

# ANUARIO DE DERECHO CIVIL

TOMO XXX  
FASCICULO II



ABRIL - JUNIO  
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 NUÑEZ LAGOS  
Notario de Madrid

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

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

JUAN VALLET DE GOYTISOLO  
Notario de Madrid

## Secretario:

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

## SUMARIO

Páginas

### Estudios monográficos

- MANUEL GITRAMA GONZÁLEZ: *En la convergencia de dos humanismos: Medicina y Derecho* ... .. 273
- MARÍA DEL CARMEN GÓMEZ LAPLAZA: *Supresión de la licencia marital* ... 337

### Bibliografía

- Libros ... .. 397
- CADARSO PALAU, JUAN: *La responsabilidad decenal de arquitectos y constructores*, por J.—CARRILLO SALCEDO: *Derecho internacional privado*, por José Bonet Correa.—COSSIO, ALFONSO DE: *Instituciones de Derecho civil*, por José Bonet Correa.—GÓMEZ ORBANEJA,

EMILIO y HERCE QUEMADA, VICENTE: *Derecho procesal civil*, por R.—MERINO HERNANDEZ, JOSE LUIS: *El consorcio foral aragonés*, por José Antonio Doral.—SAINZ MORENO, FERNANDO: *Conceptos jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa*, por R.

## Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado

A cargo de José María Chico Ortiz ... .. 413

## Jurisprudencia

### Sentencias Comentadas

1. *Defectuosa construcción de la cosa vendida. Resolución del contrato de compraventa (Sentencia del T. S. de 10 de junio de 1976)*, por Antonio Cabanillas Sánchez ... .. 455
2. *El arrendamiento de un local de negocio con aumento pactado de la renta (comentario a la Sentencia del T. S. de 28 de noviembre de 1975)*, por José Bonet Correa ... .. 460
3. *Cláusulas de elevación de la renta en el arrendamiento de locales de negocio (comentario a la Sentencia del T. S. de 28 de octubre de 1975)*, por José Bonet Correa ... .. 465
4. *La naturaleza jurídica y los requisitos del título constitutivo de las servidumbres por destino del padre de familia (comentario a las Sentencias del T. S. de 11 de junio y 30 de diciembre de 1975)*, por José Bonet Correa ... .. 470

**II Sentencias** ... .. 477

# 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 II



ABRIL-JUNIO  
MCMLXXXVII

**PUBLICACIONES DEL INSTITUTO NACIONAL DE  
ESTUDIOS JURIDICOS**

**SERIE 1.º**

**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**

---

**Artes Gráficas y Ediciones, S. A.—Rodríguez San Pedro, 40.—Madrid-15**

## En la convergencia de dos humanismos: Medicina y Derecho

(Sobre el contrato de servicios médicos) \*

Profesor Dr. MANUEL GITRAMA GONZALEZ  
Catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Valencia

SUMARIO: 1. *Dos ideas previas.*—1.1. El humanismo de médicos y juristas.—1.2. Pervivencia de la llamada medicina liberal.—2. *El consentimiento en el contrato de servicios médicos.*—2.1. La desigualdad de las partes.—2.2. El consentimiento en la fase cognoscitiva: Diagnóstico.—2.3.1. El consentimiento en la fase operativa: Tratamiento.—2.3.2. El deber de ilustrar al enfermo.—2.3.3. ¿Tratamiento impuesto?—2.3.4. Terapéutica y experimentación inconscientidas.—3. *El objeto del contrato.*—3.1. Obligación de medios o de diligencia.—3.2. La excepcionalidad del objeto.—4. *La causa del contrato.*—4.1. Los motivos del enfermo.—4.2. Los motivos del médico.—4.3. La causa jurídica.—4.4. Los honorarios.—4.5. La esencial confianza.—5. *La forma del contrato.*—5.1. La forma verbal o tácita.—5.2. La forma escrita.—6. *La resolución del contrato.*—7. *La excepcionalidad de la relación contractual a examen.*

1. Finalizábamos hace unos años nuestro estudio *Configuración jurídica de los servicios médicos*, señalando que “si del complejo de las actuaciones del médico como profesional, reparamos exclusivamente en la relación jurídica que liga al profesional libre, al médico de clientela, con cada uno de sus pacientes, los que también libremente han querido ponerse en sus manos, parece evidente que ha de identificarse un contrato de arrendamiento de servicios de los propios de las profesiones y artes liberales y en modo alguno un nuevo contrato sin nombre, sin regulación legislativa, sin entronque con los usuales y previstos por el legislador y sin la causa típica de éstos. Ahora bien, si adentrándonos en el seno del contrato de arrendamiento de servicios médicos observamos las características que en él se dan cita, las extraordinarias peculiaridades que lo ma-

---

(\*) Trabajo aportado al Libro-homenaje al Excmo. Sr. D. José Corts Grau, catedrático de Derecho natural y Filosofía del Derecho, con motivo de su jubilación.

tizan, deberemos convenir en que efectivamente tratase de un contrato *sui generis*, de un contrato de un rango ciertamente elevado sobre el común de los demás en cuanto que los deberes de prestación de una de las partes recaen en él sobre un objeto tan cualificado como el cuerpo humano, sede de la personalidad" (1).

En efecto, si bien reparamos *sub specie iuris* en la relación convencional médico-enfermo, observamos que en ella, en lo que de contractual tiene —según la indagación que en aquel estudio efectuábamos— todo es en buena medida excepcional, tanto que a su respecto el mismo léxico jurídico habitualmente empleado en el Derecho de Obligaciones ha de matizarse en grado sumo para evitar que lo resbaladizo de las anfibologías pueda conducir a interpretaciones discordes con la conceptualización que exponer se quiere.

Es a tal excepcionalidad a la que vamos a referirnos en este otro estudio. Pero bueno será en sus inicios exponer dos ideas previas al efecto de mejor dilucidar la motivación de las páginas que siguen.

1.1. La primera observación es la de que a alguien pudiera a primera vista extrañar que los juristas oseamos adentrarnos en el trato de problemas atinentes a la ciencia médica, invadir un campo que ignoramos, intentar someter a nuestros esquemas jurídicos-legales el sacerdocio médico —lo que, etimológicamente, significa enseñanza o función sagrada—, profanar, en suma el templo de Esculapio. Más he aquí que no es de problemas médicos de los que tratamos —para lo que evidentemente nos falta preparación y audacia—, sino de problemas jurídicos, cabalmente de aquellos problemas jurídicos en que la Medicina aparece implicada. Y si bien se repara se echa de ver que tales zonas de colindancia no son en absoluto extrañas. Tanto el médico como el jurista encarnamos sendos humanismos en cuanto que ejercemos profesiones y cultivamos ciencias directamente establecidas al servicio del hombre: tanto uno como otro, manejamos directamente lo humano; el hombre más que objeto, como cabría decir, es finalidad de las ciencias que respectivamente cultivamos y aplicamos (2). Lo que ocurre es que así como el médico lo contempla en su individualidad física y mental, el jurista lo considera en su vida social. Es, quizá, la diferencia entre el cuerpo humano, incluso con sus elementos intelec-

---

(1) GITRAMA GONZÁLEZ, *Configuración jurídica de los servicios médicos*, en Libro Homenaje al Dr. Serrano y Serrano, Vol. 1, Estudios de Derecho civil, Valladolid 1965, págs. 325 a 374. La cita es de la pág. 373. A este trabajo nos remitimos para no pocos aspectos no abordados en el presente.

(2) "Las ciencias biológicas se acercan más a las ciencias sociales que las ciencias de la materia, porque unas y otras son las ciencias de los seres vivos. Cfr. J. HUXLEY, *Essais d'un biologiste*, ed. Stock, 1946, pág. 75 y sigs. Y es claro que la más antigua y más rica de las ciencias sociales es el Derecho. Cfr. FULLER, *Anatomía del Derecho*, trad. esp., Caracas 1969, pág. 10. Cfr. también R. SAVATIER sobre "Entente et mésentente entre médecins et juristes" en las págs. 235 y sigs. de la segunda serie de su obra *Les métamorphoses économiques et sociales du droit privé d'aujourd'hui*, París, Dalloz, 1959, que nos inspiró la titulación del presente estudio.

tivos, y la persona humana, noción un tanto más abstracta. Como alguien dijo: la persona es algo más que el cuerpo humano, algo que la experiencia jurídica puede captar, pero nunca las ciencias de la naturaleza (3). Ello, no obstante, en definitiva, uno y otro, médico y jurista, buscan y procuran el bienestar humano (4)... Pero si el médico concentra sus esfuerzos en salvar la vida o la salud, física o mental, de un sólo hombre —el enfermo de cada vez—, el jurista atiende más bien a una pluralidad, al juego de derechos y deberes de dos o más personas implicadas en una relación jurídica que, por serlo, requiere siempre alteridad (5).

Por otra parte, resulta también curiosamente diversa la posición de médicos y juristas ante la ley. El médico, luchador infatigable contra las leyes biológicas que se le muestran inexorables, adopta también fácil e insensiblemente la misma actitud beligerante frente a la ley civil que, además, obra humana al fin y al cabo, estima más fácilmente eludible, considera menos obligatoria y menos general.

---

(3) Cfr. AUREL DAVID, *Structure de la personne humaine*, París 1924, Señala "Las ciencias se han sumergido en el cuerpo humano, pero allí no han hallado diferencia entre los órganos fisiológicos y las cosas" (pág. 6). La experiencia jurídica aclara esencialmente el problema de la persona, pues que el Derecho reconoce la permanencia del individuo humano de su concepción a su muerte y su carácter determinado, así como su individualidad, no obstante, la pseudoidentidad de los cuerpos humanos (págs. 20, 23 y 53). Y, añade, la persona es ante todo la vida humana y la originalidad de su existencia independiente. En partido sentido, R. SAVATIER en "Le droit au service de la personne" en el vol. *Socialisation et personne humaine*, Chronique sociale de France (47 Semaine Sociale de France, Grenoble 1960) Lyon 1961, págs. 301 a 318. Históricamente, por lo demás, el problema de un concepto jurídico de persona tiene un carácter civilista. Cfr. H. COING, *Der Rechtsbegriff der menschlichen Person und die Theorien der Menschenrechte*, Rapport al Congreso Internacional de Derecho Comparado de Londres, 1950, págs. 191 y 195.

(4) ANDRE DE GERADON, *Racines anthropologiques du Droit*, en Libro Homenaje a L. GRAULICH, Lieja 1957, págs. 257 y sigs. Sobre analogía entre las relaciones médico-enfermo y abogado-cliente, DIETRICH RUESCHEMEYER, *Doctor and Lawyers: a comment on The Theory of the professions*, en Canadian Review of Sociology and Anthropology, 1964, págs. 17-30. Y el profesor médico FERNÁNDEZ CRUZ, refiriéndose a las enfermedades del hombre y de la sociedad, apuntaba como características del médico y del abogado una misma formación básica y un similar destino en su función ("La Vanguardia española", 9 de octubre de 1970, pág. 26).

(5) Sin pretender extraer consecuencias en orden a la respectiva complejidad o trascendencia social, recordemos que, según G. RENARD, la biología no nos hará las leyes (*Le Droit, l'Ordre et la Raison*, París 1927, pág. 223). Es que el Derecho contempla sobre todo el hombre social, el aristotélico *zoon politikon* cuyas relaciones interhumanas tiene aquél por misión ordenar con arreglo a los cánones de la justicia. Quizá por ello, si el médico siempre tiene al hombre por un todo y nunca le llama parte, para el jurista casi de continuo un hombre es una parte, parte en un contrato, parte en un pleito (Cfr. F. CARNELUTTI, *El Arte del Derecho*, Buenos Aires 1948, página 66). Es la idea del uno contra otro. Por eso puede afirmarse que si el médico trata de resolver sobre todo la patología individual, el jurista tiene acceso con más frecuencia y oportunidad que otros facultativos a la patología social. Actúa aquél cuando es vulnerada la salud; éste cuando es transgredida la justicia.

Para el jurista, en cambio, la coactividad y la generalidad de la ley civil son garantía del orden jurídico, por lo que le merecen el máximo respeto. El médico, en suma, ha sido formado en la transgresión de la ley (biológica); el jurista, en el respeto de la ley (civil) (6).

Y es cabalmente por esta diversidad, entre unos y otros, por lo que ni el médico puede tolerar pacientemente el ser juzgado en su actuación por el jurista, al que considera intruso en un campo que desconoce; ni el jurista puede pacientemente tolerar que cuando se halle enfermo se le reduzca a la limitada capacidad del menor y que se pueda disponer de su cuerpo, aunque se le diga que es "para su bien", sin recabar su asentimiento, siendo así que tiene la convicción de que el contrato médico, como cualquier otro, descansa sobre un libre acuerdo de voluntades y de que uno de sus derechos de la personalidad radica en aquel capital *noli me tangere*; intrusión entonces, dirá él, de un profano en el templo de Themis.

Pero el hecho es que, quiérase o no, unos y otros se necesitan mutuamente. Ningún jurista dejará de someterse, inerme, al bisturí del cirujano si padece una apendicitis aguda o a las tenazas del odontólogo si de él ha menester. Cuando los juristas tratamos materias de Derecho médico nos es imposible olvidar nuestras experiencias como enfermos solícitamente atendidos por médicos en nuestras miserias biológicas. Y si un médico, por su parte, ha de contratar, testar, litigar..., o es demandado de responsabilidad por daños a un paciente, será el jurista quien le asesore, quien le defienda o quien le juzgue; será entonces el hombre de Derecho quien deberá contemplar, en interés del médico como persona y hasta de la clase médica como estamento social, la actuación del médico *sub specie iuris*. No otra cosa es lo que pretendemos esbozar en algún determinado aspecto en el presente estudio; precisamente en el aspecto del, a todas luces excepcional, como hemos de ver, contrato de servicios médicos en el que se conjugan dos evidentes humanismos (7),

---

(6) Los llamados Códigos de Deontología profesional médica poseen como un cierto aire evangélico y a través de ellos parecen hacerse los Estados profesores de moral. Ya señalaba G. RIPERT (*Le déclin du droit*, París 1949, pág. 86) que resulta profundamente ridículo decir en un texto que tiene fuerza de Ley, que un médico o un dentista deben ser dulces con sus pacientes... Y si en el mismo texto se enumeran de consuno obligaciones jurídicas y deberes morales, el interesado atribuirá al cumplimiento tanto de unas como de otros un cierto carácter facultativo.

(7) Venimos refiriéndonos reiteradamente al humanismo. No consideramos éste —ello es obvio— como aquella forma de reacción violenta contra la escolástica que cristalizó en el movimiento de espíritu de los renacentistas (PETRARCA, POGGIO, ERASMO, BUDE...) y se caracterizó por elevar y valorar la dignidad del espíritu humano enlazando, por encima del medievo y del tomismo, la cultura moderna con la cultura antigua. En tal sentido, el humanismo era el gusto y el culto por la antigüedad y por su imitación; fomentaba unos estudios más próximos a la vida real, más humanos, *disciplinae humaniores, humaniores litterae, artes humanitatis*. El espíritu del Renacimiento no es sino un desarrollo de aquel humanismo ajeno a la religión (vid. J. BONNECASE, *Humanisme, classicisme, romantisme dans la vie du Droit*, París 1930, págs. 16-21). En punto al origen de la palabra humanismo, cfr.

en el que confluyen los ríos de la Medicina y del Derecho dando lugar, como toda confluencia fluvial, a remolinos y confrontaciones y hervideros que deben abocar a un sosegado fluir, a una ordenada y pacífica convivencia. Al fin y a la postre, ¿no son ambos, médico y jurista, enfermos en potencia?, ¿no se hallan socialmente sometidos, de consumo, al mismo ordenamiento jurídico?

1.2. La segunda idea liminar que queríamos dejar expuesta es la que sigue. Puede extrañar también a primera vista que a estas alturas temporales nos hagamos cuestión de problemas referentes a la llamada Medicina privada o liberal cuya próxima y aún inminente extinción pregonan no pocos agoreros. Comprendemos, justificamos y respetamos el progresivo paso de una Medicina liberal e individual a una Medicina socializada y colectiva, signo, al parecer, irreversible de la vida moderna (8). Pero, aunque a la organización social de la Medicina será en buena medida aplicable cuanto digamos, no es a ella a la que aquí vamos a referirnos sino a la clásica organización liberal de la Medicina que, a ojos vistas, pervive y que quizá deba subsistir con unas u otras matizaciones en cuanto

---

W. RUEG, *Humanismus, Studium Generale und Studia Humanitatis in Deutschland*, Darmstadt 1954; y TOFFANIN, *Historia del humanismo desde el siglo XIII hasta nuestros días*, Trad. esp., Buenos Aires 1953. Como es sabido, la Edad Moderna, al contrario que la Edad Media fue más humanista que teocéntrica; pero humanista en aquel sentido paganizante, cuya cristianización fue obra de la rectificación por los españoles de aquellas tendencias materialistas (Cfr. E. GUERRERO, *Sobre humanismo cristiano y libertad religiosa*, en Razón y Fe, junio 1957, quien, por ejemplo, considera a CALDERÓN DE LA BARCA como el máximo representante del humanismo cristiano español). Hay, en efecto, un humanismo iusnaturalista que, si bien estima la sustancia del Derecho fuera de las posibilidades de acción humana —el Derecho no es hecho *por* el hombre— pone tal sustancia al servicio de los valores del hombre, considerado como persona —el Derecho es hecho *para* el hombre—. El humanismo jurídico parte de la base de la afirmación de la supremacía del hombre basada en un concepto exacto del mismo (Cfr. LEGAZ LACAMBRA, *Humanismo, Estado y Derecho*, Barcelona 1960, pág. 37). Al fin y al cabo, el Derecho existe por causa de los hombres (*Cum igitur hominum causa omine ius constitutum sit*, Hermog. D. I., 5, 2); es obra del hombre en buena medida y está al servicio del hombre.

Preciso es constatar con CORTS GRAU (*Los humanismos y el hombre*, Madrid 1967, pág. 8) que “el término *humanismo* se nos ofrece cada día más equívoco y comprometido. A lo largo de la historia ha registrado muy varias y encontradas versiones...”. “Más que un humanismo en pugna con otros sistemas, hay una serie de humanismos que luchan entre sí” (CASTÁN TOBEÑAS, *Humanismo y Derecho*, Madrid 1962, pág. 9). “De cualquier modo que sea, es un dato consolador que sea tema principal en las controversias intelectuales de estos últimos años el de *hombre, humanidad y humanismo*” (TIERNO GALVÁN, *Hombre, humanidad y humanismo*, en Revista de Estudios Políticos, XXXII, 1950, pág. 181). Más, como dice CORTS GRAU (*Loc. cit.*) “A través de tantas versiones persiste una noción de sabiduría enriquecida en el conocimiento del hombre, en la conciencia de su dignidad y en la entrañable conexión entre verdad y vida”. De ahí que resulte inmenso así el alcance del humanismo. *Homo sum, humani nihil a me alienum puto*. Y en cuanto Medicina y Derecho pretenden el cultivo de todas las perfecciones humanas, resulta evidente que comportan sendos auténticos humanismos.

(8) Cfr. nuestro estudio *Familia, alimentos civiles y seguridad social*, Valencia 1965.

siga considerándose respetable la libertad de la persona humana. Por muy en crisis que parezca hallarse la relación que tradicionalmente ligaba a médico y enfermo al socaire de la llamada socialización de la asistencia médica, de los espectaculares avances de las técnicas analíticas, físicas y químicas de la enfermedad, de los intentos de una Medicina cibernética —*medicus ex machina*, que alguien diría—, sobre la base de “chequeos” despersonalizados, etc., si la Medicina ha de seguir siendo “humana” ha de partir *vellis nollis* de la relación médico paciente, de esa relación “interpersonal, objetivante y que siempre debe ser amistosa” (9). Y en cuanto tal relación interhumana de ayuda (con fundamento último en la sociabilidad ya que todo hombre, cada hombre es un *ens indigenes* que necesita de sus congéneres, máxime en situaciones de desvalimiento cual es la enfermedad, relación en que confluyen el menester de un hombre y la capacidad de otro para remediarlo) puede ser, de hecho lo es, regulada por el Derecho y productora de consecuencias jurídicas... debe ser calificada de relación jurídica y, en el marco de la tan prestigiosa como zaherida Medicina liberal, más concretamente de relación contractual (10). Pero de una relación contractual —insistimos— de todo punto excepcional como vamos a observar a través de la apreciación *uti singuli* de los diversos elementos estructurales típicos de la contratación.

2. En orden al consentimiento, primer elemento esencial de todo contrato (art. 1.271 del Código civil) y presupuesta la capacidad

(9) Cfr. LAIN ENTRALGO, *La relación médico-enfermo. Historia y teoría*, Madrid 1964, pág. 9. No queremos plantearnos en el presente estudio —razones de espacio nos lo impiden— la problemática jurídica de la organización social de la medicina. Hacia la socialización de ésta impelen su eficacia y carestía actuales; el deficiente estado sanitario de la población, sobre todo, de la proletaria; la general toma de conciencia del derecho del hombre a la salud (vid. LEGA, *Il diritto alla salute in un sistema di sicurezza sociale*, Roma 1952); la general tendencia a la socialización de las profesiones y de las técnicas; la creciente intervención del Estado en la vida social... (Cfr. CANO DÍAZ, *El Seguro de enfermedad en el mundo occidental*, en Rev. Universidad Madrid, X, 1961, págs. 207-244). En realidad el seguro de enfermedad no tuvo por objeto inmediato sustituir a la organización liberal de la Medicina, sino que históricamente a quien sustituye o reemplaza es a aquellas otras organizaciones que tenían por objeto complementar a la tradicional medicina de clientela; a saber, el hospital de caridad y el seguro privado de asistencia médica (Cfr. BORRAJO DACRUZ, *La organización liberal de la medicina y su evolución*, en Rev. Iberoamericana de Seguridad Social, 1960, núm. 2, págs. 305 y 307). Pero el grave peligro que la absoluta socialización hace correr al hombre es el de incardinarlo en una sociedad exageradamente *standardizada*, en que se convierta en esclavo del Estado Moloch. Del resultado de la pugna entre el hombre del humanismo y el hombre robot, depende nuestro porvenir. Entre la inmensa bibliografía sobre el tema, vid., *ad exemplum* SERRANO GUIRADO, *El Seguro de enfermedad y sus problemas*, Madrid 1950; J. RIVERO, *Les transformations sociales et le développement de la protection légale de la santé*, en Semaines sociales, Montpellier 1951, págs. 72 y sigs.; *Socialisation et personne humaine* en 47 Semaine Sociale de France, Grenoble 1960, Chronique sociale de France, Lyon 1961.

(10) GITRAMA GONZÁLEZ, *Configuración jurídica...*, cit., págs. 342 y 344.

contractual (11), ya resulta excepcional el que consideramos cualquiera que sea el ángulo desde el que se considere.

2.1. Reparemos, ante todo, en que en él entran las partes en planos evidentemente desiguales. La primera faceta de tal desigualdad radica en que, no obstante, una progresiva vulgarización operada a través de los más diversos medios de difusión de ideas y noticias y, hay que reconocerlo igualmente, un venturoso aumento de la cultura media de la población, la ciencia médica —quizá en parte porque, compensando lo anterior, se ha hecho más compleja, más profunda por los avances de los modernos métodos de diagnóstico y terapéutica— continúa siendo y quizá felizmente, para la inmensa mayoría de los hombres una ciencia hermética, impenetrable. Tal es, sin duda, una de las fuentes de su tradicional prestigio y del gran ascendente de que siempre ha revestido a quien logró penetrar en sus arcanos (12). Lo que el enfermo solicita del médico que le asista —esto es, que se detenga junto a él para asistirle (*ad-sistere* significa detenerse junto a otro) para brindarle el remedio oportuno, la curación— escapa generalmente al intelecto del primero, a sus

---

(11) Por más que también en orden a la aptitud jurídica para establecer la relación médico-enfermo; esto es, en orden a la capacidad contractual de las partes, échase de ver la excepcionalidad del contrato que nos ocupa. Como en cualquier otro, tal capacidad implica goce y ejercicio de los derechos civiles; más he aquí que, por lo que al médico atañe, la noción de capacidad implica algo más: competencia, saber, aptitudes profesionales... todo lo cual se presupone en él mediante la justificación de un estatuto legal en cuyo cuadro se limita en España, como en los demás países civilizados, el ejercicio de la medicina. Tal estatuto legal se contrae básicamente a la garantía de una formación técnica del profesional mediante la obtención de un título facultativo de Licenciado o de Doctor en Medicina y la subsiguiente colegiación administrativa (Reglamento de la Organización médica colegial de 1 de abril de 1967, Orden de 7 de mayo de 1968 y Ley de 13 de febrero de 1974). Sin tal se incurre en el ilícito de ejercicio ilegal de la medicina (arts. 321 y 572 del Código penal). Con tal se posee en principio la idoneidad legal para ejercer tan noble actividad.

Razones de espacio impiden referirnos aquí a la casuística problemática a que daría lugar el enfermo menor de edad, emancipado o no; el mayor judicialmente incapacitado; el demente no incapacitado, etc. A lo largo del presente estudio habremos de hacer referencia, no obstante, a situaciones como éstas en orden, por ejemplo, a cierta original tutela de hecho. También, sobre la capacidad en las convenciones relativas a la persona física y, en especial, en el contrato médico, vid., entre otros BORRELL MACÍ, *La persona humana, Derechos sobre su propio cuerpo vivo y muerto. Derechos sobre el cuerpo vivo y muerto de otros hombres*, Barcelona 1954; DÍEZ DÍAZ, *Los derechos físicos de la personalidad. Derecho somático*, Madrid 1963; A. JACK, *Les conventions, relatives a la personne physique*, en *Rev. critique de Legislation et de jurisprudence*, 1953, núm. 14; NERSON, *Les droits extrapatrimoniaux*, cit., núm. 192; DIERKENS, *Les droits sur le corps et le cadavre de l'homme*, París 1966.

(12). El médico tiene la *auctoritas* (que significaba garantía de ser veraz y estar en lo cierto), autoridad moral, de puro prestigio. De ahí lo persuasivo de su posición, de consuno autoritaria y balsámica, apta para lograr de su paciente un *insight* psicoterapéutico, una comprensión definitiva de su situación y de sus posibilidades de cura. Y corrobora el prestigio social del médico que en el marco de nuestros usos ciudadanos, él es por antonomasia *el Doctor*, aunque su título pueda no ser sino de Licenciado.

posibilidades normales de control (13). El médico, entonces, previo reconocimiento, fija el programa terapéutico. El paciente accede o no, consiente o no. Caso afirmativo, que es la regla general, he aquí la fórmula del contrato de adhesión en que el aceptante no puede ontológicamente fijar su contenido y su alcance. Por lo común ha de abandonarse ciegamente y porque piensa en la cuenta que le tiene, a las decisiones del facultativo (14). ¿Qué más fuerte autoridad?

Pero aun antes de iniciarse la relación contractual, antes del encuentro médico-paciente, por más que para cualquier jurista la idea de contrato implique un acuerdo de voluntades esencialmente libre, un área en la que entran y se mueven los sujetos en plano de igualdad, lo cierto es que de hecho existe otra patente y previa desigualdad entre médico y enfermo. Este último se siente tal, se considera enfermo porque se estima total o parcialmente incapaz para ejecutar funciones o acciones propias de la vida humana; porque experimenta la aflicción del malestar, la molestia, el dolor físico; porque tiene el sentimiento de la amenaza del riesgo de morir; porque se da cuenta de que, a diferencia de cuanto estaba sano, su atención se polariza hacia su sintomatología somática alterada; porque se siente sólo con su solamente suya enfermedad y anómalo entre los individuos sanos próximos a él, etc. (15). Y, por todo ello, experimenta una necesidad acuciante e inmediata del cuidado de aquel que piensa se lo puede ofrecer. "Cuidar a otro" es el significado del verbo griego *medeo*, raíz del sustantivo latino *medicus*. Necesidad apremiante a su modo de ver, pues que va en ello, o así lo imagina, nada menos que su propia conservación. Por lo mismo la llamada, el recurso al médico, tan frecuentemente se caracteriza por la noción de urgencia. A menudo se despierta a éste a altas horas de la noche por mor de una alteración, quizá banal. Una de las miserias humanas es precisamente espantarse en alto grado ante las anomalías de su organismo físico, ya sean graves o tales se presuman por el desconocimiento de su entidad. El médico es entonces la firme esperanza del

---

(13) En alguna medida también —y ello implica una evidente analogía entre médicos y juristas— "el que solicita una demanda jurídica en el despacho de un Letrado se siente disminuido e incapaz de tomar decisiones por su cuenta. La relación con su abogado es de franca dependencia y sumisión ante sus orientaciones sobre la conducta a seguir" (así JUAN OBIOLS en el prólogo a MUÑOZ SABATÉ, *Enfermedad y justicia. El papel del Derecho en la psicoterapia individual y social*, Barcelona 1972, pág. XI).

(14) La entrega del enfermo al médico suele ser una entrega total. Quien se va a comprar un libro o un coche o quien solicita del decorador que arregle su piso, tiene buen cuidado de parcelar el problema que transfiere. Quien acude al médico acaba por exponerle la integridad de su problemática existencial.

(15) Sobre la valoración subjetiva de la enfermedad, sobre la diferencia entre creerse enfermo, sentirse enfermo y estar realmente enfermo, vid. NOVOA SANTOS, R., *La mujer, nuestro sexto sentido y otros esbozos*, Madrid 1929, págs. 192 y sigs. También BARCÍA GOYANES, *El sentido de la enfermedad*, en "Pensamiento médico y moral profesional", Valencia 1941, págs. 67-80 y A. JORES, *Vom Kranken Menschen*, trad. esp. "El individuo enfermo", Barcelona 1961, pág. 42.

ansiado e inmediato remedio; su presencia se considera apremiante necesidad. Y esa misma urgencia lleva al enfermo a no reparar en detalles que considera accesorios: hora, distancia, costo... (16).

El médico, por su parte, no tiene en cambio sino una necesidad remota de un enfermo en particular, de cada enfermo, en cuanto del ejercicio de la medicina hizo profesión y *modus vivendi* (17). El de servicios médicos resulta así un contrato necesario en cuanto obligado para el enfermo por una emergente situación fáctica (18).

Es verdad, y hay que proclamarlo así, que la acrisolada solvencia moral de la clase médica, la misma existencia y observancia de su formación deontológica (19), hará difícil fundar en estas patentes desigualdades injusticia alguna en la relación médico-enfermo. No se reproduce en el caso el conjunto de circunstancias, en cierto modo y *ab initio*, análogas en la relación jurídica laboral que hicieron alumbrar la sindicación y las medidas tuitivas que a sus modernas formulaciones caracterizan. Pero no estará de más insistir en que las

---

[16] MICHEL VASSEUR, *Urgence et Droit Civil*, en Revue Trimestrielle de Droit Civil, 1954, págs. 405 y sigs., muestra el efecto derogatorio de la urgencia como expresión de un principio general del Derecho francés (y del español) común al Derecho privado y al Derecho público; área en que prevalecen las estructuras materiales sobre las jurídicas.

(17) La situación que surge es en gran medida análoga a la que se da en el contrato laboral. El trabajador necesita perentoriamente del contrato para obtener un salario con que subvenir a sus necesidades vitales y las de su familia. El empresario precisa también, ciertamente, de trabajadores para llevar adelante su empresa, pero en general le es indiferente contratar o no a uno determinado, a aquél precisamente agobiado con mayores cargas familiares o apremios económicos de primera necesidad. Y sabido es cómo tal desigualdad fue motivo de injusticias y abusos y cómo a reprimirlos hubieron de acudir las primeras normas del moderno Derecho laboral. Pero lo cierto es que, como es lógico, ni hay Sindicatos de pacientes que respalden a cada uno como los hay de trabajadores, ni una jurisdicción especial como la Magistratura del Trabajo para aquellos, ni toda una rama jurídica de matiz tuitivo, tutelar, protector, montada para la regulación de tales relaciones médico-cliente a imagen del moderno Derecho del Trabajo.

(18) El de servicios médicos más que un contrato impuesto (en el sentido que a este asigna R. MOREL en *Le contrat imposé*, en "Le Droit privé français au milieu du XX siècle", Estudios homenaje a RIPERT, París 1950, II, págs. 116 y sigs.) es un contrato necesario en cuanto obligado por una situación de hecho que constituye en cierta medida un estado de necesidad. Así se manifiesta el mismo autor en pág. 117, por más que sólo se refiere al depósito necesario del art. 1.949 C. c. francés, concordante con el de los arts. 1.781 y sigs. C. c. español. Caso más típico de contrato necesario que el del citado depósito será casi siempre el del contrato de servicios médicos. Vid. también Díez PICAZO, *Los contratos forzosos*, en ANUARIO DE DERECHO CIVIL, IX, 1956, págs. 85 y sigs.; y sobre el aludido estado de necesidad GUZZON, *Consenso e stato di necessità nell'atto medico* en Rivista penale, 1967, I, pág. 670; VASSALLI, *Alcune considerazioni sul consenso del paziente e lo stato di necessità nel trattamento medico-chirurgico*, en Archivio penale, 1973, págs. 94 y sigs.

(19) De entre copiosísima bibliografía sobre el tema, recordemos ALONSO MUÑOYERRO, L., *Código de Deontología médica*, 4.ª edición, Madrid 1956; FRANCISCO PEIRÓ, *Deontología médica*, 6.ª ed., Madrid 1958; GREGORIO MARRAÑÓN, *Vocación y ética y otros ensayos*, Madrid 1966; B. NARBONA ARNAU, *Defensa de la responsabilidad personal. Responsabilidad personal en Medicina*; AUER ALFONS-CONGAR-BÖEKLE-RAHNER, *Etica y Medicina*, Madrid 1962, etc.

desigualdades de referencia nunca deben inducir al facultativo a caer en la tentación de aprovechar en propio beneficio su prepotencia como señor de la salud del paciente (20). Más, hecha tal abstracción, no hay duda de que en la buena medida en que la que estudiamos sigue siendo una profesión liberal, el médico goza en principio de una independencia absoluta; puede no ejercer su profesión o abandonarla cuando quiera; puede elegir su clientela, en tanto en cuanto, no se haya obligado a acudir a la llamada de un enfermo o a tratar a cuantos a él recurran para tal fin. Ciertamente que, moralmente, no podría sin motivos legítimos rehusar sus cuidados al enfermo que llega a su consulta o le llama a su cabecera; los deberes de caridad y altruismo siempre han sido considerados títulos de honor de la profesión médica. Pero por principio jurídico el médico cuida a quien quiere y cuando quiere, salvo excepciones como el caso de urgencia (en que podría incluso incurrir en el delito de omisión del deber de socorro, del artículo 489 bis del Código penal); el requerimiento por la autoridad administrativa o judicial; el previo compromiso de cuidar a un enfermo o proseguir un tratamiento en curso; el cumplimiento de las obligaciones contractuales de un arrendamiento de servicios con una institución, etc. (21).

Pero no se agota la observación de la desigualdad en el ámbito que mencionado queda. Desde otro punto de vista, si se considera al médico como investido de un público ministerio o gestor de un servicio público (lo que vendría abonado en casos de titularidad o de pertenencia del facultativo a una organización asistencial a cuyos servicios tenga derecho el enfermo) de modo que quepa considerarlo como en estado de permanente oferta al público, vendrá constreñido a contratar con todo aquel que debidamente requiera sus servicios. La importancia de éstos puede justificar la obligatoriedad

---

(20) El poderío del médico sólo conserva su digna altura a condición de que no lo desluzca la sobrebria, la presunción, la *hybris* de cuyo peligro le advierte la caída de Esculapio, según el mito clásico, fulminado por Júpiter a causa de tal flaqueza. GEORGES DUHAMEL escribió que el primero de los enemigos que la Medicina halla en sí misma es el orgullo (*Paroles de médecin*, Mónaco 1946, pág. 7).

(21) Puede el médico pactar con un enfermo o con una familia obligándose a proporcionar sus cuidados indefinidamente, incluso por toda la vida del facultativo o, en el primer caso, por toda la del enfermo. ¿Implicaría tal pacto vicio de nulidad *ex art.* 1.583 del Código civil? Esta disposición, que trata de salvaguardar la libertad individual, parece ser de orden público y, consiguientemente, la convención en contrario sería, *expressis verbis*, nula. Ahora bien, entendemos aplicable el precepto si la obligación pactada implica una alienación de la libertad que haga caer al facultativo en una omnimoda dependencia respecto del beneficiario o beneficiarios de los servicios que se prestan, de modo que éstos sean continuos en dedicación exclusiva y de por vida (vid. XAVIER RYCKMANS, *Les droits et les obligations des médecins*, Bruselas-París 1954, pág. 186). No es este el caso del médico que ni enajena su libertad, ni queda impedido para proporcionar sus cuidados a otras personas, ni incurre en el perpetuo estado de dependencia que la Ley ha querido evitar. Otra interpretación conduciría al absurdo de proscribir el tan frecuente y tan válido sistema de iguala o, más aún, el del tradicional médico de cabecera.

de no rehusarlos y la consiguiente obligación para él de contratar, de modo que no hacerlo presentaría caracteres de ilicitud (22). Y he aquí que entonces, por manera análoga a como el médico podía, en la hipótesis antes considerada, verse tentado a abusar de su prepotencia *pro domo sua*, también en esta otra es el enfermo quien puede, más o menos conscientemente, abusar de su situación para exigir del facultativo más de aquello que ética y jurídicamente podría solicitar. Tanto en uno como en otro caso se hace posible columbrar supuestos de abuso del derecho o de ejercicio antisocial del mismo, con la consiguiente puesta en marcha de los mecanismos obturadores de dichas conductas al amparo del nuevo artículo 7,2 del Código civil (23).

2.2. Comienza a existir el consentimiento contractual mediante la aquiescencia de médico y paciente a entablar la relación jurídica entre ambos. La iniciativa suele partir del enfermo o de sus familiares. Pero las modalidades son múltiples:

a) Es elegido un *determinado* médico, sobre todo lo que se llama un especialista, en razón de su prestigio, de sus éxitos profesionales, de su notoriedad, todo lo cual viene a erigirse en garantía de la deseada bondad y eficacia de sus cuidados; esto es, tanto de lo acertado de su diagnóstico como de lo atinado del tratamiento terapéutico que prescriba. El enfermo o sus familiares son absolutamente libres en orden a la elección de *tal* médico y en la génesis de la relación cobra especial relieve jurídico el *intuitus personae*. Precisamente es típica la acepción de la persona del profesional cuando el contrato tiene por objeto la prestación de servicios que exijan conocimientos profesionales (24) y máxime si, como en éste en estudio, se basan —después lo veremos—, sobre la idea de la confianza.

b) No es elegido un determinado médico, sino que el enfermo o su familia llama *al* médico. Será el de cabecera o el de la iguala, el de la entidad de seguro libre, mutualidad, montepío, etc. Incluso al del pueblo, si no hay otro... Evidentemente si en estos casos no se elimina del todo el *intuitus personae* —porque siempre subsiste la consideración de las aptitudes profesionales del llamado, del que se eligió como médico de cabecera o de iguala o del cuadro médico

---

(22) Sobre la llamada obligación legal de contratar, GONZÁLEZ ENRÍQUEZ, en *Revista de Derecho español y americano*, 17, 1959, págs. 665 y sigs. En el caso y como regla general de la medicina privada, a la libertad de elección de médico por el enfermo, se contraponen la de aquél de seleccionar sus pacientes, rehusando prestar servicios que no constituyan supuestos de urgencia. Sobre el particular vid. A. GUILLÓN, *L'omision de porter secours et la profession médicale*, en *Juris Classeur Periodique*, 1956, I, 1294.

(23) Vid. nuestro reciente estudio *La corrección del automatismo jurídico mediante las condenas del fraude a la ley y del abuso del derecho*, en el volumen *Curso monográfico sobre la Ley de Bases para la modificación del Título preliminar del Código civil*, Valencia 1975, en especial, págs. 139 a 168.

(24) Cfr. FRANÇOIS VALLEUR, *L'intuitus personae dans les contrats*, París 1938, págs. 59 y 105.

de la entidad del seguro libre elegida para la adscripción— aquel concepto queda tan disminuido como, si cabe hablar así, objetivado. No se acude a un médico especialmente determinado, escogido *ad hoc*, sino al que corresponde acudir. Y entonces del juicio que el médico merezca al enfermo dependerá en buena medida la disposición de éste en orden a la terapéutica que aquél prescriba.

c) Se llama o se acude a *un* médico, al que hay que recurrir aunque no se conozca porque es el del Seguro obligatorio (25), al médico militar, en suma al de la organización asistencial a que obligadamente se pertenece. La relación o contrato interpersonal médico-enfermo se desdibuja entonces para diluirse en la relación externa que motiva el derecho del paciente a la asistencia facultativa. Aparte la consideración personal que el médico de turno merezca al paciente, habrá que tener en cuenta la influencia del crédito que socialmente tenga la organización asistencial en su conjunto en orden a la eficacia terapéutica ante el segundo.

d) Se llama a un médico *cualquiera*, al más próximo, al de urgencia. Entonces desaparece prácticamente del todo el *intuitus personae*. En el facultativo que acude a la cabecera del enfermo lo único que éste ve representado es la ciencia-médica.

Y he aquí que, tendiendo los dos últimos supuestos a erigirse en las posibilidades más frecuentes en la moderna sociedad de masas, échase de ver el riesgo de la impersonalización de la relación médico paciente, de la regresión hacia aquella objetivación clínicamente abusiva y socialmente injusta a que al enfermo había sometido la asistencia médica vigente en los primeros lustros de nuestro siglo (26).

Cualquiera que sea el camino hacia la toma de contacto médico-enfermo, una vez obtenido el consensus inicial, el primero elabora su diagnóstico sobre “lo que el enfermo tiene”, primer paso en la andadura hacia la meta de la sanación. Examina para ello los datos que del reconocimiento estima oportunos, el impacto que en la sociabilidad del paciente marque su enfermedad y, a la inversa, el que en su naturaleza haya producido la dimensión social de su vida de relación, donde quizá halle en ocasiones la génesis de su dolencia (27).

(25) El art. 112, I de la vigente Ley de Seguridad Social española, establece el derecho que tiene el titular acreedor de la asistencia sanitaria a la elección de médico, bien que subordinándolo siempre a que exista pluralidad de éstos en la localidad.

(26) Así, LAIN ENTRALGO, *ob. cit.*, pág. 473. Marc. AZOULAI, *L'élimination de l'intuitus personae dans les contrats*, en el vol. “La tendance a la stabilité du rapport contractuel” *Etudes de Droit privé*, París 1960, muestra la moderna corriente “standardizadora” en la contratación, pero advierte (pág. 36) que si se repara en el naturaleza consensual del contrato, puede verse en el *intuitus personae* una de las más puras manifestaciones de la libertad individual y, entonces, hay que lamentar los ataques de que hoy se la hace objeto.

(27) Curiosamente se ha observado el origen psicossomático de numerosas enfermedades a veces engendradas en motivaciones jurídicas, como desahucios, despidos laborales, usurpaciones posesorias, etc. vid. WEIZTALKER, *El hombre enfermo. Una introducción a la Antropología Médica*, trad. esp., Barcelona

Es el momento cognoscitivo de la relación jurídica médico-enfermo, fase para cuyo desarrollo medió ya el inicial consentimiento engendrador de la relación jurídica (28) y que termina con una propuesta técnicamente congruente de acción terapéutica.

Pero he aquí que si en los restantes contratos; más concretamente en los restantes contratos de servicios propios de las profesiones y artes liberales, suele bastar con una prestación de consentimiento para que se despliegue la totalidad de los efectos (29), no ocurre así en el que estudiamos, lo que viene a integrar otro indicativo de su excepcionalidad. En el contrato médico desdóblase el consentimiento en dos fases, una primera en que se produce el acuerdo de las voluntades participantes en orden al reconocimiento del cliente por el médico al efecto de elaborar un diagnóstico y una propuesta de acción terapéutica y una segunda fase que llamaremos de consentimiento al tratamiento.

2.3.1. La segunda fase del consentimiento (30), una vez superado aquél momento cognoscitivo, versa sobre el momento operativo de la relación médico-enfermo. Resultado del diagnóstico es, como dijimos, la propuesta de tratamiento. No cabe desconocer que ya antes de esta fase posee eficacia terapéutica el talante afectuoso del médico, la confianza que inspira, el consuelo, la tranquilidad que proporciona. Su mera presencia al lado del enfermo es el primer agente terapéutico (31) que resalta la trascendencia de la relación humana e interpersonal entre médico y paciente y hasta el valor consolidante del definitivo “dar de alta” que a la vez implica un afirmar “ya estás sano” (diagnóstico) y un lograr que efectivamente así se sienta (tratamiento final).

---

1956. También, V. GONZÁLEZ CALVO, *Patología general de las emociones*, Valladolid 1946.

(28) Sobre la necesidad del consentimiento del enfermo, J. R. DEBRAY, *Le malade et son médecin*, París 1965, págs. 234 y sigs.

(29) Con la salvedad, quizá también de los servicios del abogado quien, solicitado por el cliente, estudia el asunto propuesto, diagnóstica y propone soluciones al mismo —tratamiento—, de modo que el cliente ha de manifestar su nueva conformidad a que, por ejemplo, sea presentada la demanda para iniciar una vía judicial.

(30) No parece tener gran trascendencia la cuestión de si el consentimiento del paciente al tratamiento propuesto constituye un nuevo contrato médico (Vid. SAVATIER, *Traité de Droit médical*, París 1956, núm. 49) o si por tal consentimiento y los sucesivos que fueren necesarios, el conjunto de cuidados constituye el objeto de un sólo y único contrato (así R. NERSON, *Les droits extrapatrimoniaux*, Lyon 1939). Evidentemente habrá dualidad si, por ejemplo, el internista aconseja al paciente ponerse en manos de un cirujano.

(31) Por de pronto la narración de sus penas que el cliente hace al médico, ya por sí sola, disminuye el nivel de ansiedad, pues que la pena comunicada es ya una pena menor por compartida (Cfr. FRANKL, *Psicoanálisis y existencialismo*, trad. esp., Méjico 1965, 5.ª ed., pág. 276). Y libera al enfermo de no pocas tensiones emocionales que ha ido acumulando y comprimiendo. La sola creencia y confianza de que el médico, usando el poder que atributivamente le pertenece, va a poner en marcha los mecanismos terapéuticos adecuados para vencer el morbo, produce el efecto cártico de reducir la ansiedad del paciente.

Pero nos referimos ahora al segundo estadio del contrato médico-enfermo, a aquel que se inaugura con la propuesta de acción terapéutica del primero y que puede variar entre la administración de fármacos o agentes físicos, una adecuada dietética, una técnica psicoterápica, una intervención quirúrgica... Entendido el tratamiento como todo procedimiento, cualquiera que sea, tendente a la curación de una enfermedad o a la atenuación de un estado de enfermedad; o bien como toda acción sobre el enfermo destinada a combatir el mal que le afecta, requiere para su puesta en práctica la aquiescencia del paciente. Si cabe pensar que a la hora del diagnóstico el enfermo se ha hecho en buena medida un mero objeto científicamente cognoscible, a la del tratamiento es indudablemente algo más, una persona sujeto de derechos y una persona doliente y compasible.

Expresivamente señaló un ilustre jurista, alarmado ante ciertas disposiciones que autorizaban al médico para, en ocasiones, imponer un tratamiento determinado, que "el enfermo que se confía a un médico no le otorga un cheque en blanco, no abdica sin remedio su libertad, no se convierte en el menor de edad de quien el médico —según su moral profesional— se consideraría sin más, después de Dios, como dueño y soberano" (32). Por cómodo y satisfactorio que ello pudiera ser para algún facultativo, que no hallaría traba alguna para el empleo de los recursos terapéuticos que estimase más idóneos para el éxito pretendido (en beneficio, al fin y a la postre, del enfermo), vulneraría, sin duda, la libre autodeterminación de la persona del paciente. No es otra la razón de que los Tribunales hayan hecho responsable al médico de los daños causados por el fracaso o el error del tratamiento —especialmente de la intervención quirúrgica— no libremente consentido por el paciente o por sus allegados (33).

Y es que en ambas fases señaladas de la relación jurídica médico-paciente, pero sobre todo, en esta segunda, se realiza en definitiva, se actúa uno de los derechos de la personalidad, el llamado derecho a la integridad física que, como se ha dicho (34), es más que nada

---

(32) SAVATIER, *Les métamorphoses...*, ob. cit., segunda serie, núm. 194, pág. 220. Del propio autor *Imperialisme médical sur le terrain du droit*, en Dalloz, 1952, Chronique, 47. Asimismo P. GARRAUD y M. LABORDE LACOSTE, *Le rôle de la volonté du médecin et du patient quant au traitement médical et à l'intervention chirurgicale*, en *Revue générale du Droit*, 1926, página 129.

(33) Para la Casación francesa —y es evidente que si invocamos tan frecuentemente el derecho del vecino país se debe a su carácter de pionero en muchos de los temas en estudio— el enfermo es preciso que manifieste su consentimiento a cualquier tratamiento de una manera libre y clara en todo caso y por encima de todo, una vez que el médico le haya expuesto la naturaleza, riesgos y ventajas de la intervención. Es, pues, necesario que el médico consulte al enfermo antes de someterlo a todo tratamiento, a toda operación (Sents. de 28 de enero de 1942, 27 de octubre de 1953, etc.). En el mismo sentido L. KORNPROBST, *Responsabilités du médecin devant la loi et la jurisprudence française*, París 1957, págs. 233 y sigs. Asimismo, J. R. DEBRAY, *Le malade et son médecin*, París 1965, págs. 234 y sigs.

(34) ASI, J. CARBONNIER, *Droit Civil*, T. I, París 1957, págs. 171.

una libertad, la expresión de un *noli me tangere* fundamental (35). No es tanto, pensamos, como cortapisa a la, en otro caso, libérrima iniciativa del facultativo —que en ocasiones la iniciativa podrá partir del enfermo (36)— como se establece esta segunda conformidad

---

(35) En relación, en general, con la doctrina de los derechos de la personalidad, A. DE CUPIS, *I diritti della personalità*, en el Trattato di diritto civile e commerciale, dirigido por A. CICU y F. MESSINEO, Milán 1959; BELTRÁN DE HEREDIA CASTAÑO, *Construcción jurídica de los derechos de la personalidad*, Discurso de ingreso en la R. A. de Jurisprudencia y Legislación, Madrid 1976. Y nuestro trabajo *Imagen (derecho a la propia)*, en Nueva Enciclopedia jurídica Seix, T. XI, Barcelona 1962, especialmente núm. IX, X, XI y XII; esto es, págs. 310 a 316, con amplia bibliografía.

(36) Cabe pensar, naturalmente, en que la iniciativa sea del enfermo y que el médico sea el facultado para aceptar o no, a tenor de su libre voluntad, pero teniendo en cuenta los dictados de la moral. Así, podría considerarse aceptable la propuesta de intervenir que un paciente hiciese a un cirujano si la finalidad de la intervención es a juicio de éste curativa y por ende tendente en mayor o menor grado a conservar la vida humana; o si persigue una finalidad estética —cirugía plástica o reparadora— de mejoramiento y no implica riesgo ni persigue finalidad perjudicial. Válida es, así como válido y heroico es el acto extramédico de sacrificar la propia vida para salvar la del prójimo (vid. sobre el particular MICHEL RIOU, *L'acte de dévouement*, en Revue Trimestrielle de Droit Civil, 1957, págs. 221 y sigs. quien define dicho acto como aquél de un individuo que, sin obligación jurídica alguna, acepta deliberadamente el sacrificio espontáneo de su vida para auxiliar a otro —pág. 223—). Probablemente no alcanzaría la misma validez la cooperación, mediante la extracción, a una venta de sangre por aquella persona de quien se obtiene, pues que la pretensión de un lucro, de obtener provecho económico de tal pérdida sustancial del cuerpo, con el consiguiente debilitamiento de éste y, por tanto, daño, implicaría la nulidad del contrato de compraventa por contrario a la moral (art. 1.255 del Código civil).

Piénsese también en la iniciativa del enfermo desahuciado que, afligido por el dolor, implora de su médico una inyección letal. Aun sin acceder a la eutanasia, no hay duda de que a la conciencia del profesional tocaría decidir la aplicación o no de esa morfina que abrevia de consuno el dolor y la vida del agonizante. Piénsese en la pretensión deducida ante un médico de una inseminación artificial, muestra de la soberanía de la ciencia sobre el hombre y de la deshumanización de la humanidad. Piénsese en las inquietudes de ciertos embarazos incitando a la interesada a hacerse abortar; en las esterilizaciones de complacencia... Si en todos estos casos el médico accede, colma los deseos de su paciente, pero se expone a incurrir en condenas penales y, eventualmente, hasta a verse sometido a una acción del interesado cuya opinión puede cambiar; todo ello aparte, claro está, de la consiguiente sanción ética o moral. Y si no accede será fácilmente acusado de desatención para con su cliente. La solución, naturalmente, se hallará en la conciencia del facultativo.

Esta temática nos lleva a pensar que ni la iniciativa ni el mismo consentimiento del paciente parece que pueden considerarse suficientes para que el médico emprenda sin más un tratamiento peligroso. Lógicamente es preciso, además, que éste sea necesario según las reglas profesionales; que los riesgos no sean desproporcionados con el mal a combatir o con el beneficio a obtener. Y tal, aun mediando perentoria inistencia del paciente al médico para emprenderlo. Con todo, habrá que considerar las circunstancias de hecho concurrentes; v. gr., la necesidad de adoptar sobre la marcha una decisión rápida en casos urgentes, máxime en casos desesperados en que haya que intentarlo todo para salvar la vida del enfermo. Paralizando del todo el espíritu de iniciativa del facultativo no es como el arte médico realizará

del paciente, sino como reconocimiento de las prerrogativas de la personalidad de éste. Y no con la mira puesta en la apreciación de que la persona sea al fin y al cabo, el mejor juez de sus propios intereses, cuanto en el respeto del derecho absoluto, de la personalidad, que cada persona tiene a su integridad física, al señorío del hombre sobre su cuerpo (37) como salvaguardia de la autonomía jurídica (38) de la personalidad humana.

En definitiva no es otro el sentido en que nuestros conciudadanos dicen al sentirse o creerse enfermos que “van a consultar”, expresando así su deseo de diagnóstico y su espera de proposiciones terapéuticas que entienden poder aceptar o rehusar (39). Es claro que entenderían extralimitada, antijurídica, la actuación de, por ejemplo, el médico cirujano que anestesiará y operará sin haber obtenido el consentimiento del paciente...

Y es que, aunque en favor de la tesis de que el cirujano puede operar de *motu proprio* para salvar la vida del enfermo, se alegase que la vida no pertenece al hombre y que, por ende, no puede disponerse de ella ni por acción ni por inacción; que no puede suicidarse ni rehusar los cuidados y operaciones necesarias, pues que sobre él pesa el deber natural de la propia conservación (40); que tiene la vida en depósito del que debe rendir cuentas y que, como el depositario (art. 1.766 del Código civil) no puede destruir ni mutilar el objeto depositado, sino que ha de conservarlo diligentemente (41)...

---

progresos. Muchas veces será la teoría del mal menor la que, así encontrará justa aplicación.

(37) Mucho antes que SAVATIER en su citado *Traité de Droit Médical* (núms. 9, 247 y 250), había escrito nuestro BALTASAR GÓMEZ DE AMEZCUA en su *Tractatus de potestate in se ipsum*, Medionali, Bordonum, 1609, que para salvar la vida es lícito amputar un miembro del cuerpo —Libro I, cap. XI— y que, aunque carece de valor el consentimiento de la persona para que sea muerta o herida, porque en ninguna forma y por ninguna razón se puede consentir que sea violada la propia persona, ello no excluye que pueda consentir en una operación quirúrgica en propio provecho —Libro I, cap. XII—.

(38) La idea de la autonomía de la persona humana es una de las fundamentales de nuestra civilización, “Uno de los axiomas inexpresados de nuestro sistema jurídico individualista” (CARBONNIER, en Dalloz 1947, pág. 507). Sobre el tema es fundamental la obra de LUIGI FERRI, *La autonomía privada*, Madrid 1969.

(39) Cuando un enfermo se dirige a un médico, lo que ante todo pretende es un diagnóstico, informarse de todas las circunstancias de su mal y, sobre todo, los medios de curarlo; pero no se entiende obligado de antemano a someterse a todas las operaciones que el médico, después de su examen, entienda oportuno realizar y de las que el enfermo no tenía antes ni la menor idea. Vid. DECOCQ, *Essai d'une théorie générale des droits sur la personne*, París 1960, núm. 509, pág. 361.

(40) El llamado imperialismo médico tiene alguna variante atenuada, aunque discutible, cual la que personificó FAURE en *L'ame du Chirurgien*, 1921, págs. 12-13. No se trata de que el médico decida y haga sin consultar al enfermo, sino de que, caso de que el cliente rehusé cuando evidentemente su vida está en peligro, el médico pueda actuar, no obstante, la negativa de aquél. Lo que en cierto modo se recoge en el Código de deontología médica francesa de 28 de noviembre de 1955, art. 29.

(41) En relación con ello, J. M. AUBY, *L'obligation à la santé*, en *Annales de la Faculté de Droit, Bordeaux, Serie juridique*, 1955.

aun entonces cabría aducir de contrario que el hombre debe también conservar su libertad de autodeterminación, de obrar bien o mal y que ésta es cuestión personal que cada cual debe resolver en conciencia (42).

Frente a los llamados paternalismo o imperialismo médico (43),

(42) Así, LEÓN MAZEAUD, *Los contratos sobre el cuerpo humano*, págs. 86-87.

(43) El origen de la doctrina del imperialismo médico radica en que histórica y tradicionalmente hasta nuestro siglo el enfermo era para el médico puro objeto de contemplación cognoscitiva y de manipulación terapéutica, espectáculo a observar e instrumento de la acción sanadora; como la planta para el botánico o el averiado motor para el ingeniero (LAIN ENTRALGO, *ob. cit.*, pág. 241). Tratábase de una relación humana si, la existente entre médico y enfermo, pero de una relación objetivante en cuanto uno de los sujetos convertía al otro en simple objeto, en pura cosa. Es el esquema señor-siervo de HEGEL o el, últimamente tan repetido, cliché de la mujer-objeto. Y el ser objetivado puede ser objeto de contemplación (espectáculo) u objeto de manejo (instrumento). De contemplación y de manipulación era el enfermo sujeto a la medicina hospitalaria en la sociedad burguesa secularizada. Como dice LAIN ENTRALGO (pág. 214), la llegada del pobre al hospital implicaba la premisa "Aquí tiene Vd. mi cuerpo; haga de él lo que quiera". Y sí se trataba del Hospital Clínico de una Facultad de Medicina, "Vean Vdes. qué enfermedad tan interesante la mía". Prestaba su cuerpo para la enseñanza clínica y su cadáver para la enseñanza anatómica. El cuerpo del enfermo pobre venía a ser *res publica* o, al menos *res publicanda*. Ser "carne de Hospital" era símbolo de miseria.

El rasgo más profundo y característico de la medicina contemporánea fue la introducción del sujeto en el pensamiento y en el quehacer del médico. Precedió la rebelión de tal sujeto en cuanto titular de derechos sobre una realidad somática, sobre un cuerpo injustamente tratado hasta entonces; rebelión contra la drástica bipartición entre medicina para ricos y medicina para pobres. El enfermo tiene expresa y efectiva conciencia del derecho a la asistencia que va a recibir, de la que se siente acreedor (vid. R. SAVATIER, *Un attribut essentiel de l'état des personnes, la santé humaine*, en Dalloz 1958, *Cronique*, 95; trabajo incluido en *Les métamorphoses...*, cit., III, capítulo 14). El enfermo se siente ahora un derechohabiente y la ayuda médica pasa de pura beneficencia hospitalaria a cobrar un notorio cariz contractual. El médico es el representante visible de la sociedad, ente impersonal sobre el que recae el deber de asistencia. La prestación del cuerpo para enseñanza clínica se condiciona y puede vetarse. La posesión del propio cuerpo se privatiza; deja éste de ser *res publica*.

No fue solo con FREUD como comenzó la consideración técnico-científica del enfermo como sujeto persona, considerándose psicoanalíticamente algunas enfermedades orgánicas que antes se apreciaban única y exclusivamente en el organismo cosificado y dando paso así a toda una medicina psicosomática. Es cierto que gracias a ello pasó a considerarse necesaria una personalización del enfermo y que al caer en la cuenta de que si, por ejemplo, la penicilina vale para todos los hombres, no vale para todo el hombre, se ha llegado a la conclusión de que necesariamente hay que combinar la ciencia de la naturaleza con la ciencia del espíritu. Se ha producido una rebelión contra la cosificación de la persona del enfermo. Tras el nacimiento del psicoanálisis freudiano se ha empezado a prestar una más atenta y deliberada consideración, a la persona del enfermo, a su personalización intimista y a su personalización social. Aun en el caso límite del cirujano ante un cuerpo humano anestesiado, es claro que no debe limitarse a ver en él un simple objeto viviente, sólo por su forma anatómica distinto del perro o del caballo que el veterinario opere. Debe, por ejemplo, imaginar lo que para el paciente será la cicatriz que quedará en su cuerpo y elegir el tipo de incisión cuya futura impronta resulte estéticamente más tolerable.

un jurista siempre afirmará que la persona ha de ser normalmente considerada como el primer juez y guardian de su propio interés, del supremo interés de su propia conservación conjugado con su fun-

---

Pero al propio tiempo se ha venido asistiendo a un despertar en los propios enfermos del sentido de sus derechos de la personalidad, de su creciente participación en el auge del general respeto a la persona con todos sus atributos. Y la relación, así propiamente interpersonal entre médico y paciente, parte del mutuo reconocimiento de la personalidad respectiva de que cada uno de ambos sujetos es capaz de actos inteligentes, libres y propios; actos que han de coordinarse en una vivencia común, en una convivencia. El enfermo, así ha dejado de ser un mero objeto científicamente cognoscible para ser, además y sobre todo, una persona compasible. A la que se debe ayudar hacia el logro de ese hábito psicossomático que solemos llamar salud (LAIN ENTRALGO, *ob. cit.*, pág. 242).

Para todo ello y partiendo de la base de la "personalización" del enfermo, era evidente la conclusión de ser precisa la voluntad de éste para someterse al acto médico. Pero he aquí que entonces resiste en sus últimos reducidos o quizá reaparece la doctrina del imperialismo médico al socaire de la idea de que únicamente cabe tener en cuenta el acto de confianza inicial del enfermo al ponerse en manos de un médico. A partir de tal momento, quiérese que sea ya el médico quien haya de decidir y de aplicar a su arbitrio exclusivo los cuidados precisos al enfermo hasta su curación. Con lo que parece que el enfermo renuncia a toda participación en la dirección de su ser, abdica entre las manos del facultativo su condición de *homo sapiens*, se priva a sí mismo de la libertad, firma un cheque en blanco en favor del médico, quien así se convence más y más de su omnipotencia (Así, SAVATIER, *Traité cit.*, núm. 9, pág. 23).

Más aun. No pocos de los partidarios de este imperialismo ni siquiera ven como fundamento del mismo; esto es, como fundamento y fuente de las omnímodas facultades del médico, el acto de voluntad, el consentimiento inicial del enfermo, la renuncia por éste de su independencia, de su libre albedrío. Tal decisión inicial del enfermo —la primera fase de su consentimiento, como hemos señalado en el texto— se cree entonces que no pasa de ser la cómoda ocasión para que los médicos ejerzan los poderes que les corresponden a virtud del ministerio de que se hallan investidos y no precisamente por voluntad del enfermo. Se sigue así partiendo de la base de que todo enfermo es un ser inepto para apreciar cabalmente el interés de su salud y que sólo los médicos pueden juzgar qué medidas son las más idóneas a adoptar para la satisfacción de tal interés (Cfr. PORTES, *Du consentement a l'acte médical*, en vol. "A la recherche d'une éthique médicale", págs. 155 y sigs.). El enfermo, se dice, hállase en estado de opacidad intelectual para opinar y no sólo por su natural ignorancia de la medicina, ciencia bien hermética, sino también por el estado emotivo en que le coloca la revelación de su diagnóstico. De ahí, infiérese el poder del médico para proceder al tratamiento o a la operación sin consultar al enfermo, aunque sea en interés de éste (que no hablamos del imperialismo a efectos de experimentación en interés de la ciencia, a que más adelante aludiremos). Tal sigue siendo el modo de pensar de muchos médicos y, en consecuencia, una fuente de pleitos de responsabilidad fundada en no haber mediado el consentimiento del paciente al tratamiento.

Por lo demás, de evidencia resulta que no cabe mantener que todos los enfermos mayores de edad y capaces sean inhábiles para apreciar el interés de su salud y para reconocer lo que dicte el interés de su conservación. Ello aparte de su fundamental derecho a la integridad física que es un derecho absoluto, un derecho de la personalidad. Con razón señala EDDE (*Les droits extracontractuels relatifs au corps humain*, París 1954, págs. 6 y 12) que el derecho a la integridad física es esencialmente de Derecho Natural y las medidas legislativas que lo lastiman son otros tantos signos precursores de una sub-

damental derecho a la integridad física que es un derecho absoluto como todos los por antonomasia llamados derechos de la personalidad.

De hecho, si el médico prescribe determinados medicamentos que el enfermo o sus familiares han de adquirir según la receta que aquél les da, evidentemente son libres para hacer o no la adquisición, para administrarlos o no, para hacerlo en las dosis prescritas o en otras menores. Atenerse escrupulosamente a las instrucciones del facultativo, como resulta aconsejable, implica consentir en el tratamiento prescrito.

La cuestión del nuevo consentimiento expreso resalta, sobre todo, cuando la terapéutica dispuesta presenta riesgos, por más que naturalmente se compensarán justificándose con las ventajas que para el paciente se espera obtener. Así ocurre si ha de practicarse una intervención quirúrgica que presente peligro o implique mutilación, si una anestesia total, si ciertas radiografías, remedios tóxicos, inoculación de sueros, etc. (44). Es entonces claro que el enfermo o sus familiares pueden oponerse abiertamente a la determinada indicación terapéutica y su oposición puede deberse a dificultades de orden financiero, a una resuelta repugnancia de principio por prejuicios de dudosa justificación objetiva (45) a una relativa falta de confianza en la eficacia (46), a una insuficiente comprensión o a una cerrada voluntad del paciente en contradicción con su estado (47). Naturalmente que, en todos estos casos, desplegadas por el facultativo cuantas dotes persuasivas le sea posible utilizar para reducir dicha oposición, si sigue hallando la persistencia en la negativa (48), quedará exento de toda responsabilidad cualquiera que sea el punto de vista desde el que se considere.

---

versión de nuestra civilización que conviene contener por una crítica sin concesión y sin descanso.

(44) Cfr. XAVIER RYCKMANS, *ob. cit.*, págs. 385-386.

(45) Por ejemplo, su pertenencia a determinada confesión religiosa. Son cada vez más frecuentes los casos como el recientemente ocurrido en Castellón de la Plana, donde falleció una enferma que, gravemente herida en accidente de circulación y necesitando apremiantemente una transfusión de sangre, se opuso a recibirla alegando profesar la religión de los Testigos de Jehová cuyo credo prohíbe este tipo de intervención, por lo que dejaba su vida a la voluntad de Dios.

(46) Por estimar insuficiente el porcentaje de posibilidades de un resultado favorable, alegando no tanto el dolor de pagar cuanto el de pagar inútilmente.

(47) Ya BALTASAR GÓMEZ DE AMEZCUA, *ob. cit.*, se planteaba en el Libro II, cap. VII de su magna obra el problema de si puede considerarse lícito rehusar las medicinas. Vid., asimismo, G. LASMIER, *Du droit du malade et du blessé au refus d'un traitement ou d'une intervention chirurgicale*, Bordeaux 1922.

(48) El desistimiento ante un tratamiento preciso se relaciona con la mórbida resignación ante la injusticia de que hablaba MUÑOZ SABATÉ (*Técnica probatoria*, Barcelona 1967, pág. 33) o con el suicidio moral y la deserción en la lucha por el derecho, dejación de naturaleza frustratoria, que decía R. IHERING (*La lucha por el derecho*, trad. esp., Buenos Aires 1960, página 23).

Claro está que el médico en tales supuestos puede tranquilizar su conciencia profesional y humana manifestando su convicción de la necesidad de determinada terapéutica a los más próximos allegados del paciente en búsqueda de su cooperación para persuadir al enfermo recalcitrante a fin de que se someta al tratamiento prescrito. Más aún; es claro que cuando el enfermo no se encuentre en estado de prestar su consentimiento por haber perdido, o casi, el uso de sus facultades mentales, puede el médico recabar y obtener el de las personas investidas respecto de aquél de una autoridad legal o el de las que, por sus lazos de parentesco, cabe considerar como sus protectores naturales. Salvo que el enfermo sea menor, la cuestión será a menudo delicada. Muchas veces serán las circunstancias de hecho más que los vínculos jurídicos quienes contribuyan a designar el protector natural; esto es el investido de una suerte de tutela de hecho sobre el paciente, técnica jurídica un tanto original (49) a la que se estima oportuno recurrir toda vez que en caso de necesidad lo mismo que se provee a la salvaguardia de las personas de los menores y de los incapacitados mediante la tutela de derecho, al menos fácticamente han de ser tutelados todos los necesitados de protección. Tal tutela de hecho corresponderá ante todo y comúnmente al cónyuge mayor de edad y no separado. Tras él a los descendientes si son mayores de edad y, en caso contrario, a los ascendientes. "El silencio legal da paso en este punto a una especie de derecho natural establecido en equidad. Las personas que de hecho aseguran, con evidentes muestras de afecto y de unión, la guarda, el sustento, la protección del enfermo, deberán ser preferidas sobre parientes o allegados jurídicamente más próximos, pero indiferentes a juzgar por su conducta. El médico apreciará con tacto estas circunstancias..." (50).

Aun más, puede y debe el propio médico erigirse en verdadero protector natural del enfermo y actuar sobre éste como su ciencia y su conciencia le dicten sin necesidad del consentimiento de nadie cuando exista verdadera urgencia de su intervención y no pueda recabarse asentimiento alguno de los familiares o protectores naturales del paciente por no hallarse presentes o mantenerse en infundada inercia (51). En definitiva, él más que nadie debe asistencia a las personas en peligro y ejerce un ministerio, un servicio público de la salud; y lo que pudiera entenderse atentado al principio del consentimiento previo del enfermo o de los suyos, resulta, en caso de urgencia, abiertamente conforme al mismo interés del enfermo (52).

---

(49) Así JEAN PRADEL, *La condition civile du malade*, París 1963, pág. 259. También nuestro citado trabajo *Familia, alimentos civiles y seguridad social*, pág. 35; ORTEGA PARDO, *La tutela de hecho*, Madrid 1947; y J. NOIREL, *Le Droit civil contemporain et les situations de fait*, en *Revue Trimestrielle de Droit civil*, 1959, pág. 456.

(50) Así, R. y J. SAVATIER, AUBY y PEQUIGNOT, *Traité de Droit médical*, París 1956, núm. 244.

(51) Vid. M. VASSEUR, *Urgence et Droit civil*, cit., págs. 403 y 415.

(52) Cfr. R. NERSON, *L'influence de la biologie et de la médecine mo-*

Por lo demás, huelga advertir que toda especie de tutela de hecho cesa tan pronto el enfermo recobre su libre arbitrio, su consciencia, su voluntad.

2.3.2. Puede darse que la oposición del enfermo a una terapéutica importante (por lo costosa, por lo cruenta, por lo peligrosa para su vida...) venga motivada por un erróneo conocimiento del mismo en orden a su estado, que cree menos grave de lo que en realidad es. Plantéase así el problema de la debida ilustración al enfermo por parte del facultativo, problema ciertamente delicado. Ocultando al paciente el padecimiento de un mal incurable o mortal, la ciencia jurídica probablemente no vacilaría en calificar de error, de reserva mental, quizá de dolo, el consiguiente vicio de la voluntad contractual en la relación médico-enfermo. Si se aprecia error —concepto equivocado o juicio falso de una realidad— sería error esencial por recaer sobre puntos o requisitos esenciales del negocio jurídico, de modo que, de no haberse padecido aquél, la oposición a la terapéutica no se habría producido. Y el origen del error se hallará en la mentira piadosa, en la reserva mental que indujo al paciente a una actitud obstruccionista que, de no haber mediado aquella, no habría adoptado (arts. 1.265 y 1.266 del Código civil).

Si optando el médico por disimular un pronóstico muy grave al enfermo, se siente moralmente obligado a luchar contra el mal que las leyes biológicas le permiten prever, puede pensarse que habrá de aplicar o hacer aplicar los también graves remedios o procedimientos que resulten precisos sin recabar el consentimiento del paciente o intimidándole para obtenerlo o sin que tal consentimiento —cabalmente por haber ocultado la verdadera o temida importancia del morbo— sea plenamente consciente en quien lo presta. He aquí como, llegado el caso, el enfermo podría impugnar tal precario consentimiento como viciado por error (arts. 1.265 y 1.266 del Código civil) (53), por intimidación (arts. 1.267 y 1.268) o, incluso, por dolo (art. 1.269 del mismo cuerpo legal) (54).

---

*dernes sur le Droit Civil*, en *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, 1970, págs. 674-675.

(53) Así, por ejemplo, la sentencia del Tribunal civil del Sena de 15 de marzo de 1937 consideró nulo por error vicio de consentimiento el contrato con un cirujano que, para no asustar al paciente, le ocultó la gravedad de la operación prevista. Realmente el error vicio no es sino un motivo erróneo, un error elevado a motivo del negocio jurídico, por lo que puede llamarse "error-motivo". La voluntad negocial se forma sobre la base de una representación interna que no corresponde a la realidad. Cfr. SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del Diritto civile*, 9.<sup>a</sup> ed., Nápoles 1971, pág. 142.

(54) No falta quien ha tratado de forjar una teoría autónoma de los vicios de la voluntad contractual en relación con el contrato médico y con todas las convenciones recayentes sobre el cuerpo humano, por el hecho de que en tales casos el consentimiento del paciente debe ser libre y consciente o ilustrado, ya que se contraponen un fuerte e iniciado con un enfermo e ignorante que no tiene posibilidades de información. Así, A. JACK, *Les conventions relatives à la personne physique*, en *Revue critique de Législation et de Jurisprudence*, 1953, núm. 12, pág. 362 y DOMAGES, *Le corps humain dans le commerce juridique*, París 1956, núms. 102 a 106. Creemos que

Y es que en realidad el enfermo grave a quien se engaña respecto de su estado es tenido por no más que un menor de edad en estado de opacidad mental, incapaz no ya para decidir sino ni siquiera para opinar respecto de su estado. Y el médico entonces parece ser considerado, a su vez, como un poderoso tutor que, imbuido de una potestad similar a la que al *paterfamilias* confería la Ley de las XII Tablas, decide sobre la vida de aquél con fundamento en su propio ministerio y en que el paciente, al elegirlo como médico suyo, ha depositado en él la más omnímoda confianza.

Más, como bien se ha dicho, ello conduce a violentar conjuntamente el derecho de las personas y el de los contratos; el derecho subjetivo del paciente sobre su cuerpo —ese mencionado *noli me tangere*— y el que tiene a su libertad contractual. Ni lo uno ni lo otro deben ser vulnerados por el hecho de que el médico solo vea en la intervención quirúrgica o en el tratamiento peligroso, un medio de acción contra la enfermedad y, fundado en aquel *ius imperium* a que antes hemos aludido, olvide el equilibrio jurídico que debe presidir su relación con el paciente. Y no es que con ello vayamos a afirmar que en todo caso el facultativo se halle obligado a desvelar ante el enfermo un pronóstico grave, cuestión ésta que más bien toca dilucidar a la deontología (55). En plano estrictamente jurídico lo que sí importa es afirmar que al paciente que debe consentir o no en la intervención quirúrgica o el tratamiento arriesgado que puede salvar su vida amenazada, hay que proporcionarle la suficiente y necesaria ilustración para que conscientemente decida. Frente a la consabida mentira piadosa en estos casos —como en lo tocante a la recepción de los últimos Sacramentos, si es católico— tanto mejor puede re-

---

en todo contrato el consentimiento debe ser libre, consciente, ilustrado y que, por ende, no parece procedente una teoría autónoma de los vicios de la voluntad en el contrato en estudio.

(55) Las mismas vacilaciones de los Códigos de Deontología son fiel reflejo de lo delicado de la cuestión. El francés, por ejemplo, en su art. 31 aconseja al médico poner lisa y llanamente al enfermo en presencia de sus responsabilidades, pero el art. 34 del mismo *Code* admite que un pronóstico grave puede ser legítimamente disimulado al enfermo, que un pronóstico fatal sólo puede revelársele con la mayor circunspección. Vid. DECOCQ; *Essai...* (cit.), núm. 521. Quizá en personas de determinado temperamento o de escasa cultura o de mínima religiosidad, el médico debe extremar su discreción y puede usar la reticencia a fin de que el enfermo se mantenga en las condiciones morales más propicias al éxito de la terapéutica. Una fría y amplia exposición por el médico de todos los riesgos de un tratamiento, especialmente si se dirige a personas ignorantes, podría tornarse inhumana y peligrosa; podría hacerlas desistir del remedio que, por otra parte, puede revelarse único e indispensable...

De contrario, sería abiertamente ilícito disimular al enfermo elementos favorables (por ejemplo, los resultados negativos de unas biopsias) para hacerle creer que su mal es más grave de lo que en realidad es y obtener así su consentimiento para determinado tratamiento radioterápico o quirúrgico.

Finalmente, resulta de toda evidencia que el consentimiento del enfermo debe ser tado más conscientemente motivado, cuanto menos urgente resulte la intervención médica o quirúrgica. Cfr. NERSON, *L'influence...*, cit., página 674

sultar la asociación del enfermo a la lucha terapéutica contra la enfermedad recabando su consciente asentimiento a la práctica de las decisiones de quien tiene como meta consolarle, devolverle la salud, salvarle la vida (56). En definitiva, y en plano psicológico hay mil medios de revelar la verdad al paciente sin que su moral, su espíritu, se resquebraje. Peor será que, a través de un empleo abusivo de la mentira piadosa, de la reserva mental, los enfermos vayan perdiendo sistemáticamente la confianza en los médicos e, imaginándose de rechazo lo peor, vivan angustiados, creyéndose de verdad estigmatizados con males incurables e interpretando como meramente consoladoras las expresiones negativas y tranquilizantes de su médico (57).

Es preciso, pues, en general, ilustrar debidamente al paciente —lógicamente en razón directa de su cultura— sobre el alcance y justificación del remedio, médico o quirúrgico, a utilizar (58). En

---

(56) Es necesario ponerle en disposición de adoptar en tiempo útil las medidas pertinentes para cumplir sus deberes de conciencia y para el cuidado de sus intereses materiales.

Como ha escrito R. SAVATIER (*Socialisation et personne humaine* —47 Semaine Social de France, Grenoble 1960— en *Chronique social de France*, Lyon 1961, pág. 315), frente a la tendencia a disimular al enfermo la verdad y a imponerle la voluntad del médico (fórmulas iniciales de los Códigos de Deontología médica), existe otra según la cual el médico debe crear en el enfermo el deseo de curar o, si no puede curar, ayudarle a dominar la enfermedad. Hay que tratarle como a persona que es y, en tal plano, su colaboración voluntaria es necesaria para el médico. Tal es la concepción que respeta a la persona.

(57) “Restringirle a alguien la verdad —ha escrito CORTS GRAU— es restringirle su libertad. Los grandes ataques no son los de la coacción, sino los dirigidos al entendimiento. La mentira, en este aspecto, es más grave que la violencia. Alguien ha dicho, certeramente, que la libertad reina allí donde nadie se ve forzado a mentir”. Cfr. *Los humanismos y el hombre*, cit., página 195.

(58) Por infringir el médico el deber jurídico que le incumbe, paralelo al derecho del enfermo a conocer la verdad, la Jurisprudencia ha exigido responsabilidad al primero. He aquí dos muestras: En un caso al parecer fortuito de fractura de pierna, un médico diagnosticó cáncer óseo, pero no se atrevió a comunicarlo al paciente, estimó preciso amputar la pierna y lo hizo. Sólo el posterior examen histológico del miembro separado demostró la inexistencia del cáncer, se trataba simplemente de una fractura retardada consecuencia de reblandecimiento óseo. La Court d'Angers no reprochó al facultativo la falta técnica de creer equivocadamente que se trataba de un cáncer, pues que estimó que el error de diagnóstico, cuando se explica por las circunstancias del caso, no implica responsabilidad para el médico. Pero consideró responsable a éste por no advertir al enfermo las razones por las que creyó necesaria la operación y por ocultarle su diagnóstico, contentándose con la aquiescencia de la mujer del paciente, la cual no estaba facultada, dada la perfecta consciencia de éste, para disponer de la integridad corporal del mismo (Sent. 4 de abril de 1951).

Otra muestra del derecho del enfermo a conocer la verdad: En un gran Hospital de París los alumnos internos estudiaban la arteritis y su tratamiento interesándose en especial por un método a base de ciertas inyecciones en las arterias enfermas. Un paciente que frecuentaba el Hospital y había sido curado y examinado allí radioscópicamente conservando una ligera cojera, recibió un día una carta del Director del servicio médico, rogándole que volviera al Hospital para un nuevo examen. Una vez en el Hospital se le inyectó una sustancia cuyos efectos se suponían, más no se conocían con

último caso y para supuestos de hiperestesia, cabe revelar la gravedad del mal que le aqueja y la perentoria necesidad del remedio a utilizar a su cónyuge o parientes mayores más próximos, de los que puede recabarse cooperación para obtener el asenso al tratamiento. Solo si el enfermo no se encuentra en estado de prestar consentimiento pueden por él hacerlo quienes de Derecho o de hecho tienen autoridad sobre él (59). La obligación de informar debidamente de cuanto pueda interesar en orden al *consensus* requerido es obligación común, por lo demás, a todos los contratos aunque ahora la refiramos al de servicios médicos en la fase del consentimiento al tratamiento (60). Y máxime en aquellos que, como éste, suponen una confianza recíproca entre las partes (61). Ello va ínsito a la vez como consecuencia del principio de la buena fe, que no sólo ha de entenderse posterior al perfeccionamiento contractual *ex* artículo 1.258 del Código civil, sino también anterior al mismo, durante la preparación y las distintas fases de la relación, lo que actualmente viene abonado por el artículo 7,1 del mismo cuerpo legal. El mismo carácter técnico científico de tales terapéuticas, que normalmente el enfermo desconoce, confirma el deber de informarle de los distintos métodos, si los hay, que pueden conducir a la curación o al alivio de su enfermedad a fin de que él pueda, debidamente ilustrado, elegir y, lo que es fundamental, expresar su consentimiento de modo claro y consciente a uno de los tratamientos propuestos (62).

---

certeza. El resultado fue que de simple cojo que era, quedó en inválido completo, pues hubo que amputarle la pierna. La carta que había recibido fue primer medio de prueba que le permitió, con éxito, exigir responsabilidad al investigador médico que, sin duda, desinteresadamente, cometió la falta de no comunicarle el riesgo que corría (Sent. Tribunal de Sena 28 de enero de 1952).

(59) Ciertamente que el mejor procedimiento que permite al médico actuar en el que estime interés del enfermo haciendo caso omiso de la voluntad de éste, puede ser la piadosa mentira médica; jurídicamente hablando, la reserva mental o la reticencia. Cabría benévolamente pensar en la licitud moral de la misma siempre que se emplee en exclusivo interés del enfermo y no dé paso a la utilización de medios fraudulentos. Jurídicamente sería insostenible la exclusiva iniciativa del médico sin contar con la voluntad del paciente. Y sería harto cuestionable que dicha iniciativa pudiera ampararse con la cobertura de una aquiescencia de los familiares del enfermo en el caso de que éste conserve lúcidas sus facultades mentales. Sólo si éstas faltan podrá acudir al expediente de, máxime por posibles razones de urgencia, montar una suerte de representación legal, esa especie de tutela de hecho a que ya nos hemos referido, que permitiese suplir con la voluntad de dichos familiares la inexpresable voluntad del paciente.

