido clausular de los negocios jurídicos es privativa del Tribunal de Instancia y debe, por ende, ser respetada en casación cuando resulta lógico y no desorbitado el texto interpretado con exégesis atentatoria a la letra y espíritu del mismo. (Sentencia de 20 de junio de 1977; no ha lugar.)

4. *Resolución de contrato por incumplimiento: efectos:* La retroacción total de sus efectos al momento mismo del nacimiento del contrato no se corresponde con la esencia de la figura, porque toda resolución de esta clase, bien sea expresa, bien sea tácita, no es un supuesto de invalidez originaria cual sucede en los casos de nulidad absoluta en que el acto viene a quedar como si nunca hubiese existido, no produciendo por tanto efecto alguno

(«quod nullum est nullum producit effectum»), sino que produce una ineficacia sobrevinida, es decir, que existe un contrato válido (como lo es aquí) que luego, por una causa posterior (en este caso incumplimiento) deja de producir sus efectos; y además, porque durante el tiempo de su vigencia puede haberse producido alguno, sobre todo cuando las obligaciones que del mismo nacen son de hacer o no hacer, cual sucede en el contrato contemplado, y entonces, a tenor de lo que dice en el último párrafo del art. 1.123 del C. c., hay que estar a lo dispuesto en el párrafo segundo del 1.120 del propio cuerpo legal, según el que «los Tribunales determinarán en cada caso el efecto retroactivo de la condición cumplida».

Resolución...: Indemnización de daños y perjuicios: Es imprescindible precisar con exactitud y acreditar debidamente el daño y perjuicio que se alega, lo que no es compatible con la mera alegación y mucho menos, cual en este caso sucede, con ponerlo en relación y hacerlo depender «en más o menos» del resultado de la liquidación que se practicara, en el período ejecutorio, de la sociedad existente.

Interpretación contractual: 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. (Sentencia de 28 de junio de 1977; no ha lugar.)

Resolución por incumplimiento de contrato de sociedad para la explotación comercial de agua mineral.

5. *Compraventa de chatarra: resolución por incumplimiento: prueba de los perjuicios:* Probado que por documento privado los demandados se comprometieron a entregar a la entidad actora cierta cantidad de chatarra, por precio determinado y dentro de un plazo, fijado primeramente en noventa días y luego prorrogado cuarenta y cinco días más, vencido el cual los vendedores hicieron imposible el cumplimiento de modo voluntario y consciente, al haberse quedado sin mercancía de la misma clase, por haberla vendido a otros compradores, produciendo a la actora perjuicios consistentes en la diferencia de precios que, en cuanto a los aludidos géneros, regían en las fechas de admisión de la demanda con relación a los pactos en el contrato de compraventa, diferencia que por sí sola da lugar a que deba condenarse a los actuales recurrentes a su resarcimiento, según criterio mantenido por SS. de 14 octubre 1905 y 14 febrero 1964.

Carga de la prueba: valor de los principios generales del Derecho: Los principios generales del Derecho son aplicables únicamente en defecto de ley o costumbre, según expresa el artículo 1.4. C. c.; e invocado el de que *actore non probante, reus est absolvendus* hay que decir que el problema relacionado con la carga de la prueba se regula en el artículo 1.214 C. c. por lo cual el indicado no es susceptible de casación, según se desprende de las SS. de 14 octubre 1958 y 20 marzo 1972; y aunque se estimara infringido el art. 1.214, este precepto legal por su carácter genérico no permite el éxito de un recurso de esta clase más que en el supuesto de que la Sala sentenciadora hubiera invertido dicho principio, pero no en aquellos otros

en los que lo realmente pretendido es combatir la valoración de la prueba realizada por el Juzgador, sustituyéndola por el criterio particular del recurrente (SS. de 21 diciembre 1965 y 7 enero 1966), máxime cuando tal mutación se intenta a través del número 1.º, y no del 7.º, del art. 1.692 LEC. (Sentencia de 31 de marzo de 1977; no ha lugar.)

6. *Pacto de retro: ejercicio o rescate del mismo por uno de los herederos del vendedor en nombre propio: su naturaleza:* Dado que en el documento privado que se dice de rescate no se presenta la heredera del vendedor para rescatar en nombre de la comunidad hereditaria, sino por sí sola, accediendo los herederos del comprador con pacto de retro al rescate total sin exigirle que ratificara su condición de heredera y sin objeción alguna, como pudieron hacérsela, en virtud de lo dispuesto en el párrafo segundo del art. 1.514 del C. c., en cuanto a la seis restantes séptimas partes, hay que admitir que la adquisición reviste, no obstante las palabras empleadas en el documento, los caracteres de una voluntaria enajenación llevada a cabo por los herederos de ambas partes. (Sentencia de 30 de octubre de 1976; no ha lugar.)

7. *Retracto de colindantes: rescisión por lesión «ultra dimidium» en Cataluña: excepción de cosa juzgada:* Seguido un juicio de retracto entre los litigantes, y concluido el mismo por sentencia firme declarando haber lugar al retracto y que el precio a abonar habría de ser el de 125.000 pesetas asignadas en la escritura de transmisión—y no las 825.000 a que asciende el precio real—a reserva de la acción a complementar este importe hasta el justo precio, otorgada la correspondiente escritura el 11 de julio de 1973 y ejercitada seguidamente la acción rescisoria «ultra dimidium», no puede sostenerse que ésta se halle afectada por la excepción de cosa juzgada, ya que por el contrario, la sentencia en que se apoya la excepción cualquiera que fueren las razones en que se fundare, lo que sí está claro es que quedó excluida de su fallo toda cuestión en relación con el derecho del actor a reclamar sobre la lesión sufrida entre lo satisfecho por el demandado y el verdadero valor de la finca y consiguiente perjuicio sufrido, a cuyo resarcimiento va encaminada la acción «ultra dimidium», que regulan los artículos 323 y siguientes de la Compilación de Derecho civil catalán y que se ejercita de presente por lo que ha de ser desestimado el motivo.

Retracto de colindantes y rescisión «ultra dimidium: sus distintas finalidades: Frente a las alegaciones del recurrente, según las cuales la sentencia recurrida al rescindir por lesión el contrato objeto del presente juicio, «desconoce que lo pactado es la ejecución de un derecho real de retracto de colindantes declarado en concreto por el mismo Tribunal en fallo anterior», ha de tenerse en cuenta que en el presente juicio se ejercita una acción rescisoria al amparo de lo establecido en el art. 323 de la compilación de Derecho civil catalán, apoyándolo en que a través de la transmisión por venta en ejecución de la sentencia de retracto, se ha producido una lesión en más de la mitad del justo precio, es decir, del precio en que en el mercado normalmente se asigna a las fincas análogas a la que fue objeto de trans-

misión, acción específica, que, en cuanto a la determinación del precio justo y su finalidad, opera en distinto plano o campo del Derecho que la de retracto de colindantes, teniendo este último por finalidad facilitar la agrupación de terrenos rústicos cuando la finca enajenada no exceda de una hectárea de cabida, facilitando con ello la disminución del minifundio social de carácter general cubre actualmente la Concentración parcelaria, mientras que la acción rescisoria «ultra dimidium», institución en nuestra patria privativa del Derecho regional catalán, trata de evitar un aprovechamiento o enriquecimiento injusto, ante una excesiva desigualdad o desfase entre los desplazamientos patrimoniales de vendedor y comprador contraria a la justicia y equidad, el que conforme tiene reconocido la jurisprudencia, no se produce hasta que se celebra el contrato de compraventa o transmisión patrimonial, en el caso que motiva el presente juicio, al otorgarse la escritura de 11 de julio de 1973, momento en que puede producirse el expresado desfase en el patrimonio del vendedor, al acusarse la salida de lo que fue objeto de venta o permuta con una disminución en más de la mitad de su valor.

