

# ANUARIO DE DERECHO CIVIL

TOMO XXX  
FASCICULO III



JULIO-SEPTIEMBRE  
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 URIA GONZALEZ  
Catedrático de D. mercantil y Abogado  
del I. C. de Madrid

JUAN VALLET DE GOYTISOLO  
Notario de Madrid

## Secretario:

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

## SUMARIO

Páginas

### Estudios monográficos

JOSÉ ANTONIO DORAL: <i>La reserva hereditaria común</i> ... ... ... ...	497
ENRIQUE ZULETA PUCEIRO: <i>Razón y codificación</i> ... ... ... ...	557
RAFAEL JIMÉNEZ DE PARGA: <i>Desarrollo y expansión del Derecho mercantil</i> ...	591

### Estudios de Derecho extranjero

JOSÉ M. CASTÁN VÁZQUEZ: <i>La unificación supranacional del Derecho de familia</i> ... ... ... ...	619
----------------------------------------------------------------------------------------------------	-----

### Vida Jurídica

JESÚS RUBIO: <i>In memoriam</i> , por José M. de la Cuesta Rute ... ... ...	631
-----------------------------------------------------------------------------	-----

## Bibliografía

Libros .....	637
BERCOVITZ, RODRIGO: <i>La marginación de los locos y el derecho</i> , por Francisco Rico Pérez.—FORNES, JUAN: <i>La noción de status en Derecho canónico</i> , por Rafael Nava.—GIMÉNEZ ARNAU, ENRIQUE: <i>Derecho notarial</i> , por Tomás Aguilera.—GOMEZ LAPLAZA, M. CARMEN: <i>De los bienes parafernales</i> , por Carlos Vattier Fuenzalida.—HERRERO GARCIA, M. J.: <i>Contratos onerosos entre cónyuges</i> , por Carlos Vattier Fuenzalida.—LUCAS FERNANDEZ, FRANCISCO: <i>Contratación en España por extranjeros</i> , por José Bonet Correa.—ROGEL VIDÉ, CARLOS: <i>La responsabilidad civil extracontractual en el Derecho español</i> , por Jorge Caffarena Laporta.—SANCHEZ DE LA TORRE, ANGEL: <i>Los principios clásicos del Derecho</i> , por José Bonet Correa.—SANTOS BRIZ, JAIME: <i>La responsabilidad civil</i> , por Angel Martín del Burgo.—TORRES, TEODORA: <i>El testamento ológrafo</i> , por José Bonet Correa.—URABAYEN, MIGUEL: <i>Vida privada e información de un conflicto permanente</i> , por Jaime Santos Briz.	

## Revista de revistas

A cargo de José R. Antón Riesco .....	667
---------------------------------------	-----

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

Por José M. Chico Ortiz .....	677
-------------------------------	-----

## Jurisprudencia

### I Sentencias Comentadas

1. <i>Pacto de actualización periódica de la renta en un arrendamiento de local de negocio</i> , por José Bonet Correa .....	711
2. <i>La pensión de alimentos ante la depreciación monetaria</i> , por José Bonet Correa .....	716

<b>II Sentencias</b> .....	724
----------------------------	-----

# 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 III

JULIO-SEPTIEMBRE  
MCMLXXVII



PUBLICACIONES DEL INSTITUTO NACIONAL DE  
ESTUDIOS JURIDICOS

SERIE 1.<sup>a</sup>

PUBLICACIONES PERIODICAS

N U M E R O 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

# ESTUDIOS MONOGRAFICOS

## La reserva hereditaria común

J. A. DORAL GARCIA

SUMARIO: 1. Origen de la reserva.—2. Interés actual.—3. Régimen jurídico en el Código Civil.—4. Supuestos.—5. Idea provisional de la reserva.—6. Referencias históricas.—7. Personas interesadas en la reserva.—8. Bienes reservables: A) Patrimonios relacionados con la reserva. B) Título y procedencia. C) Relación de los acreedores en orden a los bienes.—9. Efectos de la reserva: la obligación de conservar: A) Efectos en la “situación de pendencia”: 1.<sup>º</sup> Tipicidad técnica: a) Tesis del desdoblamiento. b) Abandono de la tesis. c) Equiparación a la sustitución fideicomisaria. d) Derecho sometido a condición. 2.<sup>º</sup> Tipicidad social: a) Conflicto de intereses. b) Analogía con las titularidades fiduciarias. B) Actos de disposición de bienes reservables: a) Enajenación y gravamen de los bienes sujetos a reserva por el reservista. b) Actos *mortis causa*. c) Obligaciones accesorias.—10. Acciones pertinentes a los reservatarios: 1) Carácter y plazo de la acción sucesoria. 2) Acciones impugnatorias. 3) Legitimación procesal.—11. Disposición del derecho por el reservatario: A) Actos de disposición del reservatario mientras vive el reservista. B) Consumada la reserva.—12. Extinción.—13. Recapitulación.

Con pacífica convicción la doctrina moderna atribuye a la reserva ordinaria el carácter de institución de derecho sucesorio. La reserva ordinaria o común puede ser definida, dice Castán, como «la institución-constitutiva de una sucesión especial— por la que se impone al viudo que contrae segundas o ulteriores nupcias o ha tenido en estado de viudez un hijo natural, la obligación legal de conservar en favor de los hijos y descendientes del matrimonio anterior los bienes adquiridos a título lucrativo de cualquiera de los hijos de dicho matrimonio, del difunto consorte o de los parientes de éste en consideración a él» (1).

A ese carácter institucional alude también la jurisprudencia. La S. de 27 de noviembre de 1929 afirma que la institución de la reserva

(1) J. CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho civil español, común y foral*, reimpre-  
sión de la 7.<sup>a</sup> ed., t. VI, *Derecho de sucesiones*, vol. I. *La sucesión en general* (Madrid, 1969), p. 169; J. PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho civil*, tomo V., vol III (Barcelona, 1963), p. 246; J. VALLET DE GOYTISOLO, *Hipóte-  
sis y tesis del artículo 811 del Código civil*, en *R. D. P.* 46 (1961), p. 1020.

no puede confundirse con el usufructo, «pues es una institución *sui generis* con fin determinado» (2).

Con el título de institución se expresa el carácter total y sistemático de los elementos y principios organizadores, sin que coincida con ninguno de ellos aisladamente considerados.

Pero el simple hecho de que quepa calificar la reserva como institución nos revela que el repertorio de problemas a que da lugar responde a lo que tienen de peculiar los factores integrantes.

Prestar atención a lo que tienen de peculiar estos factores facilita la comprensión de la reserva en aquellos puntos que son fundamentales y en aquellos otros que son simples especificaciones o concreciones.

Casi todas las cuestiones que la reserva suscita se refieren a uno de estos núcleos o zonas de interés:

1. La titularidad hereditaria, lo que tiene de peculiar en la reserva; las condiciones que la hacen posible; si proviene del causante de la reserva por vía directa o indirecta, a través de la herencia del reservista.

2. El patrimonio, las implicaciones que el hecho de la reserva tiene en el patrimonio del reservista; principios y alcance del poder patrimonial en orden a esa masa de bienes; límites, obligaciones, garantía, transmisión.

3. A esas cuestiones enunciadas se añade una última dimensión posesoria, que suele pasar inadvertida: la liquidación del estado posesorio a que da lugar la reserva consumada; problemas relativos a la pérdida, deterioro, mejoras en los bienes reservables. La reserva sólo se hace inteligible cuando se descubren los nexos que enlazan entre sí lo que tienen de peculiar los factores integrantes en esa unidad organizada.

## 1. ORIGEN DE LA RESERVA ORDINARIA.

1.<sup>º</sup> Cabe dudar acerca de si esa obligación de reservar determinados bienes que tiene el cónyuge que repite nupcias en favor de los hijos y descendientes del primer matrimonio se anticipa a una sucesión futura o si prepara y dispone las cosas para una sucesión causada en el momento de producirse el hecho que la origina.

Precisamente alrededor de esta duda giran los problemas relativos a la titularidad hereditaria del reservatario, al alcance y carácter del poder patrimonial del reservista sobre esos bienes y a la índole y entidad de las medidas tendentes a asegurar la restitución de los bienes o de su valor al consumarse la reserva.

De la posición que se adopte al respecto dependen, entre otras, las siguientes consecuencia prácticas:

a) Si se requiere el consentimiento de los reservatarios para deslindar la masa de bienes reservables no determinados en las operacio-

---

(2) S. núm. 89, tomo 191. J. C. Colección completa de las Sentencias dictadas por el Tribunal Supremo, publicada por la Revista de Legislación y Jurisprudencia (Madrid, 1931), p. 439.

nes particionales del premuerto y para las adjudicaciones concretas hechas por el albacea contador partidor designado por el reservista en testamento con amplias facultades, o sólo pueden los reservatarios impugnar los actos realizados en contravención de sus derechos. Cuestión esta que trata de resolver la Res. 14 de abril de 1969, inclinándose por la opinión de que los bienes reservables forman parte de la herencia del reservista.

b) Si la renuncia prevista en el artículo 970 del Código civil implica la renuncia a una herencia futura, en cuyo caso se trataría de una excepción a la regla general contenida en el artículo 1.271 del referido Cuerpo legal, o se refiere a una herencia ya deferida (3).

Cuestión esta examinada con frecuencia por los Tribunales y por la Dirección General de los Registros y Notariado, S. 18 de abril de 1942, Res. de 30 de marzo de 1925.

c) Si es o no irrelevante para determinar el *quantum* de lo que el reservista puede disponer por mejora entre los hijos y descendientes comunes, artículo 972 del Código civil, la previsión del cónyuge premuerto en orden a la legítima estricta; en definitiva, si en la reserva hay legítima y cómo se computa (4).

2.<sup>º</sup> Si el reservista, esto es, el cónyuge viudo que repite nupcias o reconoce en estado de viudez un hijo natural, tiene una propiedad disminuida por la amputación considerable del poder dispositivo respecto de los bienes origen de la reserva, o más bien, ostenta sobre aquellos bienes una titularidad que podemos calificar como fiduciaria.

(3) Problema análogo se plantea en el supuesto de enajenación "pendente conditione" por el reservatario. La S. de 18 de abril de 1942 declara que no implica "contrato sobre herencia futura" ni cae en el ámbito de la prohibición establecida en el artículo 1.271 del C. c. En el caso concreto se trataba de una venta de parte indivisa con carácter de reservable.

(4) En rigor, el aspecto principal al que se agregan las cuestiones más controvertidas en sede de reserva es el relativo a la titularidad hereditaria del reservatario.

Y así, de existir una delación reservatoria, si el llamamiento es directo y exclusivo del causante de la reserva, que se opera, como tal llamamiento, sin el intermediario del reservista, parecería correcto:

- a) que los descendientes adquieran por derecho propio en defecto de los padres, incluso de renunciar éstos a su derecho;
- b) que la desheredación procediera sólo por causas producidas con referencia a la persona del causante de la reserva;
- c) que el reservatario responda por deudas afectas al patrimonio hereditario del causante de la reserva.

Mientras que, de operarse la sucesión por vía indirecta, las consecuencias "lógicas" son otras:

- a) que los descendientes no adquieran esos bienes caso de renunciar los padres (actos propios);
- b) que la desheredación tenga en cuenta las causas relativas a la persona del reservista;
- c) que el requisito de la supervivencia indique esa adscripción de los bienes a la herencia del reservista;
- d) resulta explicable que los reservatarios no puedan impugnar o atacar actos otorgados por el reservista sin renunciar a su herencia, merced a la doctrina de los actos propios, como continuadores de la personalidad del *de cuyus*.

No escapa a la intuición de la práctica el enlace de la reserva vidual con otras instituciones fiduciarias; «no es raro, declara en uno de los considerandos la Res. de 14 de abril de 1925, encontrar dentro del ordenamiento familiar casos en que se concede un verdadero poder dispositivo o facultad de enajenar a personas que no pueden reputarse propietarias definitivas o incondicionalmente, en atención a necesidades apremiantes, a situaciones especiales y racionales previsiones».

Esta opinión, de indudable interés práctico, tiene apoyo en su origen romano, donde el nervio de la institución es, como veremos, la idea de *fides*; en los textos legislativos, el artículo 810 del Proyecto de 1851, relativo a la garantía hipotecaria que comprende el deber de asegurar la «buena administración de los inmuebles no enajenados», y en la inspiración misma de la reserva, que convierte en obligación jurídica lo que sin duda es un deber moral, deber que, en expresión de Puig Bruta, recae sobre el padre o madre que ha contraído nuevo matrimonio (5).

3.<sup>º</sup> Si las garantías de «restitución» completan el cuadro de una razonable medida de protección a los hijos, si aquellas cautelas corresponden más bien a la preocupación de evitar el desplazamiento de los bienes reservables a otra familia, o a una simple actitud de recelo o desconfianza ante las segundas nupcias .

La cuestión ahora apuntada no es irrelevante en la interpretación de las normas; de ordinario, la jurisprudencia asigna a tales normas el carácter de excepción a los principios generales en materia de sucesiones, a lo que se debe la interpretación restrictiva, S. de 11 de marzo de 1861, J. C., t. VI, núm. 136, pág. 346 (6).

Pero, como veremos, la normativa aplicable rebasa el ámbito sucesorio e incide en puntos de capital relieve alusivos a manifestaciones de la personalidad:

- a) En la *libertad matrimonial*, si la reserva tiende o no a dificultar las segundas bodas, a lo que añade el carácter de pena o coerción (7).
- b) En la *libertad de testar*, al alterar criterios generales sobre la delación.
- c) En la *libertad del dominio*, ante la merma o limitación experimentada por las facultades dispositivas y entrometerse especialmente en la propiedad inmueble y en el crédito territorial.
- d) En la *libertad contractual*, ante la restricción impuesta a la autonomía privada determinante de la eventual ineeficacia de actos originariamente válidos.

(5) J. PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho civil*, t. V, vol. III (Barcelona, 1964), p. 230.

(6) Dicha sentencia ofrece el interés de referirse a un supuesto de heredamiento prelativo y condicional; se establece en capítulos el pacto relativo a la preferencia entre los hijos comunes si uno de los cónyuges se vuelve a casar.

(7) “La obligación de reservar, dicen DE LA SERNA y MONTALBÁN, no puede considerarse como pena, según algunos autores han afirmado, porque esto sería una señal de reprobación dada por las leyes contra las segundas bodas, lo que han estado bien lejos de imaginar”. Cfr. P. GÓMEZ DE LA SERNA y J. M. MONTALBÁN, *Elementos del Derecho civil y penal de España*, t. 2, (Madrid, 1861), p. 244.

La doctrina moderna insiste en que las normas han de interpretarse siempre conforme a su verdadera *ratio*; diríamos que sin predisposición ante ellas, pero no hay que perder de vista la índole y magnitud de las cuestiones en juego ahora aludidas.

Conviene, no obstante, hacer hincapié en ese criterio general interpretativo porque, como veremos, no pocos de los reparos que ante la reserva opone la doctrina son fruto de una determinada y discutible interpretación surgida a propósito de situar el centro de gravedad del instituto en el alcance de la sujeción de los bienes y en su repercusión frente a terceros, esto es, en la esfera económica, hasta el punto de romper la regularidad de sus líneas históricas.

Sin conocer la historia (8), sólo puede tenerse de estos grandes problemas una idea aproximada de su importancia. Lacruz Berdejo y Sancho Rebullida entienden esta reserva como un tipo de delación cuyo supuesto de hecho se perfecciona gradualmente, completándose al tiempo de la muerte del reservista, pero relacionando entonces la sucesión con «acontecimientos ulteriores que le dan el ser»; tipo de delación que recibe, dicen, la genuina inspiración de un «modelo histórico», por más que no se identifiquen con él (9).

¿En qué consiste ese «modelo histórico»?, ¿qué línea traza esa genuina inspiración?, ¿en qué puntos se desvía?

En la institución se descubren claros precedentes romanos pero incluso en Roma su régimen jurídico varía, acomodándose a la estructura social y costumbres.

Las soluciones dadas a esos problemas corresponden a la triple dirección histórica que sigue la defensa del patrimonio de los hijos para ponerle al abrigo de las segundas nupcias. Defensa que se inicia ya en la época clásica del Derecho romano y que culmina en el Bajo Imperio, con medidas tendentes a poner al *pater binubus* en la precisión de que ejecute sin abuso los poderes que toma sobre los hijos comunes.

De ahí el doble carácter, familiar y sucesorio, de la reserva ordinaria. Podemos afirmar que la reserva ordinaria supone el cambio de rumbo que conduce a la *patria potestad* —institución puramente romana— desde su originaria concepción como poder soberano a su carácter

(8) Entre nosotros, afirma BENITO GUTIÉRREZ, las reservas cuentan con la misma antigüedad que las más antiguas leyes de nuestros Códigos; existían ya en el Fuero Juzgo y en el Fuero Real. Lo que destaca “con patriotismo moderado”, por el hecho de que, en su opinión (en este caso, como veremos, poco fundada) “fue desconocida en el antiguo Derecho”, donde “la ley más antigua” es, a su juicio, la 3.<sup>a</sup> del tít. IX, libro V del Código. Cfr. B. GUTIÉRREZ, *Códigos o estudios fundamentales sobre el Derecho civil español*, 5.<sup>a</sup> ed., tomo 3.<sup>o</sup> (Madrid, 1881), pp. 700 y ss.

(9) Cfr. LACRUZ-SANCHO, *Derecho de sucesiones*, II (Zaragoza, 1973), página 343.

La línea histórica no corresponde a esa defensa social consistente en mantener el equilibrio de fortunas, como la regla *paterna paternis*. Vid. G. SIGARD, *Recherches sur les dévolutions fractionnées dans le droit du Bas Empire et la Legislation wisigothique*, en *Annales de la Faculté de Droit de Toulouse*, t. III (1953), pp. 105 y ss.

moderno de *officium* o función. Un enfoque patrimonialista de la herencia desvió la atención de este viraje histórico, de indudable trascendencia, al concebir la reserva como simple limitación de la autonomía de la voluntad en las sucesiones *mortis causa*.

Y así la reserva vidual, institución familiar y sucesoria, encierra en una antigua y rica armazón jurídica el testimonio de un interés tan digno de tutela que su defensa, patente en la historia, hoy encuentra formulación legal, artículo 56 del Código civil: la prevalencia del interés familiar, que la reserva ordinaria concentra alrededor de los hijos comunes, respecto del interés personal de cada uno de los cónyuges; ese mismo interés común inspira una medida bien concreta, ya introducida en época clásica del Derecho romano, frente a las prerrogativas abusivas de la patria potestad.

## 2. INTERES ACTUAL.

Entiendo que el estudio de la reserva recobra actualidad merced a una triple circunstancia:

1.<sup>º</sup> La plasmación normativa del principio de «interés familiar», introducido de modo expreso en la nueva ley de igualdad jurídica.

2.<sup>º</sup> El cabal entendimiento de que es susceptible la reserva al haber sido acogida con matices y tonalidades diferentes en las Compilaciones.

3.<sup>º</sup> A estas circunstancias se añade el hecho de que en el título preliminar se incluyan ahora nuevas directivas en torno a puntos conexos con el estudio de las reservas, como el abuso de derecho, la buena fe, y con el valor general de la analogía.

### A) *La reserva ante el interés de la familia.*

El interés familiar asume, como es sabido, una triple función:

- a) como criterio interpretativo;
- b) como modulador de la eficacia de los actos;
- c) como determinante de la legitimación procesal, de especial importancia para oponerse a actos dirigidos a frustrar el interés protegido.

En torno a estas funciones gira, como veremos, la temática principal de la reserva ordinaria.

Con carácter interpretativo se acude al interés familiar en el Derecho castellano para determinar, v. g., la extensión de la reserva a los bienes reservables. La ley 2.<sup>a</sup> del tít. V, libro IV del Fuerzo Juzgo, sujeta las arras a reserva en base a que «menester es que aquellos (hijos y nietos) ende ayan algun provecho por la crianza de los cuales fue fecho el casamiento».

La ley 15 de Toro confirma expresamente el carácter de reciprocidad, propio de los deberes comunes de los esposos ante el interés familiar. La doctrina y la jurisprudencia advierten bien este significado, dando relieve al texto legal, al confirmar que allí reside el verdadero

centro hermenéutico, pese a que la referida ley no regula la institución; da por supuesta su inspiración romana, con la precisión de quitar la significación punitiva y acoplar la disciplina genuina al régimen castellano de gananciales. De aquí que la cuestión debatida por las escuelas acerca de si el consentimiento del marido para que la mujer pueda volver a casarse extingue o no la obligación de reservar, se resuelve según criterio interpretativo en sentido negativo: «porque no ha sido introducida en favor suyo» (10).

Que es también ahora el interés familiar lo que se protege, se desprende de estas manifestaciones:

1.<sup>º</sup> El carácter de reciprocidad típico de los efectos personales del matrimonio.

2.<sup>º</sup> La concreción de la tutela jurídica a los hijos comunes.

3.<sup>º</sup> La referencia a la familia legítima, donde el «interés familiar» tiene su sede propia, es decir, el término encuentra allí significado propio.

4.<sup>º</sup> La reserva presupone la liquidación de la sociedad ganancial, pero admite el acuerdo de los herederos con el cónyuge viudo respecto del pago de la legítima, y permite los pactos de continuación con inherente designio familiar.

5.<sup>º</sup> La ineeficacia relativa de los actos dispositivos —la lógica de la anulabilidad— otorgados por el reservista denota una impronta común con la defensa del interés familiar a que ahora responden los nuevos arts. 57 y 65, modificados por ley 14/1975, de 2 de mayo, sobre situación jurídica de la mujer casada.

Precisamente al destacar ahora el legislador esa jerarquía funcional en que cabalmente consiste el interés familiar, recobra actualidad aquella institución de pasado lejano; pero podemos preguntarnos: ¿resulta la reserva hoy innecesaria?, ¿ha culminado el ciclo de su evolución?, ¿no es acaso suficiente la plasmación legislativa que incluye el espíritu de las fórmulas antiguas?

En el estudio de la reserva vidual se advierte que la defensa del interés familiar es lo permanente, su constante histórica, mientras que su vertiente económica, por ser lo accesorio, es también susceptible de modalidades diferentes (11).

(10) Cfr. GÓMEZ DE LA SERNA y MONTALBÁN, o. c., pág. 250, frente a la postura contraria mantenida por Antonio Gómez y Matienzo.

(11) El régimen jurídico a que está sujeta la reserva en el Código civil presupone una determinada concepción de la familia, que se apoya en estas notas características:

1.<sup>º</sup> Matrimonio indisoluble y familia legítima: “Nuestras antiguas leyes observa MORELL y TERRY, al establecer la reserva hablan siempre de marido y mujer, de modo que sólo quisieron favorecer a los hijos legítimos, y a ellos solamente se refiere el artículo 968 del Código civil. Quedan, por lo tanto, excluidos los ilegítimos, aunque sean naturales reconocidos, y los adoptivos. Los legitimados por subsiguiente matrimonio se consideran legítimos”. Cfr. J. MORELL Y TERRY, *Comentarios a la legislación hipotecaria*, 2. ed., tomo 4.<sup>º</sup> (arts. 118-264), Madrid, 1930, p. 384.

La circunstancia de existir separación personal o divorcio, dice CASTÁN, bien sea en el anterior o en el posterior matrimonio, no puede modificar la

La reserva vidual se recoge en Derecho justiniano al tratar de las segundas nupcias (Código 5, 9, 1 y 2) y, ante el recelo de las segundas nupcias, toda la disciplina aparece allí marcada con el matiz de pena o coerción, que induce a la interpretación restrictiva. Pero, como veremos, Justiniano se limita a colorear con la idea de pena lo que antes sólo eran medidas de protección.

Y así, la reserva ordinaria presenta en Derecho posclásico dos aspectos: positivo uno, proteger a los hijos denunciando el peligro, y negativo otro, impedir el eventual abuso del destino familiar de los bienes recibidos en vida del causante de la reserva: cónyuge anterior, padre de tales hijos.

El Código civil extiende la protección al supuesto de reconocimiento de un hijo natural en estado de viudez y amplía la condición de reservables a los bienes recibidos antes por el causante de la reserva de parientes «en consideración», esto es, adquiridos con un deber de gratitud comunicable al reservista. Prepondera entonces el matiz sucesorio, merced a la entrada de los hijos naturales en el círculo de los herederos forzosos y la transmisión *mortis causa* de otros deberes morales, elemento añadido a aquel núcleo originario.

La justificación de la reserva, esto es lo indudable, no reside en el desfavor de las segundas nupcias, ni tampoco se conserva como muestra ancestral de una actitud de desconfianza. La reserva no es separable de una nota que pretendo en este trabajo destacar: el carácter fiduciario que cobra la titularidad del reservista sobre los bienes adquiridos al advenir la obligación de reservar.

#### B) *Su acogida en las Compilaciones.*

Haber sido recogida la reserva en las Compilaciones, pese al desfavor de un amplio sector de la doctrina que propone incluso su erradicación del Derecho civil, impone la necesidad de reconsiderar aquellos argumentos que hicieron merecer a la reserva un juicio tan desfavorable.

---

obligación de reservar: "pues tales situaciones no implican destrucción del vínculo matrimonial".

2.<sup>º</sup> Discriminación a efectos sucesorios entre los hijos legítimos y los naturales. La reserva ordinaria se establece sólo en favor de parientes legítimos.

La jurisprudencia confirma este criterio de "separación perfecta entre la familia legítima y la nacida fuera de matrimonio" en S. de 10 de junio de 1918. J. C., t. 143, núm. 108; sentencia que recoge como "principio general de derecho reconocido por la jurisprudencia, que el derecho de parentesco que "ha un home con otro por razón de sangre non se puede toller, por postura ni por ley", aplicada en el caso concreto al no haberse reconocido en la sucesión del ascendiente común en un supuesto de reserva: "la reserva extraordinaria del artículo 811 del C. c., como la ordinaria del artículo 968 del mismo Cuerpo Legal, vienen establecidas en favor de los hijos legítimos".

3.<sup>º</sup> Una determinada concepción del régimen económico del matrimonio, inspirada en el principio de invariabilidad *post nupcias* y en la sociedad legal de gananciales, cuya liquidación presupone la reserva sólo por muerte.

Esta filosofía del Código civil explica la incidencia en la concepción misma de la reserva ordinaria de otras tendencias y criterios.

«Yo veo en esta reserva, dice Valverde, dentro de esa línea argumental, un caso de retorno sucesorio, lo que no se adapta bien al principio cardinal de nuestro Derecho de sucesiones», y en esta razón basa su propuesta de que debe desaparecer en la reelaboración del Código civil.

Para Falcón encierra la reserva «una contradicción al espíritu de la época», y a Castán le resulta también la reserva una institución poco conforme a los «principios de derecho moderno», en cuanto que obedece, agrega, a un «espíritu o sistema de recelos y desconfianzas»; su régimen jurídico, increpa el ilustre maestro con tono severo, es «injusto en el terreno de los principios» y «estéril en las relaciones prácticas» (12).

¿Qué explicación tiene entonces que con estos reparos y censuras sobre la reserva nuevo impulso en las Compilaciones? A ella dedican el art. 139 la Compilación aragonesa; el art. 269 la Compilación catalana; la Ley 278 el «Fuero Nuevo de Navarra». La Ley 278 de la Compilación navarra al remitir a las disposiciones del Código civil y de la Ley hipotecaria en puntos concretos (inventario, enajenación y garantía) da entrada a ese régimen y a sus principios en un sistema tan diferente, ya que su derecho privativo dedica a la reserva el libro II con el título «de las donaciones y sucesiones», mientras que en el Código civil figura entre las «disposiciones comunes a las herencias», artículo 968.

Entre otras diferencias, podemos señalar:

1.<sup>a</sup> En Derecho navarro las leyes forales miran con precaución la repetición de nupcias (Ley 48 de las Cortes de 1765 y 1766).

2.<sup>a</sup> No existe la prohibición de donaciones entre cónyuges, por lo que el supuesto de cualesquiera otro «título de munificencia o liberalidad» se amplía.

3.<sup>a</sup> La legítima formal, inspirada en el principio de libertad civil, facilita la distribución no individualizada entre los reservatarios de bienes reservables dispuesta por el reservista en testamento o en pacto (sin los problemas a que da lugar en el Código civil la facultad de mejorar en bienes reservables).

4.<sup>a</sup> Tienen régimen especial las arras que, en Derecho navarro, revisten el carácter de aumento de dote de la mujer y se exceptúan de la obligación de reservas, Ley 274 (13).

La Ley hipotecaria, al mencionar las obligaciones garantizadas por hipoteca legal, art. 968, 2.<sup>º</sup>, alude, además de los casos señalados en el Código civil, arts. 811, 968, 980, a «cualesquiera otros comprendidos en leyes o fueros especiales»; ¿tiene la reserva una contextura

(12) Cfr. VALVERDE Y VALVERDE, *Tratado de Derecho civil español*, t. V, Parte especial. Derecho de sucesión *mortis causa* (Valladolid, 1916, p. 464). J. CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho civil español, común y foral*, 7.<sup>a</sup> ed. Reimpresión, t. VI, vol. I, *La sucesión en general* (Madrid, 1969), p. 173.

(13) Sobre los bienes reservables en Derecho navarro, Vid. F. ARZIVU Y AGUADO, *Las donaciones intervivos en el Derecho Civil de Navarra*, vol. 1.<sup>º</sup> (Pamplona, 1964), p. 58.

afín en un sistema de legítimas que en un sistema de libertad de testar? (14).

El diferente marco puede dar lugar a conflictos de derecho interregional y su estudio plantea un primer problema de calificación: si nos encontramos ante una institución de familia o sucesoria, ¿qué se protege, un patrimonio o más bien intereses y deberes de carácter familiar? De otra parte, ¿la normativa de las Compilaciones aporta nuevas luces a esclarecer los puntos oscuros que deja a la discrepancia doctrinal el Código civil? ¿Tiene lugar la analogía entre normas de distinta procedencia, común y foral, relativas a supuestos en que se contiene una «razón de semejanza»?

### C) *La reserva en las categorías de la dogmática jurídica moderna.*

La reserva vidual entraña con otros institutos que han sido en nuestros días objeto de atención preferente por la doctrina y, con intención ejemplificadora y de contraste, se utilizan sus enfoques, como la legítima, la sustitución fideicomisaria, los pactos sucesorios, la reserva lineal... De aquí la tendencia, no siempre oportuna, de encuadrar la reserva vidual en alguna de las categorías presentadas por la dogmática moderna.

Mientras que entre la reserva vidual y la reserva troncal se establece, por ejemplo, un paralelo, y razones de semejanza hicieron pensar en la oportunidad del procedimiento analógico, de comparación, la S. 27 de junio de 1971 afirma, rotundamente, que la reserva del artículo 811 es *completamente distinta* a la del artículo 968, diferencia que desemboca en la prevalencia de ésta sobre aquélla.

No pierde su aplicabilidad y eficacia —dice la referida sentencia— por las circunstancias de que sus beneficiarios reúnan, además de esta cualidad, la de hijos comunes. En definitiva, las dos reservas pueden ser concurrentes, criterio éste recogido en la Compilación navarra:

«En caso de concurrencia de reservatarios, según las leyes 274 y 275, el derecho de los hijos y descendientes de anterior matrimonio será preferente al de los parientes troncales, quienes sólo sucederán en defecto de aquéllos.»

¿Cuáles son las líneas maestras que permiten su diferenciación clara? ¿Por qué un mismo término, «reservas», significa institutos diferentes? Mientras que para Lacruz y Sancho ambas reservas son «variedades de un mismo instituto»: se trata, dicen, de una especialísima

(14) La acogida de la reserva ordinaria por las Compilaciones, su inserción en sistemas sucesorios diferentes, exige matizar no pocas afirmaciones tenidas hasta ahora como inconcisas. Entre otras:

a) La afirmación de quienes, como Sánchez Román, consideran la reserva como «complemento necesario del sistema de legítimas», *Tratado de Derecho civil*, t. VI, 3 p. 1853.

b) La afirmación de que la reserva implica y se basa en una «delación legal».

c) Que las normas relativas a la reserva revisten marcado carácter imperativo.

sucesión legal y presenta semejanza con la sustitución fideicomisaria o la reversión de donaciones, condicionales (15).

Pero, sobre todo, porque explica el interés de la distinción entre la titularidad hereditaria y el patrimonio.

La titularidad hereditaria presenta estas dos notas:

- a) es una cualidad personal;
- b) no es un derecho, sino «fuente» de derechos.

La jurisprudencia alude con frecuencia a la titularidad, con criterios diferentes; de ordinario identificada con el derecho, como una «titularidad en situación de expectativa», S. de 2 de marzo de 1959, «con facultades conservativas hasta el momento de la muerte del reservista en que se consuma plenamente».

Me parece conveniente distinguir la titularidad hereditaria que ostenta el reservatario y la condición de sujeto de derecho a los bienes reservables. Mientras que la titularidad hereditaria es *actual*, el derecho a los bienes es variable e incierto.

Observa con razón Núñez Lagos que la frase «titularidad actual» es una redundancia, porque toda titularidad, dice, es atribución actual de un derecho a un sujeto. Pero expresa gráficamente, añade, una situación cronológica del titular (16).

En ese sentido de conexión cronológica se emplea en este trabajo por esa referencia, en expresión de los profesores Lacruz-Sancho (17), a títulos, acontecimientos y objetos pretéritos.

La peculiaridad de la titularidad hereditaria de los reservatarios

---

(15) Cfr. J. L. LACRUZ BERDEJO y F. A. SANCHO REBULLIDA, *Derecho de sucesiones*, II (Barcelona, 1973), p. 329.

Para Valverde las "principales diferencias" que separan la reserva ordinaria y la extraordinaria del art. 811 son las siguientes:

1. Que la extraordinaria impone la obligación de reserva al ascendiente y la ordinaria al viudo o viuda.

2. Que en la extraordinaria la reserva se hace en favor de los parientes que se hallen dentro del tercer grado pertenecientes a la línea de donde los bienes proceden, y en la ordinaria se establece a favor de los hijos de matrimonios anteriores.

3. En la extraordinaria se reservan los bienes que se adquieran por ministerio de la ley, y en la ordinaria los bienes adquiridos del cónyuge pre-muerto o de parientes habida consideración a él.

Cfr. C. VALVERDE, *Tratado de Derecho civil español*, p. 467.

A mi modo de ver, las diferencias más importantes son éstas:

1.<sup>a</sup> La reserva ordinaria tiene carácter familiar antes que sucesorio. Ese carácter familiar explica sus mecanismos, frenos y correctivos.

2.<sup>a</sup> La reserva ordinaria no atiende tanto a la conservación de unos bienes "dentro de la familia" como a asegurar con ellos el cumplimiento continuado de deberes ineludibles a ambos cónyuges. De aquí que la garantía contemple tanto la diligente administración de los bienes como la restitución de su valor.

3.<sup>a</sup> La reserva ordinaria es instituto con inveterado ascendiente histórico, mientras que la reserva extraordinaria carece de un precedente con permanencia en el tiempo.

Distintos son, por consiguiente, su carácter, su finalidad y su raíz histórica.

(16) Cfr. R. NÚÑEZ LAGOS, *Acción y excepción en la reivindicación de inmuebles* (Madrid, 1953), p. 29, nota 35.

(17) Cfr. J. L. LACRUZ BERDEJO y F. SANCHO REBULLIDA, o. c., p. 343.

en vida de la reserva es que, en expresión gráfica de Morell y Terry (18), corresponde «a una clase» no individualizada definitivamente, a una «entidad», hijos o descendientes, a todos en general, a la clase, no a los individuos.

Precisamente en esta circunstancia se basan la posibilidad de mejorar, la de desheredar y la representación «especial».

De otra parte, en el plano patrimonial, el derecho pertenece íntegramente y no «por fracciones» a aquella entidad, hijos o descendientes, y así, mientras quede uno en él recaen los bienes.

Respecto de esos bienes, «masa segregada», en vida de la reserva el reservista tiene una titularidad que, a mi modo de ver, puede encuadrarse dentro del género de la titularidad fiduciaria, que la doctrina moderna sitúa, de ordinario, en el ámbito de los negocios de crédito, pero no es ésa su única ni principal parcela.

El carácter fiduciario se muestra con particular visibilidad en estas manifestaciones que iremos pormenorizando:

- a) De modo tangible en el *ius eligendi*.
- b) En el señalamiento de un «más allá» al derecho «absoluto» del reservista sobre los bienes: condena del abuso, inventario, tasación, guarda y custodia.
- c) La necesidad de liquidar en su caso el estado posesorio, donde cobra relieve la responsabilidad por custodia, la *exceptio doli* relativa a los actos dispositivos, la responsabilidad por deterioro extensiva al dolo y culpa.

Todo ello indica que «al dejar» los bienes ha de «dar cuenta», lo que acredita una retención que, en el ámbito personal, mira a la diligencia exigible en la gestión de negocios ajenos y, en el ámbito patrimonial, a la situación posesoria de quien ha de restituir; al cambio de un poseedor entrante y otro saliente. Es el momento de la adquisición definitiva por los reservatarios, a la muerte del reservista.

Acaso, como puede advertirse, es especialmente aplicable a la reserva el adagio «distingue tempora et concordabis iura». Y así, mientras que la titularidad hereditaria nace en el momento de producirse el hecho que origina la reserva, la adquisición definitiva del derecho no se verifica hasta la muerte del reservista. Hasta ese momento el reservista tiene sobre los bienes reservables una titularidad fiduciaria.

La adquisición y la limitación correlativas se explican mejor acudiendo a la vieja idea de *fides*, como trataré de demostrar, en cuanto que permite aportar nueva luz al carácter *causal* —«causa fiduciae»— subyacente a estas titularidades en nuestro Derecho, que contrasta con otras concepciones de procedencia extraña (19).

(18) Cfr. J. MORELL Y TERRY, *Comentarios a la Legislación hipotecaria*, pp. 388-390.

(19) Entre las instituciones fiduciarias del Derecho de familia y sucesiones pueden incluirse: el artículo 831 del Código civil (Lacruz-Sancho); el albacea con poder de representación y facultad de disponer; la Res. 7 de

#### D) Oscilación de la jurisprudencia

Finalmente, la reserva ofrece un amplio escenario para presentar desde allí esa función «complementaria» de la jurisprudencia, a que alude nuestro recién estrenado título preliminar. La Base 18 (20) ordenaba al legislador del Código desenvolver sus normas recogiendo «con la mayor precisión posible» las doctrinas de la legislación vigente «explicadas y comentadas por la jurisprudencia»... ¿En qué medida el cambio de criterio experimentado por la jurisprudencia posterior al Código civil permite al intérprete en nuestros días abandonar directrices legales que plasmaban entonces decisiones jurisprudenciales ahora rechazadas?

### 3. REGIMEN JURIDICO EN EL CODIGO CIVIL

No podríamos comprender el trasfondo de la reserva con olvido de nuestra historia, que refleja los principios informadores del régimen jurídico y marca una bien definida trayectoria. De otro modo, sin conocer la historia o desinteresándose de ella, no resulta extraño encontrarse con que, una solución propuesta ahora, acaso con duda o vacilación, devuelve una imagen pasada.

Tratamos en este punto de exponer, como problema previo, los principios que orientan su normativa y los criterios generales que presiden la interpretación de las disposiciones legales.

---

mayo de 1960, expande la *ratio juris* del art. 804, relativo a la administración de la herencia, conforme a la tendencia de ampliar facultades por estimarla beneficiosa para todos los interesados y para la economía nacional al servir de base al crédito, mejorar los bienes, evitar su desvalorización..., etc. Como instituciones afines basadas en la confianza y en la *fides* en Derecho foral, pueden señalarse: el fiduciario comisario en Navarra (leyes 281 a 288 de la Compilación); el Comisario en Vizcaya (arts. 15 a 20 de la Compilación); el heredero de confianza en Cataluña (arts. 118 a 121 de la Compilación), y el albacea universal.

Precisamente refiriéndose a esta “especialidad” del Derecho catalán, el profesor Puig Ferriol, en su estudio sobre el albaceazgo, destaca el aspecto fiduciario del instituto, que “no tiene un valor meramente histórico”, sino que el mismo sirve hoy día también para explicar ciertos problemas referentes al albaceazgo, que la ley no llega a resolver de una forma expresa o clara. Este aspecto fiduciario del instituto, dice, no pasó inadvertido a la mayoría de tratadistas catalanes, para quienes el más típico de nuestros albaceas, el universal, tenía el nombre y consideración de heredero, y bajo esta cualidad, le competían las acciones hereditarias activas y pasivas; es decir, el albacea universal, en el fondo, no es sino un administrador de la herencia, investido también de las oportunas facultades dispositivas y de las demás necesarias para el mejor desarrollo de su contenido, si bien externamente y precisamente por causa de estas amplias facultades, parece estar investido de la condición de heredero. Cfr. L. PUIG FERRIOL, *El albaceazgo* (Barcelona, 1967), pp. 41 ss.

(20) “Respecto de las reservas, el derecho de acrecer, la aceptación y repudiación de la herencia, el beneficio de inventario, la colación y partición, y el pago de las deudas hereditarias, se desenvolverán con la mayor precisión posible las doctrinas de la legislación vigente, explicadas y comentadas por la jurisprudencia”.

La construcción global de la reserva descansa sobre la obligación del reservista.

Todo el régimen jurídico gira, como veremos, en torno a los límites de esa obligación de reservar: *límites personales*, vg., si la denominación de «hijos» comprende la de «descendientes»; límites relativos al objeto, vg., qué bienes están sujetos a la reserva; qué entender por «procedencia», si se extiende al importe de las enajenaciones; *límites temporales*, nacimiento, consumación, retroacción de los efectos de la reserva, *límites de su contenido*, pactos de renuncia... (21).

Esta presencia insistente de la idea de límite indica a todas luces que el centro de referencia es la voluntad, la libertad de pacto, regla que se expresa ya en vida de la reserva, relativos incluso a la existencia («sabiendo que»...); en las garantías voluntariamente acordadas; en la inscripción; en la posibilidad de renuncia; y en la reserva consumada, en el momento de la liquidación del estado posesorio.

La libertad está siempre acompañada de la idea de *fides*; en el hecho originario, haciendo extensiva la reserva al título simuladamente oneroso; dando relieve a la buena fe en el supuesto de matrimonio putativo; en la vida de la reserva, la defensa frente a los actos dispositivos, con disposición material o jurídica, realizados con dolo o fraude; la buena fe en la perspectiva registral; y consumada la reserva, determinante de la responsabilidad por dolo o culpa caso de deterioro, etcétera.

Este enfoque que, como veremos, corresponde a la normativa del Código civil, acorta la aparente distancia con los sistemas forales, en

(21) En su desenvolvimiento histórico influyen decisivamente los límites impuestos por la moral y buenas costumbres. Baste señalar alguno de los más debatidos:

1.<sup>º</sup> Pactos relativos al segundo matrimonio: si cesa la obligación de reservar cuando las segundas nupcias se hacen con consentimiento o aprobación de los hijos. En sentido afirmativo se pronunciaban Llamas y Molina; en sentido negativo, Gómez de la Serna, que alega un argumento, en pro de su punto de vista, de alto interés: "podría ser germe de disgustos y calamidades domésticas", especialmente en el caso de que, por ser el padre el cónyuge sobreviviente, tuvieran que continuar aún los hijos bajo su potestad. Este autor rechaza como "torpe e injusta" la condición puesta en su testamento por el padre de que quedan privados del derecho de reserva los hijos que consientan en el segundo matrimonio de la madre. Cfr. P. GÓMEZ DE LA SERNA y J. M. MONTALBÁN, *Elementos del Derecho civil y penal de España*, pág. 250.

2.<sup>º</sup> Si la vida licenciosa o deshonesta de la viuda implica la obligación de reservar. Tello y Acevedo, en sus comentarios a las leyes de Toro, resuelven afirmativamente la cuestión, en base a que *ne plus habeat luxuria quam castitas*.

3.<sup>º</sup> La influencia de la conducta de los reservatarios respecto de la desheredación por parte del reservista.

4.<sup>º</sup> La promesa de no contraer matrimonio se consideró inmoral y sin efecto ya en el Derecho romano. El caso de prevenir nuevas nupcias de la viuda motivó la *cautio Muciana*, que Justiniano generalizó para todo legado. Vid. sobre la cuestión, A. d'ORS, *Derecho privado romano* (Pamplona, 1968), p. 281.

todo aquello que no sea específico de cada sistema (concepción de la legítima, régimen económico matrimonial privativo).

En la Compilación aragonesa, por ejemplo, el mecanismo legal sólo se pone en marcha si hay convenio. Las normas del Código civil vienen a ser, en tal caso, el contenido «normado» de dicho pacto. De ese modo, el Derecho privativo aragonés pospone el sistema del Código a su peculiar inspiración pactista, insertando el régimen jurídico en otra normativa que ha de ser coherente.

Lo mismo cabe decir de la «recepción» de la figura en su versión codificada, por el Derecho navarro, que ha de armonizarse con el principio «esencial» de libertad civil y con aquellos otros informadores del sistema navarro, como puede serlo el de familia legítima a que responde por lo demás la regulación del Código.

De este modo, la reserva ordinaria constituye un ejemplo de alto interés, análogo al de la llamada «articulación de los sistemas» en el Derecho internacional privado.

Veamos estos aspectos desde una perspectiva más detallada, a la luz de la normativa del Código civil.

#### A) *La obligación del reservista.*

La obligación del reservista relativa a la «reserva y custodia» de los bienes reservables presenta, entre otras, estas características:

- 1.<sup>a</sup> Su cumplimiento puede ser paccionado.
- 2.<sup>a</sup> Las medidas accesorias de seguridad o de garantía admiten también régimen paccionado.

De aquí que la disciplina del Código civil al respecto tenga un valor supletorio, para cuando no se haya acordado otra cosa y siempre dentro de los límites establecidos por normas de carácter imperativo.

Como toda obligación, la del reservista anuda conductas, ha de tener una causa, y su desenvolvimiento se pliega a los dictados de unas fuentes.

Aludimos en primer término a las fuentes de dicha obligación que, en rigor, son estas dos: la autonomía privada y la ley. Ambas fuentes cuentan con sus correspondientes dispositivos: de *prueba* —presunciones— y de *aplicación* —analogía—. Autonomía, presunción, ley y analogía son las piezas que ajustan y componen su trazado técnica.

#### a) *Significado de las presunciones.*

Y así, la presunción de voluntad del premoriente merece tanto realce que un amplio sector de la doctrina colocó allá nada menos que el *fundamento* de la institución, al reflejar la presunción del afecto hacia los hijos y la esperanza que, en correspondencia, tienen los hijos de suceder por sí solos en los bienes del difunto.

En la vertiente práctica, Pacheco, en el Derecho castellano antiguo, admitía la posibilidad de dispensa «por proceder la reserva de una interpretación de la voluntad del causante», criterio éste que acaso

pervive en Derecho foral. A la solución negativa se llega si se entiende como un «beneficio legal» de los hijos, al que sólo ellos pueden renunciar; este punto de vista se refleja en el ámbito del Código civil.

Pero no ha de abusarse de dicho enfoque subjetivista. No sería admisible, por ejemplo, que el Registrador, por conjeturas, más o menos verosímiles, establezca la presunción de ser reservables determinados bienes inmuebles o derechos reales, y aquella cualidad sólo puede establecerse eficazmente a los fines hipotecarios por declaración del reservista, por acuerdo de los interesados o por providencia judicial (22). Por otra parte, no es tanto la voluntad del premuerto como el interés de los hijos lo que se defiende.

La obligación de reservar impone una limitación de la libertad de disponer, y la jurisprudencia, por centrar allí el centro de hermenéutica, hizo toda esta materia objeto de interpretación restrictiva. El carácter excepcional de las normas se apoya en la alteración del principio general de libertad del dominio que, de no probarse lo contrario, el dominio se presume libre (23).

### *b) Significado de la analogía.*

Como la regulación del Código ofrece dudas insolubles, para la integración de las lagunas se acude a la analogía (24).

(22) Al estudiar la hipoteca legal por bienes reservables, sostiene Chico y Ortiz que el Registrador no podrá hacer constar de oficio la existencia de la reserva si no ejercen sus derechos los reservatarios, quienes tengan derecho a ello. Cfr. J. M. CHICO Y ORTIZ, *Derecho hipotecario y su legislación* (Madrid, 1974), p. 755.

(23) Las leyes que hablan de las reservas deben interpretarse en sentido restrictivo, reitera una jurisprudencia inveterada, S. de 11 de marzo de 1861 (a propósito de si los abuelos están obligados a reservar los bienes heredados de sus nietos).

Cualquier norma ha de procurar interpretarse “en sus justos términos” y no en forma extensiva ni restrictiva, dice Albaladejo, “lo que hay que buscar es su *verdadero espíritu*, sin partir de preferencias de ampliarlo o achicarlo”. Cfr. M. ALBALADEJO GARCÍA, *Derecho Civil*, I, Introducción y Parte General, vol. I, 2.<sup>a</sup> ed. (Barcelona, 1973), p. 127.

(24) La materia relativa a las reservas es acaso una de las zonas donde con mayor profusión se acudió a la analogía, antes ya de la incorporación al título preliminar de este mecanismo ahora general de aplicación de las leyes.

En Derecho castellano se acude incesantemente a la analogía para subsanar la “deficiencia, omisión o vacío de nuestras leyes”. La analogía sirvió de base a las soluciones jurisprudenciales y en la analogía se apoyan no pocos de los criterios recibidos como inconcusos por la doctrina moderna. Baste señalar algunos de los más relevantes en la concepción de la reserva, a que aludimos con mayor extensión a lo largo de este trabajo:

1. Analogía entre las dos reservas, ordinaria y lineal.
2. Analogía con la condición (condición resolutoria y su vertiente registral): el reservista como poseedor de bienes sujetos a condición resolutoria.
3. Analogía con la legítima, relativa a extremos de tanta relevancia como el usufructo vitalicio, la inoficiosidad, mejora y, en general, la limitación de la autonomía.
4. Analogía con el usufructo y la nuda propiedad, en orden, vg., al carácter no divisible de los bienes, a la transmisibilidad, etc.

El procedimiento analógico se emplea, no pocas veces, con ligereza; especialmente para aportar soluciones a la controvertida naturaleza jurídica y a la discutida posición que ostentan el reservista y los reservatarios, aproximándolas a otras situaciones «típicas», tales como la sustitución fideicomisaria o a una situación de desdoblamiento de usufructo y nuda propiedad. El reservista sería entonces un fiduciario o usufructuario. No es ésta, como veremos, una cuestión baladí, ya que se duda de un punto fundamental: si los reservatarios suceden o no directamente al cónyuge premuerto.

El problema recuerda al que se plantea en los negocios fiduciarios: ¿en qué patrimonio se encuentran los bienes, en el fiduciante, titular *real*, o en el del fiduciario, titular *formal*? La situación del reservista equivale a la del eventualmente obligado a dar y, por tanto, art. 1.094, también obligado a conservar; cabe dudar de qué defensas corresponden a los reservatarios: si el reservista cayera en concurso o quiebra, ¿se aplicaría por analogía lo referente a aquellas titularidades fiduciarias? (25).

La analogía ha permitido a la doctrina aproximar, como Marín Monroy, la reserva clásica a la legítima, y Escobar de la Riba mantiene esa opinión que explica la doctrina de la mejora (26). Y la analogía se emplea también con relación a la comunidad de herederos para enlazar con el «principio de igualdad».

En la analogía, por último, se apoya el Tribunal Supremo para aplicar la doctrina de la enajenación de los bienes reservables a las dos clases de reservas; Sentencias de 8 de noviembre de 1894, 4 de enero de 1911, 21 de marzo y 7 de noviembre de 1912, 6 de julio de 1916, que califica como «derechos de igual naturaleza» (27).

5. Analogía con la comunidad de herederos, en orden a la entidad de los reservatarios.

6. Analogía con el fideicomiso de duración indefinida.

7. Analogía con la herencia futura, sobre pactos de renuncia, etc.

(25) Del carácter de “obligación de dar” se desprenden, entre otras, estas consecuencias:

1. El reservista está obligado a conservar los bienes reservables con la diligencia de un buen padre de familia, art. 1.194.

2. Queda sujeto a la indemnización de daños y perjuicios, art. 1.101, por dolo o negligencia en el deber de conservar.

3. Las reglas relativas a la pérdida y deterioro de los bienes reservables las determinan el art. 1.122.

Vid. sobre la aplicación de estos preceptos en relación con la reserva, VALLET DE GORTISOLO, *Hipótesis y tesis del artículo 811*, p. 1.028.

A mi modo de ver, lo relativo al régimen posesorio se hace más inteligible desde las reglas que el Código civil dedica a la liquidación del estado posesorio, arts. 451-457, inspirados en el principio de enriquecimiento injusto. Sobre esta posibilidad y enfoque volveremos más adelante.

(26) Cfr. MARÍN MONROY, *La colación, historia y crítica de los problemas de valoración*, en A. A. M. N. (1948), p. 131.

(27) La S. de 6 de julio de 1916, J. C. t. 136-7, núm. 96, pág. 523, basa la semejanza en las “medidas de precaución”, de garantía y de seguridad en el hecho de que se señalen los mismos requisitos para constituir hipoteca especial. Sentencia que ofrece especial interés por la referencia a las garantías de los muebles y a la relación con el art. 494 del C. c. El reservista, afirma,

¿Dónde situar la «identidad de razón»?, ¿a qué principios acudir para encontrar en ellos la relación de semejanza entre cosas distintas?

La reserva es un instituto de Derecho singular, contradictorio con los principios informadores del Derecho común en orden a la disponibilidad y el curso *mortis causa* de los bienes, lo que influye en la interpretación de las normas, que ha de ser conforme a su *ratio*. Como singular o excepcional incorpora, dice Hernández Gil, desviación, apartamientos, derogaciones de normas de derecho general. De aquí que la aplicabilidad de un precepto ha de responder:

1.<sup>º</sup> A la lógica interna del mismo.

2.<sup>º</sup> Al pensamiento de legislador sobre el instituto genérico de la reserva.

3.<sup>º</sup> A los principios del Derecho sucesorio en general, en última instancia y a falta de otro modo de resolver dudas (28).

Veamos ese «pensamiento del legislador» sobre el instituto genérico de la reserva.

#### B) *Supuestos.*

En la reserva ordinaria es «cuestión previa» la existencia de un título de adquisición de bienes. De ese título—acto adquisitivo— proviene el derecho que sobre los bienes reservables tenía ya el reservista.

A ese título originario se agrega ulteriormente la obligación de reservar, a cuya efectividad tienden las medidas de garantía previstas.

De aquí que la eventual adquisición de esos bienes o de su valor por los reservatarios no sea ajena a ese originario acto de disposición. En el conjunto de bienes recibidos por los reservatarios al fallecer el

puede enajenar eficaz y absolutamente los muebles, sin más obligación que la de indemnizar, art. 976.

(28) Cfr. A. HERNÁNDEZ GIL, *Lecciones de Derecho sucesorio* (Madrid, 1969), p. 125.

Los principios interpretativos a que con mayor frecuencia acuden la doctrina y la jurisprudencia sobre la reserva son, como veremos, estos que rebasan el estricto ámbito sucesorio:

1. El principio *favor negotii*, que García Goyena calificó, atendiendo a lo dispuesto en el art. 808 del Proyecto de 1851, de “interés público”. “Hay interés público en la estabilidad de los contratos y ningún perjuicio pueden sentir los hijos del primer matrimonio en que subsistan las enajenaciones para cuando no vivan ellos.”

2. El principio de “interés familiar”, ya aludido como el verdadero centro de hermenéutica.

3. Principios de carácter lógico, como el de rechazar la solución que conduce al absurdo: absurdo se entiende dar medios para eludir la obligación, criterio extremoso en que se basó una interpretación para fundamentar la tesis, insostenible, de la prohibición de disponer.

4. El principio de buena fe; especialmente en esta materia se toma en cuenta el sentir de Cicerón: “nullum genus quod majorem humanae societati pestem inferat quam dolus malus”.

El valor “informador” de estos principios de carácter general ha permitido ajustar la aplicación de las normas, pese a la resistencia no imponderada de la doctrina.

reservista no hay transmisión hereditaria de éste a aquéllos, porque los reservatarios no se colocan en la posición jurídica del difunto reservista.

De esta suerte, la adquisición operada en beneficio de los reservatarios ni es, respecto del reservista, *simultánea*, pese a que dependa de circunstancias de personas y cosas «acontecimientos anteriores que le dan el ser» (Lacruz-Sancho), ni tampoco *sucesiva*. No es simultánea porque aquellos no son *parte* en el acto adquisitivo originario ni es *sucesiva* porque su entidad tiene más de carácter familiar que propiamente hereditario.

Hay llamamiento en forma sucesiva entre hijos y descendientes a efectos del artículo 968 del Código civil, o sea, éstos en defectos de aquéllos, Res. 30 de marzo de 1925, mas no lo hay entre el bínubo y los reservatarios.

A mi modo de ver, la adquisición definitiva por los reservatarios supone un *proceso de consolidación* que, como todo proceso, se desarrolla en fases:

Primera fase: *Perfección*: al intervenir las circunstancias legales: celebración de nuevo matrimonio, reconocimiento del hijo natural..., constituyen el hecho que enlaza la norma (arts. 968-969-980) a la consecuencia jurídica: obligación de reservar.

Segunda fase: *Consolidación*: dos hechos de hondo significado sucesorio: muerte del reservista y sobrevivencia de los reservatarios.

## 5. IDEA PROVISIONAL DE LA RESERVA

¿El término *reserva* es unívoco? Designa en el Código civil tres institutos diferentes:

a) Reserva vidual o clásica, llamada también ordinaria o familiar (arts. 969-980), de que ahora nos ocupamos.

b) Reserva lineal, designada, además, con el apelativo «semitroncal», extraordinaria y anómala en el ámbito del Código civil, artículo 811.

c) Reserva del ausente, conforme a la reforma operada por Ley de 8 de septiembre de 1939 (29).