(60) Es aducible a tal respecto cuando señala M. DE JUGLART en *L'obligation de renseignement dans les contrats*, Revue Trimestrielle de Droit Civil, 1945, págs. 1 y sigs.; en especial núm. 26, pág. 14. Vid. También G. VISINTINI, *La reticenza nella formazione dei contratti*, Milán 1974.

(61) En lo que abunda G. RIFERT, *La règle morale dans les obligations civiles*, París 1949, núm. 48.

(62) Así, NERSON, *Les droits extrapatrimoniaux*, cit., núm. 191; DOMAGES, *Le corps humain...*, cit., núms. 102 a 108; MAYER JACK, *Les conventions...*, cit., núm. 12. El consentimiento del paciente reviste un carácter aun, si cabe, más trascendental cuando haya de ser sometido a anestesia general, en tanto en cuanto el consentimiento a tal inconsciencia procurada de pro-

2.3.3. En tema de consentimiento al tratamiento y teniendo en cuenta que en nuestros días ya no sólo y no siempre cabe considerar la enfermedad como lo que, de suyo, parece ser, una calamidad, sino que puede erigirse también en un recurso bajo forma de asistencia gratuita, descanso retribuido, indemnización, etc., cabe plantearse el problema de si la oposición al tratamiento prescrito por parte del enfermo que claramente en tales miras se fundase, podría salvarse imponiéndolo de modo coactivo. Dicho de otra manera, la oposición a la terapéutica prescrita por parte del enfermo consciente, el rechazo de los cuidados debidos, puede obedecer a aquellos interesados móviles e incluso causar perjuicios directos a terceras personas. Piénsese, por ejemplo, en el artista que si se hubiera tratado convenientemente se habría reintegrado antes al escenario de su teatro con menor perjuicio para la empresa de éste; en el acreedor de una renta o subsidio a cargo de una compañía de seguros durante su enfermedad, que aminoraría la deuda de ésta si aceptase el debido tratamiento; en el trabajador que en la misma coyuntura perjudica a su empresa y a la seguridad social... ¿Puede obligarse indirectamente a tales enfermos a cuidarse del modo debido consintiendo en el tratamiento que el médico considera preciso, conminándoles o condenándoles a indemnizar o rebajando su renta o subsidio si lo rehusan? (63).

Las tendencias estatistas, socializadoras a ultranza, estiman que existe una obligación general de cuidar la salud (64) que no es sólo un bien individual y a cargo de cada individuo, sino también un bien social. Si cada uno tenemos una función social que cumplir, puede imponérsenos un tratamiento determinado en aras de la misma. Añaden que el propio enfermo es un mal juez de sus propios intereses, por lo que retrocederá ante un tratamiento necesario pero que resulte demasiado doloroso o en exceso oneroso. Y, en fin, que un estado de enfermedad constituye a veces un eventual foco de infección para las demás personas, por lo que de interés público es evitarlo.

La doctrina liberal ve en el individuo el dueño absoluto de su salud, la que más que obligación integra objeto de un derecho sub-

---

pósito, implica una aquiescencia a no ser aparentemente sino una mera cosa, durante un período de tiempo más o menos largo, en manos del médico (SAVATIER, *Traité...*, cit., núm. 248, pág. 225). Y, asimismo, huelga advertirlo, cuando se trate de trasplantarle órganos o tejidos, en sus distintas variantes de autoplastia, homoplastia, tereroplastia o aloplastia, ya que puede producir importantes consecuencias jurídicas. Vid. sobre ello R. WANKE, *Trasplatación de órganos y tejidos*, en revista "Universitas", junio 1963, págs. 153 y sigs.; F. MANTOVANI, *I trapianti e la sperimentazione umana nel diritto italiano e straniero*, Padova 1974; A. M. LÓPEZ LÓPEZ, *Problemas jurídicos de los trasplantes de tejidos y órganos humanos*, en ANUARIO DE DERECHO CIVIL, 1969, págs. 145 y sigs.; G. GARCÍA CANTERO, *Incidencia de la Medicina y Biología moderna en el Derecho civil español*, en Estudios en homenaje al prof. LÓPEZ RODÓ, Madrid 1972, págs. 305 y sigs., especialmente págs. 309-311, etc.

(63) Cfr. J. PRADEL, *ob. cit.*, págs. 123-125.

(64) Una suerte de envés del llamado "derecho a la salud". Cfr. J. M. AUBY, *L'obligation à la santé*, cit., pág. 7.

jetivo (65), porque el hombre es un fin en sí mismo y no un simple medio. Su libertad no implica riesgo alguno para el Estado, salvo tratándose de enfermedades transmisibles, ya que la indiferencia y la negligencia de los pacientes apenas se dan, máxime en nuestros días de tan extrema sensibilidad en orden a la enfermedad.

La segunda de estas tesis ha sido siempre la preferida de los civilistas, ya en aras del principio de intangibilidad del cuerpo humano —el *noli me tangere* fundamental, con raíces en el Derecho Natural—, ya por un sentido de derecho de propiedad sobre el cuerpo humano (66), ya por la idea de la autonomía o inviolabilidad por la que sólo de la propia libertad depende el propio cuerpo. Pero no sería justo encastillarse siempre en una posición de matiz en extremo individualista. La sociedad, reconozcámoslo, se halla legitimada para imponer ciertas restricciones al principio de sacralidad, de inviolabilidad del cuerpo humano, a fin de salvaguardar imperiosos intereses generales; tales, proteger a los ciudadanos contra las epidemias, permitir a los investigadores la práctica de ciertas autopsias, a los Centros de transfusión sanguínea abastecerse de plasma, aislar a los contagiosos, internar a los alienados peligrosos, tratar a alcohólicos y drogadictos... Todo esto, sin embargo, ha de considerarse excepcional ante la regla general de la necesidad del consentimiento del enfermo a un determinado tratamiento.

El problema de la pretendida posibilidad de imponer una terapéutica, adquiere perfiles más acusados en la esfera laboral; más concretamente, en el marco de la seguridad social. Si el trabajador enfermo o víctima de un accidente de trabajo rehusa ser sometido al oportuno tratamiento para acelerar su curación y consiguiente vuelta a la actividad laboral, ante el señuelo de una más dilatada holganza, una mayor indemnización, etc., ¿cabrá imponerle *a fortiori* ese tratamiento determinado? Se ha dicho que “si una medicina liberal confiere al paciente libertad para aceptar o no la terapia propuesta, una medicina socializada, en cambio, no puede admitir la misma respuesta, quizá por la funcionalización de la salud como derecho y deber, quizá mejor porque el funcionamiento económico del servicio así lo exige” (67). Según nuestro Derecho positivo (68), el beneficiario de la seguridad social deberá observar las prescripciones de los facultativos que le asisten y cuando, sin causa razonable, rechaze o abandone el tratamiento que le fuere indicado, podrá ser sancionado con la suspensión del derecho al subsidio que pudiera corresponderle o, en su día, con la pérdida o suspensión de las prestaciones

---

(65) Cfr. LEGA, *Il diritto alla salute...*, cit.

(66) Cfr. J. L. EDDE, *Les droits contractuels relatifs au corps humain*, París 1954, pág. 2; BORRELL MACÍA, *La persona humana...*, ob. cit., págs. 20 y sigs.

(67) Cfr. ALMANSA PASTOR, *El reintegro por utilización de servicios sanitarios ajenos a la Seguridad Social, a la luz de los principios de la Medicina*, en Estudios jurídicos en homenaje al prof. SANTA CRUZ TEIJEIRO, Valencia 1974, I, pág. 49.

(68) Art. 102 de la Ley española de la Seguridad Social.

por invalidez. Reglamentariamente se determinará el procedimiento para calificar de razonable la negativa del beneficiario a seguir un tratamiento, en particular si éste fuese de tipo quirúrgico o especialmente penoso; bien entendido que la hospitalización por motivos quirúrgicos será obligatoria para el beneficiario (69).

De dicha normativa se infiere que, mediando "causa razonable", cabe la oposición del paciente a un determinado tratamiento, lo que en definitiva constituye tributo rendido a aquella antedicha concepción civilista. La cuestión, sobre la que en otros países existen divergencias jurisprudenciales, discusiones doctrinales, fluctuaciones legislativas (70) y que hasta cabría relacionar con el tema de la medicina militar, se sale del marco del contrato privado de servicios médicos en el ámbito de la llamada medicina liberal, al que dedicamos el presente estudio, razón por la cual no abundamos aquí en su problemática.

2.3.4. En el área de nuestro contrato lo que no cabe en modo alguno es que el facultativo emprenda *de motu proprio* una aventura terapéutica grave y, por ende, casi siempre de incierto resultado sobre el cuerpo del paciente sin su previa aquiescencia, salvo que muy

---

(69) Art. 104,4 de la Ley española de la Seguridad Social.

(70) En Francia ha manifestado CARBONNIER que si el obrero accidentado rechaza un tratamiento que solo ligeramente, benignamente, incide sobre su cuerpo, comete una falta que limita la imputabilidad de los perjuicios experimentados a causa del accidente; y ello en base a la obligación, que dice pesar sobre la víctima, de hacerse curar. En cambio EDDE (*ob. cit.*, página 22) señala que la víctima de aquel accidente corporal cuya incapacidad, dolor o afeamiento es susceptible de ser reducido por un tratamiento médico o una intervención quirúrgica, no puede evidentemente ser obligada a sufrir ni uno ni otra. Ahora bien, añade éste último, como contrapartida de su negativa al empleo de los medios idóneos y benéficos para la curación, la víctima puede sufrir una reducción de su pensión.

La jurisprudencia ha decidido que tal accidentado no puede rehusar legítimamente el someterse a un tratamiento médico o intervención quirúrgica si unas mínimas condiciones de, por ejemplo, inocuidad, son aseguradas. Así aduce DECOCQ, *ob. cit.*, págs. 196 y 199.

La legislación del mismo país ha consagrado parecidas soluciones en el art. 36 de la Ordenanza de 19 de octubre de 1945; art. 130 del Decreto de 31 de diciembre de 1946, etc. El art. 153 del anteproyecto de nuevo Código civil francés (Libro I, Título I, cap. I, "De los derechos de la personalidad") señala: "Una persona puede siempre oponerse a someterse a examen o tratamiento médico o quirúrgico a menos que se le obligue a ello a virtud de disposición de la ley o de reglamento administrativo público. Sin embargo, si el examen o tratamiento a que se le pide someterse no implica ningún riesgo anormal, pierde, en caso de rechazarlo, el derecho a prevalerse de la enfermedad que el tratamiento habría podido impedir, suprimir o atenuar". Trátase, pues, de una especie de caducidad del derecho a la reparación, como dice la exposición de motivos (Cfr. *Avant projet de Code Civil*. Première partie. Sirey, París 1955, pág. 76).

A veces han sido consideradas razones suficientes para la oposición a un tratamiento, los riesgos o el dolor; y se han citado como ejemplos la ablación de una hernia, la desarticulación de un dedo, una operación en la rodilla, una nefroscopia, etc. (DECOCQ, *ob. cit.*, pág. 229). Y, según RYCKMANS, X. (*ob. cit.*, pág. 393), el trabajador puede rehusar un tratamiento peligroso que no tenga otro fin que reducir su incapacidad laboral.

crasas razones de urgencia le impelan a ello (71). De no mediar tales razones, fácilmente podría deslizarse hacia el plano de dueño y señor de dicho cuerpo y, con la mejor buena fe, con el mejor deseo de obtener un éxito profesional, podría ceder, por ejemplo, a la tentación de experimentar nuevos y aun no bien comprobados fármacos o de aplicar fórmulas originales respondiendo a personales concepciones suyas, en el organismo del paciente que así quedaría relegado a la categoría de hombre-cobaya (72). Y esto que acabamos de decir no queda en el plano de las meras posibilidades; ha motivado decisiones judiciales (73), aparece recogido, por extraño que parezca, en algún llamado Código de deontología médica, como antes hemos dicho y ha pasado a la realidad (74).

(71) Ya hemos indicado que en casos realmente urgentes puede el médico, incluso sin autorización, aplicar un tratamiento peligroso o practicar una intervención; máxime en ausencia de los allegados —protectores naturales— del enfermo. Y ello no solo porque *neccessitas ius constituit* si que también porque cabe presumir que si el paciente se hubiera hallado en estado de manifestar su voluntad, habría autorizado al médico a hacer cuanto necesario fuese para salvar su vida. Tal ocurrirá también en la práctica quirúrgica cuando en el curso de una operación el cirujano constata que la causa del mal no es la que sospechaba, sino otra que provocará la muerte del paciente si, sobre la marcha, no adopta las oportunas medidas, aunque éstas supongan hacer más cruenta, más mutilante, más peligrosa la intervención para la que el paciente otorgó su consentimiento. El interés del enfermo aconseja, impone, no aplazar la solución para una segunda y nuevamente autorizada intervención, cuando el mal haya hecho progresos, el enfermo se halle más débil y los riesgos sean mayores.

(72) J. R. DEBRAY (*ob. cit.*, pág. 78) alude, por ejemplo, al conocido peligro del “encarnizamiento terapéutico” de algunos prácticos que, ante enfermos desahuciados que no pueden sobrevivir, prolongan sin discernimiento su vida cuando han llegado al estado terminal de una afección incurable.

(73) Así han sido declarados nulos los contratos médicos que para el logro de fines tan elevados como el progreso de la ciencia médica preveían determinadas experiencias quirúrgicas de vivisección sobre el cuerpo humano (Sent. Trib. de Lyon, 27 de junio 1913). Pueden verse sobre el tema J. AUDI, *Droit et biologie*, Bordeaux 1952; GIELI, *Presupposti e limiti alla sperimentazione medica nell'uomo*, en Studi sassaresi 1958, págs. 5 y sigs.; ABSE, *I dilemmi della medicina*, Milán 1961 (especialmente sobre el suministro experimental de nuevos fármacos); BERGEN, *Consent in Clinical Investigation*, en The Journal of The American Medical Association, febrero de 1968, núm. 7, pág. 281; SANTORO-PASSARELLI, *Gli esperimenti e i trapianti sull'uomo dinanzi alla legge*, en Studi in onore di E. Volterra, Milán 1971, I, pág. 731 y la bibliografía que hemos citado en la nota 62.

(74) Ello para nadie es un secreto. No hace mucho tiempo algunos jóvenes médicos ingleses, quizá inspirados en las lamentables prácticas de sus colegas nazis en Buchewald, alarmaron a sus compañeros ancianos mediante experiencias sobre sus enfermos al objeto de enriquecer los conocimientos científicos. La denuncia a que dieron lugar ha visto la luz pública gracias al médico americano Dr. MAURICE PAPPWORTH, en el periódico “*Twentieth Century*” y en la revista italiana “*Tempo*”, año XXIV, núm. 47, 1962, pág. 57. Así se acusa que a diecisiete niños hospitalizados a causa de fiebre reumática, diez de los cuales tenían complicaciones cardíacas, se les introdujeron catéteres en el corazón obligándoles así a pedalear en bicicletas. A cuarenta y cinco diabéticos no se les suministró, deliberadamente, insulina hasta que entraron en coma; entre ellos figuraban un niño y un adulto que sufrían abceso pulmonar. Durante la fase peligrosa del experimento se les introdujo por un vaso del brazo un catéter que atravesaba el corazón

Las cosas han llegado en este tema a tal extremo, especialmente fuera de nuestras fronteras, que en el proyecto oficial de pacto internacional para la tutela de los derechos humanos presentado por

---

y terminaba en la vena principal del hígado, al tiempo que se les ponían varias inyecciones. A diversos pacientes jóvenes hospitalizados por hernia fue suministrada una droga mientras diariamente durante cinco días se les trepanaban los huesos del pecho para extraerles muestras de médula. A los moribundos por tumor cerebral se les extraía líquido céfalo raquídeo tras haberles adormecido con drogas... El Dr. PAPPWORTH escribe que es menester desarraigar ese horror del antihumanismo que está posibilitando en la medicina algún que otro triunfo de la técnica sobre la razón y la humanidad. Nosotros, dice, que creemos en la santidad de la vida humana y en que las justas exigencias del individuo tienen prelación sobre las de la sociedad en que vive, debemos combatir por defender los derechos de todos los pacientes contra los caprichos y las ambiciones de algunos médicos. También los médicos —y la vivisección humana lo demuestra— pueden tornarse sádicos.

Todo ello corrobora que pervive en nuestros días en algún sector de la ciencia la concepción del hombre como *cosa* biológica de la que, incluso displicentemente, puede disponerse. J. ROSTAND, ante los progresos de la moderna biología, piensa que puede llegarse a “la biologisation de l’homme” (Cfr. *La biologie ferat-t-elle la loi?*, en *Revue de Paris*, 1958, pág. 26). Los avances de la biología se han reflejado en la procreación que hasta bien recientemente aparecía como la misteriosa consecuencia de las relaciones íntimas entre hombre y mujer. Hoy se controlan las fuerzas genéticas, las células reproductoras, como ha puesto de relieve, por ejemplo, F. J. AYALA en *El futuro biológico de la humanidad*, en “Arbor”, noviembre de 1972. En ocasiones puede parecer irresistible para el experimentador la tentación de abusar del poder, olvidando que, si desde algún punto de vista el bien de la humanidad parece exigir alguna experimentación biomédica, es indispensable de todo punto respetar los derechos de los individuos para ella elegidos. (Así, la Declaración del Council for International Organizations of Medical Scienze —C. I. O. M. S.—, organismo fundado tras la segunda guerra mundial por la UNESCO y la OMS).

Por principio, la experiencia en el hombre sólo puede admitirse cuando realmente no haya otro medio de procurarle la salud, ya que toda acción sobre el enfermo debe tender, ante todo, a beneficiarle, sin que regla tan fundamental pueda ser violada ni siquiera en aras de la ciencia o de la humanidad (MAURO BARNI y GIORGIO SEGRE, *La sperimentazione dei farmaci nell'uomo*, en *Política del Diritto*, I, 2, oct. 1970, págs. 287-288). La Declaración de Helsinki (1964) elaborada en el curso de la XVII Asamblea de la Asociación médica mundial, bajo el epígrafe “Sugerencias sobre la experimentación en el hombre”, insiste en lo que ya había preconizado la Declaración de Ginebra de la misma Asociación en 1948 —con inspiración en el conocido Juramento de Hipócrates y con la consecuencia de su inclusión, tal cual, en el Código Internacional de Ética médica de 1949—: “La salud del paciente debe ser la primera consideración del médico”. Si a este primer e insoslayable requisito se une el de la importancia que para el bien de la humanidad puedan tener los resultados lógicamente previsibles, se justificará aún más el riesgo, el dolor o incluso las simples molestias inherentes a la experiencia. Pero todavía deberá concurrir el cumplimiento de un último requisito, éste de carácter más jurídico: El del consentimiento del enfermo.

Ha de mediar un consentimiento del enfermo que sea previo, consciente, ilustrado, libremente decidido y claramente expresado. Solo en los casos de excepción a que ya hemos aludido, puede y debe ser concedido por los más próximos familiares. (Así, en Actas de la VIII Mesa Redonda del CIOMS, celebrada en noviembre de 1973 sobre “Protección de los derechos humanos ante el progreso científico y técnico de la biología y la medicina”, actas que, publicadas en 1974, fueron distribuidas por la O. M. S. con sede en Ginebra).

la Comisión permanente a la Asamblea de la ONU, se creyó necesario disponer en un artículo explícito que había de erigirse en norma internacional (el 4.º de la parte 2.ª) lo que sigue: "Nadie será sometido a tortura o a penas o tratamientos crueles, inhumanos o degradantes. En particular se prohíbe someter a una persona contra su voluntad a una experiencia médica o científica que implique para ella un riesgo, cuando tal experiencia no se haya hecho necesaria por su estado de salud física o mental." Obsérvese como este texto, con singular y profunda vecindad, trata de las curas y experiencias médicas, incluso contra la voluntad del enfermo, a propósito de la tortura (75) y obsérvese también que de una simple interpretación *a contrario sensu*, del propio texto se infiere que, en caso de estimarse necesario para la salud del individuo, podría someterse a esa experiencia médico-científica que implicaría riesgo para él, incluso contra su propia voluntad. Fácilmente se echaba de ver lo absurdo,

---

El consentimiento del individuo sujeto pasivo de la experimentación científica-médica se exigió por vez primera en las normas de protección establecidas en Nüremberg en 1947; y la antes citada Declaración de Helsinki señala que la investigación clínica unida a la actividad médico profesional (terapéutica) es lícita si ofrece la esperanza de ser útil al paciente, si éste ha prestado en la medida de lo posible su propio consentimiento y si, en definitiva, el objetivo de la adquisición de nuevos conocimientos médicos se concilia con el valor terapéutico de la misma investigación. Claro está que tal exigencia de cualificado consentimiento del enfermo, produce al científico la doble contrariedad de limitar notoriamente el número de sujetos que se presten a la experiencia y aun de aminorar en alguna medida la fiabilidad de cierto tipo de ensayos y, con ello, la brillantez del trabajo profesional. Lo que permite sospechar que el requisito del previo consentimiento sea eludido con quizá excesiva frecuencia. (Así, ENRIQUE COSTAS, "*Ensayo en seres humanos*", en "*Crítica*", núm. 633, marzo de 1976, pág. 21).

En España no se hallan reguladas las experiencias en seres humanos y la Reforma sanitaria en curso, si bien prevé la reglamentación de ensayos clínicos de productos farmacológicos, siempre, como no podía ser menos, procura salvaguardar los intereses de los enfermos. (Informe al Gobierno de la Comisión Interministerial para la Reforma Sanitaria, Punto 36). Por el momento, además de las prohibiciones señaladas por las normas deontológicas de rigurosa observancia, el Reglamento de la Organización médica colegial (Orden de 1 de abril de 1967), dispone en su artículo 67 que todo colegiado se abstendrá de ofrecer la eficacia garantizada de procedimientos curativos o de medios personales que no hubiesen recibido la consagración de Entidades científicas o profesionales médicas de reconocido prestigio; así como de emplear para el tratamiento de sus enfermos medios propios de curanderismo o charlatanismo y simular o fingir la aplicación de elementos diagnósticos y terapéuticos. La orden de 12 de noviembre de 1973 establece la "farmacovigilancia" para controlar y vigilar las reacciones adversas resultantes de la aplicación de los medicamentos o especialidades farmacéuticas.

En toda esta materia resulta evidente e irreversible el movimiento de defensa de la dignidad y libertad del ser humano, de la indisponibilidad del hombre por otros hombres, de impedir su cosificación por la ciencia. "El mayor progreso que puede alcanzar el médico no es tanto vencer una enfermedad más, cuanto aprender a tratar a sus semejantes con respeto y dignidad" (JAY KATZ, profesor de Derecho y Psiquiatría en la Universidad de Yale. Cit. por COSTAS, loc., cit., pág. 21).

(75) GIUSEPPE CAPOGRASSI, *L'ambiguità del Diritto contemporaneo*, en el vol. "La crisi del Diritto", Padova, 1953, pág. 29.

lo monstruoso del enunciado de aquel proyecto de declaración que así sacrificaba la libre determinación de la persona humana permitiendo experimentar (75 bis) sobre ella contra su voluntad simplemente porque alguien, que nunca sería infalible, opinase que era necesario por su estado de salud física o mental (76).

Y la alusión a la salud mental nos recuerda los modernos y potentes medios con que la Medicina —y la Policía y la crueldad— cuenta para la exploración farmacodinámica de la psique, como el tan conocido narcoanálisis (77), el tétrico *brainwashing* o lavado de cerebro, o aquellos otros quirúrgicos de la lobotomía cerebral. Modernas y poderosas técnicas que si ciertamente dan la razón a quienes denominan a la Medicina *el cuarto poder* (78), hacer pensar al propio tiempo en que, en manos irresponsables, pueden constituir quizá el más grave y terrible peligro para el hombre aun peor que la muerte —que también la ciencia a impulso de la previsión bélica, de la contaminación, de la velocidad, etc., parece proponerse desencadenar— porque destruye su personalidad reemplazándola monstruosamente con la apariencia exterior que tenía, pero con un contenido sustancialmente distinto, porque constituye la más grave de las mutilaciones ya que transforma las condiciones que influyen sobre el equili-

(75 bis) Pone de relieve LAIN ENTRALGO en reciente trabajo (*Los orígenes de la experimentación biológica*, Valladolid 1976, pág. 24) el origen etimológico del término "experimento" en la raíz indoeuropea *per* que en griego motivó "*peira*, prueba, ensayo o experimento, *peiraō*, intentar algo, aventurarse y *peiratēs*, pirata; y en latín *periri*, y luego *experiri*, ensayar, probar o experimentar, *periculum*, prueba, y más tarde peligro, y *experientia*, *experimentum* y *pirata*; y en castellano, consecuentemente, experiencia, experimento, perito, peligro y pirata. Póngase a este respecto, junto al nuestro, todos los idiomas cultos. ¿No es cosa divertida que etimológicamente tengan que ver entre sí el experimentador y el pirata?". Ante hechos como los que aludimos en el texto, no es precisamente diversión lo que nos sugiere la erudita observación del ilustre profesor, sino triste confirmación de aquella relación etimológica entre experimento peligroso y piratería.

(76) Quizá por ello se hizo desaparecer el segundo inciso del tal principio del definitivo artículo 5.º de la Declaración Universal de Derechos Humanos aprobada y proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948: "Art. 5.º Nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes". Lo que, a nuestro objeto, ha de complementarse con el art. 3.º: "Todo individuo tiene derecho a la libertad y a la seguridad de su persona."

Y quizá también por lo mismo, el posterior Pacto internacional de Derechos civiles y políticos firmado en Nueva York el 16 de diciembre de 1966, pule aquel Proyecto establecido en su art. 7: "Nadie será sometido a tortura ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. En particular, nadie será sometido sin su libre consentimiento a experimentos médicos o científicos."

(77) Desacreditado el *Pentotal* como medio de narcoanálisis para provocar una confesión (Vid. LOUIS BERTAGNE, *Le mythe du sérum de vérité*, en Cahiers Laennec, 1949), ese y cualquier otro medio de atentado a la personalidad psíquica del sujeto debe ser proscrito. PERLINGIERI, *La Tutela giuridica della "integrità psichica" (a proposito della psicoterapia)*, en Riv. Trim. di Dir e Proc. Civile, 1972, págs. 763 y sigs.

(78) *Médecine, quatrième pouvoir* fue el título del cuaderno "Esprit" de marzo de 1959.

brio espiritual de la personalidad. Gravísimo problema que desborda los esquemas y los conceptos hasta ahora en uso en la ciencia en general y en la ciencia jurídica en concreto (79).

Sí, en el artículo 3.º de la Delegación universal de los Derechos del hombre producida por las Naciones Unidas se lee que todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona; y el párrafo 1.º de su preámbulo señala que el reconocimiento de la dignidad inherente a todos los miembros de la familia humana y de sus derechos iguales e inalienables, constituye el fundamento de la libertad, de la justicia y de la paz dentro del mundo. Pero lo que hace falta es que tal se cumpla en todos los ámbitos; y éste que consideramos es uno de los más propicios a que no sea así.

En definitiva, y salvo casos de índole aún más crasamente aberrante, de perversidad sin posible paliativo, como los aludidos, ei hacer caso omiso de la voluntad anuente de la persona para aplicarla algún tratamiento determinado implicativo de algún riesgo (79 bis) no es sino resultado en muchos casos de la tan lamentable corriente de opinión que en algunos países hace del sujeto de derechos, de la persona, una mera función social. La salud física, que de siempre ha sido cuestión que afectaba al individuo de modo casi exclusivo, se quiere trocar en un interés más que del dicho individuo, de la sociedad en la que vive y, se piensa, para la que vive. El individuo, la persona, no es ya entonces sino un elemento más en orden al proceso productivo general de la sociedad y el buen estado —la salud— de ese elemento toca, ante todo, al interés público. Ello por fortuna, repetimos, no ocurre tanto entre nosotros (¿todavía?) —no obstante, la multiplicación de vacunaciones obligatorias, de asistencias sanitarias forzadas (80)— cuanto en aquellos

(79) Cfr. CALLIERI, *Neuropsychiatria e libertà morale*, en "Studium", XLVIII, 1952, págs. 182 y sigs., que a su vez, cita el libro de DELAY, *Méthode biologique en clinique psychiatrique*, París 1950 en el que se estudia el empleo de agentes farmacodinámicos "libérant les puissances obscures et chargées de potentiel affectif du subscoscient". Vid. también REVIGLIO DELLA VENEZIA, *Psicocirurgia e trasformazione della personalità*, en Giustizia penale, 1952, I, págs. 235 y sigs. Y sobre la influencia de los biólogos en el futuro del hombre a través de sus manipulaciones en la personalidad, tanto física como psíquica del mismo, P. LUTH, *Schöpfungstag und Mensch der Zukunft*, Düsseldorf - Köln 1965.

Y ¡para qué hablar de las esterilizaciones en masa y, en general, del crimen internacional de genocidio!

(79 bis) Conducta que quizá cupiera entocar con la óptica de los llamados delitos de peligro, que con tanta predilección investigan en nuestro tiempo científicamente los penalistas. Vid. PAVÓN VASCONCELOS Y VARGAS LÓPEZ, *Los delitos de peligro para la vida y la integridad corporal*, México 1966 y, en España, modernamente, ESCRIVÁ GREGORI, *La puesta en peligro de bienes jurídicos en Derecho Penal*, Barcelona 1976.

(80) Realmente son excepciones al principio de respeto general de la soberanía de la persona sobre su propio cuerpo los exámenes médicos impuestos por la autoridad pública, por ejemplo, a escolares, reclutas, soldados, aspirantes a suboficiales u oficiales, a trabajadores por los médicos de empresa; las vacunaciones obligatorias contra enfermedades infecciosas (vid. CH. VAILLE y H. GIRAUD, *Les vaccinations en droit et en jurisprudence*, en

otros países en que “el médico ha dejado por entero de ser el fiduciario del enfermo, su cliente, para convertirse en fiduciario de la Nación toda la cual repara en —y a veces contra— el enfermo” (81).

Así; alguien ha reconducido la relación que en tales países se establece entre médico y enfermo al módulo, harto conocido en la medicina militar, del contacto entre oficial médico y soldado enfermo, en que el nexo de subordinación castrense coadyuva a implicar con harta frecuencia la tentación hacia la libre disposición por el primero del organismo físico del segundo (82). Nada tiene de particular que por esta vía se haya negado el carácter de contrato a la relación médico-paciente y se haya pretendido, como en otro lugar dijimos (83), que la fuente de las obligaciones del facultativo ante su enfermo radique en la ley. Si el médico no se considera al servicio del enfermo sino principalmente al de la sociedad (84), si viene obligado a practicar su arte por el poder público, lógicamente huelga toda relación jurídica entre él y el enfermo, quien no pasará de la categoría de objeto al que hay que cuidar en interés de la sociedad que, como medio para obtener sus fines, lo considera. Es evidente la gravedad del asunto en el que se halla en juego no sólo la libertad personal, sino algo más hondo y aún más sagrado, el supuesto básico mismo sobre el que se erige la libertad con todas

---

Cahiers Laennec, 1959, pág. 41); el posible aislamiento de quienes padecen éstas o determinadas enfermedades mentales... Según el art. 154 del anteproyecto de nuevo Código Civil francés, en el capítulo relativo a los derechos de la personalidad (ed. 1955, pág. 236), se dispone “A nadie se le obliga a someterse a observación médica, pero si una persona rehusa consentirla cuando por petición de la otra parte en un proceso sea ordenada por el Juez, de modo que implique sólo aplicación de métodos corrientes y sin peligro serio para el cuerpo humano, el Juez puede considerar como probados los hechos que la observación tenía por fin constatar”. Lo que indudablemente adquiere relevancia en procesos sobre filiación, prueba de alcoholemia en sangre con motivo de accidente o delito, toxicomanía, enfermedades venéreas, etc.

(81) Así, LATTES, citado por G. LAMI, *L'oumo, questo insetto assistito*, en revista Studium, XLVII, 1951, pág. 102 y sigs.

(82) No hemos querido hacer sino ligera alusión antes de ahora a este supuesto de la medicina militar porque, evidentemente, se halla fuera del contrato de servicios médicos que venimos considerando. Pero es claro que si nos hemos planteado el problema de la imposición de un tratamiento no consentido al enfermo cuya no curación o el retraso de cuya curación perjudiquen a tercero, análoga cuestión aparece en punto al militar enfermo o herido en cuanto pueda ser obligado a ponerse en cura por la autoridad militar a fin de hallarse nuevamente en condiciones de seguir sobre las armas o volver a ocupar puesto activo. La misma obligación general del soldado, el sagrado servicio a la Patria, parece implicar tal secuela. Pero nunca, creemos, la de experimentar sobre él nuevas terapias, quizá arriesgadas, sin su ilustrado consentimiento.

(83) GITRAMA GONZÁLEZ, *Configuración jurídica de los servicios médicos*, cit., págs. 342-344.

(84) Quizá haya sido Alemania el país en que, bajo el nacional-socialismo, más se ha exacerbado y hasta exacerbado esa especie de mesianismo médico. Según WARNEYER, *Arztliche Eingriffe gegen den Willen des Kranken*, en *Der Chirurg*, 1937, pág. 280, un Tribunal del Reich decretó que el médico puede proceder a inyectar al enfermo cierta solución aun contra la voluntad

sus consecuencias, la misma vida y la personalidad humana... (85).

Y el problema puede plantearse en los ámbitos culturales que nos son más afines al socaire primeramente de un movimiento como el de la Seguridad social, el de los seguros sociales obligatorios que, por otra parte, es patente que constituyen un auténtico progreso (86). Es éste indudablemente, junto con el de la reglamentación administrativa profesional, el más amplio camino por el que la Medicina se relaciona con el Derecho Público. En cuanto que el ejercicio de la Medicina atañe a intereses esenciales de la persona humana, cobra, de suyo, los caracteres de un ministerio y adquiere los perfiles de delegación de un servicio público. Y ello viene potenciado en punto al médico integrado en un servicio público institucionalizado tan característico como el de la Seguridad Social. Más aún, tanto si se repara en la moderna tendencia iuspublicista de hacer de los particulares agentes auxiliares de los servicios públicos, cuanto si prosiguen abriéndose camino las tendencias hacia una plena socialización de la medicina (87), nada tiene de extraño que los médicos vengan a quedar integrados en el mecanismo administrativo de la Sanidad nacional, incluso dotado del Departamento del rango ministerial que se propugna. En todo caso, a eludir el planteamiento o a resolver el grave problema antes delineado se contribuirá buscando la armonía entre las exigencias de la asistencia sanitaria y la salvaguardia de la autonomía de la personalidad del paciente (88). Quede claro que el verdadero y directo beneficiario de la asistencia es el individuo, la persona, y que sólo indirectamente y por vía de reflejo lo es la comunidad; que el bien común no es sino resultante de los bienes individuales y que no se hizo el hombre para la sociedad, sino a la inversa, ésta para que aquél desarrolle plenamente sus posibilidades.

del mismo, porque el interés del Estado a la salud del pueblo es superior al que el enfermo puede tener sobre su propio cuerpo.

(85) Por aquel malhadado camino, olvidando que hay un derecho absoluto, fundamental para el hombre, base y condición de todos los demás; El derecho a ser reconocido siempre como persona humana (LEGAZ LACAMBRA, *Humanismo, Estado y Derecho*, cit., pág. 139), podría llegarse a la expropiación forzosa de sangre o de órganos de un sujeto sano en aras del interés público o social que hiciese parecer justificado su transfusión o trasplante a personaje importante de ello necesitado. GANGI, *Personne fische e personne giuridiche*, cit., pág. 177, niega rotundamente la expropiabilidad de cualquier parte del cuerpo humano, aun en casos extremos, como podría ser una transfusión de sangre obligada o justificada por gravísimo estado de necesidad.

(86) Como justificábamos en nuestro trabajo *Familia, alimentos civiles y seguridad social*, Valencia, 1965, págs. 15 y sigs.

(87) Cfr. HATZFELD, H., *La crisis de la Medicina liberal*, Ariel, Madrid, 1965; LUNA DELGADO, J., *Informe: La Medicina privada*, en rev. Triunfo, nov. 1972, núm. 530, págs. 30 y sigs.; CABALLERO, OSCAR, *Autopsia. Chequeo a la Medicina española*, Barcelona 1975; así como los trabajos que dejábamos citados en la nota 9 del presente.

(88) Apreciación fundamental esta última. DECOCQ, ANDRÉ, coloca como ideas capitales de su ya citada obra, *Essai d'une théorie générale des droits sur la personne*, París 1960: 1) El respeto del carácter sagrado de la vida humana. 2) El respeto de la autonomía de la persona humana. 3) La indispensable solidaridad social.

3. Observemos ahora otro de los requisitos esenciales de todo contrato, el objeto cierto que sea materia del mismo (art. 1.261 del Código civil). Como es bien sabido, sólo mediante una elipsis puede atribuirse objeto a un contrato. Objeto de un contrato será el de las obligaciones que éste hace nacer; esto es, el *quid debetur* de los contractualmente obligados, el hecho positivo o negativo que cada contratante puede exigir del otro. Es así como cabe entender el artículo 1.271 y siguientes del Código civil. Y es igualmente sabido cuán fundamental es en el Derecho de los contratos la determinación del contenido de la obligación u obligaciones contractuales. Pues bien, tan excepcional resulta también el objeto del contrato de prestación de servicios médicos que su sola consideración, como condicionadora de todos los restantes hitos de especialidad, bastaría para conferirle un rango distinto y superior al de los restantes contratos usuales.

3.1. Partiendo de la base de que dicho objeto contractual resulta complejo y de difícil determinación, hay que comenzar observando, como en otro lugar dijimos (89), que constituye para el médico una obligación típicamente de medios o de diligencia y que sólo en casos muy concretos puede engendrar una obligación de resultado (90). El médico no se obliga a obtener para el enfermo la curación a ultranza, ni siquiera el alivio o la mejoría de su mal; no garantiza la eficacia del tratamiento o de la operación que emprende. Puede, incluso, que su meta sea evitar la enfermedad aún no contraída. Hoy gran parte de la actividad médica se dirige no tanto o no sólo a curar, sino también a prevenir la enfermedad para evitarla intensificando las prácticas de higiene y profilaxis (91).

---

(89) GITRAMA GONZÁLEZ, *Configuración jurídica de los servicios médicos*, cit., págs. 353 y sigs.

(90) Cfr. nuestro trabajo citado en la nota anterior, *loc. cit.* Resulta interesante por referirse en concreto a la relación obligacional médico-paciente desde tal punto de vista, MENGONI, *Obbligazione di risultato e obbligazione di mezzi*, en Rivista del Diritto Commerciale, 1954, págs 188-190; asimismo, FROSSARD, *La distinction des obligations de moyens et des obligations de resultat*, París 1965. Razonan que la del médico es obligación de medios o de diligencia, SAVATIER, AUBY y PEQUIGNOT, en su *Traité de Droit médical*, cit. núm. 310, pág. 290.

(91) Tal profilaxis constituye tarea primordial de los médicos de empresa (Decreto de 10 de junio de 1959 y Reglamento de 21 de noviembre del mismo año), cuya misión no cabe entender de otro modo, vigentes los Seguros de enfermedad y de accidentes de trabajo, como afirmó el XIV Congreso Internacional de Medicina del Trabajo celebrado en Madrid en septiembre de 1963. Los arts. 25 a 30 de la Ley de Seguridad Social, de 28 de diciembre de 1963 (texto articulado aprobado por Decreto de 21 de abril de 1966) regulan los Servicios de Higiene y Seguridad en el trabajo y de Medicina preventiva. Y el Estatuto del personal de dicho servicio ha sido aprobado por O. M. de 5 de abril de 1974.

Finalidades asimismo preventivas trata de obtener el Reglamento Sanitario Internacional aprobado por la XXII Asamblea Mundial de la Salud el 25 de julio de 1969 (inserto en el "B. O. E." de 18 de febrero de 1974), adicionado y modificado por la XXVI Asamblea el 23 de mayo de 1973 (según el "B. O. E." de 1 de abril de 1974); a saber, seguridad contra la

A lo que el médico se obliga ante el ya enfermo es a consolarle, a reconocerle para diagnosticar su morbo y a prescribir o aconsejar todas las precauciones y medidas terapéuticas ordenadas por la ciencia médica, por las reglas y los usos profesionales para el caso de que se trate y en el tiempo en que se actúe (92); así como a continuar sus asiduos cuidados desde el momento en que se comprometió a prestarlos. El contrato en estudio implica para el médico el compromiso de suministrar cuidados concienzudos, atentos, prudentes, conformes a los datos de la ciencia (93). Es decir, debe observar cumplidamente ante todo los deberes de conciencia (a que también le obliga el art. 1.258 del Código civil); proponer y asegurar todos los cuidados combatiendo *ad curationem* la enfermedad con todo el arsenal terapéutico que la ciencia ha puesto en sus manos en cuanto sea deseable en la circunstancia de que se trate; procurar por encima de todo conservar la vida, incluso al tiempo de calmarle el sufrimiento; actuar siempre con corrección y amabilidad hacia el enfermo a fin de levantarle el ánimo; cuidarle con máximo interés cualquiera que sea su situación social (94), los sentimientos personales que por él experimente y su moralidad; no puede, en fin, abandonarlo ni en caso de peligro público, salvo que medie orden formal de la autoridad competente.

En suma, hay que decir que si bien es cierto que el médico pone al servicio de sus enfermos los conocimientos que ha adquirido en el transcurso de su formación profesional y de su experiencia práctica, no lo es menos que —al igual que ocurre en las restantes profesiones, máximo en las humanísticas— estos conocimientos no valen, sino en función de las cualidades personales del sujeto cognoscente,

---

propagación internacional de enfermedades, con un mínimo de trabas para el tráfico mundial.

Sobre medicina preventiva, señalan LÓPEZ PIÑERO y GARCÍA BALLESTER que los progresos que ha alcanzado la salud de los grupos humanos en el período contemporáneo se deben en escasa medida a la medicina curativa, a pesar de los espectaculares avances que la terapéutica ha conseguido. Mucho mayor es la participación que corresponde a la medicina preventiva... (*Introducción a la Medicina*, Ariel, Barcelona, 1971).

(92) Así JOSSEERAND, *Droit Civil*, 3.<sup>a</sup> ed., T. II, núm. 490, 11.º; DEMOGUE, *Traité des obligations*, T. VI, núm. 180; LALOU, *Responsabilité civile*, número 426, etc.

(93) Es la fórmula empleada por la jurisprudencia francesa a partir de la sentencia de *Cassation* de 20 de mayo de 1936.

(94) Decía el insigne doctor MARAÑÓN POSADILLO que al indigente que acude al hospital debe el médico tratarle como si fuese un Caballero de la Tabla Redonda. Cfr. LAFÍN ENTRALGO, *La relación médico-enfermo*, cit. página 210. En parecido sentido, PRADEL, JEAN, *La condition civile du malade*, París 1963. El art. 27, 4, del Estatuto jurídico del personal médico de la Seguridad social española, establece como obligación general de dicho personal "la contribución en el aspecto asistencial, a la elevación de la consideración humana y social en las relaciones con los beneficiarios de la Seguridad social" (Decreto de 23 de diciembre de 1966), lo que se halla en la línea preconizada por CH. BARBE, *Vers une humanisation de la médecine dans les collectivités du travail*, en *Chronique sociale de France*, 1951, página 272.

aparte de necesitar un continuo entrenamiento, una constante renovación y puesta al día (95). Las cualidades propiamente científicas son apreciadas de muy diverso modo por el público que, profano en la materia, al fin y al cabo, se siente incapaz de juzgarlas. Lo que más directamente importa al enfermo o a su familia es, de modo principal, la solicitud, la confianza que el médico inspira, su *diligencia*, cualidades, en suma, que ellos pueden apreciar, que ya en sí mismas poseen un acusado efecto terapéutico y por las que juzgarán a su médico, sobre todo cuando los resultados de la terapéutica no correspondan a las esperanzas en ella puestas por el enfermo.

Hojeando la casuística de responsabilidad civil del médico en Europa, hallamos que en gran número de casos es la falta de dedicación, de diligencia, de solicitud en los cuidados del facultativo, más aún que la falta de comprensión de las exigencias o las necesidades del enfermo, lo que ha provocado el reconocimiento judicial de aquella responsabilidad. Y ello aunque desde el punto de vista estrictamente médico, el daño invocado por la víctima o por sus herederos muchas veces no hubiera podido ser evitado por cuidados más atentos o solícitos. La falta de solicitud, de puesta en juego por el médico de todos los medios precisos para atajar el mal, ha sido siempre juzgada con extraordinaria severidad, no sólo por el enfermo y sus allegados, sino también por los expertos y por los jueces. Y en ello se halla la explicación de no pocas transacciones habidas en las antecámaras de los Tribunales.

Objeto de contrato médico es pues, el diligente y correcto tratamiento del enfermo y no su curación. En la Medicina juega siempre una elevada dosis de probabilismo; aunque el diagnóstico haya sido claro, aunque de suyo la naturaleza tienda siempre hacia la au-

---

(95) Resulta evidente que el incesante y espectacular progreso de la ciencia médica en los últimos años está afectando tan seriamente a los médicos que para buen número de ellos estar al corriente de las nuevas terapéuticas constituye auténtica obsesión. El mero *estar al día* exige un estudio continuo; la lectura de nuevos libros, de revistas especializadas y hasta de los prospectos informativos que, enviados por los más diversos laboratorios, inundan cada mañana la mesa del despacho del facultativo. Todo ello requiere un tiempo de que éste no puede disponer; no le bastaría tampoco la hora 25. Y piénsese en que existen en la farmacopea española alrededor de 30.000 medicamentos, muchos de los cuales pueden tener contraindicaciones, efectos secundarios nocivos que el médico debe prever al prescribir su dosis.

He aquí la gran preparación que el médico precisa tener y, día a día, mantener; y, sobre todo, el enorme esfuerzo intelectual a que se halla sometido si no quiere abandonarse a la rutina. Cuanto más progresa la ciencia médica, más difícil será la tarea del buen médico, más árido el problema de dominarlo todo.

Y es claro que el médico ha de hallarse dotado de un especial sentido crítico y valorativo para no dejarse ofuscar por las novedades prematuramente, tan pronto aparecen en el mercado, y hasta para oponer la debida resistencia a los enfermos que casi exigen se les recete éste o aquel medicamento que estiman de moda; máxime si amparan su adquisición, económicamente hablando, en el Seguro de enfermedad.

Y ¿qué decir de la creciente complicación de ciertos trámites administrativos cuya existencia, en tantas ocasiones, no puede olvidar el médico?

to curación (96), el pronóstico no puede gozar de una certeza absoluta. De ahí que el médico más que curar promete poner los medios para lograrlo. Obligación de medios la suya y no de resultados. De no ser así, además, se haría imposible el ejercicio de la Medicina, pues, que siempre podrían ser demandados de responsabilidad los médicos por el fallecimiento de sus clientes o el fracaso de un tratamiento; en siendo materia contractual, bastaría probar la no curación para tener derecho a reparación. El facultativo no se atrevería a emprender terapéutica alguna. Tratándose, en cambio, como se trata, de obligación de medios o de diligencia, toca al médico, llegado el caso, probar que cumplió su obligación; y si el cliente estima que tal cumplimiento fue defectuoso, a él mismo incumbirá la carga de la prueba (97). En general, insistimos, el médico no responde de los resultados obtenidos, sino de los medios empleados. Y el objeto del contrato de servicios médicos consiste cabalmente en la prestación de esos servicios o cuidados en cuanto tales; no en el resultado —siempre aleatorio habida cuenta de la incertidumbre de la respuesta de la materia viva— que se obtenga, por más que aquellos medios tiendan al logro del mejor éxito alcanzable.

3.2. En plano de objeto contractual, hay que reconocer también que no se trata con un médico como con quien vende cosas, por más que algún paciente sólo lo contemple como poseedor y vendedor de técnicas; ni siquiera como con otras personas que no dejan de suministrar prestaciones o servicios de orden intelectual: V. gr., profesores, pintores, incluso abogados. Casi puede afirmarse —enlazando con la idea que movió a los juristas romanos a entroncar con el mandato la relación médico-cliente (98)— que todo está fuera de comercio entre médico y enfermo.

Hallamos así, por un lado, nada menos que la persona humana en cuanto objeto directo de los cuidados a suministrar por el facultativo. Si como dijo Protágoras, el hombre es la medida de todas las cosas, mucho más el hombre naciente, enfermo o moribundo, enfrentado con la vida terrenal o con la eterna. El máximo privilegio y la máxima responsabilidad del médico radica en servir al hombre doliente, atendiendo a su complejidad de ser biológico, social y espiritual. El enfermo es, en primer término, un organismo perturbado en su funcionamiento o vulnerado en su integridad física; para el médico empieza cobrando la categoría de *caso* para cuyo estudio científico ha de tomar distancia en busca de una objetividad

---

(96) “El gran secreto de la medicina, que conocen los médicos pero que ignora el gran público, es que en nuestro organismo casi todo se corrige espontáneamente. No dista mucho de la realidad el dicho de que casi todo mejora a la mañana siguiente” (LEWIS THOMAS, *The Lives of a Cell*, Buenos Aires, 1976).

(97) Cfr. MARCEL NAST, en *Dalloz Periodique*, 1941, I, pág. 53.

(98) Cfr. nuestro citado trabajo *Configuración jurídica...*, págs. 345-347. Realmente pretender tratar a un ser humano en sus dolencias como si fuera un televisor estropeado o un coche que tiene ruidos extraños, sería el fin de la Medicina como vocación, como profesión y como ciencia no exacta.

ajena a la condición íntima del sujeto, toma de distancia que a muchos hace pensar en la insensibilidad del médico. El enfermo también, en cuanto prójimo, es un ser social que acude a otro ser social en busca de una de las ventajas que la sociedad puede dar; la ayuda mutua. He aquí entonces al *cliente* que busca la vinculación sustancial y consiente en la entrega plena al médico que eligió, prendas muchas veces del óptimo resultado final. En tercer lugar, el enfermo en cuanto sujeto anímico espiritual es un ser doliente que necesita asistencia comprensiva y cordial. La dolencia es, brevemente dicho, la certidumbre que tiene el sujeto de estar enfermo (99). En ella se entremezclan componentes psicofísicos, causados por la enfermedad con estados psíquicos y espirituales que son, al menos, como corolarios. He ahí entonces al *paciente*.

Y he aquí que no cabe tratar de la entidad humana del enfermo, no obstante lo que en principio afirmábamos en general, sin referencia a la entidad de la persona humana. Reconociendo en él los predicados y atributos inherentes a su entidad humana, se justifica que su ser entrañe superioridad esencial por encima del valor negativo de su malparada condición biológica. Su aspecto moral le hace acreedor a un trato de especial miramiento como criatura de Dios en infortunio, como ser humano con todo el respeto debido a su dignidad.

Más he aquí que ante tan singular objeto contractual ha de recordarse el artículo 1.271 del Código civil que señala en su párrafo primero que no pueden ser objeto de contrato las cosas que estén fuera del comercio de los hombres. El cuerpo humano y su salud lo están, pero no son cosas y, por otra parte, el párrafo tercero del propio artículo, al disponer que pueden ser objeto de contrato los servicios no contrarios a las leyes y a las buenas costumbres —en lo que enlaza con los 1.116, 1.255, 1.275, etc.— permite afirmar que el contrato de servicios médicos no es ilegal ni inmoral por razón de su objeto. En efecto, ni hay ley que lo prohíba, ni fomenta o persigue un resultado inmoral, ni obliga a realizar actos que, según la moral, deben ser obra de la libre iniciativa del individuo, ni coarta de modo excesivo e inadmisibles la libertad personal del hombre. Ya hemos visto, en efecto, también, cómo el paciente ha de consentir en ser reconocido médicamente y más tarde en la aplicación de la terapéutica propia de su caso; y todo ello en base de la más elemental libertad que él traduce en aquél *noli me tangere* a que ya hemos aludido; esto es, en la idea de la inviolabilidad de su autonomía personal, de su independencia (100). Cada persona,

---

(99) Recuérdese lo que en páginas anteriores señalábamos en orden a la inicial desigualdad en que en la relación contractual se hallan médico y enfermo; y a propósito de cuándo este último se considera tal. Vid. nota 15.

(100) Idea cuyo mérito alguien quiere atribuir a BOISTEL, en su *Cours de Philosophie de Droit*, T. I, núm. 41 y sigs., págs. 72 y sigs., olvidando que tiene procedencia más antigua y española. Nuestros teólogos y juristas del Siglo de Oro tiempo antes la habían formulado y ampliamente razonado.

cada enfermo, puede así consentir el nacimiento en cabeza de otra de poderes o facultades recayentes sobre elementos de su ser de inferior jerarquía en su propio cuerpo, en interés de aquellos otros que la tienen más elevada (101). Consentirá así válidamente en que un cirujano ampute un pie afectado de gangrena o extirpe un tumor maligno para tratar de salvar la vida, bien el máspreciado de orden temporal (102). De donde se sigue la lógica proporcionalidad que ha de existir entre la propuesta terapéutica y el interés a satisfacer; entre el mal causado y el bien esperado. Pero bien entendido que la propuesta no es de suyo el objeto de la convención, sino su aplicación efectiva a la persona, aplicación en que juegan en modo decisivo las cualidades del facultativo (103).

Por otro lado, en plano de objeto contractual, no podemos eludir la observación de los actos de caridad, de abnegada dedicación, de estricta conciencia profesional que ni se venden ni se compran, pero sin los cuales no se es verdadero médico (104). Pertenecen, ciertamente, a los dominios de la ética; pero también constituyen secuela del contrato médico como demuestra que si en alguna ocasión por su incumplimiento se producen daños al paciente, el facultativo incurre en responsabilidad civil contractual. De ahí que repetimos, la actividad contractual del médico, en cuanto directamente recayente sobre la base somática o psicosomática de la persona humana, no puede compararse a ninguna otra, máxime en nuestros días en que

---

Vid. para una visión de conjunto CORTS GRAU, *Los juristas clásicos españoles*, Madrid 1948, en cuyo prólogo subraya el autor la rotunda actualidad de aquellos *magni hispani* (pág. 8).

(101) Sobre el particular, además de otros estudios ya citados, pueden consultarse, por ejemplo, los siguientes: PÉREZ SERRANO, *Los actos de disposición sobre el propio cuerpo*, Madrid 1946; LÓPEZ BELENGUER, *Naturaleza y contenido del derecho sobre el propio cuerpo*, en *Anales de la Universidad de Murcia*, 1950-1951, págs. 195-216, y *Derecho sobre el propio cuerpo*, en *ANUARIO DE DERECHO CIVIL*, IV-4, págs. 1577 y sigs.; GENEVIEVE SARVONAT, *Le principe de l'inviolabilité du corps humain en Droit Civil*, Poitiers 1951; ANDRE GEORGEN, *Les droits de d'homme sur son corps*, Nancy 1957; F. CABRILLAC, *Le Droit Civil et le corp humain*, Montpellier 1962; DÍEZ DÍAZ, *El derecho a la disposición del cuerpo*, en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1967, pág. 695 y sigs.

(102) Para BORRELL MACIÁ, *ob. cit.*, págs. 46-48, es el fin curativo lo que exonera al cirujano de toda responsabilidad penal en ocasión de las heridas que voluntariamente produce al paciente o de la mutilación a que le somete; lo que, de otro modo, vendría penado en el art. 419 del Código Penal.

(103) Así, como dijimos, en caso de mediar intimidación (art. 1.267 del Código Civil) *ex parte* médica para convencer a un paciente a fin de someterle a una intervención quirúrgica, el consentimiento de éste adolecería de vicio de nulidad (art. 1.268 del propio cuerpo legal).

(104) No hace mucho tiempo publicaba la prensa española el caso de un tocólogo cordobés que, avisado para acudir al quirófano a fin de practicar una intervención a la esposa de un afiliado a una mutualidad, salió tan precipitadamente de su domicilio que en el trayecto cayó fracturándose un tobillo, no obstante lo cual y los dolores que padecía y que le hicieron entrar en el quirófano en camilla, realizó totalmente y con éxito la operación antes de permitir ser él mismo intervenido.

se reconoce el valor sustantivo de esa persona (105). De ahí que se diga de la actividad del médico que implica un sacerdocio —etimológicamente, “enseñanza o función sagrada”— y que efectivamente en los tiempos más remotos, cuando el médico era a la vez sacerdote, se confundieran rito y medicación. Porque el médico tiene algo de ser religioso, *se tiene fe en él*; el enfermo cree en tal doctor y espera que él le ha de curar. Algo sobrenatural tiene en efecto lo que se refiere a los principios de la vida, a la lucha médica contra las fuerzas ocultas del mal en defensa de su paciente, a la acuciante apelación del facultativo a la *vis medicatrix naturae*, mediante su estímulo a través de todos los posibles recursos terapéuticos. Es el momento ético religioso de la relación médico-enfermo (106). El enfermo, que no quiere tanto vivir para estar sano, cuanto estar sano para vivir y obrar. El médico, que en el dilema ayuda-abandono de la parábola del buen Samaritano, siempre se halla predispuesto a la primera acción. Teleología ética que se matiza de religiosidad. La enfermedad aparece, se piensa, porque Dios lo quiso o, al menos, lo permitió. Posee un secreto *quid sacrum* que no induce, sin embargo, al fatalista abandono del paciente. El mismo Jesucristo dio ejemplo con sus portentosas curaciones. Profesión grande y noble la del médico, que hace actividad profesional de la obra de caridad cristiana que es visitar a los enfermos; profesión a la vez triste la suya, siempre atentamente inclinado sobre lo que cada uno de nosotros tiene de más precioso en lo humano, ese soplo de vida que aquél tiene por misión conservar a ultranza (107) a despecho muchas veces de las leyes biológicas que el médico intenta burlar en beneficio de su enfermo con, al menos —ya lo dijimos—, el mismo interés con que el jurista intenta cumplir y hacer cumplir la ley civil (108).

---

(105) De esa persona a la que en principio parece referirse exclusivamente el Libro I del Código Civil, a juzgar por el epígrafe general que lo intitula, pero que resulta no contener sino 315 artículos en los que se involucra el breve trato de la persona como tal con el más amplio de cuestiones de índole económica. Por ejemplo, los 115 artículos dedicados a la tutela de los incapaces, regulan principalmente la de sus bienes; como que todavía, en buena medida, nuestro Código Civil es, antes que nada, un Código de los bienes o, como dijo AMEZAGA, una reglamentación de la propiedad. Cfr. nuestro trabajo *Nuevo sentido de la propiedad*, Cuaderno núm. 1 de los de la Escuela Social de Valencia, 1960, pág. 10. Así, en el auge espectacular que en nuestros días ha experimentado el Derecho de daños, ya no se restringen las reparaciones a los daños causados a cosas, que eran los que sobre todo vislumbraba el Código Civil, si que la frecuencia e intensidad de las reparaciones de daños corporales muestra la patente toma en consideración de la persona víctima.

(106) Así, LAÍN ENTRALGO, *La relación...*, cit., págs. 443 y sigs.

(107) Decía SÉNECA, “que se me haga manco, gotoso, lisiado, que se me arranquen los dientes movedizos; mientras me quede la vida todo va bien” (*Epístolas*, 101).

(108) Lo que nos induce a pensar que ambas actitudes —humanistas si las hay— rinden en cierto modo tributo a la justicia. Al fin y al cabo lo justo es expresión de la personalidad en la relación humana. Hay un entañamiento personal de la justicia (RUIZ JIMÉNEZ, *Derecho y vida humana*, Madrid 1957).

4. También en orden a la causa, tercero de los elementos esenciales de todo contrato, tras el consentimiento y el objeto según el artículo 1.261 del Código civil, resulta excepcional el contrato de servicios médicos. El concepto de causa, de tan acusados perfiles filosóficos que para algunos resulta extrajurídico, constitutivo de un elemento, a veces, tan difícilmente identificable en ciertos contratos, es objetivado, como sabemos, por nuestro Código civil de modo que en los contratos llamados sinalagmáticos, a título oneroso, entre los cuales normalmente ha de incluirse el que venimos considerando, resulta ser causa del contrato para cada uno de los contratantes la prestación o promesa de una cosa o servicio que recibe del otro (art. 1.274).

4.1. Entendida la causa contractual como la razón de existencia del contrato, resulta ser la contestación a la pregunta ¿por qué se forma el contrato? (109). Referida la cuestión al que venimos estudiando, reparemos en cuál sea la causa de que se inicie la relación jurídica médico-enfermo. Este último es, lógicamente, quien, al sentirse enfermo, toma la iniciativa. ¿Por qué? Fundamentalmente y ante todo para lograr o recuperar la salud, finalidad primordial de toda relación médica a cuyo servicio se ponen los medios —calificables también de fines inmediatos o próximos— de diagnóstico y tratamiento. El enfermo aduce su firme voluntad de sanar, de obtener aquel estado de salud perfecta en que coinciden un sentimiento subjetivo de bienestar con una morfología, una actividad funcional, un rendimiento vital y una conducta manifiestamente normales (110). Recuperar tan halagüeño estado, deseo vehemente del enfermo, es el móvil básico de su recurso al facultativo (111); pero no es el único posible.

En ocasiones lo que lleva al presunto enfermo a la consulta médica es simplemente un deseo de diagnóstico, de saber *lo que tiene* (112); no aspira sino a llenar la primera fase de las dos a que

---

(109) Si la problemática del objeto obligacional responde a la pregunta *¿quid debetur?*, la de la causa contesta a *¿cur debetur?*; y tal puede predicarse del mismo contrato, fuente de las obligaciones.

(110) En tales términos configura la salud perfecta LAIN ENTRALGO, *La relación...*, cit., pág. 247.

(111) En el que el enfermo ve, sobre todo, el poder. El enfermo observa en el despacho del médico libros de grueso lomo sobre Patología, Fisiología, Diagnóstico diferencial, etc., percepciones que vivencian a éste como poder, lo que le contrapone a la propia vivencia de aquél como no poder. Su recurso al facultativo busca, en pura utilidad egoísta, la restitución de ese poder; cree íntimamente que el médico le solucionará todo su problema como si fuese un padre todopoderoso, ser omnisciente, omnipotente y omnipresente que le ha de defender en su enanística insignificancia.

(112) Síntoma psicopatológico del que acude a la consulta médica suele ser la ansiedad. Al sentirse agredido por el morbo, demanda al médico, ante todo, el reconocimiento o identificación del mal para luego eliminarlo. Vivencia exigente de interpretación, de diagnóstico y de pronóstico. ¿Qué me pasa? ¿Qué me pasará? Miedo a lo desconocido, ansiedad, atosigadora interrogación... Cfr. ODIER, *La angustia y el pensamiento mágico*, trad. esp., México 1961, págs. 59 y 163; BUYTENDIJK, *Teoría del dolor*, trad. esp., Buenos Aires 1965, pág. 28; LAIN ENTRALGO, citando a BLUM, *ob cit.*, pág. 286.

nos referíamos en plano de consentimiento; una vez ilustrado por el médico y en función de lo que le diga *tener*, ya decidirá el paciente en orden a posibles terapéuticas.

Otras veces lo que el enfermo busca al acudir al médico es un refugiarse en la enfermedad; desea se le reconozca como tal enfermo para seguir dado de baja en el trabajo o en el servicio militar o para hurtarse del frente en caso de guerra...; esto es, para continuar estando enfermo, instalado en su enfermedad con cierta seguridad vital.

Quizá el enfermo busque en el médico, sobre todo, compañía, consuelo (113) y hasta una cierta y más o menos secreta esperanza de que las nuevas técnicas puedan curar lo que él sabe o teme incurable.

A veces acudirá al médico sin sentirse enfermo, simulando —más o menos interesada y conscientemente— estarlo, impulsado por un posible trasfondo de, por ejemplo, atracción física o social de tipo personal.

En otras ocasiones se tratará de conseguir una receta que permita adquirir el medicamento —hasta puede que la droga— previamente deseado a influjo de la automedicación y de las propagandas comerciales, en cuanto que el medicamento ha llegado a ser una mercancía como cualquier otra al socaire de la autonomía de las técnicas y de la industrialización farmacéutica; y entonces el médico pasa a ser en la mente del que a él acude, un mero dispensador de remedios.

A las veces el cliente pretende la exploración precautoria, lo que se conoce con el bárbaro anglicismo de *chequeo* —de *check-up*—, fundado en el temor de *tener algo*. Trátase del enfermo posible (114).

En fin, muy frecuente es la impulsión familiar o la coacción so-

---

(113) Escribió SCHACHTER (*The psychology of affiliation*, Stanford University Press, 1959) que cuando una persona se angustia, casi siempre aumentan sus impulsos hacia la reunión con otros seres humanos en los que busca el consuelo de la comprensión y de la palabra confortadora. La palabra, al tiempo que notifica, fascina (LAIN ENTRALGO, *Teoría y realidad del otro*, Madrid 1968, II, 2.<sup>a</sup> ed., pág. 259). La persuasividad de la palabra del médico es, de suyo, terapéutica (LAIN ENTRALGO, *La curación por la palabra*, Madrid 1958) y ya PLATÓN puso de relieve el paralelismo entre Medicina y Retórica observando el efecto purificador o catártico de ambas actividades (cit. por LAIN ENTRALGO, *loc. ult. cit.*, págs. 138 y 176).

(114) Con lo que se relaciona el tan aconsejable examen médico previo al matrimonio al objeto de asegurar unas relaciones conyugales normales y una descendencia sana. Si existen razones legales que se opondrían a la implantación con carácter obligatorio de un certificado médico prenupcial cuyo contenido pudiera significar impedimento matrimonial (Vid. Protocolo adicional del Concordato de 1953 al art. 23 D); GARCÍA CANTERO, *El vínculo de matrimonio civil en el Derecho español*, Roma-Madrid 1959, págs. 129 y sigs. e *Incidencia de la Medicina y Biología moderna en el Derecho civil español*, cit., págs. 313 y 315), nada creemos que obstaría a la fijación entre nosotros de un sistema parecido al que rige en Francia (art. 63,2 del *Code civil*: Ordenanza de 2 de noviembre de 1945; art. 156 del *Code de la Santé publique*), grado mínimo de precaución preventiva.

cial lo que induce y decide al paciente a acudir a la consulta médica.

He aquí, en breve resumen, la amplia gama de los porqués de la iniciativa del enfermo, real, presunto o imaginario, a ponerse en manos del facultativo; los móviles de su iniciar la relación contractual. Sin que quepa omitir que el enfermo puede llegar a hipertrofiar su conciencia de titular de un derecho subjetivo a la salud, ya respecto del médico en el que puede ver solamente un poseedor y vendedor de técnicas de sanar, ya respecto a la sociedad en general (115) a la que considera obligada a su asistencia médica y representada, en el caso, por el terapeuta concreto a quien él se dirige.

4.2. Desde el punto de vista del médico, motivación primaria de la relación jurídica que con el enfermo le une, es ayudarle técnicamente a sanar. El arte de curar se despliega ante todo en un plano filantrópico e implica una vinculación afectiva entre facultativo y enfermo. Aquél busca primordialmente un bien: la salud del paciente. No es otra la esencia del modo de ser médico, de sentir y realizar su condición. Ello puede implicar, de consuno, un bien para la sociedad a la que el médico pertenece y sirve; para la sociedad en general, que no nos referimos ahora al posible cumplimiento por el facultativo de su obligación de funcionario de una institución asistencial. Filantrópicamente busca el médico el bien para el menesteroso y doliente poniendo a contribución, en aras de tal finalidad, sus conocimientos científicos y su dominio de los secretos de la naturaleza.

Pero también puede ser una finalidad acariciada por el médico en su relación con el enfermo, el resolver un problema científico que le preocupa y para el que nadie ha dado aún solución; el afán de conocer lo todavía desconocido en beneficio de la ciencia médica y, en suma, de la humanidad. Fuerte tentación entonces para él y, correlativamente, grave riesgo para el paciente en tema de experimentación en seres humanos, sobre el que ya hemos versado en páginas anteriores.

Otras veces será legítimo señuelo del facultativo el acrecentar su prestigio profesional mediante un éxito terapéutico propio, mediante una victoria técnica sobre el desorden de la naturaleza.

Y, en fin, dentro de las motivaciones del médico en su actuar profesional ocupa un lugar lógicamente destacado el lucro económico. Su profesión es su *modus vivendi* y, por ende, legítima ha de considerarse tan humana finalidad. Lo único recusable del afán de lucro, como del de prestigio, es que se erija en motivo primario y decisivo de la actuación médica, que se exacerbe hasta convertir a la profe-

---

(115) Es bien sabido que el acogido al Seguro de Enfermedad, sintiéndose a veces demasiado consciente de sus derechos de cotizante, exige...

sión en mera técnica lucrativa y a la amistad hacia el enfermo en simple amabilidad táctica (116).

He aquí el conjunto de móviles que, tanto a enfermo como a médico, conllevan hacia el contrato de servicios médicos. Son los porqués de la relación contractual. Pero el Derecho no puede tomar en consideración todas las razones, a veces ocultas y complejas, que determinan a las partes a realizar el contrato, a cada deudor a obligarse. Pueden ser personalísimas e incognoscibles para la otra parte; y el error en cualquiera de ellas implicaría nulidad o anulabilidad contractual.

4.3. Por eso, cuantas hemos apuntado, tanto en orden al enfermo como en orden al médico, más que causas del contrato son motivos del mismo: móviles indirectos o remotos o impulsivos; fines psicológicos, individuales, personales, *finis operantis* y, por lo general, jurídicamente irrelevantes. Mientras que la causa en sentido jurídico alude a condiciones de fondo, al fin inmediato, directo o próximo que se proponen obtener los que contratan; fin objetivo, jurídico, *finis operis* que viene potenciado por la objetivación que el ordenamiento jurídico efectúa, según decíamos poco ha (117). ¿Por qué se realiza el contrato de servicios médicos? En un plano formal y extrínseco, aunque quizá incompleto, es indudable que, para el cliente, el reconocimiento, el diagnóstico, la propuesta o prescripción del tratamiento adecuado, los servicios propiamente médicos, en suma, son contraprestación —a la luz del art. 1.274, antes citado, del Código civil— del pago que él hace de los honorarios correspondientes, aunque este pago, según costumbre establecida, sea posterior. Y viceversa para el médico. No otra cosa ocurriría en todo contrato a título oneroso (118). A aquellos servicios ya nos hemos

---

(116) Si se ha dicho que “el litigante utiliza al jurista como legisperito y éste al litigante como fuente de lucro” (LAIN ENTRALGO, *Teoría y realidad del otro*, cit., II, pág. 242) tal podría, *mutatis mutandis*, predicarse en el seno de la relación médico-enfermo. Pero lo cierto es que no siempre es así, ni en un caso ni en otro. El sentido de la justicia en el hombre de Derecho y el de su humanitaria vocación en el médico han de elevar su respectiva actuación a un plano más íntimamente interpersonal, comprensivo y amistoso.

(117) Lo decíamos al comienzo de este núm. 4 de nuestro estudio. El Tribunal Supremo ha distinguido con profusa reiteración y notable exactitud entre causa y motivos; v. gr., en sentencias de 5 de marzo de 1924, 2 de abril de 1941, 17 y 24 de marzo de 1956, 23 de noviembre de 1961, 20 de enero y 4 de octubre de 1965, etc.

(118) No queremos pormenorizar en este lugar planteándonos la problemática a que en el contrato en estudio puede dar lugar la *objetivación* o causalización de los motivos en aras de la regla moral en las obligaciones civiles que, de mano maestra, estudió G. RIPERT (vid. nuestra nota 61), o del respeto a la ley y que permite configurar la ilicitud causal al socaire del art. 1.275 y también del 1.116 del Código civil (Vid. TORRALBA SORIANO, *Causa ilícita: Exposición sistemática de la Jurisprudencia del Tribunal Supremo*, en ANUARIO DE DERECHO CIVIL, 1966, págs. 661 y sigs.). Piénsese, por ejemplo, en las maniobras abortivas, las esterilizaciones de complacencia, la eutanasia, etc., supuestos todos que, más que en la fisiología, se integrarían en la patología del contrato en estudio.

referido con cierta amplitud (119). Refirámonos ahora a los honorarios.

4.4. En principio, como hemos dicho, los servicios médicos han de ser suministrados por el facultativo por mera solidaridad humana cada vez que aparezcan como necesarios y urgentes, sin subordinarlos absolutamente a remuneración alguna; que el ejercicio de la medicina, en cuanto ministerio, no puede ser practicado como un comercio (120). Pero lo cierto es que la profesión de médico, por la fuerza misma de las circunstancias, hace tiempo que dejó de ser, y sin duda para siempre, del todo desinteresada. Engranada en la estructura social de nuestro tiempo, erigida en medio de vida para el profesional y su familia, forzosamente había de patrimonializarse. Por elevados, por confidenciales incluso que sean los servicios que el facultativo preste, aunque no puedan ser justipreciados en sus delicadas matizaciones porque, paradójicamente, hayan de entrar en su apreciación entidades realmente inestimables, es un hecho ineluctable la patrimonialización de la profesión médica como la de todas las llamadas liberales. El médico, sin duda vocacionalmente desinteresado, ha de ser remunerado en sus servicios (121), aunque delicadamente, lo sea, desde la antigua Roma para acá, no bajo forma de sueldo, precio o salario, sino bajo la más aristocrática de honorarios, como más adecuada a su dignidad (122).

---

(119) Conocida es de los juristas la dificultad de la distinción entre objeto y causa contractuales. Una distinción de urgencia formulábamos en la nota 109 de este estudio, pero lo que se debe —objeto— es por lo que se contrata —causa—. Precisamente por tal dificultad, esgrimida por los anticausalistas, los neocausalistas acentúan la distinción entre causa y objeto insistiendo en el aspecto psicológico, subjetivo, de aquélla (CAPITANT, JOSSE-RAND, RIPERT, etc.), lo que da pie para erigir la teoría de la causa de los contratos en vehículo para la moralización del Derecho, mejor, de la vida jurídica, por más que ello implique una interpretación correctora del art. 1.274 del Código civil y una cierta mezcolanza entre causa y motivos. De ahí que la causa contractual, a más de existir, haya de ser verdadera y, sobre todo, lícita (arts. 1.275 a 1.277 del Código civil).

(120) No es otro el sentido, por ejemplo, de los arts. 5, 11 y 35 del Código francés de Deontología médica. Y no olvidemos que el Código penal español prevé y castiga el delito de denegación de auxilio, en que puede incurrir cualquiera (*De la omisión del deber de socorro*. Art. 489 bis). Vid. RODRÍGUEZ MOURULLO, *La omisión de socorro en el Código penal*, Madrid 1966.

(121) A ello nos referimos más ampliamente en nuestro citado trabajo *Configuración jurídica de los servicios médicos*, págs. 336-337. Vid. también PERREAU, *Eléments de jurisprudence médicale*, en *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, 1914, pág. 490.

(122) Cfr. nuestro trabajo últimamente citado, págs. 346-347. Según la Jurisprudencia del Tribunal Supremo, los servicios intelectuales han de ser necesariamente retribuidos, salvo pacto contrario (Sentencia de 15 de diciembre de 1917). Para ENNECCERUS-LEHMANN (*Tratado de Derecho civil*, II, 2.º, pág. 233) “la remuneración se considera convenida tácitamente cuando, a tenor de las circunstancias, la prestación de los servicios sólo es de esperar a cambio de una remuneración, lo cual ha de resolverse teniendo en cuenta especialmente los usos del tráfico, la posición personal y la manera corriente de actuar el obligado al servicio y las relaciones de los interesados entre sí”. No es otro el criterio de nuestro Tribunal Supremo manifestado, no sólo

La cuantía de tales honorarios, respetando la libertad de contratación que preconizan los artículos 1.254 y siguientes del Código civil, no se encuentra, en general (123), sujeta a tarifa. En caso de impugnación por excesivos, lógicamente habrán de ser calificados por la Junta de Gobierno del Ilustre Colegio Oficial de médicos respectivos. Nada se opone a que la remuneración debida al médico sea determinada anticipadamente, ya mediante la llamada *iguala* (convención por la que el facultativo se obliga, mediante tal remuneración determinada, a prestar todos los servicios médicos necesarios a las personas previstas en el pacto, por ejemplo, los miembros de una familia, durante cierto tiempo), ya mediante una especie de *forfait* (en que el médico fija anticipadamente la cuantía de sus honorarios para el tratamiento de una enfermedad determinada —lo que es raro entre nosotros— o para una concreta intervención quirúrgica). Pero por regla general, el médico fijará libremente —por lo común al dar de alta al enfermo o terminar, cualquiera que sea el modo, su actuación— el montante de sus honorarios, fijación que sí, de una parte, puede ser elevada para subrayar el prestigio, la dignidad y la independencia del facultativo, de otra debe moderarse en aras del desinterés con que la profesión médica ha de ser ejercida (124). Alto grado de moralidad exige la conciliación de am-

---

en la Sentencia antedicha, si que también en las de 18 de octubre de 1899, 5 de diciembre de 1925, 3 de marzo de 1926, 14 de mayo de 1929, etc.

Es cierto que puede no predeterminarse la cuantía de los honorarios. Entonces las normas legales sobre las obligaciones recíprocas no autorizan a que por el acto de una sola parte se fije la remuneración o precio (arg. ex arts. 1.256, 1.449 y 1.690, 2.º del Código civil), sino que ha de ser de mutuo acuerdo de los contratantes, pero normalmente se realiza mediante la autorizada presentación de minuta por el médico —que puede considerarse amparada en las últimas palabras del art. 1.273 de aquel cuerpo legal— impugnabile por el paciente o por sus herederos si parece excesiva, calificándola en el caso la organización médica colegial y resolviendo, en definitiva, si a ello ha lugar, la autoridad judicial. Los arts. 12, 427 y 428 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, aplicables a los honorarios de Letrados, marcan la pauta atendible.

El Tribunal Supremo tiene también declarado que existe precio cierto —ex art. 1.544 del Código civil— no sólo cuando esté expresamente pactado, sino también cuando es conocido por la costumbre y uso frecuente en el lugar en que los servicios se prestan (Sentencias de 18 de octubre de 1899, 27 de diciembre de 1915, 5 de diciembre de 1925, 3 de marzo de 1926, 8 de julio de 1927, 9 de octubre de 1928, 3 de junio de 1929, 14 de noviembre de 1929, 11 de julio de 1940, 10 de noviembre de 1944, etc. Aunque en sentido contrario la de 8 de enero de 1909).

(123) Hay disposiciones esporádicas. La Orden del Ministerio de la Gobernación de 29 de mayo de 1961 atribuyó la regulación de los honorarios médicos en los Municipios clasificados como partido cerrado, al Gobernador Civil de la Provincia; fijó la cuantía de las igualas, las tarifas de los servicios médicos extraordinarios y las de los servicios a vecinos no acogidos a igualas que opten por el abono individualizado de honorarios por cada acto médico. Otra Orden de 25 de junio de 1973 actualiza las tarifas de honorarios por acto médico en la Seguridad Social.

(124) Cítese como arquetipo de fallos judiciales en este sentido el del Tribunal de Bruselas de 25 de abril de 1931. Cfr. *Pandectes periodiques*, Recueil belge de jurisprudence et de législation, Bruselas 1931, núm. 167.

bas ideas, máxime en el mundo metalizado de nuestros días y sin olvidar que para algunos enfermos el aspecto pecuniario de su relación con el médico priva sobre cualquier otro; el crédito de honorarios les parece anormal, *contra natura*, como la misma enfermedad que dio lugar a él y cuyo recuerdo resucita.

Es claro que los elementos de apreciación a tener en cuenta para minutar serán la naturaleza e importancia de los servicios prestados, el número de visitas o actos médicos, la distancia desde la sede del facultativo si éste ha debido desplazarse, la gravedad o complejidad de la enfermedad, el resultado de los servicios médicos, la notoriedad y prestigio del médico y el estado de fortuna y situación social del enfermo (125). Y huelga recordar que la prescripción del crédito de honorarios es la trienal (126) por aplicación del artículo 1.967 del Código civil.

4.5. Todo lo que acabamos de exponer hace referencia, repetimos, a la causalidad contractual en plano formal, objetivo y extrínseco, *ex* artículo 1.274 del Código civil. Pero desde un punto de vista más interno, más cálidamente humano, las respectivas situaciones de médico y enfermo implican otra característica extraordinariamente significativa que recoge aquella definición del contrato médico, según conocida y bella fórmula, con la frase *una confianza al encuentro de una conciencia*. A la confianza que el paciente deposita en el facultativo corresponde éste con la floración de sus sentimientos benéficos; esto es, vocacionales; con el despliegue de su abnegado sacrificio en orden a la voluntad de ayuda técnica, de misericordia ante la aflicción y el menester; de pasión por vencer a la naturaleza desbocada; de obtener el mejor resultado posible para el enfermo... servicios todos estos realmente inestimables y que sólo en frutos espirituales —gratitud, reconocimiento— pueden ser justamente recompensados (127).

[125] Cfr. sobre el particular X. RYKMAN, *Les droits et les obligations des médecins*, cit., págs. 201-212.

[126] Vid. Sentencias del Tribunal Supremo de 1 de junio de 1926, 7 de noviembre de 1940 y otras, terminando la vieja polémica doctrinal al respecto.

[127] No hay que olvidar que el estudio crítico de los fallos judiciales sobre responsabilidad civil médica no suministra material estadístico sobre los actos de consagración de un facultativo a un enfermo, sobre los cuidados técnicos absolutamente gratuitos, sobre las dejaciones o rebajas de honorarios. Es sumamente aleccionadora aquella anécdota que refiere L. KORNPROBST en su *Responsabilités du médecin devant la loi et la jurisprudence françaises*, París 1957, pág. 20, nota 21: Un anciano médico, al final de una carrera de dedicación plena a su profesión y a sus enfermos, sintiéndose fatigado preguntó a un importuno que venía de madrugada a sacarlo de su cama, si tenía dinero: al oír respuesta afirmativa, le dijo: "Pues entonces vaya V. a buscar al médico nuevo. Yo estoy demasiado viejo para levantarme a estas horas: por alguien que puede pagar."

Frecuentemente se desea olvidar la ingratitud de cierta clientela que reprocha al médico no haber curado gratuitamente males que parecían benignos después de curados o que parecen mal curados si la curación llega tarde o, fatalmente, no llega. Es el clima en que surge la desconfianza, en que se cambia de médico como de ropa y en que se murmura de él; es el clima:

Reparemos en el requisito, a ojos vistas causal, de la confianza. En efecto, las relaciones contractuales en estudio se establecen, mas que en el plano de la negociación patrimonial en el de la confianza. En tanto que en la generalidad de los contratos ordinarios cada una de las partes se contraponen a la otra en la defensa de sus respectivos intereses, en el contrato médico una de las partes, haciendo un verdadero acto de fe, encarga y confía a la otra la defensa de los suyos. La profesión médica es una profesión liberal —así la venimos estudiando— fundada sobre la confianza. De ahí la importancia de la libre elección del médico por el enfermo (128). Cuando el enfermo va a consultar con un médico, profesional libre, se dirige a aquél que determinan las contingencias locales si el número de los mismos es limitado o si la consulta con otro distinto ofrece demasiadas dificultades. Pero cuando tiene la posibilidad práctica de elegir entre varios —lo que, salvo en algunas zonas del agro es hoy regla general dada la plétora profesional— se dirige a aquél hacia el que le conduzcan sus simpatías, su intuición, la concepción que se ha hecho de su dolencia o incluso las opiniones o recomendaciones de parientes o amigos. El paciente elige así a su médico por razones diversas, pero la principal de las cuales ha de ser, sin duda alguna, un título de confianza particular (129).