Retracto de colindantes y rescisión «ultra dimidium»: compatibilización de sus distintas finalidades: La compatibilización de ambas finalidades, la del retracto de colindantes de un lado y la de la acción rescisoria «ultra dimidium» de otro, puede tener lugar con la aplicación de lo establecido en el párrafo último del art. 325 de la repetida Compilación de Derecho Civil Catalán, que faculta al comprador para evitar la rescisión abonando en dinero al vendedor enajenante el complemento del precio o valor lesivo, con lo cual se restablece el equilibrio económico de las contraprestaciones, sin merma de la finalidad perseguida en el retracto y así lo establece la sentencia recurrida al fijar como precio justo el de 825.000 pesetas, facultando al demandado para que pueda evitar la rescisión, satisfaciendo a la actora la suma de 700.000 pesetas a que alcanza el complemento de precio o valoración hecha del mismo.

Actos propios: En el caso de autos nunca se dio contradicción alguna contra los propios actos del actor, ya que éste nunca renunció al ejercicio de la acción rescisoria, que la propia sentencia del retracto dejó a salvo. (Sentencia de 6 de diciembre de 1976; no ha lugar.)

8. *Interpretación de los contratos:* Y como tal interpretación (la de la sentencia recurrida sobre el contrato habido entre las partes litigantes) no se combate por el medio adecuado; esto es, acusando la infracción de alguna de las normas de hermenéutica contenidas en los artículos 1.281 al 1.289 del C. c. es llano que decae el primer motivo del recurso.

Arbitraje: El artículo 1.447 del C. c. no estatuye arbitraje alguno en el sentido procesal propio de esa institución, es decir, en el sentido de impedir a los Jueces y Tribunales conocer de la controversia sometida al fallo arbitral, sino pura y simplemente el de tener el precio por cierto cuando se ha dejado su señalamiento al arbitrio de persona determinada. (Sentencia de 21 de febrero de 1977; no ha lugar.)

HECHOS: Compraventa de piso con precio a señalar al arbitrio de persona determinada.

9. *Contrato de obra: extralimitación de poder: ratificación tácita: relatividad del contrato:* Aunque se acogiera la tesis de la extralimitación, invocada por los recurrentes, se daría el supuesto de la ratificación tácita prevista en el artículo 1.729 del C. c., en cuanto los demandados aceptaron en su provecho los efectos de lo ejecutado, hasta hacer declaración de obra nueva e incluso inscribir a su nombre el inmueble construido; luego, si de todo ello se desprende la relación contractual que une a actor y demandados, no se puede hablar de la relatividad y límite personal de los contratos a que se refiere el precepto invocado en el motivo (art. 1.257 del C. c.); y se hace patente que la obligación de pago que se reclama es cuestión a debatir exclusivamente entre actor y demandado, al quedar fuera de la misma la Comunidad de propietarios, y que, al haber obrado los poderdantes dentro de los límites del poder, el contrato es fuente de las obligaciones que del mismo surgieron para miembros de la Comunidad y Empresa Constructora. (Sentencia de 19 de enero de 1977; no ha lugar.)

NOTA: Para facilitar la comprensión de la doctrina recogida en el anterior extracto, conviene advertir, a modo de síntesis de los antecedentes de hecho, que, convenido un contrato de construcción de obra entre determinada Empresa Constructora y tres de los componentes de la Comunidad de propietarios del solar sobre el que se edificó la casa, quienes actuaron con poder notarial conferido por los demás, las desavenencias surgidas a propósito de la ejecución y liquidación de cantidades dio lugar a una transacción entre la Empresa y la Comunidad, con expresa oposición de dos de los comuneros, por lo que hubieron de ser demandados directamente por aquélla para reclamarles la parte proporcional, calculada con arreglo a su cuota, en la total liquidación adeudada.

A. L.

10. *Legitimación del Colegio de Arquitectos para reclamar los honorarios debidos a un arquitecto colegiado:* Estas entidades gozan de plena capacidad para actuar ante los Tribunales pretensiones de derecho material en favor de sus colegiados, e incluso para reclamar los honorarios profesionales correspondientes a los trabajos particulares realizados por éstos, que deben hacerlos efectivos por mediación de las mismas (art. 8 del Estatuto para el Régimen y Gobierno de los Colegios de Arquitectos), a quienes está encomendada la organización de los servicios necesarios para su cobro (apartado G del párrafo 2.º del artículo 3 del citado Estatuto). (Sentencia de 23 de marzo de 1977; ha lugar.)

Se discute si el Colegio de Arquitectos está legitimado para reclamar a la entidad demandada los honorarios debidos a un arquitecto colegiado.

La sentencia impugnada declaró que el Colegio de Arquitectos carece de legitimación. El Tribunal Supremo casó esta sentencia.

NOTA: Esta sentencia acoge la doctrina constante del Tribunal Supremo, representada por las Sentencias de 21 de noviembre de 1958, 8 de junio de 1972, 28 de febrero de 1973, 4 de octubre de 1974 y 29 de enero de 1976.

Los autores que han estudiado ese problema, aceptan esta doctrina jurisprudencial, poniendo de relieve que el artículo 8 del Estatuto para el Régimen de Gobierno de los Colegios de Arquitectos, aprobado por Decreto de 13 de junio de 1931, establece claramente que estos profesionales de la construcción están obligados a percibir sus honorarios por intermedio de los respectivos colegios (DE LA CÁMARA MINGO, *Tratado práctico del Derecho referente a la construcción y a la arquitectura. Derecho civil básico. Los contratos relacionados con la construcción*, Madrid, 1964, p. 515, y FERNÁNDEZ COSTALES, *El contrato del arquitecto en la edificación*, Madrid, 1976, páginas 206-208).

A. C.

11. *Cesión de créditos surgidos de contrato entre agencias de viaje: necesidad de liquidación del crédito cedido por resolución unilateral del deudor:* Se declara probado que, apenas transcurridos dos meses de vigencia del contrato de Agencia de Viaje, el demandado lo resolvió unilateralmente, lo que da lugar a la procedencia de liquidar el estado económico de las relaciones entre los contratantes, y que es efectuado por el juzgador de instancia, originando una deuda líquida y exigible a cuyo pago condena la sentencia y atribuye al actor en calidad de cesionario del crédito contra el demandado.

Inexistencia de compensación: Invocándose la aplicación del artículo 1.196 no se aduce la existencia de un crédito a favor del recurrente, ni su fundamento, que la sentencia hubiera reconocido, sino más bien, la realización de la liquidación y la fijación del saldo deudor llevan implícitamente consigo la afirmación de que el juzgador no estimaba que existiera una deuda del cedente en favor del deudor cedido.

Prueba: documentos referentes a sentencias extranjeras: No se está en el caso de ejecución de una sentencia dictada en país extranjero, la cual tendría fuerza en España si reúne las condiciones señaladas por la Ley de Enjuiciamiento Civil, sino del ejercicio de una acción personal sobre reclamación de cantidad, que la sentencia estima, en cuyos autos se aportan documentos referentes a sentencias dictadas en nación extranjera, estrictamente como elementos de prueba; es decir, se trata de elementos probatorios que el juzgador aprecia, no por el imperio de la nación que dictó en el extranjero las alegadas sentencias, sino por el del propio juzgador, dándoles el efecto probatorio que le atribuye su propia jurisdicción.

Defectos del recurso: La invocación del art. 1.526 C. c., que se reputa infringido en relación con el conjunto del ordenamiento jurídico español, incurre en confusión patente, aparte de no citar el concepto de la infracción; no pueden fundarse recursos de casación en artículos de la Ley procesal que regulan el trámite. (Sentencia de 26 de marzo de 1977; no ha lugar).

HECHOS: Aero Touristik Holding contrata con la empresa española Viajes B. un determinado número de reservas de plazas hoteleras, efectuando un pago anticipado de un millón de ptas., y a los tres meses de vigencia del contrato lo resuelve unilateralmente Viajes B. sin que se efectúe liquidación de cuentas. Por su parte, Federico Walter K. tiene determinados créditos

contra Aero Touristik Holding, obteniendo sentencia a su favor ante Tribunales alemanes. Dada la situación práctica de insolvencia de ésta se acuerda la cesión judicial en favor del señor Federico Walter K. del crédito que Aero Touristik ostentaba contra Viajes B., prohibiéndoseles a éste efectuar el pago al primitivo acreedor, todo lo cual se le hace saber por comisión rogatoria. El cesionario del crédito plantea demanda ante los Tribunales españoles contra el deudor cedido, quien se opone a la misma y por vía reconvenional alega la compensación. La demanda se desestima en primera instancia, obtiene éxito en apelación mientras la reconvenición es rechazada y el T. S. no da lugar al recurso.