¿Tiene en estos institutos la misma significación? Entiendo que el significado común al término reserva, el que abarca a todos los tipos aquí señalados, «el principal analogado», es destinar una cosa para personas determinadas. Esa es también la «razón semejante» que induce a pensar en la analogía entre institutos de suyo diferentes (30), pero entre los que el término «reserva» se predica con la misma significación.

(29) Vid. J. SERRANO, *La reserva de los artículos 191 y 192 del Código civil*, en R. D. P. (1943), p. 37; y *La ausencia en el Derecho español* (Madrid, 1943), p. 235.

(30) En toda ley humana, dice Suárez, lo primero de todo se debe atender a la propiedad de las palabras, esto es, a su "significado propio", ya que de él se ha de deducir la verdadera interpretación de la ley, y —si nada se opone a ello— ha de darse preferencia a ese significado... Ahora bien, añade,

La reserva vidual será, entonces, la obligación impuesta al cónyuge viudo de destinar determinados bienes, por razón de su título y procedencia, en favor de los hijos y descendientes del primer matrimonio.

Se trata ahora de explayar esa idea: «obligación», ¿impuesta por quién? (voluntaria o legal); ¿impuesta por qué? (causa); ¿en favor de quién? (reservatarios); ¿quién está obligado? (reservista); ¿sobre qué bienes? (título y procedencia).

## 6. REFERENCIA HISTORICA

En un estudio reciente, Humber (31), señala una triple dirección de su desenvolvimiento histórico: la defensa de los derechos de los hijos sobre sus bienes propios; la defensa de sus derechos a los bienes del premuerto transmitidos al bínubo, y la garantía del respeto a la legítima de los hijos sobre una fracción del patrimonio del *pater binubus*.

En Derecho romano se conocen dos formas de protección a los hijos o descendientes del primer matrimonio: una espontánea, otra, más bien, oficial.

Entre las formas *espontáneas* cabe destacar el legado de usufructo (tendente a la continuación económica y a la educación de los hijos), y el fideicomiso de restitución.

El fideicomiso de restitución, de que son piezas principales la obligación de conservar y el poder de disposición *inter-vivos* y *mortis-causa* (*ius eligendi*), recuerda mucho en su estructura a la normativa del Código civil, artículos 968, 972, ss.

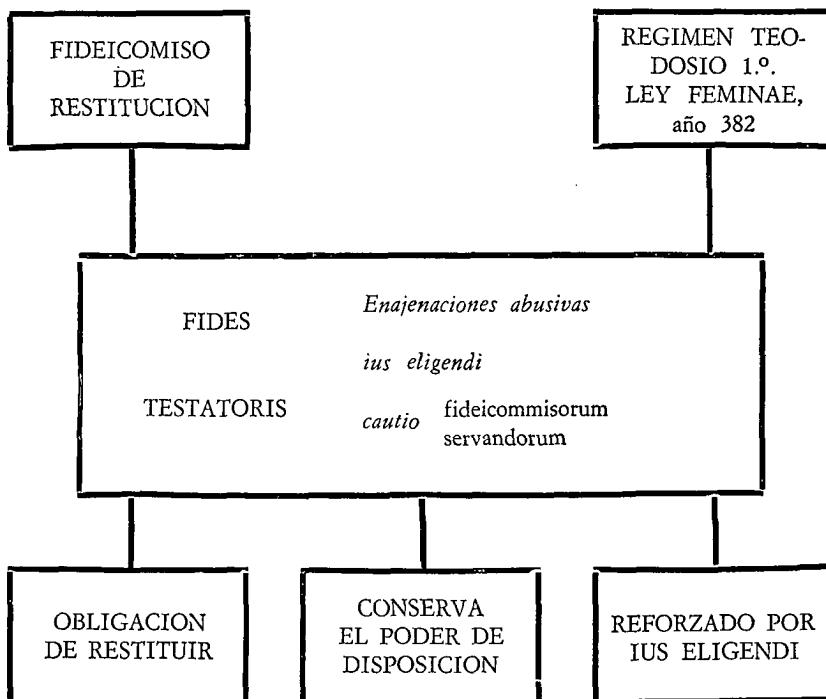
Como veremos, alrededor de esos extremos gira la evolución experimentada en nuestro Derecho por la reserva y esas son también las materias más debatidas: si no es contradictorio conservar y disponer; si el *ius eligendi* no acredita que los bienes reservables son parte de la herencia del reservista... La dificultad para la comprensión actual de estos problemas reside en la pérdida del sentido de *fides*.

El resorte interno, lo que anuda el instituto, es la idea de *fides testatoris*. Representado esquemáticamente el resultado de esta evolución romana, sería:

---

las palabras si además de su sentido propio pueden tener otro impropio son como términos análogos, y en ellos el sentido propio es como principal análogo. Cfr. FRANCISCO SUÁREZ, *Tratado de las leyes y de Dios legislador*, versión española, por J. R. Equillor Muñozqurem, vol. IV (Madrid, 1968), p. 626.

(31) Cfr. U. HUMBER, *Le remariage à Rome. Etude d'histoire juridique et sociale* (Milán, 1972), p. 394; Vid. además, MAYER-MALY, *Tranerzeit und Wieder heirat*, Festsch Arnold, pág. 326; donde alude al carácter casuístico de las leyes sobre las segundas nupcias; A. DEL VECCHIO, *Le seconde nozze del coniuge superstite* (Firenze, 1885); J. JOLLY, *Des seconds mariages* (París, 1896); M. R. CADABAL, *Cuestiones prácticas: reservas*, en R. D. P., X (1923), p. 365. MARÍN MONROY, *La reserva llamada tradicional u ordinaria*, en R. C. D. I. (1930-1932 y 1934), p. 756; GÓMEZ MORÁN, *Las reservas en el Derecho español y en Derecho comparado* (Oviedo-Madrid, 1949).



La protección *oficial* tiene lugar en el Bajo Imperio con legislación fragmentaria pero continuada, cuyos exponentes máximos son la Ley «*feminae*» (382) y la Ley *Hac Edictale*. La modificación introducida por Justiniano es el punto álgido de la normativa del Código civil (32).

Por una razón de simetría, la Ley 15 de Toro inspira el Derecho castellano (igualdad jurídica). La Ley 15 de Toro, permite, en efecto, la igual causa entre ambos cónyuges, viudo o viuda.

En realidad, la Ley 15 de Toro decide, en sentido afirmativo, los términos de una discusión, confirmando el criterio que sobre la doctrina de la hipoteca tácita mantiene Justiniano, quien extendió al padre bínubo la garantía de los derechos a la herencia a los hijos de anterior matrimonio, C. J. 5, 9, 8, 3 (del 528) (33).

Pero la institución se remodela en Derecho castellano, de modo inevitable, en un marco de comunidad de gananciales y de legítimas, con la fórmula castellana de la mejora. El desvío de los indicios históricos se opera merced a estos elementos de la tradición jurídica castellana:

(32) La S. de 11 de mayo de 1861, ya citada, J. C. núm. 136, toma como fuente (heredamiento prelativo y condicional en Derecho Catalán), además de lo dispuesto en capítulos, la ley *hac edictali*, de *secundis nuptiis*.

(33) Cfr. A. d'ORS, *Derecho privado romano* (Pamplona, 1968), p. 394, núm. 18.

1. El régimen de gananciales (34).
2. La prohibición de donaciones entre cónyuges.
3. El régimen de mejora (35).

A ellos se añade la garantía real (hipoteca legal), y el nuevo sistema, de cuño voluntarista, de reconocimiento de hijos naturales.

La Ley hipotecaria de 1861 propicia un cambio importante: excluye los descendientes de los hijos comunes y suprime la hipoteca general tratando de armonizar la reserva con el crédito territorial.

La publicación de la Ley hipotecaria zanjó no pocos problemas hasta entonces sin solución clara, pero propuso otros nuevos que todavía aletean en la doctrina y en la jurisprudencia.

El núcleo de cuestiones abordadas en esta Ley se concentra en el alcance de las enajenaciones hechas por el reservista, en las acciones ejercitables por los reservatarios y en la protección del tercero, artículos 23, 36, 38, L. H.

Hasta ese momento se había suscitado la discusión acerca de si la obligación de reservar llevaba aneja una prohibición de disponer, a lo que conducía la opinión generalizada de que, perfecta la reserva, la adquisición era *simultánea*: el reservista adquiere el usufructo y el reservatario la nuda propiedad, de donde el reservista no puede transmitir lo que no tiene. Pero esta tesis suponía la necesidad de conciliar la acción reivindicatoria y la evicción y saneamiento; si puede pedir el saneamiento o sólo la devolución del precio, de donde partía, como medida concreta, para subsanar esta dificultad, que el reservatario para ejercitar acciones inherentes al pleno dominio debería antes renunciar a la herencia del reservista.

De la primera Ley hipotecaria arranca la diferencia de efectos relativos a la venta de bienes muebles e inmuebles; la venta de los bienes muebles no es resoluble porque no hay Registros, y la de inmuebles requiere distinguir a su vez si se realizó antes de la reserva, en cuyo caso no hay perjuicio, o si se otorgó después y, en tal caso, si constan o no las circunstancias que determinan el carácter reservable de los bienes.

La Base 18 ordena recoger la jurisprudencia a que se acomode el legislador, y el Código civil introduce importantes modificaciones al Derecho de Castilla, entre otras:

1.º La extensión de las circunstancias motivadoras de la reserva al hijo natural reconocido, circunstancia que no se conoce ni en la

---

(34) "El cónyuge adquiere la propiedad de su mitad de gananciales desde luego que se hacen, y la adquiere por su derecho propio por la sola disposición de la ley a virtud de un contrato de sociedad; y muchas veces el cónyuge bínubo habrá sido el autor de las ganancias". Cfr. F. GARCÍA GOYENA, *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español* (Zaragoza, 1974), p. 414.

(35) Pese a la referencia explícita a la mejora, García Goyena dice que el criterio legal, art. 805 del Proyecto de 1851 fue tomado de la Novela 22, cap. 25, que corrige lo dispuesto en ley 3, tit. 9, libro 5 del Código.

legislación de Justiniano ni, en sus términos actuales, en el Derecho común anterior al Código civil (36).

2.º Amplía el concepto de «bienes reservables» a los adquiridos de los parientes del difunto, que, en rigor, da relieve legislativo a un «casum fictum vel praesuntum» (donación propter nupcias).

## 7. PERSONAS INTERESADAS EN LA RESERVA

La reserva relaciona entre sí a muchas personas: aquellas de quienes proceden los bienes; el cónyuge; adquirentes, los que hubieran podido ser favorecidos de no seguir los bienes ese destino...

Pero los principales «protagonistas» de la reserva vidual son tres: el causante de la reserva, el reservista y el o los reservatarios. En un flanco distinto se sitúan los acreedores respectivos y los terceros adquirentes, del reservista (o del reservatario).

a) Causante de la reserva es el cónyuge premuerto, el antecesor común.

b) Reservistas, desde la Ley 15 de Toro, son el viudo o viuda, que otorga a la obligación el carácter de reciprocidad, típico de las relaciones familiares con una fórmula embrionaria del principio de igualdad jurídica de ambos cónyuges ante el interés familiar (37).

c) Reservatarios son los hijos y descendientes legítimos comunes en línea recta. La línea de continuidad histórica parece oscilante en este punto, ya que, mientras el Fuero Juzgo (ley 2.<sup>a</sup>, tít. 5.<sup>º</sup>, libro 4.<sup>º</sup>) incluye junto a los hijos (*filio, filia*), a los nietos (*nieto, nieta*), la Ley 15 de Toro alude sólo a los hijos y en la Ley Hipotecaria de 1861 beneficiarios de la seguridad registral son sólo los hijos, no los descendientes de éstos. El Código civil, artículo 968-971, señala como reservatarios los hijos (*in capita*) y los descendientes (*in stirpes*).

La extensión de la reserva a los descendientes legítimos en el Código civil es fruto de una interpretación jurisprudencial prevalente, de gran interés para seguir desde ella el espíritu de la institución (38).

En dicha interpretación figuran ya los principios que informan su régimen jurídico en el Código civil. Tal interpretación tiene su origen en la Ley 15 de Toro, relativa a la posibilidad de extender el término

(36) Sobre el dictamen de los Cuerpos Colegisladores, Senado y Congreso, con motivo del proyecto de Ley hipotecaria, art. 193, relativo a cuándo empieza a contar el término de los 90 días; Vid. MANRESA, *Comentarios al Código civil español*, p. 280.

(37) Por primera vez se emplea en las leyes la palabra *reserva*, que extiende al viudo la obligación impuesta antes solamente a la viuda. Vid. J. M. MANRESA, *Código civil español*, t. VII, 5.<sup>a</sup> ed. (Madrid, 1924), p. 218.

(38) La interpretación de la ley 15 de Toro, en concreto la expresión "hijos del primer matrimonio", dio lugar a que la jurisprudencia mantuviera ese criterio restrictivo que sigue la Ley hipotecaria de 1861 excluyendo los nietos y limitando la reserva a favor de los hijos, S. de 11 de marzo de 1861. Pero de modo contrario, otras Sentencias, como la de 22 de junio de 1895, preparan el camino hacia la redacción actual del Código civil, que "hijos" incluye descendientes.

«hijos» a los descendientes, y se toman en consideración estos extremos:

1.<sup>º</sup> *La esfera personal*: la reserva disminuye o coarta el derecho que los padres tenían antes, por lo que su interpretación parece que ha de ser restrictiva.

2.<sup>º</sup> *La esfera patrimonial*: la extensión a los «descendientes», responde empero a dos tipos de razones:

a') Sistemática: la reserva no excluye el derecho de representación.

b') Lógica: si a los hijos corresponde la nuda propiedad, este derecho es transmisible *mortis causa*.

A esos argumentos aluden (*obiter dicta*) las SS. 22 de junio de 1825 y 11 de marzo de 1897.

Su influencia en el ánimo del legislador parece clara: en la Ley Hipotecaria de 1861, prepondera el cariz restrictivo acogido además por razones de oportunidad o conveniencia como más favorable al crédito territorial. El Código civil atiende, con especial interés, la valoración patrimonial, que armoniza con el cariz sucesorio, indispensable al introducir el reconocimiento de un hijo natural al lado de las segundas bodas, la facultad de mejorar que sólo puede tener lugar tratándose de esta reserva y la cuota en usufructo que el Código señala al viudo.

d) La obligación de reservar vincula al reservista desde que éste reitera nupcias, artículo 979, o, aún sin contraer nuevo matrimonio, reconozca en estado de viudez un hijo natural, ya sea aquel reconocimiento voluntario o forzoso, artículo 890. El *hecho* del reconocimiento equivale al *hecho* del matrimonio; ¿a qué se debe esta ampliación? En este caso, la obligación surte *efecto* desde el día del nacimiento. Pero es el *hecho* de la generación, no la simple constatación ni su declaración, voluntaria o judicial, lo que impone un deber moral del cónyuge que sobrevive respecto de unos hijos que comparten el anteriormente existente con los legítimos comunes. De aquí que la *retroacción* del reconocimiento, voluntario o forzoso, debiera ser, no al momento del nacimiento, sino a la época de la concepción (39).

En el Derecho histórico, no se conoce la extensión de la obligación a este supuesto de filiación natural; se trata, entiendo, de un supuesto recibido de Francia, donde, como es sabido, la Ley 12 de julio de 1785 admitió, por primera vez, los hijos naturales a la sucesión de los padres, proclamando ese derecho hereditario como uno de los «derechos sagrados del hombre» (40).

(39) La referencia al reconocimiento de un hijo natural rompe la coherencia lógica del sistema del Código, trasladando la reserva del centro principal, institución de familia, al secundario, institución sucesoria. Y deja sin resolver problemas importantes, tales como el reconocimiento ulterior de hijos habidos con anterioridad al matrimonio. Con mayor motivo si se tiene en cuenta que la normativa del Código civil referente a la filiación natural se desvía por la influencia francesa de la tradición histórica.

(40) Los cambios relativos al nuevo sistema de filiación natural son éstos:

1.<sup>º</sup> Se modifica el principio de igualdad establecido en las Partidas respecto de la herencia de la madre entre los hijos legítimos y los ilegítimos.

En la Compilación navarra, por no ser reflejo de su tradición jurídica privativa, no se alude en la reserva al reconocimiento del hijo natural por el viudo.

El sujeto activo de la obligación, «hijos o descendientes, legítimos», estos es, los reservatarios, conectan, como veremos, con un doble ámbito patrimonial:

1.<sup>º</sup> El patrimonio del causante de la reserva, de cuyo patrimonio los reservatarios son sucesores *reales* —delación especial—, y en ese patrimonio sigue vigente el principio «antes pagar que heredar»; interesa no perder de vista dicho patrimonio —pese al cambio de titular— por no descartar la hipótesis de la responsabilidad por deudas inherentes al mismo (41).

A dicho patrimonio se refería ya la jurisprudencia anterior a la publicación del Código civil para poner de relieve dos aspectos de indudable interés: la influencia en la calificación del carácter lucrativo u oneroso del título y el pago de deudas.

La S. de 18 de junio de 1875 (núm. 254, t. 32, pág. 277), por ejemplo, declara que no pueden los hijos y herederos prescindir de pagar deudas y cumplir obligaciones del causante.

A la exclusión del carácter «lucrativo», por actos relativos al pago de deudas del causante con bienes de suyo reservables, alude la controversia tratada en Res. de 8 de octubre de 1910.

2.<sup>º</sup> Con el patrimonio del reservista, del sujeto pasivo de la reserva, quien ostenta en efecto, una titularidad externa con atribuciones, a mi juicio, fiduciarias: facultades personales, como, mejorar a alguno de los reservatarios (*ius eligendi*) y con significado patrimonial, sobre un conjunto patrimonial, de disposición, de administración, de gestión.

Difícilmente puede entenderse la reserva como la simple correlación entre un poder (derecho) y un deber (obligación) con entraña patrimonial.

---

Tal rectificación era necesaria al parificarse en orden a la reserva la posición del viudo y la viuda.

2.<sup>º</sup> El nuevo sistema traía consigo la necesidad de considerar estos problemas:

a) La misma necesidad de incorporar al supuesto origen de la reserva el reconocimiento, voluntario o forzoso, de la filiación natural. García Goyena entendía que era innecesario: «no se descubre hoy la necesidad de la reserva» en el caso del artículo 814 del Proyecto, porque la madre no puede dejar al hijo natural más que el quinto disponible.

b) El cómputo del momento a partir del que sería precisa la garantía, si éste habría de ser el del reconocimiento o el hecho del nacimiento. En cualquier caso nos encontramos ante un período sospechoso —desde el hecho de la generación al reconocimiento— propicio al fraude.

c) Su oportunidad parecía clara por razones de “paz familiar”, evitar pleitos entre padres e hijos. La Comisión, dice García Goyena, trató de “evitar pleitos escandalosos entre padres e hijos”.

El legislador, diríamos ahora, pospone el deber de no obstaculizar el cumplimiento de deberes morales a la paz exterior de la familia.

(41) No es infrecuente el supuesto de que la determinación del carácter reservable de los bienes tenga que hacerse al fallecimiento del reservista y la reserva no excluye la responsabilidad y garantía a que están afectos.

La titularidad del reservista excede de la pertenencia de un derecho subjetivo, sea de propiedad, sea de usufructo; su objeto, en efecto, es una suerte de masa patrimonial (bienes y valores), su contenido amplio y limitado tanto por su adscripción a una función familiar como por su temporalidad (42) expresiva de un proceso, de una concatenación de hechos.

La concreción de los beneficiarios, hijos o descendientes, indica esa función protectora de signo familiar, y en su problemática resplandece el cariz fiduciario de la titularidad, imposible de comprender con un enfoque estrictamente patrimonialista. El carácter fiduciario de la titularidad explica las vacilaciones de la jurisprudencia anterior al Código, hasta el punto de calificar como «absurdo» el dar medios —poder de disposición formal— con que eludir la obligación en *daño* del favorecido, S. de 10 de junio de 1862, y facilitar la posibilidad de *burlar* la ley.

Virtualmente se mantiene la idea de *fides* que trata de evitar enajenaciones abusivas, que explica el *ius eligendi* y que dota al beneficiario de una *cautio* por vía de seguridad registral, hacer forzosamente inventario y tasación, hipotecar bienes propios en garantía de la obligación de guardar o conservar para otros.

De aquí las siguientes afirmaciones, ahora rechazables, que sirvieron para determinar el contenido:

1.<sup>a</sup> Que la obligación de reservar va íntimamente unida a la prohibición de enajenar: «a no suponerse el absurdo de que las leyes constitutivas de esa obligación quisieran dar al mismo tiempo a aquel a quien la imponen los medios de eludirla».

2.<sup>a</sup> Que la rectificación de ese criterio extremoso se hace por vía de su aproximación al usufructo, que atenúa la rígida aplicación del principio «*nemo dat quod non habet*».

3.<sup>a</sup> Que los correctivos del eventual abuso de poderes del *pater binubus*, que esos fallos tratan de alcanzar, se arbitran a través del mecanismo indirecto de la interpretación, dando carácter extensivo o restrictivo según convenga emplear la institución como freno del abuso o como estímulo a la circulación de bienes.

La particularidad de la titularidad correlativa a los reservatarios, «acreedores de la obligación», es que corresponde a una clase, entidad o «*grupo parental*»; en tal sentido, se trata de una institución protectora de la familia legítima. A esa forma de *cotitularidad* o titularidad colectiva son aplicables las reglas comunes: acrecer, etc. (43).

Podemos sintetizar así las diversas manifestaciones del «temor de perjuicio» a que dan lugar los *hechos* básicos de la reserva en la inspiración de la normativa del Código civil, a la luz de los intereses

(42) Sobre la titularidad, concepto y caracteres, Vid. el detallado estudio que hace don Federico de Castro en el *Derecho civil de España*, Parte General (Madrid, 1955), p. 630.

(43) “La reserva está formada por una universalidad de bienes que no es una quiebra ni concurso de acreedores, sino una herencia, a la que está llamada la entidad “hijos y descendientes del primer matrimonio”. Res. de 30 de marzo de 1925.

tutelados, los efectos perjudiciales de la reserva que la jurisprudencia trató de limitar:

Tipos de perjuicio	SUBJETIVO (ejercita un derecho: no se priva de él).	Esfera personal: abuso de poder y de derecho. Esfera patrimonial ..... } Daño. Fraude de ley.
	OBJETIVO (económico-social) ...	Obstáculo al crédito territorial y a la circulación de la riqueza. Perjuicio a los terceros adquirentes.

## 8. BIENES RESERVABLES

¿Sobre qué bienes se impone la reserva ordinaria?

### A) Patrimonios relacionados con la reserva.

La reserva pone en comunicación tres patrimonios: el del causante de la reserva, que ha quedado sin titular, como un «cargo vacante»; el del reservista, y el del reservatario, que ingresa en aquel cargo vacante.

a) En el *patrimonio del causante* (origen de la reserva) se encuentra el porqué del poder, la finalidad, el destino familiar impreso en los bienes que el reservista haya adquirido del premuerto o de los parientes del difunto por donación u otro título gratuito «en consideración al mismo», tanto adquiridos antes, como durante el matrimonio. Al recibir unos bienes procedentes de parientes, «en consideración» al difunto, parece continuar el deber moral de ese empleo. Los cónyuges, de otra parte, participan ambos, recíprocamente, del deber moral de asistencia a los hijos. Esa es, a mi entender, la causa que permite conceder un carácter de fiducia a la titularidad del reservista. Disuelto el matrimonio, persiste el interés familiar (hijos comunes) (44).

Los bienes a que se extiende la reserva, de alguna manera estaban ya destinados a ese interés familiar que continúa mientras viva el reservista. Por eso quedan excluidos los que pertenecen al viudo por derecho propio o le han sido atribuidos en su interés particular: donaciones con causa especialísima, como pueden serlo los regalos médicos, vestidos ordinarios, lecho cotidiano, alimentos, entre los que cabe incluir el usufructo vitalicio.

Los procedentes de parientes provienen también de donaciones

---

(44) La obligación de la reserva ordinaria se basa, declara en uno de los considerandos la S. de 2 de marzo de 1959, en la protección del interés de los hijos y descendientes legítimos y en el temor de posibles influencias del nuevo cónyuge sobre el bínubo, más que en sanciones de falta de respeto a la memoria del premuerto.

causales, esto es, «en consideración» al matrimonio. Quedan excluidas aquellas cosas dejadas por los hijos o dadas en interés particular, lo que queda patente cuando se hacen sabiendo que estaba el padre o madre segunda vez casado, art. 968 (intención explícita de que revierta en su interés particular).

Los artículos 968 y 969 contienen al respecto criterios que facilitan la prueba de la intención —«animus donandi»—, prueba que incumbe a los reservatarios, art. 1.214. De estos preceptos se deduce la regla general de que son reservables los bienes adscritos al fin común, al interés familiar.

Que ese patrimonio es el que constituye la referencia de toda la reserva en cuanto que en él descansa la defensa del derecho de los hijos se desprende de estas consideraciones:

1.<sup>a</sup> El fundamento de la reserva se hacía descansar en la voluntad presunta de que el premuerto no quería compartir su patrimonio con extraños.

2.<sup>a</sup> El enlace de la reserva con el usufructo, con la cuota usufructuaria vitalicia: dos formas complementarias de delación especial referidas al mismo patrimonio.

3.<sup>a</sup> La relevancia jurídica de la *procedencia* de los bienes. Hasta el punto de que llega a dudarse sobre el carácter de reservables de los bienes que adquirían los padres de los hijos por testamento o abin-testato, duda resuelta en el art. 801 del Proyecto de 1851 que reproduce el Código civil, que fue motivo de litigios y contiendas en casos de muerte de hermanos antes de volverse a casar el viudo.

4.<sup>a</sup> La disciplina del Código denota la generalización en su tiempo de un uso: morir sin testamento; la infrecuencia del testamento fuera de los casos de fiducia: nombramiento de albaceas, etc. De aquí que recoja, por vía legislativa, una presunción de lo que el causante de la reserva hubiera dispuesto (45).

b) En el *patrimonio del reservista* estos bienes no se confunden con los que componen su patrimonio personal. Permanecen identificados (inventario) como una «masa de bienes segregada», a modo de patrimonio separado concurrente con el patrimonio personal, lo que permite relaciones entre ellos: relaciones entre masas, vg., incrementos y gastos, garantía hipotecaria. Masa aislada e independiente sujeta a normas específicas, garantía de la obligación principal.

c) En el *patrimonio de los reservatarios* en cuyo favor se establece, figura como un derecho, cuya naturaleza se discute, pero no su carácter de derecho de seguridad y garantía (46).

(45) El enlace de la titularidad hereditaria de los reservatarios con el patrimonio del causante de la reserva es indispensable para atender, entre otras, a estas cuestiones:

- a) Alcance del poder del albacea nombrado por el reservista.
- b) Indignidad y desheredación, circunstancias relativas a cada causante.
- c) Renuncia a la herencia del reservista e impugnación de actos realizados por éste.

(46) La generalización de formas de fiducia testamentaria en la época codificadora explica el hecho de que el legislador elija una forma histórica de

**B) Título y procedencia.**

Son reservables los bienes adquiridos por el viudo o viuda en la transmisión a título lucrativo origen de la reserva.

Alrededor de esta adquisición destacan estos problemas:

1. De carácter personal (procedencia): situación de parentesco; cónyuge, hijos, parientes.

2. De carácter patrimonial, *gratuidad* del título de transmisión: liberalidades.

Con relación al primero de los problemas señalados (procedencia), los arts. 968-969 indican que la procedencia ha de ser del premuerto, hijos y parientes. ¿Qué parientes? ¿Incluye descendientes? ¿Comprende los nietos? Se trata de un problema de interpretación.

Son posibles dos interpretaciones: una restrictiva, en base a que la *ratio juris* del precepto, art. 969, es exceptuar de la ley común del orden de suceder, y otra amplia, más en consonancia con su verdadera *ratio*, que pariente incluye descendiente (47).

Por lo que respecta al segundo problema, título de adquisición, alcance del término, «título lucrativo», la doctrina moderna entiende, así Lacruz-Sancho, equivalente a «sin comunicación recíproca». Comprende los actos a título lucrativo simulados de oneroso, y excluye los actos que tienen causa onerosa, pese a su contextura típicamente gratuita, como el capital adjudicado al cónyuge, art. 839. Este segundo problema de los apuntados se reduce, por tanto, más que a un problema de interpretación a una tarea de calificación (48).

**C) Posición de los acreedores en orden a los bienes.**

Aunque se alude más adelante a este tema, al estudiar las acciones, nos referimos brevemente al mismo por la relación con los tres patrimonios o, mejor, esferas patrimoniales.

---

fiducia que presumiblemente hubiera empleado el causante de la reserva, de haber hecho testamento.

(47) “Las leyes que hablan de las reservas deben interpretarse en sentido restrictivo”, S. de 11 de marzo de 1861.

Mejor diríamos que han de interpretarse conforme a su verdadera *ratio*. La referida sentencia se plantea la cuestión de si, porque la ley habla de hijos, debe reservarse lo adquirido de un nieto. Morell y Terry afirmaba que “no se encuentra razón alguna para tal exclusión”, y es lo más racional que también se reseren los bienes procedentes de los nietos”. Cfr. J. MORELL Y TERRY, o. c., p. 386.

(48) Se excluye de la reserva la mitad de gananciales, cuya fuente principal es el trabajo.

Con relación a la legítima vidual pudo pensarse que si a los hijos correspondía la nuda propiedad este derecho es más eficaz que el de la reserva.

Especial interés ofrecen al respecto los convenios en torno al pago de la legítima del viudo, que permiten dudar del carácter “título gratuito”.

Sobre si los bienes sujetos a reserva deben o no computarse para calcular la legítima de los descendientes comunes de ambos cónyuges. Vid, en sentido afirmativo, J. VALLET DE GOYTISOLO, *Limitaciones en Derecho sucesorio a la facultad de disponer*, I. Las legítimas, vol. LVIII del Tratado práctico y crítico de Derecho civil (Madrid, 1974), p. 533.

Entiendo que este tema es de especial importancia en estos momentos, entre otras, por estas razones:

1.<sup>a</sup> La normativa del Código civil respondía a un sistema de inalterabilidad del régimen económico del matrimonio y consiguiente liquidación a la disolución del matrimonio. La susceptibilidad de variar constante matrimonio el régimen de bienes, artículo 1.320 del Código civil, repercute necesariamente en la regulación de la reserva ordinaria, vg., si se pacta un régimen de separación de bienes (49).

2.<sup>a</sup> La liquidación —estado de cuentas— al fallecer el reservista se dificulta si se tiene en cuenta el desequilibrio producido por circunstancias socioeconómicas en los bienes, plusvalías, ordenación rural y urbana, lo que amplía los supuestos de posible enriquecimiento injusto.

3.<sup>a</sup> Las situaciones de concurso o quiebra que requieren el estudio pormenorizado de las tercerías de dominio o mejor derecho.

La magnitud de estos problemas desborda con creces la extensión de este trabajo, por más que han suscitado el principal impulso para este estudio.

Entre los acreedores del patrimonio reservable figuran los acreedores del causante de la reserva, que conservan su posición, ya que, a tal efecto, las deudas persisten: «antes pagar que heredar». Son aplicables las normas generales relativas al pago de acreedores en la liquidación de herencia.

En el patrimonio del reservista los bienes figuran como una «masa segregada» (Lacruz-Sancho), que no está fuera de la influencia de acreedores posteriores.

En la esfera patrimonial del reservatario figura como un bien la garantía a que está sujeta su eventual restitución, garantía que no es, en efecto, nada despreciable a los acreedores particulares.

(49) La incidencia en el régimen de la reserva de situaciones anómalas de la vida conyugal es indudable. Tales situaciones explican el hecho de que determinados criterios jurisprudenciales o de la Dirección general de los Registros y del Notariado no sigan una línea del todo aceptable en el plano de las construcciones de que ellas mismas parten.

La Res. 15 de 1972 contempla uno de estos supuestos en que la vida familiar está pendiente de un trámite de separación, que explica la controversia en torno a la eficacia de una compra-venta de participaciones indivisas de un solar, en que la esposa del vendedor alega falta de consentimiento, artículo 1.413, al haber sido adquiridas por compra constante matrimonio. El marido aduce el carácter de reservables. En uno de los considerandos de la referida Resolución se contiene esta doctrina:

“No es de tomar en consideración la alegación hecha en su informe por el Notario atribuyente de la escritura de que, al tratarse de unas participaciones que tenían el carácter de reservables, no se precisaba consentimiento de la mujer por cuanto que tales participaciones se inscribieron en el Registro al presentarse la escritura calificada, y sólo se ha planteado cuestión de aquellas otras que por haber sido adquiridas a título oneroso durante el matrimonio por el marido se presumen de carácter ganancial y respecto de las cuales se extendió la nota de suspensión.”

## 9. EFECTOS DE LA RESERVA

### A) *Efectos de la reserva en situación de «pendencia»*

Podemos preguntarnos ahora, ¿en qué consiste esa obligación de reservar?

La doctrina tradicional, así Castán, entiende que se trata de una obligación «no perfecta», subordinada a que los reservatarios sobrevivan y no priva de la facultad de disponer (50).

En efecto, la obligación de conservar puede entenderse como «no perfecta» en el sentido de que no corresponde al significado técnico de obligación, puesto que recuerda más bien a una forma de conversión de una *prior obligatio* (deber moral) en otra causa civil; su «perfección» depende de un hecho público (celebración del matrimonio, reconocimiento), y puede excluirse, artículo 970, o renunciar al derecho en cualquier tiempo.

El carácter de obligación «subordinada» desdibuja también los rasgos comunes en cuanto que no puede hablarse propiamente de partes, ni la relación entre los sujetos activo y pasivo tiene que ver con la relatividad, pese a que en este punto la doctrina insistió con el fin de aplicar la doctrina de los actos propios; en la obligación de conservar el obligado no ha de colaborar a su cumplimiento, ya que la supervivencia polariza la totalidad de los efectos.

La índole y entidad de tal obligación recuerda más a las obligaciones enlazadas al dominio o a los derechos reales, sin que tampoco se identifique con ellas. Está subordinada como la obligación de conservar en el usufructo a un fin concreto, y la posición jurídica del reservatario recuerda a la correspondiente a un acreedor del dominio, al derecho expectante a favor del sustituto fideicomisario..., situaciones, dice Puig Brutau, a las que nuestro ordenamiento permite atribuir cierta eficacia o protección real (51).

Pero la obligación de conservar es en cualquier caso algo más que el lado correlativo a un derecho. No encaja en ninguna clasificación sistemática precisamente por ser una pieza de un conjunto unificado por la fuerza integrante de la *fides*.

A mi entender, este problema de «naturaleza» es expresivo de una tentativa de completar indirectamente el cuadro de normas. Esto es, se reduce a un *problema de analogía*.

A este respecto hay dos criterios, o, mejor, dos enfoques metodológicos diferentes, que podemos calificar como «tipicidad técnica», de conocido sabor conceptualista, basada en las semejanzas con instituciones tipificadas, y como «tipicidad social», que propende a una delimitación propia, a una creación especial a partir de sus funciones.

(50) J. CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho civil español, común y foral*, VI, vol. I. La sucesión en general (Madrid, 1969), p. 183.

(51) Cfr. J. PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho civil*, t. III, vol. I. El Derecho real... (Barcelona, 1971), p. 39.

### **1.º Tipicidad técnica**

La «deficiencia» en la regulación de la reserva ordinaria hizo que fuera preciso acudir a los principios normativos de institutos semejantes con disciplina prevista. Esta labor de análisis, de comparación, ha sido, ¡qué duda cabe!, altamente meritoria, especialmente si se tiene en cuenta que no existía con carácter general una formulación relativa a la analogía y la reserva se concebía como un instituto regido por normas de carácter excepcional con predominio de interpretación restrictiva.

De otra parte, se trataba de encontrar soluciones fundadas, que la práctica y los cambios legislativos proponían, sobre todo la Ley Hipotecaria, por lo que el encuadre de la reserva en otras categorías más amplias responde a una razón con relevancia práctica; así, por ejemplo, si el reservatario adquiere el «pleno dominio» y las acciones correspondientes al fallecer el reservista y extingue el usufructo por consolidación (tesis del desdoblamiento); si la reserva implica prohibición de enajenar (tesis, una de las modalidades, del fideicomiso); si el reservatario es heredero del vendedor (reservista) ante la compatibilidad o no de las acciones de saneamiento y la acción reivindicatoria; si como heredero tiene el deber de salir en defensa del que contrató con su causante cuando un tercero le perturba en la posesión, etc. De aquí que al profundizar ahora en dichas tesis, recogidas por la doctrina y recibidas por la jurisprudencia, haya que preguntarse: para qué ha servido; si esas razones ciertas antes, resultan hoy inadmisibles; si la «razón jurídica» en que se funda la analogía permanece o ha variado.

Veamos ahora, a título de ejemplo, alguna de las tesis más difundidas.

#### **a) Tesis del desdoblamiento**

La primera jurisprudencia —a la que según el mandato de la Ley de Bases estaba obligado el legislador— inicia la que podemos calificar de tesis del desdoblamiento, SS. 21 de mayo de 1861, 18 de junio de 1880 (núm. 197, t. 43, pág. 731) (52), el paralelo entre las posiciones correspondientes a la nuda propiedad (reservatario) y al usufructo (reservista).

En realidad, esta tesis, que ahora carece de fundamento, trataba de solventar problemas suscitados en la práctica, y no parece desviarnos de cierta base histórica: el legado de usufructo, que no pasó inadvertido en el Proyecto de 1851 (53).

(52) Uno de los considerandos de esta sentencia afirma que la suerte y destino de los bienes sujetos a reserva no pueden conocerse hasta la muerte del bínubo, pero la nuda propiedad de los bienes se transmite a los hijos del primer matrimonio por ministerio de la ley, desde el fallecimiento del reservista.

(53) GARCÍA GOYENA hace notar la falta de exactitud en la comparación con el usufructo, refiriéndose al artículo 808 del Proyecto de 1851, en base a que el usufructuario «no tiene ni derecho eventual ni esperanza a la propiedad», mientras que el cónyuge bínubo la adquirirá irrevocablemente si no exis-

El problema práctico reside en determinar, precisamente, la transmisión a los descendientes, así como la liquidación del estado posesorio (mejoras, arts. 487, 488 del C. c.) y las cauciones frente a los actos de disposición del reservista (54).

La principal deficiencia técnica reside en la concepción del usufructo y de la nuda propiedad como *residual* al dominio, frente al correcto entendimiento de derechos autónomos y concurrentes. Concurrencia de derechos que habría de acomodarse al principio de buena fe (55).

### b) *Abandono de la tesis del desdoblamiento*

El Tribunal Supremo, en S. de 6 de julio de 1916 rechaza la doctrina mantenida con anterioridad, en base a que «falta toda analogía» con el usufructo, y concluye que el reservista puede disponer de los inmuebles como dueño, con las limitaciones de los artículos 974 a 975, y de los muebles absolutamente, sin más limitaciones que indemnizar, artículo 976 del Código civil.

Falta analogía, declara uno de los considerando de dicha sentencia, «por no existir identidad jurídica», ya que:

1. El reservista puede disponer, artículos 974, 975, 976;
2. El nudo propietario es ya titular de un derecho enajenable, artículo 107, 21;
3. El supuesto usufructuario (reservista) puede disponer como dueño.

a') S. de 17 de junio de 1967 califica a la sentencia ahora examinada de «importante». A mi modo de ver, se basa en la nueva inteligencia impuesta desde la publicación de la Ley Hipotecaria a la facultad de disponer del reservista y apunta una idea, en efecto, importante, la idea de concurrencia de derechos.

### c) *Equiparación a la sustitución fideicomisaria.*

Como el fiduciario, puede el reservista vender bienes para pagar deudas, probando el origen de la deuda que autoriza la enajenación (56).

Pero, dice Castán, es diferente la finalidad entre reservas y sustitución fideicomisaria, así como el nacimiento y la transmisibilidad. Acaso tenga mayor semejanza con el fideicomiso condicional. Coincidén en

---

ten hijos ni descendientes legítimos del primer matrimonio. Cfr. F. GARCÍA GOYENA, *Concordancias, motivos y comentarios* (Zaragoza, 1974), p. 415.

(54) La argumentación *obiter dicta* de las SS. 21 de mayo de 1961 y 18 de junio de 1880 es ésta: la nuda propiedad pasa a los hijos por ministerio de la ley desde que se abre la sucesión del premuerto. El usufructo es lo único que corresponde al viudo. Luego son nulas las ventas hechas por el viudo antes de contraer nuevo matrimonio, porque el usufructuario no puede transmitir a otro la cosa usufructuada.

(55) La “buena administración de los inmuebles” y los “deterioros ocasionados por culpa o negligencia”, art. 801 del Proyecto de 1851, ponen de relieve la idea de ingobernabilidad justificada en asuntos ajenos. La “modificación de última hora” que suprime la garantía de la buena administración rompe la simetría del grado de administración diligente.

(56) A. M. BORRELL, en *R. J. C.* 32 (1926), p. 318.

ser ambas titularidades subordinadas al logro de un fin concreto, cuyas facultades no pueden ir más allá del fin (57).

#### d) *Derecho sometido a condición*

En la tesis prevalente en SS. de 1 de abril de 1914 y 18 de abril de 1942 (58).

La posición del reservista equivale a la de un poseedor de bienes sujetos a condición resolutoria, una propiedad revocable.

En realidad se trata de buscar una semejanza entre la condición legal y el pacto de condición resolutoria, que permita reflexionar y deducir consecuencias en torno a la posición jurídica del comprador de bienes reservables, si la cualidad de reservables puede o no entenderse como condición impuesta al comprador.

### 2.<sup>º</sup> *Tipicidad social*

#### a) *Conflictos de intereses*

Desde el punto de vista del conflicto de intereses subyacentes en la reserva, se advierte una íntima analogía con la titularidad fiduciaria —*causa fiduciae*—.

Entre otras razones, podemos señalar las siguientes:

a') La idea de «guarda y custodia» es una constante histórica.

No tendría objeto esa idea sin un deber moral añadido o fundante de la obligación civil del reservista, implícito de alguna manera en el acto de adquisición de los bienes, que imprime un sesgo de garantía, un *plus* al crédito expectante, si se quiere, de los reservatarios asegurado con los mismos bienes adquiridos por el reservista.

(57) Entre las reservas y la sustitución fideicomisaria hay, dice Castán, diferencias “esenciales”: son distintas las finalidades a que responden y los derechos de los reservatarios tienen menos vigor que los fideicomisarios que nacen desde la muerte del testador y se transmiten a los herederos, aunque mueran antes que el fiduciario (art. 784). J. CASTÁN TOBEÑAS, o. c., p. 175.

(58) El supuesto controvertido en S. 1 de abril de 1914 era éste: se había embargado el derecho que un reservista tenía sobre determinados bienes en concepto de reservables, y se opone tercería de dominio por parte de los reservatarios, alegando que el derecho a las cosas reservables no es real y no se puede embargo.

El Tribunal Supremo desestima la tercera. La obligación de reservar constituye, dice, una limitación del dominio del obligado.

La analogía con el fiduciario se basa, a mi entender, en la *fides*, que lleva a analizar el origen y naturaleza de la deuda, lo que permite, como veremos más adelante, un ámbito de autonomía en la línea de los negocios de crédito con instrumentación de negocios fiduciarios. De aquí las referencias de dicha sentencia a que no se trata de herencia futura y no es aplicable el artículo 1.271. A mi entender, la reserva es un instituto fiduciario del Derecho de familia y sucesiones, como otros tantos dispersos en el articulado del Código civil, artículo 831.

Torres Marciano comenta esta sentencia en R. G. L. J. (1943), p. 45, con una deficiente perspectiva histórica, sosteniendo, con error, que no surge hasta el Imperio y que constituye una “lógica reacción del Cristianismo contra la concepción pagana”.

La «*fides testatoris*» evolucionó hacia el fin familiar dando consistencia a la idea de «guarda y custodia». Las Partidas indican con toda claridad la exigencia de una *ratio* o cuenta final, con la expresión «dar cuenta» (59).

b') La garantía real —hipoteca legal o voluntaria suficiente— connaît un deber de conservar la cosa hipotecada, con responsabilidad por dolo y culpa o negligencia; la expresión misma «buena administración» (art. 801 del Proyecto 1851) es muestra de la confianza depositada en el cargo, del carácter de «officium» o de servicio al fin subyacente.

c') El carácter de la acción frente al abuso del poder dispositivo. El supérstite, dice Gutiérrez, puede enajenar antes del nuevo enlace, cuando no hay obligación de reservar, pero si los hijos prueban la disposición fraudulenta procede la acción rescisoria. En definitiva, el fin subyacente figura como un *prius*, el antecedente causal de la titularidad (60).

d') A impedir enajenaciones fraudulentas tiende la anotación preventiva; y la simulación y el fraude ante la amenaza de resolución, abuso de desheredación por el mecanismo indirecto de las mejoras, indebida administración, etc...., constituyen los frenos y correctivos de una titularidad *formal plena*, enlazada a una titularidad *material*. De aquí que la firmeza de los actos de disposición se hiciera depender de circunstancias externas al acto, al «interés público», en expresión de García Goyena, en que subsistan las enajenaciones.

Si el conflicto de intereses es análogo, también debiera serlo la solución.

### b) Analogía con las titularidades fiduciarias

El término «titularidad» ofrece la ventaja, dice don Federico de Castro, de mostrar la íntima relación entre el porqué del poder (título) y este mismo (61).

¿A qué tipo de titularidad, podemos preguntarnos, pertenece la que ostenta el reservista? ¿es titularidad «básica» o «subordinada»?

Hasta ahora nos hemos ocupado más bien de la titularidad *externa*. Desde esta perspectiva el reservista aparece ante la doctrina como titular dominical, como usufructuario, como titular de una propiedad revocable, etc. (62).

(59) A esa idea de sujetar bienes propios en seguridad de guardar o conservar para otros, respondiendo hasta del deterioro experimentado por su culpa, alude MÁNRESA, en los *Comentarios al Código civil español*, o. c., p. 284.

(60) Cfr. B. GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ, *Códigos o estudios fundamentales sobre el Derecho civil español*, 5.<sup>a</sup> ed., t. 3.<sup>º</sup> (Madrid, 1881), p. 716.

(61) Cfr. F. DE CASTRO, *Derecho civil de España* (Parte General I) (Madrid, 1955), p. 630, y, *Negocio jurídico*, del Tratado Práctico y Crítico de Derecho civil, vol. X (Madrid, 1967), p. 423.

(62) Por la ascendencia romana parece rechazable la tesis de la condición resolutoria, recogida en la R. de 30 de mayo de 1925, propiedad condicionada del cónyuge supérstite que se purifica si los hijos del matrimonio causa de ella autorizan la libre enajenación de los bienes; que permite adscribir

Pero la obligación de reservar, que lleva inherente un deber de restituir, exige acoplar aquella titularidad externa a la interna de confianza, de fiducia, al fin subyacente, aspecto éste a que ahora atendemos (63).

*Restituir* es poner de nuevo a uno en posesión o dominio de lo suyo: devolver. Implica reiteración, esto es, supone identidad de la cosa, que permanece idéntica.

Si no es posible devolver la misma cosa, la restitución se torna en *compensación*: el equivalente.

Al hablar de obligación de restituir nos referimos a los dos supuestos aquí aludidos.

Tan decisiva es la eventual restitución que ella integra el contenido principal de la obligación de reservar (64).

Dicha restitución puede ser de los propios bienes reservables (a título principal) o de su equivalente económico (a título subsidiario), subrogación real. Esa doble posibilidad de cumplimiento no presta, entiendo, a la obligación el carácter de alternativa, precisamente porque la adquisición, el acto adquisitivo, imprime un sesgo de fiducia o de confianza, de índole familiar.

De otra parte, los reservatarios enlazan con el patrimonio de que tales bienes proceden merced a su cualidad personal de herederos por tratarse de una delación especial. De este modo, la titularidad del reservista sobre los bienes reservables concurre con la titularidad here-

---

la teoría de las condiciones resolutorias, la inscripción en el Registro de esa "amenaza de resolución", etc.

Como es sabido, las condiciones resolutorias son desconocidas en Derecho romano. Cfr. A. D'ORS, *Derecho privado romano*, p. 281.

(63) Esta reserva, dice Puig Brutau, convierte en obligación jurídica, lo que sin duda es un deber moral que recae sobre el padre o madre que ha contraído nuevo matrimonio. La reserva, añade, imprime a los bienes la misma dirección que debiera imprimirlas la más justa voluntad del bínubo. Cfr. J. PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho Civil*, V, III (Barcelona, 1963), página 251.

(64) Que el viudo enajene o grave los bienes reservables no es la regla sino la excepción. Manresa califica como "justísimos fundamentos de la excepción" el fin de no estorbar la circulación de la riqueza, no amortizar el capital mueble o inmueble, fundamentos que purgan a la reserva, dice, de los principales inconvenientes de que adolecía: "De este modo, la propiedad circula; los terceros no pueden ver perturbado su derecho a los bienes, fuesen o no reservables, que adquirieron; los descendientes del primer matrimonio nada pierden, porque a los objetos cuya propiedad debía serles reservada sustituye su precio o valor asegurado con hipoteca; y el cónyuge viudo nada gana porque ha de entregar un equivalente de lo que enajenó. La excepción, pues, consiste en admitir la sustitución, subrogación o equivalencia de unas cosas por otras, de los bienes por su valor, en interés de la seguridad en la propiedad y en la contratación".

Cfr. J. M. MANRESA, *Comentarios al Código civil español*, t. VII (Madrid, 1924), p. 285.

Pero, advierte Chico, la práctica registral ha evidenciado que aquel buen deseo, demostrado ya en la publicación de la Ley Hipotecaria de 1861, de que no quedase amortizada la propiedad reservable, sólo se realiza muy deficientemente, "pues basta que sobre un derecho inscrito se coloque el sambenito de ser reservable para que quede inservible para el desarrollo del crédito territorial, y, cuando así no sucede es porque mediaron ciertas garantías extra-hipotecarias". Cfr. CHICO ORTIZ, o. c., p. 774.

ditoria de los reservatarios, que tiene carácter, cualidad personal, aunque no sean adquirentes de bienes.

La titularidad hereditaria de los reservatarios permite la relación entre dos patrimonios: el del causante de la reserva de que los bienes proceden y el del reservista en que se encuentran, como masa segregada cuyo destino es precisamente cumplir un designio común a los cónyuges. La adquisición ulterior de estos bienes —o su valor— por los reservatarios se asegura, en vida de la reserva, con un régimen que garanticé su permanencia individualizada en ese mismo patrimonio, y que puede establecerse unilateralmente por el reservista o, de modo paccionado, con los reservatarios.

Es, entiendo, a través de esa titularidad hereditaria como se comunican deberes morales del causante, el interés familiar, y deberes de alcance patrimonial como el pago de deudas (antes pagar que heredar), expresión de la responsabilidad universal del patrimonio que, a tal efecto, «subsiste».

Porque la cualidad personal de herederos merced a la delación es *actual*, desde el momento en que se producen los hechos determinantes, aquellos bienes se ven atraídos por la originaria *vis atractiva* —valga la expresión— del patrimonio de que derivan al cumplimiento de los fines generales a que estaban adscritos. Hasta el punto de que incluso a los bienes que salieron ya del patrimonio ostentan los reservatarios un derecho semejante, en expresión de Lacruz-Sancho, a la «reversión de donaciones».

A esa *cualidad personal* que ostentan ya desde ahora los reservatarios querían aludir, sin duda, quienes califican su posición jurídica, por ser un grupo parental, una titularidad colectiva, como análoga a la comunidad de herederos, cuyo género, como sabemos, es precisamente la cotitularidad, aludiendo de este modo al carácter personal (en orden a la titularidad hereditaria), pero no personalísimo (en orden al patrimonio afecto). Dicha titularidad presta a los beneficiarios una cierta individualidad, la condición de sujetos, en expresión de Chico Ortiz y Bonilla, «representantes de toda su estirpe y como portadores de un derecho presente para una adquisición futura».

La titularidad del reservista presenta, en vida de la reserva, un doble aspecto:

1. Positivo, una titularidad externa básica: «en propiedad» sobre un conjunto patrimonial; «de todos los bienes que haya adquirido»; formalmente plena, artículo 968 del Código civil.

Dicha titularidad confiere al reservista un conjunto de facultades tamizadas por el matiz de fiducia o confianza.

De aquí que se prevea por la ley la eventual *inacción*: la no distribución entre los reservatarios por testamento que se hará conforme a las reglas del *ab intestato*; y se delimita el ámbito de poder, el ejercicio de derechos, la iniciativa para otorgar actos *inter-vivos* —disposición— y *mortis-causa* —mejora—. Pero el ejercicio de tal poder no podrá ser abusivo por lo que ha de ejercitarse conforme a la finalidad que se pretenda, de modo racional y sin provocar perjuicio o daño. La disposición y la garantía son aspectos de esa limitación.

2. Negativo, titularidad subordinada, una limitación; esta limitación es la que publica el Registro asegurada con garantía hipotecaria y, caso de constatación registral, de los bienes sujetos a la reserva, reviste cierto «carácter real».

¿Cómo interfiere tal limitación? A mi juicio, su cometido es *diferir* la restitución. En la Compilación navarra se expresa mejor esta idea: el bínubo está obligado a «reservar y dejar» en favor de los hijos de las primeras nupcias cuanto recibió de ese primer matrimonio.

Precisamente esa dilación temporal de la restitución actúa a la manera de una «justa causa de retener», que explica, vg., el carácter rescisorio de las acciones contra la enajenación fraudulenta hecha por el reservista, y, confiere poderes respecto de la cosa confiada, de administración, de disposición, no «más allá» del fin; pero, sobre todo, nos permite hablar de *fases* y de derechos *in itinere*.

a') *Fase de composición* (recepción de bienes por título lucrativo del cónyuge anterior): el reservista recibe los bienes sin limitaciones; importan únicamente la gratuitad del título y la situación de parentesco del transmitente.

b') *Fase de adquisición*: el hecho de repetir nupcias o reconocer un hijo natural es el *título* —razón legal— que determina una *exigencia*, una *afición* de aquellos bienes, con doble alcance *personal*, obligación de «reservar y dejar», *real*, sujeción, vinculación o gravamen.

c') *Fase de liquidación*, perfección, efectividad o satisfactiva: ordenar el contenido, el *quantum*, con operaciones liquidatorias, correlativas a la liquidación de un estado posesorio, a un poseedor saliente sustituye otro entrante (65).

(65) La fase “reserva consumada” se centra en la liquidación de un estado posesorio, en el que cobran sentido:

1.<sup>o</sup> La extracción con preferencia de la disminución de valor o daño producido por el deterioro o pérdida de los bienes. Es, digamos así, un crédito preferente.

2.<sup>o</sup> Al consumarse la reserva son reclamables por los reservatarios, previa declaración de nulidad de los actos dispositivos, los bienes en poder de tercero. Antes sólo si la adquisición se hizo sin causa, en fraude o con simulación, lo que implica falta de diligencia en el deber confiado al reservista.

3.<sup>o</sup> El reservista procede con “dolo”, a los efectos de la posesión, artículo 457, por abuso de la propiedad o por abuso procesal, aun cuando, respecto de su título posesorio, sea poseedor de buena fe. En tal medida, es responsable del deterioro —actos materiales o jurídicos que ocasionan un daño— por dolo o culpa. Es el comportamiento abusivo a que alude al artículo 457 del Código civil.

4.<sup>o</sup> Por su carácter de poseedor el reservista (herederos) puede retener la cosa, mantener la tenencia, para garantizar el abono de los gastos necesarios, artículo 453, los gastos de conservación, material o productiva.

5.<sup>o</sup> La regla general es el equilibrio, compensar la salida sin causa de un elemento patrimonial, y el principio inspirador el de enriquecimiento injusto, que preside los aumentos de valor, gastos de mejora y la disminución de valor, gastos por razón de deterioro.

La peculiaridad relativa a las reservas es la de ampliar el cuadro de medidas de garantía, sin la especificación de la buena o mala fe del poseedor reservista.

Para completar las reglas en torno a las mejoras, deterioros, responsabilidad

La fase de adquisición hizo recordar al usufructo —titularidad usufructuaria—, pero no hay analogía entre reservista usufructuario y reservatario —nudo propietario—, pese a que así lo entendiere la primera jurisprudencia, S. 18 de junio de 1880. La confusión arranca de los intérpretes del Derecho romano, al no tomar el término *usus-fructus* en sentido vulgar. Y no hay analogía, porque el nudo propietario no *sucede*, sino que *consolida*, mientras que el reservatario sucede, más no al reservista, sino al causante de la reserva.

De otra parte, usufructo y nuda propiedad son derechos autónomos, concurrentes, mientras que el derecho que ostenta el reservatario como adquirente de bienes, es un derecho «*in itinere*»: se tutela la certeza del «titular futuro» en orden a los bienes, porque es, como heredero, «titular actual».

Tampoco la fase de adquisición se asemeja a la sustitución fideicomisaria, siquiera sea la condicional, porque entre fiduciario y fideicomisario hay dos llamamientos *sucesivos*, lo que no ocurre en la reserva, que es *una* delación especial (66).

En cambio, la analogía con la sustitución fideicomisaria es clara en la fase liquidatoria, que se abre a la muerte del reservista cuando sobreviven los reservatarios, en el arreglo de cuentas entre el reservatario y los herederos del reservista. Esta *ratio* final viene asegurada con la obligación de inventariar los bienes, artículo 977. Estas analogías «improprias» o, si se quiere, metafóricas, acreditan algo importante:

1.<sup>º</sup> Que la posición del reservatario, en orden a los bienes, como tampoco la del nudo propietario, no es «potencial» en el sentido de ser un vacío económico, un derecho carente de contenido actual.

2.<sup>º</sup> Que las titularidades, en el plano personal, son actuales, concurrentes, compartidas, no sucesivas, como también ocurre en la sustitución fideicomisaria.