Es que la existencia misma del contrato médico descansa sobre una base fiduciaria, la confianza del enfermo hacia el facultativo, confianza como del ignorante en el sabio, como del desorientado en el consejero íntimo, confianza tan ciega como la que tiene por soporte el hecho mismo religioso, pues que, repetimos, todo aquello que se refiere al cuerpo humano ha adquirido en todas las épocas y en todas las latitudes un algo de misterioso, de místico, de sagrado.

en que suelen surgir las demandas de responsabilidad civil médica. Si fueron vanos los esfuerzos del facultativo y triunfó la enfermedad, pocos se conforman con la fatalidad; inculpan al médico y si su demanda no prospera es porque los peritos —facultativos también, al fin y al cabo— han sido parciales en favor de su colega o porque el juez no ha comprendido o no ha querido comprender. Menos mal que aun quedan muchas gentes —mayoría en nuestra patria— para quienes los honorarios médicos remuneran algo más que el pequeño rectángulo de papel blanco en que el facultativo escribió —con su grafía tradicionalmente casi ilegible— la fórmula antes, ahora el nombre complicado y misterioso del medicamento que acabó con el morbo o, al menos, alivió la salud. Conscientes de que si el hombre propone es Dios quien, en definitiva, dispone; se hacen cargo de que lo acaecido, salvo caso de todo punto excepcional, no tenía remedio y de que el médico ha hecho cuanto en su mano —en la de la ciencia— estaba para impedirlo.

(128) Problema que, dicho sea de paso, deberá resolver en la práctica todo Seguro de Enfermedad, libre u obligatorio. Recuérdense lo que expusimos *sub* 2.2.

(129) Creemos que es evidente que el factor fundamental del éxito de los curanderos radica en su hábil captación de la fe, de la confianza de quienes a ellos acuden. El enfermo se pone en manos del curandero cuando pierde la fe en el tratamiento médico. Siendo aquél buen psicólogo, por regla general, crea a su alrededor un clima favorable; a fuerza de infundir esperanza se gana la confianza de sus pacientes a los que imbuye la fe en el retorno a la salud. Fe, confianza, esperanza... importantes prendas de curación.

Si, como es sabido, en las tribus primitivas y aun en las salvajes de nuestro tiempo, se imaginan concentrados ciertos poderes sobrenaturales sobre el brujo, el hechicero, ¿no se habla por doquier y con razón del sacerdocio y del ministerio médicos? Hasta, como alguien observó, la misma concurrencia del médico y del sacerdote a la cabecera del enfermo grave, del moribundo, sugiere el paralelismo de sus misiones respectivas y la descarnada intimidad de lo que a uno y a otro se manifiesta: confianza en ambos, en el uno en orden a la vida temporal, en el otro en punto a la vida eterna.

La amistosa relación del enfermo con el médico, se especifica y estriba en la confianza de que éste le ayudará a recuperar su salud. Siempre cabe, claro está, la posibilidad de que el curso de la enfermedad empeore o de que el médico no acierte en su diagnóstico, en su pronóstico, en su terapéutica; pero la firme base de la relación jurídica médico-paciente es la confianza: confianza en las abstractas posibilidades de la Medicina y de sus cultores al amparo de los incesantes avances técnicos producto de la investigación científica; confianza en los saberes y técnicas médicas del facultativo elegido; confianza en las dotes personales del mismo. Y, como resultado de todo ello y de la indudable previsión que todo ello comporta (130), la confianza se traduce en confidencia. El enfermo se manifiesta confidencialmente con el médico —como médico y como persona—; sin reticencia alguna le expone todas sus miserias (131) y es precisamente de esa confiada intimidad —porque gracias a ella vence el innato pudor a desvelarlas— de donde se infiere la paridad del secreto de quienes, al conocerlas, reciben algo de los atributos de una personalidad confidente, de una personalidad que, entre sus derechos innatos, posee el que recae sobre la esfera de su intimidad personal (132).

---

(130) Decía EPÍCTETO (*Discursos*, libro II, cap. I, secc. 7.<sup>a</sup>) que confiamos porque somos precavidos.

(131) Precisamente entre las que han de considerarse principales obligaciones del enfermo se halla la de dar a conocer al médico su historial, su anamnesis o sintomatología de modo completo y sin reticencias. De hecho, la restricción mental que muchos enfermos usan, sustrae al facultativo un caudal de elementos de apreciación muy útiles y a menudo indispensables que éste en la práctica no siempre tiene tiempo de captar provocando dialécticamente su confesión.

(132) Para la moderna doctrina científico jurídica es siempre confidencial y reservado cuanto se refiere a la intimidad de la vida privada, que debe ser inviolable frente a las intromisiones e indiscreciones ajenas. Es el *right of privacy* de los anglosajones; el *Recht des Privatn an der eigenen Heimisphäre* de los alemanes; el *diritto alla riservatezza* de los italianos... Cfr., entre muchos (algunos citados en nuestra nota 35), CASTÁN TOBEÑAS, *Los derechos de la personalidad*, en Rev. Gral. de Leg. y de Jurispr., 1952, julio-agosto, separata, pág. 55; y, más en especial, IGLESIAS CUBRIA, *El derecho a la intimidad*, discurso inaugural del año académico 1970-71, Universidad de Oviedo y Georgina Batlle Sales, *El derecho a la intimidad privada y su regulación*, Alcoy 1972, así como nuestro trabajo citado en la propia nota 35 en cuyo núm. XIX planteamos la problemática del derecho a la reserva de la vida privada, con abundante bibliografía.

No vamos a tratar aquí en extenso del deber, de gran importancia entre

Es que justamente la mística que rodea la relación médico-paciente que consideramos —mística en orden a ministerio y mística como referente a lo espiritual y contemplativo— asigna a dicha relación un valor sentimental y afectivo que incluso priva sobre el

---

los del médico, del secreto profesional. A más que jurídico privado, es deontológico y de orden público, por cuanto implica de depósito de una parte de la confianza, no sólo individual si que también social en el facultativo, constituyendo uno de los más delicados temas del Derecho penal. Aparece regulado con rara perfección por el Código de Deontología médica aprobado por el Consejo Superior profesional de Bélgica en 1950. Cabe, sin duda, que el médico que vulnera ese secreto profesional y, por hacerlo, irroge lesión moral o patrimonial al paciente, sea considerado responsable civil y, por ende, obligado a la oportuna indemnización que cuantitativamente fijarán los Tribunales.

Con todo, hay que advertir que las primeras excepciones a la norma de carácter absoluto del secreto médico encuentran su fundamento en el propio Código civil. Por ejemplo, siendo nula la renta vitalicia constituida sobre la vida de una persona que se halle padeciendo una enfermedad que llegue a causar su muerte dentro de los veinte días siguientes a la fecha del contrato (art. 1.804 del Código civil), resultará ineludible el dictamen al respecto del facultativo. Lo propio ocurrirá a la hora de discernir que el testador se halla en su cabal juicio al testar (arts. 663 y sigs.); o en orden a la imposibilidad física del marido para tener acceso con su mujer, respecto a la filiación legítima (art. 108,2), etc. Y si bien el secreto tiene por fundamento el interés del enfermo y el de la profesión médica, debe ser excluido en cierto número de hipótesis, v. gr., en los litigios sobre responsabilidad cuando el propio enfermo o sus herederos demandan de resarcimiento al médico imputándole conducta lesiva por acción o por omisión; o cuando el médico constata que el enfermo es víctima de un delito, cual puede ser una tentativa de envenenamiento, en cuyo caso el silencio más que al enfermo protegería al criminal; o cuando, en general, exista el deber de efectivamente testificar ante los Tribunales de Justicia o de denunciar a las autoridades o Jefes militares las enfermedades infecciosas que hagan peligrar la salud pública o del Ejército; o calificación de una muerte como no natural sino violenta; o en caso de conveniencia o necesidad de confiar a los propios auxiliares del médico las indicaciones precisas para llevar a cabo el tratamiento, máxime si se trata de un régimen hospitalario, residencial o análogo (que el secreto profesional en el estado actual de la medicina es normalmente no un secreto individual sino compartido entre varios: Patólogo general o internista, radiólogo, analista, especialistas... cuantos integran el trabajo de hacer medicina en equipo lo que ha dado lugar a los códigos cifrados con letras clave para cada enfermedad como medida preventiva ante la indiscreta curiosidad de los profanos); o en caso de consulta de varios médicos, etc. Por lo que hace al antedicho deber de testificar hay que hacer, a nuestro juicio, la salvedad de que el médico no puede ampararse en el secreto profesional para considerarse exento tratándose de una causa penal y siendo pertinentemente preguntado por la acusación, la defensa o el juez; por el contrario, sí podría hacerlo en un pleito civil, acogiéndose al art. 1.247, 5.º del Código civil.

Otro aspecto del secreto médico es el relativo a la obligación del facultativo de no transmitir las informaciones concernientes al enfermo, sino a éste mismo siempre que se halle en la plena posesión de sus facultades mentales, lo que plantea el delicado problema de hasta dónde ha de observarse el deber del secreto respecto a cónyuge y próximos parientes del paciente. Vid. GALLARDO RUEDA, *El secreto profesional del médico ante el Derecho*, en Información Jurídica, Ministerio de Justicia, Madrid, núm. 133; LUCIEN MARTÍN, *Le secret de la vie privée*, en *Revue Trimestrielle de Droit civil*, 1959, págs. 227 y sigs.; JEAN MALHERBE, *La vie privée et le Droit moderne*, París 1967, págs. 31 a 48, etc.

puramente intelectual o profesional (133). En la tarea médica ha de participar tanto o más el corazón que el cerebro del facultativo. Su campo de acción es el del consejo íntimo, la prudente dirección, la influencia espiritual a través de una amistosa comunicación anímica. El que sufre anhela que se le atienda; sabe que el médico no dispone de mucho tiempo, pero necesita de él una atención humana que viene a ser complemento trascendental de la observación clínica; quiere sentir el consuelo de una voz amiga que escuche y calme sus tribulaciones de doliente (134). He aquí en buena medida el porqué de la extraordinaria dignidad de la venerable figura del médico de cabecera, confidente hasta la más recóndita intimidad de su paciente, director de la vida de éste no ya sólo en lo meramente fisiológico, sino hasta en alguna manera en lo psíquico del mismo (135). He aquí al propio tiempo, lo que puede permitir al fa-

---

(133) Bien lo resalta LAIN ENTRALGO, *La relación...*, cit., págs. 349 y sigs.

(134) Por lo que el médico debe ser para con él natural, prudente, cordial, templado de inclinaciones y humilde para, como diría GABRIELA MISTRAL, "hablar a los hombres, tus hermanos, en la penumbra de la tarde para que se borre tu rostro, velar tu voz para que se confunda con cualquier otra voz..."

(135) El médico de cabecera, el venerable médico de cabecera, es el profesional que más se identifica con el cliente y con toda la familia de éste; el que más a fondo conoce todas sus interioridades, sus individuales temperamentos, sus reacciones, sus necesidades físicas y morales. Y ello no sólo por el trato continuado a través de años, sino también y, sobre todo, porque al médico de cabecera no se le puede engañar. No se le engaña, porque ello iría contra la salud del paciente que lo intentase, consciente de que si no informa de la verdad al médico éste no podría curarle; pero, además, porque en los momentos de angustia, ante el peligro de la muerte, no hay disimulos posibles y la esposa en peligro inminente de enviudar y los hijos acongojados no pueden ocultar la verdad y hablan con absoluta sinceridad conversaciones que el médico escucha y por las que, sin quererlo, se entera de tragedias ignotas, de miserias ocultas, de las buhardillas de los seres humanos. La conclusión es la de que, como bien saben nuestros médicos, se trata mejor al enfermo que se conoce bien, porque aparte de haber vivido su *historial clínico*, se le cuida adecuadamente la moral y porque tal conocimiento directo proporciona interesantes datos que nunca podrá revelar el tubo de ensayo del laboratorio.

El auge del especialista —y el de la seguridad social, como antes de ahora hemos indicado— va haciendo desaparecer el entrañable arquetipo del médico de cabecera. Es evidente que la confianza que el especialista inspire y la razón por la que el enfermo acude a él, se fundará, al menos en principio, en su más alto grado de cultura científica y técnica dentro de un marco de extensión más reducida que el de todo cultor de la medicina general. No se espera de él una serie de milagros, pero sí un diagnóstico, un pronóstico y un tratamiento de cada situación en que los elementos de incertidumbre se vean reducidos al mínimo. La clientela se considera entonces con derecho a ser más exigente.

Pero la especialización a ultranza, esa especialización signo de nuestro tiempo hacia la que parecen conducir inexorablemente los incesantes y ya prácticamente inabarcables avances, progresos, descubrimientos de la ciencia médica en todos sus ámbitos de saber —ese saber cada vez más sobre cada vez menos, como alguien dijo—, parece poder conducir, a su vez, a una deshumanización bien digna de lamentar. Para sortear los inconvenientes del puro especialismo, principalmente el de la parcelación de la indivisible unidad del enfermo, puede servir el moderno trabajo en equipo (al que ya

cultativo en cierta medida una mayor libertad de actuación para ejercer su ministerio eximiéndole de dar amplios pormenores de tipo técnico a aquél y de motivarle de modo exhaustivo las propuestas que le formule o las eventuales decisiones que crea deber adoptar (136).

Esa relación de amistosa confianza, de al menos parcial intimidad que se erige en centro del contrato de servicios médicos, confianza en la ciencia y en la conciencia del facultativo, es, huelga advertirlo, otro de los caracteres que dotan de singular excepcionalidad al contrato en estudio. Ciertamente que el ejercicio de numerosas de las profesiones o artes llamadas liberales reposa en un sentido de confianza hacia el profesional ejerciente (137); en las relaciones profesionales que comportan se da con notoria reiteración el *intuitus personae* (138) a que ya hemos hecho referencia, pero en

---

nos hemos referido aquí e incluso antes de ahora en nuestro citado trabajo *Configuración jurídica...*, nota 159) a menos que tras cada especialista no se halle, como coordinador, un buen médico general.

Cabalmente por haber pasado a la historia de modo casi total el médico de cabecera en los EE. UU. de Norteamérica es por lo que en aquel país nació y fue imponiéndose progresivamente la práctica del ya por nosotros mencionado *check-up* sistemático, periódica revisión médica total en algún hospital, por manera análoga a como se revisan los automóviles en algún taller de reparaciones. La completa exploración mediante toda clase de medios físicos, químicos, etc., huelga advertir que carece, por impersonal y seriada, del valor terapéutico y tranquilizador de las relaciones humanas, cordiales, amistosas, incluso confidenciales que tradicionalmente existían entre el médico y el paciente.

(136) Repetimos que hoy el auge del *chequeo*, de la medicina social y hospitalaria en cuanto implica de fórmulas administrativas y tratamientos en serie, parece olvidar aquellos presupuestos de confianza e intimidad. La socialización de la medicina sólo se hará compatible con la relación médico-enfermo —ha dicho LAIN ENTRALGO en su citada obra *La relación...* y en declaraciones al diario de Valencia *Las Provincias* de 21 de abril de 1963— si el Estado reduce el cupo de enfermos asignado a cada médico y si, por parte de éste, existe la permanente voluntad, que a veces exigirá sacrificio, de seguir siendo médico; esto es, de no convertirse en un funcionario.

(137) Es esa confianza a la que se refiere VITTORINO PIETROBON (*El error en la doctrina del negocio jurídico*, trad. esp., Madrid 1971) especialmente bajo el expresivo epígrafe “La confianza como principio de justicia sustancial en la estructura del negocio” (págs. 92 y sigs.). Concretamente ha dicho JEAN SAVATIER (*La profesión libérale*, Poitiers 1946) que la profesión liberal de la medicina, como todas las profesiones liberales, se caracteriza por el desinterés y la independencia de quien la ejerce y por la importancia de sus cualidades personales de moralidad, de ciencia y de inteligencia en sus relaciones con la clientela. Es cabalmente en lo que se fundamenta la confianza a que nos referimos en el texto.

(138) Cfr. VALLEUR, *L'intuitus personae...*, cit. En efecto, si, como el autor señala, el *intuitus personae* se da en los contratos, ya mediante una base de afecto, ya sobre un fundamento de confianza, en el contrato en estudio se asienta generalmente sobre las cualidades del médico como garantía de la realización de su prestación, como preocupación por asegurar la realización del contrato (pág. 43). En los contratos estipulados por una persona con su médico aparece netamente el *intuitus personae* aunque nadie se tome la pena de estipular expresamente que el contrato debe ser ejecutado y cumplido precisamente por el práctico elegido, sin posibilidad de sustitución, pues que ello es lo normal, como muestran los usos (pág. 67). Todas las consecuencias jurídicas del *intuitus personae*, todo su juego y su mecanismo

ninguna con tan acusada relevancia como en la que estudiamos, pues, que el cliente busca en el médico al que elige unas dotes peculiares en las que confiar el máspreciado de sus bienes terrenos, la salud o, en último término, la vida. Y a esa confianza en el facultativo corresponde éste con una plena y solícita dedicación a su ministerio, con el cumplimiento de aquellas cláusulas del inmortal juramento de Hipócrates o la plegaria llamada de Maimónides, con su benéfico actuar —ciencia y conciencia— que jamás podrán remunerar debidamente unos honorarios, por elevados que fuesen.

5. Hemos contemplado hasta el momento la rotunda excepcionalidad del contrato de servicios médicos tanto en plano del consentimiento contractual, como en el del objeto, como en el de la causa; elementos esenciales comunes, todos tres, en cualquier tipo de contrato (art. 1.261 del Código civil). En el mismo sentido puede resultar interesante reparar en otros dos aspectos del contrato a examen; a saber, su forma de producirse y su resolubilidad.

Es un lugar común afirmar que toda declaración de voluntad contractual, como tal declaración —esto es, exteriorización—, tiene su forma de expresarse. Pero entendida la forma no en tan amplia acepción, sino en un sentido más estricto y técnico, tradúcese en el medio de manifestar la declaración de voluntad contractual que de una manera predeterminada y concreta exige la ley o, en algunos casos, impone la propia voluntad de las partes (139). En el primer sentido es claro que todos los contratos pueden considerarse formales, pues que de alguna forma denotarán su existencia. En el segundo, hay contratos formales —cuya predeterminada formalidad constituye para ellos requisito esencial de validez— y contratos no formales o de forma libre. Concretamente en nuestro Derecho rige, como es sabido, el principio general de libertad de formas, cristalizado en los artículos 1.254, 1.258 y, sobre todo, 1.278 del Código civil; pero casos hay en que se exige legalmente una forma especial *ad solemnitatem* como requisito esencial de validez y casos en que una de las partes puede compeler a la otra a llenar determinada forma *ad utilitatem* —para robustecimiento de lo convenido—

---

obedecen a esta idea: Que en la relación jurídica la consideración de una persona ha sido determinante del consentimiento de la otra, de modo que el fin, la causa, se complica aquí con un elemento personal (pág. 318). A todo lo cual añadiremos, por nuestra parte, que tal es la razón de que la clientela en medicina rara vez se herede. Si algún hijo de médico llega a tener fama y clientela como su padre, no es debido a filiación ni herencia sino a su propio talento y esfuerzo, a su ciencia y don de gentes. Casi puede decirse que los hijos de los médicos de nombre que triunfan y se hacen célebres, lo consiguen a pesar de ser hijos de médicos.

Vid. también MARTHE HULET, *A propos de la cession d'une clientèle médicale*, en Libro homenaje a LEÓN GRAULICH, Lieja 1957, págs. 595 y sigs.

(139) Cfr. E. HUBER, *Los preceptos de forma en el Derecho privado suizo*, Madrid 1919, pág. 62. También ROCA SASTRE, *La forma en el negocio jurídico* en Estudios de Derecho Privado, I, Madrid 1948, págs. 85-86.

y, principalmente, *ad probationem*, para preconstituir la prueba de lo pactado con vistas al futuro (140).

5.1. Pues bien, si la forma más socorrida en la esfera contractual es la documental bien sea el documento público, bien sea meramente privado, en principio puede decirse que el de servicios médicos constituye arquetipo de contrato verbal, en el sentido *per exclusionem* de que para producirlo no se redacta escrito alguno a efectos de su clausulación. El simple hecho de tener un profesional abierta su consulta al público manifiesta su inequívoca intención de tratar enfermos. El que uno de estos acuda a dicha consulta o llame por teléfono a tal facultativo para ser visitado a domicilio, expresa su deseo, asimismo, inequívoco de ser examinado y, eventualmente, tratado por él. Cuando así se produce el concurso de la oferta y de la aceptación sobre la cosa y la causa —elementos a que ya nos hemos referido en orden a nuestro estudio— hay contrato (art. 1.262 del Código civil) por más que falte formalidad externa de tipo documental, testifical ni de especie alguna. Lejos ha estado del ánimo de las partes el cumplimiento de formalidades de carácter jurídico. La iniciativa del enfermo respondía, por encima de todo, a preocupaciones de tipo biológico.

Podría identificarse en el caso un claro ejemplo de conducta social típica como fuente de obligaciones (141). Aunque no exista aparente conciencia de emitir declaraciones de voluntad con transcendencia jurídica, aunque no exista inmediata conciencia de contratar, existe una conducta que, por su significado típico, obtiene los mismos efectos que la decidida actuación jurídica contractual. Desde los puntos de vista generales del tráfico jurídico, tal comportamiento produce indeclinablemente la consecuencia de engendrar derechos y obligaciones. Ocurre algo análogo cuando se toma el autobús público o cuando se franquea y deposita una carta en Correos; surgen relaciones de obligación derivadas de una conducta social típica a la que se adscriben en el tráfico valoraciones y consecuencias de carácter jurídico. Incluso, si vale la expresión, cabría afirmar que se trata de una suerte de contratos tácitos por cuanto que, no mostrándose en frases o palabras directamente encaminadas a la producción de efectos jurídicos, éstos se infieren incontestablemente de la relación creada. Hay consenso, hay acuerdo de voluntades para aquella primera fase de la relación jurídica médico-enfermo que llamábamos congnotativa (142), por más que tales voluntades recíprocamente concordés parecen haberse manifestado mediante actos en cierto modo jurídicamente silenciosos. No en vano etimológicamente la palabra *tácito* procede del latín *tacet*, “callar”. La analogía es pa-

---

(140) ROCA SASTRE, *Loc. cit.*, pág. 108. Así se asegura la prueba del consentimiento y del objeto contractuales. La causa no hace falta probarla ni expresarla porque se presume (art. 1.277 del Código civil).

(141) Cfr. KARL LARENZ, *La conducta social típica como fuente de relaciones obligatorias*, en *Revista de Derecho español y americano*, marzo 1957

(142) Vid. apartado 2.2. del presente trabajo.

tente con otra situación legalmente prevista y resuelta, la de presunción de contrato de trabajo entre todo aquel que da trabajo o utiliza un servicio y el que lo presta, aunque no exista estipulación ni verbal ni escrita (143). La misma presunción *iuris tantum* resulta indudablemente viable en nuestro supuesto; e incluso así lo han reconocido fallos jurisprudenciales (144).

He aquí como, por lo común, se gesta el contrato de servicios médicos del modo quizá más insospechado para sus autores, al menos para el enfermo; cual si no se apercibiesen de ello; como insensiblemente se realizan cotidianamente profusión de actos y negocios jurídicos (145), múltiple y multiforme actividad jurídica de cada particular en la que comúnmente no repara desde este punto de vista, pero de la que quizá en un momento dado hayan de ser deducidas unas consecuencias en Derecho en las que no soñó jamás. No es preciso tener plena conciencia de que se está realizando un contrato para que, en efecto, éste se realice, siempre que efectivamente se den las circunstancias objetivas cuya concurrencia determina la existencia de aquél. Y no otra cosa acontece muchas veces en el contrato que venimos considerando. Rige en él, como en general en la contratación toda, aquel principio a cuyo tenor los contratos son obligatorios, cualquiera que sea la forma en que se hayan

---

(143) Así lo disponía el art. 3.º de la Ley del contrato de trabajo, texto refundido de 1944. La nueva Ley de relaciones laborales de 8 de abril de 1976 mantiene el criterio en su artículo 1.º al aplicar su normativa a todas las actividades laborales que se realicen por cuenta y dependencia ajenas...

(144) En uno de ellos tratábase de dos médicos que ejercitaban demanda de pago de sus honorarios contra la viuda de un enfermo, la cual alegaba que no habían sido contratados los servicios de aquéllos sino que fueron prestados a ruego de un tercer médico, el de cabecera y para ayudar a éste en la operación quirúrgica que se efectuó. La Audiencia de Sevilla había, no obstante, condenado a la viuda al pago de dichos honorarios y el Tribunal Supremo confirmó el fallo condenatorio, en Sentencia de 9 de octubre de 1928, uno de cuyos considerandos señala que "la cooperación de los médicos demandantes a la intervención quirúrgica practicada por el tercer médico llamado por la familia del paciente, así como la consulta preparatoria y visitas sucesivas celebradas por los primeros, demuestran con evidencia que los servicios de éstos fueron conocidos, aceptados y no rehusados por el enfermo, cuya directa conformidad constituye acto de voluntario consentimiento, eficaz para dar vida al contrato de arrendamiento de servicios con las características indispensables según el art. 1.544 del Código civil y la correspondiente obligación de cumplirlos y pagar por precio cierto el usual o regulado judicialmente para suplir la omisión del pacto, conforme a los preceptos de los arts. 1.254 y 1.287". Existía, por tanto, en el caso de autos una clara especie de contrato tácito cuya existencia derivaba de actos que necesariamente presuponian la voluntad acorde de los médicos, el paciente y su familia. Y en análogo sentido es interesante, entre otras, la Sentencia del mismo Tribunal Supremo de 19 de mayo de 1934.

(145) En otro lugar hemos escrito que "lo mismo que *Le bourgeois gentil-homme* de Molière un buen día se asombró al apercibirse de que hablaba en prosa sin pretenderlo, cualquier persona lega en Derecho puede extrañarse cuando se percate de que su vida ordinaria y cotidiana se halla inscrita en una túpida red de actos jurídicos, principalmente de contratos, realizados de modo casi automático". Cfr. GITRAMA GONZÁLEZ, *Introducción al estudio del Derecho*, 2.ª ed., Valencia 1974, pág. 9.

celebrado, siempre que en ellos concurren las condiciones necesarias para su validez (146).

5.2. Ahora bien, en relación con el contrato en estudio y, sobre todo, por lo que atañe a su segunda fase —la que llamábamos operativa (147)— no falta una corriente de opinión que, siquiera sea *ad probationem*, propugna la forma escrita. Precisamente para que en orden a una posible demanda de responsabilidad civil dirigida contra el médico, no quepa la menor duda de si el enfermo consintió o no en, por ejemplo, una determinada intervención quirúrgica con todas sus consecuencias, alguna de ellas quizá irreparable —como la extirpación de un órgano, máxime si no prevista en el programa, o la muerte—, es por lo que en no pocos países extranjeros se ha hecho frecuente la práctica de exigir la constancia por escrito del previo consentimiento del paciente o de sus allegados al tratamiento prescrito.

En favor de dicha práctica pueden alinearse todos los argumentos que abonan la función racionalmente útil de la forma contractual: Proteger contra la precipitación de los contratantes contribuyendo a que mediten bien sus resoluciones; facilitar y dar mayor seguridad en la conclusión del contrato; proporcionarle seriedad y consistencia, preservando de negligencias y abandonos; facilitar la prueba de la existencia y contenido contractual; disminuir los litigios, proporcionando seguridad jurídica; constituir medio de publicidad para terceros, garantizando la seguridad de éstos, etc. Mediante la forma escrita, el acuerdo del paciente consta de modo indubitable, evitando las fastidiosas impugnaciones que fatalmente implica la admisión de la prueba testifical; el médico se encuentra en posesión de un documento que parece ponerle al abrigo de toda reclamación; en general, el paciente no podrá alegar que el facultativo se extralimitó sobrepasando los límites de la voluntad de aquél en el momento de la intervención, por ejemplo, extendiéndola a órganos no previstos...

Pero todas estas seguridades, ¿no serán más aparentes que reales? Es preciso tener en cuenta también las siguientes consideraciones: Los términos del acuerdo formulado con el paciente deben ser de todo punto concretos si se quiere cerrar el paso a muchos posibles motivos de impugnación; la voluntad debe ser claramente expuesta y referida a un tratamiento definido cuyos detalles de ejecución sean previsibles. Cuando, por ejemplo, se trate de una laparotomía exploratoria o de una artrotomía, no parece de mucha utilidad el consentimiento por escrito ya que, en definitiva, es evidente que la operación no puede hacerse sin el consentimiento del enfermo y, por definición, la cadena de acontecimientos en estos casos escapa de las previsiones que únicamente justificarían el rigor de la forma

(146) Así dice el art. 1.278 de nuestro Código civil, heredero directo del criterio espiritualista o de libertad contractual de nuestra legislación histórica que cristalizara en la Ley única, Título XVI del Ordenamiento de Alcalá.

(147) Vid. apartado 2.3.1. del presente trabajo.

escrita. Pero ¿y si en el curso de una operación prevista descubre el cirujano en el cuerpo del enfermo, dormido por la anestesia, un mal que reclama una intervención inmediata, porque es peligroso esperar? Resulta entonces de toda evidencia, y así lo hemos manifestado páginas atrás, que en el interés del enfermo está el que el cirujano tome unilateralmente la decisión de actuar como estime oportuno (aunque tal contingencia no apareciese prevista en su escrito de consentimiento) y sin que por ello pueda jurídicamente ser el segundo llamado a responsabilidad (148).

Por otro lado, aunque la forma escrita parezca concluyente en general y en caso dado y venga a respaldar plenamente la actuación del facultativo, si de ésta se han seguido daños, ¿no podría pretender el paciente no haber sido suficientemente informado sobre la naturaleza y las posibles repercusiones del tratamiento u operación, base sobre la cual impugnará la validez misma del consentimiento prestado por escrito, como viciado de error *ex* artículos 1.265 y 1.266 del Código civil? Es cierto que, si hay tiempo para ello, el médico puede preparar al enfermo, ilustrarle y convencerle al punto de que la operación se realizará con pleno conocimiento de causa. Pero en caso de urgencia *quo ad vitam*, evidentemente no puede hacerse así; el tiempo apremia y el enfermo en peligro mortal no puede ser instruido de la naturaleza de un riesgo cuya causa quizá ni siquiera ha podido ser aún identificada con plena exactitud por el propio médico. El enfermo consiente entonces en la operación —él o sus parientes, como tantas veces hemos dicho, si, por ejemplo, se trata de un traumatizado inconsciente— sin apercebir netamente su alcance anatómico. En definitiva, firma un cheque en blanco. Y si se trata de un accidentado que, perdido el conocimiento, es ingresado por personas caritativas en una clínica, resulta de toda evidencia también que, no obstante su estado inconsciente y que no se halle presente miembro alguno de su familia que firme un consentimiento a la terapéutica quirúrgica, no se le deben dejar de practicar en el quirófano las intervenciones que procedan, pechando el médico —en cumplimiento de uno de los deberes elementales de su humanitaria profesión— con las eventuales responsabilidades que, por otra parte, la misma urgencia básica se encargará de paliar.

No cabe ignorar tampoco, desde otro punto de vista, que si se generalizase la costumbre —no exigible por ley (art. 1.278 del Có-

---

(148) En este sentido existen numerosos fallos de los Tribunales extranjeros; v. gr., el de Casación de París de 20 de febrero de 1946. Pero la propia jurisprudencia insiste en que es preciso que se trate de un peligro palmario, de modo que no pueda dudarse legítimamente de la necesidad del sacrificio impuesto por el cirujano; pues, si el mal descubierto en el paciente no implica riesgo inmediato, sino que antes al contrario la extensión de la operación puede significar un serio ataque a la integridad personal de éste, el cirujano debe cerrar la herida y permitir que el enfermo tome libremente su decisión. En tal sentido, por ejemplo, Trib. de Donai, en 10 de julio de 1946.

digo civil)— de exigir el consentimiento escrito del paciente, probablemente los jueces sentirían la tendencia, en cierto modo humana e inevitable, de siempre que faltase el escrito. hacer jugar todas las presunciones de culpa más en favor del enfermo que en favor del médico, con el inherente riesgo de desequilibrio en los platillos de la balanza de la justicia. Y, a mayor abundamiento hay que convenir en que la forma escrita no parece avenirse bien con el principio mismo de toda actividad médica, que se condensa exactamente en aquella certera frase a que ya hemos aludido: “una confianza al encuentro de una conciencia” (149). Como hemos dicho anteriormente, la actuación médica se funda esencialmente sobre la confianza que en el médico deposita su paciente. Si el primero encuentra resistencia en el enfermo para la adopción de una determinada línea terapéutica, no se deberá a otra cosa, en la mayor parte de los casos, que a una falta de confianza que debe procurar subsanar y colmar por sus dotes persuasorias y de bondad, o proponiendo consulta con uno o más colegas eminentes. Si ni aun así lo logra, no le queda, sino poner al enfermo, previa anuencia de éste, en otras manos.

En suma, acudir a la forma escrita en el consentimiento del paciente a un tratamiento, rarísima vez se hará por iniciativa del mismo enfermo. Únicamente, quizá, por iniciativa del facultativo que, a costa de provocar desconfianza en su paciente, pensará en así ponerse a cubierto de toda responsabilidad. Ello suministrará prueba preconstituída de un consentimiento, pero de un consentimiento cuyo alcance y valor siempre pueden ser impugnados y que, además, nunca puede significar una a modo de exoneración de responsabilidad en aquellos supuestos en que realmente hubiere lugar a exigirla (150).

6. Aunque la resolución de los contratos nada tenga de ordinario que ver con los elementos o requisitos de los mismos, vale también la pena observar a su respecto y en tema del contrato en estudio como éste de servicios médicos se caracteriza igualmente por erigirse en resoluble por voluntad unilateral, sin que, como regla general, la parte que toma tal iniciativa quede, por ello, obligada a

---

(149) Cuya paternidad parece corresponder al Prof. LOUIS PORTES, en su obra póstuma *A la recherche d'une éthique médicale*, París 1954.

(150) La doctrina francesa en orden a la carga de la prueba se ha manifestado en el siguiente sentido: Si se considera como prerrogativa absoluta el derecho a la integridad física del enfermo, lógicamente será a cargo del médico la prueba de que el enfermo consintió en el ataque a dicha integridad (R. DOMAGES, *Le corps humain...*, cit., págs. 132 a 135). Más he aquí que, así, el permiso de operar constituye la negación de la confianza que debe ser esencia del contrato médico. ¿La prueba, entonces, a cargo del enfermo? Pero éste, evidentemente, no cuenta en el trance con los medios necesarios para preconstituirla (SAVATIER, AUBY, PEQUIGNOT, *Traité de Droit médical*, cit., núm. 252). En consecuencia, ni a uno ni a otro parece deba imputarse la carga de la prueba, sino que los jueces se atenderán a cualquier medio de lograrla, testimonios, conducta habitual del médico, etc. (SAVATIER..., *loc. cit.*).

indemnizar daños y perjuicios a la otra. Reparemos, ante todo, en que la del médico que trata enfermos y no se limita a recibirlos una vez en consulta para formular un diagnóstico y un tratamiento de emergencia, sin volverlos a ver, sino que mantiene a su respecto una continuada atención controlando el curso de la enfermedad, es una obligación de las de tracto sucesivo o de ejecución continuada. La curación de un enfermo rara vez será obra de un momento (como cuando el oftalmólogo, por ejemplo, se limita a extraer un cuerpo extraño que no haya causado daño alguno o el estomatólogo a extraer una pieza dental incurable) sino de un lapso de tiempo más o menos prolongado —el llamado proceso de la enfermedad— durante el cual se sucederán los actos médicos en aras de la terapéutica para cuya indicada aplicación obtuvo el facultativo el beneplácito del paciente. Habrá así, como bien se ha señalado (151), una multiplicación de la uniformidad de las relaciones, junto a la unidad del acto origen que hace posible la igualdad esencial de aquellas relaciones.

Pues bien, la resolubilidad de la relación contractual en el modo que hemos indicado, no puede tener por fundamento sino el de que, por ser el contrato de servicios médicos una relación, en suma, de confianza, aunque aparezca bajo el ropaje jurídico de arrendamiento de servicios, le serán aplicables en lo pertinente las reglas del mandato, sobre todo en lo que atañe a su terminación (152). Jamás ha sido puesto en tela de juicio el derecho del enfermo a renunciar a los servicios del médico que le atiende, incluso durante el curso de un determinado tratamiento. Si un paciente ha consentido, por ejemplo, en una concreta terapéutica quirúrgica e incluso ha llegado a concertar la operación con un cirujano, no puede en absoluto ser constreñido por éste a dejarse operar si posteriormente cambia de opinión a virtud, v. gr., de un imperioso miedo sobrevenido; ni los Tribunales claro es, podrán obligarle a ello. Al paciente en trance de someterse a una más o menos arriesgada intervención quirúrgica, debe serle reconocido un amplio *ius poenitendi*, una posibilidad de desistimiento al que podría inducirle la ulterior confrontación entre la ventaja que con la operación se propone lograr y el bien que a tal efecto pone en juego, el máximo de que, de hecho, puede disponer, su propia vida mortal. Y la razón de su actitud hay que buscarla en aquél fundamental *noli me tangere* a que hemos hecho reiteradas alusiones, como inderogable atributo de la personalidad del enfermo; pero también podría invocarse al respecto el *nemo ad factum cogi potest* típico de las obligaciones de hacer. En definitiva, concertada la operación en interés del paciente, no cabe hallar una voluntad contractual encaminada a crear la obligación de someterse a la intervención quirúrgica. El enfermo es en su propio interés como

(151) Así, L. DEVOTO, *L'obbligazione a esecuzione continuata*; Padua 1943, pág. 100.

(152) Así, PÉREZ Y ALGUER, notas a ENNECCERUS, Tratado de Derecho Civil, II, 2.º, pág. 244.

reclama la intervención del cirujano, pero no piensa en obligarse respecto de éste a dejarse operar (153). Genéricamente puede afirmarse que nunca puede ser objeto de férrea obligación contractual para un paciente el someterse al bisturí del cirujano, el aceptar coactivamente los consiguientes traumas y lesiones (154). El contrato relativo a la intervención quirúrgica obliga al cirujano a realizarla en beneficio de la salud del enfermo y, a la vez, el consentimiento de éste a la operación atribuye a aquél el poder de intervenirle como consecuencia de la disposición que el paciente hace de su propio cuerpo; pero siempre puede el paciente desistir de su propósito, hipótesis en que el facultativo no tendrá derecho sino al reembolso de los gastos que ya hubiera realizado con vistas a la proyectada operación (v. gr., de viaje, de alquiler de quirófano, de adquisición de determinada prótesis u otro material, etc.) y a la retribución de los servicios que ya hubiese desarrollado (lo que se llama actos médicos) (155).

Con todo, hay quien piensa que, si realmente es injustificado el dicho desistimiento, el médico puede pretender la reparación del perjuicio que haya podido sufrir en orden a pérdida de su tiempo o de atentado a su reputación profesional (156). La problemática en cuestión corresponde exactamente a la doctrina del llamado interés contractual negativo o, incluso, a la de la *culpa in contrahendo* por lo que atañe a la fase operativa en la relación jurídica médico-paciente, máxime si el acuerdo había comenzado a ejecutarse (157). Pero, como principio general, repetimos, el enfermo conserva el derecho de resolver el contrato por manera análoga a como un mandante puede revocar el mandato que confirió (158).

(153) Así, con agudas frases, P. CALAMANDREI, *Note sul contratto tra il chirurgo e il paziente*, en Foro Italiano, 1936, IV, pág. 286.

(154) Cfr. F. FERRARA, *Teoria del negozio illecito*, Milán 1914, pág. 232.

(155) Es el criterio inspirador del art. 2.237 del Código civil italiano. Sobre él CALAMANDREI, *loc. cit.*, pág. 287. En parecido sentido PLANIOL-RIPERT, *Traité pratique de Droit Civil*, T. VII, núm. 1.028; DEMOGUE, *ob. cit.*, T. II, núm. 803; A. JACK, *Les conventions relatives à la personne physique*, *cit.*, pág. 387, etc.

(156) Así, DESBOIS comentando la sentencia del Tribunal Civil del Sena de 16 de mayo de 1935 en Dalloz periodique 1936, II, pág. 9. Y hay quien afirma que si de antemano se pactaron honorarios, son éstos debidos por el cliente que desiste injustificadamente y por su exclusiva voluntad de recibir los servicios convenidos (BAUDRY LACANTINERIE y WAHL, *Traité théorique et pratique de Droit Civil*, T. XXIV, núm. 743). Más justo nos parece que será pagar equitativa y proporcionalmente los servicios o actos médicos ya realizados y si acaso alguna justa remuneración para el supuesto de que realmente al facultativo se le hayan irrogado perjuicios por mor de la denuncia del contrato. En tal sentido, ESPERT SANZ, *La frustración del fin del contrato*, Madrid 1968, pág. 226.

(157) Cfr. PAUL PIOTET, *Culpa in contrahendo (et responsabilité precontractuelle en Droit privé suisse)*, Berna 1963.

(158) Vid. art. 1.733 del Código Civil; CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho civil español común y foral*, 9.<sup>a</sup> ed., T. IV, Derecho de Obligaciones. Las particulares relaciones obligatorias, págs. 496-497; BONET RAMÓN, *Del contrato de mandato*, en los comentarios de MUCIUS SCAEVOLA al Código civil, T. XXVI, vol. 2.<sup>o</sup>, Madrid 1951, págs. 740 y sigs. y pág. 806; DE LA CÁMARA, *La revo-*

¿Y el médico, por su parte? Parece que no puede entenderse facultado para libérrimamente abandonar a su paciente antes de cuando el estado de éste le permita haberle dado de alta. No puede interrumpir sin justa causa un tratamiento que haya iniciado y que personalmente aplique; y si lo hiciera parece que sería responsable de los daños y perjuicios que al paciente se irrogaren por la interrupción de los debidos cuidados (159).

Ahora bien, puede sobrevenir para el médico algún motivo obstaculizador de la continuidad en la tarea emprendida cerca del enfermo (v. gr., enfermedad propia, partir de viaje, etc.). Lo que ha de hacer entonces es advertir al enfermo lo antes posible para que pueda proveer a su sustitución, máxime en el caso de que él mismo no proponga un sustituto o de que éste no sea aceptado por el enfermo. Recuérdese al respecto cuanto dicho quedó sobre la base de confianza, sobre el *intuitus personae* en el contrato que nos ocupa. De no mediar justa causa para interrumpir la relación jurídica y, sobre todo, si el estado del enfermo inspira temores, el médico se encuentra obligado a continuar prestándole aquellos servicios a que se comprometió al contratar. Y huelga advertir que justa causa de resolución decidida por el médico, sería el incumplimiento de sus obligaciones por parte del enfermo; en especial de la del pago de honorarios (160).

7. Hasta aquí hemos venido observando, en apretada síntesis, algunas de las que estimamos más acusadas peculiaridades de la relación contractual de servicios médicos desde el punto de vista del consentimiento, del objeto, de la causa, de la forma y de la resolución. No hemos pretendido —no sería éste el lugar adecuado para ello— un estudio exhaustivo del contrato a examen. Pero del efectuado cabe inferir, creemos que de modo palmario, que, como en principio manifestábamos, el de servicios médicos en el marco de la llamada medicina liberal, privada, clásica o de clientela, que todavía viene prestando ingente contribución al bienestar sanitario

---

*cación del mandato y del poder*, en Anales de la Academia Matritense del Notariado, T. IV, págs. 613 y sigs.

Claro es que, a tal respecto, quizá en algún supuesto excepcional cabría invocar la teoría del abuso del derecho, hoy acogida en el art. 7,2 del Código civil. Vid. JEAN GUYENOT, *La rupture abusive des contrats a durée indéterminée*, en el vol. "La tendance a la stabilité du rapport contractuel. Etudes de Droit privé", París 1960, págs. 235 y sigs. También, nuestro trabajo *La corrección del automatismo jurídico mediante las condenas del fraude a la ley y del abuso del derecho*, cit., págs. 139 y sigs.

(159) Así, PLANIOL-RIPERT, *ob. cit.*, T. VI, núm. 524. El criterio sería análogo si en vez de configurar la relación como de arrendamiento de servicios, mediase una gestión de negocios ajenos sin mandato (art. 1.888 del Código civil).

(160) Art. 1.124 del Código civil. De entre la copiosísima bibliografía sobre el tema, ESPÍN CÁNOVAS, *La excepción de incumplimiento contractual*, en ANUARIO DE DERECHO CIVIL, 1964, págs. 543 y sigs.; DíEZ PICAZO, *El retardo, la mora y la resolución de los contratos sinalagmáticos*, en la misma revista, 1969, págs. 383 y sigs.; ALVAREZ BIGARAY, *La resolución de los contratos bilaterales por incumplimiento*, Granada 1972.

de la población en la mayoría de los países civilizados, constituye un contrato de todo punto excepcional a la hora de su tipificación, por más que legislaciones, doctrinas y jurisprudencias abundan al unísono en enmarcarlo en el molde de la *locatio conductio operarum*. Sin renegar de esta calificación en aras de la más elemental sistemática y en la búsqueda de la más adecuada normativa, hay que reconocer que, el estudiado, emerge con caracteres propios y bien definidos del acervo de los contratos de arrendamiento de servicios. En su seno, crisol en que se funden los humanismos respectivos de médicos y juristas, se ponen en juego nada menos que los derechos de la personalidad; sobre todo, ciertamente, de la del enfermo, pero también, al fin y al cabo, los de ese enfermo en potencia que es el propio médico. Se actúa sobre aquellos atributos indeclinables de la persona humana —trasunto de la divinidad— sin los cuales, sin cuyo reconocimiento y salvaguardia plenos, no valdría la pena vivir estos nuestros días sobre la tierra que son, al fin y a la postre, como una sombra... (161).

---

(161) *Sicut umbra dies nostri sunt super terram* (SAGRADA BIBLIA, Libro de Job, Cap. XIV, v. 9).



# Supresión de la licencia marital

M.<sup>a</sup> DEL CARMEN GOMEZ LAPLAZA

Doctora en Derecho  
Profesora de Derecho Civil Universidad de Salamanca

**SUMARIO:** *Introducción.* I. LA LICENCIA MARITAL EN EL ANTIGUO ARTICULO 61 DEL CODIGO CIVIL.—1. Evolución en su interpretación doctrinal. A) Licencia como expresión de la potestad marital basada en la superioridad personal del marido. B) Licencia como expresión de la potestad marital entendida como derecho-función. La unidad de dirección de la familia. C) Licencia en función de un determinado régimen económico y como complemento de las potestades administrativas del marido.—2. Crítica y superación de las anteriores teorías. A) Examen de las legislaciones francesa e italiana. B) Las soluciones en nuestro Derecho. Necesidad de superación.—II. PROYECCION DE LA LICENCIA MARITAL EN EL AMBITO PARAFERNAL CON ANTERIORIDAD A LA REFORMA DE 2 DE MAYO DE 1975.—1. Planteamiento general.—2. Significado de la licencia marital en la primera redacción del artículo 1.387. A) El carácter común de sus frutos, unánime justificación doctrinal y jurisprudencial de la licencia del artículo 1.387. B) Revisión y crítica de la justificación de la licencia del artículo 1.387 en base a un determinado régimen (comunidad de gananciales).—III. SUPRESION DE LA LICENCIA MARITAL POR LEY DE 2 DE MAYO DE 1975. LOS BIENES PARAFERNALES.—1. Repercusiones generales de la reforma en el ámbito parafernial. Supresión de la licencia en el artículo 1.387.—2. Cargas del matrimonio y responsabilidad de los bienes parafernales.—3. Derecho de goce de la comunidad sobre los frutos de los bienes propios y actuación de los cónyuges sobre los mismos.

## INTRODUCCION

El tema de la licencia marital, con sus múltiples proyecciones en las diferentes esferas de actuación de la mujer casada, ha sido objeto de numerosos estudios por parte de nuestra doctrina, especialmente a raíz de los movimientos legislativos, a escala internacional, tendentes a la supresión de la misma.

No es nuestra intención hacer aquí un análisis general de la institución, por lo demás recientemente desaparecida del viejo Código

civil. Fijaremos nuestra atención en la posible justificación de la misma, tanto en general como, muy particularmente, por referencia a aquellos bienes de la mujer casada que, en el ámbito del régimen legal de comunidad de gananciales, aparecen impropriamente bajo la denominación de parafernales. Intimamente ligada a los mismos, desde períodos históricos muy anteriores al que lo consagraría legislativamente en el artículo 1.387, y justificada doctrinalmente su inserción en estos bienes, como tendremos ocasión de ver, por el carácter común de sus frutos, la supresión de la licencia y el mantenimiento de esos caracteres comunitarios, así como la atribución de la administración de la comunidad al marido, deja en pie una problemática cuyas perspectivas exceden el propio ámbito de los bienes parafernales para situarnos en el más general de la dinámica de masas y de la estructura del régimen económico-matrimonial legal de bienes.

Situados en este plano, habremos de considerar, previamente, que una cosa es la justificación de la consagración del instituto de la licencia marital en el Código patrio, por obra del legislador de 1889, y otra la que alcanzó en nuestra doctrina y jurisprudencia con anterioridad a la reforma de los preceptos correspondientes de aquel texto legal. Como pone de relieve Puig Brutau (1), "la vigencia prolongada de un texto legal, como sucede normalmente con todo Código de Derecho privado, siempre exige una interpretación evolutiva o renovadora de su sentido para adaptarlo a la conciencia jurídica y social de las generaciones que lo aplican, en la medida que permita la flexibilidad de sus preceptos, mientras no sea reformado por el poder legislativo".

Por ello, en el estudio de la justificación general de la institución, analizaremos ese intento de adaptación de la realidad legal a la social, esa actualización del pensamiento de la ley llevada a cabo por doctrina y jurisprudencia a falta de intervención legislativa. El corolario de esta evolución está representado por la ley de 2 de mayo de 1975 que, suprimiendo la licencia marital, nos sitúa en una perspectiva nueva.

Este enfoque general es, a la vez, punto de partida para centrar la problemática que nos interesa fundamentalmente analizar, esto es, el significado de la licencia marital en el patrimonio parafernial, y la repercusión que en el mismo, como pieza del régimen económico-matrimonial legal, ha producido la desaparición de aquélla.

## I. LA LICENCIA MARITAL EN EL ANTIGUO ARTICULO 61 DEL CODIGO CIVIL.

### 1. EVOLUCIÓN EN SU INTERPRETACIÓN DOCTRINAL.

El artículo 61 del Código civil exigía a la mujer licencia marital para la realización de una serie de actos que prácticamente cubrían su ámbito de actuación patrimonial. Cuál fuera el verdadero alcance

(1) *Fundamentos de Derecho Civil*. T. IV, vol. I, Barcelona, 1967, p. 306.

y significado de aquella institución, que de tal forma condicionaba o impedía la libre actuación de la mujer casada, es cuestión que se dificulta debido a la confluencia de muy diversos factores en su consagración legislativa. El tronque histórico con las Leyes de Toro, el Proyecto de 1851, o la propia codificación francesa abocan a barajar conceptos tan dispares como los de incapacidad, limitaciones o prohibiciones, todos ellos por referencia a una determinada situación de la mujer casada en el matrimonio. Pero esa incapacidad o esas limitaciones impuestas a aquélla habían de responder a una idea básica que sólo podía encontrarse en dos campos: en el del matrimonio en sí mismo considerado o en el del régimen económico matrimonial adoptado por los cónyuges.

Mas, estos dos campos, que en teoría pueden parecer claramente delimitados, no lo están en la práctica, especialmente si tenemos en cuenta que nuestro Código civil sólo recoge un régimen económico-matrimonial que no es otro que el de comunidad de gananciales. Claro exponente de cuanto decimos lo constituía la propia ubicación del antiguo artículo 61, en principio desconectado de todo régimen económico-matrimonial. Esto, que podía llevarnos hacia el primer campo a que nos referíamos líneas anteriores, se desvirtuaba inmediatamente con solo contemplar su colocación a continuación del antiguo artículo 59 que atribuía al marido la cualidad de administrador de los bienes de la sociedad conyugal, lo que inducía a pensar en una posible conexión entre ese artículo 61 y una determinada forma de organización de la sociedad conyugal en el aspecto patrimonial. La doctrina, impulsada en cada momento por unas determinadas concepciones socio-jurídicas dominantes, situaba la justificación de ese artículo, y con él el de la institución de la licencia marital, en coordenadas que, sin ser radicalmente opuestas, pues hallaban su punto de partida en el mismo texto positivo, sí diferían profundamente en cuanto a las consecuencias que cada una de ellas llevaba aparejadas.

A) *Licencia como expresión de la potestad marital basada en la superioridad personal del marido.*

Tradicionalmente, los tratadistas de Derecho patrio suelen distinguir, al estudiar los efectos del matrimonio, entre efectos comunes a los cónyuges y especiales respecto a la persona del marido y de la mujer. Dentro de estos últimos y por referencia al marido, se partía de la base de que la creación de la sociedad conyugal llevaba consigo la atribución a aquél de una autoridad, expresión de la cual serían, en el ámbito patrimonial, tanto la licencia como la condición de administrador de aquella sociedad que el artículo 59 confiaba al marido (2). Así pues, la licencia como institución jurídica sería manifestación o efecto de la potestad marital que, como poder correspondiente al

(2) En este sentido, CASTÁN: *La condición social y jurídica de la mujer*. Madrid, 1955, pág. 174. BORRELL Y SOLER: *Derecho Civil español*. T. IV, Barcelona, 1955, págs. 35 y ss.

esposo, conferiría al mismo una posición preeminente o de supremacía (3). Dejando aparte las ideas, que aún se encontraban en algún tratadista patrio de la talla de Scaevola, sobre el posible fundamento de esa distinta posición de los cónyuges en las cualidades físicas o intelectuales de cada uno de ellos (4), creemos que es Lacruz el que mejor ha expuesto esta posición de los esposos a que estamos haciendo referencia.

Según este autor, la sociedad conyugal requiere siempre una autoridad que la dirija. Esa autoridad se atribuye al marido, pudiendo hablarse, por tanto, de una potestad marital o de una supremacía de aquél que se manifestaría en dos esferas: la personal y la patrimonial. El antiguo artículo 57 de nuestro Código civil sería el más claro exponente de esta idea en el orden personal (5). En el patrimonial, que es en el que a nosotros nos interesa centrarnos (aunque la línea de separación entre ambos no sea demasiado nítida), consagrarían esa idea los antiguos artículos 59, 60 y 61.

Para Lacruz (6) la supremacía del marido en el orden patrimonial no consistiría simplemente en un poder de administración, sino en algo más general y distinto: la "manus" del marido en su proyección sobre los bienes de los cónyuges y, en conjunto, sobre la organización y dirección económica del matrimonio. Las más claras manifestaciones de la potestad marital, así concebida, serían, desde el punto de vista positivo, la dirección económica de la familia y, desde el punto de vista negativo, la "auctoritas interpositio", es decir, la necesidad de que casi todos los contratos importantes de la mujer que excedieran de una mera administración hubieran de ser aprobados por el marido (licencia marital).

Añadamos, por último, que para este autor esa posición del marido no sólo es irrenunciable (7) sino que además es independiente del régimen de bienes existentes en el matrimonio, de tal forma que aún en el de separación, la dirección económica del matrimonio correspondería al marido.

Consecuencia de estas ideas es la definición que nos brinda Lacruz de la autorización marital como "la expresión de la voluntad del marido de permitir a su mujer la realización de actos determinados o de todos o parte de los que precisan autorización" (8).

Estimamos que esta postura, superada doctrinalmente con anterior-

(3) Así se expresan autores como BORRELL Y SOLER: *Derecho Civil...* citado, pág. 26. NART: *Venia y veto maritales*. R.D.P., 1951, págs. 591 y ss.

(4) SCAEVOLA: *Código civil comentado y concordado*. T. II, 5.<sup>a</sup> ed. Madrid, 1946, pág. 403: "La fortaleza del hombre, su mayor resistencia para los trabajos físicos, su capacidad mental más apta para las abstracciones, a la inversa de la mujer, más a propósito para la observación subjetiva, confieren al varón la facultad de dirigir la sociedad matrimonial". También MANRESA: *Comentarios al Código civil español*. T. I, 6.<sup>a</sup> ed. Madrid, 1943, pág. 387.

(5) LACRUZ: *Derecho de familia. El matrimonio y su economía*. Barcelona, 1963, págs. 164 y ss.

(6) Op. cit., pág. 200.

(7) Op. cit., pág. 201.

(8) Op. cit., pág. 203.

ridad a la supresión positiva de la licencia marital, es, sin embargo, la que más se ajustaba a los textos positivos y, seguramente, la que movería al legislador de 1889 a incluir los artículos de que tratamos en nuestro Código civil. Bien es cierto que no recogió este cuerpo legal las rígidas concepciones en que basó Goyena su Proyecto de 1851 (9) y que superó ampliamente, como ponen de relieve Castán (10) y De Castro (11), la dirección restrictiva de la capacidad de la mujer casada consagrada en el "Code" francés, estableciendo un nuevo y distinto sistema (12). Pero no lo es menos que, a pesar de la dificultad de encontrar un criterio único al que obedezca la posición del legislador en la materia, nuestro Código consagraba, no una potestad para la dirección del hogar, sino una potestad sobre la persona y bienes de la mujer, una autoridad marital que cubría ampliamente los aspectos personal y patrimonial del matrimonio. "El marido debe proteger a la mujer y ésta obedecer al marido", decía el artículo 57. Se consagraba aquí, no un poder de dirección del marido en la sociedad conyugal sino un verdadero poder sobre la mujer, independientemente de que ese deber de obediencia tuviera un matiz o un contenido más ético que jurídico. Que en los artículos siguientes se atribuyera al marido la administración de la sociedad conyugal, la representación de la mujer y que se exigiera a ésta licencia marital para casi todas las manifestaciones de su vida jurídica, no hacía sino corroborar aquella idea. De esta forma, y centrándonos en lo que ahora nos interesa destacar, la licencia marital se situaba como un efecto más de esa potestad del marido y como instrumento de protección a la mujer en base, por tanto, a una presunta inferioridad de la misma sometida al marido por la obediencia (13).

(9) "La mujer casada, como por un común acuerdo de todos los legisladores, viene a ser un verdadero menor de edad". GARCÍA GOYENA: *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español*. T. I., Madrid, 1852, pág. 75.

(10) *La condición social...* cit., págs. 172 y 121-23.

(11) *Derecho civil de España*. T. II, parte 1.<sup>a</sup>, Madrid, 1952, pág. 257.

(12) El Código francés partía de la necesidad de protección a la mujer en base a su incapacidad, y de la proyección del principio de potestad marital en los regímenes de bienes, de forma tan rigurosa que el marido concentraba en sus manos la totalidad de los bienes matrimoniales. En el nuestro, por el contrario, ni se consagró la incapacidad de la mujer ni existía esa concentración de bienes en manos del marido al incluirse los parafernales cuyo dominio y administración se confiaban a la mujer. Es expresiva la frase de POTHIER (*Tratado de la potestad del marido sobre la persona y bienes de la mujer*. Traducción Noguera y Carles, Barcelona, 1846, págs. 255 y 257) de que "el matrimonio, al establecer entre marido y mujer una sociedad cuyo jefe es el marido, confiere a éste, en calidad de tal, un derecho de potestad sobre la persona de la mujer, el cual se extiende asimismo sobre sus bienes... Por Derecho Natural el poder del marido sobre la persona de su mujer consiste en el derecho de exigirla todos los deberes de sumisión que a un superior son debidos".

(13) Se situaría así nuestro Código, antes de la reforma, en el segundo período o estadio de los que distingue PALA: *La promoción de la mujer casada en la Compilación aragonesa y en el Derecho comparado*. Estudios honor Castán, T. I., Pamplona, 1969, pág. 314-15. Según este autor, en el primer estadio corresponde al marido un poder de dominación que absorbe la per-

Entiéndase bien que esa autoridad marital de tan amplia proyección, no significaba que en nuestro Código se pudiera hablar de una incapacidad de la mujer al estilo de lo que sucedía en el "Code" francés de 1804, o en el italiano de 1865. Aunque hasta tiempos recientes algún autor sostuviera (14) que "en el Derecho positivo patrio no hay más remedio que sostener la tesis de que se trata de un principio general de incapacidad de la mujer casada" (15), lo cierto es que la tesis era insostenible. No sólo la mayoría de nuestra doctrina y la jurisprudencia hablaban de limitaciones o prohibiciones establecidas sólo en interés de la comunidad familiar y no de incapacidad (16), sino que, además,

sonalidad de la esposa ("Code" francés de 1804). En el segundo, se atribuye al marido un poder de protección que se extiende como potestad a las actividades extrajurídicas de la esposa y es correlativo en ésta del deber de obediencia, y, mediante la institución de la venia o licencia marital, a sus actividades jurídicas, restringiendo o limitando su capacidad. En el tercero, se reconoce a la mujer plena capacidad jurídica desapareciendo venia y potestad con igualdad de derechos y bienes.

(14) PUIG PEÑA: *Tratado de Derecho Civil español*. T. II, vol. I, Madrid, 1953, 2.<sup>a</sup> ed., pág. 186. El autor reconoce que en el terreno de los principios ha de estimarse, sin embargo, que la capacidad es la regla.

(15) En general, los autores que sostienen la tesis de la incapacidad de la mujer casada se basan en los antiguos artículos 57, 60 y 61, estimando que, si aquélla necesita la protección del marido y no puede, en principio, realizar acto alguno trascendente de la vida jurídica sin la intervención de aquél, es visto que hay que partir de un presupuesto general de incapacidad. Veremos en las notas siguientes su refutación.

(16) En este sentido, afirma COSSIO (*La potestad marital*. A.D.C. 1948, págs. 27 y ss.) que "no aparece la mujer en nuestro Derecho, a diferencia de lo que ocurre con el menor o con el incapaz, en una postura de inferioridad determinada por una falta de madurez moral o psicológica que obligue a sustituir su voluntad por la del representante legal, constituido en verdadero órgano de gestión dotado de iniciativa propia y especial autonomía, sino que la actividad de la mujer se limita sólo en la medida que se reputa necesaria para el mantenimiento de la armonía personal y económica de la sociedad conyugal. Así como el padre y el tutor protegen exclusivamente los intereses personales del pupilo, el marido, sin olvidar los de la mujer, debe en su intervención considerar preferentemente superiores los de la familia, lo que asigna a la mujer una actividad meramente pasiva, sino que su consentimiento se muestra siempre necesario, no bastando por sí sólo el del marido, pudiendo además aquélla, en los casos en que la negativa de éste se muestre injustificada o lesiva, impetrar la autorización judicial subsidiariamente". En igual dirección, BONET RAMÓN: *Compendio de Derecho Civil*. T. IV, Madrid, 1960, página 171. Para PUIG BRUTAU (*Fundamentos de Derecho Civil*. T. IV, vol. I, Barcelona, 1970, pág. 303 y 314), en ningún caso debería haberse hablado de incapacidad de la mujer casada.

Por su parte, DE CASTRO (*Derecho Civil... cit.*, págs. 257-58) afirma que "las restricciones de la capacidad de la mujer casada no corresponden a una condición o cualidad que por sí sola las produzca (incapacidad en sentido estricto: condición de protegido), sino de causa externa impeditiva (limitación de la capacidad: protección de otra persona). Las restricciones impuestas son en favor del marido y sus herederos".

Tanto la Dirección General de los Registros, como el Tribunal Supremo rechazan la tesis de la incapacidad de la mujer, refiriéndose a prohibiciones (Res. 10 de febrero de 1926. Jup. Civ. T. 169, núm. 116, pág. 516), o de limitaciones (Res. 13 de marzo de 1914. Jup. Civ. T. 129, núm. 121, pág. 650;

los mismos textos positivos no autorizaban a llegar a aquella conclusión (17).

Para nosotros, el interés fundamental de esta teoría estriba en que, siendo las limitaciones impuestas a la mujer una consecuencia de la potestad que se atribuye al marido por el mero hecho del matrimonio, serían por completo independientes del régimen de bienes vigentes entre los cónyuges, es decir, se aplicarían cualquiera que fuese aquél e incluso en el de separación (18) por suponer, en último término, un "acatamiento a la supremacía del marido" (19).

Res. 23 de abril de 1929. Jup. Civ. T. 188, núm. 240, pág.1196). La Sentencia de 26 de octubre de 1948, aunque de forma incidental, puntualiza que "la licencia no suple ningún defecto de capacidad de la mujer para contratar y obligarse...". Jup. Civ. T. 24, núm. 16, pág. 150).

(17) Lo cierto es que, aunque en la mente del legislador no estuviera muy claro, en base a los antiguos artículos 61, 65, 32 y 1.263, especialmente, sólo podía llegarse a esa conclusión. En efecto, la exigencia de licencia marital bastaba por sí sola para rechazar la idea de incapacidad de la mujer en nuestro Código. Como pone de relieve LACRUZ (*Derecho de familia...* cit., pág. 183), el sistema de licencia presupone por su propia naturaleza la condición de persona capaz en el sometido a este requisito. Al inclinarse nuestro legislador por ese sistema, implícitamente afirma la capacidad, en principio plena, de la mujer casada. La mujer actúa por sí y no se le impone tutor o representante que sustituya su criterio o su voluntad. El argumento contrario basado en que el artículo 60 impone a la mujer un representante, cae en cuanto se considera que aquél no puede representarla contra su voluntad y ha de tenerse en cuenta, además, no sólo que el artículo 32 no incluye a la mujer en la enumeración de las "restricciones de la personalidad jurídica", sino que el propio artículo 65 no concede acción de impugnación a la mujer respecto a los actos celebrados por ella sin aquel requisito (a diferencia del artículo 67 del Proyecto de GOYENA), lo cual va contra la regla de que el incapaz está facultado para impugnar sus propios actos. Por su parte, si el artículo 1.263 afirma que "no pueden prestar consentimiento las mujeres casadas, en los casos expresados por la ley", se deduce que la regla general es la capacidad de la mujer y la excepción la incapacidad. A estas consideraciones pueden sumarse las de que el propio artículo 65, contra la opinión de MANRESA, SCAEVOLA o VALVERDE, no establece una nulidad de pleno derecho para los actos realizados por la mujer sin licencia. Toda la doctrina desde SÁNCHEZ ROMÁN (DE CASTRO, CASTÁN, LACRUZ, PUIG BRUTAU, DE LA CÁMARA) entiende, con razón, que aquellos actos son inicialmente válidos y meramente anulables, puesto que su invalidez queda pendiente del ejercicio por parte del titular (marido o herederos) de la acción de nulidad. En este sentido se ha inclinado la jurisprudencia (SS. 24-mayo-1928. Jup. Civ. T. 183, núm. 147, pág. 906; 6-mayo-1944. Jup. Civ. T. 6, núm. 69, pág. 621, y, sobre todo, 18-noviembre-1963. Aranzadi, T. 30, núm. 4.837). El propio Reglamento Notarial de 1935 (art. 169) admitió el otorgamiento de documentos sobre actos o contratos celebrados por mujer casada sin licencia, y esto se recoge hoy en el vigente Reglamento Notarial de 1944 (art. 169). El Reglamento Hipotecario de 1947 (art. 94) considera inscribibles asimismo esos actos o contratos. LACRUZ (*Derecho de familia...* cit., pág. 216), añade que "lo peculiar de esta forma de invalidez es que, no tratándose de una nulidad debida a incapacidad propia-mente dicha, no puede ser convalidada por el supuesto incapaz y sí sólo por la persona en cuya protección se dictó la norma". Téngase en cuenta, además, que no se rechazan las autorizaciones generales.

(18) Vid. en este sentido MANRESA: *Comentarios al Código civil español*. T. I, 6.<sup>a</sup> ed., Madrid, 1943, pág. 399.

(19) SCAEVOLA: *Código civil comentado...* cit., pág. 403. Vid. también la Resolución de 23 de abril de 1929 (Jup. Civ. T. 188, núm. 240, pág. 1196).

B) *Licencia como expresión de la potestad marital, entendida como derecho-función. La unidad de dirección de la familia.*

“Aunque nuestras leyes civiles no hayan variado en lo más esencial —afirmaba Castán (20)— durante estos últimos tiempos, no cabe duda que, insensiblemente, las ideas y costumbres han ido modificando, a través de una evolución progresiva, la situación de la mujer, tanto en la esfera social como en la política.”

Esta evolución, con escasos reflejos en el campo legislativo hasta fechas muy recientes (21), se dejó, sin embargo, sentir fuertemente en el campo doctrinal y jurisprudencial de tal forma que la aplicación de los mismos textos consagrados por nuestro Código, lejos de hacerse de la forma tan rigurosa con que aparecían en el mismo, trató de suavizarse y adaptarse, en la medida que lo permitía el texto legal y sin desnaturalizarlo, a esa transformación social innegable.

Como consecuencia de ello, el dogma de la autoridad marital fue sometido a revisión (22). La potestad del marido, como poder correspondiente al varón que ocupa en el matrimonio una posición de superioridad, se sustituye por la teoría de la autoridad-función. La autoridad marital no es una verdadera potestad, sino una función encomendada al marido por exigencias, y esto es lo que nos interesa destacar, de una unidad de dirección en la familia como organismo social. No es el interés del marido o su posición preeminente en el matrimonio, sino el interés de la familia lo que se toma ahora en consideración (23). Por otra parte, esa dirección de la familia, como función que es, se traduce en una serie de derechos pero con sus correlativos deberes que, precisamente, han de dirigirse siempre a la satisfacción de ese superior interés de la familia (24).

(20) *La condición social...* cit., pág. 179.

(21) Respecto al Código Civil, la única reforma en esta materia con anterioridad a la llevada a cabo en 1975, estaba representada por la ley de 24 de abril de 1958 que, desde luego, mantuvo supuestos de discriminación, pero que, como pone de relieve DE CASTRO (*Compendio de Derecho Civil. Apéndice*, Madrid, 1958, pág. 44), su espíritu renovador favoreció una interpretación más amplia y matizada del articulado del Código. Este es también, desde nuestro punto de vista, el mérito esencial de esta ley.

(22) Vid. sobre las doctrinas generales que proponían la atenuación o supresión de la autoridad marital, CASTÁN: *La condición social...* cit., páginas 98 y ss.

(23) Tendría aquí cabida la doctrina del abuso de derecho en aquellos casos en que la actuación del marido no se acomodara a ese superior interés familiar. Vid. en este sentido CASTÁN: *La condición social...* cit., págs. 155 y 179. PUIG PEÑA: *Tratado de Derecho civil español*. T. II, vol. 1, Madrid, 1953, pág. 174. SPOTA: *Tratado de Derecho civil*. T. I, vol. 2 (*Relatividad y abuso de los derechos*), Buenos Aires, 1947, págs. 67 y ss.

(24) Esta es la idea de RUGGIERO: *Instituciones de Derecho civil*. Traducción 4.<sup>a</sup> ed. italiana por Serrano Suñer y Santa Cruz Teijeiro, T. II, Madrid, 1929, pág. 773: “Como todo poder familiar (el poder marital) no se integra de derechos y de facultades, sino más bien de cargas y deberes, porque el marido no lo ejerce en interés propio sino en el más alto y superior del interés familiar”.

Por lo demás la sociedad conyugal es poliárquica y se rige, en principio, por la ley de igualdad (25) por lo que, normalmente, la gestión familiar debe efectuarse mediante la participación de ambos cónyuges. La autoridad, convertida en función familiar, debe ejercerse por el marido pero, no siéndole posible, será la mujer la que lleve la jefatura familiar en condiciones similares a las del marido en caso de ejercerla él. Esta es la idea de De Castro (26) cuando afirma que “una consecuencia que pudiera y hasta debiera sacarse de la naturaleza del vínculo matrimonial es la de que la atribución de funciones que hace la ley en favor del marido y de la mujer no es mecánica; las más de ellas han de ser ejercidas por ambos conjuntamente, por el uno y el otro, o el uno por el otro. La afirmación del poder del uno y la negación respecto al otro sólo se dará en situaciones anómalas, y aún entonces, más que una verdadera exclusión, habrá decisión sobre a quién corresponde ejercer preferentemente dicha facultad”.

Afirmaba Puig Peña (27) que la tónica de nuestro sistema legal no dificultaba ni estorbaba —sino, en algunas ocasiones, suscitaba— la admisión de esa tesis doctrinal que estimaba como verdadera función la posición preeminente del marido. Y aunque era cierto que algunos de los principios de esta teoría quedaban como meros enunciados doctrinales al chocar con una realidad legislativa intrasgredible, no lo es menos que otros sirvieron, por el contrario, para iniciar una nueva interpretación de algunos de los viejos artículos del Código, más acomodada a la realidad de nuestro tiempo.

En este sentido la doctrina, al hablar de la distinta situación de los esposos en la sociedad conyugal, la refería y fundamentaba casi unánimemente en la necesidad de asegurar la unidad de dirección de la familia. Quizá fueran Castán (28) y Puig Brutau (29) los que mejor

(25) Contra la que manifiesta su repulsa NART: *Venia y veto maritales*, R.D.P., 1951, pág. 592, al afirmar que “la potestad marital supone un correlativo condicionamiento de la capacidad de la mujer y evolución regresivamente desde un poder omnímoto y absoluto, fundado en la debilidad física y psicológica de ésta, hasta una anárquica igualación que rompe toda jerarquía necesaria para mantener la unidad doméstica y para el funcionamiento adecuado de esa primera célula social, instituida en la naturaleza humana por Dios, que es la familia”.

(26) *Derecho civil de España*. T. II, parte 1.<sup>a</sup>, Madrid, 1952, pág. 251.

(27) *Tratado de Derecho...*, cit., pág. 174.

(28) Dice este autor (*La condición social...*, cit., pág. 173, y *Derecho civil español y común foral*. T. I, vol. 2, 11.<sup>a</sup> ed., por DE LOS MOZOS, Madrid, 1971, pág. 190) que la autoridad marital, consagrada de modo inequívoco en nuestro Derecho, no implica una verdadera potestad ni una prerrogativa del sexo, sino más bien una función encomendada al marido por exigencias de unidad de gobierno, y que se traduce para él en graves deberes y responsabilidades. Por ello, el autor estructura los efectos especiales del matrimonio sobre la base del principio de unidad de dirección familiar.

(29) Este autor, al hablar de los “efectos del matrimonio en las personas de los cónyuges”, distingue los comunes a ambos y, lo que más nos interesa destacar, los “relativos a la organización y dirección de la unidad familiar”, en donde afirma: “nosotros entendemos que la situación de prevalencia otorgada al marido significa simplemente un medio o un instrumento puesto al servicio de su función protectora de la familia y gestora de sus intereses.

han sabido captar esta idea respecto a nuestro Derecho pero, como decimos, puede considerarse dirección mayoritaria en la doctrina (30).

Esta tesis funcional y de unidad de dirección se reflejaba consecuentemente en la interpretación del articulado del Código, de tal forma que también la doctrina reconocía que las limitaciones impuestas a la mujer habían de ser interpretadas restrictivamente por estar, como dice De Diego (31), en función sólo del buen gobierno, la armonía, el orden y la conservación de la vida doméstica. De esto se deduce que a la unidad de acción del matrimonio sólo debía sacrificarse aquello que la unidad de acción exigía (32) y que las limitaciones que afectaban a la mujer casada no podían propiamente ser construidas como incapacidades al estar establecidas sólo en interés de la comunidad. Serían únicamente de aplicación concreta a determinados tipos de negocios sin que pudieran ser objeto de ampliación. En consecuencia con estas ideas, se interpretaban los artículos 60 y 61 en el sentido de que, por un lado, la representación del primero de estos artículos se entendía ceñida al ámbito judicial, y se estructuraba entendiendo que el marido actuaba "como si" fuera el representante de la mujer, pero surtiendo efecto esa representación sólo cuando a ella no se oponía la mujer y precisando, por tanto, cada uno de los actos del marido la ratificación, siquiera tácita, de aquélla (33). Insistiremos sobre estas ideas más adelante. Baste por ahora poner de relieve el sentido general de ese precepto a la luz de la doctrina. Respecto al artículo 61, y pese a sostenerse su interpretación restrictiva y su imposibilidad de ampliación a supuestos distintos (34), la realidad era que, al abarcar prácticamente

---

Incluso preferimos estimar que se trata de una distribución de funciones entre ambos cónyuges, sin que deba hablarse en general de autoridad de uno sobre el otro" (*Fundamentos de Derecho civil*. T. IV, vol. 1.º, Barcelona, 1967, pág. 305).

(30) PUIG PEÑA: *Tratado de Derecho civil...*, cit., págs. 173-74: "Desde luego la tesis de la unidad de dirección es la más certera y es la que en realidad va cobrando el favor de la doctrina y de las legislaciones. Estas, sin embargo, tardan mucho en desprenderse del viejo concepto de la autoridad marital, y lo que debe hacerse en aquellos países encuadrados decididamente en el molde clásico, como el nuestro, es ir llenando el cometido de la potestad del marido de una sustancia funcional, con el fin de que su ejercicio responda mejor a la norma y esencia del matrimonio." En el mismo sentido, ALBALADEJO: *Compendio de Derecho civil*, 2.ª ed., Barcelona, 1974, pág. 505, y BONET RAMÓN, el cual habla de "efectos especiales derivados del principio de unidad familiar", afirmando que la situación de paridad que debe existir entre los cónyuges, es templada solamente en algunas relaciones que exigen imprescindiblemente, para el buen gobierno de la familia, la unificación de poderes y criterios. (*Compendio de Derecho civil*. T. IV, Madrid, 1960, página 161, y *Los poderes dispositivos de la mujer casada en el Derecho común*, en Centenario de la Ley del Notariado, vol. II, Madrid, 1962, pág. 9.)

(31) *Curso elemental de Derecho civil español, común y foral*. T. IV, Madrid, 1920, pág. 141.

(32) LACRUZ: *Derecho de familia...*, cit., pág. 184.

(33) LACRUZ: *Derecho de familia...*, cit., pág. 183.

(34) "La mujer —afirma COSSIO— puede actuar jurídicamente sin licencia, siempre que la ley no exija expresamente tal requisito, interpretación de acuerdo con la conciencia jurídica actual y las nuevas tendencias legislativas" (*La potestad marital...*, cit., pág. 33).

todo el ámbito de actuación patrimonial de la mujer, el reflejo de la nueva orientación sólo se dejaba sentir en cuanto a que la exigencia del requisito de la licencia no se imponía de forma rígida, admitiéndose sin dificultad la posibilidad de ratificación posterior por parte del marido, las licencias de tipo general o la inscripción de los actos otorgados por la mujer casada sin aquel requisito.

Reflejo legislativo de esta evolución fue la ley de 24 de abril de 1958 que, si no en su plasmación positiva, criticable desde diversos puntos de vista, sí en el espíritu que la informa, revelaba una nueva mentalidad que, además, posibilitó esa interpretación más amplia del articulado del Código a que nos venimos refiriendo. Como pone de relieve De Castro (35), el significado principal de la reforma de 1958 está en que se abandona el viejo criterio del poder discrecional del marido y se le sustituye por el más actual del poder del marido en interés de la familia. Su Exposición de Motivos, en efecto, alude a que "se contempla, por tanto, la posición peculiar de la mujer casada en la sociedad conyugal, en la que, por *exigencias de la unidad matrimonial*, existe una *potestad de dirección*, que la naturaleza, la Religión y la Historia atribuyen al marido...". La crítica de estos fundamentos ha sido certeramente llevada a cabo por Palá (36); pero lo que nos interesa poner de relieve es el hecho de que aparezca en primer plano la idea de una potestad referida a la dirección del hogar. Es evidente que, al dejar vigentes los artículos 57, 60 ó 61, la potestad del marido en nuestro Código seguía siendo una potestad sobre la persona y bienes de la mujer y no una potestad de dirección en interés de la familia. Pero tampoco puede dudarse que el espíritu que informaba a esa ley significaba un paso adelante, siquiera fuera en el terreno de los principios y no en el de las realizaciones, dentro de esta evolución a la que nos estamos refiriendo.

C) *Licencia en función de un determinado régimen económico-matrimonial y como complemento de las potestades administrativas del marido.*

Hemos venido viendo cómo la justificación doctrinal de las limitaciones impuestas por nuestro Código a la mujer casada, con anterioridad a la reforma de 1975, se basaban en algo tan general a todo tipo de matrimonio como era la autoridad marital, entendida, bien como potestad rigurosa, bien como derecho-función. De esta forma su aplicabilidad sería general y nada tenía que ver con un determinado régimen de bienes en el matrimonio pues su significado y función trascendía a éste. Vimos también cómo, incluso desde un punto de vista sistemático, la ubicación de los artículos de que tratamos abonaba esa idea, al no estar incluidos en sección alguna que se refiriera a un régimen económico determinado.

Fue De Castro, al que luego han seguido otros civilistas como De la

---

(35) *Compendio de Derecho...*, cit. (Apéndice), pág. 51.

(36) *La promoción de la mujer casada...*, cit., págs. 322 y ss.

Cámara (37) o Albaladejo (38), el primero que atisbó la posible conexión entre las restricciones impuestas a la mujer casada y el régimen económico de la sociedad conyugal. “En realidad —afirma aquél autor— las restricciones que impone a la mujer casada el Código con esa apariencia de generalidad que ha extraviado la doctrina... se refieren sólo al régimen de gananciales. A su lado se conservan limitaciones concretas, con carácter general, residuos de carácter imperativo que tuviera en el Derecho castellano el régimen de gananciales, y de envejecidos preceptos del Derecho Romano...” (39). “La preeminencia del marido en la esfera patrimonial se deriva del régimen de la sociedad de gananciales” (40).

El desarrollo de las ideas de este autor ha sido llevado a cabo por De la Cámara. Anticipemos que la interpretación a la que ahora vamos a referirnos, no sólo se ciñe al dato histórico, sino que, además, favorecería una interpretación de las normas legales, vigentes con anterioridad a la ley de mayo de 1975, mucho más acorde con el sentido de la evolución que en este campo se estaba produciendo. Digamos también que, si bien es cierto que como hemos afirmado líneas más arriba, el codificador español concebía la autoridad marital en sentido amplio, abarcando los aspectos personal y patrimonial y referido a todo tipo de régimen, no es menos cierto que para él ese “todo tipo de régimen” se limitaba a uno: el de comunidad de gananciales que fue el único que reguló, aunque admitiera la posibilidad de pactar otros en el artículo 1.315. De esta forma, la relación limitaciones-régimen, aun no buscada quizá conscientemente por el legislador, se habría producido en la práctica reflejándose en el articulado del Código.

Muy sintéticamente diremos que la teoría de estos autores se apoya en tres tipos de argumentos: históricos, teleológicos y sistemáticos. Respecto a los primeros, parece no ofrecer duda el que los artículos 60 y 61 son reflejo de las leyes 54 y 55 de Toro, así como del Proyecto de 1851, éste último por relación al primer inciso del artículo 60. Que tanto aquéllas como éste sólo tenían a la vista el régimen de comunidad de gananciales parece claro si se considera que, aunque Las Partidas eran anteriores a las Leyes de Toro, aquéllas sólo supusieron la incardinación de categorías patrimoniales de signo romanista (dote, parafernales) dentro de la sociedad de gananciales, pero no la instauración de un régimen económico-matrimonial que desplazara a

(37) *Reflexiones en torno a la capacidad patrimonial de la mujer casada*, en Estudios en honor de CASTÁN. T. VI, Pamplona, 1969, págs. 95 y ss.

(38) *Compendio de Derecho...*, cit., pág. 504, nota 2, en donde afirma que, aunque a esa tesis le sean oponibles argumentos, merece ser acogida, si bien no como segura, al menos como preferible por ensanchar la capacidad de la mujer casada.

(39) DE CASTRO: *Derecho civil...*, cit., T. II, parte 1.<sup>a</sup>, pág. 263.