Comentario: Se trata de un complejo supuesto de hecho en el que la alusión a determinadas instituciones procesales alemanas, que no se explican adecuadamente en la sentencia, da origen a cierta confusión.

Según los arts. 1.526 ss. C. c., no es obstáculo a la cesión de créditos el hecho de que el cesionario sea extranjero ni que la deuda esté expresada en moneda no nacional; en cuanto al último extremo no hay problema cuando se solicita la condena al equivalente en ptas. españolas según el cambio en vigor al tiempo del cumplimiento de la obligación (cfr. DÍEZ PICAZO, *Derecho civil patrimonial*, I, 1970, p. 471, autor que, sin embargo, hace algunas reservas a la opinión corriente). Tampoco parece constituir problema el hecho de que la cesión del crédito sea acordada por tribunal extranjero, cuya decisión viene a constituir el título *in concreto* de la transmisión del crédito y que cuenta con numerosos ejemplos en nuestra Ley procesal civil (cfr. CASTÁN, III, 1974, p. 300). Con acierto la sentencia dice que no se trata de la ejecución en España de una sentencia extranjera, sino del reconocimiento del valor probatorio de un título otorgado en el extranjero (como podría ser una escritura pública formalizada ante Notario extranjero). Alguna dificultad puede ofrecer la compensación alegada por el deudor cedido; no parece que éste consintiera en la cesión, aunque sí resulta que le fue notificada, por lo cual parece aplicable el párrafo 2.º del artículo 1.198 C. c. Ahora bien, entrando en el fondo de las relaciones entre cedente y cedido los tribunales españoles llegan a la conclusión de que el saldo era favorable a Aero Touristik Holding, y declaran el derecho del cesionario a percibir el crédito hasta el montante que fue señalado por el Tribunal alemán. (G. G. C.).

12. *Contrato complejo de suministro de áridos: suspensión de su recepción por dificultades administrativas: ausencia de incumplimiento:* No hay posibilidad de imputar incumplimiento contractual a ninguna de ambas partes, y, en particular, respecto al suministrado hay que tener en cuenta: a) que los incidentes surgidos fueron debidos a sus relaciones con la Administración en su calidad de empresa concesionaria de las obras del Plan Redia, por causa de expropiaciones fallidas; b) que no se le puede imputar dolo o culpa cuando reconoce la otra parte haberle anticipado a cuenta de futuros suministros hasta unos seis millones de pesetas; c) porque dadas las dificultades administrativas con las que tropezaba la demanda, tampoco cabe atribuirle actitud rebelde al cumplimiento del contrato, al solicitar

la suspensión de las obras justificada por dichas dificultades, y d) porque los términos del contrato no dan base para una rígida exigencia del cumplimiento contractual, cuando el ritmo de entrega estaba supeditado al de la obra.

Interdependencia contractual: Al ser interdependientes la relación contractual de suministro de áridos y la concesión administrativa, la resolución de esta última ha de repercutir necesariamente en el contrato de suministro, debiendo eliminarse toda intención aviesa en el demandado en lo que pudiera aparecer como voluntaria resolución de la concesión en perjuicio del suministrador. (Sentencia de 18 de febrero de 1975; no ha lugar).

Supuesto de hecho sumamente complejo en el que conviene destacar: 1.º) Que no se trata de un puro o simple contrato de suministro, sino que, de una parte, el suministrado ofrecía sus propias canteras para que el suministrador realizara la extracción de los materiales, y, de otra, anticipaba fuertes sumas para la adquisición de la costosa maquinaria especializada que dicha extracción exige; 2.º) Que ante la interrupción en la recepción de áridos, la sentencia del T. S., así como las de ambas instancias, han apurado el análisis de lo que Díez-Picazo denomina «factores etiológicos subjetivos» (*Fundamentos de Derecho civil patrimonial*, vol. I, Madrid, 1970, página 851), olvidando la dirección jurisprudencial de las SS. de 16 mayo 1941 y 25 noviembre 1946, según las cuales un incumplimiento debido a fuerza mayor también permite el ejercicio de la acción resolutoria; 3.º) Que el T. S. recoge con alguna vacilación la figura de los contratos conexos o coligados, que han sido poco estudiados por la doctrina española (cfr. MES-SINEO, *Il contratto in genere*, I, p. 719 ss.). (G. G. C.).

Derecho de daños

1. *Culpa extracontractual: muerte por caída en un pozo propiedad del ayuntamiento: ausencia de señales de peligrosidad: competencia de la jurisdicción civil:* La acción de reclamación de daños y perjuicios contra el Alcalde tiene por base el fallecimiento del esposo de la actora a consecuencia de su caída en un pozo situado en el mismo pueblo y propiedad del Ayuntamiento, carente de protección y de señales de peligrosidad, y como consecuencia de los términos en que se plantea la demanda, el fundamento de la misma y la invocación del art. 1.902 C. c., el pleito es competencia de la jurisdicción civil, ante la cual la parte actora ha de probar tanto el hecho dañoso como el ser debido a la negligencia de la parte demandada; no se trata del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, sino de la omisión de las medidas de seguridad cuya falta pone de manifiesto la negligencia de los que por sus funciones estaban obligados a adoptarlas. (Sentencia de 18 de abril de 1977; no ha lugar.)

Sobre los criterios, no siempre uniformes, sustentados por las diversas Salas del T. S. en orden a la jurisdicción competente para entender de las acciones de culpa extracontractual dirigidas contra la Administración en cualquiera de sus ramas, puede verse SANTOS BRIZ, *La responsabilidad civil*, 1970, p. 590 ss. En sentido favorable a la jurisdicción ordinaria véase la reciente S. de 5 marzo 1977, estimatoria del recurso (atropello de moto por camión del Ministerio del Ejército).

2. *Culpa extracontractual: daños ocasionados por tractor: responsabilidad solidaria de la compañía de seguros*: Según doctrina jurisprudencial establecida, entre otras, en SS. de 18 febrero 1967, 14 octubre 1969 y 26 marzo 1977, frente al perjudicado, la obligación del asegurado causante del daño y la del asegurador, es una obligación solidaria, y, por ende, el acreedor puede dirigirse contra cualquiera de los deudores solidarios o contra todos ellos simultáneamente, conforme a lo dispuesto en el art. 1.144 C. c. (Sentencia de 15 de abril de 1977; no ha lugar.)

Debe consultarse la S. de 26 marzo 1977, en la que con gran claridad y precisión se distingue entre el litisconsorcio pasivo voluntario, que el perjudicado puede crear con su demanda (supuesto aquí contemplado) y el litisconsorcio pasivo necesario, que no puede invocarse como excepción en este tipo de reclamaciones.

3. *Culpa extracontractual: daño moral causado por publicación, sin permiso, de fotografía de paciente de agomegalia: inexistencia de litisconsorcio pasivo necesario con la clínica que proporcionó la foto*: Tratándose en el caso de autos de la responsabilidad de una Editorial por el daño moral causado a la recurrida, al efectuarse la publicación, en una revista de difusión científica dirigida por ella, de su fotografía y de los detalles de la enfermedad incurable que padecía, cuestión que ella ignoraba por habérselo ocultado caritativamente sus médicos y sus familiares, no hay en los hechos probados la menor referencia a cómo llegaron a poder de la Editorial la fotografía y el diagnóstico, y al no darse por probado que la clínica en que fue atendida la demandante ha tenido la menor intervención en el hecho de la publicación, no existe base de ninguna clase para estimar indispensable su concurrencia a este juicio. (Sentencia de 11 de mayo de 1977; no ha lugar.)

NOTA: Dada la reiteración con que la jurisprudencia de la Sala 1.^a sanciona la reparación del daño moral, sólo queda por resaltar, en el presente caso, la especificidad del aquí producido, cuya génesis parece más bien relacionarse con la violación del derecho a la propia imagen, aunque la pobreza normativa del C. c. obligue a acudir a los preceptos de la culpa extracontractual. Ultimamente sobre el daño moral véase LACRUZ, *Elementos*, II-1.º, p. 214 s. (G. G. C.)