¿Cómo se arbitra entonces esa concurrencia? A mi modo de ver, *a semejanza* de las titularidades fiduciarias. En las Partidas, Partidas 5.<sup>a</sup>,

---

y garantía procede acudir al régimen correspondiente de la liquidación de un estado posesorio. Este régimen es sustancialmente análogo a todos aquellos supuestos en que a un poseedor entrante “legítimo” sustituye a un poseedor saliente, sea poseedor de buena o mala fe.

(66) En relación con el artículo 806 del Proyecto de 1851 explica García Goyena el carácter de delación especial en los siguientes términos: los hijos y descendientes suceden por derecho propio y por disposición de la ley: “no debe por tanto tenerse en cuenta si heredaron o no, y por partes iguales o desiguales, al padre o a la madre que primeramente murió, o al viudo o viuda bínubos”.

Entiendo que no es irrelevante que los hijos tomaran o no la legítima estricta del padre premuerto, ya que de eso dependerá el *quantum* de los disponibles por el bínubo entre los hijos con carácter de mejora. Es ésta otra manifestación de fiducia a que responde el *ius eligendi*.

La Ley 48 de Cortes de 1765 y 1766 de Navarra otorga la facultad de disponer al bínubo en favor de uno, o de todos, “igual o desigualmente, según le pareciere, sin que ninguno de ellos pueda reclamar”.

Es ésta una muestra palpable del diferente juego del *ius eligendi* en el sistema de legítimas a que responde el Código civil y en el sistema de libertad civil propio del Derecho navarro, pero en ambos sistemas el indicio de la persistencia de *ius eligendi*, exponente de la *fides testatoris*, parece claro.

26, tít. 13, se emplean términos muy expresivos de esta idea, relativos a los bienes «obligados y empeñados»; que aluden, sin duda, a la garantía de la obligación de restituir, a la efectividad de la reserva. Y relativos al carácter de confianza o fiducia en la gestión del reservista, «dar cuenta» piensa, sin lugar a duda, en la damnificación. En definitiva, restituir o indemnizar. Esta garantía de una gestión acertada, de sesgo familiar, explica que en la primera Ley Hipotecaria, la hipoteca legal recayese sobre los bienes tanto reservables como propios del reservista, artículo 194. Hipoteca legal general que recuerda a la de garantizar la devolución de los bienes aportados al matrimonio: al marido la «gestión», a la mujer la «garantía»; al reservista, diríamos, la gestión, y al reservatario la garantía.

En consecuencia, en virtud de la regla 2.<sup>a</sup> del artículo 194 de la Ley de 1861, los bienes reservables inmuebles eran objeto de una doble afección simultánea con fines de seguridad:

1. La constatación en el Registro con el carácter de reservable, en las respectivas inscripciones del dominio; y
2. La hipoteca recayente sobre los mismos bienes (67).

En el estricto campo del Derecho positivo actual, sirven de pilares al edificio registral de los bienes reservables dos preceptos: uno *positivo*, artículo 2.<sup>º</sup>, núm. 2, L. H., puesto que se trata de una adquisición, y otro *negativo*, por ser una adquisición limitada, artículo 7.<sup>º</sup> R. H., que permite también la analogía con las titularidades fiduciarias. La finalidad o efectividad *erga omnes* de la limitación se desprende del tenor del artículo 184 de la Ley que garantiza la devolución del *valor* de los bienes enajenados.

La concepción patrimonial de la herencia desdibujó ese carácter fiduciario, que se entiende mejor si se tiene en cuenta que no es el titular quien cambia de patrimonio, sino que es el patrimonio el que cambia de titular. El titular nuevo —como quien sucede a otro en el cargo—, el «fiduciante», es ahora el «bloque parental» que recibe, con el derecho a la reserva, el «officium» —encargo— de que se realice la obligación moral del causante de la reserva.

En definitiva, la reserva, insisto, es algo más que simple correlato entre una *obligación*, obligación de conservar, impuesta al reservista, y un *derecho* de adquisición de bienes en favor de los reservatarios.

Se explica mejor contemplando las titularidades en juego:

- 1.<sup>a</sup> Una titularidad externa, el reservista aparece como titular dominical, como adquirente de bienes.

(67) La Ley Hipotecaria de 1861 ofrece estas características:

1.<sup>a</sup> Alude sólo a la reserva vital.

2.<sup>a</sup> Beneficiarios de la seguridad registral sólo son los hijos, no sus descendientes.

3.<sup>a</sup> La hipoteca legal recae sobre los mismos bienes reservables y sobre los propios del reservista no sujetos a la reserva (art. 194).

4.<sup>a</sup> En consecuencia, los bienes reservables inmuebles eran objeto de una doble afección simultánea con fines de seguridad: la constatación registral con carácter de reservables y la hipoteca.

Cfr. J. M. CHICO ORTIZ, o. c., pág. 750.

2.<sup>a</sup> Una titularidad subordinada, adscrita al logro de un fin concreto, justificativo del porqué del poder: una limitación.

3.<sup>a</sup> Esa limitación gradúa el ámbito de poder en la cosa confiada: titularidad de administración y disposición, de guarda y custodia.

Estos tres tipos de titularidades permitieron extender una razón de analogía, respectivamente con la titularidad de dominio y de usufructo (analogía en la titularidad básica); con la correspondiente al fiduciario (analogía en la titularidad subordinada, en función de un fin concreto); con el albacea, entiendo, autorizado por el testador para administrar y disponer (analogía en la atribución de poderes, basado también en la *fides* o fiducia).

### B) *Actos de disposición de bienes reservables*

Como en el histórico fideicomiso de restitución, el poder de disponer es pieza integrante de la reserva.

El Código civil hace una distinción sistemática entre los actos de disposición *inter-vivos*, artículo 974-976 y los actos de disposición *mortis causa*: la distribución de los bienes reservables dentro del grupo, el residuo del *ius eligendi*, inspirado en la *fides*, artículos 972-973; mejorar en los bienes reservables a cualquiera de los hijos y descendientes del primer matrimonio.

La sistemática del Código civil relativa a la disposición por actos *inter-vivos* es bien simple, hasta el punto de que casi pudiera reducirse a este ésquema:

ANTES: título adquisitivo pleno

Muebles: el reservista deudor del valor, que ha de asegurar con garantía.

DESPUES: Inmuebles:

con constancia registral.  
sin constancia registral.

Punto en que se centra la discusión es éste: si el bínubo no es propietario, ¿por qué dispone de modo tan amplio? A mi entender, la disposición es, como la garantía, un accesorio de lo principal; y, en la reserva, lo principal es la obligación de restituir.

#### a) *Enajenación y gravamen de los bienes sujetos a reserva por el reservista*

El Código civil concede al reservista la facultad de «enajenar y gravar» los bienes sujetos a reserva, tanto los bienes inmuebles, artículos 974 y 975, como los muebles, artículo 976. Algunos autores, como Ruiz Artacho, advierten en esto una *anomalía* del Código, puesto que se permite disponer —dice— a quien está obligado a conservar, y, sobre todo, es anómalo que el mismo Cuerpo legal que autoriza la enajenación, arbitre luego la anulación.

La primera Ley Hipotecaria piensa en el crédito territorial y el Código civil refleja este interés de que no quedase amortizada la propiedad revocable.

Ahora bien, no por ello desaparecen la libertad y autonomía necesarias para el cumplimiento del deber que se confía al reservista; no se le priva de un derecho adquirido —propiedad— sobre unos bienes, sino que se le exige un ejercicio responsable, acomodarse a su función familiar.

De aquí que la reserva sea inseparable del acto de adquisición, hasta el punto de que por sí sola la reserva no provoca inscripción. El acto de adquisición, el acto registral, el acto de garantía, suponen la voluntad, admiten la forma de pacto. La constatación registral y la ineeficacia de los actos dispositivos son, digamos así, a instancia de parte, voluntad unilateral o paccionada; el cumplimiento de la obligación puede ser paccionado (68), la garantía hipotecaria legal o voluntaria, etc.

El Código civil refleja, de otra parte, la diferencia entre efectos civiles (*inter partes*) y registrales.

Las enajenaciones realizadas antes son válidas, artículo 974, porque no ha nacido todavía la obligación de reservar; a las realizadas después se refiere el artículo 975, que permite distinguir tres casos.

1.<sup>º</sup> Bienes inmuebles no inscritos. Sólo subsiste la enajenación si deja de surtir efecto la reserva. La causa de la obligación, interviene en la transmisión (69).

2.<sup>º</sup> Bienes inmuebles inscritos. Juegan las reglas de la buena fe registral, artículos 34 y 37 L. H., la enajenación en favor de terceros de buena fe. En tal caso, esas adquisiciones serán «mantenidas» aunque se «resuelva» el derecho del otorgante.

3.<sup>º</sup> Bienes muebles. Las enajenaciones son válidas, con la obligación de indemnizar, artículo 978, 3.<sup>º</sup>, porque en el Código civil los muebles son todavía las cosas «sin valor familiar permanente» y no admiten otra publicidad que la posesoria. De aquí que pueda disponer de ellos en todo tiempo a título oneroso o lucrativo (70).

(68) Puede pactarse entre reservistas y reservatarios el cumplimiento de *todas* o de *algunas* obligaciones, artículo 185 L.H., y puede pactarse el tipo de gravamen o garantía, estableciendo de común acuerdo los actos autorizados o prohibidos al propietario del inmueble hipotecado, el reservista, durante la fase de seguridad. El cumplimiento de la obligación puede ser paccionado o sujeto a la regulación legal en su integridad.

(69) Discute la doctrina si estos actos son nulos o anulables. Al carácter protector de la reserva le conviene mejorar la lógica de la anulabilidad. Acaso sea aplicable por analogía la doctrina de la D.G.R. relativa a los actos de disposición del albacea autorizado para disponer, cuando hay legitimarios.

No tendría sentido asegurar «la buena administración de los bienes inmuebles no enajenados» y el valor de los inmuebles *válidamente* enajenados sin un previo deber de diligencia que impide los actos dispositivos realizados en perjuicio o daño del interés tutelado.

(70) Cfr. J. VALLET DE GOYTISOLO, *R.D.P.* (1961), p. 1021, n. 126; PUIG BRUTAU, o. c., p. 270.

En relación a si el artículo 978 supone o no una aplicación concreta de lo dispuesto en el artículo 464 del Código civil hay dos posiciones. En este precepto se apoya la tesis germanista del artículo 464, para aducir el carácter de título de propiedad, HERNÁNDEZ GIL, *De nuevo sobre el artículo 464*, en *R.D.P.* 29 (1945), p. 426.

Vallet de Goytisolo advierte que el reservista tiene plenitud de facultades dispositivas, y que el criterio legal corresponde a la línea histórica romana recogida en el *Codex "mobilium rerum"* (V-IX) antes de recibir la regla ger-

b) *Actos mortis causa*

La distribución de los bienes reservables dentro del grupo —*ius eligendi*— se prevé en el artículo 972 del Código civil.

Los artículos 972 y 973, contemplan el supuesto de disposición *mortis causa*.

El artículo 972 recoge el *ius eligendi* como medio ordinario de distribución de los bienes reservables dentro del grupo. A su tenor, el padre o madre segunda vez casados podrá mejorar en los bienes reservables a cualquiera de los hijos o descendientes del primer matrimonio, conforme a lo dispuesto en el artículo 823 del Código civil.

Muchas son las cuestiones que la interpretación de este precepto suscita, relativas en particular a la forma en que debe ejercitarse dicha facultad, las reglas de división entre los hijos y descendientes, los límites, el modo práctico de efectuar la participación...

Por lo que se refiere a la forma de disponer, ninguna dificultad ofrece el testamento como negocio típico de disposición *mortis causa* en el Código civil. Mas no han de excluirse cualesquiera otras formas no prohibidas por el Código civil y, en general, todas las posibilidades de mejorar por actos *intervivos con eficacia post-mortem*, pactos sucesorios en los sistemas forales, señalamiento en cosa determinada, con carácter de herencia, donación o legado...

La doctrina discute acerca de si se trata de un poder delegado o de un poder propio.

En pro de la tesis de que tal facultad de mejorar corresponde a un poder propio, no delegado, cabe aducir estas razones:

a) el carácter de institución fiduciaria que tiene la reserva, lo que da lugar a una duda semejante a la que plantea lo dispuesto en el art. 831, precepto que los profesores Lacruz Berdejo y Sancho Rebullida califican de «institución fiduciaria del Derecho de familia y sucesiones»;

b) porque el poder es autónomo respecto de las previsiones del causante de la reserva, como se desprende de lo dicho en el art. 973;

c) ese carácter familiar y su matiz fiduciario aconsejan la autonomía de tal poder, que permite adaptar en el tiempo a nuevas circunstancias la distribución de los bienes según las exigencias de su propia naturaleza, cultivo, explotación mercantil o industrial o de la específica determinación de los beneficiarios, capacidad especial o simplemente de circunstancias de lugar y tiempo, emigración, ausencia;

d) es, en ocasiones, necesario para el justo cumplimiento del deber moral inherente a la reserva. Piénsese en el supuesto —no con-

---

mana *Hand whare hand*. Puede disponer incluso a título gratuito, artículo 976, 3.<sup>º</sup>, precepto que significa, sin duda, un grave obstáculo en pro de ese enlace con la tesis germana.

Ninguna duda ofrece el hecho de que en la regulación de las reservas en el Código civil está presente la regulación de la posesión. En el caso concreto, la aproximación a la idea germánica pudiera establecerse por la acción personal relativa a quien puso en otro su confianza; es decir, a la frustración de una elección que resultó desacertada.

templado por el Código— de que los bienes objeto de reserva provengan de uno de los hijos en vida del mismo. En efecto, el Código civil, con referencia a los bienes recibidos de los hijos, piensa en el supuesto más frecuente: los recibidos a la muerte del hijo. Pero no debe descartarse la hipótesis, con ser menos frecuente, de bienes recibidos de los hijos en vida del hijo. Interpretada en sentido literalista la disposición legal conduciría al absurdo de hacer de peor condición al hijo que fue liberal con el padre premuerto (71).

Por lo que se refiere a las reglas de división se mantiene viva polémica en la doctrina.

Los puntos de vista de que es susceptible la cuestión son, en síntesis éstos:

1.<sup>º</sup> El bínubo sólo puede mejorar en un tercio de los bienes reservables (Scaevola, Marín Monroy).

2.<sup>º</sup> La mitad de los bienes reservables, por referirse el art. 823 a la legítima larga (Royo Martínez).

3.<sup>º</sup> A los dos tercios de los bienes reservados, puesto que sólo es distribuible por igual entre los hijos el tercio de legítima estricta.

4.<sup>º</sup> La totalidad de los bienes reservables, art. 973 «en todo o en parte».

5.<sup>º</sup> El reservista puede mejorar con los bienes reservados a cualesquiera de los descendientes comunes «siempre que, computados con los demás bienes del reservista, es decir, sumados los reservados a los no reservables, se cubra la legítima individual estricta de cada uno de ellos (Vallet de Goytisolo).

En último término, la cuestión se reduce a un problema de límites y también aquí cobra realce el carácter de institución basada en la *fides*.

A mi modo de ver, esta posibilidad de mejorar supone una aplicación prioritaria de la libertad dispositiva, principio a que alude la referencia al art. 823 y que corrobora el art. 973. Mientras que el artículo 972 concede prioridad a la libertad del reservista, el art. 973, de no haber hecho uso de aquella facultad, establece como criterio aplicable la regla de igualdad.

Entre ambos principios, de libertad y de igualdad, se mueven las posibles variantes de la regla de distribución en que el legislador pudo inspirarse.

Pero si la regla es la libertad dispositiva entre los hijos y descendientes comunes, los límites a dicho criterio están en función de los intereses en juego:

a) El causante de la reserva determina el límite de lo disponible; rebasar ese límite sería un abuso de poder;

b) los hijos respecto de los extraños, por no ser previsible que el premuerto hubiera querido disposición alguna en perjuicio de los hijos comunes;

c) las exigencias inherentes al destino económico de los bienes;

---

(71) Cfr. F. ARVIZU Y AGUADO, *Las donaciones inter-vivos en el Derecho civil de Navarra*, p. 60.

d) los hijos entre sí, evitando la preterición, la desheredación indirecta sin causa legal.

En definitiva, el poder propio en que el reservista ejercita esa facultad —*ius eligendi*— es un poder limitado, o mejor, delimitado dentro de una línea amplia de libertad, que no ampara el abuso, el fraude, es decir, precisamente la ausencia de verdadera libertad.

De manera explícita o implícita la jurisprudencia toma en consideración estos intereses y se advierte en ella el sesgo informador de los aludidos principios.

Si bien el poder del reservista es autónomo y propio, no delegado, no es, a mi entender, indiferente a las previsiones que, en orden a los bienes, hiciera el de la reserva.

Basta, para advertir esta relevancia, con tener presentes las posibles conductas en relación con su patrimonio.

Son posibles estos supuestos:

a) Que muriese con testamento, en que hiciere de sus bienes una distribución igualitaria o desigual. El art. 973 alude precisamente a ambas eventualidades: «aunque en virtud de testamento hubiesen heredado desigualmente al cónyuge premuerto».

Ambos supuestos admiten una corrección equitativa por el reservista. Piénsese, por ejemplo, en una distribución igualitaria entre los hijos cuando uno de ellos aportó exclusivamente los bienes reservables. El trato igual pudiera resultar injusto.

b) Si los bienes reservables proceden de pariente en consideración al mismo, la regla de igualdad parece más equitativa, más no ha de descartarse la hipótesis de una donación modal que tiene en cuenta las circunstancias personales de uno de ellos, enfermedad, necesidad de cuidados especiales, etc.

En consecuencia, si bien la amplitud de tal poder se ve recortada entre los límites del perjuicio y daño, cuenta con los frenos del ejercicio equitativo y con todos los resortes de la confianza precisa para llevar a cabo el cumplimiento *post mortem* de auténticos deberes morales.

De esta manera, tal poder propio se presenta como una facultad adscrita a una titularidad formal, pero enlazada con la titularidad hereditaria, titularidad material, o vehicular. También en este punto recuerda el juego de las titularidades fiduciarias.

De aquí también que haya que optarse por la negativa, al proponerse la cuestión acerca de si mejorar implica desheredar. Si es sucesión del cónyuge premuerto la desheredación, sólo a éste puede referirse.

A este interrogante sale al paso la S. 17 de junio de 1967, oponiéndose a una preterición al socaire de una mejora. La referida sentencia inserta en un marco de equidad la extensión de la aludida facultad de disponer *mortis causa* y, por este cauce, rechaza el abuso de derecho en el supuesto de referencia.

Abuso de derecho sería, en efecto, el ejercicio de un derecho que no corresponde a la finalidad —límite intrínseco o cualitativo— para que ha sido conferido, al rebasar los límites de la *fides* inherente, que

produce un *daño* al invadir la esfera patrimonial de modo que contradice el acto adquisitivo originario. La búsqueda de normas que tratan de prevenir o reparar ese *daño* (preterición, desheredación sin causa, intangibilidad de la legítima, etc.) presuponen la efectividad del daño y, acaso, coinciden en delatar, pese a que no lo calificasen así, un abuso de derecho.

Dicha sentencia, al analizar el significado de la llamada del artículo 972 del Código civil al artículo 823 sostiene el criterio literalista: que el bínubo puede mejorar sólo en un tercio de los bienes reservables, por lo que se refiere al *límite cuantitativo* de esa facultad.

Los argumentos en pro de esa tesis son estos:

a') El carácter restrictivo con que han de interpretarse las normas, por ser la reserva excepción y no regla.

b') La norma de «reenvío» —artículo 823— señala la tercera parte del haber hereditario.

c') Como institución protectora de los hijos y descendientes no puede perjudicar a la mayoría en beneficio de uno solo.

d') Que daría lugar, en otro caso, a una desheredación sin causa.

Comentando dicha sentencia afirma Vallet: «no creemos que ninguno de estos argumentos sea convicente» (72). Y es que, en efecto, a mi juicio, no resulta fácil conjugar un instituto fundado en la libertad (*ius eligendi*) con un sistema de legítimas, que instala este deber moral en el marco de un proceso legal, para abarcar todas las hipótesis de «testadores olvidadizos». Mientras que el *ius eligendi* propio de la reserva es de suyo una institución de confianza —fiducia—, la legítima se inspira en la desconfianza.

En trance de «hacer analogía», declara la S. de 14 de diciembre de 1957, comparando la reserva lineal y la reserva matrimonial que, en la reserva lineal, aparece más clara la analogía con la sustitución fideicomisaria condicional o con la legítima corta o estricta, y no con la reserva matrimonial, de la que difiere «tanto por su origen como por su objeto», por la persona a quien se impone, por la del favorecido y por la procedencia de bienes.

Pero en determinadas materias, añade, el régimen de ambas reservas puede ser idéntico:

a'') Aseguramiento del derecho eventual de los reservatarios.

b'') Enajenación de bienes reservables.

Si bien, tal identidad, concluye, no puede aplicarse a otras situaciones jurídicas discrepantes. La razón fundamental estriba en el fin, que no es común a ambas; la reserva ordinaria sirve al carácter familiar, y la lineal responde al mantenimiento de los bienes en la línea de su procedencia.

Precisamente por ese carácter familiar y su matiz fiduciario, de que carece la norma del art. 811, la reserva ordinaria permite los actos dispositivos *post mortem*, lo que la lineal, carácter impositivo, prohibitivo, impide: «si se concediera al reservista tal facultad, igual razón existiría para otorgarle la de desheredar a alguno de sus hijos reser-

(72) Cfr. J. VALLET DE GOYTISOLO, *Las legítimas*, I, p. 534.

vatarios, y, por esta senda, se llegaría a la conclusión absurda de que el reservista podría desentenderse de los reservatarios para disponer libremente», argumento empleado en la referida sentencia con más vigor persuasorio que rigor científico. Pero, ciertamente, es esta una diferencia fundamental entre las dos reservas, la facultad de mejorar atestigua la finalidad familiar prioritaria en la reserva vidual respecto de la conservación del patrimonio en línea de procedencia propia de la reserva troncal.

En pro de la tesis de la libertad que el bínubo tiene, si se ha respetado la legítima estricta (por el causante de la reserva), de distribuir los bienes reservados mejorando a alguno, pudiera invocarse un argumento de equidad. En efecto, el Código civil, con referencia a los bienes recibidos de los hijos piensa en el supuesto más frecuente, los recibidos a la muerte del hijo. Pero no debe descartarse, con ser menos frecuente, la hipótesis de bienes recibidos en vida del hijo.

La facultad de mejorar presupone la fijación de la legítima, y en su cómputo ha de tenerse en cuenta, dado el carácter fiduciario, lo realizado por el causante; no sólo ha de atenderse al ámbito personal del reservista.

La reserva, como delación especial, anuda esa masa segregada con el patrimonio hereditario del causante de la reserva, a modo de una herencia anticipada, en lo que guarda cierta analogía con la colación.

Que se trata de una delación especial se desprende, a mi modo de ver, de esa característica propia, cuyas manifestaciones son, además:

1.<sup>a</sup> *El acto de adquisición* es el término de referencia de todo el régimen de las reserva ordinaria, lo que el Registro publica y exterioriza en la inscripción.

2.<sup>a</sup> *El «grupo parental»*, concepto de relación, implica la conexión continuada con el difunto consorte.

3.<sup>a</sup> *La voluntad presunta* del causante enlaza el deber de actuar (disponer, testar, mejorar) del reservista a la no actuación por éste, *ab intestato*, en este caso por la vía de la distribución igualitaria: la equidad en este caso exige que se asegure la igualdad entre los herederos.

### c) *Obligaciones accesorias*

Como válvulas de seguridad acopladas a la titularidad fiduciaria del reservista, señala el legislador:

#### 1.<sup>º</sup> *Inventariar bienes y valores*

La jurisprudencia ha llegado a calificar de «importancia excepcional» la que adquiere el inventario; importancia «proporcionada, dice, a su concepto de base fundamental sobre la que descansan las operaciones particionales», S. de 18 de febrero de 1969. Dicha sentencia define como «más digno de proteger y tutelar el interés de la familia», con motivo de decidir acerca del valor jurídico de un pacto tendente a autorizar a su esposa para representar a los hijos de ambos sin recurrir al mecanismo legal del defensor judicial.

El inventario acredita también, en nuestro caso, esa correlación entre la familia y la herencia, esa adscripción al interés familiar.

2.<sup>º</sup> *Anotar* (no inscribir), dar constancia a la condición de reservables de los bienes, art. 184, 185 L. H. y 259 R. H. Se inscribe, no la reserva, sino el acto de adquisición, se presenta el título y resulta inscrita la titularidad fiduciaria.

3.<sup>º</sup> Hipotecar en garantía de:

- a') Restitución de los bienes.
- b') Compensación, por su valor (subrogación real).
- c') Damnificación, por el deterioro «culpable o negligente».

Se trata de una hipoteca —la hipoteca legal— de seguridad, y, dentro de aquéllas, hipoteca de máximo. Luego piensa primariamente en la obligación (daño), secundariamente en los bienes.

## 10. ACCIONES QUE PUEDEN ENTABLAR LOS RESERVARIOS

El tema de las acciones concita el verdadero centro de gravedad de toda la construcción de la reserva, es el punto neurálgico de la institución. Es preciso atender a los dos momentos: inicial y final, mientras vive el reservista y a su muerte. ¿Hasta la muerte del reservista, qué derechos tienen los reservatarios?, qué acciones proceden para hacer valer en su caso la ineficacia del negocio?, ¿frente al poseedor de los bienes?, ¿desde qué momento pueden ejercitarse?

### 1. Carácter y plazo de la acción sucesoria

La acción de que disponen los reservatarios, cuando por el fallecimiento del reservista se consuma su derecho —período de efectividad— *nace* en la fecha del óbito, S. de 2 de julio de 1963. Como en Roma, los hijos no devienen *domini* más que a la muerte del *pater*. Ahora bien, ¿de qué acción se trata?

El problema se ha planteado en la jurisprudencia, afirmándose, con alguna matización, el carácter *real* de la acción del reservatario, a distintos efectos:

- a) A efectos de determinar la competencia: SS de 1 de mayo de 1897, 7 de julio de 1942, 10 de junio de 1943.
- b) A efectos de determinar el plazo de prescripción: S. de 23 de noviembre de 1943.
- c) A efectos de negar su hipotecabilidad, R. de 28 de agosto de 1911. El reservatario tiene una garantía, pero no un derecho «efectivamente real».

Tratándose de un derecho sucesorio, es ociosa la discusión sobre su carácter real o personal, dicen Lacruz y Sancho. El llamamiento al reservatario, y, tras la aceptación, el derecho a los bienes, están sometidos, en su opinión, a los mismos plazos de prescripción extintiva que cualquier otra adquisición sucesoria.

Conexa a la cuestión acerca del carácter de la acción está la del plazo de prescripción.

La jurisprudencia se ha limitado a atribuir a la acción que pueda esgrimir el reservatario carácter real, pero sin explicar si, en virtud de tal carácter, el plazo coincide con el de acción de petición de herencia: SS. de 21 de noviembre de 1902, y 26 de noviembre de 1948.

Vallet de Goytisolo entiende que, de ser acción real, habría que distinguir si se refiere sólo a bienes muebles o bienes inmuebles o a una masa patrimonial integrada por bienes de diferente naturaleza. En el primer caso, afirma, el plazo será de seis años, previsto en el art. 1.962 del Código civil; en los otros dos, el de treinta años, del artículo 1.963. En el caso de que quede circunscrita a la obligación de indemnizar, art. 978, los plazos de veinte o quince años, art. 1964, según haya sido asegurada, con hipoteca o no, su restitución.

Lacruz propone otra distinción según el título: el plazo único de petición de reserva de los sucesores universales es de treinta años, aplicándose los restantes a la sucesión particular. La acción contra el adquirente de los inmuebles enajenados sólo *ad tempus* durará treinta años (73).

## 2. Acciones impugnatorias

Tampoco determina el Código qué acción ha de ejercitarse para impugnar las enajenaciones de inmuebles, otorgadas pendiente la reserva, artículo 975. Los reservatarios no podrán rescindir, anular o resolver tales enajenaciones en vida del reservista, y sí sólo reclamar los bienes al consumarse la reserva; además, la adquisición por los reservatarios no supone que se *retrotraiga* la enajenación quedando nula desde el primer momento: procede únicamente su resolución al fallecer el reservista, e, incluso, prácticamente, ante la reclamación de los reservatarios (74).

¿La muerte del reservista genera para el reservatario una suerte de acción rescisoria?

A juicio de Hernández Gil, no cabe la *acción de nulidad* propiamente dicha, puesto que «ni se prohíbe la enajenación, ni adolece de

(73) Cfr. J. L. LACRUZ BERDEJO y F. DE A. SANCHO REBULLIDA, o. c., página 341.

(74) Benito Gutiérrez sostenía que a la obligación de reservar va íntimamente unida la prohibición de enajenar. Este punto de vista, de consecuencias entorpecedoras para el tráfico jurídico, parecía un postulado lógico de la propia función asignada a la reserva: "deducción necesaria, a no suponerse el absurdo de que las leyes constitutivas de esa obligación quisieron dar al mismo tiempo a aquel a quien la imponen, los medios de eludirla". Cfr. B. GUTIÉRREZ, o. c., p. 67.

La consecuencia inmediata sería la nulidad de las enajenaciones de bienes reservables hechas por el cónyuge antes de su ulterior matrimonio. Tal criterio se mantuvo también en la primera jurisprudencia.

Para Gómez de la Serna son actos completamente perfectos y válidos, pero su eficacia dependerá de que se ejecuten o no en "fraude de ley". Cfr. GÓMEZ DE LA SERNA Y MONTALBÁN, o. c., p. 249.

En último término, son dos puntos de vista extremos alrededor de una misma idea, el fraude. Se trata, para unos, de prevenirlo, y para otros, de remediarlo.

la falta de un requisito esencial»; más bien, se trataría de una acción de anulabilidad o de impugnación.

A juicio de Lacruz, el supuesto encaja mejor en el mecanismo de la *acción rescisoria*: legitimados son personas que no han intervenido en el acto de enajenación, y el fundamento de la acción es evitar los efectos perjudiciales del acto a personas ajenas. Pero esa consideración puede chocar con el sentido limitativo del artículo 1.291, aunque la analogía, dice, no puede negarse. De todas formas, añade, carece de trascendencia práctica que la acción sea anulabilidad o rescisoria, porque el plazo de prescripción es el mismo (75).

Nada clara está la defensa del reservatario frente al daño grave en la individualidad de los inmuebles o la solvencia del reservista. Si, por ejemplo, dice Lacruz, éste comenzara a destruir la cosa reservable, o cayera en concurso o quiebra. Dudo, afirma, de que se impidiera a los hipotéticos beneficiarios de la reserva salvaguardar sus intereses. He aquí, a mi juicio, otra semejanza con la titularidad fiduciaria. Los inmuebles podrán embargarse por los acreedores y venderse, pero sólo responden esos bienes con su propiedad temporal de las deudas del reservista y, por eso, al morir el reservista, se resolvería la propiedad en favor de la masa de bienes reservables; los muebles seguirán un régimen semejante («el ser enajenables no les hace irresponsables»).

La disparidad de criterios responde, en buena medida, a la que el profesor de Castro llama «polivalencia semántica del término *ineficacia*» (76); pero, sobre todo, a que se contemplan situaciones o conflictos de intereses surgidos de la aplicación de los preceptos previstos para casos en que la autonomía no ha establecido un régimen diferente dentro de los límites legales.

De aquí que, a mi entender, tales criterios no tengan un valor absoluto.

En efecto, las consecuencias de los actos dispositivos del reservista no pueden ser las mismas en los casos en que se haya pactado o no un modo de cumplimiento de la obligación de reservar; de que se haya pactado un tipo especial de gravamen, una garantía atípica, vg., depósito en garantía de acciones o valores; si la mejora se establece en pacto sucesorio, cuando éste sea posible, etc.

(75) La doctrina científica, con anterioridad al Código civil, mantienen al respecto posiciones diferentes, que, en realidad, cabe reducir a éstas:

a) Son válidas las enajenaciones hechas incluso después de pasar al viudo o viuda a segundas nupcias, y, aun quedando hijos o descendientes al tiempo del fallecimiento, si dejare bienes suficientes para reintegrarles su importe. Si no los dejare pueden revocar la enajenación, renunciando antes la herencia del reservista. Tal punto de vista corresponde al interés público en la estabilidad de los contratos, se acomoda al principio *favor negotii*.

b) La enajenación no es eficaz, sosteniéndose sólo en vida, porque hasta la muerte del reservista no pueden los hijos ejercitar acción alguna.

c) Desde el momento de la muerte del reservista puede ejercitarse el reservatario acciones contra el poseedor de aquellos bienes, al adquirir a la muerte los hijos el pleno dominio de los bienes reservables.

(76) Cfr. F. DE CASTRO, *El negocio jurídico* (Madrid, 1967).

En cualquier caso, si la titularidad hereditaria es actual, existe un interés legítimo base de la legitimación *ad causam*, ya que la invasión de esa esfera origina un perjuicio, con independencia que sea o no un derecho subjetivo y de la condición de parte o de tercero en el contrato del que se deriva el daño: «Cuando los efectos de un contrato favorecen o perjudican a quien no intervino en el mismo, el ajeno al contrato deja de ser tercero porque el beneficio o perjuicio excepciona el aforismo «*res inter alios acta neque prodest neque nocere potest*», S. de 10 de julio de 1974.

De modo especial en todos aquellos supuestos en que el carácter fraudulento, la intención de perjudicar, presunta en la ausencia de interés, denoten una conducta abusiva o dolosa.

Ante enajenaciones fraudulentas, tiene el reservatario acción de nulidad o el derecho —entiendo— a pedir complemento de garantía. Sin duda alguna, ha de existir defensa contra el fraude y la insolvencia actual del reservista. Como justa causa de retener, procede la *conditio* y la *exceptio doli*, en sus versiones modernas: enriquecimiento injusto y buena fe.

### 3. Legitimación procesal

El tema de la legitimación denota el conjunto de intereses que encierra el régimen jurídico de la reserva.

La legitimación interesa a la vertiente, tanto registral como civil.

En la vertiente registral se requiere determinar quién sea el legitimado para iniciar el procedimiento registral, que no puede ser de oficio por el Registrador, sino acomodado al principio de rogación.

La doctrina, y también la jurisprudencia, de ordinario, piensan en los supuestos normales, de cumplimiento unilateral del reservista y de hipoteca legal. Pero, no ha de perderse de vista la legitimación para el pacto, artículo 185 L. H., y para otorgar hipoteca legal, las garantías cuando intervengan representantes legales, etc.

Pero nos centramos en la legitimación civil, en sentido negativo de no registral: esto es, la legitimación.

¿Cómo calificar la posición del reservatario? La cuestión principal reside en saber si está o no legitimado en el período de reserva pendiente —período de contingencia y de inseguridad—, de cuya cuestión principal es subalterna la de si tiene un derecho subjetivo correlativo a la obligación del reservista, o es mero titular de una expectativa: derecho condicionado, legitimación para exigir unas medidas de seguridad, etcétera.

Entiendo, con la doctrina dominante, que se trata de una posición jurídica actual. El reservatario ostenta un interés actual, y eso le confiere la legitimación pertinente para intervenir en el proceso.

Las razones que pueden invocarse en defensa de este punto de vista son, entre otras:

1. La posibilidad actual de exigir medidas de seguridad, que pueden ser, a mi juicio, preventivas o satisfactivas. De nada serviría, en efecto, un derecho de garantía de no impedir su frustración definitiva.

va, vg., el perjuicio irreparable de una enajenación, como una donación de inmueble con anterioridad a las nuevas bodas (77).

2. La hipoteca, como relación jurídica real, supone un bien en el patrimonio del reservatario, y el deterioro —material o jurídico— de la cosa hipotecada implica un daño patrimonial.

3. Puesto que el derecho a exigir el cumplimiento de la reserva puede asegurarse por pacto voluntario, artículo 185 L. H., entre reservista y reservatarios, la vinculación emanada del pacto, *vinculum juris*, implica una obligación de que se siguen consecuencias patrimoniales actuales; entre ellas, ampliar la zona del interés soporte de la legitimación procesal para impedir actos que pongan en peligro el cumplimiento.

Sin duda alguna, la posición del reservatario tiene relevancia patrimonial, y, en esa relevancia, se basan todas las construcciones en torno a la reserva. Baste pensar que:

a) Si equivale a la posición del nudo propietario, la nuda propiedad no es núcleo vacío, lo que querían destacar aquellas doctrinas, ya examinadas: si es transmisible, hipotecable, etc. .

b) Si su condición equivale a la legítima, el legitimario tiene una prerrogativa legal que le permite la defensa frente a actos de privación o de gravamen invasores.

c) Si se prohíbe el fraude es porque se prevé un *daño*, la trascendencia de unos actos más allá de la frontera de su propio ámbito patrimonial.

d) El derecho de garantía presupone una relación jurídica, y el deterioro o disminución de la garantía por culpa o negligencia, por actos voluntarios del obligado a prestarla es un *daño* actual en el patrimonio de que dicha garantía forma parte. El supuesto guarda analogía con el deber de conservar la cosa hipotecada y la acción de devolución.

El problema práctico radica en su consideración como objeto de tráfico. A la susceptibilidad de su condición de objeto de tráfico se oponen también motivaciones prácticas; entre otras, algunas tan realistas como que ofrecería el riesgo de especular anticipadamente, dando ocasión a la usura y al agio (Vallet de Goytisolo). Pero, precisamente por estas razones «extrajurídicas», es difícil encontrar una *tipicidad técnica*, que ha querido buscarse alrededor de estas posiciones jurídicas, la expectativa o el derecho subjetivo.

La enajenación del derecho de adquisición futura por los reservatarios es tema debatido por la doctrina y por la jurisprudencia. La S. de 1 de abril de 1914 lo calificó de «disponible», aunque «condicionalmente».

Niegan la posibilidad de enajenación y gravamen, Sánchez Román, Manresa, Ruiz Artacho. Defienden su posibilidad Roca, Castán, De Buen, Morell y Azurza. Para Roca las dificultades son aquellas inherentes a un derecho condicionado, pero advierte:

1.<sup>º</sup> Los derechos condicionales o condicionados son transmitibles

---

(77) Un supuesto tipo de seguridad *satisfactivo* se plantea como controvertido en S. de 1 de abril de 1914, ya examinada anteriormente.

*inter-vivos* y *mortis causa*, siempre que no carezcan de contenido; y el del reservatario, durante la fase de pendencia, tiene una «situación de expectativa». Más dudosa es, añade, la transmisión *mortis causa*, porque el reservatario ha de sobrevivir y, si fallece antes, la condición se ha frustrado.

2.<sup>º</sup> Tampoco impide la transmisión el hecho de que se trate de derechos hereditarios; pese al artículo 1.271 del C. c., no es un pacto sucesorio, puesto que los bienes forman un grupo aparte del patrimonio del reservista. Sobre todo, porque es, en efecto, sucesión, pero del cónyuge premuerto.

3.<sup>º</sup> Que el derecho de los reservatarios se pierda por premoriencia, tampoco es obstáculo, porque no significa eso que se trate de un derecho personalísimo.

En último término, la venta hecha por el reservatario no es de «cosa esperada», ni enajenación a *non domino*, precisamente porque existe ya la titularidad hereditaria, como ocurre con el cedente, pese al desplazamiento patrimonial del derecho hereditario, conserva la cualidad personal de heredero.

Entiendo que la idea básica reside en la legitimación *ad causam* en que puede apoyarse la pretensión que permita la intervención judicial al margen de una determinada calificación de derecho subjetivo infringido.

En efecto, la legitimación *ad causam* se basa en el interés digno de tutela, no en la consideración de derecho subjetivo, pleno o expectante. Hay derechos subjetivos no tutelables por falta de interés legítimo y hay intereses dignos de tutela que no revisten la condición de derechos subjetivos.

En nuestro caso, el hecho de que exista una titularidad hereditaria conlleva la exigencia de la tutela a un interés legítimo constantemente afectado en vida de la reserva por la actuación del reservista.

Tal titularidad hereditaria se proyecta a los bienes reservables como fuente de derechos y de obligaciones.

En orden a los bienes recuerda la posición del reservatario a la de una titularidad preventiva, que tiene por objeto un derecho condicionado o eventual.

La titularidad preventiva supone estas facultades: acciones para pedir medidas conservatorias —impedir que se frustre el derecho eventual— (inventario, hipoteca legal) y facultades de disposición del derecho eventual.

A mi juicio, por ser titular hereditario responde a través del título de herencia, que, si bien ha sido deferida con separación de la herencia ordinaria, le da la condición de titular con responsabilidad actual (78). De ser así, porque responde, ninguna duda cabe de que pueda disponer: más aún, en ocasiones *debe disponer*. De nuevo, nos encontramos con el carácter fiduciario de la institución (79).

(78) En la Compilación catalana se confirma de modo expreso que los reservatarios suceden al causante de la reserva y no al reservista, artículos 269-271; tesis defendida por Roca.

(79) Osorio Morales defendió, en el tomo 171 de la R.D.P.. en un jugoso

Por tratarse de una situación transitoria, la posición de los reservatarios recuerda también y guarda indudable «razón de semejanza» con las titularidades interinas, como pueden serlo la sustitución fideicomisaria a favor de personas no existentes, artículo 641 del C. c., los heredamientos a favor de hijos nacederos, artículo 80 R. H.

## 11. DISPOSICIÓN DEL DERECHO POR EL RESERVATARIO

La posición jurídica del reservatario, decíamos, conecta con el doble ámbito, ámbito de poder y responsabilidad, correlativo a la titularidad hereditaria y al patrimonio afecto del que los bienes reservables constituyen elemento principal mas no el interés prioritario.

A esa incidencia dual se refieren las cuestiones ya apuntadas, correlativas, en su mayor parte, a actos dispositivos del reservista. Baste recordar alguna de esas cuestiones especialmente debatidas, que indica a las claras la dependencia de la titularidad hereditaria.

1.<sup>º</sup> Si el reservatario se coloca o no en el lugar del reservista vendedor al fallecimiento de aquél, cuestión controvertida en SS. 4 de julio de 1896 y 1 de febrero de 1900.

2.<sup>º</sup> Si el reservatario ostenta una titularidad autónoma cuya fuente es la delación especial, ha de contar, pienso, desde la aceptación explícita o implícita con la posesión civilísima que *ipso jure* se transmite, salvo renuncia a esa herencia.

Y, por lo que se refiere a su condición de adquirente de bienes, es elevado el cúmulo de opiniones en torno a si el reservatario tiene en vida de la reserva un derecho ya adquirido en los bienes (nuda propiedad), un simple derecho de garantía, como acreedor del dominio, prohibición de disponer impuesta al reservista, un derecho condicional susceptible de pacto y transmisión...

En íntima conexión con estos problemas está el de si el reservatario puede o no disponer en vida de la reserva.

¿Qué tipos de actos de disposición se permiten al reservatario?

### A) *Actos de disposición del reservatario mientras vive el reservista*

En rigor, éste es uno de los núcleos principales de la problemática sobre la posición jurídica del reservatario; baste señalar alguna de las cuestiones más debatidas:

1.<sup>º</sup> Si el reservatario carece o no de alguna facultad dominical sobre los bienes reservables hasta la consumación de la reserva, esto es, si su derecho con relación a los bienes del causante de la reserva es eventual o actual.

2.<sup>º</sup> Si el fallecimiento del reservista supone o no transmisión hereditaria de éste al reservatario.

---

comentario a la S. de 18 de abril de 1942, pp. 671 y ss., que “en la reserva, el reservatario no hereda al reservista, de suerte que éste no es el autor o causante de la sucesión”.

3.<sup>º</sup> Si el evento de la muerte del reservista implica el hecho de que dependa el cumplimiento de la condición.

4.<sup>º</sup> Si la enajenación que de su derecho realiza el reservatario, *pendiente conditione*, constituye o no contrato sobre herencia futura, pacto que caería en el ámbito de la prohibición establecida en el artículo 1.271 C. c.

Problemas éstos que, en expresión de Ossorio Morales, están en función del que suscita la naturaleza jurídica del derecho del reservista, «pues, en realidad, se trata de dos facetas de una misma relación».

Vamos a fijarnos, sobre todo, en estos tres tipos de actos: enajenación, renuncia, asentimiento.

a) Actos de enajenación o gravamen del derecho de reserva; como vimos, niegan su posibilidad Sánchez Román, Manresa, Ruiz, Artacho, mientras que la afirman Roca, Castán, De Buen, Azurza. En realidad, es ésta mera consecuencia de la tesis según la cual hasta la muerte del reservista sólo tienen los reservatarios una esperanza de derecho, y, a lo sumo, se les reconoce la facultad de instar medidas de garantía.

La finalidad protectora de la reserva no excluye, entiendo, actos de disposición necesarios para cubrir responsabilidades inherentes al patrimonio del causante de la reserva. Por la sencilla razón de que, si es heredero, responde, y, si responde, debe disponer para pago de deudas.

b) Actos de renuncia; la dificultad legislativa nos la presenta el artículo 990, a cuyo tenor no podrá hacerse la aceptación o repudiación de la herencia en parte, a plazo ni condicionalmente, ¿sería éste un pacto sucesorio? A favor de la posibilidad tenemos el artículo 269 de la Compilación catalana y la S. 27 de febrero de 1971. Por no ser adquisición hereditaria de una herencia futura sino *ya causada*, no cabe entenderlos como pactos hereditarios.

c) Actos de asentimiento a la venta de los bienes como libres; la purifica, como forma *sui generis* de negocios de asentimiento.

En definitiva, la titularidad hereditaria no es un derecho, es fuente de deberes y derechos para el reservatario.

De la titularidad emana una responsabilidad, determinante de conductas exigibles o permitidas al reservatario. Entre otras:

1.<sup>a</sup> Acordar medidas de garantía y establecer acuerdos de cumplimiento con el reservista. Si puede pactar, del pacto surge una relación negocial, con repercusiones actuales de índole patrimonial: incumplimiento del pacto, daños y perjuicios, etc.;

2.<sup>a</sup> Si puede hipotecar, con hipoteca tanto voluntaria como legal, puede ceder el crédito hipotecario, mientras que permanece la titularidad como calidad personal;

3. Si puede purificar por asentimiento la venta como libres de los bienes reservables indica que, como en todos los negocios de asentimiento, está autorizando a actos de inmisión relativos a elementos patrimoniales ajenos;

4.<sup>a</sup> La renuncia a la reserva ha de ser de *todos*, puesto que es una forma de cotitularidad. Pero por tratarse de un ámbito de autono-

mía, acto voluntario a la renuncia de *parte* se aplica la doctrina de los actos propios.

### B) *Consumada la reserva*

Hemos de distinguir, en orden a las acciones frente al reservista, dos supuestos diferentes:

1. Que los reservatarios sean *además* herederos del reservista. Les es aplicable la doctrina de los actos propios;

2. Que no lo sean; vg., por haber renunciado a la herencia del reservista, podrán entonces ejercitar acciones de impugnación relativas a actos realizados por el reservista.

La doctrina moderna se inclina a pensar que el reservatario recibe los bienes única y exclusivamente del cónyuge gravado por la reserva y los recibe como procedentes del causante de la reserva. El reservatario es sucesor *formal* del reservista y *real* del causante de la reserva. De aquí que:

a') Puede exigir a los herederos del reservista indemnización por falta de diligencia atribuible a su causante en la conservación de los bienes;

b') Sólo responde de las deudas de que respondía el reservista *por razón de los bienes vinculados*;

c') Suceden en los bienes reservables con arreglo a las normas sobre la sucesión de descendientes legítimos, artículo 973, salvo, en cuanto a las mejoras, al amparo del artículo 972.

d') Pueden interponer acción de impugnación de las enajenaciones a que se refiere el artículo 975. Si tienen además el carácter de herederos del reservista, las SS. de 4 de julio de 1896 y 6 de mayo de 1902 declaran que, en cuanto a tales herederos, no les es lícito impugnar los actos realizados por su causante.

## 12. EXTINCION

La reserva cesa:

1.<sup>º</sup> Por muerte del cónyuge viudo, ya que, entonces se cumple el objeto y fin.

2.<sup>º</sup> Por muerte de los hijos antes que el viudo; a la muerte se equiparan la desheredación, indignidad, incapacidad de suceder y, siempre a salvo el derecho de representación, artículos 971, 973, 761, párrafo 2.

3.<sup>º</sup> Por pérdida de los bienes, salvo la subrogación real.

4.<sup>º</sup> Por renuncia expresa (80); los mayores de edad, con derecho a los bienes reservados; renuncia que puede ser:

---

(80) En Derecho histórico se planteó el problema de la validez de la renuncia presunta, entendiendo por tal la aprobación por los hijos del segundo matrimonio. Gutiérrez, De la Serna, resuelven afirmativamente esta cuestión.

También se planteó en Derecho histórico la cuestión acerca de si cesa o no la necesidad de reservar cuando el cónyuge autorizó al sobreviviente el

a) Antes (81); durante la pendencia;  
 b) Después; si es uno sólo, acrece la porción vacante a los demás; ver Res. de 30 de marzo de 1945. Para que la renuncia produzca el efecto real de acabar con la limitación que afecta al reservista y sea inscribible, se requiere:

1. Que renuncien todos y cada uno de los hijos. Si la renuncia fuera de uno sólo o de alguno, pero no de todos, la reserva no se extinguirá, aún cuando en virtud de la doctrina, de que nadie puede ir contra sus propios actos, el renunciante quedará vinculado a ellos y, consumada la reserva por muerte del reservista, no podrá beneficiarse de ella. Con eso, ¿se ha renunciado a un derecho futuro, o se ha evitado su nacimiento?

2. Que sean mayores de edad y con facultades dispositivas.

### 13. RECAPITULACION

La regulación de la reserva ordinaria en el Código civil es, como la de tantas otras instituciones, muestra del compromiso de antiguos prin-

segundo matrimonio. Prevalece la tesis de que es beneficio de los hijos, por lo que se introduce la reserva y no en consideración a los padres.

Entiendo que es ésta una muestra concreta de la tesis aquí sostenida del interés familiar que siempre tuvo su lugar de preeminencia en la reserva. Y así:

1.<sup>º</sup> En el Fuero Juzgo (ley 2.<sup>a</sup>, tít. V), con relación a si sujetas las arras, que resuelve en sentido afirmativo, se expresa con claridad que es "por la crianza de los cuales (de los hijos comunes), por lo que fue hecho el casamiento".

2.<sup>º</sup> La reserva no se extiende a los hijos no comunes del premuerto, Sentencia de 9 de mayo de 1859.

3.<sup>º</sup> No excluye pactos de contraer nuevo matrimonio porque "no nace de la injuria", sino del interés familiar.

(81) En realidad se trata de tres formas o supuestos de renuncia, de ellos, dos con régimen especial, art. 970, y uno con régimen general.

1.<sup>º</sup> Renuncia en el *acto de adquisición*, esto es, renuncia anticipada, cosas dadas a los padres por sus hijos sabiendo que estaban por segunda vez casados, artículo 970 del C. c. Lo que implica que no es el disfavor de las segundas nupcias, sino la finalidad inherente a la disposición misma, lo que se toma en consideración.

2.<sup>º</sup> Renuncia a la *titularidad hereditaria* por los reservatarios, que ha de ser colectiva, voluntaria y libre, como la renuncia a la herencia, artículos 988 y 990 del C. c.

3.<sup>º</sup> Renuncia a los *derechos hereditarios* ya causados, muerto el reservista, que es simple manifestación de la renuncia a los derechos adquiridos, artículo 4.<sup>º</sup> C. c. El Código civil atiende con preferencia a la renuncia a la titularidad hereditaria, y en esa forma de renuncia se pone de relieve la finalidad familiar. En uno de los considerandos de la Res. de 30 de marzo de 1925 se confirma esta idea: la finalidad de orden interno familiar perseguida por la reserva tradicional del cónyuge viudo se da por alcanzada cuando los hijos del matrimonio causa de la misma, como representantes de todas las ramas o líneas descendientes que pueden invocar la protección de la ley para no verse privadas de los bienes del antecesor común, autorizan la libre enajenación de los mismos y completan o purifican la propiedad condicionada del cónyuge superstite".

cipios latentes en el Derecho histórico con las nuevas ideas de protección al crédito territorial y libertad del dominio, que tanto influjo tuvieron en la redacción de la Ley Hipotecaria y en el Código civil. De ahí que el sistema del Código no sea en esta materia ni homogéneo ni original.

La virtual influencia de la idea de *fides* informa con amplitud el régimen jurídico de la reserva ordinaria en el Código civil y es asimismo la idea inspiradora en las legislaciones forales. De modo particular se recoge:

a) En las diversas manifestaciones de la *exceptio doli*, que preside lo concerniente a los actos dispositivos realizados por el reservista, donde ejerce indudable relevancia: simulación, ausencia de interés, abuso, fraude...

b) De modo tangible inspira lo concerniente al ejercicio del *ius eligendi*, facultad de mejorar prevista en el artículo 972 C. c.

c) Por razón de la *fides o confianza* se agrava la responsabilidad por pérdida o deterioro, extendiéndola a los supuestos de dolo o culpa, excepción a la regla general que rige en la liquidación de un estado posesorio, donde el poseedor de buena fe sólo responde en los casos en que se justifique haber procedido con dolo, artículo 457. Al reservista como poseedor le es inherente una diligencia en la conservación material y productiva de la cosa, artículo 978, 2.<sup>a</sup> C. c.

La enérgica reacción frente a institutos inspirados en la idea de *fides* por el designio de no obstaculizar la libre circulación de los bienes impide advertir el enlace de la disposición de bienes por el reservista con la vieja idea de gestión, de administración, de diligente custodia, que en nada se opone al crédito y a la realización de bienes siempre que sea procedente, y sí al abuso y al fraude.

De otra parte, al desplazarse la reserva de su lugar propio, el ámbito familiar, resulta difícil conciliar el hecho de que coexistan una titularidad hereditaria actual (cualidad personal) con la de un eventual adquirente de bienes (condición patrimonial), lo que resulta perturbador para la recta inteligencia de la posición jurídica del reservatario.

De ahí la necesidad de analizar lo que tiene de peculiar en la reserva la titularidad y el patrimonio hereditario.

Las diversas posturas doctrinales y jurisprudenciales recogen de alguna manera esta amalgama de criterios. Y así, la idea de «cuota disponible» y de legítima inspiran la equiparación del reservista al usufructo (viudal) o la posición del reservatario a un legitimario (82).

La idea económica de la libre circulación de bienes se recoge al forzar la sinonimia del dominio pleno del reservista sobre los bienes ante el que es expectante el del reservatario, que deriva, sin solución de continuidad, según aquella tesis, del patrimonio hereditario del reservista (transmisión hereditaria).

En el *desvío* que la reserva supone de esos principios socioeconómicos

---

(82) El término “propiedad” que emplea el artículo 968 del Código civil excluye la cuota de usufructo del viudo, término que, en consecuencia, adquiere su significado propio en el sistema legitimario del Código civil.

cos, se basa la jurisprudencia anterior al Código para asignar carácter restrictivo a la interpretación, por tratarse de un derecho excepcional. Excepcional por afectar a la libertad de testar, al orden normal de suceder, por disminuir o coartar los derechos que los padres tenían, por limitar la propiedad, por no evitar la extensión a bienes comprendidos en ella como bienes de mayorazgos (S. 26 de octubre de 1858). El carácter de pena o coerción atribuido al régimen romano es una simple excusa para consolidar con una aparente justificación histórica aquellos principios en la versión de la filosofía del Código civil.

Examinadas las diversas cuestiones que la reserva ordinaria suscita, y para recapitular los puntos tratados, podemos decir, frente a la residual inspiración dogmática del instituto y más en consonancia con la efectiva tradición jurídica, que es el verdadero trasfondo común a las Compilaciones y al propio Código:

1.<sup>º</sup> El hecho de repetir nupcias o el reconocimiento por el viudo, de un hijo natural, es el *título* —razón legal— que supone para el reservista una exigencia en orden a los bienes: la obligación de reservar; obligación que, en determinados casos, puede excluirse y siempre graduarse su cumplimiento por acuerdo.

2.<sup>º</sup> Puesto que los reservatarios suceden —sucesión real— al causante de la reserva son, a la vez que interesados en orden a los bienes, «continuadores de la personalidad del causante», destinatarios del cumplimiento pretérito de deberes morales: este deber moral —interés familiar— es común a los cónyuges (recíprocidad), y en él se funda la titularidad hereditaria, que es *actual*, de los reservatarios.

3.<sup>º</sup> La propiedad adquirida por el reservista, pendiente la reserva, recobra un claro matiz fiduciario, que imprime limitaciones, con eficacia personal y real (83), reformada por la constatación registral (adquisición-limitación), y permite distinguir en la posición del reservatario la titularidad hereditaria, cualidad personal, de la condición de adquirente de bienes.

4.<sup>º</sup> Los bienes, de los que el reservista es propietario, sirven de base económica o garantía, accesoria, para la efectividad de la obligación de reservar, y los reservatarios tienen un derecho actual a esa garantía, que tiende a consolidarse en el tiempo: fianza, hipoteca general, hipoteca especial...

5.<sup>º</sup> La obligación de reservar es, en consecuencia, una obligación principal de contenido múltiple, que importa una «limitación» al dominio en una triple vertiente:

a) *Personal*: exige una diligente conducta (contenido positivo) en orden a la gestión de los bienes (*buenas fe*), con acciones pertinentes frente al abuso o infidelidad (*fides*) del reservista.

b) *Real*: significa una limitación en el goce y disposición (fin sub-

---

(83) Las manifestaciones históricas más importantes son las tendentes a evitar el abuso y el fraude de ley. Tratan de evitar que el donatario no abuse de su liberalidad; la «más grave dificultad es si, caso de enajenación, se impone una prohibición de disponer, o si ha de distinguirse según haya o no bienes suficientes; si la enajenación anterior es fraudulenta y cómo probar el fraude...»

yacente), haciendo abusiva la facultad de exclusión frente al interés legítimo de los reservatarios.

c) *Registral*: asegurar la efectividad de la reserva con eficacia *erga omnes*.