(40) DE CASTRO: *Compendio de Derecho...*, cit. (*Apéndice*), pág. 45. Contra las opiniones de este autor, LACRUZ: *Derecho de familia...*, cit., páginas 184-85. Iremos viendo los argumentos que este autor utiliza para refutar la tesis de DE CASTRO.

aquél (41). El que existiera libertad de pacto (42) no variaba las cosas pues de hecho, en la práctica, el contenido de esos pactos no iba referido a la estipulación de un régimen patrimonial sino simplemente a la modificación de algún extremo de la propia comunidad de ganancias y, fundamentalmente, a las aportaciones que se daban en su seno, como eran la dote o las donaciones matrimoniales.

El mismo funcionamiento de la licencia marital en las Leyes de Toro, es prueba concluyente de que el centro de gravedad de la misma estaba enraizado en la dinámica de la sociedad de gananciales. Se observa que, a través de ella, lo que se trata de evitar es el perjuicio económico que pueda causar la mujer a la comunidad y, más concretamente, al marido como administrador de la misma (43).

No se descarta, desde luego, la idea de sometimiento de la mujer al marido que, como dice De la Cámara "por razones obvias de circunstancia y de ambiente tenía que entenderse lógicamente con mucho mayor rigor entonces que en nuestra época" (44); pero lo cierto es que se presta más atención a la consecuencia de evitar que la mujer pueda perjudicar los derechos del marido como administrador de la comunidad. La misma sanción de los actos realizados por aquella sin licencia es una prueba más en favor de esa idea. Cuando se demuestra que el contrato así celebrado por la mujer no ha sido perjudicial, sino útil, la doctrina más destacada entiende que el contrato es válido (45). Si el fundamento de la licencia fuera referido tan solo a la autoridad marital, es claro que la impugnación prosperaría aun cuando hubiera sido útil el contrato, pues el atentado contra aquélla se habría producido de todas formas.

El examen histórico conduce, pues, a ver en los artículos 60 y 61, y concretamente dentro de ellos a la licencia, como un complemento de las facultades que corresponden al marido como administrador de la sociedad de gananciales y, por tanto, encuentran su sede natural dentro de ésta.

Respecto a los argumentos teleológicos que se esgrimen por el autor en favor de su tesis, es preciso, antes de referirnos a ellos, que establezcamos una distinción. Porque una cosa es que hasta tiempos recientes la interpretación que proponía De la Cámara fuera la más acorde con las circunstancias sociales, cosa que admitimos desde luego, y otra muy diferente que las ideas que movieron al legislador a incluir una serie de artículos en nuestro Código, obedecieran realmente a los principios que el autor señala.

Así, si bien es cierto que la finalidad que persigue el régimen de

(41) Idea ésta que desarrollamos y argumentamos en toda su extensión en nuestra monografía "De los bienes parafernales", Publicaciones del Departamento de Derecho Civil, 2.<sup>a</sup> Cátedra, Salamanca, 1976, a la cual nos remitimos.

(42) Argumento que utiliza LACRUZ: *Derecho de familia...*, cit., pág. 185, para refutar esta tesis.

(43) Vid. nota 41.

(44) DE LA CÁMARA: *Reflexiones en torno a la capacidad...*, cit., pág. 106.

(45) Vid. nota 41.

separación de bienes es “conferir a los cónyuges la máxima autonomía patrimonial” (46) no lo es menos que, por un lado, el legislador de 1889 ofrece una visión muy peculiar de aquel régimen (baste contemplar el artículo 45 en relación con el 50-1.º) y, por otro lado, que no creemos estar desacertados si afirmamos que para ese mismo legislador no resultaba incompatible una pretendida autonomía patrimonial, como la que podría darse en un régimen de separación, con la existencia de licencia marital. Según De la Cámara, el artículo 50-1.º que dice que “cada cónyuge retendrá el dominio y administración de los bienes que le pertenezcan...”, chocaría violentamente con el hecho de que la mujer se viera sometida a las limitaciones de los artículos 60 y 61. Pero también los artículos 1.382 y 1.384 reconocían a la mujer el dominio y administración de sus bienes parafernales y, sin embargo no se consideraban incompatibles con la licencia que el propio legislador consagraba en el artículo 1.387. La razón de que esto sucediera es que se concebía la licencia como algo derivado de la autoridad marital dentro de un régimen y no se pensaba en su incompatibilidad o no con un posible sistema de separación y una posible autonomía, dentro de él, de la mujer casada. Se tiene sólo a la vista, repetimos, la sociedad de gananciales y no se regula ni se dan las líneas fundamentales en las que podría descansar un régimen de separación.

No podemos entrar aquí a examinar los argumentos que aduce el autor a que nos estamos refiriendo, en base al artículo 1.458 ya que las razones que impulsaron al legislador a incluir ese artículo no están lo suficientemente claras como para basar en él una argumentación sólida. En todo caso, desde nuestro punto de vista, el problema no sólo está en relación con el tema de la licencia marital sino también con el de las donaciones entre cónyuges, tema éste que nos alejaría demasiado del que es objeto de nuestro estudio.

Por último, hemos de hacer alusión a los argumentos sistemáticos. Los artículos 60 y 61 parecen a De la Cámara corolario o complemento de la regla general sentada por el artículo 59 que confía al marido la administración de los bienes de la sociedad conyugal. Si esto es así, la limitación de la actuación de la mujer en ellos sólo tendría sentido en un régimen en el que, realmente, esa administración estuviera confiada a aquél, es decir, en el dotal, el de gananciales o cualquier otro de comunidad en que se hubiera convenido esa forma de administración.

Realmente esta es la impresión que produce la lectura y ubicación de los artículos que tratamos. Por otra parte, esa sería la consecuencia lógica de lo que afirmábamos líneas más arriba: el legislador sólo tiene presente la comunidad de gananciales. Eso le impulsa a redactar el artículo 59, y los posteriores estarían en estrecha conexión con él.

Pero antes de seguir adelante podríamos preguntarnos si, partiendo del criterio de la situación de estos artículos, no podría llegarse igualmente a la solución contraria, ya que es claro que, en la sistemática del Código, los artículos 56 a 66 antiguos estaban totalmente des-

(46) DE LA CÁMARA: *Reflexiones en torno a la capacidad...*, cit., pág. 110.

conectados de régimen alguno y formaban parte de un título sólo referido al matrimonio en general. Una vez más se pone de relieve la dificultad de hallar un fundamento único a las soluciones adoptadas en esta materia por nuestro Código. De todas formas, ese criterio sistemático cae por su base dada la fuerza de los argumentos que obligan a sostener que, a pesar de la ubicación de esos artículos, realmente están redactados en vistas de la comunidad de gananciales.

El artículo 65 y la relación entre el 61 y el 1.263-3.º son las siguientes bases para la argumentación de De la Cámara. El hecho de que el primero de ellos, el 65, conceda facultades de impugnación sobre los actos realizados por la mujer casada sin licencia no sólo al marido sino también a los herederos de éste, le lleva a concluir que éstos últimos deben tener algún interés económico efectivo. Eso sólo puede suceder en comunidad de gananciales, en el régimen dotal u otro de comunidad por el que se comuniquen los frutos de los bienes de los cónyuges, pero nunca bajo el régimen de separación.

También la supuesta antinomia entre los artículos 61 y 1.263-3.ª aparece resuelta con sólo considerar que cada uno de ellos se colocaba en una perspectiva diferente. El artículo 61 se refería a la mujer casada bajo el régimen de gananciales (u otro que encomendara al marido la administración de los bienes de la sociedad conyugal), mientras que el artículo 1.263, por el contrario, contemplaba la capacidad contractual de la mujer casada en general, abstracción hecha del régimen de bienes que rigiera el matrimonio.

El resultado último de esta teoría abocaba a la idea de que las limitaciones anteriormente contenidas en los artículos 60 y 61 no eran sino proyección de las potestades administrativas del marido, de tal forma que sólo podrían darse cuando realmente el régimen económico a que estuvieran sometidos los cónyuges le encomendara a éste dicha administración. La licencia se justificaría en función de un régimen y sólo dentro de él. Ese régimen no podía ser otro en nuestro Código que el de la comunidad de gananciales.

Estamos ya muy lejos de la autoridad marital. La licencia cobraba un sentido nuevo al enmarcarse en un régimen económico concreto cuya estructura y funcionamiento podría, en algún modo, explicar su existencia y limitarlo al mismo.

No es necesario que repitamos que la teoría expuesta, algunos de cuyos argumentos no son demasiado sólidos, significaba un paso adelante en la consideración de la licencia en nuestro sistema. Pero, con todo, si respecto a la mujer separada de bienes esta tesis suponía un avance al liberarla de aquel requisito en sus actuaciones jurídicas, no sucedía lo mismo respecto a la mujer casada bajo el régimen legal supletorio de nuestro Código, dentro del cual parecía hallar plena justificación la licencia. Realmente, partiendo del plano positivo en que habían de colocarse estos autores, no podía llegarse más allá. Pero, aun así, es indudable que hubiera debido darse un paso más y plantearse si, incluso dentro de ese régimen, si la estructura y funcionamiento del mismo, permitían justificar seriamente la existencia de esa serie de limitaciones que se imponían a la mujer casada.

## 2. CRÍTICA Y SUPERACIÓN DE LAS ANTERIORES TEORÍAS.

Hemos visto cómo las normas de nuestro Código civil, hasta fechas muy recientes, consagraban una potestad marital y una supremacía del marido que no sólo se manifestaba en el ámbito personal sino que alcanzaba incluso al patrimonial, una de cuyas más relevantes manifestaciones era la institución de la licencia marital. Ciertamente, como acabamos de poner de relieve, doctrina y jurisprudencia fueron templando la aplicación de aquellos preceptos empujados por una realidad social que superaba a la legislativa. Corolario de esta evolución sería la ley, tantas veces citada, de 2 de mayo de 1975. No obstante, antes de entrar en su examen, creemos interesante referirnos a los sistemas francés e italiano, en los que una serie de reformas graduales fueron jalonando su avance legislativo en pro de lograr esa difícil conjunción entre la independencia de los cónyuges y la necesaria unidad en el seno de la familia.

Proclamado el principio de igualdad en las Constituciones y Leyes Fundamentales de gran número de países, su aplicación, so pena de que aquellos principios quedaran reducidos a letra muerta, llevaron consigo la supresión de las normas que modificaban o restringían la capacidad de obrar de la mujer casada y, fundamentalmente, la venia o licencia marital.

No obstante, la plasmación legislativa de estas reformas ha seguido un proceso gradual y lento que no hace sino poner de relieve, no sólo las peculiares características del Derecho de Familia, poco pronto a las innovaciones y especialmente apegado a esquemas tradicionales, sino también la misma dificultad de la materia que excluye todo intento de soluciones simplistas.

### A) *Examen de las legislaciones francesa e italiana.*

Buen ejemplo de ese desenvolvimiento gradual nos lo brindan las legislaciones francesa e italiana en las que sucesivas y parciales reformas han ido jalonando, de forma muy definida, el intento de plasmación del principio de igualdad jurídica de los cónyuges en el seno de una necesaria y superior unidad familiar.

#### a) *Evolución del sistema positivo francés.*

a') *La potestad marital en el artículo 213 y siguientes del "Code" de 1804.*

El Código civil francés de 1804 consagraba el principio de jefatura familiar del marido con caracteres de rigurosa potestad ejercida sobre la persona de la mujer. Su artículo 213 se expresaba en términos que no daban lugar a duda alguna: "Le mari doit protection à sa femme, la femme obéissance à son mari". De este principio se derivaban otros,

tanto en el aspecto personal como en el patrimonial, en los que el papel pasivo de la mujer se ponía de manifiesto. Esta debía seguir al marido allá donde éste tuviera a bien establecer el domicilio familiar; el marido soportaba todas las cargas del hogar (art. 214); necesitaba concurso o consentimiento escrito de aquél para los actos más importantes de la vida jurídica, incluso en régimen de separación de bienes (art. 217); la autorización había de ser especial (art. 223); no podía administrar sus propios bienes en el sistema de comunidad pues el marido centraba en sus manos la totalidad de aquéllos (art. 1.428). En una palabra, la mujer era considerada una incapaz (por eso podía impugnar los actos realizados por ella misma sin la necesaria licencia marital, art. 225) y, consecuencia de ello, eran aquellos deberes de obediencia para la mujer y protección que el artículo 213 encomendaba al marido.

b') *La jefatura familiar en la ley de 18 de febrero de 1938. Plena capacidad jurídica de la mujer casada.*

El primer paso para la superación de esta situación sería dado por la ley de 18 de febrero de 1938 que, dando nueva redacción al artículo 213, sustituyó aquellos deberes de protección por parte del marido y de obediencia por parte de la mujer, por la atribución al primero del carácter de jefe de familia (47). Evidentemente, la primacía del marido continuaba pues, en base a aquella atribución, le pertenecía el derecho de elección de residencia (art. 213), la obligación de atender al mantenimiento de la mujer (art. 214) y, en general, todo lo que corresponde a la dirección de la familia. Pero a la mujer, no sólo le es reconocida su plena capacidad civil (48), de tal forma que no necesita ya de la licencia marital para sus actuaciones jurídicas, sino que se le concede la posibilidad de administrar determinados bienes (49), de contribuir, en la medida de sus facultades, al sostenimiento de las cargas del hogar (art. 214), o de recurrir al Tribunal contra la elección de residencia hecha por su marido (art. 213). Su papel pasivo y su incapacidad ya no son tales, si bien la preponderancia dentro del hogar siga correspondiendo al marido. Aquella jefatura marital que le es atribuida, no parece estar limitada, en principio; pero ya las nociones de interés del hogar e interés de la familia aparecen, aunque por referen-

---

(47) *Artículo 213*: "Le mari, chef de la famille, a le choix de la résidence du ménage; la femme est obligée d'habiter avec son mari, celui-ci est tenu de la recevoir. Un droit de recours au tribunal, statuant en chambre du conseil, le mari dûment appelé et le ministère public entendu, est ouvert à la femme contre une fixation abusive de la résidence du ménage par le mari..."

(48) *Artículo 215*: "La femme mariée a le plein exercice de sa capacité civile. Les restrictions à cet exercice ne peuvent résulter que de limitations légales ou du régime matrimonial qu'elle a adopté".

(49) En realidad, la Ley de 1938 no hace sino incluir en el artículo 214 las prescripciones contenidas en la Ley de 13 de julio de 1907, sobre el libre salario de la mujer casada.

cia, no a la jefatura marital, sino a la posibilidad de oposición por parte del marido al ejercicio de una profesión por la mujer (50).

c') *Concurrencia de la mujer en la dirección de la familia. Jefatura marital como derecho-función en la Ley de 22 de septiembre de 1942.*

Un paso más se efectúa en virtud de la Ley de 22 de septiembre de 1942 en la que la cualidad de jefe de familia, que se atribuía al marido, viene matizada por el carácter de función que ha de ejercerse en interés común del hogar y de los hijos (51). Y no sólo eso. La mujer concurre con el marido, según la nueva redacción del artículo 213, en la dirección moral y material de la familia, en su sostenimiento y en la educación de los hijos, sustituyendo a aquél en su función cuando no pueda el mismo desempeñarla (52). La mujer, pues, participa ya activamente en la dirección del hogar, y el marido carece ya de aquellos poderes absolutos que tenía en el Código de 1804. Con todo, subsisten aún viejas reminiscencias que siguen situando al marido en distinta posición que a la mujer. Sobre él pesan, a título principal, las cargas del hogar y la obligación de proporcionar a la mujer lo necesario para su subsistencia (art. 214), y sigue teniendo el derecho de elegir el lugar de residencia familiar, aunque ahora la mujer pueda ser autorizada a residir en otro lugar cuando el elegido por el marido presente para la familia peligro de daños de orden psíquico o moral (art. 215).

d') *La Ley de reforma de los regímenes económico-matrimoniales de 13 de julio de 1965.*

Llegamos así a la reforma, más ambiciosa que las anteriores, de 13 de julio de 1965; mas en ella no se altera el artículo 213, por lo que el marido sigue siendo considerado jefe de la familia, función que ha de ejercer en interés de la misma. La elección de residencia sigue perteneciéndole, con la posible oposición de la mujer (art. 215), y también sigue pesando sobre el marido la obligación de atender a las cargas del hogar a título principal (art. 214). Con todo, esta reforma

---

(50) *Artículo 216*: "Le mari peut, sauf dans les cas prévus par le troisième alinéa de l'article 213, s'opposer à ce que la femme exerce une profession séparée. Si l'opposition du mari n'est pas justifiée par l'intérêt du ménage ou de la famille, le tribunal peut, sur la demande de la femme, autoriser celle-ci à passer outre à cette opposition...".

(51) *Artículo 213*: "Le mari est le chef de la famille. Il exerce cette fonction dans l'intérêt commun du ménage et des enfants...".

(52) *Artículo 213*: "La femme concourt avec le mari à assurer la direction morale et matérielle de la famille, à pourvoir à son entretien, à élever les enfants et à préparer leur établissement.

La femme remplace le mari dans sa fonction de chef s'il est hors d'état de manifester sa volonté en raison de son incapacité, de son absence, de son éloignement ou de toute autre cause".

acentúa la idea de solidaridad entre los esposos (53), consagra el superior interés de la familia, que ha de presidir todas las actuaciones de los cónyuges (54), plasma definitivamente la idea de igualdad de estos dentro del matrimonio (55), valora la actividad de la mujer en el hogar (art. 214) y estructura, en fin, todos estos principios en un capítulo aplicable a los esposos cualquiera que sea el régimen económico-matrimonial por ellos elegido (56). Es el régimen matrimonial primario, que tanto predicamento alcanza hoy en las legislaciones europeas (57).

e') *Ultima etapa de una evolución: atribución conjunta a los cónyuges de la dirección de la familia. Ley de 4 de junio de 1970.*

Pero no iba a ser éste el último paso que daría la legislación francesa en la materia que nos ocupa. En efecto, por ley de 4 de junio de 1970, aquella jefatura marital que había respetado la ley de 1965 va a desaparecer, siendo sustituida por una atribución conjunta a los esposos de la dirección moral y material de la familia. "Les époux —dice ahora el artículo 213— assurent ensemble la direction morale et matérielle de la famille. Ils pourvoient à l'éducation des enfants et préparent leur avenir". Por otra parte, los deberes de los esposos, particularmente los de vida en común, se estructuran en un plano recíproco (art. 215) y la elección de la residencia familiar tiene lugar ahora, no por decisión unilateral del marido, sino de común acuerdo entre los cónyuges (art. 215-2.º). Es verdad que, en caso de desacuerdo, continúa prevaleciendo la decisión del marido, pero, por un lado, la mujer puede recurrir al tribunal si esa decisión del marido presenta inconvenientes graves para la familia y, por otro, es claro que el poder decisorio últi-

(53) Así, por ejemplo, el artículo 220 establece que cada uno de los esposos puede realizar sólo los contratos que tengan por objeto el sostenimiento del hogar o la educación de los hijos, obligando solidariamente al otro cónyuge por el acto así realizado. El mandato doméstico de la mujer desaparece y es sustituido por esta solidaridad entre los esposos respecto a los asuntos del hogar.

(54) El artículo 220-1.º establece la adopción de medidas urgentes de tipo judicial para el caso de que cualquiera de los esposos falte gravemente a sus deberes y ponga así en peligro los intereses de la familia.

(55) *Artículo 216*: "Chaque époux a la pleine capacité de droit; mais ses droits et pouvoirs peuvent être limités par l'effet du régime matrimonial et des dispositions du présent chapitre". Esta idea general se plasma en muchos otros artículos, como el 218, 221, 223, 224, etc.

(56) *Artículo 226*: "Les dispositions du présent chapitre, en tous les points où elle ne réservent pas l'application des conventions matrimoniales sont applicables, par le seul effet du mariage, quel que soit le régime matrimonial des époux".

(57) Vid. sobre este tema, RENAULD: *Rapport introductif en Les régimes matrimoniaux* (Travaux de la deuxième Journée d'études juridiques Jean Dabin), Bruxelles, 1966, págs. 91 y ss.; RENARD: *Le régime matrimonial de droit commun. Projets belges de réforme et Droit Comparé*. Bruxelles, 1960, páginas 66 y ss.; BAETEMAN: *Etat des travaux de réforme en Belgique en Les régimes matrimoniaux...* cit., págs. 203 y ss.; BOSCH: *La réforme des régimes matrimoniaux dans le Droit de la République Fédérale Allemande en Les régimes matrimoniaux...* cit., págs. 295 y ss.

mo ha de atribuirse a alguno de los cónyuges en caso de desacuerdo, so pena de arbitrar otro recurso que no podía ser sino el de la intervención judicial. Este es el sistema que, como veremos, se ha adoptado en Italia, no estando tampoco exento de críticas. El problema, pues, no se sitúa ya tanto en el plano de igualdad de los cónyuges como en el de la técnica legislativa a adoptar para el caso de desacuerdo entre aquéllos, problema que conduce indefectiblemente a la alternativa entre la atribución del poder decisorio último a uno de los cónyuges, o bien, a la necesidad de intervención judicial.

No queremos acabar este rápido examen de la evolución legislativa francesa sobre este punto, sin aludir al párrafo 2.º del artículo 214 en el que, aún después de la reforma de 1970, se sigue estableciendo que las cargas del matrimonio incumben, a título principal, sobre el marido. No deja de causar extrañeza el mantenimiento de ese principio en un sistema como el francés en el que los cónyuges tienen reconocidos los mismos derechos y, por tanto, deberían asumir las mismas obligaciones. El problema fue ya planteado al redactarse la ley de 1965, pues en la Exposición de Motivos del antiguo proyecto, se hablaba de abandonar esa concepción. Pero la Asamblea Nacional optó por el mantenimiento de la misma a instancias del diputado M. Mostache (58), que consideraba que de esta forma se aseguraba mejor la fijación de la pensión alimenticia debida por el marido para el mantenimiento de la mujer y los hijos en caso de divorcio, separación de cuerpos, o abandono del hogar por aquél.

Desde nuestro punto de vista, el mantenimiento de esa obligación supone hoy una injustificada discriminación al colocar al marido en una posición de desventaja que, si aún en 1965 pudiera explicarse, es, después de la Ley de 1970, totalmente injustificada y contraria a los principios inspiradores de la misma.

#### b) *Evolución del sistema positivo italiano.*

Pasamos así a la legislación italiana en la que, como vamos a poner de relieve, se observan igualmente una serie de pasos que van marcando el tránsito de una concepción absolutista de la potestad marital hacia un nuevo concepto de participación de ambos cónyuges en la dirección de la familia, consecuencia ineludible de la nueva consideración de la mujer dentro de la misma.

a') *La jefatura marital en el Código de 1865. Abolición de la licencia por la Ley de 17 de julio de 1919.*

El Código italiano de 1865 atribuía al marido la jefatura de la familia (59) y la facultad de elegir residencia para la misma (60), in-

(58) Vid. HAMIAUT: *La réforme des régimes matrimoniaux (Loi n.º 65-570 du 13 juillet 1965)*, París, 1965, pág. 42, nota 2.

(59) *Artículo 131*: "Il marito è capo della famiglia...".

(60) *Artículo 131*: "... la moglie segue la condizione civile di lui, ne assume il cognome, ed è obbligata ad accompagnarlo dovunque egli creda opportuno di fissare la sua residenza".

poniéndole, correlativamente, el deber de proteger a la mujer así como el de suministrarle todo lo necesario para su mantenimiento (61). Aquélla, si bien estaba obligada a seguir a su marido allá donde éste fijara su residencia, no asumía el deber de obediencia hacia el marido que en otros Códigos se consagraba como correlativo de la protección que había de suministrarle aquél. La posición preeminente del marido se manifestaba además en la necesidad, por parte de la mujer, de proveerse de autorización marital para los actos más importantes de la vida jurídica (62), y la falta de la misma daba lugar a una nulidad que no sólo podían oponer el marido o sus herederos sino la misma mujer. La incapacidad, pues, de ésta se consagraba en este Código, como lo había sido en el francés de 1804, si bien aquí de una forma algo más atenuada.

Por ley de 17 de julio de 1919 se abolió la licencia marital y, en consecuencia, los artículos 134 a 137 del Código civil italiano. La mujer tenía plena capacidad civil pero la situación preeminente del marido dentro de la familia continuaba subsistente.

b') *El Código de 1942.*

El Código de 1942 no supuso cambio alguno, en este punto, respecto al Derecho anterior. Dejó subsistente, en el artículo 144, la potestad marital al continuar considerando al marido jefe de la familia y al conservar el deber de protección de éste hacia la mujer (artículo 145). Más interesantes son los proyectos que, con posterioridad a este Código, se fueron elaborando en Italia con el fin, no sólo de controlar el ejercicio de los poderes familiares atribuidos al marido, sino de hacer partícipe a la mujer en los mismos (63).

c') *La dirección unitaria de la familia en el proyecto Reale Oronzo. Poder decisorio último encomendado al marido. Intervención judicial.*

El Proyecto de 1967, o proyecto Reale Oronzo (64), contiene en treinta artículos una revisión del Código de 1942 que afecta, entre otros, a los artículos que nos ocupan. Los dos puntos esenciales que

---

(61) *Artículo 132*: "Il marito ha il dovere di proteggere la moglie, di tenerla presso di sè e di somministrarle tutto ciò che è necessario ai bisogni della vita in proporzione delle sue sostanze. La moglie deve contribuire al mantenimento del marito, se questo non ha mezzi sufficienti".

(62) *Artículo 134*: "La moglie non può donare, alienare beni immobili, sottoporli ad ipoteca, contrarre mutui, cedere o riscuotere capitali, costituirsi sicurtà, nè transigere o stare in giudizio relativamente a tali atti, senza l'autorizzazione del marito...".

(63) GIORGIANNI: *Il governo della famiglia en La riforma del Diritto de Famiglia*. Quaderni della Rivista di Diritto Civile. Padova, 1967, pág. 31.

(64) Cuyo texto, así como las opiniones doctrinales sobre el mismo pueden verse en: *La riforma del Diritto di Famiglia* (Atti del Convegno di Venezia 30 Aprile-1 Maggio 1967). Quaderni della Rivista di Diritto Civile, Padova, 1967.

nos interesa resaltar se centran, por un lado, en la situación de los cónyuges en un plano de absoluta igualdad respecto a la contribución a las cargas del matrimonio, así como la valoración, a ese respecto, del trabajo doméstico de la mujer (65) y, por otro, en la consagración de una dirección unitaria de la vida familiar por ambos cónyuges, a los que también corresponde conjuntamente la elección de residencia de la familia (66). Como consecuencia de esas dos ideas, el proyecto preveía la desaparición de la declaración del artículo 144 sobre la jefatura del marido en la familia, así como la del artículo 145 sobre el deber de protección que aquél debía dispensar a la mujer.

Con expresión de Trabucchi (67), el Proyecto consagraba el acuerdo de los cónyuges como ley ideal del gobierno de la familia, así como de la elección de residencia familiar por parte de los esposos. Pero ¿qué solución se arbitraba para el caso de que éstos no llegasen a un acuerdo? De forma similar a lo que se establecía en el artículo 215 del Código Civil francés después de la reforma de 1970, el Proyecto de que tratamos hace prevalecer la decisión del marido en caso de desacuerdo de los esposos (68), brindando a la mujer, no obstante, la posibilidad de recurrir al juez (69) cuando esa decisión sea gravemente perjudicial para la vida de la familia (70). No vamos a repetir aquí lo que ya dijimos sobre esa atribución del poder último decisorio al marido (71) al hablar de la legislación francesa.

(65) *Artículo 2.º Proyecto Reale Oronzo* (adición al artículo 143 del Código de 1942): "Entrambi debbono contribuire con il lavoro professionale o casalingo e con le loro sostanze a soddisfare le esigenze della famiglia...".

(66) *Artículo 3.º Proyecto Reale Oronzo* (sustituyendo al artículo 144 del Código de 1942): "I coniugi stabiliscono d'accordo l'indirizzo unitario della vita familiare e fissano la residenza della famiglia in considerazione delle esigenze e degli interessi di questa...".

(67) *I principi generali della riforma nel sistema del Diritto di Famiglia en La riforma del Diritto di Famiglia*. Quaderni della Rivista di Diritto Civile. Padova, 1967, pág. 16.

(68) *Artículo 3.º, párrafo 2.º Proyecto Reale Oronzo*: "In caso di disaccordo prevale la decisione del marito".

(69) Sobre esta intervención judicial en el gobierno de la familia pueden verse las abundantes críticas, tanto favorables como desfavorables, que con motivo de la elaboración de este Proyecto fueron hechas por la doctrina italiana. Vid. las relaciones e intervenciones de TRABUCCHI, GIORGIANNI, RODOTA, SIMONETTO, LIPARI, FERRI, FUNALOLI, SCADUTO, BETTI, SCONAMIGLIO, SANTORO-PASSARELLI y SCHLESINGER, principalmente, en *La riforma del Diritto di Famiglia* (Atti del Convegno di Venezia 30 Aprile-1 Maggio 1967). Quaderni della Rivista di Diritto Civile, Padova, 1967, págs. 9 y ss.

(70) *Artículo 4.º Proyecto Reale Oronzo* (sustitución del artículo 145 del Código de 1942): "La moglie, nel caso in cui la decisione del marito siano gravemente pregiudizievole per la vita della famiglia, può ricorrere al giudice prospettando la soluzione che considera adeguata...".

(71) La doctrina italiana no considera esta solución como contraria al principio de igualdad de los cónyuges, opinión en la que nosotros participamos. Así SCHLESINGER: *L'intervento del giudice. La parità dei coniugi en La riforma...* cit., pág. 222, estima que no puede acusarse de incoherencia al citado Proyecto por haber afirmado, por un lado, la paridad y, por otro, haber atribuido prevalencia a la opinión del marido, ya que en caso de discordancia.

El Proyecto, pues, se centra en torno a la parificación de la posición y de la función del marido y de la mujer en el ordenamiento de la familia, aboliendo todas aquellas normas que en el Código de 1942 obstaculizaban o se oponían a esa idea.

Pero este Proyecto no tuvo plasmación legislativa y los artículos de aquel Código continuaban en vigor, en contraste, no sólo con las exigencias de una nueva realidad, sino con la propia Constitución italiana que, en sus artículos 3.º y, especialmente, 29, declara que el matrimonio se basa en la igualdad moral y jurídica de los cónyuges con los límites establecidos por la ley en garantía de la unidad familiar. Precisamente la "Corte Costituzionale" tuvo ocasión de pronunciarse en este sentido el 13 de julio de 1970, declarando la ilegitimidad constitucional del párrafo 1.º del artículo 145 del Código Civil (72).

d') *Proyecto de 1971-72 y Ley de 19 de mayo de 1975. Rechazo de toda prevalencia marital. Dirección unitaria de la familia e intervención judicial.*

Nuevo intento de reforma, sobre la base del Proyecto Reale, lo constituyó el Proyecto de 1971-72 (73). Como decimos, aun basado en el Proyecto de 1967, se trataron de superar en éste las críticas hechas a aquél "en nombre de una observación más rigurosa del principio de paridad" (74), rechazando toda prevalencia de la voluntad del marido sobre la de la mujer. La diferencia fundamental del mismo respecto a su precedente, estribaba en la acentuación de la idea del interés de la familia y de la colaboración de ambos cónyuges en pro de la satisfacción del mismo, si bien trataba esto de conjugarse con el interés singular de cada uno de aquellos. Mas, lo verdaderamente relevante de este Proyecto es el hecho de haber servido de base a la Ley de 19 de mayo de 1975, que contiene la reforma más sustancial sobre la materia habida en Italia y que pasamos a examinar a continuación.

---

había de darse prevalencia a la opinión de uno sólo para superarla. Un legislador futuro, añade este autor, podría dar prevalencia a la opinión de la mujer y, en todo caso, tanto una como otra solución estaría respetando la igualdad de los cónyuges que siempre, como en este caso, se limitaría en pro de la unidad familiar que debe primar sobre todo.

(72) Esta sentencia se halla recogida en BIN: *Materiali integrativi per lo studi del Diritto di Famiglia*. Torino, 1972, págs. 186 y ss.

(73) Este Proyecto fue aprobado por la Comisión permanente de Justicia de la Cámara de Diputados el 1 diciembre 1971 y transmitido al Senado. La anticipada disolución de la Cámara impidió el examen del mismo por el Senado. Fue aprobado nuevamente por la IV Comisión de la Cámara, y sin reforma alguna, el 18 de octubre de 1972. Su texto y comentarios doctrinales pueden verse en: *La riforma del Diritto di Famiglia* (Atti del II Convegno di Venezia 11-12 marzo 1972). Quaderni della Rivista di Diritto Civile, Padova, 1972, y en *Sulla riforma del Diritto di Famiglia*. Padova, 1973, págs. 287 y ss.

(74) TRABUCCHI: *Il governo della famiglia* en *La riforma del Diritto di Famiglia...* cit., pág. 44.

Más subrayada que en Proyecto Reale Oronzo pero coincidiendo exactamente con la redacción del Proyecto de 1971-72, la paridad de los cónyuges se consagra en el nuevo artículo 143-1.º (artículo 24 de la Ley), al declararse en él que "Con il matrimonio il marito e la moglie acquistano gli stessi diritti e assumono i medesimi doveri" (75). Esta reciprocidad de derechos y deberes, unida a la colaboración de ambos esposos en interés de la familia se encuentra, asimismo, en los párrafos 2.º y 3.º del mismo artículo por referencia a los deberes de fidelidad, asistencia moral y material, cohabitación y contribución a las cargas del matrimonio (76).

El acuerdo de los cónyuges continúa siendo la base de la dirección unitaria de la familia (77) pero, por un lado, se suprime el poder decisorio último, confiado al marido en el Proyecto de 1967, y, por otro, como decíamos líneas más arriba, se conjugan las exigencias de ambos esposos con el interés preeminente de la familia que vuelve a ser subrayado aquí. De esta forma, el artículo 144 del Código civil italiano (artículo 26 de la Ley) ha quedado redactado así: "I coniugi concordano tra loro l'indirizzo della vita familiare e fissano la residenza della famiglia secondo le esigenze di entrambi e quelle preminenti della famiglia stessa. A ciascuno dei coniugi spetta il potere di attuare l'indirizzo concordato" (78).

En caso de desacuerdo sobre la dirección de la vida familiar o fijación de la residencia, no es el marido quien decide sino que, según el artículo 27 de la Ley (sustitutivo del anterior artículo 145 del Código) cada cónyuge, y no sólo la mujer, puede pedir esa intervención judicial (79). El juez, tras intentar el acuerdo de los esposos sin éxito, adoptará la solución que considere más adecuada a las exigencias de la unidad y de la vida familiar, en base a las indicaciones de aquéllos.

(75) SANTORO PASSARELLI: *Significato attuale del Diritto nell'organizzazione e nella vita della famiglia* en *La riforma...* cit., pág. 11, se pregunta si esa afirmación debe hacerse cuando la realidad social presenta una familia en la que las competencias no son las mismas para marido y mujer, y si el principio de igualdad moral y jurídica de los cónyuges comporta necesariamente que ambos deban tener en la familia idéntica posición.

(76) Artículo 143-2.º y 3.º: "Dal matrimonio deriva l'obbligo reciproco alla fedeltà, all'assistenza morale e materiale, alla collaborazione nell'interesse della famiglia e alla coabitazione. Entrambi i coniugi sono tenuti, ciascuno in relazione alle proprie sostanze e alla propria capacità di lavoro professionale o casalingo, a contribuire ai bisogni della famiglia".

(77) A decir de TRABUCCHI: *Il governo della famiglia*, cit., pág. 48, el criterio del común acuerdo de los cónyuges, aun no siendo una novedad, contiene otra importante afirmación de principio: el acuerdo no es sólo un medio de decisión, sino también objeto de una obligación esencial para los que viven en matrimonio. La afirmación de tal obligación viene también a dar a cada cónyuge la posibilidad de sustraerse a la prepotencia del otro.

(78) El último párrafo de este artículo no aparecía en el Proyecto de 1971-72.

(79) Intervención que para SANTORO PASSARELLI: *Significato attuale del Diritto...* cit., pág. 12, debería configurarse como secundaria e indicativa y no primaria y dispositiva. La intervención del juez primaria y vinculante, añade este autor, contradice el reconocimiento de los derechos de la familia como

Como puede observarse, esta intervención judicial, objeto de numerosas críticas en el anterior proyecto, no sólo se mantiene en la ley sino que incluso se le da más relevancia por la posibilidad del juez de intervenir también en la determinación de decisiones positivas para el funcionamiento de la familia. Es lo que ha llamado Trabucchi "un poder sustitutivo de gobierno" (80).

c) *Recapitulación de ideas. Reciprocidad en la estructuración de los derechos y deberes de los cónyuges. Dirección unitaria de la familia a través de la participación de ambos esposos. Consagración del interés de la familia. Solidaridad y colaboración.*

Las direcciones legislativas examinadas hasta aquí, ponen de relieve, más que en sus aspectos concretos en su significado global, la tendencia generalizada a superar las concepciones tradicionales en que los Códigos decimonónicos basaban su regulación sobre la materia. El modelo legislativo tradicional del gobierno de la familia se basaba en un principio muy simple: el marido, como jefe de la misma, estaba legitimado, de modo consecuente con su capacidad económica, para asumir toda decisión sobre la dirección del hogar familiar. La unidad de la familia se aseguraba por una estructuración jerárquica, autoritaria y exclusivista. En consecuencia, había que controlar de alguna manera la actuación de la mujer, y de los restantes miembros de la familia, para evitar que pudiera ir en detrimento de esa posición que ocupaba el marido en la organización familiar. Esta situación, por lo demás, llevaba aneja, no sólo una serie de derechos, sino también un complejo de deberes que recaían sobre el marido a título principal.

La evolución legislativa, forzada por la social, se dirige en primer lugar a suprimir las trabas que pesaban sobre la actuación jurídica de la mujer y a declarar su plena capacidad civil. Pero para lograr la efectividad de esos principios, se vuelve la vista hacia la posición de ella en la familia y a esa estructura jerarquizada peculiar, a que antes nos hemos referido. A partir de ese momento el problema se centra en la efectiva realización del principio de igualdad, no ya en general, sino en el seno de la familia. La paridad de los cónyuges aboca a la necesidad de garantizar a la mujer el poder de concurrir a las decisiones que afectan a la dirección de la vida familiar. Las legislaciones, en una progresiva evolución, tratan de plasmar aquellos principios. Los

---

sociedad natural. SCHELESINGER: *Il governo della famiglia...* cit., pág. 57, tampoco considera la intervención del juez adecuada para lograr el principio de igualdad de los cónyuges. GIAMPICCOLO: *Singole osservazioni su tutti i temi della riforma* en *La riforma...* cit., págs. 171-72, estima que esa es la única solución posible aunque no sea satisfactoria. Vid. también las opiniones de RODOTA (págs. 181 y ss. de *La riforma...* cit.); LIPARI (pág. 225, loc. cit.) y PULEO (pág. 273, loc. cit.). La doctrina, en general, puede decirse que no es favorable a esta intervención judicial.

(80) *Il governo della famiglia...* cit., pág. 50.

efectos del matrimonio van referidos a ambos cónyuges. La dirección de la familia es conjunta. Las cargas no pesan ya a título principal sobre el marido, sino que, tanto él como la mujer, han de contribuir proporcionalmente.

Pero la preocupación esencial, en esa difícil tarea emprendida por los legisladores, se centra en la necesidad de compatibilizar esa igualdad jurídica de los cónyuges con la unidad del grupo familiar. Para ello, se matiza esa igualdad con las ideas de solidaridad y colaboración y, sobre todo, se instaura como valor supremo, que es a la vez límite de toda actuación de los esposos, el interés de la familia.

B) *Las soluciones en nuestro Derecho. Necesidad de superación.*

Si hemos recapitulado ideas brindadas por otras legislaciones no ha sido con otro objeto que el de revisar las soluciones adoptadas por nuestro Código, aun después de la reciente reforma, en orden a la posible superación de las mismas.

Hasta épocas muy recientes, nuestro Código se colocaba prácticamente en la fase inicial de esta evolución legislativa. Que no consagrara una incapacidad de la mujer y que doctrina y Jurisprudencia convinieran en que no se debía hablar de potestad marital rigurosa, sino de un derecho-función, no variaba demasiado el planteamiento. El artículo 57 seguía hablando de que el marido debía proteger a la mujer y ésta obedecer a aquél. El 58 de que aquélla debía seguir al marido dondequiera fijara su residencia, con sólo una causa que la eximiera de ese deber. Y los 60 y 61 seguían consagrando una licencia marital que, aun partiendo de su aplicación restrictiva, cubría un amplio ámbito de actuación de la mujer.

La superación de estas soluciones era tarea ineludible de nuestro legislador. Pero, precisamente, el ejemplo de otras legislaciones, que sólo a través de una evolución gradual han conseguido la plasmación de los nuevos principios, debía ponernos en guardia contra soluciones precipitadas o no adaptadas a nuestra realidad social. Nuestro retraso respecto a esas legislaciones era tan patente y eran tantos los puntos que habían de ser sometidos a revisión que de nada hubiera valido el tratar de quemar etapas en un supremo intento de adaptación.

a) *Tendencias generales a que había de dirigirse nuestra legislación: supresión de la licencia marital; consagración del interés de la familia; la dirección de la misma; derechos y deberes de los cónyuges.*

Existían puntos que, de forma inexcusable, habían de ser revisados en nuestra legislación, pues la realidad social había saltado por encima del sistema legal. La institución de la licencia marital carecía de toda justificación. Ni podía basarse en la incapacidad de la mujer casada, ni tampoco en la potestad marital, entendida como expresión de una posición preeminente del marido y abarcando los aspectos personal y patrimonial. Ni siquiera entendiendo la autoridad marital como un

derecho-función dirigido a actuar la unidad de dirección de la familia, alcanzaba justificación ese mecanismo de control que era la licencia marital. La unidad de dirección de la familia y el supremo interés de ésta sobre los peculiares de los cónyuges, son ideas que tienden a consagrar y que consagran hoy las legislaciones, cuando la institución de la licencia hace tiempo que ha desaparecido de su sistema positivo. Y es que ésta para nada obsta a esa unidad y se coloca en un plano distinto del de la dirección de la familia. La unidad de dirección de la misma no justifica la atribución de poderes exclusivos y de control al marido. Esa misma finalidad se logra en otras legislaciones recurriendo a una dirección conjunta o al común acuerdo de los cónyuges.

Situados en esta perspectiva, abolida la licencia marital y conservando ambos cónyuges su capacidad dentro del matrimonio, sería preciso abordar el problema de la actuación práctica de esa igualdad en lo relativo a la dirección de la vida familiar. A nuestro parecer, este problema es mucho más delicado que el anterior y pueden seguirse varios sistemas. La tendencia que hemos observado en otros ordenamientos, es la de atribuir la dirección conjuntamente a ambos esposos y basar en el común acuerdo el gobierno de la familia. Realmente, la idea de paridad se lleva a cabo así de forma rigurosa, pero el recurso a la intervención judicial, para el caso de desacuerdo, empaña el brillo de esta solución. Otra forma de resolver el problema sería la de distribuir funciones entre los esposos, teniendo en cuenta que la igualdad no tiene por qué significar identidad de funciones. Mas, en todo caso, habría de presumirse que ambos cónyuges estaban legitimados para actuar, conjunta o separadamente, en los asuntos relativos al hogar, respondiendo solidariamente por las deudas así contraídas por cualquiera de ellos.

Pero lo realmente fundamental en este ámbito, más que el mecanismo técnico elegido para aunar la igualdad de los esposos con la unidad de dirección de la familia, sería la consagración como valor supremo, que regiría y limitaría las actuaciones de aquéllos, el del interés de la familia. La protección de este superior interés y no la de la mujer, ya plenamente capaz, justificaría limitaciones recíprocas que ahora no irían en detrimento del principio de igualdad por alcanzar a ambos cónyuges por igual. El interés de la familia se erigiría en la ley fundamental que presidiría e informaría toda posible actuación de ambos cónyuges. ¿Ha respondido la Ley de 2 de mayo de 1975 a estas directrices generales? ¿En qué grado?

b) *La consagración de esos principios en la Ley de 2 de mayo de 1975 sobre situación jurídica de la mujer casada y derechos y deberes de los cónyuges.*

Todos estos principios, de carácter indicativo y programático, habían de contar con una técnica legislativa adecuada que escogiera los instrumentos más idóneos para conseguir su plasmación positiva. El

Proyecto sobre situación jurídica de la mujer y derechos y deberes de los cónyuges, remitido a las Cortes el 30 de agosto de 1974, se convirtió en Ley el 2 de mayo de 1975. El análisis de sus principios así como de su articulado, no sólo nos mostrará el último grado de evolución en la materia alcanzado por nuestro Derecho, sino que servirá para poner de relieve hasta qué punto aquellos principios a que aludíamos líneas más arriba han sido o no acogidos en nuestra legislación por obra de esta reforma.

a') *Análisis y crítica de los artículos 57 a 66 tras la ley de 2 de mayo de 1975. Sus innovaciones fundamentales.*

La ley que vamos a analizar contiene la reforma de numerosos artículos del Código Civil, así como del Código de Comercio. Nosotros sólo aludiremos aquí a la incidencia de aquélla en los artículos 57 a 66 del primer cuerpo legal citado, dejando para otro lugar lo relativo al significado de la reforma en el ámbito concreto de la regulación de los bienes parafernales.

La Exposición de Motivos de la citada ley, se hace eco de una realidad que ha sido, en último término, el motor de la reforma. Se alude a que las limitaciones que la mujer casada sufre en su capacidad de obrar carecían en la actualidad de justificación, sin que, por otra parte, supusieran como contrapartida una más eficaz protección de los intereses de orden familiar (81). En consecuencia, se trata de plasmar positivamente el principio de que el mero hecho del matrimonio no restringe la capacidad de obrar de ninguno de los cónyuges, exigiendo esta idea, ineludiblemente, una reordenación de los artículos 57 a 66 del Código Civil.

La redacción del artículo 56, que en el Proyecto era objeto de una leve modificación (supresión de la referencia al "socorro mutuo" que se recogía bajo la expresión "protección mutua" en el artículo siguiente), ha sido mantenido en su forma primitiva por la Ley (82). No ha sucedido igual, como no podía suceder, con el artículo 57, uno de los que más interés presentan de la reforma. En efecto, la eliminación del deber de protección encomendado exclusivamente al marido, con la contrapartida de la obediencia de la mujer, que constituía la

(81) Exposición de Motivos de la Ley de 2 de mayo de 1975 ("B. O. del Estado" de 5 de mayo, núm. 107): "Una de las corrientes de opinión fuertemente sentidas en nuestros días en el ámbito del Derecho privado, reflejo de auténticas necesidades de carácter apremiante, es la que incide sobre la situación jurídica de la mujer casada. Sufrir ésta señaladas limitaciones en su capacidad de obrar que, si en otros tiempos pudieron tener alguna explicación, en la actualidad la han perdido. Por lo demás, las normas en que tales limitaciones se contienen no pasan de tener una efectividad predominantemente formal creadora de trabas en la vida jurídica, sin la contrapartida de una seria protección de los intereses de orden familiar..."

(82) Proyecto de Ley ("Boletín de las Cortes Españolas" de 30 de octubre de 1974, núm. 1.384). *Artículo 56*: "Los cónyuges están obligados a vivir juntos y guardarse fidelidad". *Artículo 57*: "El marido y la mujer deben protegerse mutuamente y actuar siempre en interés de la familia".

expresión más palpable de la desigual posición de los cónyuges en el matrimonio, revela con toda claridad la nueva perspectiva en la que se sitúa el legislador. Ya no hay protección del superior y obediencia del inferior. Hay un deber recíproco de protección en atención a la igual posición de los cónyuges en el matrimonio, como mutua es la obligación de fidelidad o convivencia, recogida en el artículo 56, o la de respeto de este mismo artículo (83). Mas, quizá, el punto más destacable del nuevo artículo 57 lo constituya el último párrafo del mismo: el marido y la mujer "actuarán siempre en interés de la familia". Más que un deber concreto, encontramos aquí la consagración de un principio general que ha de teñir todas las actuaciones de los esposos. No es un deseable punto de partida, sino una obligación primaria y esencial que debe guiar la vida familiar. Hacíamos ver, líneas más arriba, cómo se echaba en falta en nuestra legislación la consagración de la primacía del interés de la familia sobre cualquier otro posible interés particular de los esposos, primacía que las últimas reformas francesas e italianas cuidaban de resaltar por encima de cualquier otro valor.

Discrepamos, en este punto, de la afirmación de Lacruz (84) según la cual esa referencia al "interés de la familia", entendido literalmente, significaría que cada cónyuge debería preguntarse si cada uno de sus actos es o no contrario a las conveniencias del grupo familiar, lo cual, naturalmente, parece excesivo al citado autor. Sin embargo, no creemos que, ni siquiera una interpretación literal del inciso que comentamos, autorice a llegar a esa conclusión. El "interés de la familia" es un principio general, un punto de referencia, un criterio orientador que alcanzará su juego práctico cuando los Tribunales hayan de dirimir el carácter de determinadas actuaciones de los esposos. Estos, aunque hayan de tender a ello, no habrán de preguntarse en cada caso si sus actos se adecúan o no a ese interés, como no han de preguntarse si cumplen, a través de cada uno de sus actos, ese deber de respeto que el propio artículo consagra. Mas, al igual que el incumplimiento de esta obligación de respeto puede dar lugar a una acción de daños y perjuicios, la falta de adecuación de determinadas actuaciones de los esposos al interés de la familia puede dar lugar a las pertinentes acciones por parte del esposo que considere que se ha producido un atentado contra aquél (85). Añade este autor, que la inclusión de este párrafo final a que venimos aludiendo, obedece "más a lo bien sonante de la recomen-

---

(83) Para LACRUZ-SANCHO (*Derecho de Familia* II, 2.<sup>a</sup> ed., Barcelona, 1975, pág. 340 del Apéndice), no parece clara la distinción entre esta obligación de protección recíproca y la de mutuo socorro del artículo 56. Realmente, el posible matiz diferencial entre ambos no aparece demasiado nítido, pero quizá el legislador ha considerado preferible conservar el término "protección" en este artículo para acentuar más su carácter recíproco, por oposición a esa misma protección que antes se estructuraba con carácter unilateral, del marido a la mujer.

(84) *Derecho de Familia*, cit., pág. 341 del Apéndice.

(85) El propio LACRUZ: *Derecho de Familia...* cit., pág. 341 del Apéndice, admite que no cabe excluir algún caso en el cual la actuación de un cónyuge en relación a sus bienes, sin constituir prodigalidad, pudiera ser reprimida por su oposición al interés familiar.

dación moral que encierra, que a su posible efectividad práctica". Ante todo, creemos que en este ámbito nunca puede perderse de vista el claro matiz moral, de difícil sanción jurídica en muchos casos, de algunos de estos deberes entre los esposos. Su eficacia práctica puede ser limitada, mas ello no puede predicarse como específico de este deber de actuación en interés de la familia. Recordemos, de nuevo, ese deber de respeto que recoge el propio artículo que comentamos.

Pero es que, además, estimamos que sería necesario establecer una distinción entre la efectividad práctica que, en línea de principio, podría tener dicho criterio, y la que realmente le ha atribuido el legislador español en la ley de 1975. Porque, y creemos que es en este plano en donde ha de situarse la crítica al inciso del artículo que comentamos, el legislador parece haberse quedado en una simple declaración genérica cuando podía haber materializado ese principio en otros artículos. Para nosotros el "interés de la familia" tiene un doble contenido. Positivamente, es el principio a que ha de tender toda la actuación de los cónyuges. Negativamente, debe servir de límite o control a esa actividad, especialmente a la patrimonial, cuando en ella no se adecúen los esposos o contraríen aquel superior interés. Sólo conectando legislativamente a supuestos concretos ambos aspectos, hubiera alcanzado ese "interés de la familia" el juego que en sí encierra, y se le habría dotado de un contenido que nuestro legislador ha parecido olvidar, con una única excepción: la contenida en el artículo 58.

Este artículo quizá sea uno de los más afectados en su paso del Proyecto a la Ley. En aquél se mantenía la obligación de la mujer de seguir al marido dondequiera fijara éste su residencia. Al suprimirse el inciso final del propio artículo, en su redacción de 1888, resultaba que los Tribunales podían eximir a la mujer de esa obligación con "justa causa" y no sólo en el caso extremo de que el marido trasladara su residencia al extranjero o ultramar (86). Sin embargo, con buen criterio a nuestro parecer, el texto aprobado contiene una redacción "ex novo", que recuerda en cierta medida a las soluciones legislativas francesa e italiana, en la que no sólo se da cabida al criterio del común acuerdo de los esposos para la fijación del lugar de residencia familiar, sino que, y esto es lo que ahora nos interesa resaltar, se conecta el criterio del "interés de la familia" a los casos concretos de discrepancia que puedan darse entre los esposos en ese ámbito, ya que el juez, a la hora de dirimirlos, habrá de ajustarse a ese criterio. El abstracto "interés de la familia" alcanzará, de esta forma, adecuada concreción por obra de los Tribunales que, en cada caso, determinarán, valorando las múltiples circunstancias que rodeen los supuestos de hecho, el contenido particular del mismo.

Prosiguiendo el análisis de la Ley, y ya que hemos hecho referencia al artículo 58, señalemos que, aun estructurados los derechos y debe-

---

(86) Proyecto de Ley ("Boletín de las Cortes Españolas" de 30 de octubre de 1974). *Artículo 58*: "La mujer está obligada a seguir a su marido donde quiera que fije su residencia. Los Tribunales, sin embargo, podrán con justa causa eximirla de esta obligación".

res de los cónyuges en un plano de reciprocidad, se pone de relieve en ese artículo el mantenimiento en nuestro sistema de cierta prevalencia marital, idea que se pone igualmente de relieve en el artículo 59 a que luego nos referiremos. Esa prevalencia del marido se manifiesta de forma indirecta al atribuirse un poder decisorio subsidiario, cuando falte el primario del común acuerdo, a aquél de los cónyuges que ejerza la patria potestad. Por tanto, habiendo hijos comunes menores "in potestate", será, normalmente, la decisión del marido, como titular de la patria potestad, la que prevalecerá. Desde luego, el cónyuge no titular de aquélla (en la mayoría de los casos, la mujer), podrá acudir a los Tribunales, los cuales, barajando el criterio del interés de la familia, decidirán el lugar de residencia familiar, en base a las alegaciones de cada uno de los esposos.

Decíamos que el artículo 59 es otra manifestación del plano superior, aunque no suponga ya detrimento en la capacidad de la mujer, en que la Ley coloca al marido (87). A nuestro parecer este es el artículo más criticable de los que estamos examinando. Puede justificarse el que la Ley siga atribuyendo al marido una especie de dirección de los asuntos familiares. Pero lo que no alcanzamos a entender es que se le atribuya el carácter de administrador de los bienes de la sociedad conyugal, cuando, en realidad, ese carácter dependerá en principio del pacto y, en defecto de éste, de lo establecido en el régimen legal supletorio, es decir, del de gananciales y con él el del artículo 1.412 que ya encomienda la administración al marido. Nada aclara, sobre este artículo y las razones que pudieron motivar su mantenimiento (88), la Exposición de Motivos de la Ley que, tras aludir a todos los artículos anteriores, pasa a considerar el 62 y concordantes. Quizá no contemos, pues, con elementos de juicio suficientes, pero estimamos hubiera sido de desear la supresión del mismo. Si los cónyuges pactan capitulaciones, el carácter de administrador o administradores de los bienes del matrimonio, o de los peculiares, si los hay, de los cónyuges, habrá de atenerse a lo pactado, sin que, por otra parte, se cuente ahora con el escollo que suponía la prohibición del artículo 1.316 de que los cónyuges pactaran algo "depresivo de la autoridad que respectivamente corresponda en la familia a los futuros cónyuges". La Ley contiene una nueva redacción de ese artículo en la que sólo se alude a aquellos pactos contrarios "a las Leyes o a las buenas costumbres ni a los fines del matrimonio". Si, por otra parte, los esposos nada han estipulado, el artículo 1.315 les remite a las normas de la sociedad legal de gananciales, cuyo artículo 1.412, como decíamos, ya atribuye al marido el carácter de administrador de la misma. ¿Por qué mantener ese artículo

---

(87) *Artículo 59*: "El marido es el administrador de los bienes de la sociedad conyugal, salvo estipulación en contrario".

(88) Hablamos de mantenimiento porque el nuevo artículo 59 coincide sustancialmente, y salvo la referencia al artículo 1.384, con el primer inciso del anterior artículo del mismo número.

cuando es reiterativo y, además, va contra el principio que ha guiado la reforma? (89).

Artículo fundamental de la nueva ordenación es el 62-1.º, ya que en él, aunque innecesariamente, alcanza concreción el principio básico que ha guiado al legislador: "El matrimonio no restringe la capacidad de obrar de ninguno de los cónyuges". El desarrollo de este principio tiene como consecuencia la modificación de todos aquellos preceptos del Código en los que se contenía alguna limitación a la actuación jurídica de la mujer. Los artículos 68-4.º, 189, 224, 237, 244, 893, 995, 1.053, 1.263, 1.301, 1.316, 1.361, 1.383, 1.387, 1.388, 1.442, 1.443, 1.444, 1.548 y 1.716, entre otros, resultan afectados como consecuencia del principio contenido en el artículo 62. No vamos a estudiar particularizadamente las innovaciones introducidas en esos artículos ya que, en último término, se trata de hacer efectiva la declaración del artículo 62 en cada una de las materias reguladas por ellos. A los artículos 1.383 y siguientes nos referiremos más adelante. Pero queremos resaltar que, con evidente retraso respecto a la mayoría de los países, la consagración de este principio cubriría una etapa más en nuestra legislación (90), al suprimir la licencia marital y la representación de la mujer por el marido como residuos anacrónicos desprovistos de toda significación en nuestros días.

La consecuencia inmediata de ello será que cada uno de los esposos podrá realizar los actos jurídicos y ejercitar los derechos que le corresponden, sin más limitaciones que las derivadas del propio régimen económico-matrimonial, convencional o legal.

La antigua representación legal, siquiera reducida y con excepciones al ámbito judicial, de la mujer por el marido, es sustituida ahora por la única representación que era posible tras la afirmación del artículo 62, es decir, la derivada de la voluntad, que recoge el nuevo artículo 63, y con aplicación a ambos cónyuges (91).

Dado que la reforma no pretende alterar la estructura de los regímenes económico-matrimoniales (sólo los afecta indirectamente), se

(89) LACRUZ: *Derecho de Familia...* cit., pág. 342, apunta como posibilidades para justificar el mantenimiento, la de evitar dejar vacíos en el Código, o bien, la de que sería como una forma de declarar que es el marido quien señala el nivel de vida de la familia. Nos inclinamos por el primer término de la disyuntiva, ya que si el legislador hubiera querido otorgar al marido la dirección de la familia, así lo hubiera expresado (y esta es una laguna de la Ley que hubiera podido llenarse en este número del articulado), y no habría utilizado un término tan concreto como el de "administrador".

(90) Nos colocamos así en lo que PALA: *La promoción de la mujer casada...* cit., pág. 315, ha considerado tercer período en esta evolución. En él se reconoce a la mujer su capacidad jurídica plena y desaparecen la potestad y la venia maritales, para establecer entre los cónyuges la igualdad de derechos a la que habrá de corresponder la igualdad y reciprocidad de los deberes nacidos de la unión conyugal.

(91) En la Ley se le da a esta representación un matiz más negativista que en el Proyecto. Mientras en éste, el artículo comenzaba diciendo que "cualquiera de los cónyuges...", en ésta se habla de que "ninguno de los cónyuges puede atribuirse la representación del otro sin que le hubiera sido conferida voluntariamente".

contiene en el artículo 65 una referencia genérica a aquellos actos para los que la ley exija que uno de los cónyuges actúe con el consentimiento del otro, disponiéndose en él que la falta de ese consentimiento puede dar lugar a la anulación del acto, a instancias del cónyuge que no lo prestó o de sus herederos. Quizá el legislador haya incurrido en este artículo en cierta imprecisión, ya que la referencia genérica al "consentimiento" del otro cónyuge debería haberse matizado teniendo en cuenta el distinto alcance del término en artículos como el 60 y 61 ó el 1.416.

El artículo 66, en un afán equiparador, extiende lo que antes era la potestad doméstica de la mujer casada a ambos cónyuges. Cualquiera de ellos está legitimado para actuar en lo relativo a las necesidades ordinarias de la familia. Mas, a diferencia de lo que sucedía en el correspondiente artículo del Proyecto (92), se ha incluido en la Ley un inciso de dudosa interpretación. ¿Por qué se habla de las necesidades ordinarias de la familia "encomendadas a su cuidado"? ¿Qué alcance ha de darse a esta frase? Porque, para Lacruz (93) está claro que con ella no se ha hecho sino reconocer un ámbito de competencia distinto al varón y a la mujer, en lo relativo a la economía doméstica. Es decir, la diferencia entre el Proyecto y la Ley estribaría en que lo que allí era una legitimación, plena e igualada, a ambos cónyuges respecto a las necesidades ordinarias de la familia (y el criterio para determinar éstas sería el de la naturaleza de los actos y la cuantía de los mismos), sería ahora, en la Ley, una legitimación atribuida a cada esposo en función de las necesidades familiares pero, y esto es lo realmente destacable, solamente respecto a aquellas encomendadas a su cuidado. Los esposos no podrían realizar cualquier acto que fuera encuadrable en el ámbito de la economía doméstica, sino que el art. 66 limitaría esa legitimación genérica a la esfera encomendada al cuidado de cada uno. Habría distinción de competencias, distinción de esferas en esa actuación de los esposos. Consecuencia de esta teoría sería la de que, en cada caso, habría de determinarse si la actuación de aquéllos salía o no de los límites de las actividades domésticas "encomendadas a su cuidado" (93 bis).

---

(92) Proyecto de Ley ("Boletín de las Cortes", cit.). *Artículo 66*: "Se exceptúan de lo dispuesto en el artículo anterior aquellos actos relativos a cosas o servicios que por su naturaleza o cuantía sean propios de la economía doméstica".

(93) *Derecho de Familia...* cit., págs. 343-44.

(93 bis) Obsérvese que la actual redacción de este artículo 66 recuerda a la de la Ley 53, párrafo 2.º, de la Compilación Navarra, en la que se establecía que "La mujer, por sí sola, puede disponer y obligar los bienes de la sociedad conyugal para atender las necesidades ordinarias de la familia *encomendadas a su cuidado*, conforme al uso del lugar y las circunstancias y posición de la familia". No obstante, por Decreto-ley de 26 de diciembre de 1975, ha sido aprobada la modificación de algunos artículos de la misma, con objeto de adaptarlos a la reforma del Código Civil. Entre ellos, hemos de hacer notar que se encuentra el de la Ley 53, cuyo texto, a los efectos que aquí interesan, ha pasado ahora a la Ley 54 con una ligera modificación que consiste, precisamente, en la supresión, no sólo de la referencia exclusiva a la mujer (se habla ahora de "cualquiera de los cónyuges"), sino, sobre todo, del inciso que

Para nosotros, y considerando que quizá una visión literalista del precepto podría conducir a los resultados expuestos, no es una interpretación literal sino más bien teleológica la que puede y debe darnos la clave, no sólo de éste sino de todos los preceptos a que estamos aludiendo. Situados en esta perspectiva, estimamos que el legislador, al incluir en el art. 66 el inciso que comentamos, no pretendió atribuir esferas de actuación a cada esposo, cuyos límites, por lo demás, serían en la práctica de difícil o imposible fijación en el campo en que nos movemos. Ese precepto, a nuestro parecer, responde únicamente a una realidad social que el legislador ha tratado de reflejar: el hecho de que hoy en la mayoría de los hogares, y especialmente en aquellos en que la mujer desempeña una tarea fuera del hogar, ambos esposos atienden conjunta e indeterminadamente a esas necesidades ordinarias de la familia que antes, por regla general, se reservaban a la mujer. ¿Cómo y para qué hablar de distinción de esferas cuando los límites de éstas están cada vez más desdibujados? La distribución de competencias se justificaba claramente cuando la mujer carecía de una capacidad, o estaba sometida a unas limitaciones que habían de conjugarse con esa actuación que, de hecho, ella desempeñaba en el ámbito del hogar. De ahí la potestad doméstica recogida en el artículo 62, en su primitiva redacción. Pero cuando, tras la ley que comentamos, se ha reconocido una capacidad plena a aquélla, cuando el fin de la misma es la igualdad de los esposos, y cuando existe una realidad social como la que acabamos de poner de relieve en líneas anteriores, el reflejo legislativo de todo ello, materializado en el artículo 66, sólo puede tener un significado: que, sin distinción de esferas, se legitima a ambos esposos para realizar cualquier acto, todo acto, que, eso sí, según el uso del lugar y las circunstancias y posición de la familia, pueda encuadrarse en las "necesidades ordinarias de la familia".

Pero aún podemos ir más allá. Los criterios que brinda el propio artículo 66, son inoperantes por lo que se refiere al marido. Y decimos esto porque parece innegable que las consecuencias de ese precepto habrían de tener su más inmediato reflejo en orden a la responsabilidad a que quedarían afectos los bienes del matrimonio, como consecuencia de la actuación de los esposos en este ámbito. Pues bien, si nos atenemos únicamente al nuevo artículo 66 y cuando el régimen económico-matrimonial de los esposos fuera el legal, parece que, respecto al marido, la legitimación a efectos de ese artículo se ceñiría a los actos domésticos que fueran calificados como tales conforme al uso del lugar y las circunstancias y posición familiares. Es decir, "sensu contrario", el marido no podría realizar aquellos actos que, conforme al uso del lugar y demás criterios que brinda el artículo 66, no pudieran ser considerados como dirigidos a atender las necesidades ordinarias de la familia. Mas, estas afirmaciones quedan inmediatamente desvirtuadas en cuanto las conectamos con el art. 1.408-1.º, según el cual todas las deudas y obligaciones contraídas por el marido durante el matrimo-

---

limitaba la legitimación de la mujer en el ámbito doméstico a las necesidades ordinarias de la familia *encomendadas a su cuidado*.

nio, se ajusten o no a esos criterios del artículo 66, serán consideradas a cargo de la comunidad de gananciales. ¿Por qué, entonces, la referencia a ambos cónyuges en ese artículo? Parece indudable que el legislador, en su afán de igualdad (que se deja ver igualmente en los artículos 62-1.º ó 1.053) ha tenido reparo en referir este artículo únicamente a la mujer, cuando lo cierto es que su idea central sigue yendo dirigida solamente a ella, aun después de la reforma, en el caso más normal de existencia de comunidad de gananciales (y en tanto en cuanto este régimen legal permanezca sin modificar). Porque aunque la mujer tenga ahora plena capacidad de obrar, en el marco de la comunidad de gananciales el marido sigue siendo el administrador y sigue existiendo un artículo 1.416 que irresponsabiliza a los bienes comunes de las obligaciones contraídas por la mujer sin consentimiento del marido. Por ello, era necesario reservar ese ámbito de actuación en el hogar a la mujer y con los límites que en él se establecen, ya que, de otra forma, la comunidad de gananciales no hubiera podido responsabilizarse de las deudas y obligaciones contraídas por la mujer, sin consentimiento del marido, para atender las necesidades ordinarias de la familia.

Para nosotros ese artículo, tal y como aparece redactado hoy, tendría sentido fuera del marco del régimen legal, especialmente con relación a un régimen de separación de bienes Sabido es que, aunque en éste los patrimonios de los esposos permanezcan separados, existen una serie de actuaciones de los cónyuges, precisamente las dirigidas a satisfacer las necesidades ordinarias de la familia, para las cuales se hace preciso legitimar a ambos. De esta forma, los actos relativos a la economía doméstica que realizara el marido, darían lugar a que los terceros pudieran dirigirse contra los frutos y rentas de los bienes de la esposa afectos al levantamiento de las cargas del matrimonio, y lo mismo podría decirse respecto a las actuaciones de la mujer y a los frutos de los bienes del marido.

Mas, incluso desde esta perspectiva, estimamos que hubiera sido más conveniente articular, posiblemente bajo la forma de un régimen primario, una serie de normas en las que, además de establecerse una obligación solidaria de los esposos derivada de las actuaciones de cada uno de ellos en el ámbito doméstico, se estableciera la forma de contribución de cada uno de ellos a las cargas del hogar, en defecto de pacto. Pero, y esto es lo que nos interesa destacar porque es la única forma de dotar de sentido a disposiciones de este tipo, ambas reglas serían independientes del régimen económico-matrimonial a que estuvieran sometidos los esposos, es decir, serían aplicables a todos ellos.

Podríamos pensar que, en buena lógica, ésta y no otra ha sido la idea de nuestro legislador al redactar el artículo 66 y que, por tanto, su falta de sentido al conectarlo con el actual régimen legal de gananciales, no es sino consecuencia de no haberse reformado éste, pero que conserva validez respecto a otros sistemas económico-matrimoniales. Mas, la declaración contenida en el artículo 59 parece contrariar este hipotético sentido, sin que tampoco el suyo aparezca claro, como dijimos con anterioridad. Insistimos, finalmente, en que este artículo, a pesar de su redacción, sigue desplegando su efectividad, principal-

mente, respecto a la mujer, siendo ocioso respecto al marido cuando el régimen de los esposos sea el de gananciales.

Este es, a grandes rasgos, el articulado de la nueva Ley en el punto a que estamos haciendo referencia. Sus notas esenciales podrían resumirse así:

— Reciprocidad en la estructuración de los deberes y derechos de los cónyuges, pero concediendo una cierta preeminencia al marido (artículos 58 y 59).

— Supresión de la potestad marital y restricciones que afectaban a la mujer por el mero hecho del matrimonio.

— Legitimación a ambos cónyuges para realizar los actos atinentes a las necesidades ordinarias de la familia.

— Consagración del interés de la familia como criterio que ha de presidir la actuación de ambos cónyuges y que ha de guiar al juez para dirimir las controversias sobre elección de residencia cuando exista discrepancia entre los esposos.

*b') Conclusiones generales. Criterios que podrían haberse acogido en nuestra legislación.*

Advertíamos en páginas anteriores cómo el ejemplo de las graduales reformas legislativas llevadas a cabo en otros países debería ser suficiente señal de alerta para nuestro legislador contra soluciones precipitadas o poco meditadas. Y he aquí que, en trance de hacer un balance general de la reforma de mayo de 1975, son aquellos calificativos los que de forma más gráfica describen la nueva ley. Hay en ella evidentes imprecisiones de lenguaje y de contenido. A la deficiente redacción de algunos de sus preceptos, se une la inutilidad o falta de sentido de la conservación de algunos otros. El excesivo u obsesivo afán igualitario que ha presidido la reforma, ha conducido al legislador a un tratamiento bilateral que carecía de significado en algunas cuestiones teniendo en cuenta, especialmente, la patente desconexión o desfase de la regulación de los regímenes económico-matrimoniales.

Se nos dirá que el balance de la ley de 2 de mayo de 1975 ha de ser positivo, al menos desde una perspectiva: la del avance que supone respecto a la situación anterior. Mas, si esto es innegable, no lo es menos que a ese mismo resultado podría y debería haberse llegado con una más depurada técnica (máxime cuando el retraso de nuestra legislación en este campo nos situaba en una situación óptima para aprovechar las experiencias legislativas de otros países), con un mayor rigor conceptual y evitando su desconexión con el resto del sistema.

Las posibilidades que, desde un plano teórico, ofrecía la reforma no han sido aprovechadas o lo han sido insuficientemente por parte del legislador. Podríamos decir que aunque la citada ley cubre una etapa, la relativa a la supresión de las limitaciones que afectaban a la mujer, no cubre otra que es la referente a la dirección del hogar. Se echa en falta en la regulación un precepto que aluda a quién corresponde la dirección de aquél. Recordemos que ese precepto existe, tanto en Francia

tras la reforma de 4 de junio de 1970 (artículo 213) como en Italia a raíz de la de 19 de mayo de 1975 (artículo 144). Y es que, indudablemente, serán muchas las decisiones que habrán de tomar los cónyuges existiendo desacuerdo entre ellos. La falta de un precepto que atribuya a uno u otro el poder decisorio último (sólo se ha previsto para las disensiones en punto a elección de residencia familiar) conduce a que las mismas hayan de dirimirse ante los Tribunales, solución ésta peligrosa y de la que no somos partidarios en el ámbito familiar sino en último lugar, cuando se hubieren agotado otras vías (en defecto de común acuerdo, la prevalencia de la decisión de alguno de ellos).

La consagración del interés de la familia debiera haber tenido un desarrollo más completo. En este sentido, la ley ha supuesto un avance respecto al Proyecto ya que en ella se acude a este criterio en el artículo 58, cosa que no sucedía en aquél. Con todo, si se ha insistido en la dimensión positiva de ese criterio (como base en la actuación de los cónyuges y en el artículo 58), debería haberse hecho igualmente en su dimensión negativa o de control, de tal modo que se sancionara, con diversas medidas, la actuación de cualquiera de los esposos, tanto sobre bienes comunes como sobre bienes privativos, que pusiera en peligro ese superior interés de la familia.

Es indudable que uno de los puntos centrales, en el ámbito patrimonial del matrimonio, es el de la regulación de la medida de la contribución a las cargas de aquél por cada uno de los esposos. Y, sin embargo, esto es algo que se echa en falta en la nueva regulación y que debiera haber tenido cabida en ella. Porque, ni creemos que el artículo 59 autorice a pensar que con él se ha pretendido hacer recaer sobre el marido a título principal esas cargas, ni consideramos que ese artículo sea aplicable a otro régimen que al de gananciales (como sucedía ya antes de la reforma), ni, en fin, sería ésta una solución concorde con la finalidad misma que ha perseguido la ley a que nos estamos refiriendo. Es indudable que a esa mayor participación que en ella se concede a la mujer, ha de corresponder una mayor responsabilidad del patrimonio de ésta. Igualdad, sí, pero que ha de reflejarse tanto en los derechos como en las obligaciones por ella asumidas. Mas, esta idea general que se desprende de un análisis teleológico de la ley, insistimos, no encuentra reflejo positivo en ella. No existe un precepto que regule de modo general y válido para cualquier tipo de régimen, la medida de la contribución de los esposos a las cargas del matrimonio. Al problema bajo el régimen de gananciales nos referiremos más adelante cuando nos centremos en los bienes parafernales, pero ¿y en los demás regímenes? La falta de regulación de otros regímenes económico-matrimoniales en nuestro Código, hace que, a falta de pacto sobre el particular, haya de acudir al criterio que para la separación judicial de bienes contienen los nuevos artículos 1.435 y 1.436, considerando, igualmente, lo establecido en el párrafo 1.º del artículo 50 para el caso de matrimonio contraído en contravención del artículo 45 y, por ende, bajo el régimen de absoluta separación de bienes. De ellos se deduce la obligación de ambos cónyuges de atender al levantamiento de las cargas de la familia (art. 1.435), así como la medida de esa contri-

bución: en proporción a sus respectivos bienes (art. 1.436 y art. 50-1.º). De esta forma, los acreedores podrán dirigirse contra ambos cónyuges sin que el patrimonio de la mujer pueda quedar exento de estas responsabilidades.

Pero quizá la crítica más importante que, desde nuestro punto de vista, quepa hacer a la ley, más que a artículos concretos, se refiere al sentido y orientación de la misma. En diversos lugares hemos señalado cómo una de las tendencias más generalizadas que pueden observarse en las reformas legislativas de la materia, consiste en la construcción de un sistema imperativo, de base o régimen primario, al que todo esposo está sometido independientemente de las disposiciones del régimen matrimonial propiamente dicho, y cuyo objeto estriba en constituir un conjunto de disposiciones definidoras de los deberes y derechos comunes e iguales que la unión conyugal impone a sus miembros. La ventaja fundamental de este régimen primario es la de precisar el contenido mínimo indispensable de la organización familiar, y su carácter imperativo y general.

Hubiera sido interesante que el legislador hubiera tomado en consideración la posibilidad de estructurar en esta forma esos derechos y deberes de los esposos que ahora ha reformado, y máxime si se tiene en cuenta el nuevo principio acogido por nuestra legislación, en el artículo 1.315, de la mutabilidad constante matrimonio del régimen económico-matrimonial, convencional o legal. La existencia de este conjunto de reglas, imperativas y generales, constituiría una garantía para los terceros que trataran con los esposos y serían el adecuado complemento de ese principio de mutabilidad del régimen, dotando de una mayor seguridad al tráfico jurídico. Al regular las cuestiones más trascendentes para la unión conyugal (de ahí que quedara excluida la libre elección de los esposos), tendrían en él cabida una serie de puntos de los que nuestro Código parece permanecer al margen. La dirección de la familia, la contribución a las cargas del hogar, las limitaciones recíprocas en aras del interés de la familia, la valoración del trabajo doméstico de la mujer como forma de contribución de ésta a las cargas, serían cuestiones, entre otras, que podrían incluirse en ese régimen. Esto, por otra parte, permitiría una menor rigidez en el ámbito de cada régimen económico-matrimonial concreto.

Sería de desear que, cuando el legislador asuma la tarea de reformar el sistema de los regímenes económico-matrimoniales, volviera a replantearse con mayor coherencia esta serie de cuestiones, tratando de escoger los instrumentos técnico-jurídicos más adecuados a la finalidad que trata de perseguir. Cuando los antiguos instrumentos no respondan a ella, habrá, inevitablemente, que recurrir a nuevos conceptos, a nueva terminología, a nuevas figuras o categorías jurídicas más aptas para contener los también nuevos principios que se tratan de acoger en nuestra legislación.

## II. PROYECCION DE LA LICENCIA MARITAL EN EL AMBITO PARAFERNAL CON ANTERIORIDAD A LA REFORMA DE 2 DE MAYO DE 1975

### 1. PLANTEAMIENTO GENERAL.

La problemática general que, con anterioridad a la reforma de 2 de mayo de 1975, planteaba el tema de si las limitaciones impuestas a la capacidad patrimonial de la mujer casada, en los artículos 60 y 61, tenían o no alcance general, siendo, por tanto, aplicables al margen del régimen de bienes por el que se gobernara el matrimonio, cambiaba ya entonces de cariz cuando se conectaba con la institución concreta de los bienes parafernales. En efecto, existían dos puntos que alteraban el planteamiento de aquella problemática en este campo. Por un lado, había un precepto concreto, el artículo 1.387, que consagraba la necesidad de licencia para que la mujer casada enajenara, gravara, hipotecara y compareciera en juicio con relación a sus parafernales. Por otro, estos bienes no eran, ni son, en nuestro Código una institución regulada al margen del posible régimen matrimonial adoptado por los cónyuges (94) sino que se encuentran incardinados dentro del sistema ganancial y de él son tributarios varios de sus preceptos.

La ley de 2 de mayo de 1975, tantas veces citada, ha afectado, como no podía menos de ocurrir, a la regulación de los bienes parafernales en el primero de aquellos aspectos, pero no en el segundo. El reconocimiento de la capacidad de obrar de la mujer casada, ha tenido como reflejo inmediato la desaparición del requisito de la licencia marital que el artículo 1.387 exigía para las actuaciones más importantes de aquélla sobre sus bienes. El nuevo artículo 1.387 establece que "La mujer puede disponer por sí sola de los bienes parafernales, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 61 de este Código". De aquí que, si con anterioridad a la reforma hubiera sido de gran interés el analizar el funcionamiento de la licencia por relación a este patrimonio, carece hoy en absoluto de relevancia.

No obstante, esa desaparición de la licencia ha dejado subsistentes una serie de problemas, derivados especialmente de ese segundo carácter que atribuíamos a los bienes parafernales en nuestro Código: el de haber sido y seguir siendo una pieza más del régimen de comunidad de gananciales. Si la licencia marital respecto a esos bienes cumplía una determinada función, íntimamente ligada al funcionamiento mismo de aquel régimen, y si éste no ha sido reformado, podemos preguntarnos ¿cómo se cubre tras la reforma aquella función? ¿Cuál era ésta?

---

(94) Idea ésta que desarrollamos ampliamente en nuestra monografía "De los bienes parafernales", cit., a la cual nos remitimos.

## 2. SIGNIFICADO DE LA LICENCIA MARITAL EN LA PRIMERA REDACCIÓN DEL ARTÍCULO 1.387.

A) *El carácter común de sus frutos, unánime justificación doctrinal y jurisprudencial de la licencia del artículo 1.387.*

Con anterioridad a la supresión de la licencia en el artículo 1.387, un sector de nuestra doctrina, reconociendo que la mujer era la única legitimada para efectuar las enajenaciones relativas a sus bienes parafernales, admitía como un hecho que aquella licencia no era sino aplicación concreta del artículo 61 (95) y que, por tanto, tenía en el artículo 1.387 la misma significación que en todos los demás preceptos del Código que exigían tal requisito.

Al lado de ello, los más destacados comentaristas de nuestro Código civil, justificaban la licencia del citado artículo en base al carácter común que el artículo 1.385 atribuía, y atribuye, a los frutos de los bienes parafernales. A este respecto, Scaevola (96), tras reconocer que, dentro de una lógica jurídica rigurosa, no cabe defender la existencia de un dominio sin que le acompañe la facultad de disponer, añade que desde el momento en que al marido se le hace representante y administrador de la sociedad conyugal, cuyos recursos económicos vienen a nutrir los mismos bienes particulares de cada cónyuge, ha de importarle en gran manera que las enajenaciones, gravámenes, o litigios acerca de los bienes parafernales se hagan en condiciones favorables. Es natural y lógico, sigue diciendo el citado autor, el que se le conceda alguna intervención en esos actos para que discierna si pueden obstar en algo al cumplimiento de dichas obligaciones, o sea, para que vigile si aquellos pueden dar lugar a alguna reducción de los frutos parafernales, o si es posible obtener un aumento de éstos en beneficio de todos los intereses del matrimonio. En igual sentido Manresa (97), estima que la disposición de bienes parafernales es un acto de trascendencia que influye en los frutos e intereses de la sociedad conyugal. El propio Castán (98) explicaba que el sistema anterior del Código, en orden a estos bienes, no dejaba de tener alguna explicación: "Los frutos de los mismos son de la sociedad conyugal (art. 1.385) y por ende interesa al marido la conservación del capital. Está, pues, justificado en el régimen del Código Civil —dejamos ahora aparte los problemas del Derecho de Cataluña— que se exija la licencia marital para la enajenación de los parafernales, rigiéndose el matrimonio por el sistema de gananciales".

(95) Así, entre otros, PUIG BRUTAU: *Fundamentos de Derecho Civil*. T. IV, volumen 1, Barcelona, 1967, págs. 580-81. NART: *Venia y veto maritales*. R. D. P. 1951, pág. 601.

(96) *Código Civil comentado y concordado*. T. XXI, Madrid, 1904, páginas 834-35.

(97) *Comentarios al Código Civil español*. T. IX, 5.<sup>a</sup> ed., Madrid, 1950, página 493.

(98) *La condición social y jurídica de la mujer*. Madrid, 1955, pág. 205.

En este mismo plano podrían situarse las sentencias del Tribunal Supremo de 21 de enero de 1928 (99) y 26 de octubre de 1948 (100). En la primera de ellas, se habla de que el marido tiene personalidad y acción para impugnar los actos y contratos que su esposa celebre respecto a bienes parafernales, en cuanto exista el peligro de que aquéllos puedan disminuir los productos de los citados bienes. Es decir, es su calidad de administrador de la comunidad de gananciales, a la que pertenecen los frutos de aquellos bienes, la que justifica su intervención en las actuaciones de la mujer sobre ellos. En la segunda de las aludidas sentencias, se hace referencia a que la licencia del artículo 1.387 “es una facultad concedida a aquél (el marido) para evitar los perjuicios que pudieran originarse, sin su intervención, a la sociedad conyugal, de la cual, según el artículo 1.385, forman parte los frutos de los bienes parafernales, que son gananciales según el artículo 1.401...”.