4. *Culpa extracontractual: responsabilidad civil por vertido de desechos de cantera aguas arriba de piscifactoria*: Afirmando la sentencia recurrida, sin impugnación eficaz en el recurso, que concurren los tres requi-

sitos exigidos para la apreciación de la culpa aquiliana, a saber, la acción u omisión culposa o negligente imputable a los demandados, el daño, y el nexo causal entre aquélla y éste, ha lugar a estimar la reclamación de daños y perjuicios.

Prueba: Apreciación conjunta: Cuando la prueba se ha apreciado en su conjunto, no le es dable al recurrente separar algunas de las probanzas para con apoyo en ellas acusar al juzgador de haber incidido en equivocación; aparte de ello la prueba pericial está sometida a la discrecional apreciación del Tribunal de instancia, sin que contra ella se dé la casación, por contener el art. 1.243 C. c. y el 632 de la Ley de Trámites unas reglas de tipo formal cuya infracción no constituye materia para este recurso extraordinario. (Sentencia de 24 de marzo de 1977; no ha lugar.)

Si ese «Derecho ecológico» del que ahora se habla tuviera alguna sustantividad, en él habría de figurar el caso resuelto por esta sentencia. Las canteras están situadas a unos 17 kilómetros del emplazamiento de la piscifactoría y cuentan con unas bolsas de sedimentación para recoger los materiales de desecho, arrastres, barro, etc., que se acumulan, y cuya apertura originó la muerte de muchos miles de alevines y jaramugos de trucha. (G. G. C.)

5. *Culpa extracontractual: colisión de vehículo con caballería: prescripción:* La referencia contenida en el artículo 1968-2.º al artículo 1.902 hay que aplicarla a todos los demás supuestos de responsabilidad civil contenidos en el cap. segundo del tít. XVI del libro IV, por lo cual la acción para exigir responsabilidad por los daños causados por los animales prescribe al año, no siendo de aplicación el plazo de quince años del art. 1.964.

«Dies a quo»: interrupción fuera de plazo: El Tribunal de instancia partió para el cómputo del plazo del año, del día en el que quedó firme el auto de sobreseimiento de las actuaciones penales, si bien contempló la posibilidad de que esa fecha pudiera ser el día en que se dictó el auto o en el que se puso por el Fiscal la fórmula de «Visto», declarando que en cualquiera de los supuestos la acción estaba prescrita cuando trató de interrumpirse el plazo mediante telegrama, lo cual no equivale a que la fecha de iniciación del cómputo no estuviese perfectamente determinada.

En el caso aquí resuelto se reclamaban los daños causados por la muerte y lesiones sufridas al colisionar un vehículo con unas caballerías que transitaban por la carretera. La acción se desestima por haber precrito. Probablemente habrá que replantear las posibles interferencias entre el artículo 1.905 C. c. y la Ley de Vehículos de Motor. No merece igual calificación que un vehículo arrolle a un rebaño, o que un animal embista a un automóvil. No puede ser juzgado igual el supuesto de aparición inopinada de animales en las vías públicas que cuando se advierte a los automovilistas de la presencia de toros bravos en las proximidades. La doctrina guarda silencio. (G. G. C.)

6. *Culpa extracontractual: responsabilidad por accidente de trabajo: Compatibilidad de la indemnización laboral con la civil:* Es reiterada doctrina jurisprudencial la compatibilidad entre el percibo de una indemnización declarada por la jurisdicción laboral y otra, que tanto puede obedecer a sentencia firme de orden penal como civil; por ello no es obstáculo para el conocimiento de los hechos por la jurisdicción ordinaria el que por la viuda y herederos del accidentado se hubiese percibido ya la indemnización que establece la legislación sobre accidentes de trabajo.

Responsabilidad civil de la Empresa por la muerte accidental de un obrero: La responsabilidad civil de la empresa por cuya cuenta trabajaba el obrero accidentado se basa en los artículos 1.902 y 1.903 C. c., cuyos requisitos se cumplen en este caso, dando origen a una indemnización independiente y perfectamente compatible con la sancionada en la legislación por accidentes de trabajo, efectivamente cubiertos por un contrato de seguro. (Sentencia de 13 de abril de 1977; no ha lugar.)

7. *Daños morales: impago injustificado de talón bancario: prueba:* Los daños morales ocasionados al demandante por el impago injustificado de un talón por la entidad bancaria, se dan por probados sin ningún género de dudas en la sentencia recurrida, y como la apreciación de su existencia y la fijación de su cuantía son facultades privativas de los Tribunales de instancia, es indudable que la decisión a que éstos lleguen acerca de los mismos no puede combatirse en casación por el núm. 1.º, sino por el número 7.º del art. 1.692 LEC (SS. de 2 febrero 1940, 16 mayo 1946, 24 octubre 1953, 8 abril 1958 y 23 enero 1964. (Sentencia de 6 de junio 1977; no ha lugar.)

Una Cooperativa en fase de liquidación entrega a un cuentacorrentista un cheque por valor de 100.000 ptas. contra el Banco X, el cual un mes antes se había hecho cargo de las operaciones y negocios de la Cooperativa, si bien el tomador ninguna relación contractual mantenía con el mismo. El actor pretendió hacer efectivo dicho cheque a través de otro Banco, en el que era titular de una cuenta corriente, siendo rechazado por el Banco X alegando no pertenecerle. Aparte de reclamar su importe, se reclaman daños morales «al privarle en su tiempo de disponer del dinero que necesitaba para el desenvolvimiento normal de sus negocios, al trascender aquel hecho, en mayor o menor extensión, a las personas interesadas en la actividad profesional de gestión que desarrollaba, al poder implicar en el Banco X la creencia de que el cheque entregado para su cobro era falsificado y al suponer dicho acto una apariencia del delito de entrega de cheque sin posesión de fondos si hubiera entregado algún talón para su cobro a tercera persona, con cargo a esa provisión de fondos». Lo entremillado pertenece al primer considerando de la sentencia anotada, y es suficiente para catalogarlo entre los daños que afectan a la reputación y crédito profesional de una persona (en el caso, Procurador de los Tribunales). Dice Lacruz, exponiendo la opinión mayoritaria de la doctrina, que «el Juez puede condenar al resarcimiento pecuniario del daño moral por el mismo título que el material no reparable *in natura*; la compensación

pecuniaria no trata de poner precio a un elemento invaluable, pero tampoco de poner una multa, sino de proporcionar al perjudicado los medios para equilibrar aproximativamente, con sensaciones agradables, el mal sufrido e irrevocable ya» (*Elementos*, II-1.º, 1977, p. 215). Véase también la S. de 11 mayo 1977. (G. G. C.).

8. *Culpa extracontractual: atropello de moto por camión militar: competencia de los tribunales ordinarios*: En la demanda se reclama indemnización de los daños y perjuicios causados por el conductor de un camión del Ejército de Tierra cuando iba en caravana cumpliendo un servicio oficial, al atropellar y causar la muerte a un individuo que circulaba conduciendo una moto por la misma carretera en dirección contraria; y aunque es cierto que el artículo 40 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado confiere a los particulares el derecho a reclamar de la Administración la indemnización de los perjuicios que «sean consecuencia del funcionamiento normal o anormal de servicios públicos», ello no guarda relación con este caso, en el que el daño se ha producido por una incidencia, marginal al servicio, provocada por la negligencia de unos agentes que intervienen en él, contra quien se dirige la acción civil nacida del art. 1.902 C. c., así como se ejercita también la acción directa contra el Fondo de Garantía y contra el Estado; por lo cual la atribución de jurisdicción ha de referirse a los Tribunales ordinarios según el art. 51 LEC tanto por la naturaleza de la acción ejercitada, como por la persona contra la que se dirige como principal responsable; lo que se corrobora por el artículo 45 de la propia Ley de Régimen Jurídico de la A. del Estado, que establece el régimen de exigencia de responsabilidad civil en ciertos casos, por la doctrina de la S. de 20 marzo 1975 y por el carácter atractivo de la jurisdicción civil ordinaria a que se refiere la S. de 15 octubre 1976.