6.<sup>o</sup> En vida del reservista, en consecuencia, los reservatarios tienen, en bloque, una cualidad personal —titularidad hereditaria—actual, pero no son adquirentes de bienes.

Dicha titularidad actual se manifiesta:

a') Como núcleo principal del interés legítimo base de la legitimación *ad causam*.

b') Como derecho a promover medidas de garantía.

c') Como derecho a exigir del reservista una conducta, de honda raíz histórica, frente al abuso o fraude.

d') En las relaciones entre masas: si hay deudas en el patrimonio del causante de la reserva, a ellas alcanza el deber inherente a la responsabilidad del patrimonio hereditario, artículo 1.911: «antes pagar que heredar».

e') Los reservatarios en bloque son cotitulares de la posesión civilísima, y la liquidación del estado posesorio es el centro de intereses a que da lugar la fase llamada «reserva consumada».

Su condición de adquirentes de bienes presupone, en cambio, el paso de los bienes del patrimonio del reservista, mediante sucesión derivativa traslativa (o constitutiva, si así se acordase), al de los reservatarios.

En definitiva, la *cualidad personal de herederos* y la *condición de adquirentes de bienes* no coinciden; pero ambas se implican recíprocamente.

Los mecanismos, adquisición del reservista, obligación de devolver, se asemejan a las titularidades fiduciarias en la necesidad de acoplar la titularidad externa a la confianza interna como *prius* o fin subyacente; conocido en nuestros días este resorte con mayor precisión técnica y rigor jurídico, pudiera ser también el camino a seguir de *jure condendo* en la regulación de este propósito. La llamada a la *fides* enlazaría así el pasado al futuro, como un elemento para la reconstrucción del Derecho sucesorio sobre una base familiar, designio que Castán asignaba a las reservas.

# Razón y codificación

Por ENRIQUE ZULETA PUCEIRO,

Abogado

## INTRODUCCION

El proceso de la codificación constituye una de las concreciones culturales y políticas más importantes del pensamiento de la modernidad. A su configuración histórica concurren elementos e influencias diversas que se insertan en el contexto más amplio de la Epoca de la Razón y, dentro de la misma, de la compleja génesis y consolidación del Estado Moderno. Si se tiene en cuenta el hecho, tantas veces señalado por la historiografía contemporánea, de que la evolución de la estructura política de nuestro tiempo es, al mismo tiempo, el proceso de su paulatina racionalización, el papel que en el mismo cumple la codificación otorga el máximo interés a nuestro tema. Como pieza fundamental de la teoría jurídico-política del Iluminismo, la misma está orientada a la formulación en lenguaje legislativo de la empresa de modificación revolucionaria de la sociedad. Para muchos —y ciertamente para sus protagonistas— en ello reside, precisamente, su justificación histórica. Indagar en el sentido ideológico y político de la Codificación implica, pues, penetrar en la concepción del mundo y de la vida de toda una época de la historia moderna de Occidente.

Las dificultades de una empresa como la propuesta no pueden subestimarse. Y sobre todo en el campo de la historia y la filosofía del derecho, donde los importantes logros con que se cuenta hasta el momento distan mucho de haberse consolidado en resultados definitivos. Con todo, los mismos permiten aventurar un esquema como el que nos proponemos desarrollar. A nuestro juicio, la codificación implica el momento principal y final del Iluminismo en su aspecto jurídico. La historia de su afirmación, entre fines del siglo XVIII y fines del XIX con repercusiones que llegan tal vez hasta nuestros días, es, a la vez, la historia de la quiebra de una tradición científica y el nacimiento de un nuevo concepto de ciencia y saber acerca del derecho. Codificación, razón y dogmática se suponen mutuamente y entrelazan sus desarrollos respectivos de manera problemática y compleja. Abordemos, pues, los temas propuestos, desde la doble perspectiva de la historia y la filosofía del derecho.

Podría decirse, con Cattaneo (1), que una consideración del trasfondo histórico a que hemos aludido presenta esencialmente cuatro problemas.

El primero es de carácter *político* y se refiere al significado político del Iluminismo jurídico en sus diversos momentos de evolución. Se vería en este punto cómo tal concepción del derecho y el Estado estuvo unida en un principio al Absolutismo Iluminado, para pasar luego a una fase liberal y democrática —de la cual es expresión radical la Revolución Francesa—, y culminar finalmente, en una fase de “retorno”, de liberalismo moderado o conservadurismo burgués que operará una síntesis de elementos tradicionales y reformistas sobre las que se basará la Codificación.

Un segundo problema es de carácter *filosófico*, y atañe a la explicación de las relaciones profundas que ligan a la doctrina jurídica iluminista con sus premisas de fondo en el orden filosófico. Como cuestión fundamental en este nivel, nos preocupa determinar los lazos que unen a la filosofía del “retorno a la naturaleza” y al naturalismo progresista con la construcción jurídica del legalismo formalista. Su confluencia sin contradicciones es, tal vez, el dato básico de la filosofía política de la modernidad.

Un tercer problema es específicamente *filosófico jurídico* y, como tal, depende esencialmente del anterior. Concerne a las relaciones históricamente determinadas que existen entre el iluminismo jurídico, el positivismo y la codificación. El objeto del estudio es aquí la determinación del concepto del derecho que subyace a la construcción jurídica moderna, y en sus múltiples alcances, nos llevaría a considerar el nacimiento y los supuestos de la moderna ciencia del derecho.

Pero con ello arribamos directamente a un cuarto problema, de carácter *jurídico*, que se refiere a la determinación de la teoría y metodología de la codificación, analizada en sus supuestos y resultados principales.

Con todo, puede decirse que estos cuatro problemas se confunden e interpenetran íntimamente, hasta el punto de hacer imposible un estudio singular y aislado. Si pudieran fundirse en una única problemática global, podría decirse que todos ellos plantean, en el fondo, el problema más vasto y general del *formalismo* en el pensamiento jurídico y en el derecho moderno. El auge y la crisis del Iluminismo jurídico es, para nosotros, el auge y crisis del formalismo. Las reacciones contra la escuela de la exégesis y el culto al *Code* son, en su diversidad, formas de una misma actitud *antiformalista* en el terreno jurídico. Como momento fundacional de la reacción contra la escuela de los Comentadores suelen fijarse la década del 80 (2) y si se repara en todos los movimientos posteriores, como, por ejemplo, las sistematizaciones de Gény, Duguit, Hauriou o Jèze se verá que la crisis del racio-

(1) CATTANEO, M.: *Iluminismo e legislazione*. Milán, 1966, p. 10.

(2) BONNECASE, J.: *La science du droit privé en France au début du XIX e. siècle*. París, 1914, pp. 348-349, y, en general, ARNAUD, A.-J.: *La paix bourgeoise*, en *Quaderni Fiorentini*, 2, Milán, 1973, p. 163.

nalismo filosófico guarda un correlato fundamental con la crisis del formalismo en el derecho.

Es por ello que en nuestro estudio enfocaremos de manera específica el tema de la incidencia del formalismo jurídico en la codificación, dejando de lado por el momento algunos de los aspectos que hemos señalado, en la convicción de que las dificultades y ambigüedades que presenta el objeto de estudio justifican suficientemente los límites propuestos. En rigor, el estudio de los supuestos básicos del formalismo jurídico sólo ha suscitado el interés de los estudiosos en épocas relativamente recientes y, como señala acertadamente González Vicen, sería un error creer que hoy poseemos una idea clara y definitiva de la estructura ideal, de los motivos y de la función de esta gran corriente metódica que durante más de un siglo ha dominado y domina aún en gran parte al pensamiento jurídico (3).

Históricamente, el formalismo y la ciencia del derecho en su sentido más estricto reconocen en la codificación no sólo una concreción técnica sino, sobre todo, una ocasión y una fuente de inspiraciones decisivas. No debe olvidarse el hecho de que la ciencia del derecho nace de la compleja sistematización de influencias y corrientes de ideas que se opera en la obra de Savigny y especialmente su alegato en contra de la codificación general para Alemania. Diríamos que en los términos de la célebre polémica están ya planteados y desarrollados los supuestos esenciales de la dogmática y de la moderna ciencia del derecho. Reafirmados o negados, estos serán los cauces por los que inevitablemente deberán discurrir los esfuerzos de la reflexión científica acerca del derecho hasta nuestros días. Como concepto histórico, la ciencia del derecho europea fue fundada por la Escuela Histórica sobre dos ejes de sustentación: el Derecho positivo y el método dogmático (4). Ambos se encuentran

(3) GONZÁLEZ VICEN, F.: *Sobre los orígenes y supuestos del formalismo en el pensamiento jurídico contemporáneo*, en "AFD", VIII, 1961, p. 47.

(4) Cfr. sobre esto, GONZÁLEZ VICEN, F.: *La filosofía del derecho como concepto histórico*, en "AFD", XIV, 1969, p. 63, y HERNÁNDEZ GIL, A.: *Meditación sobre los saberes acerca del derecho*, publicado como epílogo a su *Metodología de la ciencia del derecho*. Madrid, 1973, III, p. 404. "Desde la escuela histórica—escribe Koschaker—, data el frecuente uso de la expresión Ciencia del Derecho y sus múltiples derivados, que ha dado lugar a no pequeñas confusiones". *Europa y el Derecho Romano*. Madrid, 1955, p. 477. Nuestra afirmación debe ser entendida en el sentido de que la Escuela Histórica sienta las bases de la moderna ciencia del Derecho, en su vertiente dogmática, tal como fueran expuestas a partir de los escritos de Savigny en torno al problema de la Codificación y luego en los del primer Ihering. Lo cual no significa ignorar el hecho de que la constitución de un saber científico —en el sentido moderno—acerca del Derecho, hunde sus raíces en el proceso de sustitución del pensamiento escolástico clásico por el idealismo racionalista. Como bien dice Franz Wieacker, refiriéndose a la historia del Derecho privado en la edad moderna, ésta "surge del camino realizado por la especulación jurídica hacia la ciencia; la creación de un *Studium secular jurídico* en Lombardía y en Francia, y la difusión de ese sistema por Europa". Cfr. su *Historia del Derecho privado en la Edad Moderna*. Madrid, 1957, p. 7. A partir de esta conciencia de la *unidad* del proceso de constitución teórica y metodológica de la ciencia del Derecho, podrá reconocerse como hitos funda-

esencialmente unidos al fenómeno de la Codificación y reconocen asimismo clarísimos antecedentes en el iusnaturalismo racionalista y en el paradigma epistemológico de las ciencias de la naturaleza. La superación de la crisis de crecimiento que parece experimentar hoy la ciencia del derecho impone, pues, ante todo, una comprensión del proceso de su gestación y de los supuestos que le sirvieron de base y de inspiración. Entre éstos, tal vez quepa subrayar por de pronto a uno, que a pesar de su importancia decisiva debe quedar pospuesto en nuestra consideración: la ciencia del derecho, tal como hoy se la concibe y practica hoy por parte de los juristas, nació de una negación expresa de la filosofía. La evolución experimentada por un Ihering es una demostración de que los "artesanos" de la nueva visión científica no estaban aún absolutamente desconectados de la tradición filosófica. Pero aún así, la actitud básica es clara. Y difícilmente pueda soslayarse la consideración —o reconsideración— del papel que quepa a la ausencia de una verdadera dimensión metafísica, en el proceso de crisis del saber jurídico. Ello parece absolutamente necesario para todo intento de restauración renovada de la ciencia del derecho. Y el hablar de "restauración" ya nos pone en el camino de una consideración histórica y, sobre todo, de la búsqueda de una tradición científica aún no totalmente perdida, a pesar de los avatares de la ciencia y el derecho frente a los condicionamientos de la Revolución.

## I

## MODERNIDAD Y DERECHO

Al abordar el tema de la modernidad como momento en la evolución del pensamiento jurídico es menester, ante todo, evitar ciertos equívocos y simplificaciones bastantes frecuentes, provenientes, sobre todo, de una actitud ideológica que busca en el evolucionismo dialéctico y en la contraposición esquemática de momentos históricos la clave íntima del acontecer. El momento intelectual y político de la modernidad es un universo complejo de factores que se entrecruzan

---

mentales al *mos italicus* de los siglos XII al XVI, al Derecho Natural Racionalista del siglo XVII y al naturalismo jurídico de fines del XIX y principios del XX. En el trasfondo, debe tenerse en cuenta que esta evolución histórica es el resultado de la repercusión del movimiento científico jurídico sobre la realidad del Estado y la Sociedad, movimiento que siempre se consuma con necesidad absoluta —como lo señalara el mismo Wieacker—, "debido a la característica europea del predominio del conocimiento sobre el acontecer histórico". Es fundamental a este respecto reparar en la génesis e historia de la teoría de la interpretación, respecto a la cual la doctrina moderna ha realizado avances notables en los últimos años, detectando sus orígenes en el humanismo y superando así las posiciones que atribuían al pensamiento romántico la fundación de la teoría hermenéutica. Sobre este aspecto básico que se confunde en su desarrollo con la ciencia jurídica misma, cfr. PLACHY, A.: *La teoria della interpretazione*, Milán, 1974, y KISCH, G.: *Gestalten und Probleme aus Humanismus und Jurisprudenz*, Berlín, 1969. Son de capital importancia las reflexiones sobre este tema de AJELLO, R.: *Arcana Iuris. Diritto e Politica nel Settecento Italiano*, Nápoles, 1976, pp. 3-23 y 111-148.

e implican mutuamente. Lo político, lo social, lo cultural o lo intelectual son aspectos difícilmente analizables en su singularidad. Como bien ha notado Michel Villey, no existe *una filosofía moderna*, ni tampoco *un sistema jurídico moderno* (5). Lo que existe es más bien una pluralidad de formas y de climas intelectuales, diferentes y aun contrapuestos entre sí. En este contexto, el sentido profundo del Derecho guarda relación con el esquema sociocultural existente y resulta, en consecuencia, inapresable en los cuadros de una cronología y unas categorías precisas y definidas. Despegándose de la ruptura nominalista con la tradición escolástica, racionalismo, empirismo, voluntarismo y positivismo configurarán momentos parciales de un mismo momento general de la historia del pensamiento. Hacia el siglo XVIII la pluralidad de corrientes filosóficas de la modernidad confluirán en la filosofía de las Luces. En el terreno del derecho, el iluminismo jurídico se caracterizará por una actitud racionalista hacia el Derecho natural y una actitud voluntarista hacia el Derecho positivo, expresadas ambas en la tendencia universal hacia la unificación del Poder político y del sistema de fuentes del Derecho. Racionalización y unidad serán así las dos ideas básicas que presiden la conformación del Estado moderno. Al cabo de un proceso evolutivo que reconoce sus precursores en el empirismo inglés —Bacon, Hobbes y Locke—, el proceso de gestación del pensamiento jurídico moderno se confunde con la historia de la concepción racionalista del Derecho natural y de su afirmación política a través de la Revolución. Hobbes será el “profeta por excelencia del espíritu jurídico moderno” (6) y en su afirmación del monismo legislativo en materia de fuente del derecho, sostenido polémicamente contra Coke, marcará el paso de la concepción objetiva del Derecho natural a la afirmación subjetivista de los derechos del hombre. En su pensamiento queda prefigurada la paradoja central de la cosmovisión moderna: la coexistencia de la afirmación racionalista del Derecho natural con la afirmación voluntarista del Derecho positivo como única fuente posible de normatividad estatalmente reconocida. Junto al aspecto *absolutista* del pensamiento hobbesiano, es posible apreciar otro aspecto “iluminado”, “legal” o “liberal” del sistema, producto de la afirmación de la certeza y la seguridad como fundamentos del sistema político y jurídico (7). Y ambos aspectos de un mismo cuerpo de pensamiento explicarán en buena parte la evolución interna del iluminismo jurídico, en su paso desde el despotismo ilustrado hasta el liberalismo democrático que desemboca en la doctrina de la voluntad general y en la Revolución Francesa. Así es posible entender cómo el iluminismo absolutista de

(5) VILLEY, M.: *La formation de la pensée juridique moderne*. París, 4.<sup>a</sup> ed., 1975, p. 150.

(6) VILLEY, M.: *Leçons d'histoire de la Philosophie du Droit*. París, 1962, p. 56, y, en general, CATTANEO, M.: *Iluminismo e legislazione*, cit., páginas 17 y ss.

(7) Así, CATTANEO, M.: *Iluminismo e legislazione*, cit., p. 20, y BOBBIO, N.: *Il positivismo giuridico*. Turín, 1961, p. 30.

Hobbes y el iluminismo liberal de Locke, al tiempo que difieren en cuanto a su concepción del poder legislativo, coinciden sustancialmente al considerarlo como la potestad suprema del Estado y fundan así las bases del positivismo legalista consagrado en la etapa posrevolucionaria, "liberal-conservadora" de la Codificación. Iusnaturalismo racionalista y positivismo no sólo no se oponen, sino que se encuentran íntimamente compenetrados entre sí, como aspectos diferentes de una misma concepción acerca del derecho (8). Existe, pues, un ligamen profundo entre los diversos sectores o aspectos del pensamiento jurídico iluminista, que contribuye a explicar el hecho de que paradojas tales como la coexistencia del iusnaturalismo racionalista con el positivismo, del naturalismo optimista con la exaltación de la primacía de la ley como producto de la razón, no sean en verdad tales, sino, muy por el contrario, aspectos complementarios de una misma filosofía, presentes en el seno de la obra de cada uno de los pensadores de la época, y concurrentes, en definitiva, en el proceso de formación del moderno Estado de Derecho liberal-burgués. Las Constituciones y los Códigos serán productos de una etapa de concreciones políticas, caracterizada por el compromiso entre tradición y revolución como nota fundamental, explicable históricamente por la inexorable presencia de la realidad ante las formas intelectuales.

Por sobre la diversidad de corrientes intelectuales, de fenómenos políticos, la modernidad presenta ciertos rasgos fundamentales, comunes a todas sus manifestaciones y etapas evolutivas, entre los cuales nos interesa especialmente señalar por lo menos algunos.

a) En primer lugar, el *innmanentismo*. La vida social, jurídica, política y económica del mundo burgués se erige en confrontación a la cosmovisión religiosa de la Edad Media. El derecho moderno se opone al de la Alta Edad Media precisamente en todo lo que éste tiene

(8) Cfr. a este respecto CATTANEO, M.: *Illuminismo e legislazione*, cit., página 24, ANDRE-VINCENT, Ph.-I.: *La notion moderne de droit naturel (De Vitoria et Suárez a Rousseau*, en "APD", VI, 1961, y VILLEY, M.: *Les fondateurs de l'école du Droit Naturel au XVII siècle*, en "APD", VI, 1961, páginas 73 y ss. En función de esta interpretación cobra especial relieve la intuición de Wieacker en el sentido de que "Este 'Derecho natural racionalista' fundamenta el nuevo Derecho internacional de la comunidad europea de naciones tras la secesión religiosa; adquiere influjo sobre las teorías constitucionales del mundo político recién aparecido, tanto sobre los principios absolutos como sobre las repúblicas estamentales del Occidente europeo y, finalmente, sobre la formación conceptual y sistemática del Derecho privado. Uniéndose luego con la reforma de vida y modo de pensar propios de la época europea de la Ilustración, se introduce sobre todo en Alemania, con los poderosos medios del Despotismo Ilustrado en la legislación y en la aplicación del Derecho. El proceso hizo no menos significativo para la Historia del Derecho privado que para la sociedad y constitución europeas, y sus efectos llegan hasta la actualidad"... "Como teoría liberó para siempre a la jurisprudencia especializada de las autoridades medievales, la dotó de un sistema y de un nuevo método dogmático: la construcción de conceptos. Como exigencia práctica dio primero a la crítica jurídica y más tarde a la legislación de la Ilustración, reglas éticas definidas y unívocas". *Historia del Derecho Privado en la Edad Moderna*, cit., pp. 12 y 226.

de sacral y de referente a la trascendencia de las estructuras terrenas. Como ha señalado Casirer, el derecho nuevo tenía que afirmar su radicalidad y su independencia espiritual frente al dogma teológico y sustraerse de su peligrosa captación, de la misma manera que tenía que demarcar y determinar claramente la pura esfera del derecho frente a la esfera estatal y protegerla en su peculiaridad y en su valor frente al absolutismo del Estado. La lucha para fundamentar el moderno Derecho natural se lleva a cabo en este doble frente. Lucha que tiene que enderezarse contra la concepción teocrática, contra la derivación del derecho de una voluntad divina, en definitiva irracional, inaccesible e impenetrable para la razón humana, y contra el "Estado Leviathan" (9). Desligada de toda referencia trascendente, la vida individual y social tiene fines y cauces normativos perfectamente autónomos y autosuficientes. La razón natural hace abstracción de la fe y del dato revelado para proceder a la construcción de un nuevo orden social basado en la idea central de la naturaleza racional del hombre, concebida como individualidad sustantiva e incomunicable. Desde esta nueva perspectiva, el sistema de fuentes del derecho se modifica radicalmente y el antiguo pluralismo del iusnaturalismo clásico, concretado en el *Decreto* de Graciano o las *Decretales*, imbuido de una visión trascendente del fenómeno político y jurídico pasará a ser reemplazado por el monismo regalista que consagrará definitivamente la Revolución. Con todo, señala Villey, sería un error considerar al laicismo jurídico como una forma de irreligiosidad. En los sistemas de todos los grandes filósofos de la época hay una manifiesta inquietud por adecuar sus construcciones a la verdad cristiana. Y esta línea, representada por figuras como Suárez, Grocio, Locke, Pufendorf o Spinoza sólo se vio alterada con las direcciones protestantes que adoptaron en este punto una actitud más libre, a través de la recusación del principio de autoridad. La preocupación por guardar la ortodoxia cristiana no desaparecerá hasta una vez avanzado el pensamiento francés del siglo XVIII, o en el empirismo inglés y, en general, en el científicismo (10). En realidad, la laicización definitiva del pensamiento jurídico acontece con la afirmación del pensamiento protestante, y su separación metódica del derecho con respecto a las demás esferas de la normatividad. Como ha indicado Legaz Lacambra, las *Disputaciones Metafísicas* de Suárez preparan ya este camino, configurando el primer ensayo, desde Aristóteles, de hacer de la metafísica un cuerpo de doctrina filosófica independiente,

(9) CASSIRER, E.: *Filosofía de la Ilustración*. México, ed. 1975, pp. 265-266, y, asimismo, GÓMEZ ARBOLEYA, E.: *El racionalismo jurídico y los códigos europeos (II)*, en "Revista de Estudios Políticos", 60, 1951, reproducido en "Estudios de Teoría de la Sociedad y del Estado". Madrid, 1962, pp. 467-509, espec. 494-496, GONZÁLEZ VICEN, F.: *La filosofía del Derecho...* cit., página 24.

(10) VILLEY, M.: *La formation de la pensée juridique moderne*, cit., páginas 151-153, y FASSO, G.: *Il giusnaturalismo e la teoria moderna del diritto e dello Stato*, en "Rivista Trimestrale de Diritto e della Procedura Civile", 1962, p. 813.

aun cuando su *Tratado de las Leyes y de Dios Legislador* mantenga aún una relación formal con la Teología. Con la desaparición del concepto católico de justicia como mediación entre Dios y el hombre, en el pensamiento de Lutero, se abre el proceso de escisión entre las categorías jurídicas y el orden de la Revelación y la laicización general y definitiva del sentido y la ciencia del Derecho (11).

Las consecuencias de la inmanentización o “mundanización” del pensamiento jurídico serán la escisión del Derecho con respecto a la religión de la moral, la afirmación de su autonomía absoluta y la correlativa ontologización del Derecho positivo. De esta manera el iusnaturalismo protestante cumple así un proceso que lo lleva del formalismo al positivismo, cuya comprensión resulta de importancia crucial para el estudio de la concepción jurídica de la modernidad. El Estado moderno afirmará el imperio exclusivo y excluyente de la ley positiva, desligada de toda referencia normativa trascendente. Por otra parte, es necesario reparar que este intento de construir la sociedad y el derecho desde sí mismos, con prescindencia de datos trascendentales, se encuentra en una correlación profunda con la imagen de la naturaleza en la física moderna. Hay una creencia en la legalidad inmanente del sistema de relaciones y fenómenos, en el que la materia pasará a ocupar el lugar ontológico del Dios creador y legislador (12).

b) En segundo lugar, nos interesa destacar otra de las notas esenciales de la modernidad: el *individualismo*. La ética moderna —afirma Piovani— nace de la muerte y transfiguración del antiguo Derecho natural. Es el fruto de la afirmación de la individualidad libre, riesgosa y responsablemente autónoma. En esa transfiguración ya no cabe una teoría del Derecho natural, sino teorías de los derechos naturales, entendidos subjetivamente como afirmación reivindicativa de esferas de actividad libre de los individuos frente a los demás y frente al Estado (13). La necesidad de positivización de los derechos natu-

(11) LEGAZ LACAMBRA, L.: *Filosofía del Derecho*, 4.<sup>a</sup> ed. Barcelona, 1975, página 23, y, en general, bibliografía citada en nota 8.

(12) FUEYO, J.: *El sentido del Derecho y el Estado Moderno*, en “AFD”, I, 1953, reproducido en *La mentalidad moderna*. Madrid, 1967, pp. 135 y ss. La lógica del Derecho positivo en cuanto confiere validez a una norma desde otra dentro del ordenamiento jurídico, cuya constitución cerrada es tan enérgica que, ¡hasta prevé sus propias lagunas y calcula de antemano sus propios errores!, participa de la misma *forma mentis* que la física clásica, para la que el universo está escrito en lengua matemática, de la misma magia de la razón que induce al hombre a la fijación *racional* de los *dogmas* de una *religión natural* entre las religiones positivas; del mismo espíritu que confiere a las leyes estructurales de la moderna economía capitalista un rigor de bronce, del mismo estilo que otorga valoración positiva y exalta como *progreso* todo artefacto capaz de desatar una mayor energía física sin hacerse cuestión de los efectos de esta nueva fuerza sobre la vida humana, de la misma nostalgia matemática que expulsa del *globus intellectualis* todo saber incapaz de estructurarse y formalizarse como una cadena de corolarios, cualquiera que sea el sentido de sus postulados y sus supuestos” (p. 136).

(13) PIOVANI, P.: *Giusnaturalismo ed ética moderna*. Bari, 1961, p. 112, y, en general, el excelente cap. VI.

rales en Cartas, Constituciones y Códigos es el resultado de la pérdida de aquél sentido de seguridad que caracterizara al mundo medieval, como consecuencia de la noción de la presencia divina en el orden del Universo. Cortada toda referencia con lo trascendente, el orden jurídico sólo se sostiene a través de su voluntaria autoafirmación. Y en este sentido será concebido como orden autoritario y vinculante de la convivencia en libertad de los individuos. Refiriéndose al sistema hobbesiano, en el que quedan fijadas estas líneas fundamentales que caracterizarán al pensamiento jurídico y político moderno en general, dice Brufau Prats: "Hay en Hobbes un entrecruzamiento de racionalismo iusnaturalista y voluntarismo y un intento de fundamentación del Derecho positivo mediante el Derecho natural. Las bases empiristas y mecanicistas del pensamiento hobbesiano, desligadas de todo apoyo trascendente, impulsaban al convencionalismo ético y jurídico. Su racionalismo metódico, moviéndose sobre apoyatura materialístico-sensista, cae de lleno en un patente nominalismo: los conceptos son puros "nomina", puras "voces", elegidos de una manera arbitraria, aunque con un cierto fundamento; nombres que corresponden a representaciones sensibles, quedando el pensamiento reducido al ámbito del juego de adición y substracción sobre bases sensistas" (14). Los orígenes del individualismo propio de la modernidad son complejos y su estudio escapa a los límites que hemos impuesto a este trabajo. Baste por el momento recordar que en el comienzo de la elaboración ideológica del individualismo debe situarse a la crisis nominalista y su ruptura de la perspectiva metafísica, la independización de la política con respecto a la ética, la autonomización del Derecho positivo humano con respecto al divino y al natural, el idealismo filosófico y su aislamiento de la *res cogitans* con respecto a la *res extensa*, el trasvasamiento de las categorías metodológicas analítico-sintéticas desde el campo de las ciencias naturales al de las realidades espirituales, la doctrina de la soberanía en el ámbito político, el Derecho natural racionalista de la tradición protestante y el positivismo jurídico (15). Desde perspectivas y puntos de vista muy diversos, toda una serie de corrientes intelectuales contribuyen a la fundamentación teórica de una concepción del hombre como individuo aislado y de la sociedad como una convención artificial. Las Declaraciones de Derechos de la etapa revolucionaria o los Códigos civiles posteriores no harán otra cosa que consagrar legislativamente, bajo la forma de preceptos obligatorios, una concepción del derecho basada en el individualismo. Al designio de neutralidad valorativa y de contemplación teórica del orden racional de la naturaleza humana, seguirá la actitud constructivista. A partir de la descomposición del todo social en sus componentes individuales,

(14) BRUFAU PRATS, J.: *La actitud metódica de Samuel Pufendorf y la configuración de la "Disciplina iuris naturalis"*. Madrid, 1968, pp. 37-38.

(15) Para un estudio detallado, Cfr. VALLET DE GOYTISOLO, J.: *Los pacifistas del siglo XVIII: Hobbes y Locke*, en "Verbo", núms. 119-120, páginas 914-918; WOLF, E.: *El problema del Derecho natural*. Barcelona, 1960, cap. II, y WIEACKER, F.: *Historia del Derecho privado*, cit., 3.<sup>a</sup> parte.

la Razón operará una síntesis utópica y homogeneizadora, consagrada en las Declaraciones de Derechos e impuesta a través de la victoria revolucionaria contra los restos del Antiguo Régimen.

Con lo dicho precedentemente, puede caracterizarse sumariamente la actitud moderna frente al derecho y a la realidad política. Sobre esta base se edificará el Estado moderno y la ciencia del Derecho. Una dialéctica permanente entre Poder y Razón afirmará a la *racionalización* creciente de todo lo social como forma y como designio del Estado. La legislación no será sino una de las formas en que este proceso general se manifiesta, y la ciencia del derecho su instrumento más importante. Como bien indica Gómez Arboleya, la ciencia jurídica moderna se construye de forma paralela al Estado moderno, y va unida sustancialmente a tres grandes acontecimientos: la recepción del Derecho romano, a recepción del Derecho constitucional inglés y la teoría del Derecho natural racionalista (16).

En lo que se refiere al proceso de incorporación del Derecho romano, Gómez Arboleya subraya que el mismo no se debió a razones pertenecientes exclusivamente al terreno del Derecho privado, sino que reconoce, ante todo, una línea condicionante de carácter político. Es el Estado, el orden del derecho público, el que operó la recepción como instrumento de sustitución de la constitución judicial y la organización procesal medieval, soportes ambas de un orden social que se juzgaba agonizante (17). Frente a los materiales del Derecho ro-

(16) GÓMEZ ARBOLEYA, E.: *Supuestos cardinales de la ciencia jurídica moderna*, en "Rev. de Estudios Políticos", núm. 54, 1950, págs. 57-76, reproducido en sus *Estudios...*, cit., págs. 411 y ss.

(17) GÓMEZ ARBOLEYA, E.: *Supuestos cardinales...*, cit., pág. 416. El tema de la "recepción" debe quedar fuera de nuestro estudio por exceder los límites que hemos fijado al mismo. Ello no implica soslayar la importancia decisiva que reviste en el proceso ideológico e histórico de formación de la ciencia jurídica moderna. Los estudios sobre la recepción no han alcanzado aún posiciones definitivas. Mientras que para algunos "La contribución del Derecho justiniano al conjunto de la cultura europea no estribó, pues, en modo alguno en la "calidad" o "justicia" de sus normas e instituciones, sino en la disciplina metódica de un pensamiento jurídico autónomo y en la inferencia de la decisión de la virtud intelectual del concepto; es decir, en el predominio de la ciencia sobre la vida y, finalmente, en las reservas de ética jurídica realmente vivida atesoradas en las obras de los grandes juristas romanos..." (WIEACKER, F.: *Historia del Derecho privado...*, cit., página 111 y, en general, 1.<sup>a</sup>, 7). Para otros, los aspectos científicos ocuparían un segundo plano frente a la importancia de los aspectos estrictamente políticos: "... el Derecho romano no fue objeto de la recepción por sus intrínsecas cualidades, sino por ser el derecho del *imperium romanum*, cuya idea pervive en el imperio alemán y en la cultura europea", "... la recepción de un sistema jurídico no es un problema de calidad, o con otras palabras, no se recibe un sistema jurídico extraño por estimar que éste es mejor. La recepción de un sistema jurídico es más bien un problema de poder, en otros términos, la consecuencia de la autoridad espiritual y cultural que disfruta el derecho que se recibe, condicionada, además, a la circunstancia de que el sistema jurídico que se adopta haya sido al propio tiempo creado por un gran poder político que exista todavía en la actualidad como tal, o cuyo recuerdo, así como la cultura que representa, se mantengan todavía vivos. Podemos

mano, el jurista burgués imbuido de la revolución intelectual operada en el orden del pensamiento tomará una actitud radicalmente diferente a la del jurista clásico: de la actitud de investigación de lo justo en el caso concreto según las peculiaridades de la circunstancia y de acuerdo a las pautas del orden natural, el legista moderno pasará a convertirse en un observador neutral del material normativo general contenido en los textos clásicos. De alguna manera, se encuentran aquí prefiguradas las notas esenciales de la moderna actitud científica hacia el derecho: abandono del carácter práctico de la ciencia del derecho, actitud de neutralidad frente al problema valorativo y frente a las necesidades de justicia concreta, vocación estrictamente descriptivista de la tarea científica, adoración dogmática del texto legal y confusión entre las realidades de la ley y del derecho.

La recepción del Derecho romano siguió, pues, las vías teóricas y metodológicas del racionalismo. Es que en el fondo, el proceso obedecía a determinaciones políticas insoslayables, referidas a la gestación misma del Estado moderno. La recepción era, indudablemente, un instrumento de unificación política y jurídica. Es el Estado mismo, como totalidad organizada y definida, el que reivindica para sí el monopolio de la ley y la jurisdicción, a través de la unificación de la legislación y la interpretación. La nueva ciencia une al descriptivismo metódico su vocación constructivista y el legista pasa de teórico a legislador. La ciencia y la ley serán los arietes destinados a resquebrajar el orden tradicional y su resistencia aún viva frente al naciente Estado burgués. Los conceptos acuñados por la tradición romana serán absolutizados hasta convertirse en verdaderas categorías lógicas universales, destinadas por un lado a posibilitar la sistematización científica según los cánones de la nueva ciencia y, por otro lado, a concretar la tarea política de unificar y homogeneizar la estructura del poder a través del derecho.

La revolución metodológica del formalismo científico encontró un

---

decir, por tanto, que la recepción de un sistema de derecho extraño es un fenómeno que tiene su raíz en la autoridad que emana de este sistema o, cuando menos, en la que se le atribuye todavía" (KOSCHAKER, P.: *Europa y el Derecho romano...*, pág. 209). La tesis expuestas se refieren a aspectos en realidad complementarios —lo cual resulta especialmente claro en el planteo mucho más amplio de Wieacker—. El fenómeno de recepción de un ordenamiento jurídico por parte de un determinado ámbito no es nunca un fenómeno pasivo y en la mayor parte de los casos, no implica otra cosa que la culminación de un proceso de asimilación de formas culturales, espirituales y políticas más complejas, con lo que el Derecho receptado no llega a ser, en rigor de verdad, un fenómeno totalmente "extraño". Esta circunstancia realza especialmente la incidencia de los aspectos espirituales y científicos como base del "prestigio" del ordenamiento que es objeto de recepción. Un ejemplo claro de nuestra afirmación lo constituye el proceso de la Codificación en Hispanoamérica, donde la primacía indudable del modelo francés llega a constituir un típico caso de "recepción", en el que el aspecto "político-imperial" resaltado por Koschaker es prácticamente irrelevante. Cfr. HERNÁNDEZ GIL-A. CIENFUEGOS, A., y ZULETA PUCEIRO, E.: *El tratamiento de la costumbre en la codificación; civil hispanoamericana*. Madrid, 1976, pp. 15-49.

correlato sustancial en el constructivismo racionalista del Derecho natural. En el iusnaturalismo protestante, la Razón no sólo desborda el orden de lo real, sino que se proyecta hacia una vocación dominadora y constructora sin límites.

En el pensamiento político del Iluminismo, la idea de Estado de Naturaleza desempeñará el mismo papel funcional que en el orden filosófico correspondiera al *cogito* cartesiano. Y si por una parte el iusnaturalismo racionalista se aparta de las estructuras de la realidad, por otro, se liga cada vez más al Poder político, y en la Revolución Francesa esta dialéctica de mutua complicación entre Razón y Poder recibe su consagración expresa: la Revolución no es sino la instauración de un nuevo orden fundado en la Razón como instancia redentora. “De este modo —escribe Gómez Arboleya—, el despliegue del racionalismo jurídico moderno va a reforzar la línea anterior en el sentido y con las finalidades del mundo burgués. El Derecho se aprecia así como el resultado de una razón formal que regula la sociedad, aspirando a trazar un sector acotado frente a la moral y a la política, en donde se instituya la coexistencia de la libertad de cada uno con la libertad de los demás, según una ley universal de libertad; sector donde, en tercer lugar, se aspira a suprimir todo lo que pueda ir en contra de la voluntad general de la concordia entre los ciudadanos; en suma, de la unidad del Estado implícitamente afirmado como Estado nacional” (18). Formalismo jurídico, racionalismo e individualismo iusnaturalista y consolidación totalitaria del Estado moderno muestran así su íntima y esencial compenetración ideológica y práctica. La recepción de las formas de organización constitucional anglosajona no será otra cosa que el correlato en el Derecho público del proceso acontecido con el Derecho romano en el Derecho privado.

La presencia de elementos científicos y doctrinales en la elaboración del nuevo derecho debe ser subrayada de manera especial. Como han notado las obras ya clásicas de Hazard Mornet y, más recientemente, Arnaud, entre mediados del siglo XVII y el fin del reinado de Luis XV, los estudios científicos acerca del derecho experimentaron un florecimiento extraordinario. De alguna manera, la concepción revolucionaria acerca del papel del derecho frente al orden social que portaba consigo el racionalismo iluminista, vino a liberar a la doctrina de la tarea agobiante de adecuar el profuso material del derecho intermedio a las necesidades de una sociedad en trance de acelerada expansión económica y social (19). Las profundas modificaciones que muestra el derecho del Antiguo Régimen al ser incorporado a los sistemas de la Codificación tienen un evidente sello doctrinal e ideo-

(18) GÓMEZ ARBOLEYA, E.: *Supuestos cardinales...* cit., p. 434.

(19) Cfr. TOCQUEVILLE, A. de: *L'Ancien Régime et la Révolution*. París, 1866; HAZARD, P.: *La crise de la conscience européenne (1680-1715)*. París, 1932; MORNET, D.: *Les origines intellectuelles de la Révolution Française (1715-1787)*. París, 5.<sup>a</sup> ed., 1954, y ARNAUD, A.-J.: *Les origines doctrinales du Code Civil Français*. París, 1969, p. 6. Es también de gran importancia el reciente TARELLO, G.: *Storia della cultura giuridica moderna*. Vol. I. *Assolutismo e codificazione del Diritto*. Bolonia, 1976.

lógico que permiten hablar de un verdadero *Juristenrecht* o derecho de los juristas y los profesores. Los edictos, declaraciones u ordenanzas emanadas del poder real en la época prerrevolucionaria fijaban, sobre todo, puntos esencialmente técnicos, y a tal título son recogidos en la codificación, de forma casi textual. Pero el ordenamiento en su conjunto es más bien una resultante de procesos y construcciones doctrinales, ideológicamente condicionadas (20).

Es que, como señala Gómez Arboleya, la Razón constructiva, principio y fin de la época, operaba en un doble orden: por un lado, utópicamente, mediante la doctrina de un Derecho natural laicizado y formalista; por otro, prácticamente, mediante la afirmación de la Razón del Estado, encargada de justificar y consolidar el edificio institucional en que se apoyaría la vigencia de las declaraciones abstractas de los derechos del hombre (21). Es éste el soporte ideológico y político del Constitucionalismo y la codificación.

Esta primacía de los condicionamientos políticos era señalada ya por Savigny en su célebre opúsculo polémico sobre la Codificación. “En el *Code* —escribía—, han tenido mayor influencia los elementos políticos de la legislación que los elementos técnicos, debido a lo cual ha modificado más el derecho existente que los códigos alemanes...”. “La Revolución había aniquilado, al mismo tiempo que la antigua constitución, una gran parte del Derecho civil, llevada en ambos casos más por un impulso contra lo existente y por la expectativa extravagante e insensata de un futuro incierto que por la ilusión de alcanzar una situación determinada, considerada digna de ello” (22). Y al comparar las situaciones de Francia y Alemania, respectivamente, agregaba: “Pero para Alemania, que no había sido alcanzada por la desbandada de esta revolución, el *Code* (que en Francia había significado retroceder una parte del camino) era más bien un paso hacia la situación revolucionaria y, por tanto, más nocivo y funesto que para la misma Francia” (23). Para Savigny, que recogía una línea interpretativa iniciada por los autores del Código Napoleón, la codificación francesa había implicado una especie de transacción entre elementos tradicionales y elementos técnicos nuevos; entre el derecho preexistente, en parte romano y en parte francés (*Coutumes*), y las construcciones doctrinales del iluminismo jurídico y la Revolución. En su opinión, el *Code* aparecía más bien como una mezcla mecánica de elementos que, aun considerados en su singularidad, resultaban absolutamente heterogéneos. Su alegato contra la Codificación era, al mismo tiempo, una fundamentación integral de la naciente ciencia sis-

(20) ARNAUD, A.-J.: *Les origines doctrinales...* cit., p. 5.

(21) GÓMEZ ARBOLEYA, E.: *Supuestos cardinales...* cit., p. 447, y *El racionalismo jurídico y los códigos europeos*, en “Revista de Estudios Políticos”, número 60, 1951, p. 33, reproducido en sus *Estudios...* cit., p. 467.

(22) SAVIGNY, F. C. v.: *De la vocación de nuestra época para la legislación y la ciencia del Derecho*. Ed. española incluida en el volumen THIBAUT-SAVIGNY: *La codificación*. Madrid, 1970, pp. 87-88.

(23) SAVIGNY, F. C. v.: *De la vocación ...cit.* pp. 89 y 103.

temática del derecho, que reconoce en este preciso momento histórico su punto de partida (24). La polémica acerca de la Codificación en Alemania marca, en realidad, la contraposición de dos aspectos diferentes, aunque hasta cierto punto complementarios, de un mismo fenómeno intelectual y político: el iluminismo jurídico. En Savigny, el Derecho romano queda elevado al plano de la construcción intemporal y absoluta, y sus contenidos serán el objeto de conocimiento de una ciencia rigurosamente fundada en la lógica científica de la época. De alguna manera, es la Razón misma la que avanza un paso más en el proceso de absorción integral de la realidad jurídica, desplazando la dimensión voluntarista del legalismo, para dar paso al conceptualismo del científicismo (25).

Lo dicho permite afirmar la evidente relación de interdependencia existente entre los aspectos doctrinales y políticos del momento previo a la empresa codificadora. Favorecido por un clima preparado por la laicización del pensamiento jurídico, el individualismo de raíz hobbesiana, la duda cartesiana y jansenista, el protestantismo y el racionalismo filosófico, el Estado moderno estará preparado, hacia las últimas décadas del siglo XVIII para producir una profunda revolución, pacífica y brutal, según los casos, que en el campo de lo jurídico se concretará en la unificación de las fuentes del derecho, en el triunfo del método lógico-sistemático en el conocimiento, exposición e interpretación y en la adaptación del orden jurídico a las necesidades económicas y sociales del nuevo orden burgués. Con la teoría jurídica y política afirmada en la Revolución Francesa, el iluminismo jurídico supera de manera definitiva su fase de absolutismo ilustrado para entrar en la fase democrática. La teoría de los derechos humanos y la teoría de la ley como expresión de la voluntad general son tal vez sus expresiones máximas, y marcarán con un sello indeleble a los desa-

(24) Al menos tal como, en líneas generales, se la concibe hoy o, al menos, se la presupone en los trabajos dogmáticos de los juristas. Cfr. al respecto HERNÁNDEZ GIL, A.: *Metodología de la ciencia del Derecho*. Madrid, 1971, volumen I; *El estado actual de la ciencia del Derecho*. Conferencia pronunciada en la Universidad de Chile, 1973; *La situación científica y cultural del Derecho*, en "Anales de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación". Madrid, I, 1973; *Meditación sobre los saberes acerca del Derecho*, en "Metodología..." cit., III, pp. 395-425, y *Problemas epistemológicos de la ciencia jurídica*. Madrid, 1976. La delimitación histórica expuesta no puede llevarse, sin embargo, al exceso de desconocer la científicidad del pensamiento jurídico occidental precedente. Incluso aceptando el moderno concepto de ciencia, es evidente que el esfuerzo de constitución de la ciencia del Derecho reconoce su génesis en épocas muy anteriores, resultando poco satisfactorio todo intento de precisión cronológico que no se efectúe en los límites de algún sector temático en particular. Un ejemplo claro es el origen de la hermenéutica o teoría de la interpretación, situado por los más modernos estudios en el clima intelectual del Humanismo. Cfr. al respecto PLACHY, A.: *La teoria della interpretazione*, cit. y su intento de demostrar la existencia de una tradición científica plurisecular en la que se fundarían posteriormente los esfuerzos sistematizadores de la Escuela Histórica y de la Dogmática.

(25) AJELLO, R.: *Formalismo e storia del diritto moderno*, en "Quadeini Fiorentini", I, Milán, 1972, p. 185.

rrollos posteriores de la ciencia jurídica. Las sucesivas constituciones revolucionarias consagrarán el principio de la certeza del derecho, en sus Declaraciones generales, y reformarán profundamente el papel de la jurisdicción en la interpretación del derecho. Las leyes revolucionarias impondrán la sujeción del juez a la ley y la obligación de decisión y motivación de las sentencias. La obligación inexcusable de decisión no serán otra cosa que la implementación práctica del postulado de plenitud hermética del ordenamiento jurídico, cuyas proyecciones serán también decisivas para la ciencia jurídica en gestación. Claridad y certeza en el derecho, unificación del esquema de fuentes, garantía de los derechos naturales del Ciudadano e instauración de la igualdad radical de los individuos serán, pues, principios generales de la ideología revolucionaria y puntos de partida de la empresa codificadora (26).

Esto no será tan evidente en el proceso de gestación del Código prusiano como en el Código Napoleón, y la diferencia reside precisamente en el hecho de que el primero es un fruto típico del iluminismo jurídico en su fase absolutista, en tanto que el segundo, verdadero molde para todo el desarrollo posterior de la Codificación, lo es de la fase democrática. Puede apreciarse inclusive las rápidas variaciones que fue experimentando la filosofía inspiradora de los diversos proyectos de Códigos civiles que se fueron sucediendo durante el curso de las diversas etapas de la Revolución Francesa. Para Cattaneo, las fases políticas de la Codificación francesa son tres: el período republicano-jacobino, el período termidoriano-directorial y el período napoleónico. En el primero se presentaron dos proyectos, en el segundo uno y en el tercero se llevó a cabo la redacción del Código definitivo. El primero representa el momento de primacía de las ideas jurídicas iluminístico-revolucionarias, en tanto que los otros dos marcan momentos sucesivos de un retorno a la tradición, un compromiso entre las posiciones del iluminismo jurídico y de la conservación de los elementos doctrinales, políticos y jurídicos precedentes. Podría decirse, inclusive, que a la reacción antijacobina en el campo político acompañó, en el campo jurídico, una reacción contra las formas extremadamente politizadas del iluminismo que primara en la etapa jacobina (27). Con Portalis cobra especial relieve la imagen del jurista conservador que reacciona contra los excesos de la Revolución, operando la síntesis entre racionalismo revolucionario y tradición que exigían las circunstancias políticas del momento. El título de una de sus obras más importantes, *De l'usage et de l'abus de l'esprit philosophique durant le XVIII<sup>e</sup> siècle*, define suficientemente los matices profundamente doctrinales de la reacción a que hacemos referencia. En el autor de la Exposición preliminar al *Code*, no sólo hay una recepción de aspectos meramente técnicos del derecho tradicional, sino que hay una recusa-

(26) CATTANEO, M.: *Iluminismo...* cit., pp. 99 y 115 y ss.

(27) Cfr. al respecto CATTANEO, M.: *Iluminismo...* cit., pp. 118-119, y WIEACKER, F.: *Historia del Derecho privado...* cit., p. 317.

ción del abuso de “espíritu filosófico” que caracterizará, a su juicio, a las etapas más duras de la Revolución. Portalis reconoce la obra codificadora del despotismo ilustrado, rechaza el espíritu de sistema de los ideólogos franceses, rechaza las líneas fundamentales de la filosofía rousseauiana, la teoría del estado de naturaleza, la visión contractualista de la sociedad y el derecho y las exageraciones del igualitarismo (28).

Las fases a que hacemos referencia están lejos de presentar una contraposición nítida y absoluta: ambas representan dos variantes de concreción sucesiva de un mismo designio de organización de la realidad social según las premisas del iluminismo jurídico. “De este modo —subraya Cattaneo—, el iluminismo jurídico resulta expresión de los ideales revolucionarios del *citoyen*, en tanto que la filosofía del Código Napoleón aparece más bien como la expresión de la consolidación de los intereses del *bourgeois...*”. “Nos encontramos frente a dos fases que corresponden a dos tendencias, dos mentalidades, dos modos de entender la Revolución misma. De un lado, la tendencia a considerar a la Revolución como un acto de liberación de la Humanidad, como una regeneración moral de la sociedad, y a evitar que la misma se limite a la sustitución de una clase por otra en el poder...; de otro lado, una consideración clasista, la consideración de la Revolución como el movimiento que ha llevado al poder a la clase burguesa, la tendencia a conservar y consolidar ciertas conquistas económicas y sociales de la Revolución misma...” (29).

Más allá de la intención originaria de sus autores intelectuales y políticos, las codificaciones del Derecho privado que reconocen en el *Code* una inspiración determinante fueron, ante todo, un reflejo del clima ideológico de la época. Al estudiar las proyecciones del iluminismo jurídico en el terreno de la interpretación del derecho. Recasens Siches ha indicado acertadamente que “la transposición de aquel espíritu de culto a lo general al campo de la interpretación y aplicación de las leyes positivas constituye un tremendo salto mortal, que ha tenido fatales resultados en el siglo XIX y aun en parte del siglo XX...”. “Hay que advertir, en justicia, que no fueron tanto los redactores del Código civil francés quienes asumieron esa actitud —pues ellos se mostraron bastante discretos y circunspectos—, sino más bien la serie

(28) Sobre Portalis, el ya citado CATTANEO, M.: *Illuminismo...* cit., páginas 121 y ss.

(29) CATTANEO, M.: *Illuminismo...* cit., p. 137. Por nuestra parte, insistimos en la necesidad de relativizar la aludida contraposición, en función de que las fases de referencia configuran más bien aspectos complementarios —por sobre sus diferencias evidentes—, de una misma actitud frente al cambio revolucionario de la sociedad. Los aspectos diferenciales resultan en realidad no tanto posiciones doctrinales propias de los protagonistas, sino repuestas a la nuevas circunstancias políticas que advienen con la reacción terminodoriania. La utilización de la categorías de *citoyen* y *bourgeois* —tan cara a la historiografía de inspiración marxista— encierra problemas y ambigüedades que nos impulsan a reproducirla con carácter provvisorio, y al solo efecto de ilustrar esquemáticamente el sentido de nuestra tesis.

de jurisconsultos de las generaciones siguientes, encargados de aplicar aquellos textos” (30). La codificación napoleónica ha de ser considerada, pues, no tanto como un acto de voluntad legislativa o una respuesta a circunstancias políticas concretas —que lo fue sin duda—, sino como la expresión legislativa, afirmada estatalmente, del Derecho natural, del Código de la Razón, frente a las imperfecciones de la historia.

Como es bien sabido, la opinión generalizada de la doctrina civilística francesa, apoyada en textos muy claros de los redactores del *Code*, ha considerado al mismo como el resultado de una “transacción” entre influencias y materiales diversos: una corriente empírica, positivista, reaccionaria, sostenida por un cierto jansenismo jurídico, y otra corriente jusnaturalista, filosóficamente originada en el racionalismo moderno. Esta idea de la transacción fue receptada por Savigny y a través de él pasó a constituir uno de los dogmas básicos de la moderna ciencia del derecho. A la luz del proceso que hemos expuesto, la tesis no carece de asidero, por cuanto da cuenta de la diversidad de aspectos que conforman a esa vasta corriente de ideas que hemos denominado “iluminismo jurídico”. Sin embargo, de acuerdo a los resultados obtenidos por la crítica de fuentes en el curso del presente siglo, debería subrayarse el aspecto doctrinal de manera muy especial.

Para toda una línea interpretativa que reconoce como sostenedores a figuras como Koschacker, Coing, Wieacker, Fechner, Thieme, Verdröss en Alemania; Bobbio, Solari, Cattaneo, en Italia, Michel Villey y Arnaud en Francia (8), los códigos modernos son el resultado de la introducción del espíritu y el sistema filosófico de la escuela racionalista del Derecho natural del siglo XVIII en el ámbito de la legislación. La Codificación es el resultado de los principios de arquitectura social adoptados por la Revolución (31). Las ideas de estado de naturaleza, contrato social, voluntad general, derechos del ciudadano, reconocen en el contexto del Iluminismo jurídico, una dialéctica íntima que recibe en la Codificación una de sus concreciones más importantes. En esta perspectiva, cobrará luces definitivas el estudio del fenómeno central y básico de la ciencia moderna del derecho: el formalismo jurídico.

(30) RECASÉNS SICHES, L.: *Nueva filosofía de la interpretación del Derecho*. México, 2.<sup>a</sup> ed., 1973, p. 153; cfr., asimismo, OLGIATTI, F.: *Il concetto di giuridicità nella scienza moderna del diritto*. Milán, 1950, 2.<sup>a</sup> ed., cap. I.

(31) Cfr. respecto a este punto el desarrollo de GROETHUYSEN, B.: *Philosophie de la Revolution Française*. París, ed. Gonthier, 1956, cap. VII.

## II

## FORMALISMO Y DERECHO

Por sobre sus posibles ambigüedades y dificultades interpretativas, el término *formalismo* permite una conceptualización unitaria del proceso intelectual que hemos venido analizando. Como actitud y respuesta frente al problema del saber jurídico, el formalismo supera el marco histórico del pensamiento moderno, para extenderse hasta nuestros días, configurando una verdadera *forma mentis* universal, común a la mayoría de las orientaciones doctrinales. De una manera u otra todas las posiciones teóricas y metodológicas de este siglo pueden ser ubicadas en uno u otro de los polos de la tensión formalismo-antiformalismo, o bien en los innumerables intentos de conciliación. Es por ello que una profundización en el sentido y la actitud de la moderna ciencia del derecho frente a la cuestión del concepto y la función del derecho pasa, necesariamente, por un estudio de los supuestos intelectuales, orígenes y proyecciones del formalismo en el campo jurídico.

Ante todo, es necesario evitar los peligros a que lleva un concepto excesivamente estrecho de lo que por "formalismo" debe entenderse en el derecho. Para ello, el acento de la investigación debe recaer en los aspectos histórico-evolutivos antes que en los lógico-sistemáticos, reparando en el hecho de que el significado de la expresión cobra significados extremadamente diversos según los diferentes contextos históricos y temáticos que se consideren.

En un trabajo ya clásico, N. Bobbio ha afirmado que la expresión formalismo significa cosas muy diversas, algunas buenas, otras malas, otras inevitables, hasta el punto de que una polémica general o genérica contra el formalismo termina por ser una fuente de confusiones, equívocos, incomprensiones, discusiones inútiles y exclusiones injustificadas, razón por la cual propone el análisis de por lo menos cuatro significaciones diversas de la expresión "formalismo" (32).

En una primera acepción, cabe entender por formalismo a una concepción acerca de la justicia, según la cual el acto justo es aquel que se conforma a la regla general. El juicio ético o jurídico es un juicio de conformidad de un acto a la norma o al modelo normativo establecido. En cuanto parte de una concepción legalista de la justicia, puede ser llamado *legalismo* o formalismo legalista (33).

Una segunda acepción se presenta en el terreno de lo jurídico y, más concretamente, en el problema de la conceptualización misma de la juridicidad. En este sentido específicamente jurídico, sería "formalista" aquella concepción que presenta al derecho como una *forma* —ge-

(32) BOBBIO, N.: *Giusnaturalismo e positivismo giurídico*. Milán, 1972, páginas 79 y ss., y su *Formalismo giurídico e formalismo ético*, en "Studi sulla teoria generale del diritto". Torino, 1955, pp. 145-162, y HERNÁNDEZ GIL, A.: *Metodología...* cit., III, cap. I, pp. 19-104.

(33) BOBBIO, N.: *Giusnaturalismo...* cit., p. 81.

neralmente constante—, respecto a un contenido —generalmente variable—. Es la forma adoptada por determinada realidad humana la que determina su carácter jurídico o extrajurídico. La variante más generalizada en el pensamiento actual es la que concibe al derecho como *norma* y que permite hablar, en consecuencia, de un formalismo normativista o, lisa y llanamente, de un *normativismo*. De acuerdo a esto, un hecho será jurídico cuando sea tomado en consideración por una norma que le atribuye ciertas consecuencias, reputadas como “jurídicas”. Lo característico de la teoría normativa —dice Bobbio—, el reenviar el criterio distintivo del derecho del hecho a la norma, de su contenido —social, económico o moral— a su forma, por la cual no puede ser sino ordenado, prohibido o permitido (34). En rigor, la teoría del derecho como norma debe distinguirse, sin embargo, del normativismo, que no es sino una de sus posibles variantes.