También De la Cámara (101) recurre a esta justificación. Puesto que los parafernales están destinados, a través de su fructuación, a nutrir el patrimonio común, dice el autor, la ley no quiere que la mujer pueda enajenarlos ni tampoco obligarlos sin licencia de su marido. En otro lugar, refiriéndose al derecho del marido a administrar los frutos de los bienes parafernales, añade: “este derecho es el que justifica la facultad de controlar y, por consiguiente, de vetar, los actos de la mujer que, por vía de enajenación o de obligación, puedan comprometer el patrimonio parafernado, fuente de ingresos (actual o potencial) de la sociedad de gananciales” (102).

Con poca explicitud y, casi siempre, aludiendo al tema de forma tangencial, se encontraban denuncias a esta justificación tradicional en ciertos sectores de la doctrina. Martínez Sarrión (103) se pregunta cómo se llega al requisito de la licencia respecto a estos bienes no comunicados al marido en base a los claros y explícitos textos romanos. “No habiendo comunicación alguna respecto a los bienes parafernales, permaneciendo éstos en poder de la mujer, ¿para qué es necesaria la licencia? Se ha desbordado la función marital a bienes que le están sustraídos, sin que pueda esgrimirse seriamente el argumento de que sus frutos están sujetos, en último extremo, al levantamiento de las cargas del matrimonio. Esto es como si a todo accionista de una sociedad se le obligase a mantener un capital de reserva por si acaso la sociedad necesitaba emplearlo para evitar caer en quiebra”. Su conclusión final es la de que jurídicamente no hay razón para mantener la licencia marital en este punto.

Más recientemente, Estepa Moyano (104), analizando los puntos

(99) *Jup. Civ.*, T. 180, núm. 92, pág. 564.

(100) *Jup. Civ.*, T. 24, núm. 16, pág. 150.

(101) *La separación de hecho y la sociedad de gananciales*. A. D. C., 1969, página 87.

(102) *La separación de hecho...* cit., págs. 88-89.

(103) *La mujer casada y la disposición de sus bienes*. A. A. M. N., 1968 (T. XVI), págs. 537 y 555.

(104) *Sobre la urgente necesidad de reforma del régimen matrimonial de bienes en el Derecho Civil común español*. R. C. D. I., 1973, págs. 153-54.

en los que nuestro régimen económico-matrimonial está más necesitado de una urgente reforma, no duda en proponer cambios de texto en varios artículos, entre los que se encuentra el 1.387. Aludiendo a la justificación tradicional de la licencia en ese precepto, estima que "si la venia marital controla la actividad femenina por aquello de que los frutos, rentas y rendimientos de su trabajo son gananciales, por razón de simetría habríamos de dar a la esposa el mismo control respecto a iguales ingresos del marido". Ante este resultado, el autor concluye que es preferible suprimir la venia, y como remedio para evitar los posibles abusos dispositivos, las acciones de nulidad por simulación, el recurso judicial o el cambio de régimen matrimonial de bienes, basado en la realización de actos fraudulentos al interés familiar.

En definitiva, parece que la doctrina convenía en que la justificación de la exigencia de licencia marital respecto a los bienes parafernales, se hallaba en la pertenencia de sus frutos a la comunidad, de la cual el marido es administrador. En otras palabras, es la estructura de un sistema económico determinado (el de la comunidad de gananciales), dentro del cual se hallaban incardinados estos bienes, la razón última de la exigencia de aquel requisito. Pero, ¿hasta qué punto es esto sostenible? En términos de derecho positivo parece que la respuesta, tras la reforma de 1975, no ofrece duda. Más hemos de ir más allá y examinar qué es lo que en concreto aboca o puede abocar dentro de ese régimen a la existencia de unas limitaciones, y, sobre todo, si la supresión de la licencia marital supone un obstáculo para el normal funcionamiento del mismo o atenta a las bases en que se asienta ese régimen.

B) *Revisión y crítica de la justificación de la licencia del artículo 1.387 en base a un determinado régimen (comunidad de gananciales).*

a) *Principios comunitarios y principios en los que se asienta nuestro régimen de comunidad de gananciales.*

Según De Page (105), la institución tradicional de la incapacidad de la mujer casada, no tiene otro fundamento y es consecuencia normal e inevitable de la propia estructura de ciertos regímenes matrimoniales basados en la colaboración entre los esposos. Por ello, no es puro azar el que el mantenimiento anormalmente prolongado de aquella institución, haya tenido lugar en aquellos países cuyo régimen legal era el de comunidad. Estos regímenes entrañan necesariamente, según el autor, la indisponibilidad de los bienes de la mujer y, por tanto, su "incapacidad", pues suponen una afectación de todos los bienes de aquélla a las necesidades y cargas del hogar.

En estas afirmaciones hay algo aceptable y algo rechazable. Es cierto que tradicionalmente la incapacidad o, al menos, las limitaciones

---

(105) *La capacité civile de la femme mariée et les régimes matrimoniaux.* Bruxelles, 1947, pág. 104.

de la capacidad de la mujer, han estado unidas, en general, a regímenes de tipo unitario. No es menos cierto que es precisamente en esos regímenes en los que se muestran hoy las más graves dificultades para conciliar su estructura con la nueva idea de igualdad de los cónyuges en el seno del matrimonio. Pero, afirmar que esos regímenes suponen necesariamente la indisponibilidad de los bienes de la mujer, es confundir la estructura tradicional de los sistemas de comunidad con lo que pueda ser la esencia de éstos.

Desde nuestro punto de vista, lo que caracteriza esencialmente a un régimen de comunidad (es decir, aquello contra lo que no puede atenderse sin que se desnaturalice el régimen en sí mismo), es la existencia de una masa común en la que ambos cónyuges están llamados a participar (106).

Los autores, sin embargo, al referirse a lo que podríamos llamar principios comunitarios, aluden a otros varios que, para nosotros, no son la esencia del régimen de comunidad sino, más bien, los principios que en una determinada legislación informan ese régimen. Así Le Galcher Baron (107) hace referencia, como principios básicos comunitarios, no sólo a la presunción de comunidad y al derecho de goce de ésta sobre los patrimonios privativos de los cónyuges, sino también al derecho de administración del marido sobre los bienes propios de la esposa. En realidad, ninguno de los tres principios constituyen la esencia del sistema comunitario y, de hecho, no se dan en todos los sistemas de este tipo. Precisamente la alusión al derecho de administración del marido sobre los propios de la mujer, pone claramente de relieve cómo el autor está pensando sólo en un sistema comunitario: el existente en Francia antes de la reforma de 13 de julio de 1965 en el que el marido era también administrador de los bienes de la mujer. Baste observar nuestra comunidad de gananciales para comprobar cómo ese derecho de administración no se da, ni tiene por qué darse, en el mismo.

La distinción entre lo que constituye la esencia de los sistemas comunitarios y los principios que los informan en cada legislación positiva, es importante. Si se dice que el sistema de comunidad dificulta el reconocimiento de la capacidad de la mujer casada, habrá de verse si ese escollo se basa en aquella esencia o, más bien, en la regulación positiva de esos sistemas. En el primer caso, si verdaderamente hay una oposición insalvable, habrá de concluirse en la necesidad de susti-

---

(106) BONET: *Los poderes dispositivos de la mujer casada en el Derecho común*. Centenario Ley Notariado, vol. II, Madrid, 1962, pág. 20, coincide sustancialmente, al decir que se denomina régimen de comunidad aquel que comporta esencialmente la existencia de un patrimonio común a los dos esposos, afecto ante todo a las necesidades del hogar y destinado normalmente a ser dividido a su disolución entre el marido y la mujer o sus herederos. Por su parte LACRUZ: *Derecho de Familia...* cit., pág. 237, afirma que, en los regímenes de comunidad, la colaboración entre los cónyuges se traduce en una masa de bienes propios de ambos como símbolo de la unión de vidas que el matrimonio representa.

(107) *Les prérogatives de la femme commune en biens sur ses biens personnels et les biens réservés*. París, 1959, págs. 14 y ss. y 19.

tuir los regímenes comunitarios por los de signo separatista, dado que el reconocimiento de la capacidad de la mujer casada es hoy un dato irreversible del que hay que partir. En el segundo caso, por el contrario, sólo habrán de adaptarse en su plasmación positiva a esa plena capacidad de la mujer, sin atentarse contra la esencia misma de la comunidad.

Admitido que la base de los sistemas comunitarios la constituye la existencia de una masa común en la que ambos cónyuges están llamados a participar, hemos de analizar si se opone esa idea, y en qué, al pleno reconocimiento de la capacidad de la mujer casada. Pero aquí nos enfrentamos con una dificultad de base: esos principios son demasiado generales como para tratar de enfrentarlos entre sí. Es posible que, en principio, no se opongan, pero puede que en la plasmación concreta de los mismos, que es donde verdaderamente interesa comprobarlo, se produzca la colisión. Y aquí ya, entraríamos en el plano del Derecho positivo, punto este que habíamos intentado evitar desde un principio.

Tratemos, pues, de concretar en lo imprescindible aquellas dos ideas de las que partíamos. El renacimiento de la capacidad de la mujer dentro de un sistema económico-matrimonial, impondría básicamente que las únicas limitaciones, de existir alguna, que podrían afectarla serían las derivadas del interés de la familia o de la unidad de dirección de la misma que, por tanto, afectarían en igual medida al marido. La existencia de una masa común, a su vez, supondría la necesidad de que esa masa fuera regida por uno o por los dos cónyuges, ya que ambos serían los titulares de la misma. Y es precisamente en este segundo punto en donde, tradicionalmente, se ha venido apoyando la incompatibilidad a que venimos refiriéndonos.

Se suponía que esa masa común había de tener un administrador único y que éste había de ser, en cualquier caso, el marido. Pero, ¿es esencial esa atribución al régimen de comunidad? Evidentemente, no. Nada se opone a que esa administración sea llevada conjuntamente por ambos cónyuges. Y no sólo eso. La administración, realmente, puede llevarla uno de ellos, marido o mujer, pero uno cualquiera y no indefectiblemente el marido. Si es éste el que la tiene a su cargo, se le atribuirán unos poderes en función y para el desempeño de aquella, pero por un lado, el límite del interés de la familia evitará la discrecionalidad de esos poderes y, por otro, aquéllos no estarían basados en una supuesta incapacidad de la mujer, por lo que ésta sustituiría a aquél cuando no pudiera desempeñar su función, haciéndolo con las mismas facultades y limitaciones que tenía él. La posibilidad de pacto, daría movilidad a los esposos para determinar por sí mismos a quién correspondía el desempeño de aquella función. Es decir, desde nuestro punto de vista, el problema en un régimen de comunidad, no es que el marido sea el administrador, sino que no pueda serlo la mujer o, dicho de otra forma, que no puedan serlo indistintamente cualquiera de los dos cónyuges.

Desde esta perspectiva, creo que no puede hablarse de que el régimen de comunidad, en esencia, se oponga al reconocimiento de la

capacidad de la mujer casada. El principio de comunidad no tiene por qué oponerse al de igualdad de los esposos, pero ambos han de entenderse, si quieren compatibilizarse, en sus justos límites. Ni la comunidad supone preponderancia o subordinación de un esposo al otro, ni la igualdad supone identidad de funciones. Entendido así, el régimen de comunidad puede ser tan apto como cualquier otro para conseguir la igualdad de los cónyuges en su seno. Es decir, estimamos que la solución puede buscarse en el ámbito comunitario.

Ahora bien, decíamos que existía la posibilidad de que, no obstante esa aptitud genérica del régimen de comunidad, su consagración positiva, o sea, la regulación concreta de esos regimenes en un sistema legislativo, fuera contraria a esa igualdad entre los esposos. Para saber si eso es así, habremos de analizar cuáles son los principios sobre los que nuestro sistema positivo ha construido el régimen de comunidad de gananciales y, más concretamente, dentro de éstos, los que se oponen, o por lo menos dificultan, la plasmación de las ideas a que venimos refiriéndonos. La superación de esa oposición supondrá el retoque de alguno de esos principios, siempre respetando la idea central del sistema comunitario.

De los principios que informan nuestra sociedad de gananciales, existen dos que nos interesan especialmente: 1.º El derecho de goce de la comunidad sobre los patrimonios privativos de los cónyuges. 2.º La administración de la comunidad por parte del marido. Ambos puntos están íntimamente conectados.

Existen, indudablemente, otros rasgos estructurales de este régimen que podrían ofrecer interés, pero hemos advertido que solamente queríamos aludir a aquellos que parecen dificultar especialmente la idea de igualdad dentro de ese sistema, y siempre por referencia al patrimonio privativo de la mujer. En consecuencia, vamos a fijar ahora particularmente nuestra atención sobre la primera de aquellas cuestiones.

El derecho de goce de la comunidad y el hecho de que el marido sea el administrador de la misma, incide sobre el patrimonio privativo femenino dando lugar a que, aun siendo ésta administradora de sus bienes, deba entregar los frutos de los mismos al marido. Ya vimos cómo, por otra parte, esa misma idea del derecho de la comunidad sobre los frutos de los bienes propios, era la que servía a la doctrina para fundamentar la institución, hoy desaparecida, de la licencia marital respecto a los actos que la mujer hubiera de efectuar sobre sus bienes. Así, pues, ese derecho de goce aparece como una de las trabas fundamentales para lograr, bajo el régimen de comunidad, la efectividad de los poderes de la mujer sobre su patrimonio propio. Tendremos, pues, que analizar, no sólo hasta qué punto ese derecho de goce es consustancial al régimen de comunidad y el significado que dentro de él alcanza, sino si las limitaciones a la libre actuación de la mujer respecto a su patrimonio venían directamente provocadas por aquel derecho.

b) *Licencia marital y derecho de goce de la comunidad sobre los frutos de los bienes parafernales.*

Hemos visto cómo nuestra doctrina tradicional prestaba especial atención, al objeto de explicar el sentido de la licencia marital en el ámbito parafernál, a la necesidad o conveniencia de evitar que la mujer, a través de la administración y gobierno de sus bienes propios, pudiera perjudicar los derechos del marido como administrador de la comunidad de gananciales. El razonamiento venía a ser el siguiente: al marido no le es indiferente, tiene un interés, en que los bienes de la mujer se administren bien, pues ello afecta a una de las fuentes de ingresos de que se nutre el patrimonio ganancial del cual él es gestor. La forma de asegurar la protección de ese interés, sería someter al control de la licencia marital los actos más graves que la mujer pudiera efectuar sobre su patrimonio (108). También vimos cómo nuestra Jurisprudencia compartía este criterio (109). El derecho de goce de la comunidad sería entonces la dificultad fundamental en orden a lograr la conciliación del régimen de comunidad con la independencia de la mujer respecto a su patrimonio propio. La determinación del contenido de ese derecho es entonces primordial cuando se tratan de estudiar los poderes de aquélla sobre sus bienes propios en régimen de comunidad.

¿Cuál es el significado y la función de ese derecho de la comunidad? Cada régimen articula de forma peculiar la contribución de los esposos a las cargas del hogar. Bajo el régimen dotal existe una masa patrimonial directamente afecta a esas necesidades. En el de separación, la contribución se efectúa de forma proporcional a los recursos de cada cónyuge. Pues bien, en el sistema de comunidad, esa aportación de los esposos, se realiza de forma automática a través del derecho de goce de aquélla, por el cual los frutos de los bienes peculiares de los cónyuges pasan a formar parte de su haber. Los artículos 1.401-3.º y 1.385, por referencia concreta a los bienes parafernales, recogen en nuestro Código aquél principio. El derecho de la comunidad aparece, pues, como un derecho-función ya que la sola razón de ser del mismo se basa en la necesidad de subvenir a las cargas del hogar.

Pero ese derecho de goce recae, no sobre un bien determinado, sino sobre el conjunto de un patrimonio que, como toda universalidad, sufre fluctuaciones que, en principio, sólo deberían depender del azar o de

(108) Vid. por todos DE LA CÁMARA: *La separación de hecho...* cit., páginas 80, 86, 87 y 88.

(109) La citada Sentencia de 21 de enero de 1928 contempla un supuesto en el que una mujer casada pidió habilitación a los Tribunales para vender o gravar sus tres fincas, a fin de obtener los fondos suficientes para liberar sus propiedades de ciertos gravámenes. Habiendo obtenido, con la hipoteca que su marido le autorizó a contratar, capital bastante para la cancelación, después vendió parte de sus bienes. Como el marido impugnara esa venta, se le reconoció a éste personalidad y acción para ello, en tanto en cuanto ese contrato pudiera disminuir los productos de los parafernales.

la voluntad de sus propietarios. Por tanto, el permitir a los esposos, en nuestro caso a la mujer, realizar enajenaciones sobre su propio patrimonio no supondría en absoluto ir contra aquel derecho de la comunidad, ya que éste sólo vería su base modificada pero no disminuida. Resultaría, simplemente, que, en lugar de recaer sobre bienes estrictamente determinados, recaería sobre bienes susceptibles de variar en cantidad y calidad.

Desde nuestro punto de vista, el derecho de goce de la comunidad no es, ni puede ser, la base del control que se ejercía sobre las actuaciones patrimoniales de la mujer sobre sus bienes parafernales. La estructura de la comunidad de gananciales no era la única justificación de aquella licencia marital. Una cosa es que la estructura tradicional de este régimen hiciera más explicable las limitaciones a la capacidad patrimonial de la mujer casada, por estimarse que así se aseguraba más eficazmente la potestad general de administración confiada al marido, y otra muy diferente que fueran resultado necesario e ineludible del funcionamiento o estructura de ese régimen, y, concretamente, del derecho de goce sobre los patrimonios privativos establecido a favor de la comunidad. En el ámbito positivo, la mejor prueba de ello está en que, tras la ley de 2 de mayo de 1975, se ha suprimido la licencia marital subsistiendo aquel derecho de goce.

Hemos dicho que el permitir a la mujer actuar sin limitaciones sobre su patrimonio personal no atentaría, en principio, contra el derecho de la comunidad a hacer suyos los frutos provenientes de ese patrimonio. Eso es cierto, pero no lo es menos que, de hecho, la mujer en su actuación no sólo puede sustraer esos frutos al acervo común, sino incluso consumirlos en su propio provecho o dejarlos de percibir negligentemente. En estos casos, aquel derecho de la comunidad peligraría indudablemente y habría que arbitrar medios para evitarlo. ¿Llegaríamos, de nuevo, por este camino al recurso de licencia marital? Indudablemente, no. Aparte de que esas situaciones podrían igualmente producirse aunque existiera el requisito de licencia (si bien más difícilmente), una cosa es que la gestión de la mujer pueda ser perjudicial (como puede serlo la del marido respecto a sus bienes propios) y otra, que se parta de la base de que lo será en todo caso, estableciendo ese control previo que es la licencia. Ello nos llevaría ineludiblemente a exigir el mismo control previo respecto a los actos del marido sobre sus bienes propios. Mas, como pone de relieve Palá (110), hasta la reforma de 1958, no había, sin embargo, en el Código civil norma alguna preventiva para impedir que el marido realizara sobre sus bienes actos fraudulentos o malévolos, en perjuicio de la sociedad conyugal.

Existen otros medios jurídicos que, sin limitar la capacidad de la mujer, pueden asegurar eficazmente la tributación de los frutos al patrimonio común, si realmente es ese el fin que ha de tratar de salvaguardarse. Ha de pensarse que el problema de que la mujer pudiera sustraer esos frutos a la masa ganancial, estaría resuelto en

(110) *La promoción de la mujer casada...* cit., pág. 382.

tanto en cuanto, constando su carácter común, así como el de los hipotéticos bienes adquiridos con esos frutos por la presunción del artículo 1.407, el marido podría reclamar su entrega en cualquier momento, en su calidad de administrador de la sociedad de gananciales.

En el caso de que la mujer los hubiera consumido en su propio provecho, o bien los hubiera dejado de percibir negligentemente, el marido podría exigir responsabilidades a aquélla y, en base a la obligación de la misma de contribuir a las cargas del matrimonio, exigir su cumplimiento aún a costa de la sustancia misma de su patrimonio.

Por otra parte y dado que, indudablemente, una administración desordenada de la mujer sobre sus propios bienes repercutiría sobre la masa ganancial, el marido tendría el recurso de solicitar la declaración de prodigalidad, en su caso, así como la posibilidad de impugnar los actos que aquella hubiese realizado para alcanzar fines ilícitos, cuando el móvil inmoral se hubiera convertido en causa de aquel acto.

Estas son posibles soluciones para evitar que la actuación de la mujer sobre su patrimonio incidiera sobre el derecho de goce de la comunidad. La conciliación entre éste y la libertad de actuación de aquella, podría conseguirse por cualquiera de esos medios, una vez desaparecida la licencia marital.

Pero estimamos que aún ha de irse más allá. El que cada uno de los cónyuges tenga la libre administración y disposición de los bienes que le son propios, no puede significar, en ningún caso, absoluta discrecionalidad en sus actuaciones. La moderna evolución legislativa, en este campo, muestra cómo han de arbitrarse, en todo caso, medios para reprimir o corregir los efectos dañosos a la economía del hogar, producidos por la actuación de uno de los cónyuges, o para impedir que, presentado el peligro, se produzcan daños y perjuicios. Los hechos que provocan la adopción de medidas represivas, no van sólo referidos al cónyuge que administra la comunidad, sino a ambos esposos y en los actos tanto de administración como de disposición sobre sus propios bienes.

Las medidas legales de protección contra esas actuaciones son también diversas en el Derecho comparado: la amonestación, el aseguramiento de bienes para evitar mayores daños, la privación total o parcial de los poderes de administración encomendándolos al otro cónyuge y, en su caso, a un administrador judicial, y las más extremas de separación de bienes y separación de personas y bienes.

Desde nuestro punto de vista, sería de gran interés, a esos efectos, la entrada en juego de una noción que, aunque ausente hasta ahora de nuestra legislación, se introduce ya en el nuevo art. 57 del Código civil. Esa noción no es otra que la del superior interés de la familia que, como dijimos con anterioridad, no sólo debe subyacer en todas las actuaciones de los cónyuges, sino que también debe asumir un papel limitador de las mismas. De esta forma, la independencia de los esposos respecto a su propio patrimonio, habría siempre de atemperarse y adecuarse al interés de la familia. Para evitar atentados contra el mismo, se arbitrarían aquellos medios a que nos referíamos.

líneas atrás, con el fin de que cualquiera de los cónyuges pudiera impugnar los actos lesivos efectuados por el otro, demostrando que, mediante el mismo, se había lesionado o se podría lesionar aquel interés aludido.

Obsérvese que aquí no hablamos de la actuación de la mujer solamente, sino de la de ambos cónyuges por lo que se refiere a sus bienes propios. Y no hablamos de licencia marital sino de controles mutuos entre los esposos, inspirados en algo que trasciende sus propios intereses. Este, y no otro, es el verdadero plano en donde habrían de situarse las limitaciones, y no en el que se encontraba la antigua licencia marital. Concluyendo, la licencia hoy desaparecida no era una consecuencia necesaria del derecho de goce de la comunidad sobre los frutos de los bienes de la mujer, ni encontraba su justificación en aquél. No obstante, situados ya en un plano de independencia de ambos cónyuges en las actuaciones patrimoniales sobre los bienes que les son propios, habría de pensarse si no sería interesante arbitrar mutuos controles, limitaciones recíprocas entre ellos, al objeto de que aquella libertad de actuación no pudiera ir nunca en detrimento, o pudiera servir para defraudar el derecho de goce de la comunidad, lo cual, en último término, supondría un atentado contra algo que debe primar en todas las manifestaciones de la relación económico-conyugal: el superior interés de la familia.

### III. SUPRESION DE LA LICENCIA MARITAL POR LEY DE 2 DE MAYO DE 1975. LOS BIENES PARAFERNALES

#### 1. REPERCUSIONES GENERALES DE LA REFORMA EN EL ÁMBITO PARAFERNAL. SUPRESIÓN DE LA LICENCIA EN EL ARTÍCULO 1.387.

Examinado con anterioridad el sentido general de la ley sobre situación jurídica de la mujer casada y derechos y deberes de los cónyuges, nos referiremos aquí exclusivamente al alcance de la misma en punto a bienes parafernales.

Ciertamente, como la propia Exposición de Motivos pone de relieve, esta ley no ha albergado el propósito de alterar el régimen de "las comunidades conyugales", por lo que, las modificaciones que se han producido en el ámbito parafernado, no son sino obligada consecuencia del desarrollo de los principios básicos por ella consagrados y, especialmente, el de la capacidad de obrar de la mujer casada. Es importante no perder esto de vista, ya que ello podría explicar alguno de los problemas que, en materia parafernado, ha creado aquella reforma.

De los once artículos que dedica el Código a la regulación de los citados bienes, seis de ellos se han visto afectados por la nueva ley. Aun cuando no interesa muy directamente al objeto de nuestro trabajo el tema de los parafernados entregados en administración al marido, empezaremos haciendo una referencia general a la reordenación habida

a este respecto, en aras de una más completa visión del alcance de la reforma.

Los artículos 1.389 y 1.391 contenían, como se recuerda, una remisión general a las reglas de los bienes dotales inestimados, en lo relativo a la administración y devolución de los parafernales entregados al marido. Ya en el proyecto que sirvió de base a la ley, se preveía una limitación a aquella remisión, cifándola al caso en que la entrega se hubiera verificado en capitulaciones matrimoniales (111). Al lado de ello, se esbozaba ya lo que, a nuestro parecer muy acertadamente, ha recibido plena consagración en la ley. Se hablaba allí de "administración derivada de mandato", remitiendo al artículo 1.732. No obstante esa idea sólo se acogía en forma referencial respecto al modo de devolución de estos bienes (112).

La ley, dando nueva redacción al artículo 1.389, ofrece ahora dos criterios al objeto de determinar, tanto las normas a que estará sometida la administración de los bienes de la mujer por parte del marido cuando aquélla se los entregó, como su devolución. Como criterio preferente ha de estarse a lo establecido en las capitulaciones matrimoniales. Mas, en defecto de ellas, la ley ya no se remite a las reglas de los bienes dotales inestimados, sino que se hace entrar en juego las disposiciones generales del mandato.

El acierto de esta nueva regulación se sitúa, a nuestro parecer, en una doble perspectiva. Por un lado, por acentuar la diferencia y desvincular a todos los efectos la normativa de los bienes parafernales de la de los dotales inestimados que, aun pudiendo tener puntos de contacto en este supuesto de entrega en administración al marido, son patrimonios claramente diferenciados y, sobre todo, obedecen a principios muy diferentes.

Por otro lado, la remisión a las disposiciones relativas al mandato "como institución que regula con carácter muy general todo lo relativo a la administración de bienes de otro" (113), viene a consagrar la idea de que el marido, respecto a estos bienes, es considerado como un extraño, como un tercero (114), y los derechos que tiene sobre ellos dependen, en último término, de la voluntad favorable de la mujer, su propietaria, la cual puede determinar, igualmente, en capitulaciones o fuera de ellas, el alcance y contenido de los mismos.

(111) Proyecto de Ley ("Boletín de las Cortes Españolas" de 30 de octubre de 1974, núm. 1.384). *Artículo 1.389*: "El marido a quien hubieran sido entregados en capitulaciones matrimoniales los bienes parafernales está sometido en el ejercicio de su administración a las reglas establecidas respecto de los bienes dotales inestimados".

(112) Proyecto de Ley (loc. cit.). *Artículo 1.391*: "La devolución de los bienes parafernales cuya administración hubiese sido entregada al marido en capitulaciones matrimoniales tendrá lugar en los mismos casos y en la propia forma que la de los bienes dotales inestimados. En los casos de administración derivada de mandato se aplicará lo prevenido en el artículo 1.732".

(113) Exposición de Motivos, Ley 2 de mayo de 1975.

(114) Salvo si se considera la desconexión que en este aspecto supone el artículo 1.384 que, al no haber sido objeto de modificación alguna, conserva aún las garantías a favor de la mujer.

Más interés tiene para nosotros, e indudablemente es la proyección fundamental de esta ley de 1975 en el ámbito parafernial, la supresión de la licencia marital como consecuencia del reconocimiento de la capacidad de obrar de la mujer casada. Decíamos, en páginas anteriores, que el artículo 1.387 no podía subsistir en la redacción que le dio el Código de 1889. El nuevo artículo 1.387, en efecto, elimina la traba que para la actuación de la mujer sobre su patrimonio suponía la licencia, estableciendo que aquélla “puede disponer por sí sola de los bienes parafernales, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 61 de este Código” (recordemos que ese artículo hace referencia a la minoría de edad de ambos cónyuges), y que “...podrá comparecer en juicio y litigar sobre sus bienes parafernales” (artículo 1.388).

Por otra parte, las medidas de garantía que se contenían en el primitivo artículo 1.388 para que los citados bienes no escaparan al control del marido, consecuentemente, han desaparecido.

La redacción anterior del artículo 1.390 era equívoca y conducía a pensar que, en todo caso y como supuesto normal, el precio de la enajenación de los bienes parafernales era recibido por el marido. Es decir, parecía crear el Código otra forma de parafernales entregados y, en este caso, sin que pareciera necesaria la entrega ante Notario, cuando en realidad la presencia de éste era necesaria a efectos de determinar el concepto en que se entregaron, y a efectos de concesión a la mujer del derecho de hipoteca.

El nuevo artículo 1.390 contempla el supuesto, al cual liga la garantía hipotecaria, en plano puramente hipotético (“si le hubiere entregado al marido”), es decir, como posibilidad que puede darse pero siempre unida a la voluntad de la mujer de efectuar aquella entrega al marido y no como supuesto normal en todo caso de enajenación de estos bienes.

La consecuencia fundamental, pues, a qué da lugar la supresión de la licencia en el ámbito parafernial, es ésta: reconocimiento de la capacidad procesal de la mujer en lo relativo a sus bienes, y reconocimiento de su capacidad extrajudicial para enajenarlos, gravarlos e hipotecarlos por sí sola.

He aquí cómo aquella licencia marital, extraña a la institución pero indisolublemente ligada a la misma desde las Leyes de Toro, ha desaparecido de los bienes parafernales, restituyéndoles así parte de su fisonomía y significado originarios. Y decimos que sólo en parte, porque en realidad los bienes parafernales únicamente encuentran razón de ser en un régimen dotal, como su propia etimología indica. Tras la reforma, sólo se ha acentuado el contrasentido que supone su funcionamiento, de hecho, en uno de comunidad. Es de esperar que el legislador, en una futura reforma del sistema de los regímenes económico-matrimoniales, sustituya esta regulación parafernial por otra más adecuada a un régimen comunitario: la de los bienes propios o privativos de ambos cónyuges.

Pero habíamos visto cómo doctrina y jurisprudencia justificaban la licencia marital respecto a los parafernales en base al carácter común de los frutos de los mismos. La Ley, como hemos dicho, no ha acometido la tarea de reformar los regímenes económico-matrimoniales, por

lo que los frutos de esos bienes siguen siendo comunes, como también sigue siendo el marido, en principio, el administrador de la sociedad conyugal. Llegados a este punto se ponen de relieve dos ideas. En primer lugar, la falta de base de aquella justificación de la licencia respecto a nuestros bienes. Si realmente fuera el carácter común de sus frutos lo que determinaba la existencia y funcionamiento de la licencia, sólo desapareciendo aquél carácter comunitario podría desaparecer ésta, cosa que no ha sucedido. En segundo lugar, es claro que, suprimida la licencia, la mujer podrá, no sólo disponer de estos bienes, sino también comparecer en juicio y litigar sobre los mismos sin que el marido haya de intervenir en estas operaciones. ¿Cómo se asegurará que la actuación de la mujer no lesionará los derechos de la comunidad sobre los frutos de esos bienes? Pero antes de contestar a esta interrogante, vamos a referirnos brevemente a otro de los puntos de interés que ofrece la reforma por relación a los bienes parafernales.

## 2. CARGAS DEL MATRIMONIO Y RESPONSABILIDAD DE LOS BIENES PARA-FERNALES.

Bajo el régimen legal son los bienes gananciales los afectos en primer lugar al levantamiento de las cargas del matrimonio. Como quiera que de aquéllos forman parte los frutos de los bienes propios de ambos esposos, y como quiera que, según el nuevo artículo 66, cualquiera de ellos está legitimado para realizar todos aquellos actos encaminados a atender las necesidades ordinarias de la familia, tanto las actuaciones del marido como las de la mujer, en este ámbito, obligarán igualmente a los frutos procedentes de los capitales de ambos. Hasta aquí, los principios igualitarios de la nueva ley hallan cumplida aplicación. Ahora bien, si de los frutos de los bienes propios pasamos a éstos en sí mismos, observamos que el capital del marido sigue respondiendo con prioridad frente a la posible dote y, sobre todo, frente al capital parafernál. De esta forma, aunque los cónyuges se encuentren igualmente legitimados, a efectos de lo previsto en el artículo 66, la responsabilidad por esas actuaciones, agotados los bienes comunes, recaerá inmediatamente sobre el capital del marido, y sólo en último término sobre la dote y los bienes parafernales (y aún cabría interpretar que estos últimos sólo en cuanto se trate de gastos diarios usuales y no de gastos extraordinarios).

No parece demasiado consecuente con la finalidad de la reforma este trato de favor que se concede al patrimonio uxorio. Bajo el régimen de gananciales podría ser la conservación del artículo 59, de dudosa interpretación, la que justificara (y es discutible) esa solución: si el marido sigue siendo administrador de la sociedad conyugal, parece lógico que su responsabilidad se vea agravada. Ahora bien, la posibilidad, acentuada tras la reforma, de que los cónyuges pacten que la administración sea llevada por la mujer, hace que, en este caso, aquella responsabilidad primaria del capital del marido que establece el artículo 1.385-2.º, pierda toda razón de ser. La solución lógica y

conforme a la finalidad de la ley, en este caso, sería la de la afección primaria del capital de la esposa para guardar la bilateralidad respecto al supuesto en que fuera el marido el administrador. Una vez más se pone de relieve la desconexión de la regulación parafernada, en concreto ahora del párrafo 2.º del artículo 1.385, con la finalidad de la reforma.

Realmente, y esto ya lo dijimos con anterioridad, el legislador debería haber establecido la contribución por ambos cónyuges, en pie de igualdad, a las cargas del matrimonio e independientemente del régimen de bienes a que éstos estuvieran sometidos. El legislador, no sólo no ha previsto esto, sino que ha mantenido los artículos 1.421 a 1.423, así como el 2.º párrafo del artículo 1.385. No obstante y respecto a este último, parece que, teniendo en cuenta que estos bienes no constituyen en nuestro Código un patrimonio independiente sino más bien una pieza del régimen de comunidad de gananciales, podría interpretarse en el sentido de que sólo se aplicaría en el caso de que el marido fuera el administrador de aquella comunidad, ya que este es el presupuesto en que basó el legislador de 1889 la regulación de ese régimen legal y, en consecuencia, de los bienes parafernadales. De esta forma, cuando aquel presupuesto no se diera, es decir, tanto en el caso de coadministración como en el de existir un régimen diferente al de gananciales, el capital de la esposa estaría afecto a las cargas familiares en pie de igualdad con el del marido.

### 3. DERECHO DE GOCE DE LA COMUNIDAD SOBRE LOS FRUTOS DE LOS BIENES PROPIOS Y ACTUACIÓN DE LOS CÓNYUGES SOBRE LOS MISMOS.

Hemos puesto de relieve repetidas veces, cómo para nosotros existen dos ideas fundamentales que han de tratar de salvaguardarse por encima de todo en el ámbito de los sistemas económicos del matrimonio: de un lado, el interés de la familia como superior a los intereses peculiares de los esposos; de otro, la contribución a las cargas del hogar y la garantía de los terceros. En principio, el conceder a cada cónyuge la libre administración y disposición de sus bienes privativos, aún en régimen de comunidad, para nada atañe a ese superior interés de la familia. No obstante, como dijimos, de hecho cada cónyuge en su actuación podría atentar contra ese interés, y habrían de arbitrarse medios eficaces para que cualquiera de ellos pudiera impugnar el acto lesivo efectuado por el otro, demostrando que, a través de él, se había atentado contra aquél interés.

Este principio general, válido para cualquier tipo de régimen, cobra especial relieve al conectarlo con el de comunidad de gananciales, ya que, bajo el mismo, la forma de contribuir a las cargas se efectúa automáticamente a través del carácter común de los frutos de los bienes propios de ambos cónyuges. Esto no supondría problema alguno si el administrador de esa comunidad, normalmente el marido, centralizara en sí la administración de todos los bienes del matrimonio (recordemos, en este sentido, el sistema francés del Código de 1804).

Pero cuando la administración, e incluso la disposición, de los patrimonios privativos están en manos de cada esposo propietario, existe la posibilidad de que sustraigan de la masa común los frutos de aquellos bienes a ésta pertenecientes. Aquél interés de la familia a que nos referíamos, peligraría en base a una actuación culposa o dolosa de cualquiera de los dos cónyuges sobre su patrimonio privativo.

Esta actuación podría darse en un doble ámbito; en el de los frutos procedentes de esos bienes, y en el de los bienes en sí mismos considerados. Mas, al llegar a este punto, hemos de tener en cuenta la nueva ley a que nos estamos refiriendo. En ella, a nuestro parecer, se ofrece una vía que, aunque insuficientemente desarrollada, pudiera ser de alguna utilidad a estos efectos. El artículo 57 de la misma dispone que "El marido y la mujer... actuarán siempre en interés de la familia". Esta limitación de tipo genérico a la actuación de los cónyuges, está estructurada de forma recíproca, es decir, atañe a ambos cónyuges y, en este sentido, estimamos que, si cualquiera de ellos prueba que los actos realizados por el otro atentan a ese interés protegido por el artículo 57, los Tribunales habrán de tomar las medidas pertinentes para restablecer la situación, así como para evitar que se produzca en lo sucesivo.

Lamentábamos la poca explicitud y la falta de desarrollo del criterio contenido en el nuevo artículo 57. Hemos de reproducir aquí aquella idea, dado que, precisamente, una de sus más importantes aplicaciones podría darse en el campo de la actuación patrimonial de los cónyuges, especialmente cuando recayera sobre sus bienes propios. Casi todas las reformas legislativas europeas de los últimos años, ofrecen buen ejemplo de esta idea. Suprimida la licencia marital, y con ella el tradicional criterio de protección a la mujer, las nuevas técnicas económico-matrimoniales tienden a sustituirlo por el de protección del interés de la familia, del hogar y de la unión conyugal.

En base a este criterio, se arbitran dos tipos de medidas: unas de carácter preventivo que se dirigen a la conservación de los bienes de los esposos o, al menos, de los más necesarios para el hogar; otras de carácter represivo para corregir los efectos dañosos a la economía del hogar, producidos por la actuación de uno de los cónyuges, o para impedir que, presentado el peligro, se produzcan daños y perjuicios (114 bis). En este sentido, se considera, de un lado, la incapacidad o ineptitud de la persona y su actuación abusiva, dolosa, culposa, fraudulenta o negligente; de otro, los hechos que, sin haber causado daño, producen el temor de riesgo o peligro, como la mala administración; por último, los daños ya causados por pérdidas de ingresos, derroche, disipación, o mala aplicación de fondos, deudas inconsideradas, etc.

Las medidas que se arbitran son también muy diversas, pero haremos notar que tienen como denominador común el ir referidas a ambos cónyuges y el afectar tanto a los bienes comunes como a los propios de cada uno. En general, las medidas de tipo preventivo consisten en

---

(114 bis) Siguiendo a PALÁ: *La promoción de la mujer...*, cit., pág. 371. y siguientes.

exigir el acuerdo de ambos cónyuges para determinados actos sobre bienes, comunes o privativos, especialmente afectos al hogar conyugal (115). Entre las de tipo represivo existe una amplia gama, que va desde el aseguramiento de bienes, la privación total o parcial de los poderes de administración sobre bienes comunes, o aún, sobre privativos encomendándolos al otro cónyuge o a un administrador judicial, la práctica anticipada de reintegros y reembolsos entre los patrimonios privativos y el común, hasta la disolución anticipada de la comunidad, o la separación de bienes y la separación de personas y bienes (116).

(115) En Holanda, las limitaciones de los poderes de los esposos se refieren a la necesidad del concurso de ambos para efectuar compras a plazos de objetos destinados al hogar (art. 164 B. W.), así como para los contratos que tengan por objeto enajenar o gravar la vivienda o los objetos que componen el mobiliario de la misma ("meubles meublants"), ceder su uso o rescindir el arrendamiento (art. 164 a, B. W.). En Alemania, las limitaciones en aras del interés y cohesión familiares, se refieren, bien a que cada esposo no pueda disponer del conjunto de su patrimonio sin el consentimiento o ratificación del otro (parágrafos 1.365-1.368), bien a la de no poder disponer de los objetos del hogar que le pertenecen sin aquel mismo consentimiento (parágrafo 1.369). Vid. DÖLLE: *L'évolution récente du régime matrimonial légal dans les législations contemporaines. Allemagne*. Rev. Int. Droit Comparé, julio-septiembre 1965, páginas 609 y ss. LABRUSSE RIOU: *L'égalité des époux en Droit allemand*. París, 1965, págs. 218 y ss. BOSCH: *La réforme des régimes matrimoniaux dans le Droit de la République Fédérale Allemande, en Les régimes matrimoniaux*, Bruxelles, 1966, pág. 284. El artículo 1.682, 2b del Código portugués de 1966, dispone que pueden ser enajenados con el consentimiento de ambos cónyuges, los bienes muebles, propios o comunes, utilizados conjuntamente por ellos en la vida del hogar, o como instrumento común de trabajo.

(116) En Bélgica, el artículo 221, párrafo 1.º, del "Code" dispone que, si uno de los esposos falta gravemente a sus deberes, el Tribunal puede ordenar las medidas urgentes y de tipo provisional que exija el interés del otro esposo y de los hijos. Este precepto, con origen en la Ley de 20 de julio de 1932 (art. 214 j) fue reproducido por la Ley de 1958, mejorándose su procedimiento y eficacia. Las medidas que pueden adoptarse llegan a prohibir a los esposos enajenar, obligar e hipotecar bienes muebles e inmuebles, tanto de carácter común como privativo, sin el concurso del otro cónyuge. Vid. RENAULD: *Droit patrimonial de la famille. T. I. Régimes matrimoniaux*. Bruxelles, 1971, páginas 152 y ss., en donde explica el alcance de este precepto belga. En Holanda, el artículo 180 prevé que cualquiera de los esposos pueda pedir la supresión de la comunidad por actos del otro que perjudiquen o puedan perjudicar a la comunidad, o por haberse negado a comunicarle el estado de bienes y de su administración. En Suiza, el artículo 169 dispone que, cuando uno de los esposos es negligente en el cumplimiento de sus deberes de familia, o pone en peligro al otro de sufrir daño u oprobio, puede la parte lesionada acudir al Juez; éste podrá amonestarle y, si no, tomar una serie de medidas, como lo son la orden a los acreedores del marido negligente en el cumplimiento de sus deberes de satisfacer a la mujer la totalidad o una parte de los pagos (art. 171), o bien medidas más rigurosas de separación de bienes (artículos 183 y 184). En Alemania se dispone la compensación anticipada de las ganancias y la separación de bienes (parágrafos 1.386 y 1.388), cuando uno de los cónyuges no cumple, o incurre en falta en el cumplimiento de las obligaciones económico-conyugales, o dispone de la totalidad de su fortuna sin el consentimiento de su consorte, o cuando uno de los cónyuges rehúsa, obstinadamente y sin razón válida, informar al otro sobre el estado de su fortuna. El artículo 193 del Código italiano, reformado por Ley de 19 mayo 1975, prescribe como medida represiva la separación judicial de bienes, que puede

Si tomamos como modelo la legislación francesa de 1965, podemos ver la consagración legislativa de cuanto venimos diciendo. Por un lado, se establecen medidas para que ninguno de los esposos pueda, por sí solo, disponer de los derechos por los cuales se asegura el alojamiento de la familia, así como el mobiliario de que esté provista (artículo 215-3). El cónyuge sin cuyo consentimiento se ha efectuado el acto, puede pedir la anulación del mismo desde que tuvo conocimiento de él. La proyección o aplicación de este precepto a nuestro campo de estudio, supondría que, si el inmueble en donde habita la familia fuera propiedad de uno de los esposos, aun cuando éste tuviera derecho de disposición sobre el mismo, se vería limitado en tanto en cuanto tendría siempre que contar con el cónyuge no propietario para efectuar aquellos actos de disposición.

De ámbito más amplio es el art. 220-1.º, del Código que comentamos. Si uno de los esposos falta gravemente a sus deberes y pone así en peligro los intereses de la familia, los Tribunales pueden adoptar todas las medidas urgentes que requiera aquel interés. Entre esas medidas, el artículo prevé expresamente que se prohíba al esposo realizar, sin el consentimiento del otro, actos de disposición sobre sus propios bienes, o, incluso, sobre los de la comunidad, y tanto si se trata de muebles como de inmuebles (117). Este artículo, como el anterior, se encuentra incluido en el régimen primario, lo cual significa su aplicación a todo tipo de régimen económico.

Ya por referencia al sistema adoptado como legal en Francia, en defecto de pacto, es decir, la comunidad, los artículos 1.403 y 1.429 contienen otra serie de medidas de salvaguarda. El primero de ellos, tras afirmar que cada esposo conserva la plena propiedad de sus bienes propios, prevé el caso de que alguno de ellos haya consumido fraudulentamente, o haya dejado de percibir, negligentemente, los frutos de aquellos bienes. En ambos casos se establece una cuenta de recompensas, que el esposo deberá restituir a la comunidad cuando tenga lugar su disolución.

Más interés ofrece el artículo 1.429, en el que está previsto que incluso se pueda despojar a cualquiera de los esposos de los poderes de administración y goce sobre sus propios bienes, cuando, por permitir el perecimiento de éstos o por disipar sus rentas, ponga en peligro los intereses de la familia. Cuando esto suceda, tampoco podrá el cónyuge así desprovisto de aquellas facultades, disponer por sí solo más que de la nuda propiedad de sus bienes. El juez, si no se pone de relieve la necesidad de nombrar un administrador judicial, confiará al

---

ser declarada en caso de mala administración de la comunidad, pero también cuando el desorden en los negocios de cualquiera de los cónyuges o su conducta en relación a la administración, ponga en peligro los intereses del otro o de la comunidad o de la familia, o bien cuando uno de ellos no contribuya a las necesidades familiares en la medida proporcional que le corresponda.

(117) Sobre el alcance de este artículo, exclusivamente referido a los intereses de tipo patrimonial, ver SAYN: *Le régime matrimonial primaire en Les règles générales des régimes matrimoniaux*. París, 1968, pág. 40, y, en especial, la Sentencia de 23 marzo 1966 del Tribunal Grande Instance de Pontoise.

cónyuge demandante la administración de los bienes propios del demandado, así como el poder percibir sus frutos, que habrá de aplicar a las cargas del hogar utilizando el excedente, si existe, en provecho de la comunidad.

Las ideas fundamentales que pueden destacarse de esta regulación son, por un lado, la consagración del interés de la familia como criterio limitativo de las actuaciones de los cónyuges en el ámbito patrimonial (118); por otro, las rigurosas medidas que en base a ese criterio se adoptan y que alcanzan, no sólo a los bienes comunes, sino incluso a los propios de los esposos siempre con una estructuración recíproca; por último, la aplicabilidad general de estas medidas a todo tipo de régimen económico que los cónyuges pudieran haber adoptado.

Volviendo ahora a nuestro Derecho, repetimos que uno de los grandes campos de aplicación del criterio contenido en el artículo 57 hubiera sido el de la actuación concreta de cada cónyuge sobre su patrimonio privativo. La supresión de la licencia marital supone que tanto el marido como la mujer tendrán ahora libertad de administración y disposición sobre sus propios bienes. Respecto a la mujer, se hará innecesaria aquella escurridiza distinción entre actos de administración y de disposición efectuados sobre sus parafernales. Ambas actuaciones le están permitidas sin necesidad del control marital. Pero los frutos de aquellos bienes siguen siendo comunes en virtud del artículo 1.385. Y es más, aun cuando eso no fuera así, la tendencia de todas las legislaciones muestra cómo el atribuir a cada uno de los esposos libertad de disposición sobre su patrimonio, no significa en absoluto que esa libertad sea total. Los poderes se les confieren en interés del matrimonio (119). El reconocimiento de aquella libertad lleva indefectiblemente aparejado, sea cual fuere el régimen matrimonial adoptado por los esposos, el establecimiento de una serie de limitaciones, de cortapisas a su libre actuación, en aras de la protección de la familia como entidad superior a la individualidad de sus miembros.

Puede observarse que hablamos, por un lado, de supresión de limitaciones, cual es la de licencia marital, en pro de una mayor libertad e individualidad de los esposos, y que nos referimos, por otro lado, a la necesidad de regulación de otra serie, si se quiere más importante aún, de limitaciones a los cónyuges. Indudablemente, los planos en que se colocan cada una de ellas son totalmente diferentes. Rechazamos toda limitación que suponga un predominio no justificado de un esposo sobre otro. Rechazamos, por tanto, la limitación de la capacidad de obrar a que estaba sometida la mujer casada. Pero aceptamos e insis-

---

(118) En este sentido WIEDERKHER: *Le régime matrimonial legal, l'égalité des époux et la protection de l'homme marié contra la femme*. Rev. Trim. Droit Civil, abril-junio, 1969, pág. 265, pone de relieve que de lo que se trata es, no de proteger un esposo contra el otro, sino que se tiene fundamentalmente en cuenta el bien de la familia. Por eso, las disposiciones ponen como condición de aplicación que se atente contra aquélla.

(119) Por eso, el artículo 226, 7.º, párrafo 2.º, ap. 2.º, del Código belga, habla del abuso por la mujer de los poderes que le son confiados en interés del matrimonio, especialmente en caso de dilapidación, imprudencia, etc.

timos en la necesidad de estructurar limitaciones que, en un plano recíproco, tiendan a proteger a la familia (120) y a evitar la reducción injustificada de los patrimonios de los esposos.

Estas limitaciones habrían de referirse tanto a la actuación de los esposos sobre sus bienes en sí mismos como sobre los frutos procedentes de ellos. Así, habría de pensarse si no sería interesante exigir el acuerdo de ambos para ciertos actos de disposición sobre bienes parafernales (igual que para las actuaciones del marido sobre sus bienes propios), especialmente cuando estuvieran afectos a la vida corriente del hogar. Al lado de esta medida de tipo preventivo, podrían articularse otras de tipo represivo, como la posibilidad para cualquiera de los cónyuges de impugnar los actos efectuados por el otro cuando éstos pusieran en peligro el equilibrio del hogar, o bien la posibilidad de despojar a cualquiera de ellos de sus poderes de administración o disposición sobre sus bienes privativos, cuando su actuación acusara imprudencia, ineptitud, fraude, o en cualquier caso de abuso. Tengamos en cuenta que nuestro Código no contiene medida represiva alguna por actos efectuados por el marido o la mujer sobre sus patrimonios privativos que puedan ser dañosos al interés de la familia. El párrafo tercero del artículo 1.413 fue una feliz innovación de la ley de 1958, pero sólo atañe a los actos de disposición, sólo se refiere al marido y, sobre todo, su perspectiva es muy estrecha en relación con la más amplia del interés de la familia (parece mirarse en el precepto, fundamentalmente, a la protección de la mujer) (121).

Añadamos, por último, que quizá el medio técnico más adecuado para lograr la efectividad de esas limitaciones que proponemos, fuera a través de la estructuración de un régimen primario, en la forma en que se ha consagrado en otras legislaciones europeas, ya que así se lograría una aplicabilidad general a todo tipo de régimen.

Subrayamos, indudablemente, el trascendental paso legislativo que se ha dado en nuestro país al suprimirse la licencia marital. Quizá sea precisamente respecto a los bienes parafernales en donde el reflejo de aquella medida legislativa se haga más patente en el plano patrimo-

---

(120) A este respecto, puede leerse la Exposición de Motivos de la ley francesa de 1965, presentada por M. Jean Foyer (HAMIAUT: *Le réforme des régimes...* cit., pág. 8), en donde se insiste en que el esfuerzo de realizar la igualdad del hombre y la mujer, en el ámbito de los regímenes matrimoniales, debe completarse, si se quiere que sea eficaz, con una serie de medidas de protección contra los daños que al interés de la familia pueda inferir un esposo irreflexivo o malintencionado.

(121) En este sentido son de destacar los artículos 47 y 50 de la Compilación aragonesa. Se prevé, en el segundo de ellos, la privación de facultades de administración al cónyuge que, en el ejercicio de aquéllas, incurre en culpa grave o negligencia habitual, añadiéndose "Con notorio perjuicio de los intereses familiares". Se conecta aquí la idea del interés familiar a las facultades del cónyuge administrador que, además, es de hacer notar, puede serlo tanto el marido (arts. 48-1.º y 49-1.º), como la mujer, respecto a privativos (artículo 49-1.º) o comunes (art. 48-3.º). Por su parte, el artículo 47 concede la liquidación anticipada y parcial de los reintegros debidos, entre los patrimonios de los cónyuges y el común, "de aquellos valores que cada uno hubiera lucrado sin causa a costa de los otros".

nial. Pero, aparte de su trascendencia práctica, casi diríamos popular, desde un punto de vista estrictamente teórico-jurídico, su significado es aún mayor: los bienes parafernales recobrarán parte de su fisonomía originaria, desdibujada durante siglos y aun en nuestros días, como consecuencia de su incardinación en un sistema económico que, cual el de sociedad de gananciales, es totalmente ajeno a los presupuestos básicos en los que primariamente se asentara esta institución.

Mas, no podemos quedarnos en el mero aplauso de esta medida legislativa. El derecho ha de prever las consecuencias que la adopción de un determinado principio provocará. Si con la supresión de la licencia se camina hacia una libertad de actuación de la mujer sobre su propio patrimonio, libertad de la que ya gozaba el esposo, habrá de caminarsé también hacia la estructuración de una serie de limitaciones, de correctivos, a esa libertad de la que ahora gozarán ambos cónyuges.

Si en nuestra legislación se ha dado cabida a la noción del interés de la familia, habrá de conectarse también, como criterio más idóneo, a las actuaciones patrimoniales concretas de aquéllos, de tal modo que sirva de límite y freno a las mismas. El ejercicio de los poderes por parte de aquéllos ha de aparecer, en todo caso, dominado por el interés familiar. Esta idea de la familia y su protección ha de vincular, condicionar, justificar, la actuación o el ejercicio de los poderes de los cónyuges.

Sólo conjugando y estructurando en forma jurídica adecuada esas dos ideas, de libertad, por un lado, y de limitación, por otro, podrá lograrse un auténtico equilibrio en el seno de las relaciones patrimoniales de los esposos. La reciprocidad será el denominador común de ambas nociones. La actuación de la mujer sobre su propio patrimonio, sobre sus bienes parafernales, ha cobrado un nuevo sentido, teñido de libertad, al suprimirse la licencia marital. Será necesario teñirla, como la actuación del marido, con el criterio superior del interés de la familia.

Salamanca, febrero 1976



# BIBLIOGRAFIA

## LIBROS

**CADARSO PALAU, Juan:** "La responsabilidad decenal de arquitectos y constructores", con prólogo del profesor Gabriel García Cantero, catedrático de Derecho civil. Editorial Montecorvo, Madrid, 1976, 363 páginas.

El análisis de los problemas jurídicos que plantea la responsabilidad decenal de los arquitectos y constructores, no es una tarea fácil. Así lo evidencian las siguientes razones: 1.<sup>a</sup>) La normativa del Código civil sobre las obras por ajuste o precio alzado (artículos 1.588 a 1.600) es escasa. Con la misma, es difícil dar respuesta a cuestiones tan importantes como la legitimación activa y pasiva; la solidaridad de los responsables, la apariencia de los vicios y el plazo de prescripción de la acción ex artículo 1.591. 2.<sup>a</sup>) El continuo avance de la técnica edificatoria ha determinado que la normativa del Código civil sobre las obras por ajuste o precio alzado, inalterada desde la publicación del Código civil, no sea muy idónea para solucionar los múltiples problemas jurídicos que se plantean hoy día (1). 3.<sup>a</sup>) La desafortunada dicción de los artículos 1.591 y 1.909 del Código civil. 4.<sup>a</sup>) La utilización en el artículo 1.591 de un lenguaje propio de la técnica de edificación de obras inmobiliarias. Para precisar el sentido de los vicios del suelo, de la dirección y de la construcción es necesario fijar las atribuciones de los arquitectos, ingenieros, constructores y demás profesionales que intervienen usualmente en la construcción de las obras inmobiliarias. Esto exige analizar numerosas disposiciones legales, dictadas por el Ministerio de la Vivienda, y utilizar conceptos propios de la técnica edificatoria. 5.<sup>a</sup>) Nuestra doctrina se ha ocupado escasamente del contrato de obra y, lógicamente, de la responsabilidad decenal. Tan sólo GARCÍA CANTERO (2), SANTOS BRIZ (3) y HERRERA CATENA (4) han estudiado con algún detenimiento la responsabilidad decenal (5).

CADARSO va a tratar de superar las dificultades planteadas, siendo el fruto de este propósito una excelente monografía, que es fundamental para com-

---

(1) Como ha destacado HERRERA CATENA ("Responsabilidades en la construcción". Volumen I. Granada, 1974, p. XI), el cambio tecnológico tiene especial incidencia en esta materia, habiendo necesidad de contemplar modernos sistemas constructivos, analizando las consecuencias jurídicas de su puesta en práctica. Sobre las consecuencias jurídicas del cambio tecnológico y sus consecuencias jurídicas pueden verse las acertadas consideraciones que hace el profesor Díez-PICAZO en su obra "Experiencias jurídicas y teoría del Derecho", Edit. Ariel, Barcelona, 1973, págs. 311 y ss.

(2) GARCÍA CANTERO: "La responsabilidad por ruina de los edificios", en ANUARIO DE DERECHO CIVIL, octubre-diciembre 1963, pp. 1053 y ss.

(3) SANTOS BRIZ: "El contrato de ejecución de obra y su problemática jurídica", en Revista de Derecho Privado, mayo de 1972, pp. 379 y ss.

(4) HERRERA CATENA: obra citada en la nota 1.<sup>a</sup>.

(5) En cambio, tanto la doctrina francesa como italiana han estudiado ampliamente la problemática que suscita la responsabilidad de los arquitectos y constructores. Véase la amplia bibliografía italiana y francesa que recoge CADARSO al final de su monografía.

prender la amplia problemática jurídica que suscita la responsabilidad decenal de los arquitectos y constructores y, en general, la normativa de nuestro Código civil sobre las obras por ajuste o precio alzado.

La monografía que comentamos es interesante tanto en el plano científico como en el plano práctico, pues el auge de la edificación moderna, el desarrollo de los grandes complejos urbanos y suburbanos, han traído a un primer plano en los últimos años los problemas de la construcción, suscitando hondas preocupaciones la importancia y la frecuencia de los daños que de ella se derivan. Esta importancia práctica se refleja en el gran número de sentencias que han aparecido en los últimos años en relación con la responsabilidad decenal.

Comienza CADARSO el análisis de la responsabilidad decenal con la exposición de los antecedentes históricos del artículo 1.591 del Código civil. Realiza un estudio profundo de sus orígenes romanos y de las Leyes 21, título 32 de la Partida 3.<sup>a</sup> y 16, título 8 de la Partida 5.<sup>a</sup>. Seguidamente expone los antecedentes inmediatos del Código civil (los artículos 1.532 y 1.903 del Proyecto de 1851 y el artículo 47 del Anteproyecto de 1882-1838), destacando el entronque entre nuestra legislación histórica y la normativa francesa.

Muestra también los criterios imperantes en el Derecho Comparado, porque entiende que el examen comparatista enseña cómo el singularismo de la responsabilidad decenal aparece acentuado en aquellos ordenamientos en que el contrato de obra, insuficientemente regulado, desconoce una disciplina común de responsabilidad por vicios posteriores a la recepción de la obra. A continuación, se enfrenta con la debatida cuestión de la naturaleza jurídica de la responsabilidad decenal. Expone críticamente las tres tesis que han sido defendidas por la doctrina, tanto española como foránea, en orden a la calificación de la naturaleza jurídica de la responsabilidad decenal (contractual, legal y extracontractual).

El autor es consciente de que la posición adoptada condiciona toda la materia a exponer. Propugna la naturaleza contractual de la responsabilidad decenal, aduciendo en su apoyo que en el contrato no todo es voluntad. Y si los constructores están obligados a construir bien aun con independencia de haberse comprometido a ello mediante contrato, cabe decir que estamos aquí frente a un supuesto más de determinación heterónoma de la reglamentación contractual (artículo 1.258 del Código civil), por otra parte, cada vez más frecuente en la vida moderna, sin que por ello haya de excluirse totalmente la operatividad del régimen de la responsabilidad contractual.

También aduce en apoyo de esta tesis, que puede considerarse como mayoritaria en la doctrina, el argumento sistemático y la evolución histórica de esta peculiar responsabilidad.

En los capítulos III, IV y V estudia los presupuestos de la responsabilidad decenal. Analiza las nociones de edificio y ruina, proponiendo su interpretación amplia, de acuerdo con el criterio imperante en la doctrina y en la jurisprudencia. De gran interés son sus puntos de vista sobre el debatidísimo problema de la apariencia del vicio en el momento de la recepción de la obra. Estima que no cabe hablar de vicios aparentes u ocultos en el sentido en que de ellos se habla al tratar de la compraventa. De una parte, los vicios de la construcción determinan la responsabilidad decenal más en cuanto vicios la-

tentes que en cuanto vicios ocultos. De otra parte, el carácter oculto habría que referirlo, en todo caso, no sólo al vicio, sino también a sus consecuencias.

CADARSO resalta la escasa significación que en esta materia tiene la afirmación previa de que la responsabilidad decenal se basa en la culpa. No se trata tanto de afirmar en principio la base culposa de la responsabilidad decenal, cuanto de precisar el funcionamiento concreto de esa culpa, los extremos de su régimen, de acuerdo con las específicas reglas por las que se rige el instituto.

Cuando se produce la ruina del edificio construido dentro del plazo de garantía decenal, se presume que tiene su causa en la actuación negligente de los constructores y arquitectos. Esta presunción actuará en un doble terreno: a) en el de la causalidad, en el sentido de que la ruina ocurrida dentro de los diez años es atribuible, antes que al caso fortuito, a defectuosa construcción, entendida como causa originaria; b) en el de la imputabilidad, permitiendo atribuir el vicio al constructor o al arquitecto.

La presunción de culpa es, en ambos casos, "iuris tantum".

En el capítulo VI de esta monografía, se fija el ámbito subjetivo de la responsabilidad decenal. El comitente-propietario y el subadquirente del edificio son fundamentalmente las personas legitimadas activamente para ejercitar la acción ex artículo 1.591. La extensión de la legitimación a cualesquiera otros terceros resulta mucho más problemática.

Sobre la base de admitir diferencias de régimen entre la acción derivada del artículo 1.909 y la del párrafo 1.º del artículo 1.591, la vía procedente para la reclamación por los terceros perjudicados debe considerarse la de aquel artículo, como supuesto de aplicación específica del artículo 1.902.

El autor menciona como personas legitimadas pasivamente no sólo al arquitecto y al constructor, sino a otros técnicos en la construcción (el aparejador y el ingeniero), a los subcontratistas, y a los nuevos protagonistas de la construcción, los promotores.

En el capítulo VII se estudia el sistema de responsabilidad privativa del artículo 1.591 y la debatida cuestión de la solidaridad. La generalidad de la doctrina y la jurisprudencia entiende que la responsabilidad por vicios determinantes de ruina se divide entre el arquitecto y el constructor. Esta división de responsabilidad se establece por razón de la causa de la ruina. A tenor del artículo 1.591, párrafo 1.º, el constructor (contratista) responde de los vicios de la construcción; el arquitecto de los vicios del suelo y de la dirección.

Sin embargo, CADARSO considera que una aplicación estricta del sistema de responsabilidad privativa puede traducirse en una dificultad, cuando no imposibilidad, de conceder al perjudicado una reparación efectiva. El sistema de responsabilidad privativa cederá necesariamente, en la práctica, ante un sistema de responsabilidad solidaria.

Después de definir al vicio del suelo, de la dirección y de la construcción y de evidenciar las grandes dificultades que plantea su perfecta delimitación, se pregunta si puede ser solidaria la responsabilidad de los constructores y los arquitectos. Expone ampliamente cómo soluciona este problema la doctrina y la jurisprudencia y llega a la conclusión de que en un terreno estrictamente técnico jurídico, la discusión planteada podría hacerse interminable.

A su juicio, en los casos de concurrencia necesaria, y cuando queda per-

fectamente delimitada la intervención parcial de cada uno de los responsables, el principio de responsabilidad privativa tiene una actuación inmediata. En los casos de concurrencia acumulativa, y cuando no quepa fijar la parte correspondiente a cada responsable, debe admitirse una condena por el todo, sin perjuicio de las subsiguientes acciones de regreso.

En el último capítulo estudia el plazo de garantía decenal y la prescripción de la acción ex artículo 1.591. Llega a la conclusión de que debe aplicarse el plazo general de quince años conforme a la estricta concepción contractualista de la responsabilidad decenal, aunque considera más adecuado, sin embargo, el plazo de prescripción anual del artículo 1.968, 2.º, del Código Civil.

En síntesis, ésta es la aportación de CADARSO. No estamos de acuerdo con sus puntos de vista sobre la apariencia del vicio y la legitimación del subcontratista, y pensamos que no ha tratado suficientemente la responsabilidad decenal "extracontractual" (vid. artículo 1.909 del Código Civil), pero no por ello dejamos de reconocer la innegable valía de su obra, llena de ideas y soluciones originales.

Por último, quisiéramos destacar su excelente análisis de la jurisprudencia, que estudia críticamente, y el importante índice bibliográfico que figura al final de la monografía.

**CARRILLO SALCEDO, J. A.: "Derecho internacional privado. Introducción a sus problemas". 2.ª edición. Madrid, 1976. Editorial Tecnos. Un volumen de 375 páginas.**

Después de la segunda guerra mundial, la intensidad de los contactos internacionales entre los pueblos y las naciones ha ido aumentando, por lo que, en el ámbito de las relaciones privadas, bien de carácter personal o ya económico, han suscitado variados conflictos de intereses, para los cuales era necesario la aplicación de unas normas, bien del foro o ya extranjeras.

La obra del distinguido internacionalista, el profesor Carrillo Salcedo, trata de mostrarnos el cambio de criterios y de metodología de estos conflictos de las relaciones privadas del tráfico externo, es decir, donde sus elementos no se realizan en el ámbito de un Derecho nacional, por lo que es deber de los Estados el cooperar mutuamente para llevar a cabo una coordinación y combinación de los ordenamientos jurídicos en función de un orden internacional.

El ilustre autor hace ver como actualmente existe una pluralidad metódica en la regulación jurídica del tráfico externo para lograr una reglamentación internacionalizada, donde se puedan compaginar los intereses propios del foro con los extranjeros. De aquí que, con un gran sentido didáctico, la obra aborde, tras una "introducción general", una primera parte sobre el análisis de los distintos métodos posibles para la regulación del tráfico externo, como son: las normas del Derecho interno de aplicación necesaria, las normas materiales de Derecho internacional privado y las normas de conflicto.

En la segunda parte, se plantea el examen del Derecho del foro y el Dere-

cho extranjero según el método de atribución, apreciado desde sus dos aspectos: en el de la localización y en el de la reglamentación de los supuestos del tráfico externo. Con ello, el profesor Carrillo trata de mostrar cómo el método de atribución, aquel que aplica normas indirectas al supuesto conflictivo que contiene elementos extranjeros, no desconoce el carácter internacional de los problemas a resolver, ni ignora la relevancia especial del ordenamiento estatal en la reglamentación del tráfico externo, ni lleva necesariamente a soluciones insatisfactorias; por el contrario, tanto en la localización como en la reglamentación de los supuestos extranacionales, aspira a una conjunción de los ordenamientos jurídicos, a organizar su convivencia.

Esta magnífica obra de introducción al Derecho internacional privado, en su segunda edición, se concluye con un bien sintetizado "epílogo" y unas tablas perfectamente adecuadas a facilitar la búsqueda y localización de las materias por conceptos, o bien por autores, así como de las decisiones arbitrales y judiciales citadas en el ámbito nacional y extranjero.

JOSÉ BONET CORREA

**COSSIO, Alfonso de: "Instituciones de Derecho civil. 1. Parte general. Derecho de obligaciones. 2. Derechos reales. Derecho de familia y sucesiones". Madrid, 1975. Alianza Editorial. Dos volúmenes de 493 y 1011 págs.**

En la doctrina civilista española hay que saludar con alborozo la nueva publicación de una gran obra sobre las instituciones del Derecho civil, como es la realizada por el ilustre maestro, catedrático, investigador y abogado el profesor Alfonso de Cossío.

Esta obra no es un libro de texto más con todas las virtudes o necesidades que una cátedra reclama para su dedicación pedagógica. También desde este aspecto, la obra consigue, como ninguna otra hasta ahora, lograr un equilibrio científico entre lo que se debe enseñar, la extensión y la problemática de las materias tratadas, con la brevedad óptima, sin ampliaciones todavía innecesarias.

Este mismo criterio de ponderación se advierte en la metodología que se emplea para dar a conocer y expresar las cuestiones que presentan las instituciones civiles. Con criterio realista, con el pensamiento puesto en la organización de un Estado de Derecho y el valor de primacía de la ley, en cuanto norma de conducta, el profesor Cossío toma la ancha vía del recorrido que nos proporciona el Código civil, la legislación reformada y especial y también los fundamentos interpretativos más selectos de la jurisprudencia.

Los criterios doctrinales quedan reflejados más en el contexto de la obra que por sus citas, sin dejar de mencionar aquellos grandes autores que por sus contribuciones son clásicos para la ciencia del Derecho y para la causa de la justicia humana; de este modo su obra refleja los frutos de un gran estudioso, de un esforzado paladín de la enseñanza y del foro; sus experiencias vividas en las escuelas jurídicas europeas, en la que destaca su formación pandectista, aportan a su carácter científico el rigor y las dimensiones más universales

de la comparación a las que su gran espíritu liberal se adhiere y proclama. Así, son páginas profundas aquellas que abordan el tema de la persona, de su libertad, de sus derechos subjetivos o de los deberes de la familia.

Dentro de este drama vital, compuesto por los intereses conflictivos de los individuos en la consecución de un orden social, la realización de la justicia conmutativa y distributiva alcanzan en la obra del profesor Cossío un protagonismo real y efectivo; sus consideraciones sobre el patrimonio y la pecuniariedad de las obligaciones, además del contenido instrumental y finalista de los derechos reales, componen todo el conjunto circunstancial e institucional al servicio del Derecho que aplica con el máximo rigor y el más amplio espíritu humano. Al tratamiento de las cuestiones dogmáticas se une el estudio histórico y su línea evolutiva hasta el entorno actual, por lo que su obra nos proporciona los análisis y las contribuciones teóricas y experimentales de un contexto social, económico y político en que se desenvuelven para lograr el ejercicio de la justicia.

Con esta magnífica obra, el profesor Cossío logra mostrarnos un amplio espectro: la tradición y el pasado en su conjunción con el presente, advirtiéndose el deber ser del porvenir, por lo que el universitario, tanto como el profesional o el letrado, tienen a su alcance un texto actualizado de la normativa vigente para saber distinguir lo fundamental de lo accesorio, lo permanente de lo caduco y, sobre todo, donde está la razón de lo justo y lo equitativo.

La apreciación de los valores humanos permanentes y cristianos para la realidad del Derecho tienen en la obra del profesor Cossío un destacado ensamblaje dentro del contexto ideológico contemporáneo, tanto en sus dimensiones científicas como prácticas; de aquí que con sus argumentaciones y razonamientos queden superadas las pseudo-voces de quienes pretenden conquistas sociales totalitarias y abstractas.

Una vez más, la obra de un gran civilista vuelve a reflejar aquellos fines prácticos de la vida humana cotidiana del genial jurisprudente romano: "vivir honestamente, no dañar a otro, dar a cada cual lo suyo".

JOSÉ BONET CORREA

**GOMEZ ORBANEJA (Emilio), HERCE QUEMADA (Vicente): "Derecho procesal civil". En dos volúmenes. Octava edición. Volumen primero. "Parte general. El proceso declarativo ordinario", por Emilio Gómez Orbaneja. Madrid, 1976, 548 págs.**

Deberá advertirse, ante todo, que la obra reseñada en sus seis primeras ediciones aparece como resultado de la colaboración de los profesores Gómez Orbaneja y Herce. En la edición séptima se nos dice que los autores se han repartido más lógicamente la tarea y que el volumen primero es debido al profesor Gómez Orbaneja y el segundo volumen al profesor Herce. Ahora, el primer volumen de esta octava edición ha sido exclusivamente redactado

por el profesor Gómez Orbaneja (1), aunque en Apéndice y bajo la denominación "Los cuatro juicios declarativos ordinarios (Recapitulación descriptiva) (pp. 513-539), señala el autor que para su redacción se ha servido —autorizado para ello— del texto del profesor Herce, que con anterioridad a la séptima edición de esta obra cerraba el primer volumen (2).

La publicación de la octava edición de este Derecho procesal es, por sí misma, la mejor y más evidente prueba del alto aprecio que la obra ha merecido y sigue mereciendo a los profesionales del Derecho. Cualquier comentario añadido puede resultar supérfluo y hasta impertinente. Sin embargo, no puede callarse que nuestro libro se distingue en la literatura jurídica especializada por su prosa límpida y lo claro de su redacción, por la finura con la que se enfocan difíciles cuestiones teóricas y prácticas y también por las oportunas referencias históricas, escuetas pero curiosas e iluminadoras (por ejemplo, en págs. 223, 331 y 430).

Muchos de los temas tratados tienen evidente interés para los civilistas. Bastará pensar en las cuestiones sobre capacidad procesal y legitimación, en general, y en especial respecto a las uniones sin personalidad y patrimonios autónomos, sobre la contraposición entre acción y pretensión ("Anspruch"), naturaleza de la compensación, valor del documento, carga de la prueba, presunciones, confesión, transacción judicial, cosa juzgada, etc., etc.

Es cierto que nuestro autor, conforme a la dirección más autorizada de la moderna dogmática procesal, destaca el carácter de Derecho público de las cuestiones procesales, contraponiéndolas a los de naturaleza de Derecho privado. Criterio resultante, me parece, de la hegemonía de la corriente del pandectismo, que hiciera suyo el viejo dicho "bene docet qui bene distinguit". Mas también el autor, conocedor a fondo del Derecho privado, no ha podido desconocer la estrecha conexión existente entre las normas de los mal llamados Derecho sustantivo y Derecho rituario o adjetivo. Las divisiones, tan útiles para la docencia y la dogmática, son siempre arbitrarias y pueden hacer olvidar la unidad de las realidades sociales, materia de regulación para unas y otras normas.

Como corroboración de lo dicho sobre el mutuo carácter complementario de las disposiciones civiles y procesales, puede recordarse la influencia decisiva de la fórmula de las acciones en Derecho romano y de los "writs" en el

---

(1) El orden del contenido de la obra es el siguiente: *Introducción*: Proceso y Derecho procesal civil: El proceso civil. El Derecho procesal civil. La norma jurídica procesal y su aplicación en el tiempo y el espacio. La Ley de Enjuiciamiento Civil. *Primera parte*. Teorías generales: Jurisdicción y competencia. Las partes y sus representantes. Los actos procesales. Configuración del proceso civil. *Segunda parte*. El proceso declarativo ordinario: La acción y la oposición. La prueba. Término de conclusión y diligencias para mejor proveer. Interrupción y terminación del proceso sin decisión judicial. La sentencia y sus efectos. Los recursos. *Apéndices*: Los cuatro procesos declarativos ordinarios (Recapitulación descriptiva). *Índice analítico*.

(2) Se ha de advertir que, además de corregido y puesto al día, se ha completado este volumen, añadiéndose una exposición de la interrupción del proceso y de las causas que lo cierran sin sentencia (caducidad, desestimiento, allanamiento, renuncia, transacción); se adicionan además consideraciones sobre la "apreciación conjunta" de la prueba, la prueba legal y sobre cosa juzgada y solidaridad.

Derecho inglés para la formación del Derecho privado. Más tarde para el Derecho romano, y en dirección contraria se pudo decir en Bizancio "mater enim Actionum sunt obligationes" (3). En este mismo sentido cabe mencionar la clasificación de las normas jurídicas propia de la doctrina inglesa; en la que las disposiciones que nosotros denominamos procesales se incluyen dentro de la rúbrica de Derecho privado ("Private Law"), considerándolas en su aspecto de "remedial rights" (4). En Francia, en los programas de la licenciatura de Derecho (A. 29 diciembre 1954), se encuentra como nueva denominación oficial la de "Institutions judiciaires et droit civil".

La especialización ha permitido y facilita siempre el ahondar en el estudio de cada institución jurídica, pero la delimitación de zonas o materias jurídicas no debiera hacer olvidar la unidad esencial del Derecho (5). Por ello, cabe destacar, como uno de los méritos del libro reseñado, su continuada atención al aspecto civil de las cuestiones que examina.

R.

---

(3) *Paraphrasis* de THEOPHILO a la *Instituta*, 3, 13.

(4) HOLLAND, *The Elements of Jurisprudence*, Oxford, 1896. Part. II, cap. XIII, p. 283. PATON, *A Text Book of Jurisprudence*, 3.<sup>a</sup> ed. por D. P. DERHANS, Oxford, 1964, Book VI, XIX y XXIII. Es cierto que se ha intentado también distinguir entre ley sustantiva y ley procesal, aunque reconociendo que en muchos casos la diferencia entre ambas ramas es más de forma que de sustancia. SALMOND, *On Jurisprudence*, 11.<sup>a</sup> ed., por G. WILLIAMS, London, 1957, pp. 504-505.

(5) Puede recordarse que en Francia el Derecho penal forma parte de las disciplinas de Derecho privado; lo que se justifica ciertamente respecto de las disposiciones protectoras de derechos privados.

**MERINO HERNANDEZ (José Luis): «El consorcio foral aragonés». Colección Temas de Derecho aragonés. Librería General. Zaragoza, 1976, 216 págs.**

Un estudio detallado del Consorcio foral o fideicomiso foral, institución regulada en la Compilación de Derecho civil de Aragón, art. 142 (1), permite conocer los diversos aspectos que tal institución presenta: su realidad histórica y el fondo institucional. Por su conexión con otras instituciones de carácter

---

(1) La institución denominada consorcio foral viene actualmente regulada en la Compilación de Derecho civil de Aragón, en su artículo 142, dentro de las "Normas comunes a las diversas clases de sucesión", tít. VII de la Ley, en los siguientes términos:

I. Cuando varios hermanos o hijos de hermanos adquieran de un ascendiente *pro indiviso* y a título gratuito bienes inmuebles, queda establecido entre aquéllos, y en tanto subsista la indivisión, el llamado "consorcio o fideicomiso foral", con los siguientes efectos:

1.º Ninguno de los consortes puede enajenar, gravar ni obligar la parte que le corresponde en los bienes indivisos.

2.º Tampoco puede disponer de su parte por actos *mortis causa* sino en favor de sus descendientes.

3.º Si un consorte muere sin descendencia antes de la división, su parte acrece a los demás consortes.

4.º El consorcio se disuelve por la división del inmueble o inmuebles, que puede pedir cualquiera de los consortes.

familiar y sucesorio, el consorcio foral permite, además, advertir, desde ese lugar estratégico, las correlaciones de las reglas y principios informadores del Derecho privativo aragonés. El autor pone de relieve en esta monografía la íntima trabazón y enlace de las reglas y principios confluyentes en esta institución "singularmente aragonesa".

Se trata, por tanto, de un trabajo de inapreciable valor para conocer esa institución en profundidad y, a partir de ella, contemplar el paisaje, con perspectiva amplia, con visión del conjunto; el núcleo básico del Derecho aragonés.

El autor sigue de cerca los problemas que el consorcio foral presenta en la vida de hoy y trata de encontrar soluciones justas con fundamento positivo. A lo largo de todo el trabajo se advierte el esfuerzo de tratar la institución, sin menoscabo de su realidad histórica, con técnica nueva, lo que facilita la labor profesional y la vida práctica; criterios de interpretación, problemas de calificación, incidencia fiscal de seguir una u otra postura, alcance en el Derecho interregional..., pero el autor no se pierde en el planteamiento de los problemas y en la propuesta de soluciones prácticas, sino que, a partir de lo ya logrado en cada momento, proyecta nuevas perspectivas y se propone metas nuevas para llegar a la comprensión cabal del instituto. De aquí también el interés doctrinal.

Con el único objeto de destacar alguna de las facetas del trabajo que permiten advertir el interés del libro, voy a referirme a algunos aspectos que a mí personalmente me resultan más sugerentes: el acertado empleo del método comparativo, contraste con criterios afines y discrepantes del Código civil; el riguroso manejo de las reglas de interpretación; la valoración y ponderación de los conflictos de intereses.

Acaso se deba a esta ponderación de los conflictos de intereses —que el autor afronta de modo decidido— el calificativo de "foralista crítico", que en el prólogo le atribuye el profesor Sancho Rebullida; "un jurista racional y un foralista crítico".

## I

Al exponer los antecedentes históricos, Merino Hernández se limita a constatar un hecho, dejando en libertad al lector para que deduzca consecuencias. De esa actitud voy a prevalerme para destacar el significado de ese hecho en la medida en que lo considero punto clave para la comprensión de no pocos problemas planteados.

El hecho es el siguiente: pese a ser una institución singularmente aragonesa, "estuvo en franco olvido". El Apéndice de 1925 no la recoge; a esa pérdida de vigencia alude ahora la Exposición de motivos de la Compilación: "fue eliminada del Ordenamiento civil aragonés en el Apéndice de 1925".

No deja de sorprender que foralistas de tanta autoridad como los que el autor selecciona afirmen que bien merecía este trato, increpando a la institución el carácter de "materia odiosa" (Martón y Santa Pau); materia odiosa, porque se opone al crédito territorial, al dificultar la transmisión de la propiedad inmueble (Isabal). Argumentos que influyen en los Tribunales, S. de 14

de mayo de 1924 de la Audiencia Territorial de Zaragoza: "pugna con las tendencias modernas por las trabas que impone al derecho de propiedad".

Mas no sólo por razones de organización económica de la propiedad, sino por pensar que parece contraria a "nuestra libertad civil" (Muñoz Salillas).

Como puede advertirse, estos "juicios críticos" a la institución provienen de su contraste con el concepto de derecho de propiedad establecido en el Código civil, que se basa en la disposición; facilitar la transmisión y división, criterio adoptado por el legislador del Código civil como política jurídica y, en esa medida, principio inspirador de la propiedad y de los derechos reales en aquel Cuerpo legal. Tal criterio corresponde a la mentalidad del siglo XIX. En una concepción liberal de la propiedad, el derecho o facultad de disponer es el más esencial al dominio; de aquí que la libertad del dominio—art. 348 del Código civil—haga frente común con la libertad de contratación—artículo 1.255—y con la libertad industrial.

El consorcio foral pugna, en efecto, con ese concepto de propiedad, en cuanto que es una forma de indivisión que lleva inherente una prohibición de enajenar, por lo que desde esa filosofía sólo podía merecer un juicio desfavorable.

El autor dirige su atención a las fuentes primeras de donde surgió el consorcio foral, y de ellas deduce, sin prejuicios de época, el verdadero significado y finalidad, a partir del que es posible una valoración crítica objetiva.

El eco de la ideología del Código confunde incluso a juristas aragoneses, por lo que, con tanto acierto, el autor coloca la institución al abrigo de lo que la oscurece y mutila, cuando se analiza a la luz de sistemas con inspiración diferente.

Se explica que los autores influidos por la inspiración del Código perderían la orientación, puesto que el consorcio foral guarda relación—de aquí los problemas de calificación—con los pilares frontales de aquella concepción liberal de la propiedad: fideicomiso, indivisión, derechos de preferente adquisición, prohibiciones de disponer.