Carácter de orden público: Al ser de orden público la cuestión de la atribución de la jurisdicción por razón de la materia, puede este Tribunal, sin incurrir en incongruencia, entrar a examinar la cuestión planteada en el primer motivo, no obstante su deficiente formulación, haciéndolo al amparo del precepto a que se refiere el artículo 76 LEC, y en su virtud, estimándolo, casar la sentencia de instancia en cuanto ha incurrido en defecto en el ejercicio de la jurisdicción, consistente en dejar de conocer de un asunto cuando tenía el deber de hacerlo. (Sentencia de 5 de marzo de 1977; ha lugar.)

9. *Culpa extracontractual: indemnización por muerte en colisión de vehículos: delito de imprudencia temeraria: reserva de acciones civiles*: Como ya estableció la S. de 25 febrero 1963, al reservarse el perjudicado, o reservarle la sentencia penal, el ejercicio de las acciones civiles derivadas del hecho delictivo, es indudable que quedan desligadas de la responsabilidad penal, y se rigen exclusivamente por las normas comunes de las obligaciones civiles.

Responsabilidad del asegurador: solidaridad: Si bien es cierto que la solidaridad no se presume, hay casos en que la ley la establece, bien como sanción de una falta o acto ilícito, o como interpretación de la voluntad de

las partes en garantía del acreedor, como ocurre en el contrato de seguro, en el que las responsabilidades del asegurador consisten en la obligación de asumir el riesgo, y desplazar sobre su patrimonio el que pesaba sobre el asegurado, por lo que, al existir unidad de objeto en el asegurador y asegurado, se produce la solidaridad (SS. 23 abril 1903, 23 junio 1963, 18 febrero 1967 y 14 octubre 1969).

Carácter contractual y directo: El recurso confunde dos problemas, el de la responsabilidad civil subsidiaria en que incurren las personas que deben velar por la actuación de aquéllos que de algún modo están sometidos a su representación, tutela o dirección (padres, tutores, maestros, empresarios, etcétera) que tiene su encaje legal en el art. 1.903 C. c. y el de la responsabilidad del asegurador por subrogación, que es directa, pues asume la obligación de resarcir el daño e indemnizar los perjuicios que sobrevengan en los bienes del asegurado, o por los que éste debe responder (art. 1.791 C. c.), y en el que para nada juega la solvencia o insolvencia del asegurado; de prosperar la tesis del recurrente se haría completamente inútil el contrato de seguro para las personas físicas y jurídicas que poseyeran bienes propios en cantidad suficiente para hacer frente al daño que sobreviniese por consecuencia del siniestro que se había de asegurar.

Sobre las complejas relaciones entre la responsabilidad penal y civil véase, con abundante jurisprudencia, SANTOS BRIZ, *La responsabilidad civil*, 1970, pp. 649 ss.

10. *Culpa extracontractual: incendio causado por menor: responsabilidad directa del padre: culpa «in vigilando»: principio «quod est causa causae, est etiam causa causati»:* Se desprende de la existencia de la totalidad de los requisitos establecidos en el art. 1.902 C. c. para la exigibilidad de indemnizaciones derivadas de la culpa extracontractual o aquiliana, es decir, la producción de un daño en el patrimonio del perjudicado, la responsabilidad subjetiva por parte del autor material del hecho, en este caso la hija del recurrente, y la relación de causa a efecto entre uno y otro, sin que para nada influya en estos casos la mayor o menor gradación de la culpa atribuida al agente productor del daño, ni las circunstancias que puedan rodear el hecho cometido por él, en virtud del principio general de derecho *quod est causa causae, est etiam causa causati*, y porque conforme al pár. 2.º del art. 1.903 C. c. en relación con el art. 14, pár. 1.º del Decreto de 11 junio 1948, la responsabilidad del 1.902 se extiende a los padres por los perjuicios causados por sus hijos menores de edad que vivan en su compañía, derivando de modo directo y no subsidiario del incumplimiento por su parte de deberes que impone la convivencia social y familiar (S. 23 febrero 1966) de vigilar a las personas que están bajo su dependencia (SS. de 24 febrero 1969 y 16 marzo 1971), culpa *in vigilando* que no se puede limitar a prohibir fumar a un menor en su presencia o fuera de ella, sino que debe atemperarse a las circunstancias de lugar y tiempo concurrentes, presumiéndose de otra forma su responsabilidad (SS. 9 junio 1969, 11 marzo 1971 y 10 mayo 1972), por lo que en el presente caso no es aplicable el último párrafo del art. 1.903 C. c.

Prueba de presunciones: Entre el hecho de arrojar una cerilla encendida en un lugar en donde existía maleza reseca, y la deducción a que habría llegado el juzgador de instancia de que a causa de ello se provocó el incendio de ésta, que se propagó a unos pinos que rodeaban el chalet litigioso y luego a éste, produciendo los daños reclamados, existiría el enlace preciso y directo que para la estimación de las presunciones exige el art. 1.253 C. c. (Sentencia de 14 abril 1977; no ha lugar.)

NOTA: Va en aumento la casuística de la responsabilidad de los padres por hechos cometidos por sus hijos menores y también la de los sujetos a tutela. Véase el comentario de Rogel Vide a la S. de 15 febrero 1975 en este ANUARIO, octubre-diciembre 1976, pp. 1.234 ss. En el presente caso destaca la importancia de los daños causados por el descuido de una menor de catorce años, que al dejar caer una cerilla encendida provoca un incendio en un chalet por valor que excede de dos millones de pesetas. Parece claro que a una muchacha de catorce años que fuma es exigible la elemental precaución de percatarse que queda apagada la cerilla arrojada por ella al suelo; en cuanto a su padre, viene a decir el T. S. que no cumple con prohibírsele (el fumar), sino que debe instruirle cómo se hace sin riesgo para tercero. (G. G. C.)

11. *Culpa extracontractual: responsabilidad por daños: caída de cornisa: culpa leve:* Aunque es verdad que en la sentencia del Juzgado se advierte que no se han acreditado las causas de la caída del trozo de cornisa, productor de las lesiones y gastos cuya indemnización se reclama, sin embargo la resolución de la Audiencia proclama: a) Que la causa del desprendimiento estuvo en una contracción del cemento originado por las fuertes oscilaciones de la temperatura, que en aquel invierno llegó a los 14 grados bajo cero, y en el verano anterior había alcanzado los 50 grados sobre cero. b) Que esos extremos de temperatura no son excepcionales en Valladolid y obligan a cierta vigilancia sobre el estado de la finca, especialmente en las partes que supusieran peligro, y c) Que está patente esta omisión de diligencia, que significa culpa, todo lo leve que se quiera, pero suficiente para atraer la responsabilidad que ahora se exige, sin que tampoco se admita la circunstancia alegada por los demandados respecto a la excepcional fuerza del viento, el día del siniestro, pues su velocidad máxima no pasó de 15 kilómetros por hora, y esto no puede calificarse de insólito.

Casto fortuito: La caída de un trozo de cornisa de un edificio, si no es cosa de todos los días, tampoco es algo insólito y raro que no pueda preverse y, una vez previsto, claro es que existen medios técnicos para evitarlo; y en cuanto a los extremos de temperatura, no son tan excepcionales en Valladolid y, en todo caso, obligarán a una vigilancia que se omitió.

Prueba: El informe pericial del Centro Meteorológico es totalmente inoperante para acreditar el error de hecho en la apreciación de la prueba, porque lo único que revela es el parecer de dicho Centro, que no vincula al juzgador y que puede ser apreciado libremente.

Reclamación de gastos médicos: interrupción de la prescripción: La acción ejercitada en la demanda no ha prescrito porque, habiendo dado origen a un proceso penal, mientras éste se tramita, no podía exigirse la responsa-

bilidad civil proveniente de él, y una vez terminado tal proceso, la demanda de pobreza interrumpió de nuevo el plazo prescriptivo. (Sentencia de 5 julio 1977; no ha lugar.)

Aunque hay vacilaciones doctrinales sobre la naturaleza subjetiva u objetiva de la responsabilidad ex art. 1.907, la sentencia anotada continúa la línea subjetivista mantenida por las SS. de 1.º febrero 1916 y 22 octubre 1929, si bien afinando al máximo en la valoración de la culpa, «todo lo leve que se quiera», pero culpa al fin. (Véanse últimamente SANTOS BRIZ, *La responsabilidad civil*, 1970, pp. 564 s., LACRUZ, *Elementos*, II, 1.º, 1977, p. 249). Notemos, por último, que en este caso tampoco se invoca por la jurisprudencia la moderna teoría de la presunción de culpa (como en SS. de 15 febrero y 29 diciembre 1975).