Una tercera acepción se encuentra estrechamente ligada a la anterior, y se refiere a una concepción no ya del objeto, sino del saber jurídico, de la ciencia jurídica como una ciencia *formal*. En tal sentido, junto a un formalismo ético y a un formalismo jurídico, es posible distinguir un formalismo científico, que parte de considerar a la ciencia del derecho como una forma de saber que no tiene por objeto de conocimiento hechos del mundo físico o del mundo humano, sino calificaciones normativas de hechos, y cuyo cometido no es la explicación —propia de las ciencias naturales—, sino la *construcción* y, en última instancia, el *sistema*. La relación que guarda el formalismo científico con el normativismo es evidente, si se tiene en cuenta que para esta última posición, el derecho aparece como un conjunto de calificaciones normativas de comportamientos, en tanto que para la primera, la tarea científica acerca del derecho se reduce a “una reconducción de los comportamientos a la estructura y a una continua constitución y reconstitución de la estructura misma” (35). Para el formalismo científico, los datos de la investigación cobran sentido en tanto son susceptibles de sentido en el marco de las interrelaciones existentes en el seno de una estructura sistemática. Y la formalización del objeto está lógicamente relacionada con la formalización de la ciencia que lo estudia, razón por la cual cabe hablar de formalismo en el sentido de *conceptualismo*.

En un cuarto significado, que es tal vez el de uso más generalizado en la polémica formalismo-antiformalismo, la expresión se considera en el contexto de la teoría de la interpretación. Y en este sentido, pueden distinguirse aún varias subespecies. Respecto al *método*, por ejemplo, se consideran como formalistas aquellas posiciones que acentúan los aspectos formales y sistemáticos por sobre los materiales y teleológicos de la tarea interpretativa. Respecto a la *función* de la interpretación, se consideran formalistas las orientaciones doctrinales que atribuyen al juzgador un papel meramente declarativo del dere-

(34) BOBBIO, N.: *Giusnaturalismo...* cit., pp. 85 y 88.

(35) BOBBIO, N.: *Giusnaturalismo...* cit., pp. 89 y 91.

cho vigente, negando toda dimensión creativa a la decisión. Las actitudes formalistas respecto al método y a la función se encuentran sólidamente vinculadas entre sí, aunque resultan distinguibles por ser respuestas a problemas diversos (36).

El cuadro suministrado por Bobbio nos pone ante la rica diversidad de sentidos que cobra la expresión "formalismo" al ser analizada desde la cuádruple perspectiva de la justicia, el derecho, la ciencia jurídica y la teoría de la interpretación. Las cuatro concepciones expuestas por Bobbio tienen una vinculación entre sí que resulta de su preocupación por dar respuesta al derecho tal como éste se ha manifestado a partir de la modernidad, pero de ninguna manera se implican necesariamente entre sí. "Un nexo estrecho existe sólamente entre la segunda y la tercera, pero no entre la primera y la segunda, ni entre la segunda (o la tercera) y la cuarta" —dice Bobbio— (37). Para el filósofo italiano, la utilización de la palabra "forma" en estas diversas concepciones acerca de lo jurídico obedece a una urgencia común: la de afirmar la *función estabilizadora* del derecho como determinación de un orden que permanece por sobre la infinita variedad de formas en que se expresa el comportamiento del hombre. Y en este sentido acierta Bobbio al decir que la "tendencia al formalismo de los juristas emerge, pues, de la naturaleza misma y de la función del derecho en la sociedad" (38). Y si ello pudo no ser evidente en ciertas épocas de la historia, lo es, evidentemente, a partir de la ruptura crítica de la modernidad, con su puesta en tela de juicio del orden real dado y manifestado a través de la tradición, y su afirmación del primado de la razón en la tarea de construcción del orden social. Es este precisamente el problema que subyace a la tensión formalismo-antiformalismo, y que obliga a adoptar un concepto de "formalismo" lo suficientemente amplio como para subsumir en él la pluralidad de sentidos a que hemos hecho referencia, habida cuenta del hecho de que la polémica aludida transcurre por derroteros tan inciertos que la tornan poco menos que inútil.

El punto en que los posibles sentidos de la expresión "formalismo" se unen sólo puede ser apreciado desde la misma perspectiva histórico-evolutiva que hemos venido adoptando para nuestro análisis y, más particularmente, a partir del análisis de los supuestos filosóficos que, conscientes o no, condicionan el desarrollo de los diversos matices del formalismo. Este fundamento filosófico común consiste en el idealismo de raíz kantiana. Como ha indicado Ferrer Arellano, Kant consideró el derecho como una relación de equilibrio entre arbitrios externos, lograda a través del ejercicio de un mínimo de coacción. Y la novedad de su planteo radica en el nuevo modo de entender las relaciones jurídicas: éstas no consisten ya en categorías ontológicas. Ni siquiera aparecen como un mero correlato mental fundado en la realidad. La

(36) BOBBIO, N.: *Giusnaturalismo...* cit., p. 94.

(37) BOBBIO, N.: *Giusnaturalismo...* cit., p. 97.

(38) BOBBIO, N.: *Giusnaturalismo...* cit., p. 99.

relación jurídica es, en Kant, una forma pura *a priori* que unifica a todo contenido posible de la experiencia y que opera, en consecuencia, como una de las condiciones formales de la experiencia misma (39). Aun cuando esta postura de base experimentara modificaciones profundas en los planteamientos posteriores de las escuelas neokantianas, la misma continuará condicionando filosóficamente a la ciencia del derecho y a la teoría general desde el siglo XIX hasta nuestros días. Paralelamente, el concepto moderno de ciencia, como un saber universal y necesario en función de categorías trascendentales *a priori*, que arriba a conocimientos sistemáticos, en los que las proposiciones científicas cobran sentido en función de su inserción en la totalidad del sistema, según las leyes propias del mismo, se impone sobre el concepto clásico de saber causal o por las causas de la realidad objeto de conocimiento. Con ello, estará abierto el camino del *formalismo* y, a través de éste, del *positivismo*, en su versión formalista.

Para Hernández Gil, la moderna metodología de la ciencia del derecho se organiza bajo el signo del positivismo jurídico, del cual el formalismo es la expresión avanzada. Sobre tales bases, la metodología reconocerá los siguientes supuestos: 1) Consideración de la realidad jurídica como realidad autónoma, desconectada de la moral y de todo orden o principio normativo superior; 2) *Estatismo*, o consideración de la voluntad estatal como única fuente posible de normatividad jurídica; 3) *Normativismo*, o sobreestimación de la norma jurídica positiva en el momento de su formulación; 4) *Legalismo*, o sobreestimación de la norma tal como en concreto se expresa a través de la ley; 5) Vinculación absoluta del jurista a la ley o, en general, a la normatividad; 6) *Dogmatismo*, o consideración de la ciencia jurídica como una ciencia puramente descriptiva, reproductora y ordenadora de la realidad, a través de un método inductivo-deductivo, integrador de conceptos y ordenamientos sistemáticos de normas; 7) Renuncia de la ciencia jurídica a toda tarea de valoración ética o inquisición de los contenidos reales del material normativo (40).

“Con una generalidad y una consecuencia sin precedentes en ninguna época del pasado —ha afirmado F. González Vicen—, la gnoseología de los últimos cien años ha elevado a dogma el principio de que es imposible el conocimiento “científico” del Derecho como realidad histórica concreta; que lo único que es posible conocer de él convalece universal es su “forma”, una forma entendida, según las direcciones, bien como “principios superiores”, bien como “sistema conceptual”, bien como “formas puras de la conciencia”, para no mencionar más que unas pocas de sus acepciones” (41).

(39) FERRER ARELLANO, J.: *La superación del formalismo jurídico mediante una apertura a la filosofía del Derecho*, en “AFD”, XIII, 1967-1968, pp. 81-82.

(40) HERNÁNDEZ GIL, A.: *Metodología...* cit., I, pp. 401 y ss.

(41) GONZÁLEZ VICEN, F.: *Sobre los orígenes y supuestos del formalismo en el pensamiento jurídico contemporáneo*, en “AFD”, VIII, 1961, p. 47. Sobre el tema, cfr., del mismo autor; *El positivismo en la filosofía del De-*

En rigor, la afirmación de que la ciencia del derecho moderna nace con el positivismo no debe entenderse en todo el alcance de su literalidad. Ya el trabajo de los glosadores, muy anterior en el tiempo, constituía una tarea científica que esbozaba ya los futuros cánones metodológicos (42) y que, de alguna manera respondía al impulso de la ruptura nominalista de la metafísica y a sus repercusiones en el campo de la ciencia. La exigencia de neutralismo axiológico es el resultado de una actitud filosófica integral, a la que no es ajena la penetración de la metodología de las ciencias naturales en campos del pensamiento tradicionalmente diversos, y la nueva lógica que nace a partir del Renacimiento.

En algunos de sus estudios sobre este tema, ha indicado Cassirei que esta nueva forma de pensamiento lógico ya no se satisface con *clasificar* y ordenar el saber dado, sino que aspira a convertirse en el *instrumento* mismo del saber: en una lógica *inventionis* (43). La definición, por ejemplo, aparecerá, en esta nueva perspectiva, como un medio de obtener nuevos contenidos conceptuales, de crearlos constructivamente, superando los marcos del género próximo y la diferencia específica. La gran construcción del siglo XVII en el terreno de la lógica es, precisamente, la definición *genética* o causal, a partir de la cual se edificará una ciencia para la que aquellos sectores de la realidad que resultan imposibles de elaborar constructivamente desaparecen del campo de posibilidades de un conocimiento racional. La lógica, la metodología y la ciencia, avanzan sobre su objeto de conocimiento a través de una descomposición del todo en sus elementos y átomos constitutivos, procurando el conocimiento de sus aspectos singulares y de las relaciones lógicas que explican su unidad. Conocer es, de alguna manera, desarticular, aislar, para luego reconstruir racionalmente. Como en el laboratorio experimental de las ciencias naturales, el investigador induce para deducir.

El reflejo de las nuevas premisas filosóficas y científicas en las ciencias sociales será inmediato. La teoría del contrato social como hipótesis científica para explicar racionalmente la relación entre dominación y sometimiento es, tal vez, el centro y la culminación de toda una visión de la sociedad que parte de un análisis descompositivo-compositivo en el que la lógica científica "construye" a su objeto, una vez que éste ha sido desontologizado y convertido en una categoría o forma *a priori*. El contrato social es la hipótesis básica que explica el hecho de la sociabilidad y sus proyecciones en la vida política y jurídica. La vinculación que ello supone respecto a la voluntad general

recho contemporáneo, en "Revista de Estudios Políticos", números 51 y 52, 1950, y *La filosofía del Derecho como concepto histórico*, en "AFD", XIV, 1969, p. 15; LEGAZ LACAMBRA, L.: *Filosofía del Derecho*. Madrid, 1975, páginas 22 y ss.

(42) LEGAZ LACAMBRA, L.: *Filosofía del Derecho*, cit., pp. 26 y 27.

(43) Son esenciales en este punto las reflexiones de su *Filosofía de la Ilustración*, cit., especialmente pp. 281 y ss., y, asimismo, su *El problema del conocimiento*. México, ed., 1974, cap. II, dedicado al pensamiento de Leibniz.

busca la conciliación entre naturaleza y sociedad, entre individuo y colectividad. La Razón unifica la experiencia a través de su construcción científica. "La teoría del Estado —escribe Cassirer—, permanece dentro de la filosofía en la medida en que se acomoda por completo a sus métodos universales; ni puede ni pretende ser otra cosa que la aplicación de estos métodos a un objeto especial. También el Estado es un cuerpo y, por tanto, tampoco puede ser comprendido de otra manera que reduciéndolo a sus últimos elementos constitutivos y recomponiéndolo de esta manera. Para llegar a una ciencia real del Estado no necesitamos de otra cosa que del método resolutivo y compasitivo que Galileo hizo valer en la física y que ahora se aplica a la política" (44).

En el pasaje del iusnaturalismo racionalista al positivismo o científico positivista hay, pues, una transformación radical de la actitud filosófica ante la realidad y del método en el derecho. El problema de la posibilidad de un conocimiento de lo general y universal —es decir, científico— obtenido a partir de los materiales históricamente contingentes de los derechos positivos —juzgados como única fuente válida de experiencia—, no podía menos que plantear problemas epistemológicos que, por permanentes que fueran en la tradición del pensamiento occidental, no eran en absoluto conocidos por el racionalismo constructivista y apriorista de la Escuela Moderna del derecho natural. La solución positivista es conocida: la nueva actitud científica —escribe González Vicen—, "no trata, en efecto, de fundamentar una nueva noética, ni de llegar a nuevas categorías que hagan posible este conocimiento...: su respuesta al problema del conocimiento del derecho, en tanto que objetivación histórica, va a consistir en intentar aprehenderlo con el método y desde las premisas del racionalismo abstracto. Nacida en oposición consciente al Derecho natural racionalista, la ciencia jurídica del positivismo va a incorporarse la gnoseología de aquél y va tratar de resolver con ella un problema sólo comprensible desde la negación precisamente del racionalismo en el campo del derecho" (45).

El racionalismo filosófico opera así como supuesto filosófico latente, no obstante la negativa a una recepción explícita, y su signo es el reduccionismo metódico de la nueva actitud científica: la realidad queda reducida a meros contenidos de conciencia del sujeto cognosciente, la verdad, consecuentemente, a mera conexión lógica de representaciones mentales; la objetividad a su estructura lógico-formal y a sus principios y leyes inspiradoras y la ciencia a la explicación de tales relaciones abstractas. Sólo es científico el conocimiento de la "forma", el saber "formal". Con la afirmación del formalismo como actitud científica primordial y básica, el problema básico del positivismo, o sea, el de la posibilidad de un conocimiento científico del Derecho positivo, pasará a plantearse en términos diferentes: ¿Cómo será posible

(44) CASSIRER, E.: *Filosofía de la Ilustración*, cit., p. 283.

(45) GONZÁLEZ VICEN, F.: *Sobre los orígenes y supuestos...* cit., p. 51.

el conocimiento científico del Derecho positivo, *desde los supuestos metódicos del racionalismo formalista?* (46). El giro copernicano está cumplido: ¿Cómo hay que pensar al Derecho positivo para tornarlo asequible al método formalista? El principio del realismo metafísico clásico de que el objeto determina el método de conocimiento que le es propio quedó así invertido, y es el método el que determina, ya no sólo epistemológicamente, sino ontológicamente, a su objeto. Queda así abierto el camino para que el idealismo filosófico desemboque en la justificación teórica del voluntarismo: la norma puede ser manipulada, ya que su función es la de servir de herramienta de modificación de la realidad; su estructura no viene fijada por el orden de la realidad en que se inserta, sino por el designio del racionalismo constructivista de orientar y determinar el cambio social hacia el modelo abstracto de la nueva sociedad. En la segunda mitad del siglo XIX, Windscheid expresará la nueva actitud científica en palabras que resumen los esfuerzos de Savigny e Ihering: “Lo decisivo es desintegrar los conceptos en sus partes integrantes, poner de manifiesto sus elementos abstractos...”. Y es que, en efecto, la aprehensión exhaustiva del contenido de los conceptos implícitos en las proposiciones jurídicas depende no sólo de la comprensión total del derecho, sino también de la seguridad de su aplicación... La decisión última es el resultado de una operación de cálculo, en la que los factores son los conceptos jurídicos” (47).

Con todo, los esfuerzos sistematizantes impulsados por la nueva actitud filosófica y doctrinal reconocían también incentivos de carácter práctico: Frente a la extremada diversidad normativa del derecho intermedio, el Derecho romano aparecía como el modelo superior y total, que permitía reducir la pluralidad de costumbres, legislaciones, dominaciones, etc., a la unidad de un sistema único de valor casi universal. La exigencia de un nuevo derecho, inspirado en los cánones científicos de una certeza absoluta, era precisamente uno de los imperativos de la acción revolucionaria de destrucción del Antiguo Régimen. El formalismo “constituye la expresión (aun cuando no es preciso que, subjetivamente, sea una expresión consciente) de un pensamiento y una actitud política. No se trata sólo del hecho banal de que el formalismo haya nacido como teoría del Estado liberal, sino que implica constitutivamente una vivencia subjetiva del liberalismo” (48). En el momento histórico que estamos analizando, previo al esfuerzo Codificador, se trata del liberalismo en el sentido democrático-revolucionario y el sentido conservador que le es cronológicamente posterior, unidos ambos por su raigambre en iluminismo jurídico.

Al margen de las circunstancias políticas e históricas que rodean a su aparición, la Codificación es el fruto típico de las premisas filo-

(46) GONZÁLEZ VICEN, F.: *Sobre los orígenes y supuestos...* cit., pp. 52-53.

(47) WINDSHEID, B.: *Lehrbuch des Pandektenrechts*. Bd. I, 5 Aufl., Frankfurt, 1882, p. 64, cit. por GONZÁLEZ VICEN, F.: *Sobre los orígenes y supuestos...* cit., p. 68.

(48) LEGAZ LACAMBRA, L.: *Filosofía del Derecho*, cit. p. 136.

sóficas y de la actitud científica que hemos venido analizando. El Código Napoleón de 1804 será un exponente típico de un momento de síntesis ideológica en el que son aún fuertes las notas típicas de la actitud revolucionaria. En el Código alemán de 1900 se han decantado ya las posiciones y limado las aristas, y junto con el designio político unificador —connatural— a todo esfuerzo legislativo aparece ya el depurado aporte científico de la dogmática. Pero como elemento común a todos los intentos, y por sobre sus enormes diferencias, es posible apreciar, junto a la exigencia revolucionaria de construir una nueva sociedad a partir de una nueva legalidad, la actitud científica de un saber jurídico que parte de la desintegración y reinterpretación sucesiva de su objeto, tal como quedara propuesto por el Iluminismo jurídico y por su fruto tardío, el formalismo.

## III

## LA CODIFICACION

El concepto de “Código” ha experimentado una larga evolución en la historia del pensamiento jurídico occidental, cuyos perfiles escapan al propósito de este trabajo (49). A través de dicha evolución, el concepto ha cobrado una amplia carga significativa, y sus acepciones abarcan los campos más diversos. A nuestros fines interesa destacar tan sólo uno de dichos sentidos: el que se encuentra históricamente determinado y circunscripto por el proceso de la Codificación que se inicia hacia fines del siglo XVIII y se continúa durante todo el siglo XIX, y que reconoce sus supuestos intelectuales en el iluminismo jurídico y en sus proyecciones sobre la moderna ciencia del derecho. Como hemos dicho, la Ilustración proyecta a la Razón en el campo de la praxis bajo dos formas; la utopía y la práctica transformadora de la realidad. En el terreno de la utopía, la Razón se proyecta a través de la teoría del Derecho natural y de sus consecuencias en el orden de la teoría política y del derecho. En la práctica transformadora, a través de la Razón de Estado y su afirmación en las estructuras del Estado Moderno. La idea del Progreso sirve de conjunción a ambos factores, a la vez que sienta las bases del evolucionismo dialéctico que bajo todas las diversas formas posibles caracteriza a la concepción moderna de la Historia (50).

Los Códigos son el producto más elocuente de este clima intelectual, y la herramienta de la racionalización integral de lo político ope-

(49) Para un estudio detallado del tema remitimos al completo estudio de VANDERLINDEN, J.: *Le concept de code en Europe Occidentale, du 13e au 19e siècle. Essai de définition*. Bruselas, 1967. Cfr. asimismo DÍEZ PICAZO, L.: *Experiencias jurídicas y teoría del Derecho*. Barcelona, 1973, cap. VII, y TARELLA, G.: *L'Idea della Codificazione*, en RODOTA, S.: *Il sistema del diritto privato moderno*, 1969. Es útil también el esquema de WIEACKER, F.: *Historia del Derecho privado...* cit., pp. 292 y ss.

(50) Cfr. GÓMEZ ARBOLEYA, E.: *El racionalismo jurídico...* cit., p. 467.

rada por el Estado Moderno que se consolida. Con la codificación, el poder y la ciencia operan una síntesis constructiva que aspira a consolidar el triunfo de la sociedad burguesa al cabo del proceso revolucionario, a través de la implantación de los principios de la razón natural, y la defensa de los derechos del individuo.

En el orden doctrinal, los Códigos son concreción de la actitud formalista y su pretensión reductora de la experiencia. La unificación de las fuentes del derecho responde en el fondo y en la forma a la necesidad científica de sistematizar lógicamente el orden normativo y, paralelamente, de adecuar el orden jurídico a las necesidades de cambio social ideológicamente proclamadas. Es el momento preciso en que, como dice Gómez Arboleya, “lógica iusnaturalista y voluntad legal se encuentran en una zona crepuscular que permitirá pasar del Derecho natural a los códigos modernos y que logrará que el legislador y el jurista se instalen en el ámbito del poder con todos los instrumentos de la razón” (51). Las herramientas metodológicas elaboradas durante el proceso de recepción del Derecho romano servirán para afirmar este espíritu general y así, en el momento de las concreciones legislativas, iusnaturalismo racionalista, voluntarismo y ciencia del derecho se encuentran ya maduros para una síntesis.

En el orden político, las exigencias de la naciente sociedad burguesa imponen una racionalización de la vida jurídica. Es evidente la identidad de actitud existente entre el espíritu mercantil de la burguesía y el designio unificador de la ciencia jurídica de la época. “La burguesia —dice Gómez Arboleya—, nace del comercio y de la ciencia. El comercio se apoya en el cálculo racional objetivo, manifestado en el cambio, que determina las relaciones entre los productos mediante el dinero, como instancia neutral. Pero todo ello descansa en base más profunda: en la voluntad abstracta común de la norma que delimita las atribuciones particulares dentro de un elemento unitario. Y se reforza por la razón científica considerada como un todo objetivo en que pueden encontrarse los hombres” (52). Evitando caer en el simplicismo de las explicaciones unilaterales, podemos decir que el Estado Moderno, fundado en la figura protagónica del burgués como sujeto del orden económico del capitalismo individualista exigía el mecanismo de definiciones y seguridades que presiden el orden jurídico consagrado por la Codificación. Pero no en el sentido de que la forma económica instaurada por sistema capitalista en consolidación impusiera como correlato necesario en el orden jurídico a los sistemas codificados, sino como veremos más adelante, en el de que la mentalidad revolucionaria contó con una idea del cambio de las condiciones socio-políticas imperantes y de las herramientas necesarias a tal fin. Los Códigos son, pues, herramientas de cambio revolucionario de la sociedad. A través de los mismos, la Revolución extiende y proyecta el nuevo orden propugnado en el campo de las construcciones doctrinales.

(51) GÓMEZ ARBOLEYA, E.: *El racionalismo jurídico...* cit., p. 474.

(52) GÓMEZ ARBOLEYA, E.: *El racionalismo jurídico...* cit., p. 469.

nales al nivel de la organización concreta de las relaciones sociales. La promulgación de un Código es, en el fondo, un acto de suprema voluntad revolucionaria, a través del cual se impone no sólo un nuevo orden de categorías de organización de la sociedad, sino, y por sobre todo, una concepción general del hombre y del Estado. El Código es la expresión de un designio homogeneizador y cumple un triple objetivo de revolución, disciplina y pedagogía social. Enfrenta al Antiguo Régimen y a su pluralidad de tradiciones, costumbres, estamentos y privilegios, y lo hace de una manera rigurosamente revolucionaria: sustituye su principio de legitimidad. Al Antiguo Orden, fundado en la noción de un orden trascendente a la voluntad individual o social que daba razón y justificación al Poder, se opone la Razón y la ley como su expresión soberana. La racionalización del poder político, elemento de fondo del proceso de consolidación del Estado Moderno, reconoce en la Codificación uno de sus instrumentos decisivos. La ruptura revolucionaria impone la necesidad de la ley como momento de concreción del hecho de poder en que se funda y como elemento de afirmación ideológica de carácter general. Como todo acto revolucionario, la Revolución moderna impone una disciplina y una pedagogía a través de la ley. La legislación revolucionaria se concreta finalmente en los Códigos, y con ellos la ley se convierte, de alguna manera, en un medio universal de arquitectura social a través del cual se concretan los derechos reivindicados por los hombres, de forma absolutamente igual para todos y en todo lugar (53). Con ello, las ciencias cumplen el papel salvacional que reivindican para sí a partir de la modernidad: son el medio de llevar a los hombres hacia la Justicia y el Bien, de erradicar sus prejuicios y falsas idolatrías, de fundar una convivencia perfecta de todos en la Razón y en estructuras acordes con su naturaleza. La Razón, sistemáticamente escéptica respecto a sus conclusiones y resultados materiales es, sin embargo, el único criterio salvador del hombre y de su convivencia. Y el Código, su expresión escrita, la consagración de un nuevo orden social (54).

Junto a la finalidad revolucionaria, la codificación cumple otra tarea política de importancia fundamental al coadyuvar a la unificación del Estado Moderno. La unidad legislativa es, para los Estados que buscan entidad definitiva a través de la Revolución, un camino hacia la unidad nacional, iniciado ya durante el Antiguo Régimen por las monarquías ilustradas mediante la recopilación y generalización de las costumbres locales. La pluralidad normativa es sustituida por el sis-

(53) GROETHUYSEN, B.: *Philosophie...* cit., p. 184.

(54) Sobre la importancia del *Code* en la vida jurídica y académica de la Francia postrevolucionaria, puede consultarse HUSSON, L.: *Analyse critique de la méthode de l'exégèse*, en "Arch. de Phil du Droit", XVII, 1972, p. 121, reproducido en sus *Nouvelles Etudes sur la Pensée Juridique*, París, 1974, páginas 173 y ss., de entre los cuales interesa también el respecto su *Réflexions d'un Philosophe sur un revirement de Jurisprudence*, pp. 57-119. Para un estudio del tema en el campo del Derecho público, es de interés GARCÍA DE ENTERRÍA, E.: *Revolución Francesa y administración contemporánea*. Madrid, 1972.

tema unitario, que posibilita, en la intención de los codificadores, el conocimiento inmediato y directo de la normatividad vigente por parte de todos los ciudadanos. Todo hombre, en cuanto tal, puede ser intérprete de una ley que responde a su naturaleza. El carácter sistemático de los nuevos cuerpos legislativos no sólo es susceptible de conocimiento, interpretación y manipulación no especializada, sino que se convierte en objeto de estudio. "El derecho codificado —escribe Díez Picazo—, es ante todo el derecho que se hace objeto de estudio. Constituye lo que es el tema del aprendizaje del derecho" (55). Es que el derecho codificado es "derecho de los juristas", "derecho de los profesores", en su génesis y en sus resultados. Al propugnar la Codificación general del Derecho civil para Alemania, exclamaba Thibaut: "Consideréñse tan sólo las partes singulares del Derecho civil. Muchas de ellas constituyen, por así decirlo, una especie de matemática jurídica pura, con arreglo a la cual ninguna localización puede tener influencia decisiva" (56).

Junto a este propósito de sistematización técnica, el código es transmisor de ideales de vida, de criterios de valor y herramienta unificadora y consolidadora del proceso político. Como tal, resalta su proyección "docente" o pedagógica, puesta ya de manifiesto por los aspectos lingüísticos mismos. Como ha puesto de relieve agudamente Villey, el Código parece contener no tanto las "normas" jurídicas mismas, como una especie de presentación doctrinal del contenido de dichas normas: "...el Código sería un *metalenguaje*, no las normas, sino un discurso *sobre* las normas" (57). En esta perspectiva, el Código aparece más bien como una obra de carácter doctrinal, cuya función es la descripción de las normas, tal como resulta de la utilización predominante que hace del modo indicativo (58).

Como complemento de los aspectos estudiados, un estudio de los supuestos de la Codificación impone analizar uno de los temas que mayor interés suscitan en la actualidad y al cual hemos hecho ya referencia, aunque de una manera tangencial: la vinculación del movimiento codificador con la dialéctica íntima de constitución de la sociedad burguesa.

El planteamiento y la solución que se dé a esta cuestión está ne-

(55) DÍEZ PICAZO, L.: *Experiencias jurídicas...*, cit., p. 153. Sobre las proyecciones de la introducción de la idea filosófica de sistema en el terreno de la ciencia del Derecho, cfr. RECASÉNS SICHES, L.: *Nueva Filosofía...* cit., p. 159; COING, H.: *Historia y significado de la idea de sistema en la jurisprudencia*. México, 1959, y HUSSON, L.: *Définition et systematisation dans les sciences juridiques*, en "Nouvelles études...", cit., pp. 253 y ss.

(56) Cit. por DÍEZ PICAZO, L.: *Experiencias jurídicas...* cit., p. 154.

(57) VILLEY, M.: *De l'Indicatif juridique*, en "Arch. de Phil. du Droit", XIX, 1974, p. 37. Cfr. asimismo, del mismo autor, su *La promotion de la loi et du droit subjectif dans la Seconde Scolastique*, en "La seconda scolastica nella formazione del diritto privato moderno" (Actas del Encuentro de Estudio celebrado en Florencia, entre el 16 y el 19 de octubre de 1972, a cargo de P. GROSSI). Milán, 1973, p. 57.

(58) VILLEY, M.: *De l'Indicatif juridique*, cit., p. 41.

cesariamente inserto en el marco de la concepción que se posea acerca de la vinculación entre ideología y política, entre el fenómeno jurídico en general y el desarrollo social y económico de la estructura política. Parece oportuno, por ello, afirmar que en nuestra opinión deben descartarse las consideraciones unilaterales del problema, rechazando la reducción del mismo a uno solo de sus términos. Tal es, por ejemplo, el caso del materialismo dialéctico, al cual se deben la mayoría de los esfuerzos en la materia. Como todo fenómeno del espíritu, el Derecho —y la Codificación es un ejemplo— es el producto de un vasto complejo de circunstancias y factores de la más variada índole. Sólo las simplificaciones del análisis científico pueden llevar a aislar alguno de estos elementos, pero siempre con el riesgo de amputar la realidad y, a la postre, de distorsionarla. La realidad de los procesos políticos y jurídicos posee una irreductible complejidad y todos los intentos de reducirla a una explicación totalizadora a partir de uno de los factores en juego está de antemano condenada al fracaso. Sus resultados podrán tener, en ciertos casos, una aguzada eficacia política, pero serán seguramente inútiles para comprender la profundidad y el alcance del fenómeno.

El actual tratamiento del tema de las posibles vinculaciones entre la Codificación y la consolidación del sistema económico capitalista es una buena muestra de estas dificultades historiográficas (59).

El problema central a este respecto es el de determinar la relación de implicación existente entre superestructura jurídica e infraestructura económica. En el caso del movimiento codificador, el esquematismo de la interpretación economicista plantea problemas casi insolubles. Así, por ejemplo, opina Maillet que si se considera que la codificación

(59) Al ya citado trabajo de ARNAUD sobre los orígenes doctrinales del Código Civil francés, deben agregarse otros del mismo autor, como su importante *Essai d'analyse structurale du Code Civil française*, París, 1973 (cuyo subtítulo —*Las reglas del juego de la Paz Burguesa*— ilustra acabadamente acerca del sentido de su tesis básicas, fundadas en un cierto revisionista de las formulaciones marxistas acerca de la relación existente entre el Derecho, como superestructura ideológica, y las condiciones infraestructurales, subyacentes y determinantes); *La paix bourgeoise, cit.; Le medium et le savant. Signification politique de l'interprétation juridique*, en "Arch. de Phil. du Droit", XVII, 1972, pp. 165 y ss, y *Regards marxistes français sur le droit actuel*, en el volumen cit. de "A. P. D.", pp. 473 y ss. Es de gran interés, asimismo, la bibliografía publicada por el mismo ARNAUD bajo el título *Elements de bibliographie récente en langue française sur l'histoire de la pensée juridique moderne*, publicada sucesivamente en los volúmenes I (1972) y II (1973) de los "Quaderni Fiorentini", que puede ser complementada eficazmente en lo que al ámbito español se refiere por la no tan completa de PÉREZ PRENDÉS, J. M.: *Bibliografía del pensamiento jurídico español moderno*, en "Quaderni Fiorentini", I, 1972, pp. 449 y ss. Además puede verse, para diversos aspectos conexos, MAILLET, J.: *Codifications napoléoniennes, développement économique et formation de la société française capitaliste*, en "Quaderni Fiorentini", II, 1973, pp. 111 y ss; AJELLO, R.: *Formalismo e storia... cit.*, pp. 177 y ss.; CATTANEO, M.: *Illuminismo e legislazione cit.*; D'AMELIO, G.: *Illuminismo e scienza del diritto*. Milán, 1965, y NEGRI, A.: *Alle origine del formalismo giuridico*. Padova, 1962.

francesa de comienzos del siglo XIX consagra un sistema a la vez completo, coherente y duradero, que por su orientación fundamental, sus principios generales, la organización de sus instituciones y sus reglas de detalle, representa el sistema jurídico típico de una sociedad capitalista, y si, por otra parte, se contempla el hecho de que en Francia el régimen capitalista no se encuentra realmente formado hasta avanzado el siglo XIX en sus aspectos económicos y sociales, puede llegarse a pensar que, en este caso particular, la evolución jurídica ha sido de una notable "precocidad". Más aún —se pregunta el autor—, ¿no cabría incluso hablar de una suerte de "anticipación" de la evolución jurídica en relación a la evolución general de la sociedad francesa? (60).

La cuestión propuesta nos parece viciada desde su mismo planteamiento. Supone, en el punto de partida del razonamiento, una determinada concepción de la Historia, afirmada de manera apriorística, ya sea en abstracto o a partir de una versión simplificada del acontecer real. Elaborada la hipótesis, se procura su verificación y constatación en la realidad. El resultado —por ahora en el caso que nos ocupa— es negativo, pero la previa afirmación de principio, lleva a descartar el valor de la verificación y a afirmar, en consecuencia, que el fenómeno examinado configura una excepción a la legalidad inmanente de la Historia. Ubicado el problema en tales términos, la investigación y la polémica carecen en realidad de sentido, ya que sean cuáles sean los resultados, sólo servirán para confirmar —de manera directa o, en su caso, *a contrario sensu*— la afirmación dogmática de la que se parte.

Si la óptica es, por el contrario, la de la realidad, el planteamiento cambia radicalmente. La historia real muestra más bien el encadenamiento y entrecruzamiento de factores diversos que se condicionan entre sí, que resaltan o se desvanecen en los diversos momentos históricos. En ciertas épocas, los factores políticos y económicos inciden con especial fuerza y llegan a condicionar el desarrollo de los movimientos intelectuales. Pero si se repara en el sentido profundo de los fenómenos sociopolíticos, se ve que son las ideas las que proporcionan las metas y las direcciones del cambio. Esto es especialmente en las épocas revolucionarias como la que sirve de marco a la codificación. En el ámbito europeo, hay ciertos casos en los que la codificación aparece claramente como un proceso de afirmación, consolidación y maduración política e ideológica. Pero, como hemos visto, las ideas fundamentales no nacen en esa fase de orientación "conservadora", sino en el momento "revolucionario" que la precede. Las ideas del iusnaturalismo racionalista y del Iluminismo jurídico preparan una concepción de la sociedad y el Derecho que cristalizará en la Codificación. Y es este caudal ideológico el que va a nutrir el esquema intelectual del jurista moderno, sea cuál sea la fase histórica en que se inserte su acción.

---

(60) MAILLET, J.: *Codifications napoleoniennes... cit.*, pp. 111-112.

Una consideración somera del caso hispanoamericano abona especialmente nuestra tesis. En Hispanoamérica, el fenómeno codificador precede en décadas al sistema económico y a las relaciones de producción capitalistas. A un punto tal que resultaría aventurado afirmar sin más el condicionamiento absoluto de la estructura económica sobre la formación del derecho privado. En América, la Codificación es un ejemplo típico de “recepción” doctrinal y jurídica, cuyas causas son de orden ideológico y político antes que económico. Para el Iluminismo mitigado de Hispanoamérica —en el estilo peculiar en que se manifestara la Ilustración en España—, la Codificación presenta un carácter acentuadamente revolucionario: su justificación consiste en consolidar el triunfo político del liberalismo a través de las relaciones jurídicas privadas. Y si bien es cierto que en tal actitud hay matices profundos —desde la importación servil del modelo francés en el caso del Código para Bolivia de 1831, hasta los desarrollos originales y no sectarios de Bello y Vélez en Argentina y Chile—, puede decirse que es ese nuevo orden conquistado en el terreno de las luchas por la independencia y la organización de las naciones, el que opera como idea fuerza y justificación histórica. Hacia mediados del siglo XIX, la Ilustración americana ha perdido ya el carácter de armoniosa conciliación entre tradición y reforma que la caracterizara hasta la época de la emancipación, y asumida por las élites revolucionarias, avanza contra la tradición hispánica y contra la influencia de los antiguos factores de poder como la Iglesia. En el orden pedagógico, procura la afirmación de un nuevo modelo de hombre y de sociedad, impuesto por la fuerza de las armas en las guerras de la primera mitad del siglo XIX y elevado a la veneración a través de la legislación, las constituciones y los códigos.

Una de las demostraciones más claras de la primacía del ideologismo revolucionario sobre los condicionamientos económicos es el hecho de la manifiesta inadecuación de las instituciones de la etapa de promulgación de los Códigos en relación con las necesidades de los cambios sociales y económicos, que produjo el comienzo de un proceso de reforma desde el momento mismo de la sanción legislativa. Con todo, es necesario repetir una vez más que los Códigos no marcaron el triunfo decisivo y final del individualismo y el laicismo racionalista. Ello no ocurriría sino con la afirmación del positivismo hacia la última década del XIX americano, y con la aparición de la generación de juristas y políticos que sucedieron a los codificadores —hombres de transición entre tradición y revolución como Bello o Vélez Sarfield—. Y esta primacía de los factores ideológicos en la Codificación queda corroborado con la suerte posterior de los Códigos, sometidos a un constante proceso de adaptación a los condicionamientos ideológicos y políticos, prácticamente hasta nuestros días, en el que han primado más bien los elementos doctrinales y técnicos importados de modelos europeos que las necesidades concretas de sociedades que han desarrollado su estructura económica y social a espaldas

de los Códigos en sectores esenciales para la misma ideología codificadora.

Buena parte de las confusiones y discusiones existentes en torno al tema de las relaciones entre la Codificación y la consolidación de la sociedad burguesa provienen de una cierta confusión entre lo que se refiere al pensamiento y la actitud moderna frente al derecho y el llamado "orden burgués". Este es, a lo más —y salvando por el momento las ambigüedades que el término ofrece a la consideración del historiador y el científico—, tan sólo uno de los momentos de toda una época que en su amplitud precede y continúa en el tiempo al auge y a la decadencia del sistema económico del capitalismo individualista. Lo que resulta evidente es que la Codificación aparece como concreción de una serie de valores, ideales y soluciones técnicas propias del espíritu y el pensamiento moderno que en manera alguna pueden ser reducidas a los límites estrechos de la "sociedad burguesa". El laicismo, el individualismo, las transformaciones del sentido del trabajo, el igualitarismo, la idea de la sociedad como un sistema artificial —convencional— de equilibrio y concurrencia de individuos iguales y soberanos, las declaraciones generales del derechos del hombre, la primacía del cálculo racional en la articulación social, la crisis de las jerarquías, el economicismo, el subjetivismo, el legalismo estatalista, el formalismo positivista son, ciertamente, componentes de la actitud de toda una época, cuyos límites vastos y difusos rechazan el reduccionismo estrecho que tiende a concebirlos en función de uno solo de los elementos a considerar: la estructura y el modo de las relaciones de producción económica propios del capitalismo individualista.

Idéntica ambigüedad rodea a la expresión "regla de juego de la sociedad burguesa" a que quiere limitarse el concepto de código. La idea del derecho como "regla de juego" es un juego de palabras, cuya función metafórica puede extenderse a cualquier ordenamiento jurídico, codificado o no, perteneciente a cualquier época de la Historia. Y es perfectamente posible llegar a las mismas conclusiones a que llega el análisis semiológico de algunos autores (61) en el caso del

(61) Pensamos especialmente en el caso de ARNAUD, A.-J.: *Essai d'analyse...* cit. Idénticos reparos cabría formular al intento de renovación del planteo realizado por HABERMAS en sus últimas obras, especialmente en *Strukturwandel der Öffentlichkeit*. Neuwied und Bonn, 1962, y *Legitimationsprobleme im Spätkapitalismus*. Frankfurt, 1973. Esta última obra ha motivado una excelente respuesta por parte de HENNIS, W.: *Legitimität. Zu einer Kategorie der bürgerlichen Gesellschaft*, en "Legitimationsprobleme Politischer Verlag", 1976, contestada por HABERMAS en su artículo *La legitimidad, hoy*, en "Merkur", 1976, y traducido en "Revista de Occidente", III época, núm. 9, Madrid, julio de 1976, pp. 3-12. Para HABERMAS, puede entenderse al Estado Moderno como el resultado de la diferenciación de un sistema económico que descentraliza el proceso de producción por medio del mercado, y lo regula apolíticamente. El Estado organiza las condiciones bajo las cuales los ciudadanos sostienen el proceso de producción como personas privadas que compiten y actúan estratégicamente. Para ello, desarrolla y garantiza el Derecho privado burgués, el mecanismo monetario, ciertas infraestructuras y, en general, las condiciones de existencia de un proceso económico despolitizado y liberado

*Code*, con respecto a cualquier otro ordenamiento, incluidos los propios sistemas "socialistas". Hablar de "reglas de juego" puede hacer referencia al papel regulativo del Derecho en la vida social, y en tal caso, nada se opondría a la utilización de la metáfora en la totalidad de los casos de regulación jurídica de la vida social. Y la delimitación de tal carácter al marco exclusivo de la sociedad burguesa parece más bien una afirmación de fe ideológica incompatible, como hemos dicho, con los propios resultados a que llevaría la utilización del método propuesto.

Como fenómeno humano y, más precisamente, espiritual, el Derecho es una realidad compleja que en su aspecto de totalidad resume una multiplicidad de datos y procesos determinantes y condicionantes que repugnan todo intento de reduccionismo monista. Las inconsecuencias del planteo propuesto por la historiografía materialista a propósito de la Codificación lo ponen, una vez más, de manifiesto. Con ello cobra especial realce el tema de los fundamentos ideológicos de la Codificación, ya que parece típico de la primera etapa de los procesos revolucionarios el configurar una fase predominantemente *ideológica*, en la que es en el orden de las ideas donde se da la primera batalla contra el principio de legitimidad que se procura sustituir.

## CONCLUSION

El Iluminismo —han escrito Horkheimer y Adorno—, en el sentido más amplio de pensamiento, en continuo progreso, ha perseguido siempre el objetivo de quitar el miedo a los hombres y de convertirlos en amos (62). En el campo del derecho, la voluntad de autoafirmación

---

de normas éticas y de orientaciones hacia el valor de uso. En este crecimiento de la autonomía fundamental del Estado tienen un papel relevante los fenómenos de secularización y de racionalización del pensamiento jurídico. En la línea ideológica que va desde Hobbes y Locke, pasando por los moralistas escoceses (Hume, Smith, Miller), la Ilustración francesa (Helvétius y D'Holbach) y la economía política clásica, hasta llegar a Hegel, reconoce HABERMAS la constitución de una "teoría de la sociedad burguesa" que explica, a su vez, el sistema de "Derecho privado burgués", las libertades básicas de los ciudadanos y el proceso económico capitalista. En el pensamiento de HABERMAS acerca de la legitimación, el Derecho queda insertado en los niveles de justificación —con lo que queda superada la posición clásica del marxismo al respecto—, pero ello nos parece más bien un resultado de la perspectiva primordialmente descriptiva adoptada, ya que en su explicación de la génesis de estos niveles profundos de justificación, es nuevamente la infraestructura económica la que reconquista su papel de clave explicativa del proceso. Para una crítica de los supuestos del materialismo histórico en su expresión jurídica, confrontar PLACHY, A.: *La teoría della interpretazione*, cit., Apéndice, páginas 211-223. Algunos estudios panorámicos subrayan, sin embargo, el creciente desinterés de la teoría marxista del Derecho por el tema a que hacemos referencia. Cfr. LAPORTA, F. J., HIERRO, L. L. y ZAPATERO, V.: *Algunas observaciones sobre la situación de la filosofía del Derecho en la actualidad*, en "Anales de la Cátedra «Francisco Suárez»", núm. 15, 1975 (dedicado a "La filosofía del Derecho en España"), p. 97.

(62) HORKHEIMER, M. y ADORNO, T. W.: *Dialéctica del Iluminismo*. Edición española. Buenos Aires, 1970, p. 15.

absoluta del hombre sobre la contingencia y el pasado se expresó en la concepción general del derecho como un *facere*. “El Estado asume —conforme Hegel— la realidad del derecho, como desarrollo de una pura idea pretendidamente moral, en pleno voluntarismo jurídico; su voluntad trata de llevar a la práctica la construcción de una sociedad nueva, por un método que combina el idealismo, que le suministra el modelo, y el empirismo, con el que trata de construirlo” (63). En este contexto, cuyos rasgos principales hemos intentado poner de manifiesto a lo largo del presente estudio, surge la Codificación. Desde un punto de vista histórico podría decirse que es un fruto tardío de planteamientos que posiblemente habían agotado su fuerza especulativa. Pero en realidad no es sino el resultado del proceso de maduración de dichas ideas en el orden concreto de las realizaciones políticas. Entre el momento de auge de la Ilustración en el orden de las ideas y el momento de la codificación como expresión jurídico-política de un ordenamiento estatal, ha mediado nada menos que la configuración revolucionaria de éste. Y ello debe entenderse atribuyendo al vocablo “revolución” su más amplia significación, abarcadora tanto de los fenómenos de tránsito violento, como las evoluciones pacíficas y aparentemente armónicas hacia un orden fundado en un nuevo principio de legitimidad. Es por ello que Razón y Codificación aparecen necesariamente inmersos en el fenómeno histórico de la Revolución. Fruto, sin embargo, de una “transacción” entre elementos provenientes de la tradición extrajurídica occidental e ideas filosóficas de la modernidad, la codificación reconoce, a su vez, etapas internas que en el planteamiento forzosamente esquemático de nuestro análisis, hemos debido dejar de lado en la consideración. Con todo, si el modelo principal de la primera etapa de la codificación —el Código Napoleón de 1804— marca el momento de la Idea como paradigma normativo de la praxis consolidadora de la Revolución, y el modelo de la última etapa —el Código alemán de 1900— marca a su vez el momento del Concepto como herramienta lógico-conceptual de elaboración del dato jurídico, ambas dimensiones, diversas bajo tantos puntos de vista, aparecen en el fondo unidas por un sentido profundo: la concepción de la realidad como un dato construido, fabricado y dominado por la Razón. Y si —como escribía hace algunos años Max Horkheimer— la tendencia moderna a traducir toda idea en acción, o en abstención activa de toda acción, constituye efectivamente uno de los síntomas de la presente crisis de la Cultura (64), ¿no preanuncia este eclipse de la Razón la crisis de las formas que adoptara históricamente el Derecho en los siglos de la Edad Moderna? La respuesta a este interrogante no queda a cargo de los esquemas ideológicos de interpretación, sino de la propia realidad histórica del Derecho, forma de la existencia humana en constante transformación.

(63) VALLET DE GOYTISOLO, J.: *Del legislare como “legere” al legislare como “facere”*, en “Verbo”, núms. 115-116, mayo-junio 1973, p. 539.

(64) HORKHEIMER, M.: *Eclipse de la Raison*. París, 1974, p. 10.

# Desarrollo y expansión del Derecho mercantil

RAFAEL JIMENEZ DE PARGA

Catedrático de Derecho Mercantil en la Universidad Autónoma de Barcelona

**SUMARIO:** I. El desarrollo del Derecho mercantil. A) La consolidación “formal” del ordenamiento jurídico-comercial. a) Factores políticos, económicos y sociales. b) Factores jurídicos. 1) El Código de comercio francés de 1807. 2) El “*Algemeines Deutsches Handelsgesetzbuch*” de 1861. 3) El Código de Comercio italiano de 1882. 4) Especial consideración del proceso en España. Los Códigos de comercio de 1829 y el vigente de 1885. B) Conclusiones derivadas de la consolidación “formal” del ordenamiento jurídico - mercantil.—II. La expansión del Derecho mercantil. A) Factores políticos, económicos y sociales. b) Factores jurídicos. 1) Vuelta a un sistema subjetivo. 1') El H. G. B. Alemán de 1897. 1") El “*Codice civile*” italiano de 1942. 2) Conclusiones básicas en que se sitúa la cuestión. B) La unificación del Derecho privado como expresión de la “expansión”. a) Planteamiento. b) Realizaciones legislativas. c) Intentos extra-legislativos. d) El particularismo del sistema inglés.

## I. EL DESARROLLO DEL DERECHO MERCANTIL

### A) LA CONSOLIDACIÓN “FORMAL” DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO-COMERCIAL

#### a) *Factores políticos, económicos y sociales*

Un conjunto de acontecimientos de singularísima importancia en la Historia se agolpan en los últimos años del siglo XVIII. Termina una era y se abre el pórtico de la historia contemporánea. La revolución del 89 no es un movimiento nacional, sino continental. Se alteran las instituciones europeas en su estructura básica. Es una revolución que afecta a los niveles primarios de la convivencia y del orden establecido (1).

---

(1) Las investigaciones más recientes y de mayor rigor se orientan en el sentido propuesto aquí, es decir, considerando la Revolución Francesa como un fenómeno europeo. Vid., entre otras, LEFEVRE, *La Revolution française*, edic. 1951, cap. primero; y GODECHOT, *La grande nation*, París, 1957, 2 vols.

Los "inmortales principios" que inspiran la gran transformación que se opera pueden sintetizarse así (2). La soberanía de la nación aparece como el dogma supremo. "La nación existe ante todo y es el origen de todo" (Sieyes). Racionalismo, utilitarismo o individualismo se convierten en los instrumentos básicos de operar y clasificar a los fenómenos, a las conductas y a los hombres.

De la soberanía de la nación deriva la soberanía de la ley. "Del artículo 5 al artículo 11 de la Declaración el término de Ley se repite once veces", observa Touchard (3). Adquiere el concepto de ley un "talante" religioso, pues "esta majestad de la ley se encuentra reforzada por el carácter religioso de una declaración hecha en presencia y bajo los auspicios del Ser Supremo". "Los derechos del hombre, además de naturales e inalienables, son sagrados y ningún hombre puede ser inquietado por sus opiniones", apostilla el artículo 10 de la misma Declaración.

Pero estas manifestaciones ideológicas son consecuencia de un replanteamiento de la estructura económica y de la distribución de poder que se opera con el movimiento revolucionario. La revolución supone la conquista del poder por la burguesía. Desde esta posición social y políticamente dominante se consigue una situación en la que las ideas dominantes son las traídas y propagadas por la burguesía. Operacionalmente "lo demás" queda marginado. Se camina hacia lo que Toynbee ha consagrado con la expresión "la revolución industrial", como manifestación económica y "práctica" (Ferguson) de la revolución francesa. Ello implica un triple fenómeno: 1) cambios en la técnica de fabricación, transporte y comunicación, incluyendo la continua sustitución de las herramientas manuales por la maquinaria mecánica; 2) el nacimiento del sistema fabril y la consecuente sustitución de la producción domiciliaria en pequeña escala por la producción en gran escala en la fábrica; y, 3) reacciones provocadas por el nuevo sistema tecnológico y fabril en todo el mundo civilizado (4).

Las obras de dos británicos se proyectan en el continente. David Hume coloca los cimientos de un pensamiento económico que culminará en A. Smith. Las aportaciones del primero en "Del comercio", "La balanza del comercio", "El interés", "La emulación comercial", etcétera, se convierten en dogma de la época. Escritos en torno a los años 1752 y siguientes, llegará el impacto de su fuerza a principios del XIX (5). Por su parte, la aportación doctrinal de Smith culmina

(2) No parece necesario que en un trabajo de esta naturaleza se pretenda un análisis completo de los acontecimientos históricos del momento. Bastan unas precisiones elementales que nos sirvan de guía en nuestra reflexión. Es oportuno repetir que no nos proponemos "hacer historia", sino captar las coordenadas esenciales que afectan al objeto de nuestro estudio.

(3) J. TOUCHARD, *Historia de las ideas políticas*, edic. española, Madrid, 1961, pág. 360.

(4) FERGUSON, *Historia de la economía*, edic. esp. 1958, pág. 78.

(5) Es imposible aquí intentar explicar la repercusión de HUME. Nos

con la aparición del "Ensayo acerca de la teoría de las naciones", que matizando sus anteriores manifestaciones se convierte en el manual por excelencia y el breviario de consulta (6). Todo este panorama produce una apertura hacia un comercio mundial. La nacionalización política tiene como cobertura la expansión comercial, pues los grupos dominantes necesitan para su fortalecimiento un tráfico sin límites de fronteras. El sistema capitalista, que comienza a ser una realidad, impone sus exigencias, destacando de entre ellas ésta de comercio abierto y expansivo.

Este haz de factores produce el natural impacto en el orden jurídico. A la hora de "hacer historia" es el Derecho un instrumento inigualable. Y como la historia que interesa hacer a las clases dominantes es más que nada económica o de control económico —lo demás vendrá por añadidura, dirá Mireaux en su "Philosophie du libéralisme"—, sobre el ordenamiento "disperso" jurídico-comercial recaerá el mayor esfuerzo legislativo. Sobre esta temática discurrirá el apartado que sigue.

#### b) Factores jurídicos

Se ha escrito con precisión : "El momento de la decisiva estatificación y desprofesionalización del Derecho mercantil —su codificación separada frente a la codificación civil— se produce lógica y significativamente cuando la revolución burguesa, rotas las trabas gremiales, pretende terminar con los privilegios de clase, impone la libertad de profesión y promulga el Derecho de la buena fe y la equidad, es decir, *su Derecho*" (7). Exacto. La clase dominante —la burguesía— impone sus intereses, emmarcados en normas positivas, sus exigencias como orden posible, su Derecho como presupuesto de la "seguridad y la estabilidad".

La codificación es la gran tarea jurídica que se afronta (8). Un

---

remitimos a E. JOHNSON, *L'économie synthétique de Hume*, en "Revue d'Histoire économique et sociale", 1931.

(6) Quizá sea suficiente recordar aquel pasaje de la novela de Regnault Warin, cuando dice: "...acudían a Palacio con las Aventuras de Fábulas y las obras de Smith..." (*Le cimetière de la Madeleine*, vol. II).

(7) RUBIO, *Introducción al Derecho mercantil*, pág. 157).

(8) G. ARBOLEYA, *Supuestos cardinales de la ciencia jurídica moderna*, en "Rev. Est. Pol.", núm. 57, págs. 21 y 22). Escribe: "Ese Derecho no nace de la vida..., sino de la norma que imprime cuño a la materia... Este estilo se caracterizará, primero, por tener su centro en el precepto como enlace de supuesto y consecuencia; segunda, porque los preceptos se enlazan como órdenes rígidos y dialécticos; tercero, porque el conjunto es una totalidad: obra conclusa de la razón. Ninguna Novela de Justiniano, ni el Código de su Codificación, ni un Fuero de la Edad Media, ni la Ley de Partidas, ni las recopilaciones se parecen en nada a esto que va a surgir. Un Código moderno tiene mucha más semejanza con algo diferente: con un tratado de geometría, por ejemplo". El Código se apoya en tres factores, según GUTZWILLER, *Nationalismus und Internationalismus im Recht*, 1958: a) factor natural: los datos de la realidad; b) los residuos del pasado: la tradición; y, c) el espíritu del tiempo.

derecho codificado es un derecho seguro y estable, es un derecho controlable desde los resortes del poder. Pero la tarea no se afrontará por la vía de la codificación mercantil, sino por el cauce de un código general que ordene y discipline la vida en su conjunto. Por ello, tiene plena razón Rubio cuando concede especialísima importancia —en este aspecto— al “code civil”, por el que se consagran los principios de la revolución en marcha: el liberalismo individualista inseparable del capitalismo comercial secular y del capitalismo industrial que comienza (9). En expresión feliz de Thaller, el “Derecho civil, perdiendo su rigidez, deja de ser una legislación de textos inflexibles y de preceptos inmutables para moldearse según lo exigen la protección de los intereses, la autonomía de la voluntad y la concepción del orden público entendidos de manera distinta. El Derecho comercial podrá entonces someterse al gobierno de un Derecho civil que ha adoptado estos métodos liberales”. Ello porque, “el Código civil ha despojado al derecho privado de aquel rigor, mezcla de legislación romana y de costumbres, del antiguo Derecho privado. Sus autores lo consideran como la carta general de las obligaciones, y tres años después de su promulgación el Código de comercio rechazó cuanto pudiera referirse a una reglamentación de conjunto de los contratos, considerando el trabajo ya hecho” (10).

### *1) El Código de comercio francés de 1807*

El “Code” se fundamenta en un triple supuesto económico: un incipiente capitalismo; la proclamada creencia de la utilidad del sistema de libre competencia; y, el libre acceso a la propiedad. Desde la perspectiva particular de nuestro análisis se produce una doble y fundamental consecuencia: cualquier ciudadano puede ser comerciante y la cualidad de tal se adquiere con el ejercicio de la profesión y no por el hecho de pertenecer a una corporación (art. 1 del cuerpo legal citado). Esta doble consecuencia tiene una capital importancia para el desarrollo histórico del Derecho mercantil. En primer lugar, porque queda quebrado el sistema de las limitaciones para ser comerciante. En segundo término, porque aparece la categoría del “acto objetivo” de comercio. Quiere decirse con ello que la calificación del acto no viene dada por el sujeto que lo realiza, sino por su propia naturaleza. No serán actos de comercio los que realicen los comerciantes, sino que éstos realizarán actos que por sí pueden ser calificados como actos de comercio. El significado y alcance del nuevo sistema ha sido centrado en su justo término por el profesor Girón, cuando se pregunta (11) si la función del acto de comercio en el “Code” se circuns-

(9) RUBIO, cb. cit., pág. 158.

(10) THALLER, *De l'attraction exercée par le code civil et par ses méthodes dans le Droit commercial*, “Livre du centenaire”, I, págs. 233 y siguientes. Citado, también, por RUBIO.

(11) GIRÓN, *El concepto del Derecho mercantil*, A. D. C., 1954, página 736.

cribe a fijar la competencia de los Tribunales, o si su función es acotar la materia mercantil.