## II

Desde la fuente originaria, Merino Hernández avanza con firmeza en la interpretación del artículo 142 de la Compilación aragonesa, pero lo hace a la luz de los principios inspiradores de la Compilación y de los "pilares jurídicos fundamentales", es decir, desde su propio recinto, sin sacarla de su ambiente, desde su fundamento "racional y de justicia"; el mantenimiento de los patrimonios dentro de una misma familia.

Este enfoque arroja un fondo de luz que permite advertir lo mudable como mudable: "el sentido clásico patriarcal de la familia, al menos en Aragón, brilla hoy totalmente por su ausencia"; pero este resquebrajamiento es subalterno, de valor secundario, respecto de la propia filosofía inspiradora del consorcio: "una vez más la norma aragonesa pone de manifiesto su exacerbado sentido de la familia y sus instituciones conexas. Los hijos ilegítimos y los naturales nunca podrán formar parte de esa sacrosanta y venerable institución aragonesa que es la Casa".

Es minucioso y exhaustivo el elenco de principios de raigambre aragonesa que prestan la consistencia de este libro en orden a la interpretación; de ellos hace uso el autor en todas las cuestiones interpretativas y acierta en la aplicación analógica por encontrarse en ellos la verdadera "ratio legis": el principio "standum est cartae", que considera como "fundamental en el ordenamiento aragonés", pág. 44; el principio de troncalidad, que entiende como "esencial", págs. 44 y 47; porque "inspira y ha inspirado siempre casi toda la normativa legal aragonesa"; la defensa de la Casa: institución de rancia raigambre, que conlleva la unidad del patrimonio familiar...

Desde esos postulados el autor analiza los elementos del consorcio foral:

— El lazo de parentesco: que los bienes han de proceder de un ascendiente *común*.

— El origen: título adquisitivo, gratuito.

— El objeto, la exclusión de muebles, que ofrece el especial interés en Aragón ante la presunción de inmovilidad.

— El desenvolvimiento: actos de disposición, disolución del consorcio.

El autor concibe la institución como una comunidad de bienes ordinaria, sujeta a un régimen especial, que puede concurrir con otras comunidades, según unos criterios de concurrencia que describe con indudable rigor y criterio de jurista conocedor de la vida práctica. Analiza aquello que corresponde a su calidad de comunidad de bienes y se detiene en el análisis minucioso de la peculiaridad de este régimen especial, separando, con cuidado y cautela, las normas imperativas de las de carácter dispositivo; en ese análisis, hecho con claridad y método, se advierte el sentido de las diferencias con otras instituciones, sustitución, fideicomiso, regidas de modo diferente en el Código civil, páginas 59, 61, 154, con el derecho de acrecer, pág. 154, y la compatibilidad con instituciones típicamente aragonesas como la viudedad, pág. 171.

Especial interés ofrece este libro para estudiar problemas de calificación en el derecho interregional sin partir de categorías apriorísticas, sino deducidas del fondo institucional. Para Merino Hernández el consorcio foral es "una suerte de comunidad de bienes" y, como tal, su *sede* adecuada es el Derecho de propiedad, pág. 38; este criterio clasificatorio permite distinguir al consorcio de supuestos que no lo son: si no hay comunidad no hay consorcio, y el autor lo emplea para decidir cuestiones previas de otras incidentales, el acrecer, presupone consorcio.

### III

El autor emplea el método de interpretación sociológica en proporción mínima a la aplicación jurídica, para situar el fundamento de justicia y racional en un entorno socio económico que hoy ha variado.

La invasión de la técnica y de las ideas económicas modernas no debe pasar inadvertido al expositor de una institución que, sin el conocimiento de los remedios inspirados en su propia finalidad, pudiera avocar a consecuencias gravemente antieconómicas.

No es lo mismo, en efecto, el medio urbano y el medio rural; el "grave peso del consorcio aragonés" se hace sentir, con mayor intensidad, en zonas de auge turístico: "son muchas las personas procedentes de otras regiones es-

pañolas que compran inmuebles, fundamentalmente de recreo" (especialmente ciertos sectores del Pirineo), pág. 67, lo que, sin duda alguna, ha de tomarse en consideración a la hora de optar por soluciones posibles.

De otra parte, la mayor firmeza en la situación económica familiar es relevante a la hora de determinar el alcance de la indivisibilidad de los bienes, así como es relevante el estado de necesidad en orden a la limitación temporal de la libre disponibilidad, pág. 131; pero la justificación de estos frenos y correctivos no puede confundirse con razones extrínsecas, sino basadas en la *ratio juris*, en las normas: "en cualquier caso estimo que el estado de necesidad no puede confundirse con las meras conveniencias del consorte que se propone enajenar", pág. 132.

En definitiva, de la lectura atenta de este libro se desprende que entroncar las instituciones con su historia es indispensable para orientar los problemas hacia soluciones justas. El fondo institucional de una realidad histórica es esa misma realidad que no cambia aunque su entorno cambie, porque permanece su fundamento racional y de justicia.

José Luis Merino ha sabido exponer con claridad, sin perder vigor y altura, cómo es y cómo funciona una institución típica, su inspiración histórica, sus mecanismos, su perspectiva práctica, con respecto a su realidad social y al medio en que se desenvuelve donde alcanza el término "consorcio foral" su significado propio.

JOSÉ ANTONIO DORAL

**SAINZ MORENO, Fernando: "Conceptos jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa". Editorial Civitas, S. A., Madrid, 1976, 363 págs.**

§ 1. Con esta nota se quiere dar cuenta de una reciente publicación jurídica, y, sobre todo, destacar su importancia en la literatura jurídica moderna. El interés de la obra reseñada no se limita a proporcionar una información cuidada y amplia de los temas examinados, dando a conocer los propios puntos de vista sobre cada uno de ellos; lo tiene además, y muy en especial, por lo que sugiere, por su virtud estimulante, por lo que incita a continuar pensando en algunas de las cuestiones fundamentales de la ciencia jurídica.

Lo complejo del contenido de la obra que nos ocupa se indica ya en su mismo título y se detalla en su índice (1). A pesar de ello, parece conveniente añadir como advertencia que cada una de las tres partes de las que se compone tiene un mayor particular interés para unos u otros especialistas. En primer lugar se trata de lo que se ha llamado teoría o filosofía del lenguaje, referida al lenguaje jurídico, a los conceptos jurídicos y a la indeterminación

---

(1) En sus líneas generales es el siguiente: Parte I. Los conceptos: Lenguaje y conceptos. La indeterminación de los conceptos. Parte II. Los conceptos jurídicos: Lenguaje jurídico y lenguaje ordinario. El significado de los conceptos jurídicos. El artículo 3.º del Código civil. El razonamiento sobre el significado de los conceptos jurídicos. Parte III. La teoría de los conceptos jurídicos indeterminados y la problemática general de la indeterminación de los conceptos jurídicos. La fijación de los conceptos indeterminados en el Derecho administrativo. Potestad discrecional y conceptos indeterminados.

de éstos (páginas 19-120, 163-187, 191-221). Una segunda parte se dedica a la interpretación jurídica, de la que se destaca un detenido comentario al artículo tercero del Código civil (páginas 121-161). La parte última y más extensa está consagrada al estudio de los conceptos indeterminados en el Derecho administrativo, con la finalidad de fijar el concepto y límites de la discrecionalidad de la Administración (páginas 223-357).

Los capítulos que se ocupan del lenguaje es muy posible que, por su naturaleza específica y abstracta, ajena a las preocupaciones ordinarias de los juristas, puedan resultar para éstos de árida y fatigosa lectura. Por esta razón me atrevería a recomendar que se lea la obra siguiendo un orden diferente según sean los especiales intereses de cada lector. Los civilistas pudieran comenzar con el estudio de la que hemos indicado como parte segunda y los administrativistas con la de la tercera. Cabe aconsejar también que, después de las partes segunda y tercera, se atienda a la primera; ésta, aunque su materia sea propia de la teoría y filosofía del Derecho, puede servir para que los cultivadores del Derecho positivo aprecien mejor la importancia de las cuestiones del lenguaje para el entendimiento y aplicación del Derecho.

§ 2. El estudio de la interpretación jurídica se emprende atendiendo al valor específico del lenguaje expresado en un texto escrito. Se hace referencia a las teorías sobre la interpretación de la ley y se trata con especial cuidado el artículo 3.º del Código civil. El estudio de este precepto se hace destacando, en primer lugar, las diferencias que existen entre el texto de la Ley de Bases de 17 marzo 1973 y el texto articulado de 31 mayo 1974, indicando el valor que, a su juicio, a ellas ha de dárseles. Después se comentan con detalle y agudeza los criterios recogidos en el artículo 30 para la interpretación de las leyes, subrayando su importancia para la práctica.

Esta parte de la obra contiene buen número de valiosas y sugestivas observaciones y, como es natural, también plantea cuestiones y dudas, cuyo desarrollo no es posible aquí, ya que su estudio exigiría un espacio impropio de una nota bibliográfica.

§ 3. Con el mayor cuidado, concediéndole la importancia que merece, se estudia la cuestión de los poderes discrecionales de la Administración. La que importa no sólo a los juristas todos, sino a cada hombre, dada la actividad invasora, creciente y desmesurada de la Administración. ¿Tiene límites? ¿Cuáles son?

Conceptos vagos, indeterminados se encuentran en todas las leyes; su significado y alcance tienen una mayor relevancia en el Derecho administrativo. ¿Cómo habrá de interpretar la Administración los conceptos indeterminados? Para responder a esta pregunta el autor examina cómo ella se ha planteado y se plantea en la doctrina alemana, en la francesa, en la italiana y en la española. Respecto de ésta se estudian las posiciones doctrinales de García de Enterría (2), Martín González y Pérez Olea; exposición completada con una muy detallada relación de la jurisprudencia contencioso-administrativa.

---

(2) Nos dice que la reducción de la discrecionalidad por la vía de los conceptos indeterminados postulada por este autor "no es más que la consecuencia ineludible de una concepción del Derecho coherente con los postulados de la mayor justicia y racionalidad exigibles en todos los actos de la Administración, cuyo juicio definitivo —en términos jurídicos, no de oportu-

Para el autor los conceptos jurídicos indeterminados son siempre expresión de conceptos jurídicos y, por tanto, constituyen la expresión de ideas rectoras de las decisiones administrativas y en ningún caso fuente de discrecionalidad. Queda al criterio de la discreción de la Administración lo que por no ser jurídico es enjuiciado políticamente (por ejemplo, si debía o no devaluarse la peseta, si era preferible una carretera o una autopista, si la intervención administrativa en la cultura puede realizarse desde dos departamentos o si es preferible unificarla en uno solo, si cierto terreno debe o no calificarse de zona verde),

Cuando en las leyes se utiliza el concepto de "interés público" se plantea la cuestión capital: ¿cómo puede controlarse la decisión administrativa sobre cual sea la solución más adecuada al interés público? La respuesta la encuentra el autor diciendo que la potestad discrecional no puede destruir "los valores jurídicos sustanciales" entre los que se encuentra la interdicción de la arbitrariedad. El control judicial de la arbitrariedad elimina las decisiones arbitrarias, pero no las fundadas y razonables tomadas en el ámbito de las facultades atribuidas por la Ley a la Administración y conforme a la idea que la ley expresa.

La posición de la Administración ~~no~~ es independiente del poder público ni es imparcial. La del Juez, por el contrario, dada su formación, es imparcial e independiente y se puede confiar en el "tacto judicial", para que su control de la Administración no constituya una rémora que coarte o limite indebidamente el ámbito de la discrecionalidad.

§ 4. Materia que se ha impuesto a la atención del hombre culto de nuestro tiempo, ha sido la del lenguaje en su conexión con la ideología del estructuralismo. Los nombres de Saussure, Levi-Strauss y Foucault se le han hecho familiares. El libro "Las palabras y las cosas", de Foucault, no obstante su redacción esotérica, estuvo en Francia en la lista de libros más vendidos. Caprichos de la moda, alentados por la publicidad, pero que tiene aquí una justificación interna, al haber sido el estudio del lenguaje, hasta ahora, un tanto descuidado por los juristas. El lenguaje hace al hombre ser social y su estudio impone adentrarnos en la intimidad de la esencia de lo humano. El libro reseñado, por esta razón, habrá de interesar no sólo a los juristas, por su especial consideración del lenguaje jurídico, sino a todos los que hayan pensado o les interese reflexionar sobre el significado del lenguaje. Con admirable erudición y con tino conduce de la mano al lector para examinar las cuestiones básicas sobre el pensar y el lenguaje.

Con la modestia y el temor de quien trata de una materia apasionante pero ajena a su especialidad, he creído poder atreverme a hacer unas mínimas observaciones.

A lo largo del texto examinado se encuentran expresiones como las siguientes: "No hay conceptos sin palabras" (p. 30). "El concepto sin palabra no existe" (p. 73). "No existen conceptos sin palabras". "La palabra es un

---

tividad jurídica— corresponde a quienes tienen encomendada institucionalmente la función de juzgar" (p. 278). Concepción jurídica de este maestro que inspira fundamentalmente, nos parece, la obra reseñada.

sonido que tiene significado" (93). "No existe el Derecho sin el lenguaje, de la misma manera que no existe el pensamiento sin el lenguaje" (p. 97).

La importancia así dada a la "imagen acústica" puede ser entendida, podemos preguntarnos, con las consecuencias que le atribuye la corriente estructuralista. Es decir, las de la devaluación de la función del pensar, la supervaluación de lo social y también la de su llamativa y paradójica conclusión: "el hombre ha muerto".

A mi parecer, aislar las frases citadas de su contexto sería traicionar el pensamiento del autor. Pues éste no sólo admite la existencia de pensamientos que no pueden expresarse en palabras (p. 23), sino que repetidamente nos habla de ideas que constituyen el núcleo de cada concepto (p. 193), de conceptos que en todas sus zonas están iluminados o inspirados por ideas que constituyen su núcleo (p. 197), que lo han acuñado (p. 219). No existe —afirmará— un solo concepto que no sea expresión de una idea, aunque lo que esa idea significa en cada caso sufra, sin embargo, ciertas modulaciones, según el texto y el contexto en el que se encuentra (p. 323).

Los cultivadores de la ciencia del lenguaje, como otros especialistas, se han preocupado en destacar una parte de la realidad, la fónica, y han descuidado considerar que ella es un medio de expresión —entre otros medios— de contenidos espirituales (pensamientos, sentimientos, fantasías). Es cierto que el lenguaje articulado es el medio de expresión por excelencia, el que facilita mejor la comunicación social; el mismo lenguaje interior es el que permite que el pensamiento se fije y los conceptos se afilen y perfilen, haciendo posible o facilitando la reflexión.

Los signos del lenguaje escrito actual son la traducción de fonemas, pero hay otros lenguajes en los que los signos no se refieren a sonidos (ideogramas, pictogramas, quipos, etc.); en éstos el paso del pensamiento al signo expresivo no se hace a través de sonidos reales (leer en voz alta) o pensados (leer en voz baja).

Esa primacía que, como destaca Sainz Moreno, existe en la idea que constituye el núcleo del concepto, respecto a su expresión fónica (hablada o escrita), resulta evidente a cada escritor, en su búsqueda angustiosa de palabras con las que expresar con justeza sus ideas; la que también ha llevado a tantos filósofos a crearse un lenguaje nuevo para poder así decir con la debida exactitud y en conceptos unívocos, cual sea su pensamiento. Necesidad de acuñar neologismos que también, en ocasiones, acucia a los hombres de leyes.



# RESOLUCIONES DE LA DIRECCION GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO

A cargo de  
CHICO ORTIZ, José María  
Registrador de la Propiedad

## DERECHO HIPOTECARIO

**CANCELACIÓN DE CONDICIÓN RESOLUTORIA.—NO ES INSCRIBIBLE UN PACTO CONTENIDO EN UNA ESCRITURA DE COMPRAVENTA POR EL QUE SE ACUERDA LA CANCELACIÓN AUTOMÁTICA DE UNA CONDICIÓN RESOLUTORIA POR EL TRANSCURSO DE UN PLAZO DE TIEMPO. (Resolución de 11 de diciembre de 1974. *Boletín Oficial del Estado* de 15 de enero de 1975.)**

*Hechos.*—Resultando que por escritura otorgada en Madrid el 8 de noviembre de 1973 ante el Notario don Roberto Blanquer Ubero, don Manuel Romero Menéndez-Valdés con el consentimiento de su esposa, doña Enodina Fernández Alvarez, vendió a don Ramón García Lence y a don Valeriano Martín Delgado que compraron por mitad e iguales partes indivisas un piso en la calle de Puerto Rico, número 47, de esta capital, por el precio de 400.000 pesetas, el cual quedó aplazado, estableciéndose lo pertinente en cuanto al vencimiento y pago del mismo, entregando la parte compradora al vendedor 32 letras de cambio representativas de los plazos y vencimientos señalados y añadiéndose entre otras estipulaciones que la falta de pago a su vencimiento de cualquiera de las letras referidas facultará al vendedor para resolver la venta; que la notificación de usar la facultad de resolver la venta, y el transcurso del plazo de quince días naturales de gracia determinará la resolución plena y automática de la venta; que las partes establecen y el vendedor especialmente consiente, que la condición resolutoria que respecto a la finca se pacta, quede extinguida por el transcurso de treinta y cinco meses a contar de la fecha de la escritura, si antes no se hubiera ejercitado el derecho a la resolución; que el vendedor presta expresamente su consentimiento formal, desde este momento y para entonces para la cancelación de la inscripción en el Registro de la Propiedad de dicha condición resolutoria; y que la cancelación se practicaría con carácter automático transcurrido el plazo convenido de treinta y cinco meses, bien con ocasión de practicarse cualquier asiento relativo a la finca o de expedirse certificación de cargas, conforme al artículo 355 del Reglamento Hipotecario, a que se remiten las partes;

Resultando que presentada en el Registro primera copia de la anterior escritura fue calificada con nota del tenor literal siguiente: "Denegada la inscripción del documento que precede por contener el siguiente pacto: la cancelación se practicará con carácter automático transcurrido el plazo de treinta y cinco meses, bien con ocasión de practicarse cualquier asiento relativo a la

finca o de expedirse certificación de carga conforme al artículo 355 del Reglamento Hipotecario, a que se remiten las partes. Cuyo pacto, de tener acceso al Registro, motivaría en su día una cancelación sin que ésta pagase el correspondiente impuesto. Esta nota la extiendo a petición verbal del presentante y de conformidad con mis dos cotitulares." Madrid, 26 de marzo de 1974.

Resultando que retirada y presentada de nuevo la escritura fue calificada con la siguiente nota: "Previa la conformidad de la presentante a tenor del artículo 434 del Reglamento Hipotecario, se ha inscrito el precedente documento en el tomo 199, libro 18, finca 4.769, inscripción 5.<sup>a</sup>. Denegándose, en cuanto a la estipulación 3.<sup>a</sup> del mismo la inscripción del siguiente pacto: la cancelación se practicará con carácter automático transcurrido el plazo convenido de treinta y cinco meses, bien con ocasión de practicarse cualquier asiento relativo a la finca o de expedirse certificación de cargas conforme al artículo 355 del Reglamento Hipotecario a que se remiten las partes." Madrid, 30 de mayo de 1974;

Resultando que el Notario autorizante de la escritura interpuso recurso gubernativo contra la anterior calificación y alegó: que el pacto contenido en la escritura por el que se establece la cancelación automática de la condición resolutoria y cuya inscripción se deniega es un pacto de "lex commissoria" adoptado al amparo del artículo 1.255 del Código civil que consagra la libertad de pactos y regulado por el artículo 1.504 del mismo cuerpo legal; que fue incorporado voluntaria y libremente por las partes a la escritura; que la limitación temporal en cuanto a la facultad de resolver es lícita y puede ser establecida de modo válido por las partes; que el artículo 11 de la Ley Hipotecaria consagra el acceso al Registro de la Propiedad del pacto de "lex commissoria", con la finalidad de que la facultad resolutoria que nace de él tuviese publicidad y su ejercicio perjudicase a terceros en contraposición con el supuesto del artículo 1.124 del Código civil; que la publicidad registral recogida entre otros en los artículos 2-2.º, 9, 10, 11, 17, 32, 33, 34, 38 y 40 de la Ley Hipotecaria complementa la finalidad tradicional del pacto comisorio consistente en facilitar al vendedor un medio de autodefensa, y de esta forma permite que el sistema de publicidad registral se inserte en un sistema civil, inspirado en el principio de que nadie puede transmitir más de lo que tiene; que en el artículo 83 segundo de la Ley Hipotecaria y el 174 primero de su Reglamento se reconoce como legal la posibilidad de que el derecho inscrito quede extinguido por resultar así del título en cuya virtud se practicó la inscripción, sin necesidad de acto, contrato, declaración o exteriorización de conducta o de voluntad y destacar la similitud entre el caso de este recurso con el de la sujeción registral de una finca al éxito del ejercicio judicial de una pretensión, acción o demanda de dominio referente a ella; que de acuerdo con el artículo 82-1.º de la Ley y 174-3.º del Reglamento, tras fijar un plazo de duración a la condición resolutoria, se contiene una declaración de consentimiento formal de la parte vendedora, en cuanto titular del derecho resolutorio inscrito, y titular del asiento de inscripción de la facultad resolutoria expresa, para que el asiento pueda cancelarse una vez caducado el derecho inscrito por vencimiento del plazo, a la vez que se logra una mayor agilización; que del artículo 355 del Reglamento Hipotecario, en relación con el 23-3.º, se deduce que el Registrador deberá cancelar el asiento de condición

resolutoria cuando se produzcan los casos previstos en el mismo y que resulta incongruente que se haya inscrito la parte sustantiva de la estipulación y se haya denegado la aclaratoria o forma, lo que justifica este recurso, ya que la denegación hecha podría hacer pensar que la cláusula adolece de defectos sustantivos; que con la calificación denegatoria se produce una aplicación indebida del artículo 18 de la Ley Hipotecaria al no señalarse que la escritura calificada adolezca de defectos en sus formas extrínsecas o de capacidad de los otorgantes o de validez de los actos dispositivos; que el Registrador lleva su calificación a un campo ajeno, que es el propio de los organismos gestores fiscales, pues únicamente debe limitarse a cumplir lo ordenado en los artículos 254 y 255 de la Ley Hipotecaria; que la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 5 de enero de 1959 expresa la doctrina de que la función registral y la fiscal se desenvuelven en diferente órbita sin que el criterio seguido por una pueda servir de base para aplicarlo a la otra, y con más claridad para un caso más concreto lo expresa la Resolución de 16 de marzo del mismo año; y que es reiteradísima la doctrina del Centro Directivo por la que el Registrador no puede suspender o denegar la inscripción en que conste la nota puesta por el Liquidador del Impuesto por razones de interpretación o calificación fiscal;

Resultando que el Registrador informó: que la nota denegatoria puesta de conformidad con los otros dos cotitulares del Registro, se refiere sólo al pacto que establece la cancelación automática de la condición resolutoria, al que concreta su informe; que es indudable que la cancelación automática no la pueden decretar las partes, sino el Registrador que es el que debe estimar si procede; que no se han puesto defectos a la condición resolutoria, sino sólo al automatismo de la cancelación; que el procedimiento registral es rogado; y así la Resolución de 20 de junio de 1888 dijo que pese a existir en el Registro la partida de defunción del usufructuario, dada la voluntariedad de la inscripción, el Registrador carece de atribuciones para extender de oficio la cancelación de un derecho, y la de 10 de abril de 1900, que para extender cualquier asiento de cancelación deben presentarse los documentos y llenarse los requisitos determinados en la Ley sin que a los Registradores les sea lícito prescindir de ninguno de ellos; que la estipulación citada no es un caso de caducidad, palabra que no aparece en la escritura, sino de extinción o mejor renuncia de un derecho; que el caso discutido no entra dentro del artículo 355 del Reglamento Hipotecario, que sólo comprende a los derechos que han caducado con arreglo a la Ley Hipotecaria, mientras que en el caso del recurso el derecho se extingue por voluntad de las partes; que el vendedor renuncia al plazo que le concede la Ley para el ejercicio de su acción resolutoria y lo limita al de treinta y cinco meses a partir de la fecha de la escritura; que los derechos concedidos por las leyes son renunciables a no ser esta renuncia contra el interés, el orden público o en perjuicio de terceros, como decía el artículo 4.º del Código civil vigente en la fecha de la escritura, y ha recogido el párrafo segundo del artículo 6.º del Decreto de 31 de mayo de 1974; que este tercer perjudicado puede ser nada menos que la Hacienda Pública; que el Registrador no invade un terreno que no le es propio ni dice nada en cuanto a la liquidación practicada que no tiene por qué calificar; pero que el artículo 254 de la Ley Hipotecaria impone a los Registradores la obliga-

ción de que “ninguna inscripción se hará en el Registro de la Propiedad sin que se acredite previamente el pago de los impuestos establecidos si los devengare el acto o contrato que se pretenda inscribir”; que el Registrador no puede cancelar sin más la condición resolutoria, ya que para ello deberá presentarse solicitud del interesado que haya pasado previamente por la Abogacía del Estado o petición verbal del interesado acompañada del título ahora inscrito con nueva presentación del mismo en la Abogacía del Estado para liquidar la extinción de la condición resolutoria;

Resultando que el Presidente de la Audiencia confirmó la nota del Registrador por razones análogas a las expuestas por este funcionario, y teniendo en cuenta: que el esgrimido principio de rogación o voluntariedad reiteradamente consagrado por la jurisprudencia registral (Resoluciones de 22 de mayo de 1936, 18 de agosto de 1939, etc.) como principal y muy generalmente informador de nuestro Régimen Hipotecario, veda la pretendida cancelación automática, es decir, de oficio de la condición resolutoria en cuestión, dado que entre los excepcionales casos de claudicación de dicho principio previstos en la legislación hipotecaria no se comprende el que nos ocupa, al no ser aplicable el invocado (por el recurrente) artículo 355 del Reglamento; que ello ha de entenderse sin perjuicio de que en su momento, al amparo del párrafo segundo del artículo 82 de la Ley Hipotecaria, del primero del artículo 174 de su Reglamento y concordantes de aquélla y de éste, y con la simple presentación de la propia escritura “en cuya virtud se hubiese hecho la inscripción”, o sea, con la copia autorizada de la de compraventa de 8 de noviembre de 1973, se pueda cancelar, a instancia de parte interesada, la registrada condición resolutoria por extinción del temporal derecho asegurado por el mero transcurso de los mencionados treinta y cinco meses;

*Doctrina.*—“Considerando que al haberse inscrito la compraventa contenida en el título calificado, a excepción de la estipulación 3.<sup>a</sup>, por haberlo así solicitado el interesado, de acuerdo con el artículo 434 del Reglamento Hipotecario, la única cuestión a resolver en este expediente hace referencia a si es posible o no que se inscriba también el pacto discutido que supondría —de tener acceso a los libros registrales— el que en su día se practicara por el Registrador una cancelación con carácter automático una vez se cumplieran las circunstancias convenidas en la mencionada estipulación.”

“Considerando que antes de entrar en el examen del recurso parece obligado recordar que el artículo 106 del Reglamento Hipotecario exige que la nota expresiva del defecto o defectos señalados en el título, aparte de extenderse en forma clara y precisa, haya de contener los motivos en que se basa la calificación y el alcance de ésta, a juicio del Registrador, ya que el olvido de estas exigencias puede originar —como sucede en este caso— el desconocimiento por parte del recurrente del verdadero fondo de la cuestión debatida, así como el concreto precepto legal vulnerado, y que en consecuencia, el escrito de interposición del recurso contenga alegaciones que están fuera de lugar o sean inapropiadas a la índole del defecto que se ha pretendido señalar.”

Considerando que una de las finalidades pretendidas por la Ley de Reforma de 1944, y ciertamente no de las menos importantes, fue según se desprende de su Exposición de Motivos, la de purgar el Registro y expulsar de

los libros registrales todo el farragoso lastre de cargas prescritas y asientos que estuvieran caducados, y ello se plasmó en una serie de artículos de la nueva Ley y del Reglamento, de los cuales interesa a efectos de este recurso el artículo 355 del último texto legal, que obliga al Registrador —en base a una pretendida solicitud presunta del interesado por la cimple petición de un certificado de cargas, con lo que así no se desvirtúa el carácter rogado del procedimiento registral— a cancelar los asientos que hayan caducado con arreglo a lo dispuesto en la Ley Hipotecaria.”

“Considerando que, no obstante, la importancia y utilidad del innovador artículo 355 del Reglamento Hipotecario, no por ello deja de ser un precepto de carácter excepcional dentro de la normativa y directrices de nuestro sistema hipotecario que únicamente cabe aplicar a los supuestos concretos a que se refiere, sin que por una interpretación extensiva pueda ampliarse su campo de aplicación a casos no comprendidos, como sucede con el examinado en este recurso, en que la caducidad del derecho que en su día se pretende sea cancelado tiene lugar por voluntad de las partes y no con arreglo a lo dispuesto en la Ley Hipotecaria, tal como establece el mencionado precepto legal.”

“Considerando que tampoco parece pueda tener acceso al Registro la cláusula discutida al amparo de una anticipada petición de cancelación, pues aparte de que ello supondría una extraña anomalía respecto a la forma en que aparece regulado el principio de rogación en las disposiciones legales, si se examina la esencia del pacto escriturado, al consumarse la adquisición del derecho por el cumplimiento de la condición, son los artículos 23 de la Ley y 56 y 177 de su Reglamento, los que establecen el procedimiento y forma de hacer constar en el Registro esta circunstancia, y por cierto de manera diversa a la señalada en el pacto.”

“Considerando, por último, que es reiterada doctrina de este Centro la de que la función registral y la fiscal se desenvuelven en distintos campos, y que el Registrador cumple con lo ordenado en el artículo 254 de la Ley Hipotecaria al comprobar que el documento inscribible ha sido presentado en la Oficina Liquidadora y contiene la nota correspondiente, y se abstendrá, como indica el artículo 414 del Reglamento de calificar cuanto se relacione con la liquidación, sin perjuicio de poner en conocimiento de la Delegación de Hacienda respectiva si lo estima conveniente los errores o deficiencias que haya podido advertir.”

“Esta Dirección ha acordado confirmar el auto apelado y la nota del Registrador.”

### *Consideraciones críticas*

Resulta ciertamente curiosa la presente Resolución y las situaciones de hecho y de derecho que la misma plantea, pues si en el fondo lo que se discute es la inscripción o no de una cláusula de condición resolutoria a la cual se le añade un plazo de caducidad, las apariencias dan a entender otras cosas: el problema fiscal que la posible causa puede llevar consigo caso de ser admitida —argumento que parece ser el esencial que se utiliza en la nota califica-

dora—, la relación que ese problema fiscal puede tener con la calificación, las dificultades cancelatorias de condiciones en el Registro y la admisión de un recurso gubernativo en el que se consiente en la inscripción del documento, denegándose la constatación de la cláusula que da lugar a la discusión.

Es evidente, por ello, que el comentario crítico puede abarcar una serie de campos en los que la sucesiva presentación de problemas harían interminables estas notas. La proliferación de las garantías en ese juego inevitable del “precio aplazado”, producto de unos tiempos en los que se hace más patente la función del tiempo en relación con el valor del dinero, ha provocado una redacción de cláusulas largas, compendiosas y llenas de recodos que prolongan excesivamente las escrituras y apelmazan los asientos registrales. El posible prestigio que tenía la letra de cambio, que vino a sustituir al imperio de la palabra dada o empeñada, ha quedado arrinconado en ese afán de buscar garantías sobre garantías. FLORES MICHEO (“Formas indirectas o atípicas de garantía”, Estudios de Derecho Privado, tomo I, pág. 588, 1962) apuntaba con gran acierto que “el hombre moderno tiene tal obsesión de seguridad que está continuamente torturado por la que no consigue y por la que consigue, que la parece siempre poca”. Así ha surgido la “condición resolutoria” que, por el juego registral de la inscripción, viene a reforzar la garantía del pago del precio aplazado representado por letras de cambio. Lo que sucede es que todo ese entramado de letras, pagos y condición resolutoria, una vez logrado el fin publicitario, exige unos condicionamientos para su desaparición y, o se cumplen, o la finca, el piso, la casa o el local quedan afectados por esa garantía ideada y “querida” en el momento de la adquisición y “odiada” en el momento crucial en que se necesita que desaparezca. No es extraño, por ello, que la práctica notarial —sin la necesaria unidad en este caso— ensaye una serie de cláusulas con la finalidad de remediar males mayores o menores, pero que encuentran ciertas resistencias en su admisión al chocar con principios superiores.

En el caso que nos ocupa hay dos presentaciones del documento y por ello dos calificaciones del mismo. Dos notas que lo acreditan y dos soluciones distintas. En la primera nota se “deniega” la práctica total de la inscripción sobre la base de contener el documento una cláusula que el Registrador estima defectuosa insubsanablemente, aunque la única razón que dé sea puramente fiscal: de inscribirse se produciría una cancelación automática en su día sin el previo pago del impuesto. En la segunda nota se aplica el socorrido sistema de admitir el presentante la inscripción del documento a excepción de la cláusula discutida. En el caso que regula el párrafo 2.º del artículo 434 del Reglamento Hipotecario que exige en todo caso que “el presentante manifieste su *conformidad* con que la inscripción sea extendida denegando la de dicho pacto o estipulación”. En este caso la denegación no contiene las causas o razones en que se basa la calificación registral.

Ante estos hechos entiendo que nuestro comentario podría dividirse en tres partes: la admisión del recurso gubernativo interpuesto por el Notario autorizante de la escritura, la razón fiscal de la inadmisión dada por el Registrador y la defectuosa redacción de la cláusula discutida.

a) *Admisión del recurso gubernativo.*

Es preciso partir de un principio fundamental en esta materia que como dogma preside la misma: solamente cabe el recurso gubernativo contra "la calificación del título hecha por el Registrador, en la cual se suspenda o deniegue el asiento solicitado" (artículo 66 de la Ley Hipotecaria). Es decir, que 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" (artículo 112 del Reglamento Hipotecario).

En el presente caso entiendo que —a pesar del silencio de los hechos expositivos— no cabe el recurso a efectos "puramente doctrinales", ya que para que ello sea así se hace preciso que el defecto sea "subsancable" y en las dos notas parece partirse del concepto "denegatorio" que corresponde a las insubsancables. ¿Entonces cómo es posible que se admita un recurso cuando se practica la inscripción y con consentimiento del presentante del documento se renuncia a la transcripción de la cláusula que se excluye de la inscripción? ¿Es posible que se recurra contra la primera nota sin tener en cuenta la segunda o también se recurre parcialmente contra la segunda? ¿La conformidad del presentante con que se inscriba sólo parcialmente el documento implica o no renuncia al derecho a recurrir contra la cláusula que se accede a que no se inscriba?

Parece ser que el principio general de que sólo cabe el recurso gubernativo cuando se suspende o deniega la inscripción solicitada y que inspira al artículo 66 de la Ley Hipotecaria se mantiene firme en las Resoluciones de 16 de junio de 1948 y 9 de agosto de 1955 y, con ligeras variantes, en la de 14 de septiembre de 1901. La admisión del recurso cuando no se suspende o deniega 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*". Esa 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 que "en todo caso de suspensión o denegación" el Notario autorizante del título está legitimado para su interposición.

En el presente caso, sin embargo, juegan los intereses de la persona interesada en que se inscriba el documento sin la cláusula discutida y los del Notario autorizante del título que pretende defender su prestigio profesional al tratar de mantener como lícita e inscribible una cláusula que el Registrador encuentra defectuosa insubsancablemente. Separando ambos intereses es donde puede explicarse que el presentante del documento —en su función de apoderado del titular de la escritura— pueda pedir la inscripción del documento a excepción de la cláusula discutida, pero que dicho consentimiento no suponga renuncia del derecho del Notario a interponer el recurso gubernativo. Entre otras cosas, porque el presentante del documento se presume "representante" del adquirente, del transmitente o del que tenga interés en la inscripción del

documento (artículos 6 de la Ley Hipotecaria y 40 del Reglamento Hipotecario), esto es, de quien puede solicitar la inscripción y entre dichas personas no cabe incluir al Notario.

Todo ello, por supuesto, no lo dice la Resolución, pero parece deducirse de los dos primeros considerandos de la misma; ya en el primero se nos sitúa en el supuesto del artículo 434 del Reglamento Hipotecario centrandó la cuestión del recurso en la discutida cláusula. Pero lo importante no reside ahí, sino en la conclusión a que se llega en el segundo considerando, en donde se invoca el artículo 106 del Reglamento Hipotecario exigiendo que se expliquen los motivos de la suspensión o denegación. Y esto viene a ser decisivo como conclusión, pues si el artículo 106 del Reglamento Hipotecario se hace regla general, hay que entender complementado el 434 del mismo por este otro. Como sabemos, la letra del artículo 434, en su párrafo 3, habla sólo de “denegación”, sin que se exija la explicación motivada de la misma: “En los supuestos del párrafo anterior, el Registrador se abstendrá de practicar el asiento solicitado en tanto que el presentante no manifieste su conformidad con que la inscripción sea extendida, *denegando* la de dicho pacto o estipulación”. La extensión a que llega la Dirección parece clara, ya que no puede estar referida a la primera nota denegatoria, en la cual ya había —aunque impreciso y desacertado— un motivo.

#### b) *Razón fiscal de la inadmisión.*

Posiblemente la falta de motivos que el Registrador dejó sin incluir en su segunda nota calificadora, aquella en la que el presentante opta por la inscripción del documento sin la cláusula citada, contrasta un poco con la ainsión que a los “motivos” de la primera hace la Dirección General en su último considerando. Puede entenderse que la misma Dirección trate de justificar esta referencia, al decir en el considerando segundo que al olvidarse el Registrador de consignar los motivos y el alcance de la nota calificadora origina “el desconocimiento por parte del recurrente del verdadero fondo de la cuestión debatida, así como el concreto precepto legal vulnerado, y que, en consecuencia, el escrito de interposición del recurso contenga alegaciones fuera de lugar o sean inapropiadas a la índole del defecto que se ha pretendido señalar”.

Verdaderamente que no puede ser más desafortunada la referencia a la legislación fiscal para justificar la inadmisión de una cláusula de cancelación automática de una condición resolutoria sometida a plazo cierto. Y es que, a veces, suele confundirse lo que son faltas o defectos subsanables e insubsanables con requisitos fiscales o administrativos a cumplir por los interesados. He entendido siempre —y creo que hasta lo he dicho por escrito— que la previa justificación de la liquidación del impuesto no es materia de calificación. Es decir, no puede ser considerado como defecto subsanable. Si se examinan con cierto detenimiento los artículos 255 de la Ley Hipotecaria y 97 del Reglamento Hipotecario veremos que, en materia de prórroga de asientos, se refieren a supuestos completamente distintos. El primero otorga una prórroga especial para pago del impuesto, pero no estima esta falta de pago como

defecto sujeto a calificación, ya que dice "No obstante, lo previsto en el artículo anterior podrá extenderse el asiento de presentación antes de que se verifique el pago del impuesto; mas en tal caso *se suspenderá la calificación y la inscripción u operación solicitada...*". Esto es, estamos ante un documento no calificado. El artículo 97 del Reglamento Hipotecario parte de un supuesto distinto, ya que habla de que "Si el título tuviere *defecto subsanable...*", lo cual supone una previa calificación.

Si la contraposición de estos dos artículos no fuera lo suficientemente elocuente habría que traer a colación el artículo 414 del Reglamento Hipotecario que supone un deslinde de funciones, pero significa un retroceso en cuanto a la aplicación —dentro del campo fiscal— del principio de legalidad. El Registrador debe abstenerse de calificar el acto liquidable, pudiendo poner en conocimiento de la Delegación de Hacienda los errores o deficiencias que advirtieren, si lo estimaren procedente. Es decir, que ni la calificación fiscal puede influir en la registral a efectos de centrar la esencia de la figura jurídica, ni el Registrador en su calificación jurídica puede imponer un criterio a la liquidación. Se repite esta misma idea en el artículo 114,6 del texto refundido del impuesto de 6 de abril de 1967 y las resoluciones de la Dirección General de 10 de agosto de 1940, 25 octubre de 1943, 19 noviembre de 1947 y 5 de enero de 1959. Reitera esta doctrina ahora la resolución que nos ocupa en el considerando último de la misma.

Las alegaciones del Registrador en este punto carecen de la suficiente garra, pues para tratar de justificar su alegación fiscal entiende que la cancelación no podría practicarse "automáticamente" sin la previa presentación de una solicitud del interesado previamente liquidada o en virtud de una petición verbal del interesado "acompañada del título ahora inscrito con nueva presentación del mismo en la Abogacía del Estado". Ciertamente que la permanencia en el servicio de una Oficina Liquidadora de partido puede crear mentalidades fiscales, más que registrales, y en este caso toda la gran fuerza calificadora registral se diluye en esa tremenda afirmación antes citada.

No sucede nada de eso. El documento que provocó o pudo provocar la inscripción ya estaba liquidado. Quizá mal liquidado, pero no debe presentarse de nuevo a liquidación. Bastaría su presentación para poder verificar la cancelación, pues, vuelvo a insistir, el documento está ya liquidado. Al liquidador en esa ocasión se le pasó ese posible acto liquidable que supone la extinción de la condición resolutoria en virtud de un automatismo del juego de un plazo, y si hubiera tenido "reposo" para su examen quizá hubiera hecho una liquidación "aplazada" para el día en que tal hecho se produjese. Pretender enmendar la plana al liquidador es cosa que trata de evitar el artículo 414 del Reglamento Hipotecario. La cancelación hubiera podido practicarse, pero el Registrador, caso de estar disconforme, debió oficiar a la Delegación de Hacienda a los efectos oportunos. Por su base cae el defecto apuntado y los motivos alegados.

Como el motivo alegado no parece ser muy tenido en cuenta por la Dirección, aunque a él destine un considerando, se hace preciso destacar la doctrina que emana del Centro Directivo en orden a la expresión en la nota del carácter del defecto, el precepto infringido, los motivos en que se funda y la trascendencia o alcance de la misma. Parece, del segundo considerando que

por el Registrador se incumple lo que dispone el artículo 106 del Reglamento Hipotecario y lo curioso del caso es que la Resolución de 25 de febrero de 1953 habla de que el Centro Directivo acordó "devolver el expediente", a fin de que se cumpliera con lo ordenado en el artículo citado. En el comentario que en esta misma Revista hice de la Resolución de 11 de febrero de 1974 me preguntaba si esto era posible, ya que en la misma se decía que "aparecía sobradamente fundada la devolución del expediente para que se cumpliera aquella finalidad", aunque de los hechos no se justificaba dicha devolución. Ahora la Dirección, a pesar de hacer declaración de que queda incumplido el artículo 106 del R. H., para nada se pronuncia sobre la posible devolución del expediente. ¿Ha cambiado el criterio? Lo curioso del caso es que ocasión como la presente no podía habersele ofrecido para un nuevo pronunciamiento sobre este punto. Pasemos, sin embargo, a lo que puede ser la verdadera razón o motivo de la denegación de la cláusula.

c) *Defectuosa redacción de la cláusula discutida.*

A pesar de que la nota calificadora no tenía base en qué apoyarse para que la Dirección entrase en el auténtico fondo del asunto, cual era la redacción de la cláusula resolutoria sometida a un término de caducidad, es lo cierto que la Dirección destina en la resolución comentada dos considerandos sobre este punto. La base de dichos considerandos hay que buscarla en las alegaciones hechas por el Notario recurrente y en ciertas conclusiones a que llega el auto Presidencial, ya que de las alegaciones del Registrador en defensa de su nota poco o nada puede sacarse en claro. Habla de renunciaciones, de extinciones, de caducidades y de perjuicios de tercero.

La Dirección, después de aludir a la política de expurgo, llevada a cabo en virtud de la reforma legislativa de 1944-46 y cuya culminación fue la redacción del artículo 355 del Reglamento Hipotecario, señala, de una parte, en el considerando cuarto que la drástica forma de proceder que lleva consigo el artículo 355 del R. H. sólo es aplicable a los supuestos concretos a que se refiere, sin que pueda extenderse a casos como el presente en el que la caducidad del derecho tiene lugar por voluntad de las partes y no con arreglo a lo dispuesto en la Ley Hipotecaria. Igualmente el considerando quinto da dos razones más: a) Suponer una anomalía respecto a la forma en que parece regulado el principio de rogación, y b) Que para los casos de extinción de condición resolutoria (la Dirección habla de "cumplimiento de condición", cuando es todo lo contrario, pues lo primero supone un tránsito a favor del vendedor y lo segundo una confirmación de adquisición por el comprador) se aplica una normativa especial contenida en los artículos 23 de la Ley, 56 y 177 del Reglamento.

A mi juicio, no es clara la solución que la Dirección da al presente caso y tampoco son muy contundentes las razones que avalan su postura. Arranca bien la Dirección al precisar el alcance del artículo 355 del Reglamento Hipotecario, ya que, en efecto, su aparente alentador alcance sólo se circunscribe a aquellos asientos y derechos que con arreglo a ley hayan quedado caducados y aquí la caducidad se opera en virtud de la voluntad de las partes. De ahí

que la redacción de la cláusula nunca debió referirse al artículo 355 del R. H., sino haber utilizado el mecanismo del párrafo 2 del artículo 82 de la Ley Hipotecaria: la presentación del título del cual se deducía la caducidad. Es la solución que da el Presidente de la Audiencia y que fiscalmente, como hemos visto, no ofrece problema. Aparte de que jurídicamente sería discutible si la cancelación por caducidad que confirma un derecho —y quizá también extinga una garantía— es acto liquidable, todo ello a pesar del artículo 56,1 del texto refundido del impuesto.

Es poco convincente el argumento que la Dirección da utilizando el principio de rogación. Creo que precisamente en la cláusula se cumplían los dos principios de rogación y consentimiento que parece exigir para la cancelación el artículo 82 de la Ley Hipotecaria. El vendedor consiente expresamente (para después) en la cancelación y expresamente estipulan que autorizan al Registrador a entender que puede cancelar cuando se practique una inscripción referente a la finca o se expida una certificación conforme al artículo 355 del R. H. Es decir, había consentimiento —y este puede ser previo, simultáneo e incluso ratificante— y solicitud de cancelación. En lo que las partes se excedieron es en pensar que se les permitía estipular que la solicitud de cancelación podía revestir la forma inducida, deducida o tácita que para los casos expresos señala la ley en el tantas veces citado artículo 355.

La argumentación de que “una anticipada petición de cancelación” supone una *extraña anomalía* respecto a la forma en que aparece regulado el principio de rogación no está suficientemente apoyada, ya que nada impide que cualquier escritura pública se solicite expresamente del Registrador que a la llegada del término o plazo pactado se cancele el derecho sujeto al mismo. Será el Registrador en su momento el que diga si para cancelar precisa esa solicitud anticipada solamente o precisa algún documento complementario en que apoyarse. Sería muy difícil extraer de la normativa legal una doctrina que exigiese, de una parte, una rogación simultánea y que prohibiese, de otra parte, una rogación anticipada.

Realmente caen fuera del supuesto las citas que se hacen de los artículos 23 de la Ley Hipotecaria y 56 del Reglamento, pues en ellos no se hace referencia a una cancelación por cumplimiento de plazo, sino a una serie de formas según se cumpla o no la condición suspensiva o resolutoria. Es decir, que el supuesto no encajaba en los moldes de dichos artículos. La alusión que se hace el artículo 177 del Reglamento Hipotecario y que, como sabemos, regula la extensión de una nota marginal en los casos en los que la venta con pacto de retro ha quedado plenamente realizada por extinción del derecho de retracto, se acerca un poco más a la figura que se contempla en el supuesto, pero no es del todo semejante. No hay que olvidar que la condición resolutoria depende de un evento del pago de un precio aplazado, mientras que el derecho de retracto convencional el precio ha sido entregado y el evento no depende del pago aplazado, sino de la voluntad del vendedor en el plazo convenido. La referencia, por ello, al artículo 177 del R. H. sólo puede ser admitida como posible elemento constructivo que la Dirección ofrece para la regulación de esas cláusulas. El supuesto, en el fondo, no hace más que reflejar lo que dispone el artículo 82,2 de la Ley Hipotecaria.

Si la solución que da la Dirección, con ser posiblemente justa, no está

suficientemente apoyada, se hace preciso buscar una razón más superior que justifique la misma. En el comentario que a esta Resolución hace TIRSO CARRERERO (*Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, mayo-junio 1975, número 508, pág. 656) destaca la contradicción que supone el añadir a una condición resolutoria un plazo de caducidad, desconectando la condición de su causa y al cortar la relación entre la resolución y su evento (el impago del precio) por los caminos del negocio abstracto, se llega a una cláusula absurda y contradictoria en la compraventa con precio aplazado. La argumentación no es muy clara, pero la conclusión sí: "es contraproducente llevar a cualquier recoveco de las relaciones jurídicas la abstracción de su causa, cual es el caso de que una condición resolutoria por impago, al someterla a un tiempo determinado de vida (caducidad) se haga abstracción del hecho condicionante y resulte irrelevante la justificación del pago para que se tenga por extinguida la condición resolutoria".

Pero, claro está, la cosa puede cambiar de rumbo si pensamos que la causa de la compraventa con pacto resolutorio no es la que TIRSO estima ("la causa de dicha condición resolutoria es la seguridad y la garantía del cobro del precio"), ya que doctrinalmente se ha dicho que la causa no es la garantía del pago del precio, sino la garantía de la resolución de la venta la recuperación del inmueble vendido y la devolución por el vendedor al comprador de la parte del precio que hubiera recibido de éste. Y entonces —aparte de separarnos jurídica y fiscalmente de la semejanza con la hipoteca— tendríamos que concluir que el añadir un plazo para que la condición resolutoria pueda ser cancelada registralmente, no es más que penetrar en la línea conceptual del artículo 1.504 del C. c., que, como sabemos, no provoca una resolución inmediata, sino que ésta se produce a través del requerimiento. La cláusula citada aplaza en un término prudencial la posibilidad de una resolución y concede al comprador la oportunidad de liberar de una condición resolutoria que pudo ser ejercitada no sólo por el impago del precio, sino durante un plazo marcado para ello y que por haberse incumplido (por el pago hecho) provoca una inexactitud registral.

Desde ese ángulo no creo pueda predicarse una contradicción de cláusulas. Lo que sí sucede es que al redactarse la cláusula se cometió el error de no utilizar el artículo 82,2 de la Ley Hipotecaria o ese otro que ofrece palmariamente la Resolución a través del pacto de retro, esto es, el 177 del Reglamento Hipotecario. Situándose en el terreno de la realidad, es evidente que lo que se trata de solucionar a través de la cláusula es la inacción de la parte vendedora y los posibles riesgos de su desaparición (muerte, disolución de sociedad, ausencia, mala fe, etc.) para solucionar una liberación de fincas que, caso contrario, seguiría figurando gravada con la condición resolutoria, dificultando su tráfico jurídico. Pensar que el plazo estipulado para su posible cancelación desvirtúa la acción resolutoria o contradice la misma es apartarse de la realidad, pues es evidente que impagada la deuda el vendedor ejercerá la acción resolutoria al amparo del artículo 1.504 del C. c. y resulta excesivamente duro pensar que esa facultad resolutoria pueda prolongarse excesivamente, pues las partes mediante ese pacto pretenden poner un plazo a esa facultad y facilitar una liberación de cargas hipotecarias y, en consecuencia, una facilidad en el tráfico jurídico.

**PROPIEDAD HORIZONTAL.**—ES CANCELABLE EL PACTO CONTENIDO EN UNA ESCRITURA DE ADJUDICACIÓN DE UN PISO POR EL QUE SE PROHÍBE DISPONER DE UNA PLAZA DE GARAJE INDEPENDIEMENTE DEL PISO, DADO SU NO CARÁCTER DE DERECHO REAL Y NO ESTAR, DE OTRA PARTE, CONTENIDA DICHA PROHIBICIÓN EN LOS ESTATUTOS DE LA COMUNIDAD. (Resolución de 19 de diciembre de 1974, *Boletín Oficial del Estado* de 17 de enero de 1975.)

*Hechos.*—Resultando que con fecha 22 de febrero de 1956, y ante el Notario de Zaragoza, don Carlos Alonso y Alonso, modificada y aclarada por otras de diversas fechas, ante el Notario de Madrid, don Juan M. Antonio Alvarez Robles, se otorgó la escritura de declaración de obra nueva y división horizontal del inmueble, sito en Madrid, calle de Gaztambide, número 51; que en dichas escrituras se constituyen, como fincas independientes con los números 1 y 2, los locales comerciales situados en planta sótano destinados a garaje; que ambos locales son fincas completamente independientes y distintas y con números diferentes; que en los estatutos protocolizados con la citada escritura se establecen normas para el uso y disfrute de dichas fincas destinadas a garaje, siendo inscritas estas escrituras el 5 de febrero de 1971; que el 24 de marzo del mismo año la “Cooperativa de Viviendas Areneros”, que había adquirido previamente varios locales en el referido inmueble, adjudicó a don Juan Moral Torres y esposa la vivienda tipo H, designada como piso tercero, letra D, del mismo, que fue inscrita en el Registro número 5 de Madrid, al tomo 1.229, folio 206, finca 51.306, inscripción 1.<sup>a</sup>; que esta escritura de adjudicación fue firmada exclusivamente por el señor Moral Torres y el representante de la Cooperativa y en ella se incluye la siguiente cláusula: “... Se establece expresamente que el piso y participación de garajes así transmitidos, constituyen una unidad inseparable de tal manera que no se podrá enajenar ni realizar acto alguno de disposición, si no es afectando conjuntamente a dicha finca piso y participación de garajes”; y que, con fecha 18 de diciembre de 1973, el comprador o adjudicatario de dichas fincas y participaciones indivisas, presentó en el Registro de la Propiedad instancia al amparo de lo dispuesto en el artículo 98 de la vigente Ley Hipotecaria, solicitando la cancelación del pacto contenido en las dos escrituras citadas, por entender que, dado lo dispuesto en el artículo 27 de la Ley Hipotecaria no tiene carácter real ni es inscribible en el Registro de la Propiedad, siendo una mera obligación personal entre las partes;

Resultando que presentado en el Registro el anterior documento fue calificado con nota del tenor literal siguiente: “Denegada la cancelación solicitada en el precedente documento, presenta el defecto que se considera insubsanable, de que el pacto transcrito y señalado con el número 3 no se estima una mención, ni una prohibición de disponer de las comprendidas en el artículo 27 de la Ley Hipotecaria. El Registrador que suscribe entiende que es una norma lícita y válida, de las amparadas o posibles en el régimen de propiedad horizontal, que está, como el asiento de que forma parte, bajo la salvaguardia de los Tribunales. Se ha cumplido el trámite del artículo 485 c) del Reglamento Hipotecario y el cotitular prestó conformidad a esta nota”;

Resultando que el Procurador, don Santos Gandarillas y Carmona, en representación de don Juan Moral Torres, interpuso recurso gubernativo contra

la anterior calificación y alegó; Que la cuestión planteada consiste en saber si el pacto contenido en la escritura calificada y que ha originado la negativa del Registrador, constituye una prohibición de disponer que deberá ser cancelada de acuerdo con lo pedido en la instancia presentada o si por el contrario forma parte integrante de la inscripción del local a que se refiere y está como el asiento correspondiente bajo la salvaguardia de los Tribunales; que como la referida cláusula no está contenida en el título constitutivo de la propiedad horizontal ni en las escrituras modificativas del mismo es evidente que no se trata de una norma de la Comunidad; que cuando adquirió su piso ya había otros treinta y dos propietarios más, sin que conste ningún acuerdo de la comunidad en tal sentido; que el citado pacto se contiene sólo en la escritura de adquisición del piso que en principio se califica de compraventa y posteriormente de adjudicación a un cooperativista, por lo que no puede atribuírsele fuerza para modificar la constituida propiedad horizontal, sino que es un simple convenio de carácter personal entre la Cooperativa y uno de sus miembros; que así lo debió entender el propio Registrador al no anotar el pacto en la inscripción general de la finca, como debiera haber hecho si entendía afectaba al régimen de comunidad que rige la casa; que tampoco cabe argüir que el pacto constituya ejecución de un acuerdo tomado por la Cooperativa cuando era propietaria de la totalidad del inmueble, pues al enajenar algunos pisos y aparecer en consecuencia nuevos dueños, surge, como dice la Resolución de 8 de Noviembre de 1973, un obstáculo derivado de los propios libros registrales que impide pueda tenerse en cuenta la certificación expedida por la sociedad vendedora con fecha anterior a las oportunas inscripciones; que si la Cooperativa antes de vender ningún piso deseaba que éstos no pudieran enajenarse con independencia del correspondiente local de garaje, debería haber otorgado en tal momento una escritura modificativa del régimen de la propiedad horizontal e inscribirla en el Registro; que al no hacerlo así es requisito indispensable para imponer esta condición el consentimiento expreso de todos los copropietarios de pisos y locales comerciales; que a mayor abundamiento, en el acuerdo de la Junta Rectora de la Cooperativa para otorgar las escrituras de venta o adjudicación no aparece ninguna autorización a su representante para imponer una cláusula como la debatida; que por tanto, teniendo en cuenta que el representante de una cooperativa no puede actuar a su libre arbitrio, resulta que éste se extralimitó en sus facultades, salvo que se entienda comprendida en la vaga autorización final consignada en el poder, de "establecer las cláusulas y pactos necesarios para garantizar en todo caso los derecho concernientes a la "Cooperativa de Vivienda Areneros", en general y sin limitación alguna", suposición que parece absurda; que en consecuencia, de la certificación del acuerdo de la Cooperativa no se deduce en absoluto las extraordinarias facultades que se atribuye el representante de la Junta Rectora; que el hecho de que la cláusula en cuestión se haya repetido en otras e incluso en todas las escrituras por las cuales la Cooperativa haya realizado adjudicaciones de pisos, no es suficiente para convertirla en cláusula estatutaria, mientras no se acuerde así entre todos los interesados; que en definitiva y resumiendo lo dicho, el repetido pacto no puede considerarse íntegramente de las reglas que rigen la Comunidad ni ha sido acordado por los copropietarios en la forma prevista en el artículo 16 de la Ley; que se trata de un pacto privado entre

las partes contratantes, que constituye una prohibición de disponer a la que es de aplicación el artículo 27 de la Ley Hipotecaria, que no permite su acceso al Registro ya que no puede comprenderse entre los que relaciona el artículo 26, que excepcionalmente se autorizan por ser establecidos por la Ley o tener su origen en una Resolución judicial o disposición a título gratuito; que la declaración del artículo 27 es tajante, por lo que no añade eficacia a la prohibición ni justifica en absoluto su inscripción, el que se exprese en el pacto que las dos fincas constituyen una unidad inseparable; que además no comprende cómo puede decirse que dos fincas constituyen una unidad inseparable cuando se han constituido o inscrito como unidades separadas, en cuyo supuesto, indudablemente habrían formado una sola finca; que la expresada norma del artículo 27 no ha sido contradicha ni modificada por los preceptos de la Ley de Propiedad Horizontal ni por los que la propia Ley dedica al tema en el artículo 8, número 4; que la doctrina de la Dirección General, en su Resolución de 4 de noviembre de 1968 confirma el criterio expuesto; y que al ser el referido pacto un derecho personal no asegurado especialmente con otro de carácter real, de conformidad con lo establecido en el artículo 98 de la Ley Hipotecaria debe ser cancelado por el Registrador cuando lo pida la parte interesada;

Resultando que el Registrador informó que el problema cuestionado queda planteado así: don Juan Moral Torres y su esposa adquirieron para la sociedad conyugal un piso vivienda con dos participaciones de garaje inscritos como fincas independientes, pero haciéndose constar en la inscripción del piso que "las participaciones de las otras dos fincas transmitidas constituyen una unidad inseparable no pudiéndose enajenar ni disponer de las mismas, si no es conjuntamente"; que en las inscripciones de estas dos porciones indivisas, en las que figura su destino de garaje consta que la adjudicación se hace por el precio y condiciones que se expresan en la inscripción extensa, que es la del piso-vivienda; que, por tanto, cuando la "Cooperativa de Viviendas Areneros" adjudicó a su socio, don Juan Moral Torres, el piso y participaciones de garaje relacionados, se pactó esa unidad inseparable que fue inscrita en el Registro, sin que el señor Moral pusiese entonces reparo alguno a tal inscripción; que tal pacto no es una "mención" ni una prohibición de disponer de las contempladas por los artículos 26 y 27 de la Ley Hipotecaria, sino que estamos en presencia de una propiedad horizontal con ley propia y "estatus" especial; que hay que tener en cuenta que no se trata de una adquisición de vivienda por un particular a un promotor, sino de una adjudicación hecha por una Cooperativa a un socio, y en todas las escrituras de ese tipo se incluye la misma cláusula, de donde resulta que todos los cooperativistas acordaron tal unidad inseparable; que también es de tener en cuenta que el representante de una unidad cooperativa no pacta cláusulas y limitaciones a su libre albedrío o capricho, sino que cuando actúa ejecuta acuerdos sociales que por lo mismo son una norma estatutaria, aunque no figuran bajo la rúbrica de "estatutos"; que el supuesto contemplado por la Resolución de 4 de noviembre de 1968 es completamente distinto del presente, pues ni se trataba de Cooperativa, ni se pactaba una unidad inseparable entre los locales afectados, ni tal circunstancia se había ya inscrito; que por tanto entiende que el pacto es lícito e inscribible como ha venido a declarar la Resolución de 20 de diciembre de 1973, que

decidió en caso muy similar al ahora debatido, pues la única diferencia es que el pacto de no transmisión figuraba en los estatutos del inmueble dividido en propiedad horizontal; y que cualquiera que fuese el acierto o equivocación del Registrador al inscribir la limitación, el hecho es que figura en un asiento que está bajo la salvaguardia y no puede cambiarse sino conforme a la Ley sin que el recurso gubernativo sea el procedimiento adecuado para ello;

Resultando que el Presidente de la Audiencia confirmó la nota del Registrador por razones análogas a las expuestas por este funcionario en su informe.

*Doctrina.*—“Considerando que al amparo del artículo 98 de la Ley Hipotecaria, por entender el recurrente que carece de trascendencia real el pacto contenido en una escritura de adjudicación de piso a un cooperativista, en donde se prohíbe realizar acto alguno de disposición por separado de los pisos y las dos participaciones de garajes transmitidas en edificios contiguos, solicita en consecuencia su cancelación, por lo que la cuestión, al resolver en este recurso, se plantea sobre la base de eficacia *erga omnes* o no del pacto inscrito”;

“Considerando que tanto el recurrente como el funcionario calificador coinciden en que si el expresado pacto hubiera tenido el carácter de estatutario, por encontrarse incluido dentro de las normas que regulan el régimen de propiedad del edificio al que pertenece la vivienda del adjudicatario, no habría duda sobre su permanencia en los libros registrales, tal como fundándose en el artículo 4 de la Ley de Propiedad Horizontal, lo declaró la Resolución de 20 de diciembre de 1973, disintiéndose en cambio por el apelante ante el hecho de que en el presente caso, por no tratarse de un pacto estatutario, no cabe aplicar aquella excepcional doctrina, a un supuesto diferente para el que fue dictada;”

“Considerando que desde la creación del Registro de la Propiedad por la Ley Hipotecaria de 1861, ha sido norma general la de que sólo los derechos reales son objeto de inscripción, rechazándose salvo en escasas excepciones los títulos que únicamente producían obligaciones personales, criterio basado en la propia Exposición de Motivos de la primitiva Ley, y fundamentado en el artículo 3 del Reglamento Hipotecario de 1870 —entonces vigente— y en la copiosa jurisprudencia de este Centro, que a partir de la ya lejana Resolución de 15 de enero de 1888, ha venido manteniendo una postura negativa respecto de estos títulos, y que aun en el caso de que indebidamente hubieran ingresado, no habrían de producir ningún efecto frente a tercero;”

“Considerando que la reforma de la Ley Hipotecaria de 1944 recogió claramente la anterior doctrina que aparece plasmada sobre todo en el artículo 98 de la vigente Ley, y en los artículos 9 y 355 del Reglamento para su ejecución, en los que se elimina el *jus obligationis* de los libros registrales, lo que indudablemente ha de originar dificultades para el funcionario calificador, pues no siempre resulta sencillo en la práctica distinguir entre el derecho personal y el real, y de ahí el peligro de que puedan ingresar en el Registro, pactos sin trascendencia real, que en principio podría pensarse que quedaban protegidos al aparecer en los asientos correspondientes, pese a que la inscripción no puede cambiar la naturaleza de un derecho, y transformar un derecho de crédito en otro *erga omnes*;”

“Considerando que el pacto discutido —que contiene una prohibición de enajenar en un acto a título oneroso—, según se desprende del artículo 27 de

la Ley Hipotecaria no tiene más eficacia que la puramente obligacional, y no puede tener acceso a los libros registrales, tal como establece el texto del propio artículo, y por eso la Dirección General de los Registros y del Notariado ha restringido el alcance de estos pactos, sin desconocer lógicamente los efectos civiles que de su incumplimiento pueden derivarse, y ha declarado en reiterada jurisprudencia su no inscribibilidad, como entre otras, y para un supuesto similar hizo la Resolución de 4 de noviembre de 1968;"

"Considerando además que en la meticulosa y detallada regulación que los Estatutos de la Comunidad dedican a la planta de garaje, no se contiene ninguna norma sobre la inseparabilidad como unidad a efectos de transmisión de piso y participación en el garaje, ni consta tampoco de los documentos aportados que hubiera acuerdo de la Cooperativa adjudicataria en ese sentido, que en todo caso —y de haberlo— para que afectase al título constitutivo, al suponer una reforma o modificación de sus reglas, exigiría o que hubiese sido adoptado cuando la Cooperativa era dueña única de la casa, con la justificación pertinente tal como indicó la Resolución de 22 de octubre de 1973, o el consentimiento de todos los copropietarios, si hubiese tenido lugar después, todo ello de conformidad con el artículo 16 de la Ley de Propiedad Horizontal;"

"Considerando que, en consecuencia de lo expuesto, han de entrar en aplicación los artículos 1.º, párrafo 3.º, y 98 de la Ley, así como el 355 de su Reglamento, que mantienen el principio básico de nuestra legislación inmobiliaria, uno, en su aspecto positivo, de que los asientos, sólo en cuanto se refieren a los derechos *inscribibles* están bajo la salvaguardia de los Tribunales, y los otros dos, en su aspecto negativo y excluyente al ordenar que aquellos otros derechos que por no producir efecto frente a tercero, podrían sembrar el confusiónismo, de continuar permanentemente en los libros del Registro, sean expulsados y se proceda a su cancelación a petición de parte interesada,"

"Esta Dirección ha acordado revocar el Auto apelado y la nota del Registrador."

### *Consideraciones críticas*

Una vez más la propiedad horizontal suministra una base para que la Dirección General de los Registros y del Notariado se manifieste y ofrezca una solución con vistas a posibles reformas inmediatas de la legislación vigente. Claro que en el caso planteado —y a la luz de la legislación vigente— era fácil dar un veredicto, quedando, por ello, el problema pendiente de una posible solución para lo sucesivo. Es curioso cómo los garajes, piezas que ni gobernantes ni gobernados soñaron con darles la importancia que tienen, si-guen ofreciendo dificultades y problemas.

En el presente recurso, base de la Resolución que comentamos, entran en juego muchas materias que se agolpan sin querer al tratar de deslindar campos. Es evidente que hay un concepto que aflora sin esforzarse: el de la prohibición de disponer. Luego le siguen la fuerza publicitaria de unos estatutos y de unos pactos posteriores, la complejidad que ofrece la distinción entre derechos reales y personales, en base de la aplicación del artículo 98 de la Ley Hipotecaria, la finca y sus posibles derechos accesorios y su unidad funcional y, por último,

el simple argumento de la salvaguardia de los Tribunales que como solución de emergencia ofrece el auto Presidencial.

Los hechos resultan claros, pues es evidente que la propiedad horizontal estaba perfectamente constituida, con sus estatutos inscritos y que es precisamente una adquisición posterior y una escritura consecuencia la que vincula el destino de la plaza de garaje al piso o local adquirido, imponiendo su inseparabilidad de éste y su posible enajenación separada. Lo que ya no es tan lógico es que el adquirente de dicho local que en el fondo queda favorecido por esa "unidad fundiaria" que representa el piso y local y el espacio de garaje sea precisamente el que impugne la cláusula de inseparabilidad que tuvo acceso al Registro. Si cuando uno arrienda un piso con derecho a garaje o vende un piso con la misma accesoriedad, es evidente que el valor se incrementa teniendo en cuenta esa tremenda necesidad —que a veces se convierte en angustiosa— del aparcamiento del coche propio o familiar. Se conoce que el adquirente que promueve todo este recurso o no tenía coche o pretendía una especulación independiente del garaje. ¡Vaya usted a saber los íntimos pensamientos de esta sociedad de consumo que va a realizarse democráticamente!

No me atrevo a dar a este comentario una extensión desmesurada, pues en el fondo creo que la cosa no lo merece y únicamente me voy a ceñir a tocar las cuestiones que entiendo son importantes: el carácter real o personal del pacto, la prohibición de disponer y la unidad de la finca.

#### a) *Carácter real o personal del pacto*

La simplicidad que lleva consigo y hasta la buena idea que late en el artículo 98 de la Ley Hipotecaria, tropiezan fuertemente con las dificultades seculares que lleva consigo la distinción entre derechos reales y personales. Resulta fácil hablar de "derechos personales no asegurados especialmente", pero a la hora de tener que decidirse a su cancelación ese temible "numerus apertus" que flota en nuestra legislación pone frenos y dudas. Lo dice la Dirección General en uno de sus considerandos: "lo que indudablemente ha de originar dificultades para el funcionario calificador, pues no siempre resulta sencillo en la práctica distinguir entre el derecho personal y el real, y de ahí el peligro de que puedan ingresar en el Registro pactos sin trascendencia real, que en principio podría pensarse que quedaban protegidos al aparecer en los asientos correspondientes, pese a que la inscripción no puede cambiar la naturaleza de un derecho y transformar un derecho de crédito en otro "erga omnes".

He transcrito literalmente la última parte del cuarto considerando, pues en ella, aparte de la dificultad apuntada, se destaca una idea que es de elogiar resplandezca en toda su integridad. Me estoy refiriendo al principio de "la salvaguardia de los Tribunales" que establece el artículo 1.º de la Ley y que, de ser llevado a últimos extremos, impediría el juego cancelatorio del artículo 98 y, por supuesto, su modalidad a través del 355 del Reglamento. Precisamente para ceñir el principio a su verdadero ámbito —en contra de lo que opina el auto Presidencial—, se concreta que la "salvaguardia" de los Tribunales sólo se aplica en aquellos casos en que se trate de derechos *inscribibles* y, como sabemos la regla general es que solamente tienen acceso al Registro los que

tengan la categoría de reales. La Dirección General en este punto rectifica una postura que parecía extraña y que fue por nosotros comentada en este mismo ANUARIO al filo de la publicación de la Resolución de 19 de septiembre de 1974, en la que, todos recordarán, se discutía la naturaleza real o personal de un tanteo y retracto convencional y se utilizaba en último extremo el principio de la "salvaguardia" de los Tribunales.

A pesar de que la distinción entre los real y personal pudiera quedar facilitada por aquella afirmación que en su día hiciera GONZÁLEZ PALOMINO ("La liberación de cargas y la Ley Hipotecaria", R. G. L. y J., 1945) de que con "numerus apertus" y todo, resulta que dentro de nuestro derecho todo se reduce a dominio, derechos limitativos, de adquisición y de garantía y la voluntad de los particulares se reduce a la determinación del objeto, condiciones, garantías y límites, faltando poder e imaginación para inventar derechos reales, digo que a pesar de la frase lo cierto es que en campos en los que se admite la inscripción, con proyección publicitaria "erga omnes", de reglas, normas, estatutos y circunstancias parecidas, la distinción se anula totalmente y ya el carácter real o personal no se induce o deduce de unos caracteres previamente establecidos, sino que se traslada al hecho de la inscripción, y no es que ésta tenga la virtud de transformar en real lo que es personal, sino que por el hecho de su publicidad el tercero que entra en el juego queda vinculado.

De ahí que en la presente Resolución también se hable de esta singular forma de afectar a tercero a través de unos estatutos inscritos. La cosa hubiera cambiado por completo caso de que esa norma de inseparabilidad del piso con el garaje que se impone en el documento inscrito, figurara ya en los estatutos inscritos, pues entonces la publicidad registral inevitablemente vincularía a todos los posteriores adquirentes de pisos o locales. Es decir, para que los estatutos puedan afectar a terceros es preciso que consten inscritos en el Registro de la Propiedad (artículo 5 de la Ley de Propiedad Horizontal y 8 de la Ley Hipotecaria). La Dirección General admite, como no podía menos, que no sólo la situación hubiera sido distinta caso de estar los estatutos inscritos con esa normativa de inseparabilidad, sino que a igual conclusión hay que llegar en el caso de que los mismos hubieran sido "modificados" e inscrita su modificación en tiempo y forma y cumpliendo los requisitos legales.

#### b) *Prohibición de disponer*

La aparente claridad que pueda tener la figura de la prohibición de disponer, desaparece cuando la misma se encubre o se establece en forma indirecta. Como en otras ocasiones no solamente he tratado de la figura en estas páginas, sino que he ido citando bibliografía sobre ella, al posible lector le remito a todo ello (por ejemplo, en el comentario a la Resolución de 5 de septiembre de 1974, ANUARIO DE DERECHO CIVIL, Tomo XXIX, fascículo 3.º).

Ahora solamente quiero destacar cómo el transmitente del piso y el garaje en cuestión utiliza la técnica de la accesoriedad que se deduce del artículo 396 del C. c. para las llamadas partes en copropiedad, las cuales sólo pueden ser enajenadas gravadas o embargadas juntamente con la parte determinada privativa de las que son anejo inseparable. Pero es claro que la posible altera-

ción del destino de las partes privativas o comunes una vez establecida la normativa de la propiedad horizontal debe ajustarse a lo establecido en los estatutos o en la ley, cosa que aquí no se cumple. Y precisamente por ese incumplimiento se llega al establecimiento de una verdadera prohibición de disponer que surge y opera en forma indirecta: la enajenación o disposición del piso no puede hacerse sin la de la cuota que puede corresponder al mismo en el garaje. La inversa tampoco podría hacerse por entender al garaje como elemento común.

Para la Dirección General es obvio que se trata de una prohibición de disponer y que por ser de las establecidas en acto a título oneroso su eficacia no pasa de ser puramente obligacional, no pudiendo tener acceso al Registro conforme a la doctrina que se desprende del artículo 27 de la Ley Hipotecaria. Con ello, como dice el considerando quinto, no hace más que seguirse una línea de doctrina que se definió clarísimamente en la Resolución de 4 de noviembre de 1968, en la cual se establecía una cláusula semejante a la ahora comentada en la que se limitaba la transmisión de una porción indivisa de un garaje si no se hacía conjuntamente con el de la vivienda o en favor de quien fuera propietario de cualquier otra vivienda en el edificio.

Quizá ese sistema de prohibiciones de disponer que en su regulación recoge la legislación hipotecaria y que ha sido criticado en parte por la doctrina, pueda tener en su día ciertas aplicaciones a casos como el contemplado. Si la regulación tuvo una finalidad, cual era evitar el abuso de suponer la utilización de este medio que en el fondo provocaba la amortización de la propiedad, puede en un futuro servir en ciertos casos para solucionar esos problemas que la práctica notarial ha tratado de resolver a través de lo que se ha denominado elemento *procomunal*.

### c) *Unidad de la finca*

La figura de la finca, con ser el principal elemento sobre el que se monta la institución registral, escapa a una precisión conceptual, pues la legislación hipotecaria —a diferencia de la catastral— lo que pretendió no fue definir la finca, sino lo que debería ser entendido por finca a efectos registrales. Y quizá esa postura ha permitido a través de los tiempos la admisión en los libros registrales de diferentes supuestos que nada tienen que ver con esas posibles conceptualizaciones limitadas en espacio plano o en alturas o profundidades. Ello ha hecho, como de todos es conocido, que aquel posible Registro de “propiedades fundiarias” admitiese en sus libros a las múltiples manifestaciones que la finca ha ido teniendo a lo largo de los tiempos, llegándose en los actuales a la admisión de la inscribibilidad de lo que la técnica urbanística denomina “volúmenes edificables”.

La propiedad horizontal con su distinción entre elementos privativos —constitutivos de una propiedad independiente— y elementos comunes, anejos y procomunales ha ido permitiendo la inscripción separada e independiente de cada piso o local, con las inevitables referencias a los elementos comunes, anejos y cuotas. Ello, en el fondo, viene a dar la razón a los autores que defienden que esta inscripción independiente de pisos o locales no es más que

un supuesto o modalidad de las llamadas "fincas discontinuas", ya que la unidad física de la finca se rompe al tener que considerar incluidos en la misma no sólo esa participación en las cuotas de los elementos comunes, sino los anejos situados en sótanos, terrazas o en otros lugares del edificio. Esos elementos, que por accesoriadad se consideran como pertenencias de la finca que figura inscrita en forma separada, están vinculados de tal forma a ella que se hace imposible, por imperio de la ley, su negociabilidad independiente.

Pero si esa situación parece clara en la regulación legal no deja de plantear problemas en orden a la configuración de las viviendas del portero y los garajes, por ejemplo. Prescindiendo de lo primero que ya ha sido objeto de ciertas Resoluciones de la Dirección, pasemos a lo segundo, que es precisamente el tema planteado en esta Resolución.

Hay que advertir que la Ley de Propiedad Horizontal señala a los garajes como uno de los elementos en los que puede encajarse el concepto de "anejo", aunque las posibles dificultades que eso representaba ha hecho proliferar en la práctica otras salidas más o menos airoas. Puntero en este tema es el trabajo de MONET ANTÓN ("Los garajes en comunidad. Variantes en su tratamiento jurídico ante la Ley de Propiedad Horizontal". Rev. Dr. Notarial, números 77-78, 1972, págs. 443 y ss.) y que SAPENA TOMÁS utiliza en parte para provocar el supuesto base que da lugar a la Resolución de 20 diciembre de 1973. La mezcla que en dicha resolución había de construcciones como anejo, como departamento procomunal, como titularidad "ob rem"; etc., no eran lo suficientemente elocuentes como para tomar un partido unitario en la cuestión. Quizá la mezcla de la idea de indivisión que parece apuntar el artículo 4 de la Ley de Propiedad Horizontal, junto con el criterio de prohibición de disponer —en superación de etapas legislativas— en forma independiente o la configuración como anejos, pueda representar una solución al problema. Lo que sí es cierto es que para que la indivisión se produzca es preciso que se establezca en beneficio y perjuicio de "todos" los propietarios y no sólo de algunos. En el caso presente esa solución habría que rechazarla en base de no cumplirse el artículo 4 de la Ley de Propiedad Horizontal.

Prever estatutariamente el uso y disfrute de dichos garajes en una de las formas apuntadas podría también ser otra solución, cosa que ya señala el anteúltimo considerando de la Resolución comentada. Es decir, la norma estatutaria puede ser el vehículo adecuado para configurar esa unidad de finca y supeditar las enajenaciones del piso o el local a la inseparabilidad de la cuota o parte que le corresponda en el garaje del edificio. Todo ello dando a la planta o plantas destinadas al mismo o a los mismos la configuración de elementos comunes, anejos o departamentos procomunales. La solución está aún por ofrecerse y en la inscripción de estas plantas se sigue planteando una serie de problemas por la sucesiva acumulación de transmisiones de dichas plazas de garaje.

**RECTIFICACIÓN.**—EL PROCEDIMIENTO ADECUADO PARA SUBSANAR LA OMISIÓN PADICIDA AL EXTENDER UNA INSCRIPCIÓN ES EL DE RECTIFICACIÓN PROMOVIDO POR LOS INTERESADOS. (Resolución de 23 de enero de 1975, *Boletín Oficial del Estado*, febrero de 1975.)

*Hechos.*—En el recurso gubernativo interpuesto por doña Rosario Reillo Amores contra la negativa del Registrador de la Propiedad de Alcázar de San Juan a inscribir una escritura de compraventa, en virtud de apelación del Registrador.