En cuanto a la no concurrencia de caso fortuito, la sentencia anotada sigue la orientación de la de 9 noviembre 1949 que habla de «sucesos totalmente insólitos y extraordinarios que, aunque no imposibles físicamente y, por tanto, previsibles en teoría, no son los que puede calcular una conducta prudente atenta a las eventualidades que el curso de la vida permite esperar». En consecuencia se concluye que en Valladolid no resulta insólito el fenómeno de la gran diferencia de temperaturas entre el verano y el invierno, capaces de producir la contracción del cemento de una edificación con la caída consiguiente de una cornisa a la vía pública. Mucho menos insólito resulta que la fuerza del viento alcance los 15 kilómetros a la hora.

(G. G. C.)

12. *Culpa extracontractual: responsabilidad por accidente de circulación: acción directa contra el asegurador:* Para atribuir acción directa al tercero perjudicado contra el asegurador de la responsabilidad civil en el seguro voluntario automovilístico, no es necesario acudir al art. 42 del texto refundido de la Ley ni a su interpretación analógica dado que constituye doctrina legal cuya iniciación se remonta a fecha muy anterior a la de la ley citada, según la cual el perjudicado ostenta acción directa y principal para exigir el resarcimiento del daño al asegurador que contrató un seguro de esa especie, obligación del asegurador que tiene carácter solidario con la del asegurado (SS. de 23 junio 1930, 18 febrero 1967 y 14 octubre 1969) o que, incluso, es más onerosa que una obligación solidaria (S. de 25 noviembre 1969).

Litisconsorcio pasivo necesario: evolución de la doctrina jurisprudencial: En cierta etapa jurisprudencial era lógico que la Sala 1.ª del T. S. entendiera existente un litisconsorcio pasivo necesario entre asegurador y asegurado frente a la demanda del perjudicado, como declaró la S. de 4 noviembre 1932; pero una vez consolidada la doctrina legal que consagra la naturaleza directa, principal y solidaria de la obligación del asegurador ya no tiene razón de ser desde el punto de vista del Derecho material la necesidad de demanda en el mismo proceso al asegurador y al asegurado, dado lo dispuesto en el art. 1.144 C. c.; y si de este campo se pasa al estrictamente procesal la conclusión habría de ser la misma, en primer lugar, porque respecto del perjudicado no puede decirse que sea inútil o que carezca de todo valor para

él la sentencia pronunciada contra la aseguradora sin estar llamada en el proceso la asegurada, y, en segundo término, respecto a ésta, porque la estimación de la demanda contra la aseguradora, lejos de entrañar un gravamen para la asegurada, supone su liberación de toda responsabilidad civil frente a la parte perjudicada; en consecuencia, cabe concluir que si bien el perjudicado puede constituir un litisconsorcio simple, facultativo o voluntario, dirigiendo su acción contra el asegurador y el asegurado al amparo del artículo 156 LEC y 1.144 C. c., no pesa, en cambio sobre él la carga de demandar al mismo tiempo a dichas personas (litisconsorcio pasivo necesario, cualificado o especial).

Cosa juzgada penal: responsabilidad civil dependiente del seguro: La absolución de la asegurada en el proceso criminal no constituye cosa juzgada material en el proceso civil posterior, pues de lo que se absuelve es de la petición de la responsabilidad legal civil subsidiaria apoyada en el art. 22 C. p., mientras que en proceso civil lo determinante y decisivo es si había surgido la obligación contractual de la aseguradora a tenor de la cláusula contractual correspondiente, por hallarse conducido el vehículo productor del siniestro por persona autorizada por la tomadora del seguro. (Sentencia de 26 marzo 1977; no ha lugar.)

Derecho de sucesiones

1. *Acción de partición de herencia: rescisión por lesión: defectos del recurso: cuestión nueva:* Encaminándose esencialmente la acción ejercitada en la demanda, a obtener la partición de los bienes dejados a los actuales litigantes en determinado testamento, y habiéndose declarado probado en la resolución que se impugna, que las operaciones particionales no se han llevado a efecto con anterioridad a la interpelación judicial, no pudo el Juzgado de instancia ajustar su decisión a lo prevenido en el art. 1.074 del C. c., por limitarse el ámbito de aplicación de dicho precepto y doctrina legal, a regular el supuesto en que se solicite la rescisión por lesión, en más de la cuarta parte, de una partición previamente efectuada, siendo, tal vez, esa la razón por la que las pretensiones formuladas en el escrito de demanda no se apoyan para nada en aquella norma, por lo que su invocación en esta etapa del procedimiento, constituye una cuestión nueva encajable en el número quinto del art. 1.729 de la Ley procesal.

Principios generales del derecho: subsidiariedad respecto de ley y costumbre: el apotegma «pacta sunt servanda»: presupuestos para su aplicación: Al censurar el recurrente la actuación de la Sala sentenciadora, por haber incurrido en la violación del principio general de Derecho *Pacta sunt servanda*, no tiene presente: A) Que la fuerza vinculante de las obligaciones está reconocida de un modo expreso en los artículos 1.901, 1.256, 1.258 y 1.278 del C. c. y que por ello, el derecho de la actora no puede apoyarse exclusivamente en aquel apotegma jurídico, por impedirlo el núm. 4.º del art. 1.º de dicho cuer-

po legal, que dispone que sólo deberá acudirse a estos principios generales, cuando no existan ley o costumbre reguladores del supuesto de que se trate; y B) Que la aplicación de la máxima jurídica indicada, presupone la existencia previa de una estipulación o concurso de voluntades entre quienes lo convinieron, en este caso los litigantes, la cual no se da por acreditada en la sentencia recurrida.

Rentas y frutos percibidos: poseedor de buena fe: el art. 1.063 del C. c. como norma especial respecto del 451: Al disponer el art. 1.063 del C. c. que los coherederos deben abonarse recíprocamente en la partición las rentas y frutos que cada uno hubiere percibido de los bienes hereditarios, y al desprenderse de los hechos que se declaran probados en la resolución que se impugna que las demandadas disfrutaron desde la extinción del usufruto de sus padres, de mayor porción de bienes de los que le correspondían, es evidente que dicho precepto debe entrar en juego en cuanto a los frutos y rentas percibidos a partir de ese momento hasta la práctica de las operaciones particionales, sin que a ello obste lo dispuesto en el pár. 1.º del art. 451 del C. c., por implicar el mismo una norma de carácter general, que debe cesar ante la específica del 1.063, aplicable cualquiera que sea el título por el cual las demandadas disfrutaron de los bienes de la herencia, y sin que en forma alguna deba extenderse la devolución de tales frutos y rentas a los perdidos percibir, por no hallarse incluidos en el artículo últimamente mencionado. (Sentencia de 30 de octubre de 1976; ha lugar.)

2. *Partición hereditaria: interpretación del art. 1.061 del C. c.: carácter facultativo:* Aun cuando el art. 1.061 del C. c. establezca que en las operaciones particionales debe guardarse la posible igualdad, haciendo lotes o adjudicando a cada uno de los herederos bienes de la misma naturaleza, calidad o especie, sin que sea posible asignarlos exclusivamente a uno de ellos con la obligación por su parte de abonar a los demás en metálico la participación que les correspondiere (S. de 14 diciembre 1957 y Resolución de la Dirección General de los Registros de 2 diciembre 1964), no es posible olvidar que esta norma legal tiene un carácter facultativo más que imperativo, dependiendo la formación de las porciones de las circunstancias concurrentes en cada caso y de la naturaleza de lo que se reparta, sin que sea precisa la existencia de una igualdad matemática y absoluta (SS. de 13 junio 1970 y 8 febrero y 30 noviembre de 1974.)