Planteado así el problema, ha tenido dos soluciones bien distintas. La doctrina inmediata a la Revolución interpretó los artículos 1.<sup>º</sup>, 631, 632 y 633 del "Code" como la suplantación del llamado sistema subjetivo por el objetivo; esto es, el Derecho mercantil deja de ser el Derecho de los comerciantes para convertirse en el propio de los actos de comercio. La moderna doctrina ha revisado esta interpretación clásica para mantener que el Código francés sólo ha dado un paso: el mínimo y necesario para desprender el acto del sujeto que lo realiza, pero sin desconectar totalmente el binomio sujeto-acto (12).

Esta segunda dirección doctrinal (13) es la que ofrece una interpretación más acorde con los preceptos citados del "Code". Esta misma dirección desembocará en la tesis que para nosotros contiene la clave de la aportación del cuerpo legal que comentamos: los actos de comercio en el "Code" no tienen carácter "sustantivo", no acotan la materia mercantil, fijan la competencia de los Tribunales (14). En esta línea hay que situar a Broseta cuando afirma (15) que del "análisis de estos preceptos se desprenden las siguientes observaciones: 1) que en el art. 1.<sup>º</sup> se define a los comerciantes como sujetos que realizan habitualmente, es decir, profesionalmente, actos de comercio, con lo cual se sigue en realidad el sistema tradicional anterior; 2) que en el artículo 631 se refiere a los actos de comercio para declarar que los litigios o conflictos surgidos sobre ellos quedan sometidos a la competencia de los Tribunales de comercio; 3) que los artículos 632 y 633 califican *ex lege* ciertas operaciones como actos de comercio, con la indudable finalidad de establecer las que, partiendo de esta naturaleza, se someterán a la competencia de los Tribunales de comercio, "cualkiera que sea la condición o naturaleza de las personas que los ejecutan". De estas consideraciones concluye que la función del acto de comercio en el "Code" es doble: establecer quiénes y mediante qué requisitos adquieren la condición de comerciantes y delimitar objetivamente la competencia de los Tribunales de comercio. En efecto, esta es —cabalmente— la doble función del acto de comercio en el "Code". Sirvió como criterio de calificación de la profesión de comerciante; o dicho en otras palabras, quien realizaba tales operaciones con habitualidad (profesionalidad) era comerciante y marcó los límites objetivos de la competencia de los Tribunales (16).

(12) Artículos 1.<sup>º</sup>, 631, 632 y 633 del "Code" napoleónico.

(13) HAMEL y LAGARDE, *Traité...*, págs. 164 y sigs.; RIPERT, *Traité...*, núm. 8; GARRIGUES, *Tratado de Derecho mercantil*, I, pág. 183.

(14) ESCARRA, *Principes de Droit commercial*, I, núm. 82. Para este mismo autor esta manifestación doctrinal constituye la tesis dominante en la moderna doctrina.

(15) BROSETA, *Empresa, Derecho, obligaciones...*, pág. 15.

(16) RIPERT, *Traité...*, ob. cit., pág. 127, afirma: "el "Code" de 1807, al regular la competencia de los Tribunales de comercio, ha mantenido el principio de que estos Tribunales son competentes para las contiendas entre comerciantes. Pero no queriendo crear una jurisdicción profesio-

Tal es la *función* del acto de comercio en el “Code”. Ahora bien, esta no es sólo la *significación* y *alcance* del sistema establecido en 1807. Su proyección ofrece un compás más abierto.

La significación del “Code” se extiende en un doble campo. Por un lado, supone consolidar formalmente el ordenamiento jurídico-mercantil. No se trata ya de una consolidación “dispersa” de que hablábamos antes, sino de una consolidación formalmente estructurada y conceptualmente coherente. En expresión brillante del profesor Girón, supone la “investidura de Código que se da al Derecho mercantil” (17). Por otro lado, la “progresiva” extensión o desarrollo (“generalización” u “objetivización”) de las instituciones que integran el ordenamiento jurídico-comercial. Veamos cada una de ellas.

La consolidación formal del ordenamiento jurídico-mercantil a través del recurso técnico del Código ofrece una muy especial significación. Ya hemos señalado, con carácter general, qué supone en la evolución de la historia del derecho la aparición de los códigos. Específicamente, para el proceso histórico del Derecho mercantil supuso la culminación de una evolución que arranca desde muy atrás y que se cierra con la fórmula técnica del Código. Evolución que produce esta “unidad racionalista y cerrada” que llamamos código. Es algo nuevo y diferente —formal y sustancialmente—, sin precedentes, que abre una etapa que aún perdura —quizá en crisis— en la historia del derecho. Admitimos con Ripert que los redactores del “Code” volvieron sus miradas hacia las Ordenanzas de 1673 y al proyecto de revisión de Miromesnil (18). Pero su obra no es un paso más, sino que supone un giro radical. El “Code” abre la etapa de la codificación con toda su carga histórica y toda la influencia que posteriormente se despliega (19).

---

nal, ha añadido que conocerán también de las contiendas relativas a los actos de comercio entre toda clase de personas (art. 631). Desde este momento se vieron obligados a establecer cuáles son los actos de comercio, lo que han hecho en el art. 632 para el comercio terrestre y en el 633 para el marítimo. Es, pues, exclusivamente, para regular de nuevo una cuestión de competencia y para no establecerla únicamente en atención a la condición de las personas, por lo que el “Code” ha presentado la noción de un acto que será de comercio entre toda clase de personas”.

(17) GIRÓN, *El concepto...*, ob. cit., pág. 736. Aun proclamando la brillantez de la expresión, conviene diferir en un punto: no es tanto la investidura del Derecho mercantil —como ciencia— sino la del disperso ordenamiento jurídico-comercial. Producido este supuesto se facilitará el nacimiento formal de la disciplina científica. Creemos que el Derecho mercantil ni ha estado, ni está investido en forma de Código. Lo que se reviste bajo la vestidura de Código es el ordenamiento jurídico-Comercial.

(18) RIPERT, *Traité...*, ob. cit., pág. 15. Parece especialmente influido por LEVI-BRUHL en sus trabajos publicados en los “Ann. de Droit Comm.”, en 1931 y 1933, acerca de las Ordenanzas y el Proyecto Miromesnil.

(19) Entiéndase que valoramos en su justa medida la realidad, en cierto modo codificadora, del Derecho territorial del Estado prusiano (*Allgemeines Landrecht*) de 5 de febrero de 1749, con entrada en vigor el 1 de junio de aquel año. Se regulaba el Derecho privado, el político, el eclesiástico, el penal y el mercantil (incluyendo cambiario, marítimo y seguros) en la parte segunda, título 8, artículos 475-2.464. ‘Los comer-

Pero quizá sea la progresiva generalización de las instituciones jurídico-mercantiles que se opera, el impacto esencial del nuevo sistema. El fenómeno ha sido puesto de manifiesto por Rubio, quien ya en 1947 hablaba de que, al producirse la llamada generalización, el Derecho mercantil se convirtió en el Derecho general del tráfico, constituyendo el núcleo del Derecho patrimonial moderno (20). Después, en 1969, se manifiesta concluyente: "Pero en el "Code" laten una idea y un propósito certeros, impuestos por la madurez histórica que, en su momento, el Derecho mercantil ha adquirido ya: el de dar definitivamente a éste su carácter de Derecho general del tráfico extra-profesional, aplicable a los comerciantes y no comerciantes" (21). Este fenómeno se hará incontenible en potencia y continuo en el tiempo. El texto clásico de Goldschmidt lo resume así: "El Derecho mercantil ocupa frente al civil una posición de adelantado para la reforma de este último. Desarrollado bajo la presión de las clases más preparadas y perspicaces en el mundo económico, los grandes comerciantes industriales, los navieros y los financieros, tienden a conducir el Derecho civil entero y mientras, de un lado, reduce su propio ámbito, de otro, aumenta por medio de normas nuevas que surgen de las nuevas necesidades del comercio. Se podría comparar con un glaciar, en sus zonas inferiores los hielos disueltos se mezclan con los restantes sedimentos, en las altas van formando, en cambio, renovados neveros" (22).

## 2) *El Allgemeines Deutsches Handelsgesetzbuch de 1861*

La significación de este cuerpo legal es profunda a los efectos de comprobar el fenómeno de formación de un ordenamiento jurídico-

---

cientes se regulan en los artículos 475-712; la letra de cambio en los artículos 713-1.249; billetes y efectos mercantiles en los artículos 1.250-1.304; los mediadores de comercio en los artículos 1.305-1.388; los porteadores, navieros y cargadores en los artículos 1.389-1.765; la avería gruesa en los artículos 1.766-1.933; los seguros en los artículos 1.934-2.358; el préstamo a la gruesa en los artículos 2.359-2.451; los porteadores en los artículos 2.452-2.464. La obra es, sin duda, importante, a la que presataron su decisiva colaboración hombres como BUSCH, SIEVEKING, MOLLER, GARDETZ. Ahora bien, coincidimos con REHME en que el Allgemeines Landrecht "no puso fin a la diversidad jurídica en Prusia". Estábamos en la etapa de la "consolidación dispersa", según venimos defendiendo.

(20) RUBIO, *Sobre el concepto*, ob. cit., págs. 337 y sigs.

(21) RUBIO, *Introducción...*, ob. cit., pág. 158. También cfr. BROSETA, *Empresa...*, ob. cit., pág. 60 y anteriores.

(22) GOLDSCHMIDT, *Universalgeschichte...*, ob. cit., pág. 12). Este texto está citado por RUBIO. Para cfr. el fenómeno de la generalización conviene citar las aportaciones de RIPERT, *La commercialisation du Droit civil français*, 1934; BONNECASE, *Le Droit commercial dans ses rapports avec le Droit civil in Studi in onore Vivante*, I, pág. 149; LORDI, *Contratti civili contratti commerciali*, en R. D. C., 1942, pág. 140; GARRIGUES, *Qué es y...*, ob. cit., pág. 52; BROSETA, *Empresa...*, ob. cit., pág. 57; RUBIO, *Introducción...*, ob. cit., pág. 160; RIESSE, *Der Einfluss handelsrechtlichen Ideen auf den Entwurf einer BGB den Deutsches Reinch*, 1894; PISKO, *Handelsgesestz als Quellen des Bürg erliches Recht*.

mercantil consolidado (23). Supone la consagración del criterio del acto de comercio como delimitador de las obligaciones y contratos mercantiles. Deja de ser un elemento para fijar la competencia de los Tribunales, para convertirse en el vértice de "lo" contractualmente mercantil. Al situarlo, sistemáticamente, a la cabeza del título I del libro IV ("De los actos de comercio") quiere indicarse la orientación que venimos señalando (24).

Junto con el "Code" francés, supone el centro alrededor del cual gira el proceso de desarrollo de la disciplina, puesto que consolida un ordenamiento al que le imprime una sustantividad apreciable. El sistema del Código consigue una indudable apertura del ordenamiento. Son calificados contratos mercantiles la venta con fines de reventa, el suministro, el seguro con prima y el transporte de personas o cosas. Pero, sin duda, la cuestión esencial, a estos efectos, se contenga en el título 1.<sup>º</sup> cuando al regular a los comerciantes, se preceptúa que se entiende por tales los que ejercen como profesión una empresa o una actividad mercantil (25).

### 3) *El Código de comercio italiano de 1882*

La significación de este cuerpo legal se puede reducir a un aspecto: haber constituido el aglutinante de una legalización mercantil dispersa. Y como resultado de este innegable hecho se produce otro efecto positivo señalado por un sector de la doctrina, "constituir la base para la doctrina de este país" (26), (27).

Esta aglutinación a que nos referimos se debe a una doble causa. Por un lado, a la señalada y general propia de todo código. Pero de manera especial, porque ubica el acto de comercio como centro del sistema. Ya no se situará el concepto del mismo en el libro destinado a las "obligaciones mercantiles", sino a la cabeza del código (artículos 3 a 6).

(23) Estudiamos en este estudio la interesante evolución de los proyectos de este Código, así como la historia de su formación. Cfr. REHME, *Historia universal del Derecho mercantil*, págs. 199 y sigs.; GOLDSCHMIDT, *Handbuch...*, ob. cit., párr. 10 y sigs.; idem, *Kritik des Entwurfs eines HGB die preussischen Staaten*, 1857; también las apreciaciones de MOSSA, *Historia del Derecho mercantil en los siglos XIX y XX*, Madrid, 1948, páginas 19 y sigs.

(24) En este mismo sentido, GIRÓN *El concepto de...*, ob. cit., página 744; BROSETA, *Empresa...*, ob. cit., pág. 61.

(25) MOSSA, *Historia del Derecho mercantil*, pág. 20, en este mismo pasaje se cita. SCHREIBER, *Grundgedanken zum System eines Künftigen Hundelsrecht*, Berlín, 1928, en Acta del primer congreso de profesores de Derecho Mercantil.

(26) GIRÓN, *El concepto...*, ob. cit., pág. 744; Rocco lo ha sometido a una crítica dura: considera que fue un mosaico de disposiciones, con decisiva influencia del Código de 1842 (el "Albertino"), que era, por otro lado, calco del francés. El propio GIRÓN considera que también estaba influenciado por el holandés del 38.

(27) No debe olvidarse su recepción en Rumanía y Bulgaria, como prueba de su bondad.

4) *Especial consideración del proceso en España. Los Códigos de comercio de 1829 y el vigente de 1885*

1') *Ideas generales*

Es clásico el texto de Campomanes contenido en su ensayo sobre “Educación popular”: “Para evitar la incertidumbre de las leyes mercantiles... (la necesidad) de establecer una Ordenanza general en los juicios de comercio, estimando de suma importancia fijar reglas invariables de juzgar el consulado o juzgado de mercaderes que decida las causas ocurrientes en hecho de mercadería” (28). Esta necesidad, que era ya apremiante en el último tercio del siglo XVIII, se convierte en supuesto necesario y lógico en el primer tercio del XIX. El desarrollo del comercio, el control de los núcleos del poder por la incipiente burguesía, la exigencia de un acercamiento a fórmulas europeas impuestas “como ideas dominantes” por los europeístas del interior y por los españolizantes del exterior, hacen irresistible la corriente codificadora de las dispersas normas jurídico-mercantiles. Con expresión certera y clara ha resumido la situación desencadenada el profesor Rubio en los siguientes términos: “Se trata, pues, de una doble motivación. En lo esencial, la formación histórica del Derecho mercantil como ordenamiento nuevo de una instituciones creadas con arreglo al espíritu del capitalismo moderno, para las que resulta insuficiente e inadecuado el derecho tradicional. Recogido en las ordenanzas consulares y alrededor de los centros mercantiles, se encuentra ya agrupado desde el siglo XVIII y la codificación no hace más que insistir en el mismo estado de cosas. Apenas puede concebirse que las tendencias codificadoras hubieran desarticulado el único derecho que encontraron realmente codificado. Se limitan, por tanto, a procurar para esta sistematización un criterio racional y objetivo y, sobre todo, a terminar de arrancarle cuanto aún conservasen las viejas ordenanzas de cuaderno de privilegios de la clase mercantil. La codificación separada, con la pretensión de delimitar objetivamente una materia de comercio, podrá ser —lo es con certeza— técnicamente equivocada. Pero representa un hito fundamental e imprescindible en el proyecto de expansión del espíritu y las instituciones capitalistas, desde los núcleos originarios de artesanos y mercaderes, hasta los sectores de la economía moderna imposibles —aún cuando ello fuera equitativo— de reducir por delimitación profesional, al modo como pretenden las doctrinas recientes más autorizadas” (29).

Una doble puntuación parece necesaria efectuar a este texto, sin duda, importante e ilustrativo de la situación del problema. Ante todo, estimamos que la codificación —en puridad— no estaba realizada con anterioridad al Código del 29, aceptándose el juego de pala-

(28) CAMPOMANES, *Discurso sobre la educación popular de los artesanos y su fomento*, Madrid, 1775, pág. 262.

(29) RUBIO, *Sáinz de Andino y la codificación mercantil*, Madrid, 1950, pág. 109.

bras. Me explico. La codificación, venimos defendiendo, es un fenómeno distinto de la ordenación y articulación de normas generales sobre una determinada materia. La codificación es la culminación —utilizando la expresión del propio profesor Rubio— de un “fenómeno general que arrancando del racionalismo y reformismo del setecientos produce” una consolidación formal y coherente del conjunto de normas que disciplinan un sector económico determinado. En este sentido, y sólo en este sentido, la tarea codificadora en España se materializa con la terminación del Código del 29, por lo que se refiere a las “causas ocurridas en hecho de mercadería”. En segundo término, importa destacar del pasaje anteriormente citado del profesor Rubio la idea de que “representa un hito fundamental e imprescindible en el proyecto de expansión del espíritu y las instituciones capitalistas”.

Centrada así la cuestión, habrá que observar que la fórmula de código para “lo” mercantil, en España era la única salida lógica y natural, a la vista de los resultados de las denominadas compilaciones generales (*La Novísima*, por ejemplo) y de la presión doble de los españoles que querían importar novedades externas y de los extranjeros deseosos de exportar a España fórmulas ensayadas. La presión convergente dio su fruto y, naturalmente, fue el modelo francés, el cual impresionaba más a los de dentro y era el que dominaba como realidad legislativa (30), el que se tuvo presente en nuestra primera tarea legislativa de corte codificador de la materia mercantil (31).

#### *1") El Código de comercio de 1829 (32)*

En el aspecto que a nosotros viene interesando para nuestra reflexión sobre los niveles básicos de nuestra disciplina, hay que registrar que el Código del 29 no sólo no resuelve con claridad el problema de cuál es el vértice del sistema, sino que —al contrario— lo complica.

(30) RUBIO, *Sáinz de Andino...*, ob. cit., pág. 108, insiste especialmente en el dato de la existencia de unas Ordenanzas de comercio, como factor decisivo de la codificación independiente. Parece aceptable como factor coadyuvante, pero no como decisivo. Nosotros hemos apuntado motivos marginales a los de la realidad legislativa, pues la decisión —entendemos— no estaba condicionada por este dato de hecho, sino por la demanda de satisfacer intereses de grupo sociales con poder formal y capacidad de manipulación en los centros del poder formal. Pero debemos confesar que la propia autoridad del profesor RUBIO se robustece con citas de LYON-CAEN, *De l'influence...*, ob. cit., pág. 219, y de THALLER, *Attraction exercee par...*, ob. cit., pág. 230, que recoge en la nota 64 del capítulo II de su obra anteriormente citada.

(31) MARTÍNEZ MARINA, *Juicio crítico de la novísima recopilación*, Madrid, 1820, pág. 28, puntualizaba: “...el Código dinamarqués de 1683, el más antiguo de su clase, el sueco, el Federico, el sardo, el teresiano, el francés, que a mi juicio aventaja a todos...”.

(32) Parece necesario recordar que no es oportuno efectuar aquí y ahora un análisis exhaustivo del Código. Nos remitimos, concretamente, a la obra ya citada del profesor RUBIO, *Sáinz de Andino...* y la amplísima bibliografía contenida en la misma.

Tres ejemplos lo prueban: para Rubio (33) el sistema se hace claramente objetivo; para Girón (34) la tendencia es subjetiva, y para Garrigues (35) la objetividad se manifiesta en el aspecto jurisdiccional. Si tal es el panorama de los modernos enfoques de la cuestión, parece oportuno detenerse en los puntos claves de este cuerpo legal.

En efecto, el artículo 1.199 preceptúa que la jurisdicción especial se extiende a todos los litigios que, procedentes de negociaciones, contratos, operaciones mercantiles mencionadas en el Código, se han reputado actos de comercio por reunir los caracteres que a éstos asigna el Código. Por su parte, el artículo 1.201 fija que no serán competentes tales Tribunales, si las demandas intentadas contra los comerciantes o por ellos mismos no proceden de actos de comercio. El artículo 1.200 establece que los no comerciantes se someten a la jurisdicción especial cuando los litigios versan sobre actos de comercio. El artículo 1 reputa comerciantes a quienes reúnan un doble requisito: estar inscritos en la matrícula de comerciantes y tener por ocupación habitual y ordinaria el tráfico mercantil, fundando en él su estado. Por otro lado, el artículo 2 declara que no son comerciantes los que accidentalmente realizan una operación de comercio terrestre, sin perjuicio de quedar sujetos, en cuanto a las controversias que ocurrían sobre estas operaciones, a las leyes y jurisdicciones mercantiles.

Entendemos que pueden formularse dos principios fundamentales. En primer lugar, que la categoría de acto de comercio adquiere carácter sustancial, alejándose —en consecuencia— de la naturaleza procesal que predicábamos del acto de comercio en el "Code". En segundo término, la figura del comerciante aparece calificada, no sólo por el dato externo de la "matriculación", sino, también por la realización (habitual) de actos de comercio. De estos dos principios, concluimos con el maestro Garrigues que "el acto de comercio, la actividad específica mercantil, es la que atrae la jurisdicción mercantil y es esta jurisdicción la que aplica el Código de comercio" (36). El Código del 29 acoge un sistema objetivo, sin desconocer —pues ello es imposible, apostillamos— al comerciante.

### 1") El Código vigente de 1885 (37)

La unanimidad doctrinal parece total. El Código vigente consagra un sistema objetivo. El artículo 2 expresa la operación quirúrgica de separación entre el sujeto y el acto.

(33) RUBIO, *Sáinz de Andino...*, ob. cit., pág. 133). También LANGLE *Manual de Derecho mercantil*, I, pág. 202 y en *Orla de mercantilistas...*, ob. cit., pág. 14.

(34) GIRÓN, *El concepto...*, ob. cit., pág. 145.

(35) GARRIGUES, *Tratado*, ob. cit., I, pág. 185.

(36) GARRIGUES, *Tratado...*, ob. cit., pág. inmediatamente también citada anteriormente.

(37) Tampoco es lugar oportuno de analizar la estructura y contenido de este cuerpo legal. Nos remitimos para ello a cualquier manual de la disciplina.

Frente al Código del 29 que "parece ser el propio y peculiar de una serie de ciudadanos, el proyecto —dice la Exposición de Motivos—, de acuerdo con los principios de la ciencia jurídica, propende a regir todos los actos y operaciones mercantiles cualquiera que sea el estado o profesión de las personas que los celebren". Y continúa: "Por eso se fija principalmente en la naturaleza de los actos o contratos para atribuirles o no la calificación de mercantiles con independencia de las personas que en ellos intervienen". En estos términos se expresa el legislador al redactar la Exposición de Motivos. Pero es más: "La Comisión, en vista de tales dificultades, se decidió al fin por una fórmula práctica, exenta de toda pretensión científica, pero tan comprensiva que en una frase enumera o resume todos los actos y contratos mercantiles conocidos hasta ahora, y tan flexible que permite la aplicación del Código a las combinaciones del porvenir..., fiándose más que en la ciencia en el buen sentido, ha declarado que son actos de comercio todos aquellos que menciona el Código y cualquiera otros de naturaleza análoga, dejando la calificación de los hechos, según vayan apareciendo en la escena mercantil, al buen sentido de los comerciantes y a la experiencia y espíritu práctico de los jueces y magistrados".

No hay duda, pues: el legislador ha querido consagrarse definitivamente el criterio de la calificación del acto de comercio en sí, por su naturaleza intrínseca, por su contextura interna, con independencia de la persona que los realice. Sistema que aplica al Código que presenta el legislador y que desea se perpetúe por obra y gracia de los jueces, magistrados y el hacer de los comerciantes, dejando la puerta abierta de la calificación, por vía de la analogía. Es un sistema de acto de comercio objetivo constituyentemente abierto.

Esta consagración del sistema objetivo *se manifiesta* en dos direcciones (38): por un lado, en que resultan aislados los actos de comercio definidos, no sólo por su ejercicio en el tráfico, sino por su disposición en el Código; por otro lado, por los factores de calificación de los diversos negocios jurídicos-mercantiles, rehuendo al máximo el dato subjetivo y profesional.

Y esta consagración del sistema objetivo *se consigue* (39): por la afirmación de cuáles son actos de comercio, abandonándose la simple presunción, y por el sentido amplio que se otorga al concepto del acto, comprensivo de negocios jurídicos.

Los datos fundamentales están en la pista de nuestra reflexión. Hasta ahora hemos registrado el simple hecho, extrayendo del mismo la consecuencia esencial, a modo de apunte. Un proceso lógico, coherente comienza a formularse.

Lo que sí parece oportuno señalar es que el Código de 1885 "ha acentuado la hostilidad hacia cualquier diferenciación estamental y ha llevado hasta sus últimas consecuencias económicas y jurídicas el liberalismo ochocentista" (RUBIO).

(38) RUBIO, *Introducción...*, ob. cit., pág. 431, a quien seguimos en este punto.

(39) GARRIGUES, *Curso...*, ob. cit., I, pág. 123.

**B) CONCLUSIONES DERIVADAS DE LA CONSOLIDACIÓN “FORMAL” DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO-MERCANTIL**

La consolidación formal del ordenamiento jurídico-mercantil, síntesis final del movimiento codificador, ha conducido a aquél a una situación dinámica (como fruto de su dialéctica interna), que se concreta en las siguientes coordenadas fundamentales:

*Primera.*—El ordenamiento jurídico-mercantil gira en torno al comercio. Gira en torno produciendo un doble efecto: fija la circunferencia del círculo y lo dinamiza desde el centro.

*Segunda.*—El contenido del círculo lo constituyen los actos de comercio, pudiéndose formar otros círculos concéntricos, por la fuerza expansiva de que legislativamente se le dota. El círculo contiene posibilidades de expansiónarse, creándose otras circunferencias concéntricas.

*Tercera.*—El ordenamiento aparece como un conjunto de normas especiales, no por el sujeto destinatario de las mismas, sino por la naturaleza de la materia. El centro de gravedad de la especialidad se ha deslizado desde la persona hacia el acto.

*Cuarta.*—La propia dinámica interna del sistema “perfecto”, operando a modo de contradicción, lejos de robustecer un concepto unitario, lo desintegra, pues la acentuación del acto potencia paralelamente al sujeto que lo realiza.

*Quinta.*—El despegue (“take-off”) del ordenamiento jurídico-mercantil es un hecho. La escalada de la “generalización” de sus instituciones se convierte, de resultado de un proceso de expansión, en condicionante de su desarrollo, no en el sentido de elemento obstaculizador, sino como factor configurador. La “disciplina legal” se dispersa y la “disciplina científica” se desintegra en “saberes concretos”.

Tales son las conclusiones que deben servirnos de punto de arranque de una nueva etapa.

## II. LA EXPANSIÓN DEL DERECHO MERCANTIL

**A) LA DISPERSIÓN “REAL” DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO-MERCANTIL****a) Factores políticos, económicos y sociales**

La evolución económica de finales del XIX puede concretarse en tres tendencias acusadas: expansión, especialización e integración (40). Estas tendencias se convierten en pilares de la marcha económica del XX. La expansión es el signo común del sistema económico. De lo local a lo provincial; de la provincial a lo nacional y de lo nacional a lo internacional. En el comercio internacional se fusiona al mundo conocido en una sola unidad económica y al hacerlo —observa Birnie— está ope-

(40) Nos interesa destacar como obra clave la de A. BIRNIE, *Historia económica de Europa*, 1944. Es un análisis económico, con todas sus implicaciones de los últimos ciento cincuenta años.

niendo una fuerza poderosa unificadora a la influencia separatista del nacionalismo político (41). Así pudo afirmarse que “a pesar del desafortunado papel que ha representado a veces (el comercio), provocando rivalidades nacionales, ha sido un gran agente civilizador en la historia y una poderosa influencia sobre la solidaridad internacional”. La *especialización* se manifiesta desde el ejercicio de la propia actividad que se torna en un trabajo especializado, hasta la multitud de variantes que surgen, se entrecruzan y funcionan en el comercio. La *integración* se advierte como presupuesto del mismo despliegue comercial y como catalizador de la división de funciones y actividades. “El resultado general de todas estas tendencias integrantes es combinar funciones económicas que han sido divididas en el curso de la evolución económica de los últimos siglos” (42).

Sobre tres elementos fundamentales hay que montar la evolución.

En primer lugar, sobre las medidas monetarias, la actividad de la banca y la actitud inversionista; en segundo término, sobre la “universalización de la gran empresa”; y, finalmente, sobre un aparato estatal instrumental para conseguir los objetivos de la expansión e integración económica en marcha. En efecto, las medidas monetarias, la actividad bancaria y la actitud inversionista sirven de palanca fundamental del desarrollo que se lleva a cabo en los sesenta últimos años (43). Por otro lado, la empresa se erige en la organización prototípico. Las actividades económicas o se hacen empresarialmente o caminan al fracaso, es la divisa del momento. Desde nuestra perspectiva de observación, se ha denominado el fenómeno como “universalización de la empresa” (Girón), Y a este fin ha escrito: “Por encima de estas divisiones lo que importa fundamentalmente para nuestro fin es la universalización de la empresa, que sustituye a la tipología de épocas anteriores; en el conjunto de la vida económica dejar de estar ya el comerciante, como en una posición especial... A todas estas actividades es común el instrumento de organización que es la empresa... Las características de la empresa —organización en términos de precios— se hace independientemente del género a que se dedique... Pero todas las actividades —apostilla— económicas aparecen sometidas al mismo mecanismo funcional del sistema capitalista” (44). Desde la perspectiva más general que la específica nuestra, se ha escrito que “la historia del capitalismo es la historia

(41) El propio BIRNIE recoge los famosos versos de COWPER:  
*The band of commerce was designed,  
 To associate all the branches of mankind.  
 And if a boundless plenty be the robe,  
 Trade is the golden girdle of the globe.*

Los mismos versos fueron comentados por ELLSWORTH, *The international Economy*, New York, 1962.

(42) BIRNIE, *Historia...*, ob. cit., pág. 34.

(43) Cfr. BIRNIE, *Historia...*, ob. cit., págs. 115 y sigs.; también ELLSWORTH, *International...*, ob. cit.; STRACHEY, *Contemporary Capitalism*, Londres, 1956; y el propio SCHUMPETER, *Capitalismo, socialismo y democracia*, ed. esp., 1961, págs. 95 y sigs.

(44) GIRÓN, *El concepto...*, ob. cit., pág. 784.

de las empresas organizadas" porque "sólo en la empresa concebida con vida autónoma está asegurada la continuidad del proceso económico correspondiente hoy al principio de la ganancia" (45). Finalmente, es el aparato jurídico-político (la organización estatal) la atornilladora de este proceso irreversible, expansivo, integrador y especializado (46).

Esta estructura se corresponde con una auténtica "civilización". A esta capa de la realidad social, en conjunto, se la ha denominado la superestructura sociosicológica del capitalismo (Schumpeter), usando un término acuñado por la literatura marxista en boga; (Goldmann, Adorno, Lukacs) (47). Y en el cuadro de esta superestructura se enmarca el ordenamiento jurídico-mercantil, cauce y respuesta de las exigencias económicas.

Basta con señalar el fenómeno. Más adelante se insistirá sobre el mismo.

#### b) *Factores jurídicos*

##### 1) *Vuelta a un sistema subjetivo:*

###### 1<sup>o</sup>) *El H.G.B. alemán de 1897*

Dos hechos fundamentales ponen en marcha, de manera firme, la reforma del Código comercial: por un lado, la promulgación de la Ley de 20 de diciembre de 1873, que sometía a la competencia de la legislación del Imperio la totalidad del Derecho civil y, por otro lado, la entrada en vigor del Código civil e, incluso, su propia elaboración legislativa. En efecto, desde 1895, o sea, antes de la promulgación del Código civil, se trabajaba en la reforma del de comercio, sobre un anteproyecto de cuatro libros, distribuidos en 414 artículos. Este trabajo, tras notables retoques (48), pasó a constituir el "Anteproyecto de un código de comercio con exclusión del derecho marítimo, con la correspondiente Memoria, elaborado en el Departamento de Justicia del Reich, edición oficial" (49). En la página tres de la Memoria se puede leer: "La unificación y la reforma profunda del derecho privado que trae consigo el Código civil, hace necesario también una revisión del Código de comercio... ...Su finalidad consiste, por un lado, en poner de acuerdo a los preceptos del Código de comercio con el contenido del nuevo cuerpo legal, y, por otro, en realizar en la Ley Mercantil aquellas mo-

(45) SOMBART, *Der modern Kapitalismus*, II, pág. 100.

(46) WRIGHT, *The power elite*, 1957.

(47) Antológicas son las páginas a este respecto escritas por SCHUM-PETER, *Capitalismo...*, ob. cit., págs. 167 y sigs.; GOLDMAN, *Sciences...*, ob. cit.; ADORNO, *Prismas. La crítica de la cultura y la sociedad*, Barcelona, 1961; LUKACS, *Die Zerstörung der Vernunft*, Berlin, 1953.

(48) Se compuso una amplia comisión integrada, entre otros, por GIERKE, BOLZE, RIESSEMER, SIEVENING, presididos por NIEBERDING. La comisión celebró 21 reuniones entre el 21 de noviembre y el 18 de diciembre de 1895. Cfr. REHME, ob. cit., págs. 213 y 214.

(49) Se editó por J. Guttentag. Berlin, 1895.

dificaciones y adiciones que la experiencia de esos treinta años largos, transcurridos desde que entró en vigor, ha evidenciado que son razonables. Las mociones formuladas por los círculos y clases profesionales, la jurisprudencia de los Tribunales, la bibliografía doctrinal, tan extensa y rica, del derecho mercantil, y la nueva legislación extranjera, ofrecían para esta segunda parte del cometido, un abundante material". En noviembre de 1896 pasó al Consejo Federal que, después de ciertas modificaciones, lo presentó al Reichstag como Proyecto de Ley (22 de enero de 1897), quedando aprobado el 7 de abril de este año y sancionado por el Consejo Federal el 10 de mayo de 1897, apareciendo —tras la promulgación por el Emperador— en la Gaceta oficial el 21 de mayo del mismo año (50). Comenzó a regir el 1 de enero de 1900.

La significación fundamental del cuerpo legal que comentamos no es otra que la reinstauración del llamado sistema subjetivo. La razón de esta "vuelta" al sistema subjetivo hay que buscarla —es posición dominante de la doctrina —en la aparición del Código civil. Hasta ese momento el C. de c. anterior representó el ordenamiento general del tráfico jurídico, siendo reabsorbidas estas normas generales por el civil, por lo que el de comercio *vuelve* a su temática genuina (51). Para el propio Gierke la vuelta al sistema profesional supuso el reencuentro con la sede originaria y auténtica del ordenamiento jurídico-mercantil, moldeándose como un derecho "especial profesional".

Constituyen preceptos esenciales del sistema los números 1, 2, 343 y 344. En el artículo 1 (52) se califica de comerciante al que "se dedique a un tráfico mercantil", procediéndose, a renglón seguido, a fijarse qué actos pueden considerarse como propios del tráfico mercantil. Independientemente de esta categoría, se incluye en el artículo 2 (53)

(50) REHME, *Historia...*, ob. cit., pág. 215. Recientemente, RAISCH, *Geschichtliche...*, ob. cit., págs. 105 y sigs.

(51) LEHMANN, *Handel und Gewerbe*, pág. 15 de la ed. de 1942; GIERKE, *Der Entwurf...*, ob. cit., pág. 449; ambas posturas aceptadas y recogidas por GIRÓN, *El concepto...*, ob. cit., pág. 774.

(52) Art. 1: "Comerciante, en el sentido de este Código, es el que se dedica a un tráfico mercantil. Como tráfico mercantil se considera cualquiera que tenga por objeto uno de los que a continuación se detallan: 1) La compra y reventa de bienes muebles (mercaderías) o valores públicos, industriales o mercantiles, siendo indiferente el que aquéllas se revendan sin previa modificación o que, con ese objeto, se preparen o mejoren; 2) La preparación o modificación de mercaderías para otros, en cuanto excede de los límites puramente industriales; 3) Las empresas de seguros a prima fija; 4) Los negocios de banca y cambio; 5) Las empresas de transporte de mercancía o viajeros por mar o por tierra, o destinadas al comercio de cabotaje, así como el negocio de remolque de buques; 6) Los negocios de comisión, agencia de transportes o almacenes de depósito; 7) Los de agente de comercio o corredor; 8) Los editoriales y otros artísticos de igual índole; 9) El negocio de imprenta, en cuanto traspasa los límites puramente industriales".

(53) Art. 2: "Toda empresa que por su índole y volumen exija estar organizada en forma comercial, aun cuando no reúna los requisitos del artículo 1, párrafo 2º, se estimará mercantil a los efectos de este Código, siempre que el empresario aparezca inscrito en el Registro de Comercio. El empresario está obligado a gestionar la inscripción con arre-

como comerciante a “toda empresa que por su modo de ser y por su amplitud exija estar organizada en forma comercial”. Por su parte, el 343 declara como contratos mercantiles todos los que celebra un comerciante en el ejercicio de su tráfico, presumiéndose mercantiles —artículo 344— los actos jurídicos celebrados por un comerciante (54).

Sobre esta trama de preceptos el sistema se nos muestra claramente subjetivo, ubicándose en el centro del mismo al comerciante. A un comerciante en la ruta de la empresa; o lo que es lo mismo, a un empresario dedicado al comercio. Ahora bien, como ha visto Girón, en el propio Código hay base para distinguir al “pleno” de los “pequeños comerciantes” (Vollkafleute y Minderkaufleute). Esta base puede encontrarse en el artículo 4, que exonera a los pequeños comerciantes de las disposiciones sobre la razón social, libros comerciales y de las específicas sobre la “procura” (es decir, que sus apoderamientos no han de otorgarse bajo la forma de la “prokura”). Tampoco pueden constituir sociedades colectivas o comanditarias (55).

El sistema, por consiguiente, aparece con gran sincronía. Gracias al Código civil (BGB) se han precisado los principios generales del tráfico económico, que impulsados por el ordenamiento jurídico-mercantil (“generalizados”, se ha dicho) han pasado a constituir un conjunto de normas válidas con carácter general y, consiguientemente, con radicación en el Código civil. Cerrado, así, el sistema con gran coherencia y solidez, produjo, sin duda, una “progresiva expansión de normas e instituciones mercantiles” (Ascarelli) (56).

### 1") *El “Código civil” italiano de 1942.*

La significación de este cuerpo legal (en el hilo de argumentación de nuestra reflexión) se centra en un punto: el eje del sistema se monta sobre el empresario. En efecto, el artículo 2.082 define al empresario y no a la empresa. Prescribe: “Es empresario el que ejerce profesionalmente una actividad económica organizada para el fin de la produc-

---

glo a las disposiciones que rigen la misma, cuando se trata de casas comerciales.” El antecedente de este precepto hay que buscarlo en el artículo 865, 4, del Código suizo. Cfr. GESSLER-HEFERMEHL-HILDE-BRAND-SCHRODER, *Kommentar zum HGB*, I, 1950, pág. 21, otorga a este precepto el valor de “cláusula general”.

(54) Art. 343: “Son contratos mercantiles todos los que celebre un comerciante en el ejercicio de su tráfico. Los contratos detallados en el art. 1, párrafo 2º, serán también contratos mercantiles cuando los celebre un comerciante, aunque no pertenezcan al tráfico a que aquél se dedique ordinariamente”. Art. 344: “Los actos jurídicos celebrados por un comerciante se considerarán en caso de duda como pertenecientes a su tráfico. Los documentos extendidos por un comerciante acreditativos de obligaciones del mismo se estimarán como expedidos en el ejercicio de su tráfico, si no se deduce lo contrario de su contexto”.

(55) GIRÓN, *El concepto...*, ob. cit., pág. 799. Cita a WURDINGER, *Kommentar zum HGB*, I, 1951, pág. 122.

(56) Para una valoración del sistema Vid. WIELAND, *Handelsrecht...*, ob. cit., págs. 24 y sigs.; GARRIGUES, *Tratado...*, ob. cit., I, pág. 183; BROSETA, *Empresa...*, ob. cit., págs. 70 y sigs.

ción o cambio de bienes o servicios". Más aún: el artículo 2.195 ordena que: "Están sujetos a la obligación de inscripción en el Registro de empresas *los empresarios* que ejerzan: 1) una actividad industrial dirigida a la producción de bienes o de servicios; 2) una actividad interniadiaria en la circulación de bienes; 3) una actividad de transporte por tierra, agua o aire; 4) una actividad bancaria o aseguradora, y, 5) otras actividades auxiliares de las precedentes. Las disposiciones de la ley que hacen referencia a las actividades y a las empresas comerciales, se aplican, si no resulta otra cosa, a todas las actividades indicadas en este artículo y a las empresas que las ejerzen".

Debe observarse la orientación claramente subjetiva del Código, sustituyendo al comerciante por el empresario y al acto de comercio, consecuentemente, por actividad mercantil. Esta mutación no es accidental, sino de repercusión trascendental (57).

En el ordenamiento italiano se consagra con estos preceptos una tendencia ya acusada y, a su vez, se convierte en avanzadilla de una corriente importante, que gravitará en el desarrollo posterior de los acontecimientos y de sus interpretaciones (58).

## *2) Conclusiones básicas en que se sitúa la cuestión*

De la consolidación "formal" del ordenamiento jurídico-mercantil se ha caminado hacia una dispersión "real" del mismo. Nos explicamos. La codificación, en su etapa de las primeras realizaciones, produjo una consolidación formal del ordenamiento jurídico-mercantil, haciendo gravitar el centro del sistema en el acto de comercio, configurando al ordenamiento como la síntesis de un conjunto de normas especiales por la materia que regulan y dinamizando el desarrollo de las instituciones mercantiles. Este hecho de la "generalización" como efecto del desarrollo dinámico, sitúa al conjunto de normas e instituciones mercantiles en una fase de constante y progresiva expansión, comportando —como resultado natural— el relanzamiento del sujeto que realiza los actos y utiliza las instituciones. En torno a ese sujeto —comerciante bajo organización de empresa o empresario, a secas— se construye el punto clave del arco. Y el mismo fenómeno dispersa, fáctica y realmente, al ordenamiento consolidado. Dispersión que se produce en un doble plano: en el de la utilización de las instituciones integrantes del ordenamiento jurídico-mercantil y en el de la calificación de los actos propios del comercio, pues basta la participación de ese sujeto para que éstos queden en la órbita de la disciplina y más aún: la sola participación de tales sujetos es bastante (se presume) para que sean calificados como actos mercantiles.

(57) En esta línea, ASQUINI, *Codice di commercio, codice dei commercianti o codice unico di diritto privato*, RDC, 1927, pág. 507; CASANOVÁ, *Le imprese commerciali...*, ob. cit., pág. 28.

(58) Hay que puntualizar que en el Proyecto de Codice di commercio de 1940, elaborado bajo la presidencia de ASQUINI, se arrancaba con un primer artículo redactado en estos términos: "La ley considera mercantil toda actividad organizada en empresa que tenga por objeto..."

El ordenamiento jurídico-mercantil se ciñe a su temática genuina (los principios generales del tráfico son hechazados al jurídico-civil); se dispersa entre la realidad jurídica como fuente de respuestas técnico-jurídicas a las exigencias peculiares del tráfico económico; se ubica en el centro del círculo al sujeto que impulsa las actividades catalogadas de comerciales, no reduciéndose éstas a las legislativamente registradas sino a todas en que participe; se disloca (el término es de Tawney) el saber científico-mercantil para polarizarse en saberes concretos que pretenden aprehender las distintas y variadas realidades realidades técnico-legislativas que han emanado del consolidado ordenamiento jurídico-mercantil.

Un intento para atenuar esta dispersión lo constituye el movimiento unificador, cuyas pretensiones están lejos de las realidades concretas conseguidas.

Pero, de todas formas, su análisis parece imprescindible aquí y ahora.

B) LA UNIFICACIÓN DEL DERECHO PRIVADO DE OBLIGACIONES COMO EXPRESIÓN DE LA "EXPANSIÓN"

a) *Planteamiento*

Una cuestión previa es necesario dejar aclarada desde este momento. Nos referimos al enmarcamiento sistemático de este fenómeno en esta etapa de nuestra autoreflexión. No creemos oportuno abordar el fenómeno jurídico de la unificación en su totalidad. Para el objeto que pretendemos en este estudio de nuestra autoreflexión sobre los niveles básicos de la disciplina, basta con registrar de hecho, sin profundizar en la polémica abierta en torno a la unificación. Será en su momento oportuno cuando se procederá a estudiar esta vertiente. Aquí es suficiente, para detectar los datos determinantes del proceso formativo de nuestra disciplina, con registrar —como decíamos— los puros datos fácticos, su significación y alcance sustanciales. Y nada más, por ahora.

Pues bien, "a nuestro juicio —escribe con rigor el profesor Garrigues— la generalización del Derecho mercantil no conduce a su muerte, sino al doble resultado de la unificación del Derecho de obligaciones y de la reducción del ámbito del puro Derecho mercantil como Derecho especial" (59). Líneas anteriores nos referimos nosotros —como una de las conclusiones básicas en que se situaba la cuestión— a que el ordenamiento jurídico-mercantil se ciñe a su temática genuina y más adelante titulábamos este apartado con el rótulo, quizás, expresivo de la "unificación como expresión de la expansión". En efecto, una salida natural de la generalización (expansión) es la unificación. Pero, ¿cuando hablamos de generalización (expansión), a qué nos estamos refi-

---

(59) GARRIGUES, *Qué es y qué...*, ob. cit., pág. 55.

riendo? Nos referimos, concretamente, a cuatro hechos fundamentales (60).

En primer lugar, a una "creciente emigración de normas e instituciones", nacidas en el ordenamiento mercantil, hacia el de carácter "civil". El fenómeno se acusa claramente: en las normas sobre obligaciones y contratos integradas en el ADGHB del 61 que se trasplantan —sin rechazo— al BGB (61). También se manifiesta en el "Codice", en que se integran los principios de la presunción de la solidaridad de las obligaciones, la productividad de intereses de pleno derecho, el predominio de la apariencia sobre el derecho, etc., etc. (62).

En segundo término, el fenómeno se manifiesta en la creciente "difusión del espíritu comercial". Nosotros a este hecho le denominábamos, en páginas anteriores, como la superestructura sociosicológica del capitalismo, utilizando la expresión en boga de un sector doctrinal amplio. Basta insinuar, porque son textos clásicos, las páginas brillantes a este respecto de Ripert, Garrigues, por citar a dos maestros de autoridad sin fronteras.

En tercer lugar, el reflejo del fenómeno opera en la "progresiva postergación de los contratos civiles por los mercantiles". En efecto, en las realidades legislativas de doble Código estadísticamente funcionan los contratos mercantiles y en las de Código único, éste se integra de normas importadas de los anteriores Códigos mercantiles. Antes denominábamos a este hecho, el trasplante sin rechazo.

Finalmente, el fenómeno ofrece, a nuestro entender, un reflejo doble de singular interés y —quizá— escasamente señalado por la doctrina dominante. Nos referimos al hecho de que la dinámica económica impone una actuación empresarial a quien realiza actividad comercial o mercantil (por otro lado, incluso exigida por normas legales en determinados casos), por lo que la generalización opera a nivel subjetivo y, además, esta manera de actuar o de desarrollar la actividad provoca unos círculos concéntricos de ampliación de las cotas jurídico-mercantiles que van desde la inclusión en estas esferas de la propia organización estatal (el Estado es hoy un empresario "pleno") hasta la atracción a estos círculos de los particulares tradicionalmente excluidos.

(60) Seguimos en este punto, paso a paso, a BROSETA, *Empresa...*, ob. cit., pág. 201. Desde esta perspectiva es necesario citar a A. BERCOVITZ, *En torno a la Unificación del Derecho Privado*; en Estudios Homenaje al prof. De Castro, Madrid, 1976, págs. 153 y sigs. Puntualiza Bercovitz, con indudable acierto, el sentido de la unificación analizando el constante trasvase de normas civiles a cuerpos legislativos llamados "comerciales" y viceversa.

(61) Ha sido puesto de manifiesto por RIESSER, *Der einflus Handelsrechtlicher...*, ob. cit., a quien además utiliza por vez primera la expresión "comercialización del Derecho civil". También, MÖLLER *L'unification interne du Droit privé dans la République fédérale allemande*, página 54, presentada, como ponencia al Congreso Internacional de París sobre unificación, en 1954.

(62) Cfr. ASCARELLI, *Sviluppo storico del Diritto commerciale e significato dell'unificazione*, en *Saggi di Diritto commerciale*, 1955; FERRARA, *Gli imprenditori e le società*, 1962, pág. 14.

Pues bien, esta expansión —sin precedentes— dispersa el ordenamiento de tal modo, que el recurso de la “unificación” puede ser el cauce de un retorno a la consolidación “formal” del mismo.

Pero conviene ya desentrañar los mecanismos concretos —a nivel legislativo— que se han utilizado, así como los intentos extra-legislativos que se han producido.

### b) “Realizaciones” legislativas

Dos son los ejemplos clásicos citados por la doctrina. Por un lado, el Código suizo de las obligaciones de 1881, revisando en el 1912 y 1936, y, por otro lado, el “Código” italiano del 42.

El *Código de las obligaciones de 1881* (63) rige en Suiza junto al llamado Código civil, que se ocupa de las personas, familia, sucesiones y derechos reales sobre bienes muebles e inmuebles. Por el contrario, el Código de las obligaciones integra las normas de la teoría general de las obligaciones y contratos, la disciplina de los contratos en especial, las sociedades, los títulos valores, registro, nombre comercial y contabilidad (64).

Se han señalado (65) dos posibles causas “de fondo” como determinantes de este singular proceso legislativo. En primer lugar, debido a la penetrante influencia germánica, se temió que el espíritu subjetivo del HGB sirviera para fortalecer —aún más— a la potente clase de los comerciantes suizos, por lo que había que huir de un Código de comercio “de clase”; y, en segundo término, la innegable comercialización del Derecho privado suizo, produjo el efecto de que los instrumentos de los comerciantes se convirtieran en generales.

Pero, sea cual sea la causa o concurso de causas, lo importante es comprender el impacto que el sistema ha producido para el estado del problema. Pues bien, podemos afirmar que el sistema suizo no supone en profundidad una unificación de los sectores jurídicos que regulan tradi-

(63) Como bibliografía de base, Vid. HIS, *Handelsregister Geschäftsfirmen und Kaufmännisches Buchführungs*, 1940; ROSEL, *Manuel de Droit Fédéral des Obligations*, 1920; WIELAND, *Handelsrecht...*, ob. cit.; GUHL, *Das Schweizerische Obligationsenrecht*, 1944; RAISCH, *Geschichtliche...*, ob. cit., págs. 65 y sigs., y conviene citar, entre nosotros, las apreciaciones de GIRÓN, *El concepto...*, ob. cit., págs. 753 y sigs.; RUBIO en su Introducción, pág. 223 y sigs., puntualiza que “en Suiza lo que se llama por la literatura y por la práctica Derecho mercantil son simplemente aquellas normas concebidas dentro del Derecho privado común para ajustarse a ciertas relaciones que acostumbramos a llamar comercio”; BROSETA, *Empresa...*, ob. cit., pág. 206.

(64) Conviene puntualizar que en 1898, con ocasión de la reforma constitucional, se planteó la posibilidad de establecer la dualidad Código civil-Código mercantil. El nuevo Código civil se publica en 1907, con entrada en vigor en 1912, procediéndose al ajustamiento del llamado Código de las obligaciones al nuevo cuerpo legal, dictándose —al efecto— “la ley federal complementaria al Código civil, libro V”, que consagra la separación del Código de las obligaciones. Posteriormente, como hemos dicho ya, sufrió una modificación en 1936.

(65) RUBIO, *Introducción...*, ob. cit., pág. 230.

cionalmente el ordenamiento civil y comercial. O dicho con las palabras, con la autoridad del Guhl: "El Derecho de las obligaciones somete a los comerciantes en lo fundamental al Derecho civil común y trata los negocios de la circulación económica y los del tráfico civil según principios jurídicos iguales. *Ocurre, sin embargo*, que la atención a las necesidades del comercio se manifiesta en dos direcciones: ya las instituciones del tráfico civil prevén disposiciones de excepción para el tráfico mercantil, así, artículos 104 (intereses en caso de mora), 190 (consecuencias del incumplimiento en la compraventa mercantil), 191 y 215 (estimación del daño en el tráfico comercial), 212 (estimación del precio en la compraventa), 313 y 314 (productividad de intereses en el préstamo); ya las instituciones se configuran especialmente para el tráfico comercial, pero haciéndolas accesibles al restante tráfico mediante el cumplimiento de disposiciones rígidas de carácter formal: así, la Prokura, según el artículo 458., las sociedades colectivas y comanditarias, de acuerdo con los artículos 552 y 594. En lo demás, es misión de la aplicación del Derecho la atención a los comerciantes en la manera que se considere apropiada" (66).

Esta valoración del sistema —desde dentro— y la observación crítica que nosotros podemos formular —desde fuera— lleva a la conclusión que la unificación no es ni formal ni sustancial. No es formal porque se limita a eliminar la existencia de dos Códigos tradicionales (el comercial y el civil); no es sustancial porque subsisten normas tipicamente mercantiles para comerciantes, "siendo preceptos inaplicables cuando el contrato se estipula fuera de este tráfico profesional" (Broseta). ¿Qué queda, pues, del sistema? Fundamentalmente, una técnica legislativa singular y un cauce por el que se puede llegar más fácilmente a una efectiva, real y sustancial unificación.

La publicación del *Código civil italiano de 1942*, ya comentado desde otra perspectiva, ofrece para el proceso de unificación una singular significación. Así lo ha entendido un sector importante de la ciencia mercantilista italiana. Para Rotondi, el Código supone la materialización de la unificación sustancial que, desde 1923, venía defendiendo (67). En la misma línea hay que situar a Ferri, quien en la segunda edición de su "Manuale" (1959) vino a ratificar lo que ya escribió en 1950, "la unificación operada en 1942 entre los Códigos civil y mercantil". Más decididamente lo ha defendido Ascarelli, para el que la desaparición del Código de comercio en 1942 debe interpretarse "no sólo en el sentido de la desaparición de un cuerpo separado de leyes (lo que sólo tendría una importancia formal), sino en el de la unificación del derecho de obligaciones. No existen actos de comercio y por ello

(66) GUHL, *Das Schweizerische...*, ob. cit., págs. 21 y 22.

(67) ROTONDI, *Per la riforma delle legislazione privutistica e il Codice civile*, 1944; *Studi di Diritto Commerciale e di Diritto generale delle obligazioni*, 1961, págs. 3, 28 y 75; y, muy recientemente, en el traducido trabajo aparecido en 1965 y publicado en R. D. M., 1967, págs. 301 y siguientes bajo el título *La unificación del Derecho de las obligaciones civiles y mercantiles en Italia*.

ya no existe una contraposición entre acto civil y acto de comercio" (68).

Esta corriente enlaza con la posición primera del maestro Vivante, cuando tan apasionadamente defendió la unificación en su prólogo del Tratado, allá muchos años antes, y de manera directa cuando escribía: "... la fusión es un deber de quien estudia y de quien enseña, un deber científico y didáctico, porque la ciencia y la escuela deben tender a construcciones unitarias; y considero que es también un deber judicial porque la Magistratura no puede cumplir su función social si no tiende hacia el equilibrio de los intereses y hacia la unidad de las reglas dictadas para su tutela". Pero frente a esta posición se alzaron voces no menos autorizadas, que culminaron en el texto tantas veces citado de Graziani cuando escribe: "un plumazo del legislador puede mudar los nombres y reagrupar diversamente las normas, pero es importante para sustraer un complejo de normas a una particular disciplina, si esta particular disciplina, propia de tales relaciones, responde en aquel determinado momento histórico o una efectiva exigencia" (69).

Teniendo en cuenta los datos de hecho (que expusimos al analizar más atrás la estructura y contenido básico, a nuestros efectos, del Código) y la polémica en torno a los mismos, hay que preguntarse con Broseta, 1) si ha desaparecido del Código civil italiano toda distinción entre actos civiles y actos mercantiles; y, 2) si el Código ha realizado una sustancial unificación del Derecho privado (70). Ambas contestaciones deben ser negativas. Veamos.

El artículo 2.195 fundamenta la respuesta negativa a la primera cuestión planteada. En efecto, sólo determinados empresarios están obligados a la inscripción en el registro de empresas, siendo la actividad que realizan el dato determinante para la calificación de empresarios mercantiles con obligación de inscripción. Por lo que se refiere a la segunda cuestión de las planteadas, la respuesta negativa se ampara en el hecho doble de que la unificación sólo afecta a las obligaciones y contratos y que permanece un estatuto especial para los empresarios individuales y para los sociales, amén de otras especialidades de segundo grado.

La unificación se nos aparece, una vez más, como una simple técnica legislativa que hasta la fecha ha sido aplicada con medida y efectos parciales. El movimiento pro-unificación ha estado mejor orquestado que llevado a la práctica. La doctrina ha sabido montar los argumentos positivos, pero las realizaciones concretas y prácticas aparecen

(68) ASCARELLI, *Introducción*, ob. cit., pág. 121; también, en sus *Leczioni*, 1954, págs. 83 y sigs.

(69) GRAZIANI, *Manuale di Diritto Commerciale*, 1961, pág. 7. Enlaza esta posición con la mantenida por MOSSA, *Trattato del nuovo Diritto commerciale*, I, 1942, pág. 123; MESSINEO, *Manuale de Diritto...*, ob. cit., pág. 21; VALERI, *Autonomía e límite...*, ob. cit., págs. 21 y sigs.; LA LUMIA, *Corso di Diritto commerciale*, 1950, págs. 18 y sigs.; BRACCO, *L'impresa nel sistema del Diritto commerciale*, 1960, pág. 21.

(70) BROSETA, *Empresa...*, ob. cit., pág. 215.

muy desfasadas comparativamente a la brillantez de los argumentos. Y, por ello, contiene gran interés —tanto casi como las llamadas “realizaciones” legislativas— compulsar los intentos *extra-legem*. En definitiva, unos y otras discurren en la zona gris del querer y no poder.

c) *Corrientes extralegislativas* (71).