Resultando que el 17 de abril de 1966, doña Rosario Reillo Amores —viuda de don Santiago Felipe Olivares Sepúlveda, fallecido el 10 de marzo del mismo año— y los hijos de ambos, doña Dolores, don Manuel-Antonio y don Santiago Olivares Reillo, otorgaron ante el Notario que entonces era de Campo de Criptana, don Teodoro Alía Nombela, escritura pública de aprobación y protocolización de partición, donación y renuncia de cuota viudal, figurando, entre otras fincas donadas por la recurrente, una a favor del hijo don Manuel Olivares Reillo, descrita como casa en la calle de Calvo Sotelo, número 11, sita en Campo de Criptana, de 335 metros cuadrados, que linda derecha entrando y espalda con doña Elpidia Varela y por la izquierda con otra del mismo caudal, inscrita en el tomo 409, folio 176, finca número 3.367, inscripción 14; que la donación se hace “con la condición de no poder vender los bienes donados los donatarios, mientras viva la madre donante, sin su consentimiento y poder hacerlo ella si lo estima conveniente”; que las donaciones y la cláusula anterior fueron aceptadas por los hijos donatarios, omitiéndose en la inscripción del citado documento en el Registro de la Propiedad de Alcázar de San Juan —ignorándose a qué pudo ser debido— la disposición de la cláusula anterior, que dice: “y poder hacerlo ella si lo estima conveniente”; que doña Rosario Reillo Amores, haciendo uso de la facultad que se había reservado en la mencionada escritura de partición, vendió a su hijo don Santiago Olivares Reillo en escritura pública otorgada ante el mismo Notario que autorizó la primera, y con fecha 11 de julio de 1973, la casa número 11 de la calle de Calvo Sotelo ya señalada;

Resultando que presentada en el Registro primera copia de la escritura de compraventa mencionada fue calificada con nota del tenor literal siguiente: “Denegada la inscripción del precedente documento por el defecto insubsanable de aparecer inscrita la finca a favor de don Manuel-Antonio Olivares Reillo, con la condición de no poderla vender durante la vida de la donante doña Rosario Reillo Amores, sin su consentimiento expreso, en el tomo 409 del archivo, libro 102, folio 176, finca 3.367, inscripción 14”;

Resultando que doña Rosario Reillo Amores interpuso recurso gubernativo contra la anterior calificación y alegó: que hay un error material de omisión padecido por el Registrador de la Propiedad de Alcázar de San Juan al extender la inscripción 14 de la donación hecha a favor de don Manuel-Antonio Olivares Reillo por la recurrente, inscripción en la que se omitieron las palabras “y poder hacerlo si lo estima conveniente”, que figuran en la parte dispositiva del título presentado y que tenía a la vista el Registrador cuando la extendió; que el error material de omitir unas palabras en una inscripción, del que es únicamente responsable el funcionario que la practicó, a pesar de tener a la

vista el título auténtico, en el que constaba íntegramente y sin la menor duda la condición y la voluntad de la donante, en ninguna forma puede perjudicar a ésta, resultando obligada la subsanación o rectificación del error por el funcionario causante; que el desacuerdo existente entre el Registro y la realidad jurídica, causado por el error material de omisión de unas palabras, constituye defecto subsanable mediante la exhibición del título correspondiente, procediendo la rectificación del asiento por el funcionario causante del error;

Resultando que el Registrador informó: que la nota denegatoria es debida a que el Registro proclama como titular dominical de la finca a don Manuel-Antonio Olivares Reillo, aunque afecta con la condición de no poderla vender durante la vida de la donante doña Rosario Reillo, sin su consentimiento expreso, siendo la disponente persona distinta de la que declara el Registro como titular del dominio, considerando el defecto como insubsanable; que la referida inscripción 14 de la escritura de partición y donación otorgada el 17 de abril de 1966 sólo expresa "con la condición de no poderla vender durante la vida de la donante, sin su consentimiento expreso", no constando la frase siguiente "y poder hacerlo ella si lo estima conveniente", que aparece en la escritura; que la recurrente aporta para acreditar el error del Registro una copia autorizada de la escritura de partición y donación indicada; que en el supuesto presente, el Registrador debe tener en cuenta la inscripción 14 de la finca registral 3.367, que es la última vigente de dominio de la finca vendida por doña Rosario Reillo en la escritura de 11 de julio de 1973, la cual proclama como único titular a don Manuel-Antonio Olivares Reillo, si bien con la condición de no poderla vender sin el consentimiento expreso de la citada doña Rosario; que el hecho de que el Registro publique como titular dominical al citado don Manuel-Antonio impone que la inscripción de la venta sea denegada, por imperativo del párrafo 2.º del artículo 20 de la Ley Hipotecaria, y considerar la falta como insubsanable, ya que aunque se alegue que la referida inscripción 14 contiene el error de omisión de no reflejar la facultad de vender reservada a su favor por la donante y recurrente doña Rosario Reillo, ello no permite que dicha inscripción deje de producir todos sus efectos, por estar bajo la salvaguardia de los Tribunales, mientras no se declare tal inexactitud en los términos fijados por la referida Ley (párrafo 3.º del artículo 1.º); que las alegaciones de la recurrente declaran la existencia de una inexactitud registral que se da por probada, no mediante el título inscrito, sino en virtud de otra copia notarial del mismo; que los derechos que proclama a favor de don Manuel-Antonio Olivares Reillo la indicada inscripción 14 están bajo la salvaguardia de los Tribunales y produce todos sus efectos, mientras no se declare su inexactitud en los términos fijados por la Ley Hipotecaria (art. 1.º, párrafo 3.º, de la LH); que el pretendido error invocado por la recurrente como existente en la reseñada inscripción 14 de la finca 3.367, que obstaculiza la inscripción del título de compraventa calificado, no puede ser subsanado mediante un recurso gubernativo, sino por los medios señalados con el Título VII de la Ley Hipotecaria y preceptos concordantes, tanto de ella como de su Reglamento, según tiene declarado la Dirección General de los Registros y del Notariado en Resolución de fecha 11 de noviembre de 1970; que asimismo la Resolución de fecha de 4 de junio de 1924 tiene declarado no ser procedimiento adecuado el recurso

gubernativo para impugnar un asiento, sino el de rectificación, promovido por los interesados, cuando existan errores de concepto, o en un juicio declarativo si la inscripción adoleciera de un vicio de nulidad;

Resultando que el Notario autorizante de la escritura de compraventa calificada informó: que la misma fue otorgada por la recurrente tomando como base lo convenido en la escritura de donación entre ella y sus tres hijos, sin la menor sospecha del error del Registro, y por consiguiente con presumible buena fe por parte de todos; que en esta escritura de donación y partición se contiene una estipulación válida que únicamente puede quedar sin efecto o por acuerdo de los interesados, o por resolución judicial, pero no por simple error y omisión del asiento en el Registro; que el artículo 65 de la Ley Hipotecaria, que distingue los defectos subsanables e insubsanables, en su último párrafo deja en cierto modo al criterio del Registrador la distinción de los defectos o faltas, diciendo que atenderá "a los asientos del Registro con él relacionados"; que resulta evidente que a la vista solamente de la inscripción 14, el Registrador pudo considerarlo como insubsanable, pero como en el título de la compraventa se copia íntegramente la estipulación de la donación de la que derivan sus facultades de vender, y además los interesados presentaron la copia autorizada de la escritura de donación en la que prestó su asentimiento el hijo, don Manuel-Antonio, que podía ser el perjudicado, lo que prueba que se trata solamente de una inexactitud del asiento al que son extraños los interesados, debe estimarse que el Registrador debió considerarlo como defecto subsanable para dar a los interesados la posibilidad de conseguir la rectificación de la omisión por el procedimiento del Título VII de la Ley Hipotecaria;

Resultando que el Presidente de la Audiencia revocó la nota del Registrador por entender que este funcionario, al comprobar la autenticidad de la escritura de donación en la que el titular inscrito—el destinatario—aparece como aceptante en el mismo título de la donación y de la condición, debió inscribir la citada cláusula o derecho a favor de la recurrente, puesto que no existe error material o de concepto, sino simplemente la omisión de un derecho a favor de la donante del que el título inscrito a favor del donatario trae causa, y para ello basta con que el titular del derecho inste su inscripción.

*Doctrina.*—"Considerando que en la escritura de 17 de abril de 1966 de "aprobación y protocolización de partición, donación y renuncia de la viuda a su cuota" se contiene en la cláusula tercera de sus Disposiciones una ampliación que no figuraba en el cuaderno particional a protocolizar, y que consistía en el reconocimiento por todos los interesados de la facultad de poder vender libremente la viuda los bienes que ella había donado, facultad que no resulta de los libros registrales, tras la inscripción de la mencionada escritura, por lo que como indica el Registrador, que al calificar y de acuerdo con el artículo 18 de la Ley Hipotecaria ha de tener en cuenta los obstáculos del Registro, no puede procederse a la inscripción de la escritura de compraventa en cuanto que no aparece previamente inscrito el derecho que la interesada se reservó."

"Considerando que es de advertir la incongruencia señalada por el funcionario calificador de no recurrirse contra la nota de calificación, sino que

se pretende con este recurso el obtener la declaración de que se rectifique un asiento registral, fundándose en la anterior escritura de donación, que no ha sido ahora presentada en el Registro, sino acompañada al escrito de interposición del recurso, por lo que incluso, de acuerdo con el artículo 117 del Reglamento Hipotecario, habría que rechazar además la petición por estar basada en documento no presentado en tiempo y forma, y no calificado por el Registrador en cuanto al punto concreto discutido."

"Considerando que aun cuando con lo anteriormente expuesto quedaría terminado el examen del recurso, las circunstancias especiales que presenta el expediente unido al principio general de lograr la máxima eficacia administrativa que inspira nuestro ordenamiento general, basado en los principios de economía y celeridad que deben presidir toda actuación, hace aconsejable examinar las cuestiones discutidas para tratar de lograr su resolución, si es posible sin necesidad de plantear nuevos expedientes o recursos."

"Considerando que cualquiera que haya podido ser el origen de la omisión padecida en el asiento registral—bien por no constar en el título presentado en su día a inscribir o bien en el propio asiento—, por no haberlo transcrito del título, o incluso lo que parece menos probable, que se inscribiera el documento, salvo la parte final de esa cláusula concreta, dado que entonces constaría la denegación al margen del asiento de presentación, tal como prescribe el artículo 434 del Reglamento Hipotecario, es indudable que se ha producido una discordancia entre la realidad jurídica y la extrarregistral, que podrán ser puestas de acuerdo, a través del medio idóneo correspondiente que según los diversos supuestos establece el artículo 40 de la Ley Hipotecaria."

"Considerando que, como ha puesto de relieve con acierto el Auto Presidencial, no ha habido en este caso un error de concepto—artículo 216 de la Ley Hipotecaria—, "sino simplemente la omisión de un derecho a favor de la donante", que encaja dentro de la inexactitud a que hace referencia el artículo 40 de la misma Ley en el párrafo a), originada por no haber tenido acceso al Registro alguna relación jurídica inmobiliaria—como sucede en este caso— para lo que basta de acuerdo con este mismo artículo que inste su inscripción el titular del derecho que no lo tenga inscrito, mediante la nueva presentación del título correspondiente—escritura de donación— para que una vez calificado en cuanto a esa petición concreta, y con la independencia de criterio que a los Registradores les reconoce la legislación hipotecaria—art. 18 de la Ley— sea o bien inscrito, en cuyo caso desaparece el obstáculo señalado en la nota para la posterior inscripción de la compraventa realizada, o bien entienda que no cabe la inscripción de la cláusula omitida, en cuyo supuesto podrá la interesada, de acuerdo con el artículo 112 del Reglamento Hipotecario, interponer el correspondiente recurso gubernativo."

"Esta Dirección General ha acordado que procede:

1.º Confirmar la nota del Registrador.

2.º Que la interesada puede presentar en el Registro de la Propiedad la escritura de 17 de abril de 1966 solicitando se rectifique el asiento y se complete mediante la inscripción de la parte omitida de la Disposición tercera de la mencionada escritura, dejando siempre a salvo la libertad que para la calificación de este acto está reconocida legalmente al Registrador."

*Consideraciones críticas*

Habría que meditar un poco serenamente sobre los hechos que dan lugar a la Resolución anterior para sacar conclusiones no en cuanto a la solución que ofrece, sino en la manera o forma de haber evitado este recurso a todas luces indebido. La verdad sea dicha que resulta difícilísimo arrancar del relato una cierta intención peyorativa por parte del funcionario calificador, ni una ignorancia inexcusable atribuible al que interpone el recurso, pero a la hora del balance creo que tiene más culpa el funcionario que aquel que inicia el procedimiento.

De las muchas notas que se han predicado de la función calificadora hay una que es muy criticada por la doctrina, pero que ha servido, sirve y servirá para separar, una vez más, la función calificadora de esa proletaria asimilación a lo administrativo. El Registrador, al calificar no pontifica—no se hace infalible como se entiende ibéricamente el poder administrativo—, sino que aconseja no sólo la forma de solucionar el problema, sino los medios y maneras de que debe valerse el interesado para lograrlo. Es la representación del carácter “patriarcal” con el que se ha conocido a la función. Es más, yo he entendido que todo problema debe tener una solución, que faltas insubstanciales hay muy pocas y que es deber moral y jurídico del funcionario el encontrar una solución dentro de los cauces legales. Ello obliga a un detenido estudio y a un dominio de la materia. La calificación, como ha dicho en una ocasión AMORÓS GUARDIOLA (Rev. Cr. Dr. Inm. 1975, número 508, pág. 663) encuentra su justificación en la sólida preparación jurídica que el Registrador como funcionario debe poseer. Y en ella se basa la amplia eficacia que legalmente se dispensa a las relaciones jurídicas inscritas.

Realmente no cabría reprochar en este caso al Registrador el haber provocado con su nota el posible recurso gubernativo que, de antemano, debería saber ganado, pues el defecto puesto era irreprochable, pero nos cabe la duda de si dicho funcionario encauzó el problema por esa vía intuyendo la existencia de otra solución. Es sólo una duda hipotética, posiblemente basada en relaciones personales con los interesados, pues de los hechos parece resultar que el documento en el cual aparece la facultad de transmitir de la viuda donante sólo entra en el juego del recurso en una segunda fase, aunque no debe olvidarse que el Notario autorizante de la escritura de compraventa que el Registrador rechaza afirma que “resulta evidente que a la vista solamente de la inscripción 14 del Registro pudo considerarlo como insubstancial, pero como en el título de la compraventa se *copia íntegra* la estipulación de la donación de la que se derivan sus facultades de vender, y además los interesados presentaron la copia autorizada de la escritura de donación...”

La reconstrucción de los hechos resulta penosa y laboriosa. Si el Registrador tuvo la certeza de la inexactitud debió “paternalmente” aconsejar la presentación del título que provocó la misma para rectificar o negarse a rectificar y dar paso al posible recurso, pero nunca debió calificar ese documento en la forma en que lo hizo. Si ignoraba la existencia del documento y de la cláusula, su proceder fue correcto y dio paso con su calificación a un recurso que desde el primer momento estaba “ganado”. Los cauces legales de la rectificación por inexactitud registral no pueden lograrse a través del

recurso gubernativo. Ese es el fallo del recurso, pues en el fondo, como dice el considerando segundo de la Resolución, no se recurre contra la nota de calificación, que era irreprochable, sino que se pretende con este recurso el obtener la declaración de que se rectifique un asiento registral, fundándose en la anterior escritura de donación, que *no ha sido ahora presentada en el Registro* (cosa que parece contradecir la afirmación notarial), sino acompañada al escrito de interposición del recurso.

La Dirección General, para evitar la sequedad que la facilidad de su solución se le ofrecía, avanza más. No se contenta con dar por terminado el recurso en ese punto en donde el mismo se hace imposible, y para atemperar el anhelo expectante del recurrente explica en dos últimos considerandos lo que la Ley claramente ofrece. Había una omisión en el asiento de inscripción que el Registrador tuvo en cuenta para calificar. Pudo tener su origen dicha omisión en causas diversas, pero lo cierto es que se ha producido una discordancia registral en relación con la realidad jurídica y que la misma para ser solucionada tiene como cauces legales los que señala el artículo 40 de la Ley Hipotecaria.

Lo discutible es la apreciación del error que la Dirección hace en el considerando último de acuerdo con lo que apunta ya el auto Presidencial. Se trata de una omisión de un derecho que encaja dentro del caso de inexistencia del apartado a) del art. 40 de la Ley Hipotecaria. Esto es, la inexactitud proviene de no haber tenido acceso al Registro alguna relación jurídica inmobiliaria y su solución es instar la inscripción, previa presentación del título que provocó en su día la inscripción errónea, para que una vez calificado por el Registrador acceda a la petición o se niegue o suspenda la misma y dé paso a otro posible recurso.

Es claro que no se trataba de un "*error material*", conforme describe éstos al artículo 212 de la Ley Hipotecaria, pero la duda está en si era o no un "*error de concepto*". Ya hemos visto que tanto el Presidente de la Audiencia, como la Dirección, rechazan el posible error de concepto y sitúan el caso dentro de un supuesto de omisión.

Son errores de conceptos los que "alteren o varíen el verdadero sentido de los contenidos en el título" (artículo 216 de la Ley Hipotecaria). ¿De verdad hubo una omisión o se alteró un concepto? Es evidente que la inscripción reflejó una prohibición de disponer que era temporal y durante la vida de la madre donante, pero que también era condicionada, pues se podía realizar el acto dispositivo con el consentimiento de la donante y ella misma podía realizarlo sin más. Es decir, se desvirtuó el doble condicionamiento que la prohibición tenía, alterando de esta forma el sentido de la cláusula. Hubo omisión, pero esa omisión provocó la alteración del concepto, convirtiendo una prohibición condicionada en una prohibición casi pura.

Podría discutirse la validez de la cláusula citada (y quizá ahí es donde debe radicar su omisión en la inscripción por parte del Registrador que hizo en su día el asiento, aunque al incumplir el artículo 434 del Reglamento incurrió en responsabilidad, aparte de provocar el actual problema), ya que conforme al artículo 639 del Código civil el donante podrá reservarse "la facultad de disponer de *algunos* de los bienes donados...", pero no de *todos*. Al eliminar la facultad dispositiva de la donante quedaba una donación con prohibición condicionada y temporal, pero no impedía calificarla como ne-

gocio traslativo, mientras que incluyendo la cláusula citada en la inscripción podría dudarse si existía o no un negocio traslativo, pues reservándose el donante la facultad de disponer de "todos" los bienes donados lo que hace es poner "en posesión" de los bienes a los donatarios, realizar un negocio fiduciario o crear dos titularidades de disposición sin condominio. ¿Sería inscribible ese acto? Habría que rechazar el mismo si se estima que es una puesta en posesión, ya que lo impediría el artículo 5 de la Ley Hipotecaria, pero sería preciso admitirlo en los otros casos. Creo, sin duda, que ese acto en cuanto "modificativo" de una titularidad podría tener acceso al Registro al amparo del artículo 2 de la Ley Hipotecaria.

La solución para la rectificación de ese error de concepto está en los artículos 217 y siguientes de la Ley Hipotecaria que, en el fondo, vienen a dar una solución casi análoga a las "omisiones" de que habla la letra a) del artículo 40 de la misma Ley. Realmente en este caso la solución era lo de menos, pues todo ello pudo evitarse si al emitir el Registrador el informe, ya sobre la base del documento en el que constaba la cláusula completa, hubiese desistido de su calificación y hubiera accedido a la inscripción.

**AGREGACIÓN DE FINCA.—ES INSCRIBIBLE LA FORMALIZACIÓN DE UNA OPERACIÓN DE AGREGACIÓN DE FINCA INDEPENDIENTE YA INSCRITA EN EL REGISTRO BAJO FOLIO PROPIO A OTRA TAMBIÉN INSCRITA. (Resolución de 14 de marzo de 1975. Boletín Oficial del Estado de 18 de abril de 1975.)**

*Hechos.*—En el recurso gubernativo interpuesto por el Notario de Pamplona, don Juan García-Granero Fernández, contra la negativa del Registrador de la Propiedad de dicha capital a inscribir en una escritura de liquidación de Sociedad Anónima la formalización de una operación registral de agregación de finca.

Resultando que por escritura otorgada en Pamplona ante el Notario recurrente el 18 de junio de 1974 se procedió a la liquidación de la Compañía Mercantil "Barañain, S. A.", y a la adjudicación a los socios de los bienes integrantes del patrimonio de la sociedad disuelta, efectuándose como actos previos la agregación de una finca de 400 metros cuadrados a otra de 349.911,84 metros cuadrados, quedando la finca menor integrada en la mayor en el mismo folio y número registral que ésta, que en lo sucesivo vendría la descripción expresada en la escritura, haciéndose seguidamente la división material de la finca resultante a fin de formar doce nuevas y distintas;

Resultando que presentada en el Registro primera copia de la anterior escritura fue calificada con nota del tenor literal siguiente: "Presentada hoy esta escritura con el número 698 del Diario 142, se deniega la inscripción de la agregación solicitada por no ajustarse a lo que dispone el artículo 48 del Reglamento Hipotecario, pues si bien se da la desproporción de superficie exigida por aquel precepto, se pretende agregar a otra mayor una finca independiente, inscrita en su folio propio, y no una parte de finca segregada de otra, y consiguientemente no se practica la división material de la finca total formada. Pamplona, a 31 de octubre de 1974";

Resultando que, retirada y presentada de nuevo la escritura, fue calificada con la siguiente nota: "Inscrito el presente documento, en unión de escrito

por duplicado, suscrito en esta ciudad por don Juan García Granero Fernández, el día 16 de los corrientes, solicitando se practique la inscripción en concepto de agrupación, en lugar de agregación, todo ello sin perjuicio de hacer expresa reserva de interponer recurso de alzada ante la Dirección General de los Registros y del Notariado en los tomos, libros, folios, números de fincas e inscripciones que expresan los cajetines puestos al margen de la descripción de cada una de las fincas que el mismo título comprende. Pamplona, a 16 de diciembre de 1974”;

Resultando que el Notario autorizante del instrumento interpuso recurso gubernativo a efectos doctrinales contra la primera calificación y alegó: que el artículo 48 del Reglamento Hipotecario —único precepto dedicado al supuesto de agregación— no pretende en modo alguno definirla en el sentido de exigir inexcusablemente un acto de previa segregación, sino que atiende a ésta como uno de los supuestos previsibles; que la diferencia entre agregación y agrupación no es cualitativa, sino meramente cuantitativa, estribando simplemente en si se da o no determinada relación de proporcionalidad entre las superficies respectivas de las fincas, exigiéndose para agregación que la finca menor no exceda de la quinta parte de la mayor; que es legalmente posible la agregación de una finca a otra mayor —siempre que la superficie de ésta sea cuando menos el quíntuplo de aquélla— no sólo en el caso de que la finca agregada resulte por segregación de otra, sino también en el supuesto de que figure ya inscrita en el Registro como entidad inmobiliaria independiente en folio separado y bajo número propio; que aun cuando una interpretación superficial del párrafo primero del artículo 48 del Reglamento Hipotecario pudiera erróneamente hacer entender lo contrario, lo cierto es que la figura jurídica de la agregación de una finca a otra mayor no exige, como acto previo y necesario, la segregación de aquélla, siempre que se mantenga la relación de proporcionalidad que establece el citado precepto; que éste es el criterio de los tratadistas que se han planteado el problema de forma concreta; así, Morell y Terry, Lacruz Berdejo y, especialmente, Camy Sánchez Cañete, en sus “Comentarios a la Legislación Hipotecaria”, en que mantiene que “es práctica corriente la de agregarse a otra finca tanto una finca originada por segregación como una finca inscrita en el Registro bajo folio propio”, y que esta práctica —verdadero uso jurídico— tendrá la consideración de costumbre que servirá para integrar las evidentes lagunas que en orden a la agregación registral de fincas ofrece la Legislación Hipotecaria; que por razones de equidad no se puede exigir imperativamente que se lleve a cabo la agrupación en lugar de la agregación en aquellos casos en que la finca sea independiente y no segregada, ya que se lesionarían injustamente los legítimos derechos del interesado al aumentarse en muchas ocasiones desproporcionadamente las bases fiscal y arancelaria;

Resultando que el Registrador informó: que la cuestión que se discute, más que de doctrina, es de una pura mecánica registral, y que ni la Ley ni el Reglamento Hipotecario emplean el nombre de “agregación” ni ningún otro para designar el supuesto en cuestión, lo que induce a pensar que no se trata más que de una figura especial modificativa de la entidad finca, de una excepción a la normativa general de las segregaciones y a la forma de reflejarla en los libros registrales, siendo la doctrina la que comenzó a usar tal denominación

que se ha ido generalizando; que el criterio del informante es que para que pueda tener lugar la agregación registral de una finca a otra mayor es necesario que aquélla proceda de segregación de otra, tesis que coincide con la del artículo 48 del Reglamento Hipotecario, artículo que el recurrente interpreta arbitrariamente al afirmar, en apoyo de la suya, que la diferencia entre agregación y agrupación no es cualitativa, sino meramente cuantitativa, y que la agregación no exige como acto previo y necesaria la segregación; que si bien la redacción del artículo 59 del Reglamento Hipotecario de 1915, equivalente al actual 48, no tuvo la conformidad de todos y hubo críticas, lo cierto es que no fueron acogidas ni en la reforma del año 47 ni en la que originó el vigente Reglamento de 1959, sin duda porque el legislador no estimó oportuno introducir reformas y no porque desconociera tales críticas; que en un plano teórico puede sostenerse la conveniencia de incluir con más amplitud, al lado de la agrupación, división y segregación, la figura de la "agregación", extendiéndola a los casos en que se tratara de reunir fincas de muy diferente extensión, prescindiendo de si la menor era finca independiente o derivaba por segregación de otra; pero dentro del marco del derecho positivo no es posible admitir interpretaciones caprichosas, y el Registrador, al calificar, ha de atenerse a las normas legales aplicables al contenido del documento, que en el caso que nos ocupa son claras; que el Reglamento regula esta materia en los artículos 44 a 50, reunidos bajo el epígrafe "Inscripción, agrupación, división y segregación de fincas", sin que se mencione la agregación; que el artículo 45 del Reglamento, que regula la agrupación, no exige para la misma el factor de diferencia de superficie, careciendo por tanto de base la afirmación del recurrente —al referirse a finca independiente, no a parcela segregada— de que "si la superficie de la finca menor excede de la quinta parte de la mayor, procede la agrupación"; que el artículo 47 establece la norma general para practicar la segregación, y a continuación el artículo 48 consigna una excepción a esa norma general, permitiendo que la finca segregada no pase por el trámite normal de formar finca independiente bajo diferente número, siempre que el trozo segregado se pretenda reunir con otra finca que tenga por lo menos una superficie cinco veces mayor, y que si falta alguno de esos requisitos ya no se aplica la excepción y se sigue el criterio general en las segregaciones, es decir, formar finca nueva con el trozo segregado y agrupar éste con la otra finca, dándole número diferente; que la idea y finalidad del precepto es bien clara, sin que pueda apelarse a la aplicación analógica para extenderlo a casos que no se quisieron recoger; que el artículo 50, que cierra la serie, sólo hace referencia a la "agrupación, división y segregación a que se refieren los cinco artículos anteriores...", no estimando la agregación como merecedora de un trato específico, sin que pueda recurrirse a supuestos olvidados por parte del legislador; que se manifiesta en desacuerdo con la doctrina mantenida por los tratadistas citados por el recurrente en pro de su criterio, en especial con la afirmación sentada por Camy-Sánchez Cañete, de que "es práctica corriente agregarse a otra una finca inscrita bajo folio propio", práctica que el informante niega y que manifiesta no haber conocido en su vida profesional, y que si se diera no constituiría un uso jurídico, sino una verdadera corruptela;

Resultando que el Presidente de la Audiencia confirmó la nota del Re-

gistrador por razones análogas a las expuestas por él mismo y considerando además: que el criterio del funcionario calificador no puede ser sustituido por el del recurrente cuando la impugnación no se sustenta en transgresión de la verdadera normativa, sino en tesis discutida por la doctrina con tendencia correctora del ordenamiento constituido; y que la estructura del sistema legal sólo puede reconsiderarse por el legislador, no siendo alterable por el "uso jurídico", aunque existiera en este caso, pues como fuente está supeditado a la conformidad con la Ley a tenor del artículo 3.º, del Código Civil en la última reforma.

*Doctrina.*—“Considerando que este recurso, interpuesto a efectos exclusivamente doctrinales, plantea la cuestión de si es posible que se le pueda a una finca inscrita de 349.911,84 metros cuadrados agregar otra también inscrita de 460 metros cuadrados, mediante su inclusión en el folio registral abierto a la primera, o si por el contrario procede agrupar las dos para formar una finca nueva a la que se abriría hoja independiente.”

“Considerando que la modificación de entidades hipotecarias aparece regulada en el Reglamento Hipotecario en los artículos 44 a 50, inclusive, en los que indica la forma en que ha de practicarse la reunión de dos o más fincas en una sola —art. 45—, la división en dos o más porciones de la totalidad de una finca inscrita —art. 46— y la separación de parte de un inmueble inscrito para formar otro independiente o agregarlo a otro igualmente inscrito —arts. 47 y 48, 1.º— guardando silencio en el supuesto de que una finca inscrita pretenda agregarse a otra que también lo esté.”

“Considerando que el referido artículo 48 regula el supuesto de segregación de parte de un inmueble para unirlo a otro, y distinto según que la porción segregada exceda o no de la quinta parte de la otra finca a la que se va a incorporar para que en el primer caso se proceda a la agrupación, y en el segundo se practique la inscripción en el Registro de la finca mayor sin alterarse su numeración, por lo que una interpretación rigurosamente literalista podría llevar a la conclusión de que siempre que no haya habido segregación simultánea, aunque uno de los inmuebles tenga una extensión de por lo menos el quintuplo del otro, no cabe aplicar la solución del párrafo 1.º del artículo 48.”

“Considerando, no obstante, que el mencionado precepto no puede entenderse en el sentido de que recoge como único caso admisible el de agregación precedente de segregación de otra finca inscrita, sino que se limita a regular este supuesto, sin obstaculizar otros que puedan presentarse, como es el de la agregación de finca ya inscrita en el Registro bajo folio propio a otra también inscrita, y así lo entiende únicamente la doctrina que da como razón de fondo la de que de ninguna manera puede sostenerse que en este caso se forma una nueva finca, sino que sólo hay una ampliación de la absorbente y que así se evita la creación de fincas nuevas con un carácter tan transitorio que inmediatamente habrían de quedar extinguidas, con el resultado de un innecesario gasto de folios en los libros registrales, sin ninguna utilidad práctica, y con la consiguiente pérdida de tiempo al realizar asientos inútiles.”

“Considerando que en el presente caso las mismas razones abonan la solución indicada, máxime cuando que de no ser así se tendría que abrir nueva hoja formando una finca nueva con número diferente para inmediatamente,

al dividirse la resultante en otras doce, proceder conforme al artículo 46 del Reglamento Hipotecario, inscribir cada una de las resultantes como nuevos inmuebles, con lo que se habría creado una finca sin historial hipotecario alguno, en clara contravención del superior principio administrativo de economía y celeridad con mengua de la eficacia del servicio público.”

“Esta Dirección General ha acordado revocar el Auto apelado y la nota del Registrador.”

### *Consideraciones críticas*

El problema que aborda la Resolución que comentamos no es tanto el de la diferenciación entre lo que el Reglamento Hipotecario denomina “agrupación” y lo que el mismo entiende por “agregación”, sino la determinación de los casos en los que puede producirse este fenómeno, además del previsto en la normativa reglamentaria.

La nota calificadora que el Registrador puso a la escritura sirvió para que el Notario rectificase la misma, pero no para evitar la interposición del recurso a “efectos doctrinales”, cosa admitida, como se sabe, por el artículo 112 del Reglamento Hipotecario “in fine”. La discusión planteada entre el recurrente y el defensor de la nota tiene un conjunto de matices que permiten al intérprete tomar partido en uno u otro sentido. Hacía falta una objetividad llena de “esencias” y “purezas” para llevar a buen puerto la solución que ha de darse y además tener un apoyo normativo que permita deslindar cuándo debemos considerar que estamos ante una “agrupación” y cuándo podemos presumir que existe una “agregación”.

Hay una parte en el informe registral que respira “santa” indignación y es cuando en contra de la nota recurrida se hace una cita de autores que alegan como argumento final el de que el caso contemplado es “de la práctica corriente”. Me ha sucedido pocas veces, pero me ha sucedido. Cuando he tenido que dar las órdenes oportunas para que determinado asunto se despachase en un sentido o dirección que a mí me parecía correcta, se me ha contestado: pues siempre se ha hecho así. Mi contestación ha sido siempre la misma: el que siempre se haya hecho así no quiere decir que esté bien hecho. No, la práctica registral —aun creadora de un uso— no puede ser invocada como argumento a la hora de tratar de defender una postura en un recurso entablado “a efectos puramente doctrinales”. Demuestra la buena línea la Resolución al no hacerse eco en sus considerandos de esta alegación. Y si la traigo aquí es porque debe ser de las primeras Resoluciones —por lo menos de las por mí comentadas— en las que en la transcripción de los hechos figura la alegación de autores y la cita de un argumento tan peregrino como la práctica registral.

La finalidad que parece perseguir el artículo 48 del Reglamento Hipotecario, conforme nos dice LA RICA Y ARENAL (“Comentarios al nuevo Reglamento Hipotecario”. Modificaciones, pág. 75), es la de favorecer, con economía de trámites y de asientos, la incorporación de pequeños trozos a fincas de mucha mayor cabida, que por lo menos ha de ser el quintuplo. Es sintomático que este autor, que tanta participación tuvo en la redacción de artículos del Reglamento, hable de “pequeños trozos” y no de fincas “pequeñas”,

pero la utilización de esas frases, sin embargo, no desvirtúan lo que es la finalidad de la norma: economía de trámites y de asientos. Por este camino es por donde va la Dirección al decir que "así se evita la creación de fincas nuevas con un carácter tan transitorio que inmediatamente habrían de quedar extinguidas, con el resultado de un innecesario gasto de folios en los libros registrales, sin ninguna utilidad práctica y con la consiguiente pérdida de tiempo al realizar asientos inútiles". Quizá sea ahí donde esté la razón de justicia que hace inclinar la balanza a favor del recurrente abriendo en la letra del artículo 48 del Reglamento Hipotecario una nueva posibilidad: la de que no sólo se aplica al caso de "trozos de fincas" previamente segregados, sino que puede tratarse de "fincas pequeñas" que por reunir el requisito del quíntuplo pueden incorporarse a otra ya inscrita, sin que tal operación provoque la apertura de un nuevo folio.

Las dos posturas del recurrente y mantenedor de la nota ofrecen dos criterios completamente distintos, pues el primero entiende que la diferencia entre agrupación y agregación es puramente cuantitativa, mientras que el segundo sostiene que la agregación no es figura autónoma, sino una excepción a la normativa general de las segregaciones y a la forma de reflejarla en los libros registrales. Verdaderamente que el Reglamento encabeza como título de los artículos que dedica a la materia (artículos 45 a 50) el de "inscripción, agrupación, división y segregación de fincas", sin que haga alusión al de "agregación", pero también resulta cierto, como ha puesto de relieve TIRSO CARRETERO (Comentario a esta Resolución en Rev. Cr. Dr. Inm. Julio-agosto, número 509, 1975, pág. 961) que la Ley Hipotecaria habla genéricamente de "agregación" en el caso concreto de finca hipotecada (artículo 110 de la Ley Hipotecaria).

A este punto es donde quería llegar con mi comentario, pues el autor citado hace la siguiente afirmación: "Este artículo 110 de la Ley Hipotecaria nos demuestra que, al menos en un pasaje legal la agregación es un concepto de superior rango al de agrupación, del que la ley prescinde al regular la extensión objetiva de la hipoteca". Creo que aquí es donde está la raíz del problema, pero en forma contraria a como la entiende TIRSO CARRETERO. Las circunstancias de hecho, como pueden ser las medidas superficiales de las fincas, los excesos de cabida, las reducciones de extensión, y esas modificaciones en que consiste la segregación, agrupación, agregación, división, etc., tienen mayor trascendencia registral del que aparentemente se les da por la doctrina, sobre todo cuando la finca está hipotecada.

LA RICA ("La unificación de fincas y sus problemas" R.D.P. 1941) considera que la Ley ha debido exigir en caso de agrupación de fincas hipotecadas el consentimiento del acreedor. La ejecución de la hipoteca que grave una de las fincas agrupadas con adjudicación al acreedor o tercero adjudicatario, dará lugar a una posible desagrupación y correspondiente inscripción del título transmisivo en el folio y número primitivos, debiendo hacerse constar al margen de la inscripción de agrupación la nueva desintegración de la finca. Este razonamiento, que es de lógica jurídica, no es preciso que lo diga la Ley Hipotecaria, pues en el caso de agrupación de fincas hipotecadas el crédito, la valoración de la finca primitiva y la cantidad asegurada podría tener alteraciones en más o en menos, según se admitiese la posibilidad de un aumento de superficie o disminución de la misma. Claro que podría alegarse contra esto

que el problema “*en menos*” se soluciona por la acción de devastación y “*en más*” se ofrece un claro ejemplo con la obra nueva. Pero a esto háy que responder que la obra nueva (nueva construcción de edificios donde antes no los hubiere) es un problema de accesión y accesión es —o se regula como tal— el caso de la agregación de terrenos.

Es curioso que la Ley Hipotecaria hable de “agregación de terrenos” y no de fincas, pues de haber sido así habría que dar la razón a TIRSO CARRETERO, pero habla de “agregación de terrenos” y conecta la excepción que establece con la regla general de accesión: salvo que sea por accesión natural. Esto es, presupone que los dos casos son idénticos, diferenciándolos únicamente el “origen” de la agregación, que en un caso es voluntario y en otro por la fuerza de la naturaleza. ¿Examinamos sobre estas bases el supuesto de accesión natural? Veréis, el supuesto más típico de accesión natural de terrenos es el de abulsión que regula el artículo 368 del C. c. y en él se parte de una “segregación” que un río, arroyo o torrente, haga de “una porción conocida de terreno” perteneciente a una heredad. Si en este caso de abulsión se produce la extensión de la hipoteca, quiere decir el artículo 110 de la Ley Hipotecaria que en el caso semejante en el que la segregación del terreno para agregarla a otro ya hipotecado, no se produce tal extensión. Y expresamente lo tiene que decir así la Ley Hipotecaria, pues si en el caso de “agrupación” la cosa era lógica y equipativa, aquí había que tomar partido por una solución y ésta se da distinguiendo que la accesión se haga en forma natural o en forma voluntaria, pero partiendo siempre de que el supuesto es el mismo: segregación de una porción conocida de terreno. Es imposible afirmar, ante esto, que la agregación de que habla el artículo 110 de la LH sea “un concepto superior”. La agregación no pasa de ser un supuesto de la segregación y en esto estoy plenamente de acuerdo con el brillante informe del Registrador, al cual, por esa razón de economía de operaciones registrales, la Dirección General le ha quitado “doctrinalmente” la razón.

La fina percepción del hipotecarista citado, al tratar de defender la postura de la Dirección por otros derroteros distintos a los marcados por la misma le ha llevado a lo que él ha intentado superar y no ha podido: “Abstraerme de mi oposición, en principio, al positivismo legal”. El ha ido derecho al “positivismo” para destacar la palabra *agregación* que utiliza el artículo 110, pero que al desconectarla del problema que regula, deja sin defensa su postura. Es evidente que si este argumento queda roto, los demás que utiliza se resienten notablemente, y no me refiero a esa afirmación de la insuficiencia legislativa en la regulación de la modificación de fincas que puede ser cierta si se parte de su idea, pero aceptable si vemos que los casos planteados van encajándose en su debido molde, sino también en su ecuación presidida por el principio del criterio principal-accesorio, ya que aquí, como hemos visto, la problemática de la *agregación* que regula el artículo 110 en materia de hipotecas, parte precisamente del fundamento de la accesión y de la regla principal-accesorio, pero basándose en una previa segregación.

Podrían añadirse otros argumentos extraídos del mismo texto reglamentario y concretamente en materia de inscripción de minas, materia que, sin embargo, debe ser tomada con los naturales condicionamientos por la reforma legislativa vigente, pero de la cual se deduce que la figura de la *agregación* va precedida

de una segregación de "pertenencias" o de "demasías". Lo que sucede es que la distinción entre pertenencias y demasías hace que el legislador se aparte en la regulación de las normas establecidas por el artículo 48 del Reglamento. En las "pertenencias" en vez de seguirse el criterio que patrocina el supuesto típico de la agregación, conforme al artículo 48, se utiliza la técnica de la agrupación del artículo 45, mientras que en la segregación de demasías la solución es la típica que regula el 48. Todo ello conforme al artículo 67 del Reglamento Hipotecario. Aquí vemos que la finalidad perseguida por el precepto y de la que se hace eco la Dirección General no se hace doctrina general, pues en un caso se acude a la normativa de la "agrupación" y en otro al de la "agregación". Hoy habrá que estar a la Ley de 21 de julio de 1973, que ha sustituido el concepto de pertenencia por el "cuadrícula minera" y ha renovado sustancialmente toda regulación.

En suma, después de todo lo dicho no hay más que concluir afirmando que si bien el criterio de la Dirección General se basó en razones de economía registral y que en el caso concreto pudieron ser válidos (ya que la finca formada iba luego a dividirse en diversas más), no debe prosperar en otros supuestos, ya que ni conceptualmente ni por razones de analogía, ni sobre alusiones legislativas a la figura cabe mantener una aplicación del precepto que no pasa de ser, como bien apuntó el Registrador, una regla especial de la segregación. Marginamos los posibles contactos que la problemática de la figura puede plantear en el campo fiscal y en el arancelario, pues al ser materias accesorias de la calificación, no deben tener trascendencia a la hora de una decisión.

**ANOTACIÓN PREVENTIVA DE EMBARGO.—NO PUEDE EXTENDERSE UNA ANOTACIÓN PREVENTIVA DE EMBARGO DECRETADA POR LA AUTORIDAD MUNICIPAL EN FAVOR DE UNA ENTIDAD URBANÍSTICA, ACOGIÉNDOSE A LO DISPUESTO EN EL ARTÍCULO 112 DE LA LEY DEL SUELO, CUANDO DICHA COMUNIDAD CARECE DE PERSONALIDAD JURÍDICA COMO ENTIDAD URBANÍSTICA COLABORADORA POR NO ACREDITARSE SU INSCRIPCIÓN EN EL REGISTRO CORRESPONDIENTE DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE URBANISMO. (Resolución de 15 de marzo de 1975, *Boletín Oficial del Estado* de 17 de abril de 1975.)**

**Hechos.**—En el recurso gubernativo interpuesto por don Fritz Koeller contra la negativa del Registrador de la Propiedad de Marbella a extender una anotación preventiva de embargo, pendiente en este Centro en virtud de apelación del recurrente.

Resultando que, de conformidad con lo dispuesto en la Ley del Suelo y Ordenación Urbana y Reglamento de Reparcelaciones, se constituyó la entidad urbanística colaboradora denominada "Comunidad de Propietarios de la Urbanización MARBESA", siendo aprobados sus Estatutos por el Ayuntamiento de Marbella con fecha 3 de marzo de 1972 y definitivamente por la Comisión Provincial de Urbanismo de Málaga el 15 de abril del mismo año, pero sin que se produzca su inscripción en el Registro de Entidades Colaboradoras de la Dirección General de Urbanismo; que la empresa "Contracta", asociada a la Comunidad, no satisfizo las cuotas correspondientes, que ascendían a la can-

tividad de 317.700 pesetas de principal, por lo que, a solicitud de la entidad colaboradora, el Ayuntamiento de Málaga, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 211 de la Ley del Suelo, decretó mandamiento de embargo sobre una finca perteneciente a la entidad deudora;

Resultando que recibido en el Registro el citado mandamiento fue calificado con la siguiente nota: "Denegada la anotación preventiva de embargo ordenada en el precedente mandamiento por carecer la Comunidad de Propietarios MARBESA de personalidad jurídica para figurar como titular de un asiento registral. Insubsanable";

Resultando que don Fritz Koeller, como Presidente de la Comunidad de Propietarios MARBESA, interpuso recurso gubernativo contra la anterior calificación y alegó: que habiéndose constituido la Comunidad de conformidad con lo dispuesto en la Ley del Suelo, siendo aprobados sus Estatutos por el Ayuntamiento de Marbella y la Delegación Provincial de Urbanismo de Málaga, no cabe duda de que se trata de una entidad pública que presta a los comuneros servicios de igual naturaleza, por lo que se demuestra suficientemente "el interés conocido" y quedando clara su personalidad jurídica activa, que no puede ser desconocida por un organismo oficial de carácter adjetivo, citando como fundamentos de derecho el artículo 392 del Código Civil, los artículos 77 y siguientes de la Ley del Suelo y los concordantes del Reglamento de Reparcelaciones; que el Ayuntamiento de Marbella goza en el orden jerárquico de garantía legal para que los demás organismos estatales, en vía de colaboración o auxilio, otorguen la debida protección al cumplimiento de sus disposiciones, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 211 de la citada Ley del Suelo, que le reconoce la facultad de utilizar la vía de apremio a solicitud de las asociaciones de propietarios; que el mandamiento de embargo en vía administrativa es amparado por numerosas Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado entre las que se pueden citar las de 24 de mayo de 1944, 24 de junio del mismo año y la de 15 de febrero de 1962;

Resultando que el Registrador informó: que no puede presumirse la personalidad jurídica del que acude al Registro de la Propiedad solicitando una inscripción, que ha de acreditarse plenamente mediante la presentación de los documentos necesarios; que en el supuesto que nos ocupa sólo se presentó en el Registro el mandamiento de embargo contra la empresa "Contracta" a favor de la Comunidad de Propietarios MARBESA, sin acreditar la personalidad jurídica de esta última con documento alguno; que sólo al interponerse el recurso gubernativo por el Presidente de la Comunidad es cuando se aportan los medios de prueba que se consideran adecuados para justificar la pretensión, pero que no fueron aportados acompañando al mandamiento judicial, por lo que el Registrador no pudo tenerlos en cuenta al calificar, no pudiendo los mismos surtir efecto alguno en el presente recurso conforme a lo que preceptúa el artículo 117 del Reglamento Hipotecario; que desarrollando este artículo la Dirección General de los Registros y del Notariado, en constante y reiterada jurisprudencia declara que "no pueden ser objeto de recurso peticiones que se basen en documentos que no han sido calificados por el Registrador" (Resolución de 3 de diciembre de 1938); que "en los recursos gubernativos deben tenerse en cuenta sólo los documentos en tiempo y forma, sin que pueda dis-

cutirse sobre la base de documentos que no han sido calificados" (Resolución de 4 de marzo de 1953), y que este criterio se mantiene inamovible, como se demuestra en numerosísimas Resoluciones que cita; que la entidad urbanística puede hacer uso de lo preceptuado en el art. 108 del Reglamento Hipotecario, volviendo a presentar los títulos correspondientes para que sean calificados de nuevo; y que, en todo caso con la documentación aportada con posterioridad a la calificación registral no se demuestra que la Comunidad de Propietarios MARBESA fuera inscrita en el Registro General de Entidades Urbanísticas Colaboradoras de la Dirección General de Urbanismo, y que ésta es la *conditio sine quoniam* para gozar de personalidad jurídica conforme a lo exigido por el artículo 39 del Decreto de 7 de abril de 1966, que aprueba el Reglamento de Reparcelaciones;

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 el proceso calificador debe comprender no sólo la legalidad de las formas extrínsecas del título, sino también la personalidad y capacidad del que pretende un asiento, que no se presume, por lo que ha de acreditarse con la documentación precisa al presentar el título.

*Doctrina.*—“Considerando que las Entidades Urbanísticas de Compensación, cuya constitución podrá ser impuesta o aprobada por el Organismo Urbanístico competente—art. 48 del Decreto de 7 de abril de 1966—gozarán de personalidad jurídica desde la inscripción del acuerdo aprobatorio en el Registro General de Entidades Urbanísticas Colaboradoras que se lleva en la Dirección General de Urbanismo—art. 39—y tienen carácter jurídico-administrativo, con la misión de colaborar con el Organismo bajo cuya tutela actúen o controle su gestión.”

“Considerando que entre las diversas funciones que competen a dichas Entidades se encuentra la de velar por la buena conservación de los elementos e instalaciones comunes de la Urbanización, así como la de las zonas verdes y espacios libres de uso público, pudiendo percibir las cuotas correspondientes—art. 48 del mencionado Decreto—en lugar de los Ayuntamientos u Organismos que les sustituyan en tanto no transcurre el plazo de los beneficios que con fundamento en la Ley del Suelo se le hayan concedido, y con la facultad de utilizar el procedimiento administrativo de apremio de conformidad con el artículo 211-3.º de la misma Ley en caso de impago de las cuotas.”

“Considerando que en el supuesto de este recurso la Entidad Urbanística Colaboradora denominada “Comunidad de Propietarios Marbesa”—todavía no inscrita en el Registro General de la Dirección de Urbanismo—en base al mencionado artículo 211 de la Ley del Suelo, solicita del Ayuntamiento de Marbella que utilice la ejecución forzosa y la vía de apremio para el cobro de las cuotas que adeuda uno de los propietarios e instruido el correspondiente expediente se expide el mandamiento objeto de la calificación registral.”

“Considerando que se está, por tanto, ante la calificación de un documento administrativo, a los que según reiterada jurisprudencia de este Centro se les ha de aplicar las mismas reglas—art. 99 del Reglamento Hipotecario—que a los documentos judiciales, si bien gozan los Registradores de un mayor rigor para el ejercicio de la función calificadora, pues son más amplias sus atribuciones en particular si se trata de ejecuciones administrativas contra deudores

por el concepto de contribuciones, en donde han de examinar, como entre otras pusieron de relieve las Resoluciones de 5 de marzo de 1953 y 20 de marzo de 1964, si se cumplieron los trámites esenciales del procedimiento.”

“Considerando que debe extremarse todavía más el cuidado cuando, como en el caso que se examina, la Autoridad que decreta el embargo no lo hace a favor de la Hacienda Pública, supuesto normal, sino a favor de Entidades particulares, a los que excepcionalmente corresponde el derecho de poder acudir para el cobro de sus créditos frente a sus asociados a un procedimiento tan singular que no tiene parangón en casos similares, como sucede en la Ley de Propiedad Horizontal, en donde para el cobro de los gastos comunes a los que todo copropietario tiene que contribuir—art. 9-5.º—ha de acudir por la Junta a la vía judicial.”

“Considerando que por no haberse planteado en la nota discutida, no se entra en el examen de si en el escueto mandamiento de embargo expedido se cumplieron los trámites esenciales del procedimiento de apremio regulado en el Reglamento General de Recaudación, y en especial la práctica de notificaciones al deudor a que se refiere el artículo 99 de dicho texto legal, todo ello sin perjuicio de que con arreglo al artículo 127 del Reglamento Hipotecario, y teniendo en cuenta, además, que algunos de los documentos no le fueron presentados en tiempo y forma oportunos, puede alegar nuevos defectos no comprendidos en la presente calificación.”

“Considerando que de los artículos 72 y 73 de la Ley Hipotecaria se deduce que las anotaciones deben contener las circunstancias que se exigen para las inscripciones y si son ordenadas en mandamiento judicial cuando resulten de los títulos y documentos que se hayan tenido a la vista para dictar la providencia de anotación, criterio, este último, que tiene su fundamento en la cooperación con la Administración de Justicia, y por eso no parece que en tal clase de documentos deba entrar a calificar el Registrador la personalidad del demandante o embargante que ya habrá sido examinada por el Tribunal o Autoridad judicial competente, pero frente a este justificado criterio la alegación hecha por el recurrente en el escrito de apelación de que por el mismo motivo debe limitarse el funcionario calificador a examinar la legalidad del mandamiento de embargo librado por el Ayuntamiento sin entrar a discutir una personalidad que esta Autoridad Administrativa le tiene reconocida, la prevención adoptada por el Registrador aparece sobradamente justificada: a) por el reconocimiento expreso que la propia Entidad Urbanística hace al interponer el recurso, de encontrarse en vías de gestión, al estar aprobada su constitución por el Ayuntamiento de Marbella y la Comisión Provincial de Urbanismo de Málaga y faltar la inscripción en el Registro del Ministerio de la Vivienda; b) porque un procedimiento tan excepcional establecido para el cobro de unas cuotas exige como contrapartida el cumplimiento por parte del acreedor de todos los requisitos legales.”

“Esta Dirección ha acordado confirmar el Auto apelado y la nota del Registrador.”

*Consideraciones críticas*

A medida que el “urbanismo” va siendo tema central de la propiedad será más frecuente en la materia de los recursos gubernativos la incidencia de la legislación especial. Es bien cierto que conforme a la actual legislación en la disposición 13.<sup>a</sup> está pendiente una reforma que ponga de acuerdo la legislación hipotecaria con la urbanística, a fin de que esa serie de cargas y limitaciones establecidas en la legislación urbanística puedan tener la publicidad necesaria que las convertiría en “erga omnes”. Es de esperar que si esa reforma se acomete—y que a nuestro juicio es uno de los principales problemas que deben acometerse en ese inevitable equilibrio de lo privado con lo público—se aborden en ella otra serie de temas como pueden ser la calificación registral en orden a los documentos administrativos-urbanísticos (que no debe nunca encerrarse en los estrechos límites del artículo 99 del Reglamento Hipotecario), las urbanizaciones privadas, la forma de hacer constar situaciones previas a la realización del plan, y esta de la personalidad jurídica de las Entidades Urbanísticas Colaboradoras, aparte de otras referentes al volumen edificable, los coeficientes de aprovechamiento, etc.

En esta Resolución se viene a resolver un problema de calificación registral y conexo con el mismo se soluciona otro referente a la necesidad de que exista una personalidad jurídica para ejercitar el embargo, cosas ambas que no se revelan como causas o defectos en la nota calificadora, ya que en ella de lo único que se habla es de que la Comunidad de Propietarios que actúa de embargante carece de personalidad para figurar como titular de un asiento registral, cosa completamente distinta de todo lo que luego se trata. Como la nota, a mi entender, no se ajusta a los cánones que parece exigir el artículo 106 del Reglamento Hipotecario, hubiera sido acertado por parte de la Dirección recordar el cumplimiento de dicho artículo. Pero también hubiese sido una gran ocasión para advertir al recurrente —a quien su condición de extranjero le exonera del tanto de culpa en la que incurre— que la institución registral y el funcionario que la sirve en cada circunscripción territorial “no es un organismo oficial de carácter adjetivo”. No. Ni es oficial, ni es organismo, ni es adjetiva. Se trata—mi querido recurrente—de una *institución jurídica* que como tal no puede ser adjetiva, sino substantiva y no es oficial porque en su estructura tiene la suficiente independencia para ser excluida como organismo de la Administración. Es institución al servicio de los particulares, a través de la misma se presta un servicio público y está “normativa” y oficialmente” reconocida. Y, por supuesto, a la hora de perfilar el cumplimiento de la legalidad, la observancia de las normas y la determinación de si existe o no personalidad, es “techo”. En la rotativa administrativa podrá haber cierta condescendencia, pero cuando el documento llega a la *etapa de la montaña* y precisa su inscripción hay que someterse a la “substantiva” calificación registral función de la que se vale el Estado para dar cumplimiento a las leyes.

Me gustaría afrontar este comentario crítico a través de las siguientes distinciones: calificación registral, personalidad jurídica y circunstancias de las anotaciones preventivas. No les voy a dar demasiada extensión, pues el caso no lo merece por su claridad y precisión, pero sí creo que tampoco puede decirse uno de la Resolución diciendo que es correcta.

a) *Calificación registral*

Viene siendo admitida por la doctrina la idea de que la calificación de los documentos administrativos debe regirse por las normas especiales que a los documentos judiciales les dedica la legislación hipotecaria, aunque se añade —sin profundizar— que se admite un “mayor rigor” que en éstos. Claramente vienen a ser estas las palabras y las ideas que resplandecen en la Resolución comentada, considerando cuarto. Con ello la Dirección confirma una postura jurisprudencial reiterada.

Lo curioso del caso —como demuestro en el trabajo que en honor a ROCA SASTRE se publicará en su día— es que la equiparación dicha arranca del Decreto de 3 de enero de 1876, pero no de su articulado, sino de la exposición de motivos, en donde se dice que “ya aparezcan expedidos por cualquier otro funcionario público de orden administrativo o judicial”. Pero si el documento judicial es distinto del administrativo, si proceso y procedimiento son términos diferentes, si jurisdicción y administración se vuelven la espalda, ¿por qué a la hora de la calificación todo es semejante, todo es parejo, todo es idéntico? La Ley Hipotecaria se limita a dar unas normas de tipo general “para toda clase de documentos” y otras especiales para los judiciales y los notariales. ¿Se ha ignorado el documento administrativo? Hay que responder que no, pues aparte de regularse infinidad de casos de inscripción o anotación de documentos administrativos, los considera inscribibles en forma general el artículo 3 de la Ley Hipotecaria. Si caprichosa ha sido la asimilación de documento judicial a documento administrativo, podría perfectamente asimilarse a los notariales. No debe olvidarse que hay normas generales “para toda clase de documentos” (artículo 18, LH y 99 de la misma) y una norma importante y expresa para los administrativos en el Reglamento Hipotecario, artículo 98.

En el estudio antes apuntado trato de compaginar ese principio de “validez y ejecutoriedad” del acto administrativo y el de legalidad, llegando a conclusiones en torno a la posibilidad de que la calificación registral penetre en la validez o nulidad del documento administrativo, la clase de documentos y la firmeza de las resoluciones, en la capacidad de las partes y en la competencia del Tribunal o autoridad, así como en los obstáculos que surjan del Registro y las circunstancias que debe contener la inscripción. Remito al lector a la publicación.

La tesis que mantengo se ajusta sustancialmente al caso contemplado por la Resolución en la que —apurando argumentos— se distancia el documento judicial del administrativo. Mientras en los primeros el Registrador no debe entrar a calificar la personalidad del demandante o embargante, pues ello ya habrá sido juzgado por el Tribunal o Autoridad judicial competente, en el Administrativo la cosa cambia, sobre todo como en el presente caso, en el que por el juego de los artículos 211, 3 (hoy 223), de la Ley del Suelo y el artículo 48 del Decreto de 7 abril 1966 se concede a las Entidades Urbanísticas Colaboradoras la facultad del apremio para el cobro de cuotas impagadas y se comienza por decir en el recurso que “está en vías de gestión” faltándole la inscripción en el Registro del Ministerio de la Vivienda y, conforme, a la teoría de la personalidad jurídica que examinaremos a continuación, resulta

que se ejercita un procedimiento de apremio por una entidad inexistente y en período de gestión de existencia...

b) *Personalidad jurídica*

Los tres sistemas conocidos para el "reconocimiento" de la personalidad jurídica son el de el reconocimiento por la mera existencia de la persona jurídica, por el cumplimiento de ciertos requisitos y por la concesión de dicha personalidad. Así lo explica CASTÁN en el conocido tema sobre la materia. El artículo 35 del Código civil claramente establece que en las asociaciones de interés público se hace preciso cumplir ciertos requisitos, ya que "su personalidad comienza en el instante mismo en que, con arreglo a Derecho, hubiesen quedado válidamente constituidas".

Para que las Entidades Urbanísticas de Compensación gocen de personalidad jurídica se hace necesario, conforme al artículo 39, 1.º, del Reglamento de Reparcelaciones que se inscriban en el Registro General de Entidades Urbanísticas que se lleva en la Dirección General de Urbanismo. Incumplido el requisito, la entidad objeto de ese acto administrativo carecía de existencia, aun cuando hubiese precedido la aprobación del Ayuntamiento y la de la Comisión Provincial de Urbanismo.

La diferente terminología utilizada por la norma, así como las diferentes clases de asociaciones y entidades provocó la duda de si dentro de las "colaboradoras" había que comprender las de "compensación" y recuerdo que sobre este punto dio en su día una conferencia VILLAR PALASÍ al filo de la publicación de la Ley de reforma de la del Suelo. Conferencia muy movida y discutida en el coloquio y que tenía por base un dictamen del Consejo de Estado del año 1975 que el mismo autor estudió en su trabajo "Sobre personalidad y el acceso al Registro de las Entidades Urbanísticas Colaboradoras", en R.D.U., número 43, mayo-junio 1975. En el criterio mantenido por la Resolución se ve palmariamente la influencia que ha tenido el dictamen citado y el trabajo que apuntamos, pues se entiende que una "Comunidad de Propietarios" pueda ser entendida como Entidad Urbanística Colaboradora, ya que su función es la de velar por la buena conservación de los elementos e instalaciones comunes de la urbanización, así como la de las zonas verdes y espacios libres de uso público, pudiendo percibir las cuotas correspondientes. Igualmente se entiende por tal a todas aquellas "Asociaciones de Propietarios" creadas para "ejecutar" la obra urbanizadora.

El supuesto, añade la Dirección, no tiene "paragón" en casos similares, como sucede en la Ley de Propiedad Horizontal, donde al carecer la Junta de Propietarios de personalidad jurídica ha de acudir a la vía judicial para el cobro de los gastos comunes, no pudiendo ejercitar el procedimiento de apremio administrativo como se concede a las Entidades Urbanísticas.

c) *Circunstancias.*

Es bien sabido que por el juego de los artículos 72 a 75 de la Ley Hipotecaria la exigencia de circunstancias de las anotaciones preventivas no es tan rigurosa, como cuando se trata de inscripciones, permitiéndose el flexible sistema de que se reflejen “en cuanto resulten de los títulos o documentos presentados para exigir las mismas anotaciones”. Es decir, que parece dejarse —como apunta la Dirección General— al criterio de colaboración de la Administración de Justicia quien tras examen previo ordena extender una anotación sobre base suficiente. Se hace difícil admitir que un Juez o Tribunal dicte una providencia y expida el mandamiento de un embargo sin saber si existe o no la persona que le solicita el embargo.

De ahí que para mí haya resultado siempre tremendamente enigmático el artículo 75 de la Ley Hipotecaria que sólo decreta la nulidad cuando no pueda venirse en conocimiento de la finca o derecho anotado de la persona a quien afecte la anotación o de la fecha de ésta. De esta forma puede admitirse una anotación preventiva “sin titular” en las de embargo, ya que sólo será nula si no se conoce al embargado por su reflejo registral, lo cual me parece inadmisibles.

La existencia de un titular registral es inevitable, bien se trate de inscripciones o de anotaciones, no sólo en base de los problemas de tracto sucesivo, conversión, etc., sino en el superior principio de legitimación. Prescindimos aquí de que se trate de un “registro de titularidades”, pues aun siendo de fincas, hemos siempre rechazado la inscripción de la finca “nullius”. Por las mismas razones se debe rechazar la “anotación nullius”.

Planteadas así las cosas, es indudable que si la anotación debe contener las circunstancias de la persona que es titular del embargo, es preciso que tenga la capacidad de embargar y mal puede tenerla una asociación, una entidad o una comunidad sin personalidad jurídica. La falta, en estos casos, de la intervención de una autoridad judicial que al decretar el embargo examina previamente las peticiones, las razones jurídicas y las capacidades consiguientes, se suple en estos casos con la intervención calificadora del Registrador a través de la cual lo único que se pretende es el respeto a una legalidad vigente que, en el presente caso, se trataba de incumplir o, por lo menos, no se había cumplido en su totalidad.

# JURISPRUDENCIA

## I. SENTENCIAS COMENTADAS

### 1. DEFECTUOSA CONSTRUCCION DE LA COSA VENDIDA.—RESOLUCION DEL CONTRATO DE COMPRAVENTA.

(Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de junio de 1976)

#### I. HECHOS

El día 30 de mayo de 1966 el Motor Nacional, S. A., vendió a don José H. M. tres autobuses, que fueron inscritos en la Jefatura Provincial de Tráfico de Valladolid. Don José H. M. no cumplió la obligación de pagar el precio en la forma convenida. Por esta causa, el Motor Nacional, S. A., demandó a don José H. M., suplicando que se dictase sentencia por cuya virtud se le condenase a pagar la cantidad de 2.236.789 pesetas, importe del precio adeudado. Don José H. M. compareció y se opuso a la demanda, alegando que muy pronto empezó a comprobar la mala calidad de los tres autobuses comprados. El Motor Nacional, S. A., le había vendido tres autobuses que presentaban numerosos defectos técnicos, que le ocasionaron los siguientes perjuicios: 1.º Un paro medio de cinco meses por autobús y año. 2.º No haberse podido realizar las excursiones y viajes contratados. 3.º Un costo en reparaciones que sobrepasaba el millón de pesetas,

En base a estas consideraciones, don José H. M. formuló reconvencción, solicitando la resolución del contrato de compraventa. El Motor Nacional, S. A., evacuó el trámite de la réplica, afirmando que los tres autobuses eran de la calidad pactada y se encontraban en buen estado cuando fueron entregados a don José H. M.

El Juez de Primera Instancia de Avila desestimó la demanda y estimó la reconvencción.

La Sala Primera de lo Civil de la Audiencia de Madrid revocó la sentencia apelada y estimó la demanda de el Motor Nacional, S. A: En el Considerando sexto de la sentencia se declara que la acción de resolución del contrato es posible si se demuestra que la cosa vendida no es apta para el fin al que se destina. Por ello, declara que no procede la resolución ejercitada por vía reconvenccional, ya que ha quedado probado que los tres autobuses eran aptos para circular por carretera.

Contra esta sentencia interpuso don José H. M. recurso de casación. El Tribunal Supremo dio lugar a la casación, confirmando la sentencia dictada en Primera Instancia.

## II. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

### 1. Texto del primer considerando de la segunda sentencia:

“CONSIDERANDO: Que de la relación de hechos recogidos en la Sentencia de Casación que antecede y los que sirven de base a los aceptados de la de primer grado, aparece evidente el incumplimiento de las obligaciones del vendedor por defectuosa construcción de los vehículos objeto de la compraventa litigiosa.

### 2. Texto del segundo considerando de la segunda sentencia:

CONSIDERANDO: Que es un principio apodístico del Derecho que la obligación civil, lejos de ser una simple relación entre los patrimonios, reposa sobre el deber moral y en las obligaciones recíprocas exige la lealtad de los contratos, lo que aplicado al caso de autos lleva a la conclusión de que no se puede exigir el cumplimiento de la correspondiente prestación del pago cuando el objeto de la misma no se ajusta al fin perseguido de obtener un rendimiento normal en el funcionamiento de los tres vehículos adquiridos, cuyas reparaciones tan frecuentes como importantes, en piezas esenciales de los motores y las carrocerías de los tres vehículos, demuestran su fabricación deficiente en su conjunto, lo que se traduce en las naturales perturbaciones del servicio público y de sus usuarios por las obligadas suspensiones mientras duraban las reparaciones calificadas de extraordinarias, es decir, no la producidas por el uso normal, sino por su defectuosa ejecución; en cuyas condiciones no puede pretenderse dar por válidos objetos inidóneos faltando a la invocada lealtad en el contrato, puesto que la buena fe en el comprador descansa en la confianza de que el vendedor debe hacer honor al prestigio de su industria y a la eficiencia de sus servicios.

## III. OBSERVACIONES CRITICAS

1. El problema básico que se debate en la sentencia que comentamos consiste en determinar si la existencia de vicios ocultos en los tres autobuses vendidos justifica la resolución del contrato de compraventa por el comprador (don José H. M.) en base a lo dispuesto en el artículo 1.124 del Código civil.

Es preciso remarcar que no se suscita en esta sentencia el debatidísimo problema de la concurrencia de las acciones edilicias con la acción resolutoria por incumplimiento (1). En el Juzgado, en la Audiencia y en la Casación, se

(1) Conocidos son los esfuerzos argumentales de nuestro Tribunal Supremo para afirmar la compatibilidad de las acciones edilicias con las generales de nulidad, resolución y daños contractuales. Se trata así de remediar los graves daños que puede ocasionarse al comprador por la brevedad del plazo de caducidad fijado en el artículo 1.490 del Código Civil. Sobre este problema pueden consultarse los interesantes estudios de ESPÍN CÁNOVAS (*Concurrencia de la acción de saneamiento por vicios ocultos en la compraventa y las acciones generales de nulidad, resolución o daños contractuales*, en la *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1967, pp. 913 y ss.); ALONSO PRIETO (*Las acciones de saneamiento en la compraventa de edificios*, en la *Revista de Derecho Privado*, 1971, pp. 254 y ss.), y BERCOVITZ (*Saneamiento por vicios*

discutió exclusivamente si se cumplían o no los requisitos necesarios para resolver el contrato de compraventa. No se alegó en ningún momento que las únicas acciones que correspondían al comprador (don José H. Mi.) eran las edilicias, y que éstas no podían ejercitarse por haber transcurrido el plazo de caducidad fijado en el artículo 1.490 del Código civil.

2. El problema que estamos examinando se ha planteado ante nuestro Tribunal Supremo. Este ha declarado en diversas ocasiones que el vicio oculto en la cosa vendida puede determinar la resolución ex artículo 1.124 del contrato de compraventa si ocasiona la frustración del interés del comprador. Así lo evidencian las siguientes sentencias:

— La sentencia de 16 de enero de 1930, refiriéndose al contrato de compraventa de unas maquinarias para molturación de harina que, por falta de potencia del motor al accionar las muelas, funcionaban mal, produciendo una molienda defectuosa, declaró que “la Sala sentenciadora no interpretó bien el contrato y no aplicó debidamente el artículo 1.124 del Código civil y jurisprudencia de este Tribunal, no dando lugar a la resolución del contrato, después de reconocer que el motor colocado no era apto para poner en movimiento las dos piedras de que constaba el molino en que había de ser instalado; que las correas no eran a propósito, atendiendo a la humedad del molino, y que la harina que se obtenía era granulosa y más basta que la que de ordinario producía la molienda; razones que obligan a estimar los motivos primero y cuarto en que el recurso se funda”.

— La sentencia de 16 de febrero de 1950 declaró incumplido y decretó la resolución de un contrato de compraventa de un motor, ya que se había convenido que su potencia fuese de 65 caballos, a fin de que pudiera poner en movimiento una dinamo de 50 caballos, y el vendedor entregó en su lugar un motor con potencia de 27 caballos.

— La sentencia de 14 de diciembre de 1951 declaró resuelto un contrato de compraventa de unas maquinarias destinadas a la fabricación de tubos y planchas destinadas a la construcción, debido a su defectuoso funcionamiento.

3. Como regla general, podemos afirmar que siempre es problemática la aplicación del artículo 1.124 del Código civil, cuando la cosa vendida presenta vicios ocultos (2). Hemos de tener presente que de acuerdo con las directrices jurisprudenciales (3) y doctrinales (4), sólo es correcta la resolución

---

*ocultos en la cosa objeto de la compraventa: valor del plazo de seis meses concedido en el artículo 1.490 para el ejercicio de las acciones edilicias. Notas a la Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de diciembre de 1971, en el ANUARIO DE DERECHO CIVIL, 1973, pp. 356 y ss.).*

(2) A juicio de Díez PICAZO (*Estudios sobre la jurisprudencia civil*. Volumen 1.º, Madrid, 1973, p. 534), en el supuesto de vicios ocultos en la cosa vendida no nos encontramos en presencia de un supuesto típico del artículo 1.124 del Código Civil, sino ante un caso de prestación defectuosa (Schlechtleitung) con falta de utilidad para el acreedor, que puede encuadrarse en lo que la doctrina alemana viene llamando “lesiones contractuales positivas” (positiven Vertragsverletzungen) cfr. STAUB, en *Gutenbergische Festgabe für den 36. Deutschen Juristentag*, 1902; HECK, *Grundris des Schuldrechts*, Tübinga, p. 118.

Otra cosa es que el supuesto constituya en nuestro ordenamiento una auténtica laguna legal que deba ser suplida aplicando por analogía el artículo 1.124.

(3) Véanse las sentencias anteriormente señaladas. Claramente lo ha hecho

si la ejecución defectuosa de la prestación (5) ha producido una frustración del fin del contrato y del interés del acreedor y, además, es atendible por no aparecer como abusiva o contraria a la buena fe (6).

Sólo cuando se cumplen estas condiciones podrá el comprador resolver el contrato de compraventa por presentar la cosa vendida vicios ocultos.

Este planteamiento determina la necesidad de establecer un criterio que nos permita precisar cuándo la existencia de vicios ocultos en la cosa vendida origina la frustración del fin del contrato de compraventa y del interés del comprador y, en consecuencia, justifica la resolución en virtud de lo dispuesto en el artículo 1.124 del Código civil.

La fijación de este criterio no es fácil, porque en nuestro Derecho positivo no existe un precepto que específicamente lo determine. No obstante, la generalidad de la doctrina (7) y la jurisprudencia (8) han adoptado un criterio objetivo, entendiendo por tal un criterio que tome como base el tipo de contrato en cuestión y que juzgue si la interdependencia funcional entre las prestaciones recíprocas ha sido perturbada notablemente por el incumplimiento, hasta el punto de hacer desaparecer el interés del acreedor.

Si además del dato objetivo de la deficiente construcción de los tres autobuses tenemos en cuenta que se destinaban a realizar un servicio público (viajes y excursiones) y que por los defectos técnicos que presentaban, muy escasamente se pudo cumplir esta finalidad (gran parte del tiempo lo pasaron en

notar el Tribunal Supremo en la Sentencia de 5 de enero de 1935, si bien refiriéndose al retraso en el cumplimiento, afirmando que "no puede decirse que basta en todo caso el no cumplimiento de la obligación en tiempo, pues el mero retraso en el pago no siempre implica que se haya frustrado el fin práctico perseguido por el negocio ni que la parte adversa tenga un interés atendible en que se decrete la resolución".

(4) DÍEZ-PICAZO (*Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, Madrid, 1972, p. 692); ALVAREZ VIGARAY (*La resolución de los contratos bilaterales por incumplimiento*, Granada, 1972, p. 127), y León, Henri y Jean MAZEAUD (*Leçons de Droit Civil*, tomo II, París, 1956, p. 892).

(5) El cumplimiento inexacto, cuando la inexactitud hace referencia al objeto de la prestación, puede, "grosso modo", ser calificado como "ejecución de una prestación defectuosa" (DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, Madrid, 1972, p. 687).

El vicio oculto en la cosa vendida es un supuesto típico de ejecución de una prestación defectuosa.

(6) Del principio de la buena fe, que preside el desenvolvimiento de las relaciones contractuales (artículo 1.258 del Código civil), puede deducirse que para que el no cumplimiento del contrato bilateral dé lugar a la resolución, ha de revestir cierta importancia, porque sería contrario a la buena fe exigir la resolución por incumplimientos o defectuosos cumplimientos de escasa trascendencia en el conjunto de la ejecución contractual (ALVAREZ VIGARAY, *La resolución de los contratos bilaterales por incumplimiento*, Granada, 1972, página 129).

(7) ALVAREZ VIGARAY (*La resolución de los contratos bilaterales por incumplimiento*, Granada, 1972, p. 129); DÍEZ-PICAZO (*Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, Madrid, 1972, p. 692); MOSCO (*La risoluzione del contratto per inadempimento*, Nápoles, 1950, pp. 48-49), y PICARD y PRUDHOMÉ (*De la résolution judiciaire pour inexécution des obligations*, en la *Revue trimestrielle de Droit Civil*, 1912, pp. 64 y 65).

(8) Así lo evidencian las sentencias que hemos citado anteriormente.

talleres de reparación), tal vez no sea desacertada la resolución del contrato de compraventa, como estimó el Tribunal Supremo.

Pensamos que la concurrencia de las dos circunstancias citadas motiva la frustración del interés del comprador y del fin perseguido con el contrato de compraventa y, en consecuencia, justifica su resolución.

ANTONIO CABANILLAS SÁNCHEZ,

*Profesor Ayudante de Derecho civil  
de la Universidad Autónoma  
de Madrid*

## 2. EL ARRENDAMIENTO DE UN LOCAL DE NEGOCIO CON AUMENTO PACTADO DE LA RENTA.

*(Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de noviembre de 1975)*

SUMARIO: 1. El caso de autos y la interpretación judicial.—2. La validez de las cláusulas de elevación de la renta en los arrendamientos urbanos.—3. El fraude a la prórroga forzosa del arrendamiento urbano.

### 1. EL CASO DE AUTOS Y LA INTERPRETACION JUDICIAL

Entre el propietario de un local de negocio y un arrendatario se celebra un contrato de arrendamiento el día 13 de mayo de 1968 y, en la cláusula séptima de su contrato, se conviene el siguiente pacto: “Que la renta se revisará por períodos de cinco años, aplicándose los aumentos que correspondan según el índice o coeficiente de coste de la vida, establecido por el Instituto Nacional de Estadística”.

Pasados los cinco años, el arrendatario demanda al propietario para que se declare la ineficacia de la mencionada cláusula séptima del contrato. Sin embargo, el Juez de Primera Instancia sentencia que no hay lugar a la nulidad pretendida por el arrendatario de la cláusula séptima del contrato. En apelación, la Audiencia Territorial revoca la sentencia pronunciada por el Juzgado de Primera Instancia y declara nula dicha cláusula séptima del contrato de arrendamiento.

Ante la nueva postura contraria a su derecho, el arrendador, no satisfecho, interpone recurso de injusticia notoria, ante el Tribunal Supremo, el cual, después de referirse a otros extremos, manifiesta que “las Sentencias invocadas por el recurrente, fecha de uno de abril de mil novecientos sesenta y cinco, dos de febrero de mil novecientos sesenta y seis, nueve de febrero de mil novecientos sesenta y siete y veintiuno de diciembre de mil novecientos setenta, veinticuatro de junio de mil novecientos setenta y uno, siete de julio de mil novecientos setenta y dos, veinticinco de enero de mil novecientos setenta y tres y nueve de febrero de mil novecientos setenta y cuatro, como otras, entre ellas la más reciente de veintiocho de octubre último, vienen a establecer la doctrina de que los pactos de actualización de renta que se convengan entre las partes, sólo serán válidos cuando realmente sirvan a tal finalidad, es decir, cuando atemperen sus efectos a las alteraciones que en más o en menos experimente el costo de la vida, y que, por el contrario, no serán válidos cuando se limiten a establecer una posible y constante elevación de la renta, sin permitir, a la vez, su disminución para el supuesto de que baje el costo de la vida; doctrina que fue aplicada debidamente por la sentencia recurrida, dado que, por un lado, ésta entiende que a pesar de que la cláusula discutida emplea al principio el verbo revisar, sólo prevé, en realidad, el aumento quinquenal de

la renta y que, por otra parte, no obsta a la aplicación de tal doctrina el que los términos contractuales no sean claros y dejen duda sobre la intención de los contratantes, si una vez determinado el sentido decisivo para el derecho de la cláusula dudosa, se llega al resultado de que la misma no permite la disminución de la renta a instancia del locatario...”, “a lo que cabe añadir que el problema planteado por la cláusula controvertida no es de gran complejidad y que si la doctrina recordada en el considerando precedente ha llegado a patrocinar la nulidad de cláusulas semejantes a la litigiosa ha sido con la vista puesta, en último término, en lo ordenado por el artículo sexto de la Ley de Arrendamientos Urbanos sobre la irrenunciabilidad por el locatario del beneficio de la prórroga legal”.

Esta Sentencia del Tribunal Supremo, al igual que su anterior de 28 de octubre de 1975, a mi juicio, sea dicho con el mayor respeto, incurre en el mismo error de aplicar una doctrina jurisprudencial que la propia Sala tuvo que elaborar, pero, para una situación legal muy distinta a la actualmente vigente en la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1964, como fueron las normativas anteriores, donde se establecían con todo rigor los “beneficios” del bloqueo de renta y de la “renta legal”, por lo cual, el arbitrio y la autonomía de la voluntad de las partes quedaba supeditada a la naturaleza imperativa de las normas dispuestas, las cuales sólo permitían la renuncia al beneficio de la renta para los locales de negocio y, consiguientemente poder pactar en este caso las “cláusulas de estabilización”, teniéndose como nula cualquier otra modalidad pactada, como sucedió para las cláusulas de elevación de la renta. (SS. 23 febrero 1963, 1 abril 1965, 2 febrero 1966, 9 febrero 1967, 3 octubre 1968, 7 febrero 1970, 21 diciembre 1970, 24 junio 1971 y 23 diciembre 1974).

Sin embargo, desde que se publica el texto revisado de la actual Ley de Arrendamientos Urbanos de 1964, cambia totalmente el panorama legislativo especial para los contratos de arrendamiento urbano en lo que se refiere a la cuestión de la renta, puesto que el legislador restaura el principio de autonomía de la voluntad, o de libertad de su fijación por las partes, así como la posibilidad concreta de que se pueda pactar la modificación de la renta, para elevarla o disminuirla (art. 98 LAU vigente). Es decir, que las disposiciones legislativas adquieren para la renta la naturaleza voluntaria o dispositiva frente a la imperativa del anterior régimen jurídico.

No obstante, parece que tal fundamental matiz no ha sido advertido por la Sentencia actual, siguiendo la doctrina anterior sin atender a las posibilidades que brinda el nuevo texto legal; no se considera el derecho potestativo que alcanza a las partes contratantes en cuanto a su relación contractual respecto a la renta que puede ser convenida libre y paccionadamente, tanto respecto a su cuantía inicial como posteriormente, elevándose o reduciéndose. Ahora bien, esta autonomía de la voluntad de las partes tiene todavía el límite del beneficio de la prórroga forzosa del arrendatario, por lo cual, habrán de examinarse las fronteras, o el alcance de ejercicio de dicha autonomía, en función de este beneficio. Ambas son, pues, las cuestiones que me propongo examinar.

## 2. LA VALIDEZ DE LAS CLAUSULAS DE ELEVACION DE LA RENTA EN LOS ARRENDAMIENTOS URBANOS

La Ley de Arrendamientos Urbanos vigente, en su artículo 98, expresamente dispone que “la renta de las viviendas y locales de negocio a que se refieren los artículos anteriores podrá ser objeto de aumento o reducción por acuerdo de las partes”.

Los artículos anteriores, como el artículo 97, han reconocido que la renta de las viviendas y locales de negocio que se arrienden después de la entrada en vigor de esta Ley, será la que libremente estipulen las partes, aun cuando hubiesen sido ocupadas con anterioridad a esta fecha. Es decir, que para los contratos que se celebren ya bajo la legislación vigente —a partir de diciembre de 1964, tal como sucede para el contrato de autos (1968)—, las partes contratantes han podido pactar una elevación o aumento de la renta.

El acuerdo que celebren las partes, arrendador y arrendatario, podrá ser tanto en el momento inicial de contraerle, como posteriormente, una vez que ha sido celebrado; a este respecto, nada se dice por la Ley, por lo cual, tratándose de una normativa especial, donde el legislador no distingue, nosotros no podemos distinguir, sino que habremos de admitir ambas posibilidades; o sea, el criterio interpretativo más amplio, según los principios de autonomía de la voluntad para la renta, tal como los restaura la legislación vigente. Incluso para los casos anteriores, en que se mantiene la “renta legal”, se establece el principio de revisión, tal como sucede para aquellos contratos en situación de prórroga forzosa, para los que se prevé un aumento de la renta cada dos años, conforme al índice oficialmente ponderado por el Instituto Nacional de Estadística, que dictará el Gobierno, a no ser que las partes hubiesen previsto otro sistema pactado de estabilización (art. 100 LAU vigente).

Es decir, que el legislador si bien mantiene la renta legal para los viejos contratos de arrendamiento, por otra parte, es consciente de las repercusiones que la baja del poder adquisitivo de la moneda provoca en los arrendamientos, por lo que adopta normativamente varias soluciones: o concede la posibilidad de una revisión, disponiendo cada dos años las alzas legales correspondientes, o bien reconoce la validez de los pactos de actualización que las partes contratantes hayan previsto potestativamente; además, permite que, por acuerdo de las partes dicha renta pueda ser objeto de aumento o reducción (art. 98). El espectro de posibilidades que la normativa vigente concede al arrendador y al arrendatario se acomoda a criterios de actualización o estabilización de la renta ante las alteraciones monetarias, donde la inflación perjudica gravemente los intereses de un acreedor.

Este nuevo panorama legislativo no parece ser advertido por el juzgador al invocar una “doctrina legal” que ya no obedece a la legalidad vigente, sino a otra anterior y ya derogada, como fue la LAU de 1956, en la que se mantenía con todo rigor el principio de la renta legal y como consecuencia cualquier aumento de la renta iba contra lo preceptuado imperativamente con la consecuencia de su nulidad; únicamente las cláusulas de estabilización pactadas para los locales de negocio (puesto que no eran posibles para las viviendas) se consideraron válidas, precisamente, porque no suponían un aumento tan sólo, sino que también podían comportar una baja; de aquí que, por ello, se admi-

tiesen, rechazándose cualquier otra modalidad, como las cláusulas o pactos de solo aumento o elevación de la renta, estableciéndose la “doctrina legal” ahora repetida por la Sentencia actual. Al derogarse la LAU de 1956 y establecerse en la legislación vigente la liberalización de la renta, con la posibilidad del aumento paccionado de la misma, no cabe seguir sosteniendo la validez de unas y la nulidad de las otras, pues, ambas modalidades de pactos o cláusulas quedan permitidas por la legislación vigente (arts. 98 y 100 LAU 1964).

Sería muy deseable que el juzgador dejara de atribuir valor imperativo a disposiciones de carácter excepcional, que han sido sustituidas por otras, las vigentes, que han vuelto al criterio de la autonomía de la voluntad.

### 3. EL FRAUDE A LA PRORROGA FORZOSA DEL ARRENDAMIENTO URBANO

Otro punto que adquiere nuevas dimensiones dentro del ordenamiento reformado de la legislación de arrendamientos urbanos es el referente a la doctrina que el propio Tribunal Supremo ha venido manteniendo con la denominación “ecuación renta-prórroga”.

Para la legislación anterior estaba claro que el arrendador que provocaba unilateralmente cualquier aumento de la renta, indirectamente, lo que pretendía era poner al arrendatario en una situación que le resultase más gravosa y, con ello, forzarle a que resolviese el contrato de arrendamiento. Este planteamiento sigue siendo válido para la legislación vigente; sin embargo, no lo es en los términos anteriores, según los cuales se producía por “cualquier aumento de la renta”, puesto que, ahora, el artículo 98 permite que se “pacte” un aumento de la renta. Mientras que en el anterior texto legal “cualquier aumento” era ilícito (unilateral y paccionadamente), en la actualidad es posible el pacto del aumento, o sea, el que se produzca por un acuerdo inicial o posterior de las partes contratantes. No obstante, la relación que existe entre una renta desproporcionada, con un aumento inusitado o falta de equivalencia y las posibilidades del arrendatario para poder pagarla y permanecer en el local, o vivienda, siguen siendo las mismas que anteriormente dentro de la “ecuación renta-prórroga”.

Dado que la norma que recoge el principio de prórroga forzosa en beneficio del arrendatario sigue siendo de naturaleza imperativa en la legislación vigente, cualquier fraude a dicha norma lleva aparejado los efectos de la nulidad. Por ello, si el arrendador al valerse de otra norma, que aun siendo permisiva, tratase de violar otra norma preceptiva, como es la de la prórroga del arrendatario, incurrirá en dicho fraude a la Ley.

De aquí que haya de valorarse el alcance y la magnitud de lo pactado por las partes acerca de la renta, según el artículo 98 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, para poder concretar en qué casos—como el de autos—se da o no un fraude a la Ley. En realidad, se trata de una cuestión de hecho, de criterio y prueba que queda dentro de las facultades arbitrales de todo juzgador; por eso, es el propio Tribunal Supremo quien, con arreglo a su prudente arbitrio, juzgará y sancionará la existencia o inexistencia del fraude a la Ley.