Partición hereditaria: cosa indivisible o que desmerezca con su división: división de la cosa común: El pár. 1.º del art. 1.062 del C. c. y la doctrina del T. S., recogidas, entre otras, en sus SS. de 15 febrero de 1909 y 10 abril de 1943, permiten adjudicar un bien perteneciente a la herencia a uno sólo de los partícipes a calidad de que abone a los otros el exceso en dinero, cuando la cosa de que se trate «sea indivisible o desmerezca mucho por su división», pero no cuando tales requisitos no concurren..., supuesto en el que debe aplicarse lo dispuesto en el pár. 2.º del art. 401 del C. c., tal y como quedó redactado por Ley de 21 de julio de 1960, sobre todo cuando el art. 402 no obliga a dividir la cosa común, sino que faculta para hacerlo

en la forma que el precepto expresa, cuando se dan aquellas circunstancias (S. de 30 marzo 1933, 30 mayo y 28 noviembre de 1957).

Recurso de casación: infracción de ley: requisitos formales: Cuando el recurrente se limita a copiar casi literalmente los preceptos que se suponen infringidos, sin expresar en qué consiste la vulneración que se estima cometida en la resolución impugnada, debe entenderse que el recurso no está redactado con la claridad exigida por el art. 1.720 de la Ley procesal.

Recurso de casación: interpretación errónea: concepto: La interpretación errónea de un precepto, a efectos del núm. 1.º del art. 1.692 de la Ley ritual, consiste en desconocer su verdadero entendimiento, en la forma que exige la Ley 13, del Título I, Partida I, o sea, su sentido y alcance, otorgándole significación distinta a la que resulta de sus términos y extrayendo de ellas consecuencias contrarias a las establecidas en las mismas (SS. de 12 abril de 1946 y 6 octubre de 1962), operación que requiere la realización de una labor exegética por parte de la Sala sentenciadora. (Sentencia de 25 de junio de 1977; no ha lugar.)

3. *Litisconsorcio pasivo necesario: adjudicación de bienes de la herencia:* Los órganos jurisdiccionales no pueden entrar en el examen de una pretensión deducida en el litigio sin que sean parte en el mismo todas las personas a quienes puede afectar la futura decisión, y en aplicación de ésta doctrina, para que pueda llegar a declararse que a los herederos del cesionario o comprador de una cuota de la herencia (del padre del vendedor), les corresponden en propiedad, aunque sea en una parte alícuota, ciertos y determinados bienes de la herencia indivisa, no basta con que se demande a los herederos del vendedor, por cuanto que habrá de figurar, además como parte, los otros coherederos (si los hubiere) o, en su caso, el heredero o herederos de los últimos, cotitulares de la comunidad, sin cuyo concurso no podrían llevarse a cabo ni la adjudicación «pro indiviso» total o parcial de los bienes hereditarios ni las operaciones de liquidación, división y adjudicación del caudal integrante de la partición, y si a la muerte del causante quedan bienes propios y gananciales, tampoco quedaría bien constituida la relación jurídico-procesal, si no figuran como parte el cónyuge viudo o, en su caso, sus herederos, sin cuyo consentimiento tampoco podría llevarse a efecto la previa liquidación de la sociedad de gananciales. (Sentencia de 12 de marzo de 1977; ha lugar.)

II. DERECHO MERCANTIL

1. *Propiedad industrial: solicitud de modelo de utilidad que es reproducción exacta de patente: no es acto ilícito civil sino posible delito:* La presentación en el Registro correspondiente de una solicitud de modelo de utilidad industrial, reproducción exacta de una patente de invención, no es un acto ilícito civil, pues aun en la hipótesis —aquí no ocurrida— de que se hubiese

llegado al resultado de la concesión del modelo por la Autoridad competente, lo cual es condición necesaria para que se produjeran resultados dañosos, ello podría constituir un ilícito penal. (Sentencia de 22 marzo 1977; no ha lugar.)

Los hechos alegados en la sentencia lo son por vía de reconvencción, en la que se pretende obtener una indemnización de daños y perjuicios con base en el art. 1.902 C. c. El T. S. niega la existencia de daño, pues el modelo no llegó a concederse y, además, que tales hechos lleguen a constituir un ilícito civil, sino penal (delito de defraudación de la propiedad industrial).

2. *Nulidad de modelo de utilidad*: El art. 180, núm. 1.º del Estatuto de la Propiedad Industrial ha de interpretarse en relación, entre otros, con el art. 178, que en su párrafo 1.º prescribe que «no podrán concederse como modelos de utilidad los que, con anterioridad a la fecha de solicitud, se hubieran producido en España o hubieran sido notoriamente divulgados, debiendo ser probadas documentalente estas alegaciones»; de donde se infiere, que al añadir la palabra «notoria» el legislador ha querido señalar una diferencia entre el tipo de divulgación que puede ser suficiente para afectar a la novedad del objeto de una patente de introducción, y la divulgación mucho más extendida o intensa que se precisa para que el objeto del modelo de utilidad español, pueda carecer de novedad. (Sentencia de 31 de mayo de 1977; no ha lugar.)

Se solicita la nulidad del modelo de utilidad por adolecer de falta de novedad.

3. *Compraventa en exclusiva y comisión mercantil: defectos del recurso*: La violación del art. 279 del Código de comercio denunciada en el tercer motivo no existe desde el momento que la calificación del contrato como compraventa en exclusiva permanece inalterable y al no tratarse de una comisión mercantil dicho artículo es inaplicable.

Derecho extranjero: inaplicabilidad del mismo en la casación: daños y perjuicios: revocación abusiva: Al denunciar el recurrente la aplicación indebida del art. 1.569 del Código civil italiano, incide en dos errores cual son, en primer lugar, pretender la casación de una sentencia con fundamento en disposición legal extranjera, y en segundo lugar, entender que la estimación de los daños y perjuicios ha sido fundada en dicha disposición, cuando el Tribunal establece con claridad que la revocación del contrato ha sido *abusiva y no conforme con la equidad*. (Sentencia de 3 de noviembre de 1976; no ha lugar.)

4. *Relación laboral: comisión de venta: competencia de la Magistratura de Trabajo*: Según el pár. 2.º del art. 6.º de la Ley de Contrato de Trabajo para que el mandato extendido a la realización de una o varias operaciones conjuntamente, no tenga la naturaleza de comisión mercantil y adquiera la de relación laboral, es preciso: A) Que la venta de mercancía se haga por

cuenta ajena; B) Que la actividad del representante se desarrolle bajo la dependencia e instrucciones del representado o comitente y no con absoluta autonomía por su parte; C) Que la conclusión de la venta concertada se lleve a efecto con la conformidad o aprobación del mandante o empresario, aun cuando tal requisito no se haya consignado en la nota de pedido, quedando excluidos del contrato de trabajo los supuestos en que no se requiera aquel asentimiento; y D) Que el mandatario no quede personalmente obligado a responder del buen fin o de cualquier otro elemento de la operación realizada; en el presente caso entre la entidad actora y el demandado medió una relación contractual consistente en que el segundo, dentro de determinada demarcación de la provincia de Badajoz, se encargó del depósito y venta de los productos fertilizantes que constituían la finalidad comercial de la primera, bajo la aprobación previa de la otra contendiente, a cuyas instrucciones se sometía en cuantas operaciones realizase, incluso con la intervención y control de su delegado provincial que le fijaba los precios, sin que personalmente perfeccionara ningún contrato por supeditarse ello a la posterior aprobación de la compañía mercantil, que podía aceptar o rechazar los pedidos que se le hiciesen y que asumía la plena responsabilidad de la actuación del demandado, que nunca abonó, ni fue requerido al pago de ninguna factura que no hubiese sido satisfecha como resultado de su gestión; de todo lo cual se deduce que la relación jurídica contemplada se regula por las normas contenidas en el art. 6.º de la Ley de 21 julio 1962 y no por las del Código de comercio, lo que origina la competencia de la jurisdicción laboral. (Sentencia de 15 marzo 1977; no ha lugar.)

5. *Seguro marítimo: pérdida de la mercancía transportada por culpa o negligencia: reclamación contra la empresa consignataria y estibadora: reaseguro: artículo 780 Código de comercio:* Este precepto no puede quedar desvirtuado por la existencia del reaseguro, figura que tiene una regulación con razón calificada de impropia e inadecuada según resulta de la mera alusión del art. 400 Código de comercio y del pár. 2.º, art. 3.º del Reglamento de Seguros que parecen recoger la idea de la cesión del primitivo contrato, que obtiene, sin embargo, mayor precisión en el pár. 3.º del mismo artículo cuando se dice que «el reaseguro no altera en nada el contrato celebrado entre el asegurador directo y el asegurado», directriz confirmada después con el Decreto de 29 septiembre 1944 y la O. M. de 30 diciembre del propio año, acorde con la verdadera esencia de la institución en el sentido de que se trata de un contrato accesorio del de seguro, aunque éste sea el presupuesto indispensable de aquél, funcionando ambos de modo autónomo y separado de tal modo que el asegurado no tiene acción alguna contra el reasegurador, ni éste contra aquél, con lo que se evita además la posibilidad de situaciones arbitrarias.