La que, quizá, ofrezca más solidez y contextura argumental es la perteneciente a los juristas germanos, Riesser, con agudeza, hablaba de la generalización de las normas e instituciones mercantiles producida en el BGB (72), siendo, anteriormente, Endemann el que se mostraba abiertamente defensor de la unificación (73). Pero corresponde a Moller la antorcha del movimiento unificador (74). Su actitud quiere ser, ante todo, “positivista”, en el sentido de extraer unas conclusiones de los textos positivos vigentes. Observando el BGB nos dirá que el artículo 366 (protección de la buena fe) es un ejemplo de ello, desde el momento que se presume aplicable a las relaciones entre no comerciantes por vía de analogía; el artículo 376 (cálculo del daño) también aplicable a no comerciantes; observando el transplante de principios típicamente mercantiles al HGB —como comprobamos anteriormente— y, finalmente, argumenta Moller, la propia Ley reguladora del contrato de agencia de 1953 (con aplicación general a cualquier empresario) son manifestaciones claras del proceso de unificación. Esta argumentación metodológicamente “positivista” conduce a las siguientes conclusiones: 1) El ámbito propio del Derecho civil se ve progresivamente invadido por instituciones y principios hasta ahora privativos de los comerciantes; 2) La generalización afecta a los usos y costumbres mercantiles; 3) Los ciudadanos —en general— quedan afectados por una “comercialización de la existencia”; 4) El espíritu mercantil no es ya especial de unas determinadas personas, sino que se ha hecho general; 5) La especialidad de las normas mercantiles es casi nula actualmente; 6) De “*lege ferenda*” no se pretende mantener un Derecho mercantil especial para los comerciantes, y, 7) El Derecho

(71) Aplicamos aquí el término “extra” en el sentido de marginidad, no en el sentido de más allá de la ley, ni contra la ley. Sino neutralmente: fuera y al margen del texto positivo. En esta línea es un notable intento el trabajo llevado a cabo por la Comisión de Justicia del Instituto de Estudios Políticos, que preside el profesor Garrigues, sobre unificación de procedimientos concursales. Aquel trabajo, finalizado el verano de 1959, y en el que intervinieron Plaza, Cabanillas, Vacas, Díez Picazo y Olivencia, no ha tenido, por ahora, la suerte que merecía por su valor científico. Puede ser que se convierta en un instrumento de trabajo de la urgente y necesaria unificación de este sector del ordenamiento jurídico español. En esta línea se trabaja ahora intensamente.

(72) RIESSER, *Der einflus...*, ob. cit.

(73) ENDEMANN, *Handbuch...*, ob. cit., I, pág. 16.

(74) MOLLER, *L'unification interne du Droit dans le République Féderale allemande*, págs. 73, 74 y 75.

civil ensancha su ámbito, robustecido por principios provenientes del ordenamiento mercantil.

Estas conclusiones —apretadamente recogidas por Broseta— son sintetizadas por este mismo autor de la manera siguiente: “De todo ello, concluye, la existencia de graves síntomas en la legislación, la jurisprudencia y la doctrina que le inclinan a pesar en la conveniencia de abandonar la distinción entre Derecho civil y Derecho mercantil, de elaborar un amplio Código civil general y de regular por leyes especiales ciertas materias como el Derecho de sociedades, seguros y el Derecho marítimo” (75).

En otra latitud, se registra una singular tendencia<sup>c</sup> pro-unificación. Frederic (76) pone las bases de este movimiento en los Países Bajos. Mantiene los principios de la comercialización del Derecho civil, estatuto profesional del comerciante, jurisdicción mercantil por razón de las personas y unificación inspirada en la aplicación de las normas mercantiles, pues lo cierto es que éstas se muestran mejor adaptadas a las exigencias de la práctica que las de carácter civil, tanto para la esfera puramente civil como para la actividad mercantil.

También en España se produce el impacto de este proceso. Dos representantes de reconocida e incuestionable autoridad avalan la corriente unificadora, sin detrimento de las especialidades de la disciplina mercantil. Nos estamos refiriendo a los profesores Vicente y Gella y Langle. Para el profesor Vicente y Gella (77) se manifiesta en estos términos precisos: “Reguladoras de una y otra rama de relaciones análogas, no puede por menos de reconocerse una afinidad esencial entre ambas. Esta no sólo se advierte por la existencia en los dos campos de instituciones idénticas, sino también por el hecho de que las normas de orden civil se aplican a los negocios mercantiles, y ello no de modo supletorio únicamente —lo que las haría derogables por el uso— si no en rango primario, como sucede con los principios en orden a la capacidad de las personas —no comerciantes— para realizar actos de comercio, o los que se refieren al nacimiento y extinción de las obligaciones, requisitos generales de los contratos, etc. Porque el Derecho civil rige también las relaciones mercantiles, y porque el Derecho comercial obtiene de aquél las directrices fundamentales de su propia formación, se impone afirmar la identidad sustancial de uno y otro”. Y añade: “Pero esta identidad sustancial ni es una razón para negar la existencia del Derecho mercantil, ni siquiera para desconocer que éste forma, no dentro, sino independientemente de aquél, un sistema propio...”.

Por su parte, Langle recomienda la emigración de los principios jurídico-mercantiles tradicionales al ordenamiento civil general. “La celeridad de las operaciones, la exacta aplicación de las cláusulas contractuales y la puntualidad en los pagos, no pueden ser el monopolio

(75) BROSETA, *Empresa...*, ob. cit., pág. 219.

(76) FREDERIC, *L'unification du Droit commercial. Essai de solution pragmatique*, en R.T.D.C., 1962, págs. 203 y 232.

(77) VICENTE Y GELLA, *Curso....*, ob. cit., pág. 81.

de la ley mercantil” (78). También en esta misma dirección concluye Bercovitz, en su reciente estudio sobre la unificación del derecho privado. “En resumen, debe afirmarse la conveniencia, a la vista de las circunstancias actuales, de proceder a la unificación del Derecho privado”. Y recuerda en esta línea de pensamiento, las conclusiones del Congreso Jurídico Español, celebrado en 1886, expuestas por Luis Silvela, sobre la oportunidad de la unificación. (Me remito al trabajo de Bercovitz, ya citado en páginas anteriores).

Y es que parece innegable el grado alto de éxito que entre los mercantilistas viene teniendo el movimiento unificador. Escarra reconoció —hace más de veinte años— cuando resumía el Coloquio de París, que había prevalecido la tendencia unificadora. Y añadía: “A pesar de las divergencias de puntos de vista del coloquio es deseado unánime el que disminuya el particularismo del Derecho mercantil y que su ámbito sea modificado. Este paso hacia la unificación tendría, por lo demás, la ventaja de aproximar el Derecho francés a la mayor parte de las legislaciones extranjeras y, en consecuencia, la de contribuir a un acercamiento internacional de los derechos y acaso facilitar la unificación, al menos parcial, en el futuro”.

#### d) *El particularismo del sistema inglés* (79)

Con extraordinaria dificultad y con relativa rigurosidad puede incluirse al sistema inglés entre las realidades legislativas producto de la unificación. El sistema inglés es peculiar en sí y frente a los sistemas continentales. Su singularidad es de origen más que de evolución. Esta está condicionada por un hecho de capital trascendencia: la absorción de ley mercatoria en el Common Law —utilizando la expresión de Girón—. Todo lo demás vendrá determinado por este hecho. Y, por consiguiente, de este dato hay que arrancar.

Lleva razón este mismo profesor (80) cuando afirma que en el sistema inglés no se produce la confusión entre Derecho civil y Derecho mercantil. Con un doble argumento defiende la tesis: 1) porque subsisten normas que atienden a las particularidades del tráfico; 2) porque funcionan instituciones disciplinadas para el tráfico mercantil.

Y en esta misma línea hay que situar la aportación de Burin de Roziers (81) que entiende existe en el sistema inglés un ordenamiento autónomo que podríamos denominar jurídico mercantil. Frente a las opiniones de Curtis (82) o de Arminjo-Nolde-Wolf (83), firmes en

(78) LANGLE, *Manual...*, ob. cit., pág. 65.

(79) Para los temas básicos relativos a la evolución Vid. JENKS, *A short History of english Law*, 1934; ROCKWELL SANBORN, *Origin of the early english maritime and commercial Law*, 1930; HOLDSWORTH, *A History of english Law*, 1937.

(80) GIRÓN, *El concepto...*, ob. cit., pág. 763, también, en *Introducción al Derecho mercantil...*, ob. cit., págs. 28 y sigs.

(81) BURIN DE ROZIERS, *La distinction du Droit civil et Droit commercial et le Droit anglais*, 1959.

(82) CURTIS, *Manual de Derecho mercantil inglés*, trad. esp. 1931.

(83) ARMIJON-NONDE-WOLFF, *Traité du Droit comparé*, 1950.

la posición de estimar que por la existencia de principio y de instituciones se puede hablar más que de una unificación de una diferenciación.

Esta es nuestra actitud. El sistema inglés hay que contemplarlo, no como fruto de la unificación a que nos venimos refiriendo, sino como caso histórico de absorción de la Law marchant por la Common Law. Tras la absorción se produjo un pronunciamiento de caracteres peculiares, como respuesta a las exigencias concretas del tráfico (84).

---

(84) La existencia de disposiciones como la "Bills of Exchange Act de 1881", la "Bankruptcy Act de 1914", la "Companies Act de 1929 y 1948", la "Marine Insurance Act de 1906" la "Carriage of goods by sea Act de 1924" y otras posteriores, es síntoma claro de la argumentación mantenida.



# ESTUDIOS DE DERECHO EXTRANJERO

## La unificación supranacional del Derecho de familia

JOSE M.<sup>a</sup> CASTAN VAZQUEZ

Letrado del Ministerio de Justicia

**SUMARIO:** I. Los problemas de la unificación jurídica en general.—II. Los problemas de la unificación del Derecho de Familia en particular.—III. La aproximación de los ordenamientos de Derecho de familia: 1. En la Europa Occidental. 2. En la Europa Oriental. 3. En Iberoamérica.—IV. Conclusión (\*).

### I. LOS PROBLEMAS DE LA UNIFICACION JURIDICA EN GENERAL

Se advierte en nuestro tiempo, como es bien sabido, una cierta tendencia hacia la «unidad del mundo». El profesor Carl Schmitt, que estudió este hecho a través de una sugestiva conferencia, ve en dicha tendencia una aspiración a «la organización unitaria del poder humano, que tendría por objeto planificar, dirigir y dominar la tierra y la humanidad toda»; observa Schmitt que «el ideal de la unidad global del mundo en perfecto funcionamiento responde al actual pensamiento técnico-industrial», y nos previene que «no confundamos este ideal técnico con el cristiano» (1). La doctrina pontificia se ha ocupado también del tema: «los documentos del magisterio social de la Iglesia —señala Gutiérrez García— prestan mayor atención al proceso de unificación»; en ellos, «el substantivo *unificación* designa el proceso lento, pero irreversible, que tiende a vincular en torno a determinados centros de convergencia a una pluralidad de sujetos colectivos, esto es, las comunidades políticas», mientras que «el término *unidad* expresa más bien el resultado final de ese proceso e incluso el

(\*) Las presentes notas se destinan al homenaje del profesor don Manuel Batlle Vázquez.

(1) C. SCHMITT: *La unidad del mundo*, 2.<sup>a</sup> ed., Ateneo, Madrid, 1956, págs. 16 y 17.

desarrollo posterior del mismo» (2). Y en la comunicación dirigida a la sesión de clausura de la Conferencia Mundial de la Población (Bucarest, 1974) por el canónigo Joseph Moerman, representante de la Iglesia católica, se señalaba —expresando opiniones compartidas por todos los creyentes, aún de distintas confesiones, presentes en la Conferencia— la unidad creciente entre los hombres (3).

A parte de esa aspiración unitaria, cuya realización total está ciertamente lejana, se manifiestan también en el mundo de hoy intentos más limitados, aunque asimismo ambiciosos y no exentos de dificultades, en pro de concretas integraciones a nivel continental de grupos de países que hoy constituyen Estados nacionales. Estos intentos, prescindiendo de posibles motivaciones de carácter militar, se ven estimulados por razones materiales (4) y culturales (5). Y como quiera que la integración política tiene normalmente repercusiones en el orden jurídico, el tema de la unificación del Derecho ofrece en el mundo actual vivo interés (6).

La unificación jurídica, en su sentido técnico actual (realmente distinto al que pueden tener en su uniformidad, por ejemplo, el Derecho romano o el canónico), se ha definido como el resultado de un esfuerzo conjunto de ciertos grupos de Estados que tienden a realizar una uniformidad de reglamentación en materias

(2) J. L. GUTIÉRREZ GARCÍA: *La concepción cristiana del orden social*, B. A. C., Madrid, pág. 392. Sobre doctrina pontificia acerca de la unificación en general y la europea en particular, con textos de Pío XII, Juan XXIII y Pablo VI, *ibidem* págs. 392-399.

(3) Vid. J. MOERMAN: *Le problème de la population (une interpellation aux hommes de notre temps)*, Editions du Centurion, París, 1975, pág. 193.

(4) Observa Batlle que "en la interdependencia del mundo en que vivimos es absolutamente necesario que se produzcan agrupaciones de los núcleos nacionales, también de los Estados, a veces coincidentes, en vista de ciertos intereses comunes" (M. BATILLE: *Afinidades y diferencias del Derecho privado europeo*, en el vol. *Europa en el mundo actual*, Madrid, 1962, pág. 311).

(5) Contemplando en reciente conferencia el fenómeno de la integración cultural, Hernández Gil ha dicho: "La tendencia hacia la aproximación entre los hombres y los pueblos avanza en progresión geométrica. Las categorías de espacio y tiempo como expresivas de una separación y una distancia tienden a decrecer y a eliminar (o sincoparse) culturalmente. Intercomunicación de informaciones, saberes, personas, bienes, técnica y cultura, producción en masa, comercio internacional, empresas multinacionales, vibraciones económicas con repercusiones planetarias; multiplicación de las relaciones internacionales; contactos interdisciplinarios en la ciencia, etc. Estas expresiones u otras similares son las que se utilizan para cualquier descripción del mundo de nuestros días". A juicio del ilustre jurista, hay "un proceso general de integración", cuyo trasfondo científico es el Derecho comparado (*El Derecho como elemento de integración cultural*, Publicaciones de la Universidad Internacional Menéndez Pelayo, Santander, 1974, pág. 26).

(6) Vid. J. CASTÁN TOBEÑAS: *Horizontes actuales de la unificación supranacional del Derecho*, en el libro *Homenaje a don Nicolás Pérez Sevrano*. Ed. Reus, Madrid, 1959, tomo I, págs. 403 ss.

determinadas, al impulso de necesidades prácticas y con vistas especialmente a facilitar el desarrollo de las relaciones internacionales (7). Pero no todas las materias se prestan igualmente a la unificación. Hay ciertas ramas del Derecho privado, como el Derecho de obligaciones o el mercantil, en las que la unificación a nivel mundial o continental de ciertas materias resulta factible (8). ¿Ocurre lo mismo con el Derecho de familia? Evidentemente, no. Recordemos algunas de las específicas dificultades que a su integración se oponen.

## II. LOS PROBLEMAS DE LA UNIFICACION DEL DERECHO DE FAMILIA EN PARTICULAR

El Derecho de familia, por algunos de sus especiales y bien conocidos caracteres (como son el fondo ético de sus instituciones y la primacía de lo personal sobre lo patrimonial), se apoya más que otras disciplinas jurídicas en consideraciones morales e ideológicas. La religión predominante en un país, la tradición del mismo, sus costumbres y el sistema de valores que acepte son factores que influyen en la regulación positiva que habrá dado a su Derecho de familia (9). Transformar esa regulación en otra que responda en todo o en parte a principios diferentes para uniformarse con otros países integrantes de una comunidad —aunque todos ellos pertenezcan a lo que los comparatistas llaman hoy un 'mismo «sistema jurídico» o una misma «familia de Derecho» (10)— representa un sacrificio al que muchos rehúsan someterse. De ahí que, como observa Gitrama, «si el régimen de los derechos patrimoniales tiende hacia la homogeneidad, el Derecho de familia sigue siendo reducto de los particularismos nacionales» (11).

Basta recordar algunos de los temas clásicos del Derecho de familia para comprender lo difícil que resulta la unificación su-

(7) UNIDROIT et l'unification du Droit privé, Institut International pour l'Unification du Droit Privé, Roma, 1962, pág. 3. Vid. también la obra del jurista luxemburgués PIERRE PESCATORE: *Derecho de la integración*, traducción esp., 1973.

(8) Vid. J. BLANCO CAMPAÑA: *Convención de la Conferencia de Naciones Unidas sobre prescripción en materia de compraventa internacional de mercaderías*, en "Documentación Jurídica", núm. 3, julio-septiembre 1974, págs. 965 ss., con considerable bibliografía sobre la unificación internacional del Derecho mercantil.

(9) Sobre los cambios en las ideas religiosas y en las situaciones sociales y su proyección sobre el Derecho civil, vid. J. M. PASCUAL QUINTANA: *La encrucijada del Derecho civil en Estudios de Derecho civil en honor del profesor Castán Tobeñas*, Ediciones Universidad de Navarra, Pamplona, 1969, t. I, pág. 449.

(10) Vid. R. DAVID: *Les grands systèmes de Droit contemporains*, Dalloz, París, 1974.

(11) M. GITRAMA: *Prólogo* a la obra de J. Vidal Martínez: *El hijo legítimo*, Editorial Montecorvo, Madrid, 1974, pág. 17.

pranacional en esta rama. La forma del matrimonio, por ejemplo, se regula según «sistemas matrimoniales» que ofrecen considerables diferencias. El régimen económico matrimonial se organiza asimismo en los Estados actuales según esquemas diversos que obedecen a filosofías distintas (12). El divorcio, aunque muy difundido en las legislaciones, ofrece también diferencias estimables de regulación y es materia ciertamente conflictiva. La filiación extramatrimonial, en trance general de reforma, presenta todavía importantes discrepancias en los ordenamientos nacionales. La patria potestad, la tutela y la adopción están igualmente lejos todavía de responder a un patrón común. Y en cada institución, las aludidas diferencias legislativas no se dan solamente entre países geográfica y culturalmente lejanos, sino incluso entre países vecinos y de la misma «familia de Derecho». Se comprende que resulte difícil salvar las discrepancias y llegar en cada materia —y menos aún en el conjunto del Derecho de familia— a la unidad.

La dificultad o imposibilidad de unificar los ordenamientos familiares no quiere decir, empero, que no queda suavizar sus diferencias y buscar fórmulas de compromiso o reglas comunes que faciliten en lo posible las relaciones, realmente crecientes, entre personas y familias sujetas a ordenamientos distintos. En este sentido plantea con acierto la cuestión Manuel de la Cámara cuando, tras afirmar que «resulta inconcebible que el Derecho de la familia o el sucesorio, tan condicionados por la idiosincrasia propia de cada pueblo, puedan ser uniformados», añade: «No obstante, sería imprudente confundir la unificación —desde luego inalcanzable— con la aproximación. Una cosa es hacer tabla rasa de las peculiaridades locales... y otra que no puedan suavizarse las diferencias abismales que todavía separan las legislaciones de algunas naciones con un trasfondo cultural común» (13). De hecho, en nuestros días se viene trabajando en la aproximación legislativa en diversas materias concretas de Derecho de familia (14).

Por otra parte, además de esa labor aproximadora que hoy estimulan algunos organismos internacionales, se viene produciendo, con origen más espontáneo y eficacia visible, lo que ha podido llamarse «interpretación» entre los diferentes ordenamien-

(12) Vid. el estudio de los regímenes económicos matrimoniales en la Europa occidental que ofrece E. FERNÁNDEZ CABALEIRO: *Los regímenes económico-matrimoniales en la Comunidad Europea*, en *Estudios de Derecho civil en honor del profesor Castán Tobías*, cit. t. IV, págs. 323 y siguientes.

(13) M. DE LA CÁMARA: *Reflexiones sobre la filiación ilegítima*, Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid, 1975, pág. 39.

(14) Puede verse la relación de trabajos programados por diversos organismos internacionales ofrecida en el folleto *Tableau des matières juridiques faisant l'objet des Programmes de travail des Organisations s'occupant de l'unification du droit*, Institut International pour l'Unification du Droit Privé, Roma, 1961, donde, aunque en número menor a otras ramas, hay temas de Derecho de familia.

tos (15). Las comunicaciones crecientes la posibilitan y facilitan.

Veamos seguidamente algunas muestras de aproximación e interpenetración entre las legislaciones nacionales en el ámbito del Derecho de familia.

### III. LA APROXIMACION DE LOS ORDENAMIENTOS DE DERECHO DE FAMILIA

1. *En la Europa occidental.*—Una amplia reforma del Derecho de familia se está llevando a cabo, desde hace años, en esta zona del mundo. El cauce seguido en varios Estados ha sido el de hacer modificaciones parciales en los Códigos civiles, a través de las cuales se ha actualizado la regulación de diversas instituciones concretas. Este es el sistema escogido en los países latinos.

Así, en Francia, se ha reformado sucesivamente la tutela (16), el régimen económico del matrimonio (17), la adopción (18), la patria potestad (19) y la filiación (20). En cada uno de estos casos la ley respectiva vino a modificar los artículos del Código civil, variando profundamente su contenido y su sentido.

En Italia, la reforma del Derecho de familia se ha preparado con esmero a través de un elevado número de trabajos, promovidos muchos de ellos por el propio Poder legislativo (21), y se ha realizado con la promulgación de la Ley núm. 151, de 19 de mayo de 1975, que modifica buen número de artículos del Código civil, deroga no pocos e introduce algunos nuevos, cambiando también los epígrafes de algunas secciones (22).

(15) Con relación al régimen económico del matrimonio, Fernández Cabaleiro recoge la observación de Julliot de la Morandière de que "la presión de los hechos y la evolución general de las costumbres han impuesto en los regímenes matrimoniales admitidos por los diversos Estados, la interpenetración de principios comunitarios y principios separatistas" (op. cit., págs. 339 y 340). Dicha observación puede hacerse extensiva a otros temas del Derecho de familia.

(16) Ley de 14 diciembre 1964. Vid., por todos, H. L. y J. MAZEAUD: *Leçons de Droit civil*, t. I, 5.<sup>a</sup> ed., por M. DE JUGLART, Editions Montchrestien, París, 1972, págs. 633 ss.

(17) Ley de 13 julio 1965. Vid. los MAZEAUD: op. cit., págs. 457 ss.

(18) Ley de 11 julio 1966. Vid., por todos, la obra de C. LAUNAY, M. SOULE y S. VEIL: *L'adoption*, Editions Sociales Françaises, París, 3.<sup>a</sup> ed., 1968.

(19) Ley de 4 junio 1970. Puede verse mi crónica *La reforma de la patria potestad en el Derecho francés*, en ANUARIO DE DERECHO CIVIL, 1971, págs. 971-992.

(20) Ley de 3 enero 1972. Vid. los MAZEAUD: op. cit., págs. 290 ss.

(21) Vid. la obra *Ricerca sul diritto di famiglia*, Quaderni di Studi e Legislazione, Camera dei Diputati, Roma, 2.<sup>a</sup> ed., 2 ts., 1969.

(22) Puede verse el texto de esta Ley en el folleto *Riforma del diritto di famiglia* (*Legge 19 maggio 1975, n. 151*), Casa Editrice Stampe-

En España, como es bien sabido, se han dado también importantes pasos en el camino de la reforma de nuestro Derecho de familia por la vía de modificaciones parciales del Código civil. Recordemos las llevadas a cabo por la Ley 7/1970, de 4 de julio, en materia de adopción, y por la Ley 14/1975, de 2 de mayo, en lo relativo al estatuto jurídico de la mujer casada y los derechos y deberes de los cónyuges (23). También por el cauce de las diferentes Compilaciones forales promulgadas a partir de 1959 se han modernizado en algunas regiones varias instituciones de Derecho de familia. Y en la actualidad se preparan en la Comisión General de Codificación reformas en el régimen económico del matrimonio, en filiación, en patria potestad y en tutela.

Toda esta nueva legislación familiar, ya promulgada o en trámite de preparación, de los países latinos ofrece, tanto en sus líneas generales como en diversos puntos concretos, numerosas coincidencias, que se dan también con las normas de otros países de Europa occidental y justificarían un estudio comparativo detenido.

Aparte de esa aproximación espontánea entre los ordenamientos europeos de Derecho de familia, se produce hoy también una armonización estimulada desde organismos internacionales, entre los que destaca el Consejo de Europa, cuya labor en este sentido merece alguna alusión.

La acción del Consejo de Europa en el campo jurídico —prevista ya en el art. 1º de su Estatuto, firmado en Londres el 5 de mayo de 1949— se ha orientado hacia la elaboración de Resoluciones encaminadas a unificar o, al menos, aproximar las legislaciones de los países europeos en materias jurídicas concretas. Por tal cauce el Consejo ha realizado ciertamente una tarea integradora no exenta de valor e importancia, siquiera sea menos espectacular que la otra labor unificadora, de carácter más bien político o económico, desarrollada en los últimos años a través de las Comunidades de la «Pequeña Europa». Considerable es ya el número de documentos que con aquel carácter, aunque con

---

ria Nazionales, Roma, 1975. Para una exégesis extensa, vid. la obra de varios autores, dirig. por L. CARRARO, G. OPPO y A. TRABUCCHI: *Commentario alla riforma del diritto di famiglia*, 2 ts., 3 vols., Ed. Cedam, Padova, 1977.

(23) La Ley de 1975 ha dado lugar, por su importancia, a una bibliografía creciente que va contemplando sus distintos aspectos. Un estudio general de la misma puede verse en J. M. BLOCH RODRÍGUEZ: *La última reforma del Derecho de familia*, en el *Libro-homenaje a Ramón María Roca Sastre*, Junta de Decanos de los Colegios Notariales, vol. II, páginas 645-750. Exposiciones también generales de esta ley española, publicadas en el extranjero, son la de D. ESPÍN CÁNOVAS: *La evolución de la equiparación entre marido y mujer en España en 1975*, en *Festschrift für Friedrich Wilhelm Bosch*, Verlag Ernst und Werner Giesecking, 1976, páginas 145-152, y la de J. M. CASTÁN VÁZQUEZ y M. L. ALBACAR: *Le nouveau statut juridique de la femme mariée en Droit espagnol selon la loi du 2 mai 1975*, en la *Revue Internationale de Droit Comparé*, octubre-diciembre 1976, págs. 793-798.

denominación diversa (24), han sido redactados en el Consejo de Europa. Unos, la mayoría, se refieren a materias de Derecho público, pero otros pertenecen o afectan al ámbito del Derecho privado. Entre estos últimos ofrecen especial interés para el Derecho de familia los siguientes:

— La Convención Europea en Materia de Adopción de Niños, firmada en Estrasburgo el 24 de abril de 1967 (25). Este documento parte del hecho, señalado en su preámbulo, de que, aunque la adopción de niños existe en la legislación de todos los Estados miembros del Consejo de Europa, hay en tales países puntos de vista divergentes sobre los principios que deberían regir la institución, así como diferencias en cuanto al procedimiento y a los efectos jurídicos de la adopción (26). Los Estados firmantes consideran que la aceptación de principios y prácticas comunes en lo que concierne a la adopción de niños contribuirá a allanar aquellas divergencias y permitirá al mismo tiempo promover el bien de los niños adoptados. Para ello, dichos Estados se obligan a adaptar sus respectivas legislaciones internas a los principios recogidos en la Convención, que consta de 28 artículos y a cuyo contenido concreto no procede descender aquí.

— La Resolución 29/1972 sobre la Reducción de la Edad de la plena Capacidad jurídica, adoptada por el Comité de Ministros del Consejo de Europa el 19 de septiembre de 1972 (27). Parte este documento del hecho, que el preámbulo pone de relieve, de que si, en la mayoría de los Estados miembros, la edad de la plena capacidad jurídica ha estado fijada durante largo tiempo en los veintiún años, hoy se sitúa más baja en la mayoría de las legislaciones. El documento considera suficientemente fundada esa reducción y, por ello, la Resolución recomienda a los Gobiernos de los Estados miembros bajar la mayoría de edad de modo que sea inferior a la de veintiún años, y, más concretamente, fijarla, si lo estiman oportuno, en los dieciocho, quedando a salvo la posibilidad de que los Estados mantengan una edad más elevada de capacidad para ciertos actos determinados en materias

---

(24) Según los casos, en efecto, tales documentos han recibido nombre de "Convención", "Acuerdo", "Arreglo" e incluso, más excepcionalmente, de "Carta europea" o "Código europeo".

(25) Publicada en el folleto bilingüe *European Convention on the adoption of Children, Convention Européenne d'Adoption d'Enfants, Conseil de l'Europe, Strasbourg, 1968.*

(26) Ese mismo hecho había ya llevado a la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado a elaborar una Convención relativa a la competencia de las autoridades, la ley aplicable y el reconocimiento de las decisiones en materia de adopción, que fue incluida el 28 de octubre de 1964 en el acta de la 10.<sup>a</sup> sesión de la Conferencia, y publicada en el folleto *Convention concernant la Compétence des autorités, la loi applicable et la reconnaissance des décisions en matière d'adoption, Conférence de La Haye de Droit International Privé, La Haya, 1966.*

(27) Un breve estudio de este documento puede verse en mi trabajo *La Resolución del Consejo de Europa sobre la Edad de la Plena Capacidad Jurídica*, en "Revista de Derecho Privado", enero 1973, págs. 3-6.

que requieran una mayor madurez. Puede así la Resolución contribuir a armonizar las legislaciones europeas en el punto de la extinción de la patria potestad.

— La Convención Europea sobre el estatuto jurídico de los hijos nacidos fuera de matrimonio, firmada en Estrasburgo el 15 de octubre de 1975 (28). Este documento constata en su preámbulo que, si bien en un gran número de Estados miembros del Consejo de Europa se han realizado esfuerzos para mejorar el estatuto jurídico de los hijos nacidos fuera de matrimonio, reduciendo las diferencias entre dicho estatuto y el de los hijos matrimoniales, existen todavía amplias discrepancias en los ordenamientos; ante el convencimiento de que la condición de los hijos nacidos fuera de matrimonio debe ser mejorada y de que el establecimiento de ciertas reglas comunes relativas a su estatuto jurídico favorecería la realización de ese objetivo y contribuiría al mismo tiempo a una armonización de las legislaciones de los Estados miembros en esta materia, los mismos adoptan en la Convención, que tiene dieciséis artículos y en cuyo contenido concreto no cabe entrar aquí, una serie de principios a los que los Estados firmantes habrán de adoptar sus respectivas legislaciones. El documento puede tener importancia para la aproximación de los ordenamientos europeos en el tema de la filiación y, concretamente, en lo relativo al reconocimiento, a la investigación de la paternidad, a los derechos de los hijos extramatrimoniales, a la patria potestad sobre los mismos y a la legitimación, que son los puntos tocados, por cierto someramente, en el breve articulado de la Convención.

2. *En la Europa Oriental.*—La interpretación entre las legislaciones de esa zona europea es, en Derecho de familia como en otros campos, un hecho natural favorecido por la común ideología política aceptada y el propósito de inspirarse, en grado menor o mayor, en un mismo modelo.

Aunque cada uno de los países de ese sector —observa Czachorski— haya tenido su propia formación histórica y nacional, y aunque en nuestros días existan en ellos procesos sociales que les distinguen a unos de otros, todos tienen en definitiva rasgos comunes esenciales que les acercan entre sí. A juicio de Czachorski, hay en aquellos países unos «principios generales comunes del Derecho de familia»; casi todos estos principios fueron expresados primeramente por el ordenamiento de la Unión Soviética y los Códigos de Familia de las Repúblicas Federal de la Unión, cuya legislación de la postguerra ha servido de modelo en sus grandes líneas, a los de otros países del campo socialista (29).

(28) Publicada en el folleto *Convention Européenne sur le Statut Juridique des Enfants nés hors mariage*, Conseil de l'Europe, Strasbourg, 1975.

(29) W. CZACHORSKI: *Observations préliminaires concernant le Droit de la famille*, en el vol. *Introduction aux droits socialistes*, Akadémiai Kiadó, Budapest, 1971, págs. 527-528.

¿Cuáles son tales principios generales? Según el propio autor polaco, los siguientes: 1) El *principio de laicización del matrimonio*: la institución matrimonial se considera como laica y se regula según los fines del Estado y sin elementos religiosos; la celebración del matrimonio se efectúa por un acto solemne ante un funcionario público, y la jurisdicción (nulidad, divorcio, etc.) se confía a los tribunales civiles. 2) El *principio de monogamia*, que supone la nulidad del matrimonio en caso de estar alguno de los contrayentes ligado por vínculo conyugal anterior. 3) El *principio de la estabilidad de la familia*, que lleva al legislador a favorecer (en la medida de lo posible, pues este tema es en aquella zona más complicado) lazos familiares relativamente fuertes y duraderos. 4) El *principio de igualdad de derechos de la mujer y el hombre*, que no se expresa en el bloque socialista por una fórmula legal uniforme, aunque la práctica judicial para aplicarlo parece ser en todos aquellos países más o menos análoga. 5) El *principio de la protección del hijo extramatrimonial*, que se ha proclamado en las leyes y Códigos de Familia y supone en términos generales que el nacimiento fuera de matrimonio no restringe en nada los derechos del niño, traduciéndose luego el principio en numerosas disposiciones detalladas. 6) El *principio de la protección de los menores*, que responde a la idea de que los intereses del menor, más los personales que los patrimoniales, juegan un papel decisivo en la organización y funcionamiento de la familia, lo que se traduce en muchas normas de los Códigos, algunas de las cuales llegan incluso a colocar la potestad de los padres bajo el control de la sociedad por el intermedio de los órganos públicos judiciales o administrativos. Y 7) El *principio de protección de las personas incapaces de trabajar*, que se considera estrechamente ligado al espíritu general del régimen socialista y se traduce en diversas reglas de los Derechos de familia y sucesiones (30).

3. *En Iberoamérica*.—El caso de los países iberoamericanos ofrece, en orden a la aproximación legislativa, circunstancias especiales, tanto negativas como positivas. La unificación en aquella importante zona del mundo tiene, en efecto, problemas peculiares; hace años, Miñana señalaba como dificultades especiales: el individualismo y el particularismo hispanoamericano, los odios y resentimientos político-internacionales y la influencia jurídica de los Estados Unidos de Norteamérica sobre los pueblos hispanoamericanos y la política panamericana (31). Pero aparte de que estas dificultades están acaso hoy en vías de superación, son

(30) W. CZACHORSKI: op. cit, págs. 528-534. En relación con los principios del Derecho de familia en los ordenamientos socialistas puede verse también la reciente obra de S. DALLIGNY: *Essai sur les principes d'un Droit civil socialiste*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudencia, París, 1976, págs. 154-221.

(31) Vid. E. MIÑANA y VILLAGRASA: *La unificación del Derecho mercantil hispanoamericano (Bases para una legislación común)*, 3.<sup>a</sup> ed., Editorial Reus, Madrid, 1929, págs. 280-299.

varias las circunstancias por otro lado favorables para la unificación del Derecho en aquel Continente. En primer lugar, alguno de los obstáculos iniciales con que tropieza toda obra de unificación legislativa, que es la diferencia de idiomas, no se da en el caso de Iberoamérica, donde todas las naciones, con la sola excepción del Brasil hablan una misma lengua. En segundo lugar, los ordenamientos iberoamericanos, según alguna vez he tratado de señalar, tienen un fondo común. A la formación de este fondo colaboraron: el transplante del Derecho castellano (32), el envío desde España de los mismos libros jurídicos a los diversos territorios de Indias (33), la obra común de las Audiencias (34) y la obra paralela de las Codificaciones americanas, influidas entre sí. Elementos todos ellos que facilitan la unidad y que se deben ciertamente a España. Alguna vez ha escrito Luca de Tena que lo que España descubrió no fue un Continente, sino un camino, por el que la flecha de la evolución cultural llegó a América desde la cuna del Mediterráneo, siguiendo la trayectoria que cruza Israel, Fenicia, la Hélade, Roma y España (35). Cabe añadir que por ese camino llegó también, con la Cultura occidental, el Derecho; es decir, las grandes creaciones jurídicas romanas, la concepción cristiana del Derecho natural, las normas del Derecho castellano, la técnica jurídica europea y la doctrina más avanzada de la época. Cuando pueblos hoy muy desarrollados no existían todavía, la América española estaba ya heredando la tradición jurídica occidental.

Gracias al fondo común de sus ordenamientos, Iberoamérica está, pues, especialmente capacitada para la unificación legislativa de extensas áreas de su Derecho privado. Ya en el Congreso Iberamericano de Madrid de 1900 se señalaron algunas materias que parecían unificables (36) y a lo largo del siglo presente se han dado algunos pasos en ese camino por medio de estudios comparativos llevados a cabo de manera individual por profesores o de manera corporativa por facultades, organismos nacionales y supranacionales e Institutos de Derecho Comparado.

(32) Vid. A. GARCÍA GALLO: *Génesis y desarrollo del Derecho indiano*, en "Atlántida", julio-agosto 1964, págs. 339 ss., espec. 340 y 347, y T. SALINAS MATEOS: *La unificación del Derecho privado en Iberoamérica* (conferencia), en el vol. *Segundas Jornadas Iberoamericanas*, Delegación Nacional de Organizaciones del Movimiento, Madrid, 1963, pág. 3 de la conferencia.

(33) Vid. F. DE CASTRO Y BRAVO: *Las naos españolas en la Carrera de las Indias (Armadas y Flotas en la segunda mitad del siglo XVI)*, Editorial Voluntad, Madrid, 1927, e I. A. LEONARD: *Los libros del Conquistador*, Fondo de Cultura Económica, México, 1953.

(34) Vid. C. MIGUEL Y ALONSO: *Las Audiencias en los Reinos y Señoríos de Indias*, en "Cuadernos Hispanoamericanos", núm. 116-117 y en ed. sep.

(35) T. LUCA DE TENA: *Los mil y un descubrimientos de América y otros ensayos*, Ediciones de la "Revista de Occidente", Madrid, 1968, páginas 96-97.

(36) Vid. E. MIÑANA: op. cit., pág. 23.

Cierto es que queda mucho camino por recorrer. Cierto también que la parcela del Derecho de familia presentará acaso obstáculos mayores por la dificultad que su unificación ofrece siempre, según recordé al comienzo de estas notas. Pero incluso en dicha parcela cabe estimar que las dificultades son superables, si pensamos en la base sociológica común de la familia americana y en la identidad de religión y tradiciones en aquel Continente.

En todo caso, varios son los organismos iberoamericanos que laboran ya por la aproximación de los ordenamientos en materia de Derecho de familia. Uno de ellos es el Instituto Interamericano del Niño, con sede en Montevideo y relación con la O. E. A., que realiza a través de sus frecuentes «Cursos de especialización de Jueces de Menores» y de sus publicaciones (37) una estimable labor, proyectada sobre todo el Continente, para la unificación posible de normas o de práctica judicial en temas del Derecho de familia como la patria potestad, la filiación, la adopción y la tutela.

Otro organismo que recientemente ha entrado también en el campo del Derecho de familia es la Conferencia de Ministros de Justicia de los Países Hispano-Luso-Americanos y Filipinas, que en su reunión de Buenos Aires en junio de 1975 acordó que por su Secretaría General se iniciasen estudios encaminados a lograr sistemas de cooperación sobre «Situación jurídica de los hijos nacidos fuera de matrimonio» (38), estudios que están en marcha y podrían tener trascendencia a efectos de una unificación de las legislaciones iberoamericanas en tema tan actual y delicado como el de la filiación extramatrimonial.

#### IV CONCLUSION

Si todos los sectores del Derecho privado ofrecen obstáculos considerables para la unificación legislativa supranacional, la parcela del Derecho de familia conoce problemas específicos que hacen esa empresa, si no inabordable, al menos delicada y difícil. Algunos pasos se han dado ya por Organismos internacionales —a través de estudios, convenciones y recomendaciones— en pro de tal unificación, pero fueron hasta hoy relativamente escasos y, por otra parte, los trabajos acometidos y los logros obtenidos aparecen limitados en un triple aspecto: se ciñen a

---

(37) Tiene el Instituto publicaciones periódicas, como el *Boletín*, y otras monográficas, todas ellas coordinadas por el equipo que dirige el doctor Rafael Sajón y del que forman parte juristas como los doctores José P. Achard y Ubaldino Calvento.

(38) En cumplimiento de aquel acuerdo, la Secretaría General distribuyó en 1976 entre los países de la Conferencia un cuestionario de 49 puntos que contenía las más importantes cuestiones de la problemática de la filiación extramatrimonial. A la vista de las respuestas, se ha elaborado bajo la dirección del secretario general, don Marcelino Cabanas, un estudio de síntesis que permite apreciar algunas tendencias comunes en ese área.

materias determinadas, se reducen a esbozar algunos principios comunes y se proyectan sobre zonas geopolíticas concretas. El solo hecho, empero, de que se hayan podido dar dichos pasos es sintomático de un movimiento en ese sentido, que podría acelerarse en un futuro próximo.

Junto a la posibilidad de unificación a nivel mundial o continental estimulada por Organismos internacionales, hay una realidad de aproximación e interpretación espontánea entre los ordenamientos de países geográfica o ideológicamente próximos, y aún de todos los países del mundo. Las legislaciones de Familia, en efecto, se influyen recíprocamente gracias a estudios de carácter comparativo, previos a las reformas legislativas que en esta materia se están realizando en tantos países; en términos muy generales, parecen ir imponiéndose en varias instituciones algunos principios comunes.

La total unificación supranacional del Derecho de familia, en resumen, es acaso utópica o está muy lejana, pero no parecen condonables los esfuerzos para aproximar, en la medida de lo posible, las legislaciones, respetando, por supuesto, las particularidades irrenunciables. Todo lo que en esa línea se logre puede cooperar a una mejor convivencia entre los hombres de nuestro tiempo y del futuro, ya que, como ha escrito el maestro Giorgio Del Vecchio, «si existe alguna esperanza, y la esperanza constituye también un deber, de que el género humano evite la funesta suerte que podría estarle reservada como consecuencia de sus mismos progresos técnicos, esa esperanza no puede consistir en otra cosa que en el desenvolvimiento y consolidación de una común conciencia moral y jurídica de la Humanidad» (39).

---

(39) G. DEL VECCHIO: *La unidad del espíritu humano como base para el estudio comparativo del Derecho*, en "Revista General de Legislación y Jurisprudencia", noviembre 1953, pág. 523.

# VIDA JURIDICA

## JESUS RUBIO «In memoriam» (\*)

El día 21 de junio de 1976 se celebrara en el Aula Magna de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid el examen de Derecho mercantil 2.<sup>º</sup> en su última convocatoria. Como siempre, también en aquella ocasión, Jesús Rubio se retiraba después de recoger todos los ejercicios. Sería la postrera vez que pisara el edificio que él mismo ordenó construir siendo ministro de Educación Nacional y en el que había impartido sus lecciones de cátedra desde entonces.

El momento final —en un 13 de julio— fue breve. No lo fue llegar a ese trance. Desde hacía años la enfermedad hacía ostensibles estragos en su organismo, que soportaba un alma por diversos motivos dolorida. El nada común recato de Jesús Rubio nos dejará sin saber hasta dónde llegaban sus sufrimientos. Por mi parte, recuerdo la impresión que me produjo su respuesta, en un día de mayo de ese año, a la pregunta de cómo se encontraba. La respuesta fue: mal. Y este mal tan escueto me hizo presagiar lo peor. Para definir su estado le bastaba a él —y todos lo sabíamos— un simple vocablo; que en don Jesús la expresividad no precisaba de palabra ociosa. Lo notable está, por otro lado, en que el diálogo a que aludo se producía en la Sala de Profesores de la Facultad. Después de su muerte me enteraría de que, por esas fechas, al final de una clase, se derrumbó en el suelo dentro todavía del aula.

Este sentido del deber, del cumplimiento puntual de las funciones, es uno de los rasgos más salientes de la personalidad de Jesús Rubio. Su muerte se produjo un martes. Sólo desde el sábado anterior había dejado de acudir a su despacho de presidente del Tribunal de Defensa de la Competencia.

Razones disciplinares me señalan a mí para traer ante todos el recuerdo de Jesús Rubio. Tarea tanto más dolorosa cuanto las relaciones maestro-discípulo arraigan en otras sedes más profundas de admiración y cariño. Como la planta que lanza su raíz en busca del estrato nutriente, aquellas relaciones enraízan en la fibra del amor-amistad que el hombre lleva dentro. Y así como el removimiento de la tierra por la raíz contribuye a hacerla fecunda, también en este caso la relación discipular nutre el limpio campo de la amistad verdadera y lo enriquece en su general

---

(\*) Texto del escrito leído en el Seminario de Derecho Mercantil de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense en la sesión celebrada en memoria del profesor doctor Jesús Rubio García-Mina, conjuntamente por el citado Departamento y por el de la misma disciplina de la Universidad Autónoma de Madrid.

dimensión humana. Para quien de la formación personal hace control vital, la gratitud por las enseñanzas recibidas es, sin remedio y de por sí, germinativa de afecto verdadero. El propio Jesús Rubio acertó a expresar este doble perfil de una realidad única al dedicar una de sus obras "a Joaquín Garrigues, amigo y maestro".

Jesús Rubio se ha ido físicamente de entre nosotros de un modo, si no inesperado, súbito y casi podría decirse que un poco misterioso. Esto cuadra con lo que de su personalidad nos ha sido posible alcanzar. El recato a que antes aludía hizo, sin duda, difícil penetrar en su intimidad. Y al mismo tiempo, ese particular entendimiento de lo íntimo lo proyectaba él mismo en los demás, deteniéndose siempre ante lo que hubiera considerado invasión de la esfera de reserva del otro. Por eso, seguramente, siendo hombre de convicciones profundas, formadas por la reflexión y la experiencia propias, ni trataba fanáticamente de imponerlas ni manifestaba ninguna hostilidad decisiva hacia el discrepante. Bien es cierto que al campo de la intimidad remitía tantas parcelas de preocupación intelectual y de vivencias que al dejarlas aparte, consecuentemente, en sus relaciones con los demás, no resultaba fácil la manifestación de la discrepancia. Un poco —o un mucho— al modo inglés, don Jesús se apoyaba entonces en su fino sentido del humor, que, junto a su vasta cultura, se expresaba en ironía.

Estos rasgos del carácter de Jesús Rubio denotaban, en suma, al hombre de espíritu delicado cuya primera manifestación era una exquisita cortesía.

Aun cuando no trato de esbozar siquiera aquí el perfil humano de don Jesús, creo que no debe olvidarse en esta hora alguna de sus cualidades más notorias. Hay que situarle en el tronco de cuatro generaciones de magistrados por línea directa paterna. Yo no sé si a él le habría gustado ejercer la judicatura, pero sí he podido apreciar su ilusión por la presidencia del Tribunal de Defensa de la Competencia. La herencia se manifestaba, además, en la independencia de criterio, que es quizá el mejor atributo de los jueces.

Su sentido del deber, la reserva de la intimidad, el sentimiento de independencia y la convicción de que todo ello debía encontrarse en los demás —en el otro— llevaban a una apariencia de "espléndido aislamiento" (¿Han volado las águilas alguna vez en manada?) que nunca, sin embargo, constituía frialdad en lo profundo.

Muy lejos de mi propósito está el hacer un análisis crítico de la obra científica de Jesús Rubio, profesor universitario de Derecho mercantil durante 22 años. Ni es la ocasión ni dejará de hacerse en su oportunidad por plumas más autorizadas. Pero es claro que no hemos de eludir ahora la referencia a lo que don Jesús ha contribuido a la ciencia del Derecho mercantil, y aun diría a la ciencia del Derecho a secas.

La preparación de las oposiciones a cátedra lleva a Rubio a investigar en torno al concepto de la disciplina. "Sobre el concepto del Derecho mercantil" (1947) sin duda se produce con ocasión de sus estudios especializados. Pero si atendemos a su contenido puede advertirse su enlace con otras obras posteriores —y alguna aun anterior— que muestran una

coherencia de pensamiento tal que trasciende el campo de la preocupación intelectual del especialista. La línea conductora se hace patente en "Sainz de Andino y la codificación mercantil" (1950) así como en "Derecho marítimo y Derecho aéreo (1952). El hilo a que me refiero consiste en la búsqueda de la especificidad de las provincias jurídicas implicadas en el análisis en referencia al amplio campo del Derecho privado, cuya unidad esencial le resulta incuestionable.

Bajo esta luz es perfectamente natural que en 1969 publique Rubio la "Introducción al Derecho Mercantil", obra calificada de "enviable" y "magistral" por el profesor de Castro. Pienso que su decisión de darla a la imprenta mucho más que en intentar contribuir a resolver el inescrutable problema del concepto de esa apreciada parcela jurídica se fundamenta en exponer su concepción del Derecho, tomando, esto sí, como pretexto aquel problema en el que se confirman sus tesis ya avanzadas en obras anteriores, y, sobre todo, se contrasta la fecundidad de su metodología en la investigación de la ciencia jurídica. Naturalmente que también se ofrece una explicación, información y sugerencias sobre el qué, el cómo y el por qué de lo que llamamos hoy Derecho mercantil.

Ya en relación con "La responsabilidad civil del empresario" (Discurso de recepción en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, 1971), el profesor De Castro, al contestarle, resaltó que "las cuestiones no se consideran al modo cerrado y limitado del técnico especialista; se han visto desde esa altura en que los linderos e hitos se ven en su realidad de fronteras artificiales y arbitrarias". Esto no me parece novedad en el modo de pensar de Rubio.

A mi entender, su contribución fundamental reside en la aproximación metodológica al Derecho, constante en toda su obra, y que le acredita como gran jurista. La finura intelectual, la agudeza, el ingenio hacen que Rubio se desenvuelva a gusto en el campo dialéctico y retórico, afianzando en la galanura y garbo en el manejo del lenguaje.

Su profunda convicción acerca del Derecho como fenómeno cultural, obra del espíritu del hombre en tensión permanente hacia la justicia, enderezado a la resolución de conflictos vitales entre seres humanos (¿influencias de su etapa formativa al lado de Garrigues y de Müller-Erzbach?, ¿nuevas manifestación de la herencia judicial?) lleva al profesor Rubio a recorrer senderos lejanos a la vieja dogmática en sus investigaciones.

De ahí que no exista contradicción, sino, al contrario, entre su desdén por la proclividad de los juristas a "operar sobre cadáveres" y la importancia que concede al estudio del desenvolvimiento histórico de las instituciones. De la capacidad de Rubio para la investigación histórica no hablan sólo sus obras, y especialmente "La doctrina del fletamento en Hevia Bolaños" (1944) y "Sainz de Andino" citado, de ello ha dado pública fe el profesor Gibert en relación con el estudio sobre la evolución histórica de la letra de cambio que, publicado inicialmente en "Revista de Derecho Mercantil", se incorpora luego al "Derecho cambiario". Me consta la satisfacción que sentía ante los elogios que se hicieron a sus investi-

gaciones históricas del XIX por parte del Seminario de Historia que en la Universidad de Navarra dirige el profesor Suárez Verdaguer.

La preocupación histórica de Rubio es manifestación plena de su convicción de que las instituciones jurídicas sólo se explican alcanzando a comprender su sentido operativo en la vida social. El ingrediente histórico es entonces exigencia, y a la vez motor, de una concepción problemática del Derecho. Los apremios de la técnica jurídica se remansan y serenan en la obra de Rubio en función de las necesidades de justicia. Pero no por ello se olvidan o menosprecian hasta el punto de propiciar la "justicia del cadí". Los conceptos, el sistema, aquellas técnicas se penetran de valoración "principal", fundamentada en el conjunto de la vida social y en la estimación del Derecho en sí como un único conjunto. Por ésto, la obra científica de Rubio es el resultado del esfuerzo de ofrecer explicación de las instituciones y fenómenos jurídicos desde puntos de vista diferentes y tratando de agotar los que puedan adoptarse. Ahí reside, a mi juicio, el frescor que trasciende de ella y su poder persuasivo.

Toda la producción escrita del profesor Rubio está transida de estas concepciones. Las obras que ya se han citado y las demás ("El principio de conservación de la empresa y la disolución de sociedades mercantiles en Derecho español" (1935), "Sobre el concepto de naviero en el Código de Comercio" (1940), "Ejemplares y duplicados del conocimiento" (1946), "El fletamento en el Derecho español" (1953), "La declaración de quiebra y los créditos pendientes. Banca y quiebra" (1955). "Algunos comentarios al artículo 146 del Reglamento del Registro Mercantil" (1966), "Acepto o Aceptamos" (1971), "El capitán del buque" (1976). A la misma orientación responden sus dos más importantes obras: "Curso de Derecho de Sociedades Anónimas" y "Derecho cambiario".

En estas últimas ya sólo con sus títulos me parece quiere indicarse algo muy importante. Se resalta que un estudio jurídico sobre las sociedades anónimas y que un estudio básicamente centrado en la letra "de cambio pueden, y aun deben, recibir el nombre de "Derecho" sobre una y otra institución. La fragmentación de la realidad social en parcelas para polarizar el análisis jurídico divide el Derecho sin duda, más con un sentido que no alcanza a su indivisible unidad sustancial. Es la idea de la relatividad de la parcelación jurídica que Rubio no sólo ha hecho alguna vez explícita mediante su explicación específica sino que se trasluce en todas sus obras y llega hasta manifestarse implícitamente en los títulos de algunas. No hay, en efecto, inconveniente en hablar de Derecho cambiario como se habla de Derecho de familia o de Derecho hipotecario. Con ello no se atenta a la concepción jurídica unitaria, y, por el contrario, al erigirse tales provincias en razón de la sistemática se borra o evita la sistematización de ellas mismas en un conjunto jurídico (que sería el Derecho mercantil) con pretensiones de oposición a otro conjunto diferente: Derecho civil.

Las dos obras son fruto de las investigaciones del profesor Rubio dirigidas a sus explicaciones de cátedra. En el "Curso de Derecho de Sociedades Anónimas", aparecido inicialmente en 1964 (después ha sido ree-

ditado en dos ocasiones mediante su puesta al día, siendo la última la edición de 1974) se nos presenta la institución centrada en la sede de los problemas convivenciales que se manifiestan en el área del tráfico patrimonial. El planteamiento que late de fondo es ciertamente éste de estimar la sociedad anónima como un instrumento jurídico al servicio de intereses privados y de índole patrimonial (razón por la que se cuestiona precisamente la oportunidad de la recepción de la noción alemana de "comerciante por la forma"). Como es natural, el planteamiento condiciona el desarrollo del análisis. En lo que hay de estructura interna del tipo social no se olvida entonces el entronque con la normativa jurídica general relativa a la reglamentación convencional de los intereses, ni tampoco la necesidad de coordinar lo que es la normativa de lo societario con la general que corresponda según el punto analizado. Esta orientación se hace especialmente presente en dos cuestiones muy expresivas: la modificación estatutaria y los derechos limitados sobre las acciones. En lo referente a vertiente externa de representación y responsabilidad, advertimos en el "Curso" un profundo respeto por la propia institución sociedad anónima. Es aquí donde se hace jugar plenamente la idea de la unificación de la actuación de los socios en la consecución del fin común, a la que sirve la técnica jurídica de la total personificación.

En 1973 da a la luz Rubio la que sería su postrera obra mayor: "Derecho Cambiario". Como se ha indicado, es también fruto de una paciente preparación a través de sus explicaciones de cátedra durante varios años. Centrado el libro en la letra de cambio, se enriquece con una introducción que bien puede tenerse por una teoría general de los títulos valores. Se hacía ésta indispensable para comprender en toda su riqueza la explicación de la letra de cambio.

Profundizando en ideas y sugerencias de Cornelutti y Ferri, me parece, el profesor Rubio nos ofrece una construcción coherente e inteligente sobre la verdadera función de los títulos valores y en especial de la letra de cambio como instrumentos documentales al servicio del tráfico de buena fe. Centrada así la naturaleza de los títulos valores, no es entonces necesario sacrificar la seguridad jurídica a la seguridad del tráfico más que en lo indispensable para proteger al tercero de buena fe que confía honestamente en la apariencia voluntariamente creada con la emisión del título. En este sentido, el abandono del campo en que se plantea la cuestión entre causalidad y abstracción en relación con los títulos valores me parece en extremo fecundo y, al fin, respetuoso con los conceptos de la teoría general del Derecho. El vínculo entre título y negocio del que surge el derecho —y la obligación— documental se mantiene más o menos acusadamente en función de la naturaleza de la prestación según el negocio y, sobre todo, según que su ejercicio se intente por un tercero de buena fe o por quien ha sido y es contraparte del obligado.

Sinceramente pienso que la aportación del profesor Rubio a este complejo y difícil sector no ha sido suficientemente valorada. Lo que resulta tanto más inexplicable cuanto que hoy asistimos a una profunda transformación en el tratamiento bursátil de los derechos de participación so-

cial que casa muy mal con las tradicionales concepciones, mientras descubre el relativismo del mecanismo documental respecto de la vida y circulación de los derechos. No puedo por menos de recordar aquí que la fina percepción del maestro Garrigues aludió a ello al abordar en conferencia pronunciada en la Bolsa de Madrid el tema de la nueva operadora bursátil.

Junto a la obra pública y escrita del profesor Rubio hay que aludir necesariamente a la que deja por desgracia inédita. Lo mismo que para sus estudios sobre Sociedades Anónimas y Letra de Cambio, la exigente y rigurosa preparación de sus clases de la Universidad le había llevado a investigar con hondura, para su plena exposición sistemática a los escolares, en dos campos de enorme trascendencia. Sus cursos sobre Derecho de Quiebras y sobre Derecho Marítimo me consta se encontraban por completo elaborados desde hace años. El escrúpulo, sin embargo, por tener bien contrastadas sus tesis nos priva del general conocimiento público. No sería vana tarea acometer la publicación. En todo caso, resulta más sensible el carácter inédito de sus estudios sobre la quiebra, puesto que en la zona del Derecho marítimo contamos con un puñado de publicaciones bien expresivas del pensamiento de Rubio, que, por lo demás y en algunos puntos fundamentales, se ha visto asistido con el seguimiento de relevantes autores nacionales. Recordemos simplemente el tema del condominio del buque, avanzado ya en 1940, o el de la naturaleza del fletamento.