La cuestión de hecho, pues, se reduce a saber si el aumento pactado por las partes, como en el caso de autos, donde cada cinco años se debía elevar la renta de acuerdo con los índices del coste de la vida ponderados oficialmente por el Instituto Nacional de Estadística, era normal o anormal, y con ello se conculcaba la "ecuación renta-prórroga".

Dados los tiempos de inflación que corren es obvio apreciar que, el aumento previsto, conforme a unos índices oficiosos, sea no sólo correcto y normal, sino también que, de no aplicarlo, se haría evidente la falta de equivalencia de las prestaciones entre los contratantes, su desequilibrio, con un enriquecimiento injusto de uno respecto del otro (1). Sin embargo, la Sentencia actual consideró esta elevación de la renta como no válida y sancionó su nulidad empleando un argumento en base a la legislación arrendaticia anterior de 1956, derogada, donde cualquier aumento era ilícito, o iba en contra de la ecuación renta-prórroga, olvidando que la reforma permite la elevación de la renta, cuando sea pactada, como en el caso de autos, y su aumento no sea anormal. Otra cosa sería, si el aumento previsto y pactado en el contrato de arrendamiento, se hiciese en base a índices o cálculos especulativos donde resultase la renta tan gravosa o desquiciada que se saliese de lo normal, de aquello que frecuentemente se hace en esta clase de arrendamientos de locales de negocio. Cuando se pacta un índice como es el del "nivel medio de vida", plenamente aceptado por la Ley y por el propio Tribunal Supremo para otros pactos estabilizadores que, en realidad, producen el mismo efecto económico respecto del acreedor o arrendador ante la inflación que sacude a nuestra época, la justicia equitativa es la misma, aunque formalmente esta Sentencia decida lo contrario, pues también lo es de fondo, en base al artículo 98 de la LAU.

En definitiva, a nuestro juicio no se debería seguir aplicando la interpretación como fraude a la Ley, en base a la doctrina de la "ecuación renta-prórroga" por el simple hecho del aumento de la renta; habrá que distinguir si el aumento fue pactado por las partes, según proclama el artículo 98, del realizado unilateralmente y analizar si dicho aumento responde a índices normales de elevación, o si, por su anormalidad desorbitada, conducen al fraude a la Ley. Esta última cuestión es de ponderación, ecuanimidad y prudencia del juzgador, que deberá apreciarla ante el caso concreto.

Lo que no puede olvidarse es que existe un derecho concedido por la Ley a las partes contratantes para poder aumentar o disminuir su renta, de mutuo acuerdo, en el arrendamiento (art. 98), bien sea ejercitado inicialmente, previniéndolo en las cláusulas de su contrato, o ya, posteriormente, a lo largo de su vigencia, en base al principio general de poder establecer una renta libre tal como se admite por la LAU vigente (art. 97).

JOSÉ BONET CORREA

---

(1) La inflación imperante se puede apreciar en el aumento del coste de la vida comparado de año en año. Así, en 1970 era del 6,8 por 100; en 1971, del 9,7 por 100; en 1972, del 7,3 por 100; en 1973, del 14,2 por 100; en 1974, del 17,9 por 100; en 1975, del 14,1 por 100, y en 1976, del 19,8 por 100.

### 3. CLAUSULAS DE ELEVACION DE LA RENTA EN EL ARRENDAMIENTO DE LOCALES DE NEGOCIO.

*(Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de octubre de 1975)*

**SUMARIO:** 1. Los supuestos de hecho y el criterio jurisprudencial.—2. La necesidad de distinguir la legislación locaticia antecedente y su doctrina legal respecto a la vigente en cuanto a la renta.—3. La validez de las cláusulas de estabilización y de las cláusulas de elevación de la renta.—4. Especial consideración del fraude a la ley por la “ecuación prórroga-renta”.

#### 1. LOS SUPUESTOS DE HECHO Y EL CRITERIO JURISPRUDENCIAL

Arrendador y arrendatario llevan a cabo dos contratos de arrendamiento de dos locales de negocio, que se comunicaban entre sí, celebrados, uno, el día 3 de noviembre de 1964 y, el otro, el 1 de enero de 1966. En las cláusulas contractuales de ambos contratos se pactaba por las partes idéntico texto, expresándose en la cláusula segunda de los mismos que: “Esta renta se revisará cada dos años y será elevada en la misma proporción que señala el índice de costo medio de la vida que publica mensualmente el Instituto Nacional de Estadística, tomando como módulo el correspondiente al año que precede al de la firma de este contrato”.

Pasados casi diez años, ante el Juzgado de Primera Instancia se demanda por el arrendatario la nulidad de las cláusulas de ambos contratos, a lo que accede el Juez, diciendo que alcanza esta nulidad a la parte de dichas cláusulas en las que se establece una revalorización y elevación periódica y constante de la renta.

La Audiencia Territorial confirma en todas sus partes la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia, por lo que el arrendador acude al Tribunal Supremo invocando infracción de ley, concretamente respecto a los artículos 97 y 98 de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1964 y el artículo 1.255 del Código civil.

El Tribunal Supremo, en Sentencia de 28 de octubre de 1975, también rechaza como nula y sin ningún efecto la cláusula sobre la renta del contrato, porque —dice— “es constante y reiterada la doctrina jurisprudencial de este Tribunal Supremo, contenida entre otras muchas en las Sentencias de veintinueve de diciembre de mil novecientos setenta, veinticuatro de junio de mil novecientos setenta y uno, tres de julio de mil novecientos setenta y dos, veinticinco de enero de mil novecientos setenta y tres y treinta de enero y nueve de febrero de mil novecientos setenta y cuatro, en el sentido de que efectivamente y al modo como se dice en el recurso, son válidos los pactos de actualización de renta que haciendo uso de la libertad contractual consagrada en el artículo mil doscientos cincuenta y cinco del Código civil, convengan los contratantes de forma bilateral y recíproca; es decir, tratando de atemperar su eficacia a

las alteraciones que en más o en menos experimente el coste de la vida, pero no son en cambio válidas aquellas que se limiten a establecer de modo unilateral y arbitrario una posible y constante elevación de la renta sin permitir correlativamente su disminución para el caso de que dicho coste disminuya; hipótesis esta segunda en que forzosamente tiene que incluirse la cláusula contemplada, pues sólo establece y prevé el supuesto de acomodación de la renta a las fluctuaciones en alza del nivel general de precios; lo que sin duda alguna va en contra de la equitativa proporcionalidad que debe presidir las mutuas prestaciones de todo contrato, que se acrecienta en las del tipo que se examina, pues su vulneración podría incluso conducir a hacer antieconómica para el arrendatario la continuidad en la relación y a convertir en ilusorio su derecho a la prórroga legal que con carácter irrenunciable preceptúa el artículo sexto de la Ley de Arrendamientos Urbanos...".

Con esta Sentencia el Tribunal Supremo simplifica, impropriadamente, la situación jurídica de dos contratos de arrendamiento que se celebraron bajo la vigencia de dos leyes arrendaticias con muy diverso sentido y principios en cuanto a la renta: el primer contrato se pactaba con arreglo a la LAU de 13 de abril de 1956; el segundo contrato se hacía bajo la vigencia de la LAU de 24 de diciembre de 1964. Sin embargo, el juzgador somete indiscriminadamente ambos contratos a un mismo criterio enjuiciador, aplicándoles una misma normativa e idéntica doctrina jurisprudencial, haciéndose caso omiso de lo dispuesto por los artículos 97 y 98 de la LAU vigente para el segundo contrato y sentenciando bajo un presunto condicionante ("podría"), sin evidenciar ni constatar el fraude del arrendador al arrendatario en cuanto a su derecho a la prórroga legal del artículo 6 de la LAU, ya que, para el segundo contrato, al autorizar la LAU (art. 98) la elevación o reducción pactada de la renta, habría que examinar, en concreto, el aumento, su desproporcionalidad o abuso, para probarlo.

## 2. LA NECESIDAD DE DISTINGUIR LA LEGISLACION LOCATICIA ANTECEDENTE Y SU DOCTRINA LEGAL RESPECTO A LA VIGENTE EN CUANTO A LA RENTA

El hecho de que nuestro más alto Tribunal venga aplicando una doctrina (SS. 5 marzo 1974, 28 octubre y 28 noviembre 1975) ya superada por la legislación locaticia vigente (art. 98), debe movernos a reflexión para evitar que se siga cayendo en lo que a nuestro modesto parecer constituye una confusión.

Según tuve ocasión ya de exponer para la Sentencia de 5 de marzo de 1974, al juzgador le pasa desapercibido, el artículo 98 de la LAU vigente que, concretamente, permite que "la renta de las viviendas y locales de negocio a que se refieren los artículos anteriores podrá ser objeto de aumento o reducción por acuerdo de las partes". Está claro, pues, que si arrendador y arrendatario acuerdan y pactan un cláusula por la que la renta aumentará en un tanto por ciento razonable y justo, como lo es el índice o costo del nivel medio de vida —que el propio legislador acoge en su texto—, dicha cláusula

de elevación de la renta no puede ser sancionada como nula. Sin embargo, las mencionadas Sentencias del Tribunal Supremo deciden lo contrario.

Ante esta decisión, hay que insistir en la diferencia de principios y de la normativa aplicable que existe entre dos legislaciones locaticias, como son la LAU de 13 de abril de 1956 y la LAU vigente de 1964. Mientras que en la primera todavía son de derecho imperativo los "beneficios" concedidos al arrendatario, concretamente, el beneficio de la "renta legal", en la segunda, dichos beneficios van a quedar reducidos, por no decir casi suprimidos, a excepción del de prórroga forzosa para el arrendatario, mientras que el de renta legal permanece, únicamente, para los arrendatarios anteriores a la vigente LAU, puesto que, según el artículo 97 de la vigente LAU, establece que "la renta de las viviendas y locales de negocio que se arrienden después de la entrada en vigor de esta Ley, será la que libremente estipulen las partes, aun cuando hubieran sido ocupados con anterioridad a esta fecha". Si a ello añadimos el espíritu de revalorización que el legislador imprime en su nuevo texto refundido de arrendamientos de 1964, el artículo 100, vemos como quedan aumentadas las rentas también para los arriendos anteriores en situación de prórroga legal, además de poderse adaptar en el futuro, cada dos años, a las variaciones del coste de la vida, o bien reconocerse otro sistema de actualización que se hubiera convenido de modo expreso por las partes.

De aquí que, en el caso de autos, cuando las partes establecen en su primer contrato de arrendamiento del primer local de negocio, de 3 de noviembre de 1964, una cláusula de revisión de la renta por la que "será elevada", al quedar regido por la LAU de 1956, cuyas normas imperativas indican la prohibición de dicha elevación, el juzgador es consecuente con la nulidad que sanciona. Sin embargo, no toma en cuenta el segundo contrato para el otro local de negocio contiguo, celebrado el 1 de enero de 1966, ya vigente la LAU de 1964, y con arreglo a la cual las partes volvían a pactar idéntica cláusula de aumento de la renta, si bien ahora en base a los artículos 97 y 98, que otorgan esta posibilidad. Por tanto, el fallo del alto Tribunal se dicta apartándose de lo dispuesto en la LAU, en lo que se refiere al segundo local de negocio.

### 3. LA VALIDEZ DE LAS CLAUSULAS DE ESTABILIZACION Y DE LAS CLAUSULAS DE ELEVACION DE LA RENTA

Las cláusulas de elevación de la renta en los contratos de arrendamiento urbano aparecen cuando el arrendador se da cuenta de que la inflación le suprime el poder adquisitivo de la cuantía de dinero que percibe por tal concepto. Sin embargo, va a tropezar con las dificultades de una legislación altamente protectora del inquilino a través de los llamados "beneficios legales" que se le conceden normativamente; esta legislación especial de arrendamientos urbanos, concretamente la que estuvo vigente a partir del 31 de diciembre de 1946, como la que le siguió el 13 de abril de 1956, establecían el beneficio de la renta legal, cuya cuantía quedaba bloqueada y no cabían aumentos posteriores, salvo las revisiones decretadas por el legislador. Únicamente, la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1956, respecto a los locales de negocio, hizo posible que las partes pudiesen renunciar al beneficio de la renta (art. 6),

concretamente el arrendatario, cuando se hubiese pactado unas cláusulas de estabilización, que los tribunales reconocerán como válidas (SS. 30 octubre 1964, 14 diciembre 1966, 4 y 8 febrero 1967 y 15 febrero 1972).

Ahora bien, esta jurisprudencia del Tribunal Supremo estaba basada en la naturaleza jurídica de dichas cláusulas en cuanto a su efecto conmutativo y bilateral que también pueden originar las alteraciones monetarias en ambas partes contratantes (inflación o deflación) en cuanto al valor del índice económico elegido, lo que las distinguía de un pacto de mera elevación de la renta unilateral, en exclusivo beneficio del arrendador, cuando lo hace de una manera fija, constante e indefinidamente que, por lo demás, contribuía a burlar de una manera indirecta la irrenunciabilidad al beneficio de la prórroga forzosa concedido al arrendatario con carácter preceptivo. De aquí que, comprobado dicho fraude, la consecuencia fue declarar la nulidad de las meras cláusulas o pactos de elevación de la renta (SS. 1 abril 1965, 2 febrero 1966, 9 febrero 1967, 3 octubre 1968, 7 febrero 1970, 24 junio 1971, 9 febrero y 23 diciembre 1974).

Ahora bien, una vez que se publica y entra en vigor el texto reformado de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1964, el legislador se propone restaurar la libre autonomía de la voluntad de las partes en lo que concierne a la renta, para lo cual, no sólo establece expresamente la libertad de estipulación de la renta (art. 97), sino que reconoce, además, la posibilidad de que las partes "hubiesen convenido de modo expreso otro sistema de actualización" (art. 100); incluso, todavía, refuerza esa autonomía, al permitir que "la renta de las viviendas y locales de negocio a que se refieren los artículos anteriores podrá ser objeto de aumento o reducción por acuerdo de las partes" (art. 98).

Con esta trilogía de normas de carácter facultativo para las partes contratantes, la libertad para fijar la renta, inicial o posteriormente, de subirla o bajarla es completa, siempre que así lo pacten dentro de los límites de la buena fe, sin manifiesto abuso o fraude a la Ley (art. 9 de la LAU vigente). Por tanto, ante contratos de arrendamiento acogidos a la normativa actual no cabe alegar una doctrina legal elaborada con los principios restrictivos de la autonomía de la voluntad que sancionaba la legislación anterior, al modo como sigue haciendo el Tribunal Supremo en esta Sentencia, ya que han cambiado el carácter de las normas totalmente, dejando de ser imperativas para ser facultativas en esta materia de la renta.

#### 4. ESPECIAL CONSIDERACION DEL FRAUDE A LA LEY POR LA "ECUACION PRORROGA-RENTA"

En la Sentencia del Tribunal Supremo que comentamos, para reforzar el argumento que decide la nulidad de la cláusula de elevación de la renta pactada por las partes en ambos contratos del año 1964 y 1966, también se acude a invocar el fraude, aunque sólo sea de una manera implícita, cuando dice que "su vulneración podría incluso conducir a hacer antieconómica para el arrendatario la continuidad en la relación y a convertir en ilusorio su derecho a la prórroga legal que con carácter irrenunciable preceptúa el artículo sexto de la Ley de Arrendamientos Urbanos".

El supuesto condicionante en que se basa la Sentencia, de que por el aumento de la renta—que, por lo demás, debía ser con arreglo al índice oficial del nivel medio de vida determinado por el Instituto Nacional de Estadística—conduciría al fraude a la ley, es muy discutible que supusiese un peso anti-económico para el arrendatario, ya que, prácticamente, estaríamos en el mismo caso que una cláusula de estabilización, al menos en cuanto a su resultado económico, debido a la enorme inflación de estos últimos años.

Si para el primer contrato de arrendamiento, convenido todavía bajo la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1956, puede ser discutible la validez y eficacia de esta cláusula, lo que no cabe duda es que para el segundo contrato la cláusula de aumento de la renta pactada debe ser totalmente legal (art. 98 LAU vigente), válida y eficaz. Naturalmente que los límites al ejercicio de la autonomía de la voluntad de las partes respecto a este derecho de elevación paccionado de la renta seguirá siendo una cuestión de hecho en cuanto a la prueba del fraude, encomendada al arbitrio de los Tribunales, concretamente para el caso de esta doctrina de la “ecuación prórroga-renta”. La elevación de la renta pactada ha de serlo con arreglo a unos límites razonables en el intercambio de valores patrimoniales que no alcance el concepto de usura o que no implique un “manifiesto abuso” o el “ejercicio anormal” de un derecho, según se expresa la propia Ley de Arrendamientos Urbanos (art. 9).

En el caso de autos, la cláusula de elevación de la renta, conforme al índice del nivel medio de vida dado oficialmente, carece de toda sospecha de abuso o fraude, puesto que no hace más que adecuarse al deterioro del poder adquisitivo de la peseta en relación con el alza de precios a consecuencia de la inflación. En un local de negocio donde se ejerce el comercio, los precios y los márgenes comerciales se elevan constantemente; son escasos los arrendatarios que puedan alegar el encarecimiento de su situación económica por la elevación de la renta convirtiendo en ilusorio su derecho a la prórroga legal.

Ante las elevadas tasas de inflación que imperan en nuestra economía (1), creo que los Tribunales no pueden cerrar los ojos y desconocerlas, debiendo apreciar el grave perjuicio que causan en la contratación onerosa y de tracto sucesivo, como ocurre para arrendadores y arrendatarios urbanos que ha previsto, por lo demás, y de acuerdo con la normativa vigente, el equilibrio económico-patrimonial de sus prestaciones. Tenemos que revisar doctrinas o dogmas pasados, como este de la “ecuación prórroga-renta” en sus términos justos y ecuanímes conforme al realismo de la situación actual sin dejarnos llevar por la rutina, la comodidad e inercia de unos principios que ya carecen de contenido legal para el ejercicio de la justicia distributiva; que no sea su “letra muerta” y sí su contenido vital el que informe la actuación del jurista prudente.

JOSÉ BONET CORREA

---

(1) Desde el año 1970, el coste de la vida sube del 6,8 por 100 hasta el 19,8 por 100 en el año 1976.

#### 4. LA NATURALEZA JURIDICA Y LOS REQUISITOS DEL TITULO CONSTITUTIVO DE LAS SERVIDUMBRES POR "DESTINO DEL PADRE DE FAMILIA".

*(Comentario a las Sentencias del Tribunal Supremo de 11 de junio y 30 de diciembre de 1975)*

SUMARIO: 1. Las cuestiones planteadas ante los signos aparentes de paso y luces y vistas.—2. Los requisitos constitutivos de la servidumbre por "destino del padre de familia".—3. La naturaleza jurídica del título constitutivo de la servidumbre por "destino del padre de familia".

##### 1. *Las cuestiones planteadas ante los signos aparentes de paso y luces y vistas.*

La cuestión planteada por la Sentencia de 11 de junio de 1975 procede de una gran finca que su propietario parte en dos y vende una de ellas, si bien se obliga a construir a expensas suyas la pared que ha de separar las edificaciones que se reserva de la faja de tierra de seis a siete metros de anchura que sirve de entrada a la finca que adquiere el comprador. Después de construida la pared medianera con dos pasos de salida, un nuevo adquirente compra la finca segregada, si bien en el documento público se diga que se halla libre de cargas. Con posterioridad, y en base a esto último, el comprador demanda a los colindantes para que cierren los pasos abiertos en la pared medianera.

Entablado pleito, el Juez de Primera Instancia reconoce tan solo que existe una faja de seis o siete metros que tiene el carácter de medianera. La Audiencia Territorial no sólo declara el carácter de medianera de la pared, sino que proclama la existencia de una servidumbre de paso de personas y carruajes en beneficio de los demandados (herederos del vendedor de la finca segregada). No satisfecha la sociedad actora o demandante, recurre ante el Tribunal Supremo, el cual estima:

Primero, que la pared existente entre la finca de aquellos herederos y la parte de finca de la sociedad actora, que sirve de entrada a la misma, tiene el carácter de medianera.

Segundo, que el tema fundamental para la resolución del recurso es la determinación del título en que se fundamenta la existencia de la servidumbre que reconoce el fallo recurrido. Que el título, que se deduce de los hechos o antecedentes que declara probados, tiene su apoyo en el "destino del padre de familia", que reconoce el artículo 541 del Código civil, resultante de la presunta voluntad de las partes, que al vender D. A. a D. N., en mayo de 1947, una parte de la finca previa separación del resto, que se reservaba, ya se hallaban abiertas las dos puertas, signo aparente de servidumbre que no sólo subsistió al segregarse y venderse la finca, sino posteriormente.

Tercero, que no se habían destruido los signos que exteriorizaban los.

servicios de paso, ni se hizo constar nada en contrario de forma clara y terminante como exigen las Sentencias de 10 de julio de 1880 y 6 de enero de 1936, sin que obste a ello que en la escritura de adquisición se hiciera constar que la finca se hallaba libre de cargas, manifestación que cede ante la realidad de hecho de los signos aparentes.

Una posterior Sentencia del Tribunal Supremo, de 30 de diciembre de 1975, considera, igualmente, la constitución de una servidumbre de luces y vistas basada en sus signos aparentes. Un mismo propietario había construido sobre sus propios terrenos dos casas con varios patios por la que recibían luces. Transmitidas dichas casas, una por herencia a sus hijos y otra por venta a un comprador, que da lugar a sucesivas transmisiones, llegando hasta el actual propietario, el cual derriba la casa y construye nuevamente sin respetar las servidumbres y condiciones que mediaban entre ambas fincas urbanas.

Entablado pleito, el Juez de Primera Instancia declara que existe una servidumbre de luces y vistas, materializada en su extensión por las dimensiones de los dos patios existentes entre dichos inmuebles y que la Audiencia Territorial confirma, recíprocamente, para ambos predios dominante y sirviente.

Entablado recurso de casación, el Tribunal Supremo considera: "Que según ha declarado la jurisprudencia de esta Sala, entre otras, en sus Sentencias de 30 de octubre de 1959 y 21 de junio de 1971, para que los Tribunales puedan declarar la realidad y subsistencia de una servidumbre, regulada por el artículo 541 del Código civil, es indispensable que quien ejercite la acción, para conseguirlo, acredite debidamente: Primero, la existencia de dos fundos pertenecientes a un único propietario. Segundo, un estado de hecho del que resulte por signos visibles y evidentes que uno de ellos presta al otro un servicio determinante de semejante gravamen, en el supuesto de que alguno cambiara de titularidad dominical. Tercero, que tal forma de exteriorización hubiera sido impuesta por el dueño común de las dos. Cuarto, que persistiese en el momento de transmitirse a tercera persona cualquiera de dichas fincas, y Quinto, que en la escritura correspondiente no se exprese nada en contra de la pervivencia del indicado derecho real; requisitos que, según los hechos..., se estiman probados." Además, "que sin que contra ello pueda prevalecer la tesis de la parte impugnante, según la cual constituyen un obstáculo a su reconocimiento las circunstancias de que no se mencione su existencia en el instrumento notarial de 10 de marzo de 1956 y que en el mismo se hiciera constar que la adquisición del inmueble se llevó a efecto "libre de cargas", porque el verdadero título constitutivo del mencionado gravamen surge de la voluntad de su creador (SS. 11 junio 1915 y 3 marzo 1942), representado por la persistencia del signo aparente en el momento de la separación de los predios (SS. 17 noviembre 1911, 10 abril 1929, 6 enero 1932, 27 octubre 1974) sin que sea suficiente, para adoptar una solución contraria, el que en el documento de enajenación de cualquiera de las fincas, se hiciera constar que se adquirió libre de cargas (SS. 10 octubre 1957, 21 enero 1960, 16 abril 1966, 2 junio 1972)".

"Que aun cuando el párrafo primero del artículo 13 y el 38 de la Ley Hipotecaria exijan la inscripción en la oficina inmobiliaria correspondiente de los derechos limitados del dominio para que gocen de los beneficios de:

la fe pública registral, ello no obsta a que, de acuerdo con la doctrina sustentada por esta Sala en Sentencias de 5 abril 1898, 31 marzo 1902 y 7 noviembre 1911, no están facultados para invocar la cualidad de terceros a estos fines, quienes adquieran bienes gravados con servidumbres de cuya existencia, mediante signos ostensibles, como los de luces y vistas, no se pueda dudar, aun cuando no hubieran tenido acceso al Registro, porque en tal caso, y siendo manifiesto y no oculto el derecho real aludido, falta por entero la razón en que aquellos preceptos legales se fundan.”

Estas dos Sentencias de Tribunal Supremo, donde la existencia de signos aparentes o “signos visibles y evidentes” “que uno de los predios presta al otro un servicio determinante de semejante gravamen”, tanto en el caso de unas aberturas en un muro para el paso de personas y carruajes como en el de unas ventanas sobre unos patios de donde recibían la luz y la vista, van a servir para que el juzgador decida la justicia de su mantenimiento frente a la pretensión contraria de su cierre, manifestada con posterioridad a su adquisición por los nuevos compradores. Mientras que una de las sentencias trata de concretar los requisitos necesarios para que se reconozca la virtualidad de los signos aparentes, equivalentes a una servidumbre, en la otra sentencia se trata de deducir el significado de la voluntad de las partes a través, primero, del “destino del padre de familia” y, posteriormente, por su comportamiento mutuo, basado más que en las declaraciones expresas acerca de la servidumbre, en sus abstenciones ante los signos aparentes, por su actitud pasiva o de silencio, no habiéndolos destruido previamente o no habiéndose opuesto concreta y expresamente en el documento de enajenación.

De aquí el interés por examinar, primero, cuáles son los requisitos necesarios que contiene el artículo 541 del Código civil, para concluir a continuación con el examen de la naturaleza jurídica de este título constitutivo.

## 2. *Los requisitos constitutivos de la servidumbre por “destino del padre de familia”.*

La Sentencia de 30 de diciembre de 1975 manifiesta que es indispensable para declarar la realidad y subsistencia de una servidumbre, regulada por el artículo 541 del Código civil, que se reúnan los requisitos siguientes: Primero, la existencia de dos fundos pertenecientes a un mismo propietario. Segundo, un estado de hecho del que resulte por signos visibles y evidentes que uno de los predios presta al otro un servicio determinante de semejante gravamen, en el supuesto de que alguno cambiara de titularidad dominical. Tercero, que tal forma de exteriorización hubiera sido impuesta por el dueño común. Cuarto, que persistiese en el momento de transmisión a tercera persona cualquiera de dichas fincas. Quinto, que en la escritura correspondiente no se exprese nada en contra de la pervivencia del indicado derecho real.

Tales requisitos no sólo plasman la particularidad del supuesto de hecho que recoge el artículo 541 del Código civil, sino que tienden a garantizar el resultado de una actuación, unilateral, primero, y bilateral, después, en el momento en que se produce la enajenación de una de las fincas sobre la que

visible y marcadamente han quedado unos signos aparentes de servicio o dependencia mutua. .

Mientras que inicialmente el propietario de dos fincas es el que despliega una actividad y, por su propia voluntad y de sus derechos subjetivos, establece entre ambas fincas una relación de servicio o dependencia, semejante en su forma y actividad al de un gravamen de los llamados reales o de servidumbre, con la consiguiente creación de unos signos exteriores o aparentes que ello comporta, todavía no se sabe si constituyen gravamen, pues al pertenecerle ambas fincas no pueden ser servidumbre, falta la oposición de intereses, se sirve de sus cosas y es tradicional doctrinalmente que "*nemini res sua servit*".

No obstante, aquellos signos ostensibles y aparentes, reveladores del servicio que se prestan ambas fincas, todavía no vinculan a su propietario, que podrá cambiarlas a su gusto y utilidad, salvo el abuso de su derecho y el daño a terceros; en cambio, si los mantiene con *scientia* y *patientia*, revelarán tanto su consentimiento en tal sentido como su función de utilidad y adherencia entre ambas fincas. Son estos dos elementos, subjetivo y objetivo, los que van a dar lugar al resultado apreciable para el legislador y el juzgador de considerarlos como el título necesario, junto a la actitud pasiva del adquirente, de no oponer nada en su contra, para que surja la constitución del gravamen o servidumbre correspondiente en el momento de la enajenación de una de las fincas.

Las situaciones o estados de apariencia en los bienes inmuebles son tan apreciables y evidentes que en el tráfico jurídico tienen una eficacia real no sólo por lo que declaramos de ellos formalmente, cuando los describimos específicamente y los hacemos acceder a un Registro como el de la Propiedad, sino también por la configuración con que se presentan dichos bienes o cosas inmuebles, por su propia identidad, ya sea natural o bien resulte transformada por la mano del hombre.

De aquí que, como se señala en ambas Sentencias del Tribunal Supremo, no basta la simple declaración de que la finca se hallaba "libre de cargas", ya que este modo generalizado de decir o cláusula de estilo "cede ante la realidad de hecho de los signos aparentes". Es necesario que en el negocio de enajenación —según advierte nuestro más alto Tribunal—, las partes declaren concreta y precisamente en el documento formal que suscriban que deben ser suprimidos aquellos servicios o, como dice el artículo 541, que con anterioridad al momento de la enajenación de ambas fincas, se destruyan los signos aparentes del servicio entre ellas.

O sea, que ante la evidencia de unos signos aparentes de servidumbre entre unas fincas, tanto el legislador como el intérprete judicial, deducen un título, si las partes los han mantenido, o bien se requiere una declaración expresa y concreta en contra del servicio así establecido. De aquí que otras manifestaciones generalizadas e inconcretas, de que las fincas se transmiten libres de cargas, han venido siendo consideradas como fórmulas notariales rutinarias, cláusulas de estilo, que carecen de intencionalidad específica y, por tanto, carentes de toda eficacia real.

3. *La naturaleza jurídica del título constitutivo de la servidumbre por "destino del padre de familia".*

Cuando el legislador español importaba del Código civil de Napoleón (1) y establecía en nuestro Código este supuesto constitutivo de las servidumbres lo hacía de una manera muy indicativa, ya por el conjunto de requisitos que debía de reunir como para dejar bien sentada la equivalencia y conexiones establecidas entre los signos aparentes y el título constitutivo de la servidumbre.

No obstante, si la introducción de esta modalidad constitutiva de las servidumbres hubiese dependido tan sólo del carácter imperativo de la norma codificada en el artículo 541 del Código civil, no hubiese hecho falta que, además de tener que reunir unos requisitos determinados, se hiciese depender su nacimiento o extinción de la voluntad manifiesta (expresa o tácita) de las partes en el momento de la enajenación de una de las fincas.

Si el artículo 541 manifestara tan sólo que "la existencia de un signo aparente de servidumbre entre dos fincas, establecido por el propietario de ambas, se considerará, si se enajenare una, como título para que la servidumbre continúe activa y pasivamente", indudablemente que no cabría opción alguna para considerar esta norma como facultativa para el adquirente; ahora bien, como el artículo 541 añade, "a no ser que, al tiempo de separarse la propiedad de las dos fincas, se exprese lo contrario en el título de enajenación de cualquiera de ellas, o se haga desaparecer aquel signo antes del otorgamiento de la escritura", la opción es evidente, tanto para el enajenante como para el adquirente, bien para poder destruir los signos aparentes establecidos, o ya para declararse en contra de su permanencia y eficacia vinculatoria.

Sin embargo, el que no se ejercite esta opción por un hecho material de destrucción del signo aparente, o por una declaración expresa en su contra, por cualquiera de ambas partes en el negocio de enajenación, no quiere decir que el silencio observado por las partes sea sustituido por el mandato del legislador o de la ley y, por tanto, concluir que se trata de un modo constitutivo legal de las servidumbres y no de una modalidad voluntaria. Es que, ante "la existencia de un signo aparente de servidumbre" entre dos fincas, o sea, la evidencia de un estado de hecho vinculatorio, a las partes que van a negociar su enajenación no les puede pasar desapercibida su apariencia y realidad, los estados de servicio que muestra, así como la función que cumplen (sea una puerta o pasarela, sean unos patios y ventanas, etc.); nadie puede engañarse sobre el estado aparente de las cosas que se transmiten, de sus características materiales y de las modalidades de uso y aprovechamiento. Resulta así que el "destino" dado a los bienes, en principio, puede ser personal, subjetivo o intrascendente, puesto que las facultades de dominio que posee el titular le permite establecer a su libre albedrío la forma y el uso que pueda darles. No obs-

---

(1) Ver mi estudio: *La "destination du père de famille" del Derecho civil francés y otros Derechos extranjeros*, en *Información Jurídica*, 86-87 (1950), páginas 879 y ss., y en *Revue du Notariat* (Canadá), 53 (1951), pp. 453 y ss. Últimamente, MIALON, Maria-France, *La servitude par destination du père de famille. Nouveaux aspects de l'interprétation de l'article 694 du Code civil*, en *Récueil Dalloz, Chronique*, 4 (1974), pp. 3 y ss.

tante, la pervivencia del signo aparente (*aparentia*), como la perseverancia de su ejercicio en el tiempo (*patientia*), son decisivos a la hora y momento de efectuarse la enajenación de una de las fincas. Quién puede establecer el signo, por ser propietario, también puede modificarlo o destruirlo; si no lo hace es que su intención y voluntad son de que permanezca; otra deducción no parece lógica, ya que del silencio observado al ocurrir la enajenación de la finca no cabe que se conozca otra intención y voluntad del propietario; en cambio, lo que permanece y es evidente da muestras de su verosimilitud.

Del mismo modo ocurre para quien adquiere la finca con un signo aparente; no puede sustraerse a la evidencia y realidad de lo que se le transmite; la configuración de la finca, su destino y sus funciones están a la vista de un modo manifiesto e indudable; basta un examen somero para que los huecos o ventanas de una pared, los patios de un edificio, o las puertas de un cierre, evidencien su existencia y finalidades. Naturalmente que quien adquiere una finca sin molestarse a ir a verla, posteriormente no puede pretender el sentirse defraudado, ya que es víctima de su propia incuria o negligencia; es que "*ius civile vigilantibus scriptum est*", o sea, que el Derecho civil fue escrito para los que están vigilantes. En cambio, la actitud pasiva o el silencio que guarda el adquirente en el momento de la adquisición de la finca es deductivo o concluyente, por lo que se refiere al estado de hecho aparente, el cual le invita a decidir sobre él y, si no lo hace, es su intención aceptarlo; su verdadera intención y voluntad, al poder haberse expresado negativamente respecto al signo aparente, no puede ser otra que no sea la confirmativa, ya que nada se oponía a que pudiese serlo de otro modo.

Que, en definitiva, también éste es el criterio interpretativo del Tribunal Supremo en su Sentencia de 11 de junio de 1975, se demuestra al decir que "el título, que se deduce de los hechos antecedentes que declara probados, tiene su apoyo en el "destino del padre de familia", que reconoce el artículo 541 del Código civil, resultante de la presunta voluntad de las partes".

Hay que añadir que es evidente que el legislador, al redactar el artículo 541 del Código civil, acudió al empleo de una "presunción *iuris tantum*", ya que el título se deduce de un signo aparente, producto de la voluntad del *dominus*, o propietario de ambas fincas, y no del azar, o del mandato de la misma ley, como pudo creerse por los partidarios de ver aquí un título legal, puesto que de ser sí, no cabría, como cabe, que "al tiempo de separarse la propiedad de las dos fincas, se expresase lo contrario en el título de enajenación de cualquiera de ellas, o se haga desaparecer aquel signo antes del otorgamiento de la escritura".

En definitiva, cabe confirmar que el "destino del padre de familia" es una modalidad constitutiva voluntaria de las servidumbres y no legal, ya que su régimen jurídico no responde al de las limitaciones inalterables sobre el dominio y sí al que lo conforman sus propios titulares mediante sus posibilidades de constitución, modificación y extinción futuras.

Además, cuando el legislador ha incorporado el "destino del padre de familia" a nuestro ordenamiento civil no lo ha hecho introduciéndolo mediante una norma de naturaleza imperativa, sino potestativa, al dar opción a las partes en el negocio de enajenación para que decidan por su propia voluntad, ya expresa o tácitamente, a fin de que la servidumbre resulte constituida o

extinguida. De otro modo, hubiera bastado la existencia del signo aparente y la servidumbre quedaría, sin más, constituida.

Es que el dogma o imperio de la ley interviene preceptivamente sólo cuando, por encima del interés individual de los propietarios, existe un interés general, un bien común que debe prevalecer y ser respetado; y éste no es el caso que contemplamos, puesto que aquí, ante el conflicto de unos intereses individuales, lo que el legislador trata de diducir es la seguridad de una apariencia que presentan los bienes en el tráfico jurídico, aunque para ello recurra al empleo de la técnica de las presunciones, tomando en cuenta los *facta concludentia*, si bien dejando a la decisión de las partes, por su actitud activa o pasiva, el resultado final constitutivo de la servidumbre.

JOSÉ BONET CORREA

## II. SENTENCIAS

A cargo de José BARBA DE VEGA, Ramón Bernabé GARCIA LUENGO, Antonio CABANILLAS, Juan de Dios DOVAL DE MATEO, Eduardo GALAN CORONA, Gabriel GARCIA CANTERO, José MACIAS MARTIN y Jorge E. VILLA VEGA.

### I DERECHO CIVIL

#### 1. Parte general.

1. *Casación: error de hecho*: Es desestimable este motivo, pues la memoria descriptiva de las obras de construcción de edificios y la solicitud de licencia de edificación no tienen el carácter de documentos auténticos a efectos de casación, por haber sido objeto de examen e interpretación por el Tribunal "a quo" y no hacer prueba por sí mismos sin necesidad de deducciones, analogías o hipótesis, no contradiciendo textual y claramente lo afirmado por la Sala sentenciadora, mostrando así haber ésta incurrido en equivocación evidente.

*Precio cierto*: Existe, aunque no se fije de antemano, cuando pueda inferirse por tasación pericial, conforme al coste de los materiales y mano de obra.

*Papeleta de conciliación: interrupción de la prescripción extintiva*: Según reiterada doctrina de esta Sala, la presentación de la papeleta de conciliación es suficiente para interrumpir la prescripción, por cuanto el fundamento de la prescripción extintiva es que se entienda que abandona su derecho la persona que era su titular, y esto no cabe presumirlo cuando dicho titular antes de transcurrido el plazo de prescripción presenta la papeleta o demanda de conciliación para hacer valer su derecho, porque ello constituye un acto de ejercicio judicial de su acción por el enlace fatal y necesario que tiene con la realidad ese acto de conciliación y con la demanda del pleito según el artículo cuatrocientos setenta y nueve de la Ley de Enjuiciamiento Civil. (Sentencia de 9 de junio de 1976; no ha lugar.)

*Hechos*: Un arquitecto se encarga de la redacción de un proyecto para la construcción de un edificio. La construcción del mismo se realizó con arreglo al proyecto confeccionado por el mencionado arquitecto.

El arquitecto no percibió los honorarios y, en vista de ello, demandó al comitente. Este opuso la excepción de que la acción dirigida al cobro de los honorarios profesionales había prescrito.

## 2. Derecho de la persona.

1. *Nulidad de pleno derecho*: La venta de un bien eclesiástico, cuyo precio exceda de diez millones, sin obtener la autorización de la Sede Apostólica, es nula de pleno derecho por contravenir lo dispuesto en los Cánones 1.530 y 1.532 del Código de Derecho Canónico.

*Consecuencias de la nulidad de pleno derecho*: Es aplicable el artículo 1.303 del Código Civil, según doctrina constante de esta Sala. (Sentencia de 28 de junio de 1976; ha lugar.)

*Hechos*: Venta de un bien eclesiástico por el Rector del Colegio Mayor de la Presentación por veinte millones de pesetas. El actor entiende que la venta es nula de pleno derecho, ya que falta la autorización de la Sede Apostólica, que es necesaria para la validez de dicha venta, según se desprende de los artículos 1.530 y 1.532 del Código de Derecho Canónico.

2. *Cooperativas: impugnación de acuerdos: sanciones arbitrarias o faltas de fundamento*: Tanto la sentencia de primer grado como la que es objeto de este recurso coinciden en que si bien es cierto que conforme a los Estatutos de la cooperativa demandada es perfectamente correcto el acuerdo de sancionar, por medio del órgano adecuado de la misma, la calidad de los productos aportados por los socios cooperadores a los almacenes o bodegas de la entidad, esto no es obstáculo para que los interesados puedan impugnar las sanciones impuestas cuando se acredite que la resolución que las impone adolece de arbitrariedad o falta de fundamento suficiente, lo que en definitiva sería una aplicación del principio establecido con carácter general por el artículo 1.275 C. civil de la nulidad de los contratos sin causa o con causa ilícita, puesto que la cooperación está inspirada en la defensa del interés recíproco de los socios y fundada sobre la equidad y la buena fe. Sobre esta base la Sentencia recurrida, discrepando de la de primera instancia, estimó que los hechos resultantes de la prueba practicada imponen la conclusión de que el acuerdo impugnado careció del fundamento lógico suficiente para justificarlo. Y el Tribunal Supremo, recogiendo en sus Considerandos las anteriores afirmaciones, desestima el recurso, ya que la valoración de la prueba es función privativa del Tribunal de Instancia, mientras no se demuestre que es errónea, arbitraria o absurda, lo que no sucede en el caso de autos en el que no se han alterado las premisas de hecho ni se ha contravenido ninguna norma de valoración de la prueba, quedando incólumes los fundamentos en que se apoya el fallo de la sentencia. (Sentencia de 14 de enero de 1976; no ha lugar.)

NOTA.—Es de observar cómo, a falta de una teoría general de los actos unilaterales, nuestro Tribunal Supremo aplica las normas de la teoría general de los contratos.

### 3. Obligaciones y contratos.

1. *Casación; error de derecho*: Consiste en el desconocimiento del valor en juicio que a determinados medios de prueba atribuyen algunas normas.

*Casación; error de hecho*: Carecen de fuerza vinculante para servir de fundamento en casación los documentos en torno a los cuales giró la controversia y objeto de análisis o interpretación en la resolución que se impugna.

*Resolución del contrato*: Para que proceda conforme al artículo 1.124 del Código civil, es preciso que, aparte de la reciprocidad de las obligaciones en juego y de la exigibilidad, el reclamante haya cumplido las que le incumben y que se haya manifestado en su adversario una voluntad deliberadamente rebelde al cumplimiento de las suyas.

*Cuestión nueva*: No cabe admitir en casación cuestiones nuevas. (Sentencia de 26 de marzo de 1976; no ha lugar.)

*Hechos*: Por documento privado de 19 de febrero de 1972 se adquirió el derecho de opción de compra sobre dos fincas, pudiendo ejercitarse durante el plazo que media entre esa fecha hasta el 31 de agosto del mismo año, siempre que previamente se abonara la suma de ochocientas mil pesetas, que se satisfizo oportunamente, y que se constituyera un aval bancario antes del día 30 del mes últimamente mencionado, para garantizar el pago de dos hipotecas que gravaban aquellas fincas, requisito este último, cuya omisión daría lugar a la resolución del contrato (cláusula 4.<sup>a</sup>), y que no fue cumplido hasta el día 14 del mes siguiente, cuando ya los oferentes habían hecho uso de la facultad que les otorgaba la cláusula 4.<sup>a</sup> a que antes se ha hecho referencia.

2. *Cláusula penal: cumplimiento parcial*: Es imperativa y no facultativa para los Tribunales la moderación equitativa de la pena, cuando la obligación se hubiese cumplido en parte o irregularmente. (Sentencia de 21 de septiembre de 1976; ha lugar.)

*Hechos*: Se suscribe un contrato para la construcción e instalación de una estructura metálica, estableciéndose una cláusula penal en previsión de un posible incumplimiento.

Solamente se construyó parcialmente la citada estructura metálica, por lo que se discute la aplicación del artículo 1.154 del Código civil.

3. *Arbitraje de equidad: prórroga del plazo*: Si bien es cierto que las personas que hubieran sometido las diferencias entre ellas existentes, a la decisión de los árbitros de equidad están facultadas para prorrogar el plazo inicialmente concedido para la emisión del laudo, aún después de extinguido el mismo, no menos exacto es que, para que tal efecto se produzca, es menester que el acuerdo en que se convenga la ampliación del plazo, quede adoptado en es-

critura pública en la que habrá de fijarse el nuevo término dentro del cual los árbitros deberán pronunciar su laudo y que en su otorgamiento concurren todos y cada uno de los requisitos exigidos para esta clase de negocios jurídicos. (Sentencia de 5 de julio de 1976; *ha lugar*.)

Se otorgó escritura de arbitraje de equidad por el presidente de una cooperativa, acreditando la autorización expresa de la junta general extraordinaria para tal acto, por haber cesado dicho presidente, a otorgar la escritura de prórroga del plazo comparece el nuevo presidente de la cooperativa, no transcribiéndose en la escritura el documento en que se acredita su nombramiento y, por tanto, la cualidad de presidente de la cooperativa.

4. *Arbitraje de equidad: cómputo del plazo*: Siendo la actuación de los árbitros de carácter privado y con un origen contractual, el plazo habrá de computarse con arreglo a lo que previene el artículo 5.º del Tít. Preliminar C. c. reformado por D. de 31 mayo 1974, otorgando fuerza de Ley al texto articulado del mismo, en cuyo artículo expresamente se determina que en los plazos fijados por días a contar de uno determinado, "dies a quo", quedará éste excluido del cómputo, y que no se excluyen los inhábiles.

*Fecha del laudo*: Establecido por el par. 2.º del art. 29 de la L. Arb. Priv., que el laudo habrá de dictarse ante Notario, no se puede entender emitido con efectos legales hasta dicho momento. (Sentencia de 1 de junio de 1976, *ha lugar*.)

Los árbitros habían fechado su laudo dentro del plazo otorgado, si bien la escritura de protocolización del laudo fue otorgada fuera del plazo señalado en el compromiso.

5. *Culpa extracontractual: daños por accidente de ferrocarril: negligencia de los empleados*: Declarado probado que la víctima no intentó tomar el tren en marcha, sino que, al subir al mismo, en unión de otros usuarios que esperaban en el andén, y colocar un pie en el estribo de uno de sus remolques, fue despedido de él como consecuencia de una fuerte arrancada del convoy, que se puso en movimiento, sin que se haya acreditado que estuviese parado en el apeadero el minuto que preceptivamente le correspondía, ni se diera la oportuna señal de salida, lo que originó que dicha señorita permaneciese sujeta al agarradero del vagón para poder sostenerse en pie, no haciendo nada el interventor para detener el tren y evitar o atenuar sus consecuencias, a pesar de que se dio perfecta cuenta, hasta que aquélla cayó al suelo y sobrevino el accidente; de todo ello se deduce que la sentencia que declaró la negligencia, tanto del conductor como del interventor y, subsiguientemente, de la Compañía demandada, no infringió los arts. 1.902 y 1.903 C. c.

*Responsabilidad por riesgo*: Aun cuando se hubiera demostrado en el proceso que los funcionarios del tren pusieron de su parte cuanto estuvo a su alcance para que se observaran las disposiciones reglamentarias de seguridad —cosa que no ha sucedido—, no por eso se exoneraría de culpa a los demandados, por haber resultado insuficientes aquellas medidas para prever y

evitar un riesgo que, como el actual, era previsible y evitable con la adopción de otras que las complementarían (SS. de 29 marzo 1972 y 2 febrero 1976), como la detención del convoy al percatarse el interventor del desarrollo del acontecimiento.

*Defectos del recurso:* En los dos motivos del recurso se estima vulnerada la doctrina legal sustentada por una sola sentencia de esta Sala, sin tener presente que el contenido de una sola de esas resoluciones judiciales no constituye jurisprudencia (SS. de 28 febrero 1970 y 25 abril 1972), aparte de no especificar el texto de la sentencia, que se estima transgredido, siendo así que existen varias de esa fecha; el art. 98 del Reglamento de 8 septiembre 1878, por su carácter administrativo, no puede servir de base para fundar en él un recurso de casación por infracción de ley (SS. 30 abril 1923, 6 junio 1927 y 11 noviembre 1935).

*Coexistencia de culpas:* No ha sido admitida por la Sala sentenciadora, a quien está encomendada su apreciación y la posibilidad de compensar sus efectos. (Sentencia de 3 de diciembre de 1976; no ha lugar.)

Esta sentencia declara probada la negligencia, por lo que se atiene a una interpretación clásica del art. 1.902, si bien, a mayor abundamiento, invoca la doctrina jurisprudencial de que la adopción de las medidas de seguridad establecidas administrativamente no exonera de responsabilidad si, a pesar de ellas, el accidente se produjo. Se trata de un ejemplo de la íntima fuerza expansiva de la doctrina jurisprudencial cuyo único riesgo es el de no conocerse con precisión sus límites. Es interesante la exigencia de citar el contenido de la sentencia cuando hay varias de la misma fecha (requisito que no suele prever la doctrina; ALBALADEJO, I-1.º, 4.ª ed., pp. 125 s.).

G. G. C.

6. *Responsabilidad civil por accidente de circulación: quebrantamiento de forma: falta de personalidad:* La falta de personalidad se enlaza con la capacidad de obrar personal o representativa, necesaria para actuar como sujeto en la relación jurídico-procesal, lo que no tiene aplicación cuando lo que se alega es que los actores no han acreditado su condición de herederos de las víctimas del accidente, por no haber aportado el testamento correspondiente, ni ningún otro documento que lo justifique, lo cual se identifica con la falta de acción que se conecta directamente con el título o causa de pedir del derecho que se pretende hacer valer ante los Tribunales.

*Falta de emplazamiento:* Lejos de acreditarse en las actuaciones la falta de emplazamiento de la recurrente, aparece que dicha entidad se personó en el proceso mediante escrito debidamente formalizado, y fue tenida por parte; por otro lado, aunque se hubiera cometido alguna vulneración en tal sentido, la perjudicada no solicitó su subsanación en el momento procesal oportuno (arts. 1.696 y 1.752-4.º de L.E.C), por lo que el recurso no debió admitirse. (Sentencia de 13 de diciembre de 1976; no ha lugar.)

7. *Responsabilidad objetiva por daños causados por animales: res huida de finca cercada que colisiona con automóvil:* la acción ejercitada tiene su fun-

damento en el art. 1.905 C. c., por lo que resulta inaplicable la Ley sobre uso y circulación de vehículos de motor, siendo también independiente de la acción directa del perjudicado contra la Compañía aseguradora, originadora de la facultad de repetir de ésta contra el causante del daño. (Sentencia de 23 de noviembre de 1976; no ha lugar.)

La responsabilidad por daños de animales es objetiva en cuanto que basta que un animal cause perjuicio para que nazca la responsabilidad del dueño, aún no imputándose a éste ninguna clase de culpa o negligencia. La responsabilidad se excluye cuando fue manejado por otra persona (por ej., azuzándole), o fue aprovechado por la misma considerándole objeto inanimado (por ejemplo, utilizando un gato como arma arrojadiza), o constituyó sólo un obstáculo que obró mecánicamente (la persona cae sobre un perro dormido (supuestos tomados de SANTOS BRIZ, *La responsabilidad civil*, Madrid, 1970, p. 641). Pero la reiteración de casos en que el animal invade una vía de circulación y provoca un accidente, a veces en cadena, obliga a preguntarse si es adecuada la regulación del 1.905, o si al menos no debiera combinarse su normativa con la Ley de uso y circulación de vehículos de motor. Ante la magnitud de daños que pueden producirse, ¿no podría pensarse en una limitación de responsabilidad *ad valorem*, o en un derecho de abandono? En el caso de explotaciones de reses bravas que colindan con vías de comunicación, a la vista de la poca eficacia de las señales viarias que lo anuncian, ¿no cabría pensar en un seguro obligatorio semejante al de la caza? El tema apenas preocupa en la doctrina. Véase una exposición tradicional de la problemática en BORREL MACÍ, *Responsabilidades derivadas de culpa extracontractual civil*, 2.<sup>a</sup> ed. (Barcelona, 1958), pp. 277-288. O bien la más modernizada de SANTOS BRIZ, *op. cit.*, pp. 639-646. En la doctrina italiana: En general, TRIMARCHI, *Rischio e responsabilità oggettiva* (Milano, 1961), pp. 169 ss.; específicamente, GERI, *Responsabilità civile per danni da cose ed animali*, 2.<sup>a</sup> ed. (Milano, 1967, pp. 303-354).

G. G. C.

#### 4. Derechos reales.

1. *Alodio: dominio directo acción reivindicatoria*: Cualquiera que sea la postura que se adopte respecto de la naturaleza jurídica del "alodio" el censalista o titular del dominio directo tiene una protección en su condición de concedente, incluso frente al censatario o enfiteuta que reconoce su dominio, en virtud de la relación contractual surgida, por encima de una simple titularidad de Derecho real sobre cosa ajena, consideración que se agudiza en el típico Derecho mallorquín, que sirve de precedente a la vigente Compilación de mil novecientos sesenta y uno, lo cual por supuesto no alcanza a la posibilidad de ejercicio de la acción reivindicatoria frente al mismo, pues implicaría la ruptura de la indicada relación, pero si, sin duda alguna, cuando personas extrañas al contrato, perturban la quieta y pacífica posesión, llegando a discutir la propiedad del objeto censado, sin constancia ni presencia de aquel concesionario, enfiteuta o titular del dominio útil que era quien podía ejercitarla, ante cuya inactividad, el dominio de aquél renace en su plenitud, sin que pueda ser permisible que los referidos perturbadores, ajenos al vínculo, puedan ni siquiera estar autorizados a discutir y alcance del ejercicio de la mentada acción por el censalista. (Sentencia de 20 de mayo de 1976; ha lugar.)

**HECHOS:** Una finca estaba gravada por un censo enfitéutico mallorquín (alodio); el titular del dominio directo tuvo conocimiento de que determinadas personas litigaban sobre la posesión de la finca mencionada. En vista de ello, interpuso una acción reivindicatoria frente a los perturbadores.

Se plantea el problema de determinar si aquél que solamente es titular del dominio directo está o no en condiciones de ejercitar la acción reivindicatoria.

## II DERECHO MERCANTIL

1. *Modelo de utilidad: inscripción de la transferencia en el R. P. I.: legitimación pasiva en juicio de nulidad:* Si bien los arts. 31 y 32 del E. P. I. disponen efectivamente que las transmisiones de las diversas modalidades que regula el Estatuto, no surtirán efectos frente a tercero mientras no se acrediten en el Registro de la Propiedad Industrial mediante un documento fehaciente en que aparezcan instrumentadas, y además se justifique también documentalmente, que se ha satisfecho el impuesto por transmisión de bienes, ello no quiere decir que sea suficiente la presentación de tales documentos en el registro, sino que es preciso que tal organismo dicte acuerdo o *resolución* en la que se tenga por acreditada la realidad de la transmisión y el pago del correspondiente impuesto transmisorio, resolución que tiene que ser dictada por el *Jefe del Registro* en virtud de la correspondiente propuesta que se le haga por el encargado de la sección de transmisiones, según determina claramente el art. 42 de la Ley de Propiedad Industrial, y cuyo acuerdo tiene que ser anotado en los libros, como se previene en el art. 43 de la misma ley; lo cual, además, se conforma con el imperio del principio de publicidad registral, al que no puede sustraerse la propiedad industrial, mientras un precepto industrial no disponga lo contrario, y cuyo precepto no figura en la referida Ley. (Sentencia de 2 de febrero de 1976; no ha lugar.)

2. *Modelo de utilidad: nulidad por falta de novedad:* Examinado el considerando en que se estudian el modelo de utilidad cuya nulidad se insta y los otros dos base de la acción ejercitada, se observa con claridad que para llegarse a la declaración de falta de novedad del primero se divide el todo del mismo en dos partes, a saber: el cuerpo exterior y el interior, comparándolos uno y otro separadamente con los modelos anteriores, cuando como acertadamente se dice en el desarrollo del motivo, y establece con claridad el art. 11 y la reiterada jurisprudencia de esta Sala, el modelo ha de ser examinado en su conjunto y como un todo indivisible, por lo que se ha incidido por el Tribunal de Instancia en las infracciones denunciadas y el motivo ha de ser estimado, casando la sentencia recurrida. (Sentencia de 16 de junio de 1976; ha lugar.)

3. *Marcas: nulidad: diferencias suficientes:* Es irrelevante la aparición de la expresión inglesa SKIN LIFE en ambas marcas en conflicto, acompañada de los respectivos nombres comerciales de las casas productoras, pues junto a ello existen elementos suficientes en el conjunto de elementos que integran cada una de las marcas y su respectiva colocación, que impiden la confusión

y les dotan de un suficiente carácter diferenciador. (Sentencia de 21 de febrero de 1976; no ha lugar.)

4. *Letra de cambio; aval; interpretación de los arts. 516, 517 y 521 C. Co.: no necesidad de notificación al avalista del aceptante:* Es inaceptable la tesis de que no se puede ejercitar la acción cambiaria simultáneamente contra el aceptante y su avalista y que para que dicha acción pueda prosperar contra el avalista es necesario que se le haya notificado el protesto por medio de Notario, porque si del mencionado art. 517 C. Co. se infiere que no puede el acreedor dirigir la acción simultáneamente contra el aceptante y contra un obligado en vía de regreso (*sic*), no ocurre lo mismo cuando la acción se dirige simultáneamente contra el aceptante y su avalista, ya que éste no es un obligado en vía de regreso, sino un obligado que, en el caso de aval no limitado, asume frente al tenedor exactamente la misma posición que la persona por quien salió garante; así lo dispone el art. 487 C. Co., de suerte que, al ser el aval una fianza solidaria, el avalista frente al acreedor viene a ser un codeudor solidario, del que sólo se distingue en el aspecto de las relaciones internas entre avalista y avalado, pudiendo el acreedor, a tenor del art. 1.144 C. c., dirigirse contra cualquiera de los deudores solidarios o contra todos ellos simultáneamente, sin que, por otra parte, para la viabilidad de la acción ejercitada contra el avalista sea necesario que se le haya notificado el protesto, cuando cual aquí acontece el acreedor ha utilizado su acción por primera vez y la ejercita al mismo tiempo contra el aceptante y su avalista. (Sentencia de 26 de enero de 1976; no ha lugar.)

5. *Acción cambiaria en vía ordinaria: efectos de cosa juzgada del juicio ejecutivo:* Para que el acuerdo judicial recaído en juicio ejecutivo no produzca excepción de cosa juzgada en el subsiguiente declarativo, según el art. 1.479 LEC, es preciso conforme a uniforme y reiterada jurisprudencia de esta Sala que la cuestión que se trata de reproducir en el segundo pleito no haya sido abordada en toda su amplitud en el primitivo, por no ser posible en el segundo volver a discutir los defectos o faltas del título, ni las excepciones o causas de nulidad que fueron alegadas o se pudieron oponer en el ejecutivo.

*Documento auténtico: certificación del Registro Mercantil; libros de contabilidad:* Ni la certificación del Registro Mercantil demuestra la inexistencia de la Entidad a que el motivo se contrae, sino únicamente que la misma no está inscrita en la oficina tabular, ni la falta de datos contables pone de manifiesto la equivocación atribuida al juzgador de instancia, puesto que los libros de contabilidad y sus respectivos asientos, aun de llevarse en forma legal, no constituyen documento auténtico a efectos de casación.

*Aval y sociedad irregular:* Si bien es cierto que el aval a que se refieren los arts. 486 y 487 C. Co. integra un contrato independiente y accesorio del concertado por el aceptante y librador de la letra de cambio, cuyo abono garantiza, por lo que, de contraerse por el propio deudor de la cambial, no añadiría afianzamiento alguno respecto a quien ya estaba ligado por la relación cambiaria, no menos exacto es que, según los hechos que se declaran

probados en la resolución impugnada, el recurrente aceptó la letra discutida como componente de una Sociedad Anónima, con personalidad jurídica distinta de la de cada uno de sus asociados, según el art. 6 LSA, por lo que nada podía impedir el que la avalara en su propio nombre, aumentando así para el librador o tenedor la seguridad en el pago que el aval representa; conclusión a la que igualmente se llegaría si, según la tesis del recurrente, se tratara de una simple sociedad irregular, porque en tal evento no carecería la misma de valor frente a terceros, al estar éstos facultados para reclamar el cumplimiento de las prestaciones que en su favor se hubieran concertado por los miembros de aquélla, que respondería solidariamente conforme a lo previsto en el art. 120 C. Co. (Sentencia de 20 de febrero de 1976; no ha lugar.)

6. *Letras de cambio: influencia de la relación de provisión de fondos:* No es obstáculo para el ejercicio de la acción de regreso por el tenedor de la cambial al amparo del art. 516 C. Co. frente a los libradores, la existencia de otras obligaciones pendientes entre los mismos y el librado, por tratarse de operaciones mercantiles ajenas al descuento de las letras y extrañas a su tenedor (Sentencias de 15 de junio de 1962 y 8 de junio de 1966) que no queda afectado por el contrato subyacente que vincule a los primeros y les obligue a cumplir el requisito previsto en los arts. 456 y 457 C. Co.

*Interpretación del art. 516 C. Co.:* Lo que al art. 516 C. Co. prohíbe es el ejercicio simultáneo de la acción que otorga al tenedor de las cambiales contra las diversas categorías de obligados a satisfacer su importe, para evitar que en ciertos casos pueda darse la posibilidad de una duplicidad de pago, con el consiguiente enriquecimiento injusto que ello comportaría, pero no que la prohibición se extienda a impedir que la demanda se dirija conjuntamente contra cuantas personas se hallen incluidas dentro de cualquiera de aquellas categorías. (Sentencia de 4 de junio de 1976; no ha lugar.)

7. *Sociedades Anónimas: impugnación acuerdos sociales: sanción pecuniaria error de hecho:* El motivo segundo denuncia un "error de hecho" en la apreciación de la prueba, sobre la base de haberse decretado en la sentencia recurrida una sanción pecuniaria a la parte actora, apoyándose en la facultad que otorga el artículo 70, número 11, último párrafo, LSA, y por la circunstancia de que todos los litigios sostenidos entre las partes han sido iniciados y mantenidos con la finalidad de lograr la anulación de los acuerdos sociales por parte del demandante, motivo éste que debe prosperar por cuanto queda acreditado que no todas las resoluciones derivadas de los diferentes litigios tramitados fueron desestimatorias, sino que, por el contrario, algunas de ellas se dictaron en el sentido conforme a la nulidad de acuerdos tomados en las respectivas Juntas Generales. (Sentencia de 25 de mayo de 1976; ha lugar.)

8. *Sociedad Anónima: impugnación de acuerdos sociales: legitimación activa:* La reiterada jurisprudencia de esta Sala es unánime en exigir para los accionistas que concurrieron a la Junta en que fueron adoptados los acuerdos que se traten de impugnar por la vía que regula el artículo 70 LSA, como requisito

previo de legitimación o procedibilidad para el ejercicio de su derecho, el haber hecho constar en el acta de la Junta su oposición a los mismos, no siendo suficiente conforme a tales efectos la mera emisión de su voto contrario a la aprobación del acuerdo o acuerdos, ya que no existiendo éstos en tanto no se verifique el recuento de los votos obtenidos y sea proclamado el resultado de la votación, si el acuerdo es adoptado por mayoría, los disidentes han de manifestar con posterioridad a dichos momentos, en que el acuerdo se perfecciona o adquiere consistencia jurídica, su voluntad de oponerse al mismo, requisito sin duda exigido por el legislador e interpretado con rigor por la jurisprudencia con la preocupación o en el deseo de velar y compaginar la defensa de los derechos legítimos de los accionistas, pero al propio tiempo impedir que el funcionamiento normal de las personas sociales pueda quedar a la merced injustificada de dilaciones en cuanto a la expresión de la voluntad de impugnar que debe constar claramente desde el momento en que se perfecciona el acuerdo y tienen conocimiento del mismo los accionistas asistentes a la Junta, en beneficio de la seguridad de la sociedad y de los propios acuerdos. (Sentencia de 30 de enero de 1976; no ha lugar.)

9. *Sociedad Anónima: impugnación de acuerdos sociales: defectos del recurso:* El rigorismo formal de la casación responde al verdadero carácter de este recurso en el que, pese a su trascendencia en orden a su esencial finalidad de procurar la debida y uniforme aplicación de la Ley, se confía su dispositivo inicial a la libre y voluntaria iniciativa de las partes, la cual acota el campo de acción de este Tribunal y de ahí que al desarrollar el recurso deba ponerse especial cuidado en referirse al *concepto de la infracción*, no sólo fijándolo de manera singular en cada motivo, sino refiriéndose concretamente al que sea el oportuno, ya que si se denuncia un *concepto inadecuado* será impropio el motivo que lo contenga, aun cuando por otro concepto omitido pudiese existir vulneración de los preceptos o doctrina legal que se cite. Y en este defecto incurre el presente recurso, pues denuncia la violación por inaplicación del art. 67 LSA, siendo así que la sentencia recurrida declara tal nulidad fundándose en aquel precepto, de donde resulta evidente que no puede acusársele de no haberlo aplicado, sino todo lo contrario, de haberlo *aplicado indebidamente* si es que se entendiera que no procedía su aplicación. (Sentencia de 23 de diciembre de 1975; no ha lugar.)

NOTA: La Sentencia recurrida declara la nulidad de la constitución de la Junta y de los acuerdos en ella adoptados en base a la existencia de un pacto de no convocatoria entre el accionista que instó judicialmente la Junta y la sociedad demandada.

Contra esta sentencia se interpone recurso de casación integrado por tres motivos de los que cabe destacar el primero, que denuncia la violación por *inaplicación* del art. 67 LSA. En síntesis, el recurrente alega que la infracción de dicho pacto no está comprometida en ninguna de las tres causas de impugnación del art. 67 LSA. El razonamiento seguido en este motivo es el siguiente: a) De las tres causas de impugnación que contempla el art. 67 LSA, solamente las dos primeras pueden ser determinantes de la nulidad de la constitución, pues la tercera causa —acuerdos que lesionen los intereses de la sociedad en beneficio de uno o varios accionistas— presupone la existencia de una Junta válidamente constituida y de unos acuerdos que, siendo formalmente válidos, vulneran intrínsecamente los intereses sociales; b) la infracción que sirve de

fundamento a la sentencia recurrida no vulnera ningún precepto legal; c) el acuerdo adoptado tampoco infringe ningún precepto estatutario, ya que no existe ningún precepto estatutario —cuya licitud además sería discutible— que prohíba o limite la facultad concedida a los accionistas por el art. 57 LSA; d) el pacto de no convocar juntas es como la propia sentencia recurrida admite, de naturaleza contractual, se configura como un pacto externo al régimen de funcionamiento de la sociedad, sólo puede tener efectos internos entre las partes que lo otorgan y en consecuencia su infracción será una infracción obligacional que nunca podrá ser determinante de la nulidad de constitución de la junta.

Es de lamentar que el formalismo de la Ley, riguroso ya de por sí, sea en muchos casos interpretado tan rigurosamente por nuestro Tribunal Supremo, limitándose a rechazar un recurso por defectos formales, cuando el propio Tribunal parece implícitamente admitir lo fundado del mismo en cuanto al fondo.

J. B. V.

10. *Sociedad Anónima: impugnación acuerdos sociales: defectos de la convocatoria: facultad de convocar la Junta:* El único motivo del recurso denuncia la violación de los artículos 49, 56 y 73 LSA, y es desestimable porque el mencionado artículo 49 dispone de modo imperativo que las Juntas Generales ordinarias y extraordinarias habrán de ser convocadas por los Administradores de la Sociedad, mandato legal que no tiene otras excepciones que las establecidas en los artículos 55, 57 y 119-2.<sup>a</sup> LSA, ninguna de las cuales se da en el caso de autos y, en su virtud, es llano que correspondía al Consejo de Administración y no a su Presidente la facultad de convocar la Junta en cuestión, convocatoria que exigía un previo acuerdo al respecto del Consejo de Administración, acuerdo que la resolución combatida declara inexistente, y al incidir tal vicio en la validez de la celebración de la Junta, no sólo determina la nulidad de ésta, sino también la de todos los acuerdos adoptados en ella, en cumplimiento de lo prevenido, entre otros, en los artículos 48, 54 LSA, los cuales exigen que la Junta General sea debidamente convocada. (Sentencia de 13 de mayo de 1976; no ha lugar.)

11. *Sociedad Anónima: impugnación acuerdos sociales: derecho de asistencia a la Junta:* En armonía con lo prevenido en el artículo 59 LSA, los Estatutos de la Sociedad demandada reconocen el derecho de asistencia a todo accionista que figure inscrito como tal en los libros de la Sociedad con cinco días de antelación a la fecha de la Junta de que se trate y dispone además que para el ejercicio de tal derecho se entregará a cada accionista que lo solicite una tarjeta de asistencia con efectos para cada Junta. En consecuencia, dado que no se le entregó al accionista demandante la tarjeta de asistencia necesaria para el ejercicio de tal derecho, de cuya falta reclamó aquél en tiempo hábil para que pudiera ser subsanada, es visto que se privó al citado accionista de su derecho de asistencia a la Junta en cuestión, lo que determina la nulidad de dicha Junta, ya que según tiene establecido esta sala, entre otras cosas, en las Sentencias de 11 de octubre de 1973 y 14 de marzo de 1974 no se constituye válidamente la Junta cuando se impide la intervención en ella del titular de unas acciones. (Sentencia de 2 de abril de 1976; ha lugar.)

12. *Sociedad de responsabilidad limitada; nombramiento del perito; estudio de la situación económica de la sociedad; no constituye delegación de facultades de administración:* Al encomendar los hoy recurridos, como socios administradores de la Sociedad, al perito mercantil el estudio de la situación económica de la Sociedad a través del examen de los balances y cuentas de pérdidas y ganancias, facilitando al perito el examen de la contabilidad social con el único objeto de emitir un informe técnico completo e imparcial respecto del estado económico de la sociedad, no infringieron el artículo 11 LSRL, ya que lo que fue atribuido al perito no corresponde ni a gestión administrativa, ni a ejecución de la voluntad social, ni a la representación de la sociedad, funciones que de conformidad con el artículo 11 ya citado son las encomendadas a los administradores. (Sentencia de 30 de junio de 1976; no ha lugar.)

13. *Transporte mercantil; daños mercancías transportadas; responsabilidad porteador:* Conforme a lo dispuesto en el art. 361 del C. de Co., todo hecho dañoso que no provenga de caso fortuito, fuerza mayor o naturaleza y vicio propio de las cosas, determina la responsabilidad del porteador que es quien incumbe la prueba de estos accidentes.

*Indemnización:* A tenor de lo prevenido en el art. 364 del C. de Co., la indemnización debida por el porteador no comprende el daño sufrido en concreto, ni la ganancia dejada de obtener por el perjudicado, sino que su responsabilidad a tal respecto está reducida, es decir, tasada o limitada objetivamente, a abonar lo que importe la disminución del valor del género, a juicio de peritos. (Sentencia de 10 de diciembre de 1975; ha lugar.)

14. *Abordaje; diligencia de los Capitanes; caso fortuito:* Probado en autos que los avisos que en varias veces llevó a cabo el capitán del "Astillero", de "todo adelante" durante la navegación, como las "pitadas" que cambió con el otro buque y el ritmo lento que llevaba aquél, constituyen medidas de constante precaución y diligencia; que la vejez del buque no incide causalmente en el acto de colisión; que la carga a "aguas iguales" cuando navegan por los ríos no constituyen infracción reglamentaria alguna, se llega a la conclusión de que la causa del abordaje no fue otra que la resistencia del barco "Astillero" a caer por la borda de estribor, que ordenaba su timón, al propio tiempo que el "Valle del Orozco" paraba sus máquinas, con marcha atrás, en el preciso momento que el primero iniciaba su caída a estribor, produciéndose de ese modo la colisión de ambas embarcaciones y como las maniobras de los Capitanes de ambos barcos fueron del todo correctas, concurren las condiciones de hecho determinantes del caso fortuito, cuya apreciación corresponde al Tribunal de Instancia. (Sentencia de 5 de mayo de 1976; no ha lugar.)

### III DERECHO PROCESAL

1. *Casación; litisconsorcio pasivo necesario:* El principio de contradicción indispensable en nuestro Ordenamiento Jurídico positivo, para que la relación

jurídico procesal quede válidamente constituida, exige de forma inexcusable la integración en el litigio de cuantos elementos subjetivos se hallen ligados extrajudicialmente en situación de paridad frente al actor, respecto a la pretensión sustantiva o material contenida en la demanda o consecuencias posteriores que pudieran derivarse de su resolución siendo llamadas al proceso, con apoyo también en el principio general de derecho, que prohíbe la condena de quienes no hubieran sido oídos o vencidos en juicio, por lo que no puede considerarse válidamente constituida la relación procesal, si no se dirige la demanda contra todos aquellos a quienes directa o indirectamente pueda afectar en su día la resolución. (Sentencia de 5 de julio de 1976; no ha lugar.)

Se demandó solicitando la nulidad de un juicio ejecutivo y no se demandó al adjudicatario de los bienes subastados, el Tribunal de Instancia absolvió sin entrar en el fondo del asunto por falta de litisconsorcio pasivo necesario.

2. *Casación: litisconsorcio pasivo necesario*: La teoría del litisconsorcio pasivo necesario, de creación meramente jurisprudencial, afirma la necesidad de que sean convocados al juicio todas las partes a las que puedan afectar las cuestiones planteadas en él, llegando hasta el punto de absolver en la instancia, e incluso de oficio, sin llegar a estudiar la cuestión planteada en el pleito, cuando se falte a este requisito en la formulación de la demanda.

Aplicada esta teoría por el Tribunal de Instancia, o sea, cuando no entra en el fondo del asunto por entender que al hacerlo puede perjudicar a las partes no convocadas al juicio, para que la Sala de Casación pueda entrar a conocer del recurso, es necesario que se cumpla en el escrito por el que se interpone todos los requisitos que exige el artículo 1.720 LEC.

*Defectos del recurso*: No solamente ha de no admitirse o desestimarse el recurso cuando se omite el precepto amparador y el precepto legal que, en opinión del recurrente haya sido infringido, sino que se llega a igual conclusión cuando se omite el concepto, que ha de ser uno de los tres detallados en el artículo 1.692, núm. 1.º, en que la supuesta infracción haya consistido.

*Violación*: La violación consiste en la no aplicación del precepto infringido, ya que cuando una norma jurídica ha sido aplicada, aunque lo haya sido indebida o erróneamente, no se puede decir que haya habido inaplicación, no se da "violación" de la doctrina del litisconsorcio pasivo necesario, ya que ha sido precisamente por aplicación de dicha doctrina por lo que la Sala de Instancia ha dejado de juzgar el asunto que le fue sometido en cuanto al fondo. (Sentencia de 5 de junio de 1976; no ha lugar.)

3. *Casación: litisconsorcio pasivo necesario*: Si se llevó a cabo en el emplazamiento, y se le tuvo por parte en el procedimiento de que se deriva el presente recurso, no es factible aducir una falta de litisconsorcio pasivo, apoyado en un supuesto contrario a aquel en el que se sustenta la sentencia recurrida. (Sentencia de 15 de junio de 1976; no ha lugar.)

Se denuncia la existencia de falta de litisconsorcio pasivo, alegando que al tratar el pleito de que el recurso trae causa sobre la nulidad de un testa-

mento otorgado en España por un libanés y conforme a la Ley libanesa, debía de ser parte el Ministerio Fiscal, la sentencia recurrida da como hechos probados que se emplazó al Ministerio Fiscal y se le tuvo como parte, notificándole todas las diligencias y resoluciones surgidas en ambas instancias, si bien no compareció.

4. *Prueba pericial*: El artículo 632 de la Ley de Enjuiciamiento Civil no contiene en verdad norma valorativa —Sentencia de 10 de febrero de 1971—, sino que deja a los Jueces y Tribunales el poder apreciar la prueba pericial según las reglas de la sana crítica. (Sentencia de 20 de septiembre de 1976; no ha lugar.)

La cuestión que se plantea en la litis es la liquidación de cuentas entre actor y demandado, consecuente a las obras, servicios y suministros realizadas por el demandado.

5. *Confesión judicial*: Es doctrina jurisprudencial que la prueba de confesión judicial prestada bajo juramento indecisorio no tiene en nuestro actual ordenamiento jurídico un valor decisivo, ya que su graduación como elemento de juicio corresponde a los Tribunales de instancia en uso de su facultad soberana en materia de apreciación de la prueba.

*Confesión judicial*: Ha de tenerse en cuenta que lo que hace prueba contra su autor, según reiterada doctrina de esta Sala, es el conjunto armónico de todo lo confesado.

*Cuestión nueva*: No cabe admitir en casación cuestiones nuevas. (Sentencia de 30 de octubre de 1975; no ha lugar.)

La Cooperativa de Viviendas Santa Rita celebra con la empresa constructora FM un contrato para la ejecución de una obra inmobiliaria. La empresa constructora FM demanda a Cooperativa de Viviendas Santa Rita por no haber pagado ésta las cantidades pertinentes en concepto de revisión de precios.

6. *Contradicción en el fallo*: Según reiterada doctrina de esta Sala, la contradicción no puede darse en el fallo que contiene un solo pronunciamiento.

*Invocación de preceptos adjetivos*: Es inadecuada para servir de fundamento a un recurso de casación por infracción de ley. (Sentencia de 30 de octubre de 1975; no ha lugar.)

Prospera la excepción de defectuosa proposición de la demanda, no entrando el Juez de Primera Instancia a resolver el fondo de la cuestión planteada. La Audiencia confirma el fallo del Juez de Primera Instancia.

7. *Reformatio in peius*: En apelación sólo puede conocer el Tribunal de las cuestiones sobre las que recae el recurso y no sobre las consentidas por las

partes de las decididas en primera instancia, y el Tribunal no puede agravar en la sentencia de apelación la situación del apelante, cuando el apelado no se adhirió al recurso. (Sentencia de 10 de junio de 1976; ha lugar.)

8. *Casación: defectos del recurso*: No cabe denunciar en un mismo motivo el error de hecho y el de derecho conjuntamente, pues si bien es cierto que ambos están autorizados por el mismo núm. 7.º del artículo 1.692 LEC, tienen un tratamiento diferente, ya que el primero se apoya en documentos o actos auténticos, mientras el otro ha de apoyarse en la infracción de preceptos de valoración de la prueba.

*Incongruencia*: Siendo la civil una jurisdicción rogada no puede de oficio en un fallo condenatorio agravar las peticiones concretas del demandante, y conforme a lo dispuesto en el artículo 548 LEC, es en el trámite de réplica donde las partes fijan definitivamente el objeto del debate. (Sentencia de 15 de junio de 1976; ha lugar.)

El demandante en trámite de réplica redujo la cuantía de su "petitum", pese a lo cual el Tribunal de Instancia condenó por la superior cuantía solicitada en la demanda.

9. *Casación: cuestión nueva*: No cabe admitir en casación cuestiones nuevas. (Sentencia de 17 de mayo de 1976; no ha lugar.)

Se celebra un contrato de obra verbal, no fijándose el precio ni la forma de pago. La construcción de la obra se interrumpe porque el comitente no ha abonado al constructor el precio de los materiales y los gastos de construcción. El constructor solicita el precio que corresponda a la obra ejecutada.

10. *Casación: ejecución de laudo de equidad: inadmisión*: No son susceptibles de recurso de casación las resoluciones dictadas en incidentes de juicios o procedimientos en los que no se admita contra en asunto principal, y como, según el artículo 30 de la L. de Arb. de 22-XII-1953, contra el fallo que dicten los árbitros en un arbitraje de equidad, sólo cabrá el recurso de nulidad ante la Sala 1.ª del T. S., se está en el caso de un juicio contra el que no cabe la casación y, por tanto, tampoco ha de haber contra los incidentes que se promuevan en ejecución de los laudos dictados en dichos juicios. (Sentencia de 25 de junio de 1976; no ha lugar.)

11. *Quebrantamiento de forma: falta de acción y falta de personalidad*: Las excepciones de acción y de personalidad tienen como característica diferencial la de que mientras con la alegación de la primera de ellas se niega el derecho que, mediante la acción que de él nace, se ejercita en el proceso, planteándose así una cuestión que pertenece al fondo de éste, la segunda tiende sólo a impedir que las acciones que al mismo corresponden sean discutidas y en todo caso resueltas sin la previa justificación de que el litigante se halla asistido de la capacidad de obrar personal o representativa necesaria para actuar como sujeto de la relación jurídico procesal con el carácter con que lo haga.

*Falta de personalidad en juicio ejecutivo:* No puede alegarse como base de un recurso de casación por quebrantamiento de forma, la causa de nulidad del juicio ejecutivo prevista en el núm. 4.º del artículo 1.467 LEC, cuando su estimación implica la declaración de un derecho que no puede obtenerse por los trámites del juicio ejecutivo. (Sentencia de 5 de octubre de 1976; no ha lugar.)

12. *Casación: error de derecho en la apreciación de la prueba:* El error de derecho integra un vicio de valoración probatoria, habiéndose en consecuencia examinar si el Tribunal "a quo" puesto frente al material probatorio que el proceso le ofrezca, hizo del mismo el uso adecuado, o desconoció alguna norma de valoración preestablecida por la Ley. El artículo 1.249 C. c. no contiene ninguna regla valorativa de la prueba y el artículo 1.288 C. c. establece normas de interpretación de los negocios jurídicos, pero no integra una norma valorativa de prueba ni por su contenido ni por su encuadramiento dentro del Cap. IV, del Tít., II del Lib. IV del C. c.

*Carga de la prueba:* Habiendo acreditado el actor los elementos constitutivos de su acción, incumbe al demandado probar los impeditivos o extintivos. (Sentencia de 26 de junio de 1976; no ha lugar.)

13. *Quebrantamiento de forma: indefensión:* Para la prosperabilidad del recurso de casación amparado en la causa 5.ª del artículo 1.693 LEC, es necesario no sólo que sea admisible el medio probatorio denegado, sino, además, que la denegación origine evidente indefensión y que la no práctica de la prueba no sea imputable a la parte recurrente.

*Documento: necesidad de cotejo:* Impugnada la legitimidad, admisibilidad y la eficacia del documento por la parte, hoy recurrida, la recurrente no solicitó el cotejo. (Sentencia de 12 de junio de 1976; no ha lugar.)

14. *Quebrantamiento de forma: finalidad del recurso:* El recurso de casación por quebrantamiento de forma tiene por finalidad remediar determinadas desviaciones procesales que se cometan en la tramitación del proceso, que sean de tal gravedad que puedan comprometer la justicia del fallo recaído.

*Naturaleza del recurso:* Dada la naturaleza extraordinaria del recurso de casación y el carácter esencialmente técnico con que se configura en todos los ordenamientos procesales, se comprende que se siga un criterio rigorista en cuanto a su formulación y requisitos, de tal manera, que la omisión de algunos de los que sean esenciales hace claudicar el recurso.

*Defectos del recurso:* En el recurso de casación por quebrantamiento de forma, además de señalarse el número del artículo 1.693 LEC. en que se apoya, o vía de impugnación que se utiliza, se impone la concreta cita del precepto procesal en que se prescriba la observancia de la forma quebrantada y cuya simple omisión, que deja sin acotar el campo del recurso, hace estéril "ab initio" el mismo. (Sentencia de 26 de junio de 1976; no ha lugar.)

15. *Quebrantamiento de forma: falta de citación:* Sólo procede el recurso de casación por quebrantamiento de forma en los casos taxativamente enumerados en el artículo 1.693 LEC, por lo que atendiendo el núm. 1.º del mismo, al estar reconocido en los autos que aquellas personas no fueron demandadas, es obvio que de lo que se trata no es de una falta de emplazamiento que ampara dicha norma, sino de una defectuosa constitución de la relación jurídico procesal que afecta a la cuestión de fondo planteada. (Sentencia de 16 de junio de 1976; no ha lugar.)

Suscripción anual: España, 1.500,— pesetas  
Extranjero, 1.650,— pesetas  
Número suelto: España, 550,— pesetas  
Extranjero, 650,— pesetas