Responsabilidad del consignatario que actúa en nombre propio: Con independencia del problema de la naturaleza jurídica del consignatario de buques, que, como se dijo en S. de 8 octubre 1966, no es unitaria pues su configuración varía en los diversos supuestos de la realidad, y al margen también de la relación interna que pudiera existir entre consignatario y na-

viera, no constando en el conocimiento de embarque, ni en ningún otro documento, que aquél fuese un dependiente o auxiliar de ésta, es evidente que se presenta como un comerciante independiente que actúa en nombre propio dentro de sus facultades privativas, con el alcance y características de la representación indirecta que sirve para perfilar la figura de la comisión mercantil y que implica las consiguientes responsabilidades; máxime cuando, como sucede en este caso, una vez terminado felizmente el transporte propiamente dicho de la mercancía, queda ésta en poder y custodia de aquél a quien fue consignada, a lo que no puede ser obstáculo la circunstancia de que él encargase a una casa estibadora las operaciones de descarga y estiba, lo que supone que aquella responsabilidad tiene que ser compartida.

Responsabilidad por custodia: El consignatario al recibir la mercancía siniestrada se convirtió en depositario, incumbiéndole las obligaciones de custodia y restitución o entrega del art. 1.766, presumiéndose que la pérdida ocurrió por su culpa y no por caso fortuito, salvo prueba en contrario, según el art. 1.183, precepto que se complementa con el genérico en la materia del art. 1.105, que excluye la pertinente responsabilidad sólo cuando se acredite que medió caso fortuito o fuerza mayor.

Responsabilidad de la estibadora: cuantía: En el ejercicio de la acción subrogatoria por la compañía aseguradora hay que tener en cuenta que lo real y efectivamente pagado por la aseguradora fue el precio de la mercancía, que es precisamente lo que con toda justicia reclama, sin que puedan ser tomados en consideración los datos que figurasen en el conocimiento de embarque, que no pueden alterar los valores, cantidades y términos del contrato de seguro.

Legitimación «ad procesum» y «ad causam»: El art. 533 LEC, según reiterada doctrina jurisprudencial, afecta a presupuestos procesales, al Derecho formal, a la legitimación *ad procesum*, y no puede alegarse cuando se trata de cuestiones de Derecho sustantivo, de la legitimación «ad causam», como, por ejemplo, la responsabilidad de los consignatarios de acuerdo con la naturaleza jurídica de esta figura, del alcance y consecuencias del contrato de reaseguro y de la eficacia de la subrogación permitida por el art. 780 Código de comercio. (Sentencia de 25 junio 1977; no ha lugar.)

Meditada sentencia (Ponente J. Beltrán de Heredia) que incide en varias instituciones del Derecho marítimo, de gran interés dogmático y práctico, tales como el contrato de reaseguro, la figura jurídica del consignatario y de la empresa estibadora y, sobre todo, la eficacia de la acción subrogatoria que contempla el art. 780 Código de comercio.

En reciente tesis doctoral nos dice Ruiz Soroa que suele asignarse en la doctrina tradicional una doble finalidad a la acción subrogatoria del asegurador: impedir que el tercero responsable quede libre de su obligación de resarcir gracias a la protección otorgada al perjudicado por un contrato de seguro, al que aquél es ajeno, y evitar el enriquecimiento del asegurado con motivo del siniestro, lo que resulta incompatible con la naturaleza indemnizatoria del seguro en algunas de sus ramas. (*La subrogación del asegura-*

dor. Especial referencia al seguro marítimo, tesis leída en San Sebastián, 1975, pp. 20 s.).

Sobre el reaseguro marítimo vide las indicaciones generales de GARRIGUES, *Curso*, II, 1962, p. 713. En el presente caso se oponía la existencia del reaseguro como excepción al ejercicio de la acción subrogatoria contra los causantes de la destrucción de la mercancía transportada (cinco motores eléctricos Diesel para locomotoras, valorados en más de 16 millones de pesetas), alegación correctamente rechazada por la sentencia.

(G. G. C.)

III. DERECHO PROCESAL

1. *Jurisdicción*: Es competente la jurisdicción ordinaria para conocer de cuantas cuestiones civiles se susciten contra la Administración en las que se ventilen derechos privados, como lo son todas aquellas relativas al derecho de dominio, aunque se produzcan por consecuencia de actos ejecutados por la Administración pública.

Claridad y precisión del recurso de casación: La claridad y precisión que el art. 1.720 de la LEC exige en la interposición del recurso de casación, no permite la conjunta alegación de diversos supuestos de infracción, de los mencionados en el número 1.º del art. 1.692 de la indicada ley procesal, para un solo precepto legal y en un mismo motivo del recurso.

Responsabilidad extracontractual: La declaración de la existencia de un daño extracontractual, la acción u omisión culposa y la atribución de ésta a la parte recurrente entraña una cuestión de hecho solamente combatible por la vía del núm. 7.º del citado art. 1.692. (Sentencia de 30 de marzo de 1977; no ha lugar.)

Ocupación indebida por la Administración de finca particular.

2. *Naturaleza del juicio ejecutivo: excepción de cosa juzgada*: Aunque la jurisprudencia del T. S. (Sentencias de 26 octubre de 1953, 2 marzo de 1955, 17 noviembre de 1960 y 8 junio de 1968, entre otras) ha establecido una doctrina correctora del alcance literal del art. 1.479 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (que afirma que las sentencias dictadas en los juicios ejecutivos no producen la excepción de cosa juzgada, reservando a las partes el derecho a promover el juicio ordinario sobre la misma cuestión), esta doctrina no puede llegar, ni mucho menos, a ser derogadora del referido precepto, sino que se ha de aplicar con gran cautela y con referencia sólo a casos muy concretos y peculiares. Para llegar a esta conclusión basta con considerar que el juicio ejecutivo y, como tal, sumario, no debe, sin que quede desvirtuada su verdadera naturaleza, convertirse en un juicio exhaustivo y amplio

sobre valoración, cumplimiento o incumplimiento del contrato subyacente; pero en todo caso, para la sentencia dictada en él sea definitiva, a efectos de producir excepción de cosa juzgada material, tendría que haber abordado con toda amplitud todas las cuestiones jurídicas de fondo que el caso ofrezca, a fin de dejarlas resueltas definitivamente. (Sentencia de 9 de febrero de 1977; no ha lugar.)

3. *La interpretación de los contratos*: Es una facultad exclusiva del Tribunal sentenciador. Su criterio ha de prevalecer sobre el del recurrente, al que no es lícito sustituir por el suyo propio el más autorizado discernimiento de aquél, salvo que de manera clara y terminante demuestre que tal interpretación resulta equivocada, de tal modo que contradiga la letra y espíritu del contrato.

Hechos probados en la audiencia: Su realidad y certeza sólo puede ser combatida por la vía del número séptimo del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. (Sentencia de 6 de junio de 1977; no ha lugar.)

4. *Valoración de las pruebas testifical y pericial*: Ambas pruebas son de la libre apreciación del juzgador de instancia, cuya valoración no cabe discutir en casación.

Defectos en la interposición del recurso: El art. 1.215 del Código civil, que se limita a una enumeración de los medios de prueba, no puede servir de base a un recurso de casación por su carácter genérico.

Los arts. 1.249 y 1.253 del Código civil han de tratarse en motivos separados, y por cauce distinto del art. 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, conforme tiene declarado reiteradamente la jurisprudencia de esta Sala. (Sentencia de 26 de enero de 1977; ha lugar.)

Suscripción anual: España, 1.500,— pesetas
Extranjero, 1.650,— pesetas
Número suelto: España, 550,— pesetas
Extranjero, 650,— pesetas