De la ilusión y parsimonia con que hasta el último momento preparaba el profesor Rubio sus clases podemos dar fe quienes hemos tenido la fortuna de asistir a ellas, conociendo además las horas que pasaba en su despacho particular en vista de las mismas. Ultimamente había tenido que trasladar su despacho. Para mí, la estampa evocadora que conservaré siempre será la de don Jesús en su bajo de García Morato, trabajando sólo, rodeado por una notable biblioteca, y en los huecos vacíos cuadros de eminentes firmas algunos y todos de excelente factura. En la habitación de al lado, su piano, aquél que de vez en cuando le llamaba con fuerza y le imponía tocar, de memoria, formidables composiciones clásicas.

Las urgencias de espacio obligan a poner punto final. Ante el amigo, ante el maestro muerto vuelve a mi memoria la imagen del águila celosa de un amplio territorio. Y he aquí, que para Dante, el águila personifica los espíritus gozosos. Y este águila nos dice: "Porque he sido justo y pío/yo exaltado aquí estoy aquella gloria/a quien ningún deseo mengua el brío/ y en la tierra he dejado una memoria..."

JOSÉ MARÍA DE LA CUESTA RUTE

## BIBLIOGRAFIA

### LIBROS

**BERCOVITZ, Rodrigo:** "La marginación de los locos y el Derecho", Madrid, 1976. Taurus Ediciones, S. A. Un volumen de 231 páginas.

El Derecho civil nos enseña que en principio toda persona mayor de edad tiene capacidad para actuar con eficacia jurídica en todos los actos de la vida civil. Excepcionalmente, algunas personas se encuentran en una situación inadecuada para cuidar de sus intereses, por lo que se provee a su protección. Se les incapacita para realizar aquellos actos en los que se considera que han de ser protegidos y se les nombra un representante legal que actúe por ellos o junto con ellos en esos actos para los que carecen de plena capacidad. Se trata, pues, de conceder a determinados mayores de edad una protección similar a la que se concede con carácter general a los menores de edad, ya que, por diversas razones excepcionales, se pueden encontrar en una situación de indefensión similar. Tal es concretamente el caso de los enfermos mentales. Los locos o dementes han de ser incapacitados y sometidos a tutela. De sus intereses se ocupará un tutor, ayudado y controlado en sus funciones por un prototor, un consejo de familia, el Ministerio Fiscal y el Juez.

Frente a esta realidad legal, la denuncia y la tesis de este importante libro del profesor Bercovitz es la siguiente: el enfermo mental recluido se encuentra privado de garantías jurídicas de todo tipo. Ahora bien, si el recluido posee patrimonio relevante y se procede a su incapacitación civil, la persona del recluido adquiere entonces un determinado tipo de protección que, aunque ante todo afecta a su patrimonio, de modo mediato le afecta también a su persona (en tanto propietario de dicho patrimonio). Todo paciente recluido, pues, es incapaz, aunque los más lo sean "de facto" y los menos "de iure", esto es, legalmente incapacitados. La incapacitación de los primeros, acaecida tras su encierro, acontece mediante la burocrática tramitación de un certificado médico de ambiguo contenido ("padece trastornos psíquicos", o "de conducta"; "síntomas de alucinación o delirio", "que hacen exigible su ingreso", etc.), una instancia al Director del Establecimiento en el que la reclusión ha de tener lugar y la esperada visita del delegado de la Jefatura Provincial de Sanidad, que no posee instrumento alguno, de hecho, para contradecir las presuntas afirmaciones contenidas en el citado certificado médico.

Por consiguiente, en general, hoy en día en España se incapacita a los enfermos mentales encerrándoles en los establecimientos psiquiátricos y nada más. Con lo que se logra una incapacitación mucho más fuerte que la prevista en el Código civil (la derivada de una privación absoluta de libertad y de un control personal permanente), sin ningún tipo de garantías, y en la que el enfermo queda totalmente desprotegido. Jurídicamente nadie se ocupa de sus

intereses. Cuando se nos dice que la persona internada, pero no incapacitada, es plenamente capaz cavilmente y, consecuentemente, no puede ser representada por nadie en nada sin contar con su voluntad y además puede realizar válidamente todos los actos jurídicos propios de la vida civil, se afirma algo correcto en el plano de la norma y que jurídicamente debe ser mantenido y defendido sin la menor duda; pero ello no es obstáculo para que a la hora de la verdad, y aunque ello sea contrario al Derecho, una persona recluida dependa para todo de los encargados de su reclusión, es decir, para que una persona recluida se encuentre potencialmente incapacitada "de facto". Tal es la situación que afecta a más del 90 por 100 de los 42.000 enfermos mentales actualmente internados en los establecimientos psiquiátricos españoles (más del doble de la total población reclusa española), privados de libertad. Y tanto su ingreso como su permanencia se produce sin garantías jurídicas suficientes. Sus intereses, tanto los personales como los patrimoniales, no son jurídicamente encomendados a nadie. Quedan, sin más, a merced del buen o mal funcionamiento de los establecimientos en que se encuentran, así como de los buenos o malos sentimientos de los miembros de sus familias y demás allegados.

La obra va precedida de un interesante estudio específico del doctor Castilla del Pino, con el rótulo de "la ideología de la locura en la práctica psiquiátrica actual", donde se exponen los rasgos fundamentales sobre la historia de la Psiquiatría, así como unas observaciones muy humanas sobre las vivencias del enfermo recluido. A modo de introducción, el profesor Bercovitz se ocupa en los dos primeros capítulos del "mito del Derecho civil como defensor de los valores personales" y del "sentido patrimonialista de la incapacitación y la tutela", en el mismo Cuerpo legal. Sobre la postergación de sus aspectos personales resulta muy expresiva la jurisprudencia civil y penal seleccionada, con un total de diez Sentencias del Tribunal Supremo comentadas, cinco por cada campo. Los dos capítulos siguientes (III y IV) están dedicados al Derecho Comparado (los enfermos mentales en Italia y Francia); sigue con un detallado examen de la legislación española y su crítica (cap. V y VI), dedicando los tres últimos capítulos, de los nueve que en total forman el libro, al estudio del enfermo mental peligroso, delincuente, propietario o miembro del Ejército o de la Armada; de la precariedad de los medios con que cuenta la Psiquiatría en España y, finalmente, pide "una mayor protección jurídica de los enfermos mentales", que sólo será posible con una mayor preocupación sobre la suerte de estos enfermos, manifestada a partir de todos los sectores científicos y profesionales relacionados con ellos.

Esto es lo que ha pretendido hacer el autor, con rigor y calor, desde el punto de vista del Derecho civil, al redactar este trabajo, poniendo al descubierto la situación jurídica real de desamparo de los ciudadanos internados en establecimientos psiquiátricos por enfermedad mental, cierta o presunta.

Con dos Apéndices sobre los diversos Centros Psiquiátricos y legislación histórica se cierra este libro fundamental que brevemente hemos comentado.

FRANCISCO RICO PÉREZ,  
*Profesor de Derecho civil  
en la Universidad Complutense*

**FORNES, Juan:** "La noción de "status" en Derecho Canónico", 1 vol. de 356 páginas. Ediciones Universidad de Navarra. Pamplona, 1975.

El tema que en esta monografía se aborda es, sin duda, importante y complejo. Importante, por dos razones. La primera, porque, como hace años hacía notar Antonio Cicu, siendo la noción de *status* el problema fundamental de la ciencia jurídica, ha permanecido siempre entre los más vagos y necesitado de un estudio en profundidad. La segunda, porque, en su traducción canónica, a su través se manifiesta toda la tensión a que viene siendo sometido el problema del Derecho en la Iglesia por la actual revalorización y protagonismo jurídico de la persona humana.

Es, a la vez, extraordinariamente complejo porque tras el concepto de *status* en Derecho canónico se oculta, al tiempo, un importante problema de adecuación del Derecho canónico a las categorías conceptuales y técnicas de la Ciencia jurídico-civil; un problema de superación de esquemas, no todos ellos de la misma validez actual, en que el Derecho canónico de la Codificación se ha movido por lustros; y, en fin, un problema teológico-jurídico de traslación de nociones del Derecho divino al plano jurídico realizado, las más de las veces, sin previa filtración técnica.

Tal vez por ello, ya en 1945, Guido Saraceni calificaba la situación de la noción en ese momento como "una especie de campo manzoniano lleno de hierbas, en el que es necesario hacer una amplia labor de poda para poder obtener alguna luz". Todavía hoy tienen vigencia estas palabras, y ello aún estimando en lo que vale la actualización que de las conclusiones de Saraceni ha hecho recientemente Sergio Lariccia.

El problema, en lo que se me alcanza, es puesto en vías de una satisfactoria aclaración en el trabajo del que en estas necesariamente breves líneas damos noticia.

En efecto, los objetivos de la monografía de Fornés son, como el propio autor expone en la Introducción, los siguientes: a) delimitar y sistematizar los distintos conceptos de *status* utilizados por la doctrina canónica, poniendo de relieve la noción que más decididamente ha influido en el modo de considerar la ordenación social de la Iglesia; b) estudiar los datos proporcionados por el Vaticano II y las aportaciones científicas de la doctrina canónica posterior, para llegar a una valoración actual del concepto.

En razón de estos objetivos, la sistemática adoptada por el autor resulta notablemente acertada, puesto que, a través de un estudio histórico muy minucioso, el lector se ve conducido a unas conclusiones que aparecen coherentes y satisfactorias. Tal sistemática es, en síntesis, la siguiente: en el cap. I se aborda el origen y la evolución del concepto, tanto en el Derecho romano como en el canónico que corre hasta el Decreto de Graciano; el cap. II incluye el estudio de la noción de *status* en la doctrina de los siglos XII a XVIII; el cap. III se endereza a sistematizar los perfiles del concepto en los autores del XIX; en el cap. IV se realiza un fino análisis de la noción en el *Codex*, tanto en sus fuentes como en la exégesis normativa hecha por la doctrina poscodicial; por fin, el cap. V supone un ambicioso intento orientado a valorar críticamente las conclusiones doctrinales sobre el tema, así como a analizar en vertical el problema en el Vaticano II y en la doctrina más reciente.

Desde mi punto de vista, de toda la vasta temática abordada, resulta de singular interés la primera parte del quinto y último capítulo ("Valoración crítica general. El Concilio Vaticano II y la noción de *status*"), porque en ella el autor realiza una ordenada síntesis que arroja luz sobre el oscuro concepto de *status*. Después de analizar cuidadosamente las diversas conceptualizaciones que se han hecho de la noción, concluye: "De entre las distintas nociónes de *status* que con tanta frecuencia son utilizadas en la literatura canónica, parece que la predominante... es la que se ha calificado de versión propiamente estamental. Se trata de una concepción que ha conducido a contemplar la estructura constitucional de la Iglesia como integrada por diversas clases de fieles. El *status* expresa estas distintas clases sociojurídicas diferenciadas de fieles, al tiempo que determina los derechos y deberes inherentes a cada clase" (p. 329).

Esta conceptualización le parece al autor discutible, ya que —después de analizar la doctrina del Vaticano II (en especial la contenida en la *Lumen Gentium*) y las aportaciones de la doctrina canónica posterior— entiende que "si... la noción de *status* dominante en la canonística es aquella que connota precisamente una *desigualdad en la condición de fiel*" es evidente que tal conceptualización contrasta con los principios del Vaticano II, que presuponen partir de la idea de "una igualdad radical o fundamental de todos los bautizados". Por ello —y la conclusión de Fornés es importante— hace notar en la p. 322 de su trabajo que "... aunque la noción de *status* utilizada actualmente por el Derecho civil —con referencia, por tanto, al Derecho de la persona— sería, en principio, adecuada para designar también en el ordenamiento canónico aquellas condiciones o situaciones estables determinativas y modificativas de la capacidad —edad, domicilio, parentesco, enfermedad, rito, etc.—; sin embargo, en nuestra opinión, parece preferible conceptualizar dichas circunstancias como *condición jurídica*, puesto que la utilización del término —y de la noción— *status* puede inducir a confusión. En efecto, en el ámbito del Derecho de la persona se debe partir... de la base de la igualdad radical. Y como la utilización del término y del concepto *status* conlleva en la mentalidad canónica habitual a pensar en la desigualdad constitucional en la condición de fiel —interpretación histórica del concepto de *status* en su versión constitucional—, parece preferible, a nuestro entender, calificar las diferencias actuales de capacidad como *condición jurídica*".

Y digo que la conclusión es importante, porque supone, en base a un razonamiento equilibrado y con un estudio histórico-crítico muy estimable, el primer intento serio de superar la propia aplicación al ordenamiento canónico de la misma noción de *status*, concepto sobre el que la doctrina siempre parece haber retornado atraída, como ha dicho un autor que ha estudiado detenidamente el problema en Derecho civil, "por el vértigo de su propia dificultad y utilidad".

Tal vez por ello me parecen muy acertadas estas palabras del Prof. Herivada, que se incluyen en el prólogo de la monografía que en estas breves líneas hemos dado noticia: "Juan Fornés muestra en este libro sus excelentes dotes de jurista, sereno en el juicio y preciso en las soluciones. Y de jurista de nuestro tiempo, atento al cambio histórico, al que aporta su quehacer al

servicio de la renovación científica que reclama nuestra época, sin traicionar por ello los valores y verdades permanentes de la Iglesia" (p. 16).

RAFAEL NAVARRO VALLS,  
*Profesor Agregado de la Facultad  
de Derecho de la Universidad Complutense*

**GIMENEZ ARNAU, Enrique:** "Derecho Notarial". *Ediciones de la Universidad de Navarra, Pamplona, 1976, 882 páginas.*

El conflicto constante en el campo del Derecho se produce entre la unidad del mismo y la especialización en diversas disciplinas. Tal especialización es consecuencia inevitable de la multiplicación de estudios científicos. La aparición de una nueva rama o especialidad suscita siempre dificultades. El problema consiste en mantener la estructura unitaria del Derecho al dividirlo en distintas parcelas científicas. La consideración del Derecho notarial como disciplina independiente suscita diversas dificultades técnicas; de una parte, el Derecho notarial corresponde al Derecho administrativo, como forma de actuación de una función pública; de otra, el Derecho notarial supone la creación de una forma pública, mediante el documento notarial. Ahora bien, si el Derecho administrativo ha llegado a brillantes formulaciones de tipo general, no cabe decir que exista un desenvolvimiento adecuado de cada una de sus partes, lo que hace apoyarse el Derecho notarial sobre una inexistente construcción intermedia. En cuanto al aspecto documental, falta una teoría general de la forma, que permita construir la teoría del documento notarial como una de sus aplicaciones.

Estas consideraciones previas no permiten desconocer que existe una importante elaboración del Derecho notarial. *E pure si muove*. La obra de Giménez Arnau cabe considerarla como una consagración definitiva de la realidad del Derecho notarial. Es decir, se trata de un grupo de estudiosos que, por motivos profesionales, han completado de manera notable la materia de su especial dedicación, pese a faltarles suficiente base de trabajo previo en las escalas intermedias de la función pública y la forma jurídica. Hay una Cátedra de Derecho Notarial en el Doctorado de la Universidad Complutense de Madrid. Existe el riesgo de necesitar una revisión profunda del Derecho notarial, al perfilarse de modo más adecuado nociones previas al mismo. Consciente de tal peligro, Giménez Arnau ha buscado amplias perspectivas para investigar la naturaleza de la función notarial. En la extensa "Introducción" de su obra precisa el carácter adjetivo del Derecho notarial, fija el concepto de la fe pública y ve la complejidad de la función notarial, enlazada con lo administrativo y con la noción general de la forma.

Lo que atribuye un carácter específico al Derecho notarial, que no se presenta en otras posibles ramas del Derecho, es el carácter esencial que reviste el estudio de su protagonista, puesto que este Derecho surge como consecuencia de la actividad del Notario. Esto hace que el examen adecuado de esta parte de la materia sea prácticamente posible sólo para un Notario. La experiencia de Giménez Arnau hace que el estudio sea plenamente inte-

resante para los Notarios y permita a los extraños al Cuerpo llegar a una visión realista de la actividad y los problemas de los Notarios. La posición de Giménez Arnau es de notable equilibrio, como parece conveniente para poder escribir una obra que quiere ofrecer un panorama completo de una disciplina. Sólo en el terreno difícil de la integración de la función puede verse quizás un predominio comprensible de las aspiraciones sobre el estudio completo de la cuestión. Todos los restantes problemas aparecen planteados en términos realistas y en sus justas proporciones. El autor explica muy exactamente lo que puede llamarse la costumbre notarial, fija la posición estricta de los empleados, examina la extensión del secreto profesional. Realiza estudios amplios e interesantes de la responsabilidad notarial y del Registro de Actos de Ultima Voluntad.

Centrar una ciencia en su protagonista facilita sospechas sobre la realidad de tal ciencia. Pero Legaz Lacamba ("La realidad del Derecho", Estudios del Centenario de la Ley del Notariado, sección tercera, volumen I) ha resaltado con exactitud la amplitud de la creación notarial. Se trata de la realización pacífica del Derecho privado, de la creación completa de un mundo jurídico; aunque necesite en ocasiones, como sucede con los Registros públicos, formas complementarias de publicidad. Esta auténtica creación del Derecho, dándole realidad, justifica que pueda fundarse una disciplina científica en una actividad de ejercicio de funciones públicas.

Esta actividad encuentra su plasmación en el instrumento público. Por eso, el segundo tema general de la obra de Giménez Arnau se refiere a él. El tema del instrumento ocupa más de la mitad de la obra, estudiándose en partes separadas (tercera a sexta de la obra) sus características generales, la técnica de redacción de la escritura pública, las actas notariales y la reproducción y conservación del instrumento público. De acuerdo con su tendencia equilibrada, Giménez Arnau mantiene la distinción entre escrituras y actas, tras recoger todos los aspectos de la controversia. En un estudio de tipo general, como el que realiza Giménez Arnau, resulta difícil destacar determinados capítulos, pues lo que cuenta primordialmente es el tono ponderado de la exposición y el examen completo de la materia. Desde el punto de vista técnico, en relación con el problema de la forma, el estudio más interesante se refiere al papel del instrumento público en los negocios jurídicos consensuales con el tema de las posibles escrituras constitutivas en este campo. Desde el punto de vista práctico, la cuestión de los efectos procesales del instrumento público reviste el especial interés de fijar sus efectos probatorios. Un tema muy actual, que aparece extensamente tratado en la obra, es el de la capacidad del cónyuge no administrador para realizar adquisiciones onerosas en régimen de gananciales, asunto sobre el que acaba de pronunciarse la Resolución de 8 de febrero de 1977.

En conjunto, la virtud primordial de esta segunda edición (ampliada, actualizada y perfeccionada en su sistemática) de una conocida obra de Derecho notarial consiste en un estudio completo de la materia, realizado con equilibrio y plena actualidad. La flexibilidad del autor queda acreditada, por ejemplo, en sus opiniones sobre la unidad de acto o las actas de notoriedad. Constituye su preocupación constante en el terreno legislativo que se dicten sólo disposiciones destinadas a cumplirse efectivamente, atendiendo los dictados de

la experiencia. Se puede encontrar la información más completa sobre comparecencia de eclesiásticos, extranjeros o personas jurídicas. Hay referencia a problemas prácticos para el futuro, como el de la conservación del protocolo en microfilmes. El criterio es plenamente actual, ya se trate de la necesidad de legalizaciones o del libro indicador.

Es importante señalar que la redacción del libro es muy clara y correcta, lo que no sucede frecuentemente en las obras jurídicas. Completa la obra un índice de materias muy sintético. Sólo hay referencias bibliográficas al pie de las páginas. La recopilación conjunta de la bibliografía mostraría claramente lo exhaustivo de las fuentes.

TOMÁS AGUILERA,  
*Doctor en Derecho y Notario*

**GOMEZ LAPLAZA, M.<sup>a</sup> del C.: "De los bienes parafernales". Publicaciones del Departamento de Derecho Civil, 2.<sup>a</sup> Cátedra. Salamanca, 1976, 721 páginas.**

I. Prosigue con este libro la importante serie de publicaciones del Departamento de Derecho Civil, 2.<sup>a</sup> Cátedra, de la Universidad de Salamanca, dirigida por su titular el catedrático de Derecho Civil y vicerrector de la misma, profesor José Luis De los Mozos. Publicaciones éstas de las que, entre otras particularidades relevantes, cabe destacar aquí su actualidad y calidad científicas, las que quedan de manifiesto al observar su temática y metodología, respectivamente.

Si hay un tema del Derecho civil que es actual, en efecto, es el tema del Derecho de Familia, en general, y la disciplina de los regímenes económico-matrimoniales, en particular. Ello es debido, principalmente, al vacío que en esta materia se ha hecho sentir entre el dato sociológico de la realidad y las exigencias de la justicia social, de una parte, y la normativa que, retocada sucesivamente, está enmarcada en su esencia todavía en el modelo heredado del pasado, de otra. Esto se advierte con toda claridad en la renovación legislativa que se ha producido en todos los sistemas jurídicos de Europa en este punto tras la segunda guerra mundial, renovación que se dirige, a nuestro modo de ver, en busca de una nueva equidad que ponga en una situación de equilibrio los dos extremos señalados y reconvierta la disciplina jurídica en un factor que sea funcional a los intereses prevalentes en la sociedad. Tarea de renovación legislativa ya emprendida en nuestro país, pero en la que como en otras ocasiones y materias se va con retraso y se pretende una puesta al día y homologación con los restantes Derechos de Europa. Y si esto explica la actualidad del tema estudiado por el libro que comentamos, explica también su calidad metodológica, pues el método que en él se emplea con acierto y gran rigor es el más adecuado para un estudio de esta naturaleza, el método comparativo que combina la historia y la sistemática, el Derecho Comparado en el sentido originario que pone en conexión la tradición dogmática y el sistema como fenómeno histórico, tal como lo pensara el joven Savigny a comienzos del siglo pasado y lo

desarrollara una élite de juristas historicistas —no sólo historiadores—, método que ha empleado y divulgado, entre otros civilistas, el profesor De los Mozos, en nuestro país. Actualidad y calidad científicas que, por ello, es de esperar que sean continuadas por las futuras publicaciones salmantinas, y en especial, por los ya anunciados *Cuadernos de Derecho Comparado* dedicados al mismo tema, a recoger las experiencias relativas a *La Reforma del Derecho de Familia*, que aparecerán próximamente.

II. La autora del libro es la Doctora María del Carmen Gómez Laplaza, profesora adjunta de Derecho civil en la Universidad de Salamanca. Su personalidad científica, bien que de cortos años, es intensa y conocida ya entre nosotros por sus otras publicaciones, las que no se han referido únicamente al Derecho de Familia como sus trabajos relativos a "La suspensión de la licencia marital", de reciente publicación en esta Revista, y a la "Participación y responsabilidad en la sociedad conyugal", en preparación, sino que se han extendido al campo inagotable del Derecho de Bienes, materia en la que ha participado en las Jornadas Italo-Españolas de Derecho Agrario de 1972 y 1975 con interesantes comunicaciones, según hemos hecho constar en su momento, y en las Jornadas de Propiedad Horizontal realizadas en Salamanca y en Valladolid el último año indicado y en las que pronunció una conferencia de relieve sobre un tema tan complejo como el de "Las servidumbres establecidas en interés de los propietarios". Ha tenido también una participación destacada en las Jornadas de Derecho Foral celebradas en Jaca, en agosto de 1976. Todo lo que nos muestra que la autora posee una preparación científica universalista, como universalista es la disciplina del Derecho Civil en la que ejerce una prometedora actividad docente y de investigación en la Universidad.

III. Estas cualidades se ponen de manifiesto en la obra monográfica que comentamos, en la que la Doctora Gómez Laplaza estudia los bienes parafernales y agota, prácticamente, los materiales históricos disponibles, los datos del Derecho Comparado de relevancia para nuestro sistema y los aspectos dogmáticos del instituto. Es de destacar que el estudio no se limita solamente a investigar tales bienes en concreto, sino que los considera insertos en todo momento en la problemática global que plantea el esquema típico del régimen económico-matrimonial legal en cada uno de los ordenamientos que, según veremos, analiza con gran profundidad. Como ella misma lo expresa en la Introducción (p. 3-16), "el tema queda centrado desde esta doble pero intimamente enlazada perspectiva: los poderes de la mujer sobre su propio patrimonio, sobre sus bienes parafernales, cuando no los entrega al marido en administración, y el grado en que un determinado régimen, en nuestro Derecho el de comunidad de ganancias, puede interferir, o de hecho interfiere, en la estructura, configuración y funcionamiento de estos bienes" (p. 6). Y, sin contentarse con la pura reconstrucción sistemática, persigue con su investigación, ya en el plano de la crítica de *lege ferenda*, el objetivo de "exponer toda la evolución jurídica sobre estos problemas, buscar si el estado actual de nuestra legislación es satisfactorio o si una reforma debe ser efectuada y en qué sentido habría de orientarse, aclarando, en la medida de lo posible, el camino que conduciría a ella" (loc. cit.). Programa de trabajo no modesto que, desenvuelto con maestría, con seriedad y con destreza, sirve de hilo con-

ductor a la extensa investigación emprendida y realizada en seis largos años de labor diaria y estudio constante.

A. Puede ser conveniente una visión de conjunto acerca de la estructura del libro. La obra está dividida en cuatro partes y éstas, en secciones y capítulos. La primera parte está dedicada a la configuración jurídica de los parafernales en el Derecho romano (p. 15-96) y subdividida en dos capítulos que se refieren, respectivamente, a las estructuras que enmarcan el funcionamiento de los bienes parafernales en el sistema jurídico romano, o sea, al esquema de las relaciones patrimoniales entre cónyuges (p. 16-47) y a los bienes que permanecen al margen de la dote y bienes parafernales, en particular (p. 57-96). La segunda parte, titulada "Del Derecho común a la codificación" (p. 99-323), está fraccionada en tres secciones; la primera de éstas, relativa a los bienes parafernales bajo sistemas de signo separatista (p. 103-176), comprende tres capítulos que tratan del Derecho italiano (p. 105-123), del Derecho francés (p. 127-135) y del Derecho foral catalán (p. 139-176); la segunda, que tiene por objeto una breve referencia a los bienes propios de la mujer bajo regímenes de signo comunitario (p. 177-201), viene subdividida en dos capítulos que estudian el "droit coutumier" francés (p. 179-189) y el Derecho foral aragonés (p. 193-201) y la tercera, cuyo objeto es el estudio de los parafernales bajo regímenes de signo comunitario, y en especial, en el Derecho castellano-leonés (p. 203-319), comprende dos capítulos en los que se analizan los sistemas económico-matrimoniales y bienes propios en el Derecho visigodo y altomedieval (p. 205-244) y, en concreto, los bienes parafernales en la historia del Derecho castellano-leonés (p. 247-319). La tercera parte, dedicada a los aspectos fundamentales del régimen de los bienes parafernales en los Códigos del siglo XIX (pp. 323-486), se divide asimismo en dos secciones, en las que se estudian los "Parafernales bajo sistema dotal (legal o convencional). El Código italiano de 1865 y el francés de 1804" (pp. 327-365) y los "Parafernales bajo régimen legal de comunidad. El Código español de 1889" (pp. 367-486); dividida la primera en dos capítulos, uno dedicado al análisis de los bienes parafernales en el Código italiano de 1865 (pp. 329-339) y otro al de los bienes propios en el régimen legal francés de comunidad de muebles y adquisiciones (pp. 343-365), la segunda estudia en tres capítulos las vicisitudes de la inclusión tardía de los parafernales en nuestro Código y las soluciones de las legislaciones forales a su respecto (pp. 369-390) y los poderes de la mujer sobre el patrimonio paraernal, de conformidad con el articulado de nuestro primer cuerpo legal, en cuanto a su administración y frutos (pp. 393-446) y en cuanto a la disciplina de su enajenación bajo el antiguo sistema de la licencia marital (pp. 449-486). En la cuarta parte, por último, que comprende el estudio de "La evolución legislativa tras los Códigos del siglo XIX. Tendencias actuales y criterios orientadores en el ámbito de los regímenes económico-matrimoniales con especial referencia a los bienes parafernales" (pp. 487-676), la materia se ordena en cuatro secciones relativas a los bienes parafernales en los sistemas vigentes de signo separatista, tanto en la evolución del Derecho italiano hasta la Ley de reforma del Derecho de familia de 1975, como en la del Derecho catalán hasta la Compilación de 1960 (pp. 493-558) y en el régimen dotal y en el de comunidad según la evolución del

Derecho francés hasta la regulación de 1965 (pp. 561-611); la hipótesis de los parafernales pactados del Derecho aragonés (pp. 615-628) y, finalmente, la disciplina de los parafernales bajo el régimen legal de comunidad del Derecho común español, capítulo en el que se incluye un estudio crítico interesante sobre los principios informadores y las modificaciones introducidas por la última Ley de 2 de mayo de 1975 (pp. 631-676). Completa el estudio una Bibliografía (pp. 677-705) y un Índice General (pp. 707-722) muy exhaustivos, de la misma manera que son importantes los perfiles que destaca el profesor De los Mozos en su Prólogo (pp. IX-XV), tanto en relación con la personalidad científica de la autora como con respecto a la problemática que ella tan valiosamente ha estudiado.

B. No podemos pretender dar aquí una idea cabal del contenido rico y bien elaborado de cada uno de estos apartados, por lo que nos limitaremos a entresacar algunos de los aspectos que nos ha parecido de mayor importancia en los mismos. Así, por ejemplo, en la parte dedicada al Derecho romano, es interesante la reconstrucción del régimen económico-matrimonial arcaico, clásico, postclásico y justiniano, así como el rastreo de los orígenes de los bienes tipificables como parafernales en los papiros greco-egipcios. El estudio crítico del único testimonio clásico de su existencia, el fragmento de Ulpiano recogido en D. 23.3.9.3, merece también ser destacado, de la misma manera que el estudio de los bienes extra dotem y parapherna en la legislación de Teodosio y Valentíniano, recogida en C. 5.14.8, y en la regulación que les da Justiniano en C. 5.14.11, nov. 975 y Ed. 9.7.4. Si en la época clásica el texto de Ulpiano parece coindidir con las fuentes papiroológicas en identificar los parafernales con los objetos pertenecientes a la mujer y destinados a su uso personal y al doméstico, en la época vulgar, y con mayor nitidez en el clasicismo justiniano, tales bienes se identifican con los extradotales, de propiedad y administración exclusiva de la mujer, si bien sus frutos pueden ser empleados para sostener las cargas del matrimonio. "En definitiva—concluye la Doctora Gómez Laplaza en este punto—, creemos que puede decirse que los parafernales, en Derecho postclásico y justiniano, constituyen el patrimonio general de la mujer que, ubicado en el ámbito del sistema separatista, cual es el dotal (aunque con tendencias comunitarias), se define negativamente por referencia a la dote, atribuyéndose a la mujer plenos poderes de administración y disposición en el caso de que ella se los reserve", siendo posible, además, una doble matización: la administración puede ser cedida al marido y sus frutos, y cuando éste los administre, pueden quedar afectos a las necesidades del hogar, con lo que la figura se avecina al esquema típico de la dote (p. 96).

En la exposición del ius commune cabe destacar el estudio de los precedentes del Derecho castellano-leonés, en cuyos Fueros altomedievales se va gestando dificultosamente el régimen de comunidad de gananciales que recogerá, más tarde, nuestro Código civil, régimen en el que sí cabe los bienes propios de la mujer, no es posible configurar como parafernales en un sentido técnico propio algunos bienes pertenecientes a ella, sencillamente por el desuso de la dote, la que, antes al contrario, era aportada por el marido en tales épocas remotas (vid. pp. 242-244). Pese a lo discutible de su nominación, detecta la Doctora Gómez Laplaza en el período

de la Recepción hasta la Codificación en España la actuación de dos vías; germanista una, es mantenida en los territorios forales, siendo su rasgo definitorio "el de consagrar un sistema de gananciales por mitad, dejando a salvo una categoría patrimonial, los bienes propios, que, perteneciendo separadamente a cada uno de los cónyuges, tributan con sus frutos al fondo común" (p. 292); romanista la otra que, introducida como en otras materias por las Partidas y desarrollada por la doctrina y por la práctica posteriores, incardina en el sistema de la comunidad de gananciales las dos aportaciones de dote y parafernales, configurando un sistema híbrido en el que llegó a admitirse la existencia de bienes dotales, de bienes parafernales y de bienes propios, concurriendo en el mismo marco de tal sistema de comunidad y ello con las aberrantes consecuencias de que todos los frutos de los parafernales han de tributar necesariamente a la masa patrimonial común y de que éstos fueran considerados como objeto de administración por el marido a quien, por esta causa indirecta, se reconoció un poder de control en la gestión de la mujer sobre el capital de sus parafernales, poder de control que las Leyes de Toro llaman ya licencia marital (vid. pp. 292-296). Todo lo cual habría de contribuir determinantemente a crear la situación de ambigüedad y de confusionismo que, en este punto, caracterizan a nuestras fuentes inmediatas a la codificación (vid. p. 319).

De gran interés es, también, el riguroso examen a que es sometida la disciplina que los parafernales reciben en el proceso de codificación decimonónico, bien bajo un sistema dotal o de separación patrimonial, en general, representado por el Código italiano primitivo de 1865 y por el régimen de los bienes propios, según el articulado originario del Código civil francés de 1804, bien bajo el régimen de comunidad de gananciales que consagra, en consonancia con sus precedentes, el Código civil español. Es relevante en este punto el análisis que la doctora Gómez Laplaza hace de las limitaciones de que es objeto la posición jurídica de la casada con respecto a sus parafernales, lo que termina por desdibujar el esquema típico de la figura, con el agravante de que tales bienes pasan a funcionar, en el cuadro de los gananciales, como bienes propios o privativos de la mujer. Limitaciones que, sin embargo, han quedado mitigadas en parte por la reforma de 1975, que, en el campo de la administración, ha mantenido las atribuciones conferidas a ella por el artículo 1.384 y, en el de la enajenación, ha suprimido la licencia marital en el artículo 1.387, como consecuencia de la eliminación total de ésta (vid. pp. 324-325).

Y muy ilustrativa es la última parte del trabajo, en la que, como sabemos, analiza la autora el juego de los parafernales en el movimiento de reformas legislativas en materia de regímenes económico-matrimoniales en el siglo XX, especialmente en Italia y Francia. Bajo un sistema de signo separatista como es el establecido por el Codice civile de 1942, cuyo artículo 210 llega a identificar los parafernales con los bienes de la mujer no constituidos en patrimonio familiar, en dote o en comunidad, tales bienes acaban por desaparecer formalmente y por ser reemplazados, generalizando este antecedente, por los bienes propios no solamente de la mujer sino de ambos cónyuges (vid. p. 515). Ello se debe, a juicio de la Doctora Gómez Laplaza, a que esta reforma en Italia ha tendido a "con-

sagrar en forma legislativa los principios de igualdad de los cónyuges y de autonomía patrimonial en el seno de la sociedad conyugal" (pp. 520-521), reforma que se opera mediante la técnica de sustituir los parafernales tradicionalmente reservados a la mujer por la nueva disciplina de los bienes propios ahora extendida a los dos cónyuges (vid. p. 522). Y lo mismo puede predicarse de la nueva función que los biens réservés cumplen en el Derecho francés según el sistema de igualdad de los cónyuges en el régimen de comunidad estructurado por la Ley de 1965 (vid. pp. 596-600), en cuya evolución distingue la Doctora Gómez Laplaza cinco etapas, todas de gran interés para la política legislativa en nuestro país, a saber: incapacidad de la mujer y licencia marital en todos los regímenes (Código de 1804); ruptura de la unidad de administración y otorgamiento de cierta independencia a la mujer respecto a determinados bienes y rentas (Ley de 1907); reconocimiento teórico de la plena capacidad de la mujer (Ley de 1938); restricción a los poderes del marido en el régimen de comunidad, recobrando los parafernales su fisonomía originaria (Ley de 1942) y, por último, reestructuración de la comunidad legal organizada en base a los principios de igualdad, libertad y solidaridad, junto a una nueva noción de acquêts (Ley de 1965) (vid. p. 602).

Con respecto a nuestro Derecho es la Ley de 1975 la que, al reformar la situación jurídica de la mujer casada y los derechos y deberes de los cónyuges, introduce la modificación más importante en el articulado originario del Código de 1889, pues si bien es verdad que la Ley de 1958 incorporó a la mujer a la gestión de algunos actos sobre los gananciales por virtud de la redacción reformada dada al artículo 1.413, no es sino hasta la supresión de la licencia marital que puede apreciarse un retoque en la disciplina de los parafernales, pese a las opiniones autorizadas de la doctrina y de la jurisprudencia que se había manifestado insistentemente en tal sentido (vid. pp. 631-634). Concluye la Doctora Gómez Laplaza el estudio crítico de la Ley indicada, señalando que sus líneas esenciales pueden ser fijadas en los cuatro puntos siguientes: reciprocidad en la organización de los derechos y deberes de los cónyuges, si bien se concede todavía cierta preeminencia al marido; supresión de la potestad marital y restricciones que afectaban a la mujer por el mero hecho del matrimonio; legitimación de ambos cónyuges para el tradicional "derecho de llaves" sin establecerse una responsabilidad solidaria por las deudas derivadas de su ejercicio y consagración del principio de interés de la familia como criterio rector de la actividad de los cónyuges e inspirador de la interpretación judicial. Soluciones éstas que, a la luz de la experiencia del Derecho comparado, parecen a la autora "precipitadas o poco meditadas", sobre todo por el hecho de que para conseguir el objetivo de la igualación de la posición jurídica de los cónyuges a "ese mismo resultado podría y debería haberse llegado con una más depurada técnica (...), con mayor rigor conceptual y evitando una desconexión con el resto del sistema", defectos de los que adolece ciertamente la materia reformada (vid. pp. 644-645). En cuanto a la reforma de los parafernales en concreto, lamenta la Doctora Gómez Laplaza el que no haya aprovechado nuestro legislador la ocasión para reestructurar por completo el régimen económico-matrimonial legal y el que los retoques dados por la misma sean insuficientes

para imprimir a los parafernales la verdadera función que les corresponde en el marco del régimen de comunidad: la de convertirse en bienes propios o la de ser cauce para los bienes privativos de ambos cónyuges, tal como lo ha propuesto en nuestra doctrina el profesor Díez-Picazo recientemente (vid. ADC. 1975, pp. 859 y ss.), criterio que la autora comparte en toda su extensión. Es de destacar la crítica que ella formula a la inmodificación del artículo 1.385, toda vez que este precepto al par que desdibuja el modelo originario de la figura no le habilita, sino que claramente le impide, desempeñar tal función.

C. La conclusión general del estudio, podemos resumirla en una doble vertiente. De *iure condito* la supresión de la licencia marital por obra de la Ley de 1975, a juicio de la autora, no es bastante para reconvertir los parafernales en bienes propios (vid. pp. 663-673) y de *iure condendo*, entre otras opciones, la solución "consistiría en tomar de estos bienes la función que de hecho cumplen, sustituir su denominación (carente de sentido al no definirse por referencia a la dote) por la de bienes propios o privativos, y configurarlos como tales bajo un régimen legal de comunidad", según manifiesta expresamente (p. 673). Administrados los parafernales por la mujer, sus frutos, mientras no se produzca la necesaria modificación total del régimen económico-matrimonial legal, han de atribuirse a la comunidad, estar "sujetos al levantamiento de las cargas del matrimonio", en los términos del artículo 1.385 y someterse a la administración del marido con la limitación de que ésta deba aplicarlos en todo momento a "subvenir las cargas del hogar" (pp. 674-675). En definitiva, como la propia Doctora Gómez Laplaza escribe, "los bienes parafernales desaparecerán, sí. Pero su contenido, su espíritu, aquel principio de independencia y autonomía patrimonial que significarán, habrá de conservarse, no ya por referencia exclusiva a la mujer, sino a ambos cónyuges, a través de las figuras de los patrimonios propios o privativos de aquéllos" (p. 676).

IV. Se trata, en suma y como ha podido apreciarse de esta descripción sucinta, de una obra madura, muy bien documentada y elaborada, con una sistemática limpia que combina el devenir histórico del instituto con su construcción sistemática y que agota la problemática del tema. Si alguien pudiera pensar que las reformas de la última década han agotado las posibilidades históricas y el ciclo dogmático de los parafernales, es porque no ha visto con claridad la reconversión de los mismos en el patrimonio propio, privativo de los cónyuges, en el régimen de comunidad, como la Doctora Gómez Laplaza fundamentalmente demuestra. Por eso este libro, monografía única en nuestra doctrina, está llamado a ser el último que estudia los parafernales en su vieja concepción tradicional y unilateral y el primero que inicia el camino de la reconversión aludida, tarea que la autora, por el agudo sentido de la observación histórica que la caracteriza, ha desempeñado con esmero y con rigor y ha cumplido satisfactoria y brillantemente.

CARLOS VATTIER FUENZALIDA  
Profesor de Derecho Civil  
Colegio Universitario de León  
(Universidad de Oviedo)

**HERRERO GARCIA, M.<sup>a</sup> J.: "Contratos onerosos entre cónyuges". Publicaciones del Departamento de Derecho Civil. 2.<sup>a</sup> cátedra, Salamanca, 1976, 518 págs.**

I. Con esta sólida monografía de María José Herrero García se inicia una nueva colección de publicaciones científicas que ha venido a enriquecer nuestra literatura jurídica. Se trata de la que ha inaugurado la 2.<sup>a</sup> Cátedra de Derecho Civil de la Universidad de Salamanca, a cargo de su titular, el profesor José Luis De los Mozos, según él mismo la anuncia en el Prólogo (p. IX-XV), verdadero estudio preliminar a la obra que aquí reseñamos. En una primera fase, tal colección estará dedicada a recoger las variantes diversas que el problema de la reforma del Derecho de Familia ofrece, desde una perspectiva histórica y comparatista, lo que significará, ciertamente, una aportación valiosa y saludable al análisis crítico de las mismas, sobre todo de cara a la preparación y estudio a conciencia de las modificaciones legislativas en esa materia tan necesitada de reformas, cuya puesta en acción ha comenzado ya, no sin algún retraso, en nuestro país. Ni el tema ni el método son ajenos al libro que ocasiona estas notas, el cual nos brinda una buena muestra de lo que esta colección promete llegar a ser en un futuro que, esperamos, no sea lejano.

II. María José Herrero García es doctora en Derecho y profesora adjunta de Derecho civil en la Universidad de Salamanca. Su personalidad científica se ha formado y madurado en el campo de su especialidad civilista bajo la dirección de maestros consumados como son los profesores Espín y De los Mozos, siendo una buena prueba de esto las publicaciones menores que han precedido la aparición de esta primera gran monografía que debemos a ella, cuya base está en su tesis doctoral que, leída y calificada con la puntuación máxima en 1975, es el resultado que ahora hace público tras seis largos años de estudio fecundo, de investigación rigurosa y de cuidada elaboración. Especializada de preferencia en temas de Derecho de Familia, ha publicado, en efecto, "Los contratos onerosos entre cónyuges en la historia del Derecho catalán y su vigente Compilación", en la "Revista de Derecho Notarial", y pendiente de publicación, "Los contratos onerosos entre cónyuges en el Derecho aragonés", en el "Anuario de Derecho Aragonés", sin descuidar otras materias como nos lo muestra su participación activa en varias reuniones científicas, tales como las Jornadas Italo-Españolas de Derecho Agrario de 1972 y de 1975; en las Jornadas de Propiedad Horizontal realizadas en Salamanca y en Valladolid el año 1975 y en las que pronunció una importante conferencia relativa a "La Junta de Propietarios. La función representativa del Presidente", cuyo texto está pendiente de publicación en la "Revista de Derecho Privado" y en las Jornadas de Derecho Foral llevadas a efecto en Jaca, en 1976, aparte de su perfeccionamiento anterior en el campo del Derecho Comparado al asistir a los cursos que la Facultad Internacional de Estrasburgo ha celebrado en Salamanca, Pescara y Lisboa, en 1971 y en 1972. Ello le ha dado un sentido analítico particularmente equilibrado y un criterio muy maduro y mesurado a la hora

de optar por las soluciones, de lo que es un ejemplo palpable el libro que comentamos, y la ha colocado en condiciones óptimas para ejercer la actividad docente en la Universidad.

III. El estudio es minucioso, rico en datos e informaciones de interés, tanto acerca del Derecho antiguo como sobre la legislación nacional y extranjera más reciente y está construido con arreglo a una sistemática exemplar. El plan de trabajo que la autora se ha trazado, cuya finalidad, según ella misma señala, "es la de tratar de encontrar en el Código civil español, como ordenamiento vigente, cual será el criterio que, en ausencia de una regulación concreta en la que sólo se señalan contadas excepciones, podría determinar, en fin, la consideración de las relaciones contractuales onerosas entre marido y mujer" (p. 41), está desarrollado con rigor y seriedad. El método, siguiendo la línea abierta por la doctrina más actual en Derecho de Familia, es el estudio comparativo de los datos normativos, ponderados debidamente con los de la realidad social, método que se matiza con la técnica que los juristas alemanes llaman *Dogmengeschichte*, en la que la doctora Herrero García se desenvuelve con destreza y seguridad.

A) Ello se refleja en la estructura de su estudio que distribuye la materia en bien organizados nueve capítulos. Tras un planteamiento general del tema (pp. 5-43), se estudia el origen de la prohibición de liberalidades entre cónyuges en el Derecho romano y la validez de los contratos onerosos entre los mismos (pp. 47-99). Sigue un breve análisis de la problemática fundamental de las relaciones contractuales entre cónyuges en el Derecho común europeo, referido, especialmente, al Derecho italiano y al francés (pp. 103-133), así como a los precedentes anteriores a la codificación del Derecho español (pp. 137-208). Luego de esta investigación historiográfica, se analizan las soluciones de la codificación francesa, italiana de 1865 y de 1942 y la disciplina que a los contratos onerosos entre cónyuges da implícitamente nuestro Código civil de 1889 y los proyectos que le preceden (pp. 211-273). Tras el estudio comparativo, viene la fase del examen crítico desarrollada en los cuatro capítulos finales que se destinan a destruir los viejos prejuicios levantados contra la admisibilidad de los contratos onerosos entre cónyuges en nuestro Derecho, bien en relación con la diversa situación que a cada uno de ellos atribuye su estatuto personal, considerada tanto como un obstáculo institucional (pp. 277-320) cuanto doctrinal (pp. 323-395), bien en relación con las reglas del estatuto patrimonial que se materializa, a este respecto, en la prohibición de celebrar los contratos de compraventa (pp. 399-459) y de sociedad (pp. 463-488). A esto se une una Bibliografía muy completa (pp. 489-509) y un detallado Índice General (pp. 511-518).

B) El problema que investiga tan detalladamente la doctora Herrero García es el de establecer si los contratos onerosos entre cónyuges son posibles en nuestro Derecho, posibilidad que depende, en definitiva, del fundamento en virtud del cual se han plasmado en el Código civil las prohibiciones de compraventa, de donación y de sociedad que consagran los artículos 1.458, 1.334,1 y 1.677, respectivamente. La clave del tema, como reconoce De los Mozos en el Prólogo, sigue estando en la *ratio iuris* del

artículo 1.458, precepto que no ha sido tocado por la reciente reforma de la situación jurídica de la mujer casada y los derechos y deberes de los cónyuges llevada a cabo por la ley de 2 de mayo de 1975 (vid. pp. XI-XII y XIII). “El problema que se plantea ahora —escribe la autora, en efecto— es determinar si, de estas normas particulares, puede deducirse la imposibilidad genérica para los cónyuges de contratar entre sí” (p. 5), materia que, por tanto, radica en el terreno de la construcción dogmática pura. En el sistema elaborado por la tradición dogmática, se ha formulado un criterio negativo en base a una serie de argumentos que son tenidos hoy por las opiniones más autorizadas como “endebles”, “insostenibles” e “insuficientes” para mantener la prohibición general de la contratación intramatrimonial (vid. p. 7). Así, la vieja teoría de la *unitas carnis*, tan traída y tan llevada en la dogmática del *common law*, parece a la autora totalmente superada por cuanto no puede ser considerada sino como una ficción a la que, en nuestro sistema jurídico, se opone el régimen de separación pactada que regulan los artículos 1.315 y siguientes y concordantes del Código civil y el propio artículo 1.458 que admite la compraventa entre los cónyuges en la hipótesis de separación de bienes (vid. p. 8) y la posible coacción que entre los cónyuges impediría la formación normal del consentimiento no encuentra apoyo suficiente, tampoco, en los artículos 1.261, 1.265, 1.266, 1.267 y 1.269 que, con el contrario, dan a entender claramente que el matrimonio no es causa que impida a los cónyuges contratar entre sí (vid. pp. 8-10). Sin embargo, y aquí es posible apreciar el equilibrado sentido crítico de la doctora Herrero García, cuando no infiere de ello la admisibilidad de los mismos sin más, sino que matiza una respuesta afirmativa con mucha ponderación. Esta se apoya a priori en el criterio seguido en este punto por el Derecho foral catalán y aragonés; en la *regula iuris* según la cual todo lo que no está prohibido expresamente en Derecho privado ha de entenderse como permitido; en la no inclusión del matrimonio en el artículo 1.261, Código civil; en el trato de favor a la concubina que la prohibición entre los cónyuges implicaría; en la utilidad que la contratación puede significar en determinados supuestos para los mismos (pp. 12-14); en la autonomía contractual limitada que el estatuto personal del patrimonio produce (pp. 14-24) y en la insuficiencia de la noción clásica de orden público para explicar la distinta posición jurídica que corresponde a cada cónyuge en el mismo (pp. 24-40), únicos fundamentos estos dos últimos en los que puede basarse la prohibición. Todo ello hace aconsejable una revisión de las fuentes y de las experiencias del Derecho comparado en este punto, lo que la autora emprende con pulcritud.

En el Derecho romano halla la doctora Herrero García que la situación de los cónyuges sufre una evolución notable “desde una época en la que, como consecuencia de los conceptos imperantes de unidad económica, única potestad de la familia, se hacía imposible toda relación jurídica de tipo económico y con carácter independiente entre sus miembros, a otros momentos, sucesivos en este progresivo desenvolvimiento, en los que ya los cónyuges juegan, en las relaciones personales y patrimoniales, un papel más o menos independiente y que va a dar lugar a su libre inter-

vención en las relaciones jurídicas, entre las que podemos encontrar la celebración de contratos, cuando se ha reconocido la independencia de patrimonios y la posibilidad de gestión libre de cada cónyuge de sus propios bienes" y, en particular, se ha consagrado ya la personalidad y capacidad jurídica plenas de la mujer (pp. 47-48). En este contexto, entiende la autora, que "uno de los medios principales para conseguir la separación y autonomía de los patrimonios de marido y mujer, que impera, al menos durante la época clásica, es la prohibición de donaciones entre ellos" (p. 73), razón por la cual estudia detenidamente los textos recogidos en D. 24.1.1 y 3; 24.1.2; 24.1.31.7 y 23.4.27 en los que se fundamenta y regula con mayor explicitud tal prohibición, con el matiz que le dan los fragmentos de D. 24.1.4 y 24.1.56, en el sentido de aplicarla a todos los actos que supongan un enriquecimiento del donatario y un empobrecimiento del donante (vid. pp. 76-89). De este análisis de las fuentes infiere la doctora Herrero García, conforme con gran parte de la romanística, el principio de validez de los contratos intramatrimoniales que no fueran constitutivos de donación, para lo que se apoya en un texto de Pomponio que recoge el D. 24.1.31.6, principio al que afecta la excepción de los contratos de compraventa y de sociedad en los que, de acuerdo con la interpretación tradicional de los fragmentos de D. 18.1.38 y D. 4.4.16.1, exista o pueda presumirse que exista una causa *donationis* (vid. pp. 91-99).

Por otra parte, grandes son las dificultades que se encuentran para reconstruir el instituto y detectar su continuidad en los textos de nuestro Derecho más antiguo, de las que la autora nos advierte oportunamente (vid. p. 137). Sin embargo, ello no le ha impedido salvarlas con destreza y llegar a conclusiones relativamente seguras, las que nos limitamos a recoger. Así, respecto al Derecho visigótico, concluye que puede afirmarse, literalmente, "la existencia de un criterio de validez de los contratos entre cónyuges, por la posibilidad de regulación privada de las relaciones patri-moniales, que los cónyuges libremente puedan establecer y, a falta de pactos, basándonos estrictamente en los preceptos legales, podemos mantener el mismo criterio, ya que, admitidas concretamente las donaciones, la viabilidad de los contratos onerosos se manifiesta claramente, pues siguen el principio de la contraprestación exigida para que las donaciones puedan valer en el primer año del matrimonio, prohibiéndose en caso contrario" (p. 163). Conclusión que, en el mismo sentido, mantiene en relación con los datos normativos del viejo Derecho castellano-leonés al manifiestar que, en síntesis, "la ausencia de normas prohibitivas nos puede llevar a concluir sobre el principio de validez de las relaciones contractuales onerosas entre cónyuges. Aunque no podremos determinar su frecuencia en la práctica —agrega—, en esta época caracterizada por la conjunción de ideas de colaboración, de una parte, y respeto a la independencia de bienes privativos, de otra, se mantienen los elementos necesarios para afirmar la posibilidad de celebración entre marido y mujer de cualquier tipo de contrato que respete el estado de su patrimonio y evite la confusión entre sus bienes" (p. 183). Igualmente, con la recepción, las Partidas, ateniéndose en este punto "a los principios (romanistas) de separación económica en cuanto al patrimonio de los cónyuges para cuyo res-

peto establece los límites en las liberalidades entre los mismos, contrasta con las normas limitadoras de estos actos en el Derecho real que viene a acortar la libre voluntad de los cónyuges no desde el punto de vista del régimen económico del matrimonio, sino que de la existencia o no existencia de hijos comunes hace depender la viabilidad de estos contratos" (p. 197). Y, aunque en la doctrina del *usus modernus Pandectarum* reine una "diversidad de soluciones, que responde a la complejidad de las cuestiones que los comentaristas se plantean, no obedece sino a las diferencias que se mantienen en el Derecho común de las Partidas y el Derecho Real, que ni las Leyes de Toro, ni posteriormente las recopilaciones van a unificar". Disparidad de criterios normativos, pues, a la que cabe juntar el obstáculo potencial que el sistema de la autorización marital, introducido por las Leyes de Toro, opone a la contratación onerosa intramatrimonial, si bien, como la propia doctora Herrero García expresa, "las dudas planteadas por la doctrina vienen generalmente suscitadas sobre la necesidad o no de esta licencia para unas relaciones contractuales, que parecen suponerse inicialmente válidas" (p. 208).

De un interés muy singular son las observaciones de la autora en tema de codificación por cuanto concibe la cuestión de los contratos entre cónyuges inmersa en el proceso de reforma del Derecho de Familia llevado a cabo en todos los países del occidente europeo en el siglo XX, y en particular, a lo largo de su segunda mitad. En Francia, aunque romanizado en este punto el *Code de 1804* por la influencia determinante del *Droit écrit*, se consagra la prohibición expresa de la compraventa y de la sociedad, si bien se admiten las donaciones entre cónyuges con una reserva de derechos a favor de los herederos legítimos del donante y con entera independencia del régimen económico-matrimonial legal de comunidad (vid. pp. 220-221); materia en la que la legislación posterior introduce una cierta flexibilidad de extensión muy relativa, limitada solamente a ampliar la cantidad susceptible de ser donada y a permitir, por virtud de una ordenanza de 1958 y de una ley de 1966, las sociedades entre cónyuges, siempre que no impliquen una responsabilidad solidaria por tiempo indefinido entre los mismos (vid. pp. 221-225 y 467-471 y 483-485). En Italia, un esquema prohibitivo similar triunfa en los Códigos de 1865 y de 1942, con la salvedad de que este último, al modificar la sistemática del contrato de sociedad en sus artículos 2.247 y siguientes, parece no dar cabida a la prohibición de pactarlo entre cónyuges (vid. 225-231 y 470-471); esquema prohibitivo que, pese a la resistencia encontrada en la doctrina científica, en la jurisprudencia ordinaria y constitucional y en los proyectos legislativos que se inclinan insistenteamente por su eliminación, la discutida ley sobre reforma del Derecho de Familia de 1975 ha mantenido sin modificar (vid. pp. 231-240). Y en nuestro país, no obstante que la doctrina (vid. pp. 240-245) y cierta jurisprudencia (vid. pp. 253-270) se mostraban favorables a admitir los contratos entre cónyuges, por medio del Proyecto de García Goyena de 1851 (vid. pp. 245-251), se introducen los preceptos que, según hemos recordado antes, consagran de forma fragmentaria un criterio negativo a los mismos en el Código civil (vid. pp. 270-273).

Una importancia particular presenta, también, la parte del estudio

que podemos llamar sistemática, pues discute la doctora Herrero García amplia y documentadamente en ella la incidencia negativa que han tenido en nuestro sistema jurídico los principios de unidad familiar y de jefatura del marido, los que han sido el fundamento tradicional para el rechazo de los contratos intramatrimoniales, sobre todo en base al régimen de representación y de licencia marital que consagraban los artículos 60 y 61 y concordantes del Código civil, en su redacción primitiva, punto de apoyo textual a la interpretación dominante contraria a los mismos (vid. pp. 277-290 y 290-320), interpretación en la que en su aplicación por la jurisprudencia judicial y registral, analizadas con mucho rigor por la autora, parece existir una mayor flexibilidad (vid. pp. 325-340). Y lo que es más importante, es que la sustitución de estos principios por los de innecesidad de licencia marital y de igualdad de los cónyuges no parece repercutir de forma inmediata en la disciplina de la contratación intramatrimonial ni conlleva a una nueva situación de legitimidad y de validez plenas de estos contratos, lo que no escapa al buen criterio de la doctora Herrero García, como lo demuestra en su estudio pormenorizado de la línea evolutiva marcada por la evolución legislativa en Italia y en Francia (vid. pp. 340-350 y 351-365) y lo pone de relieve De los Mozos en su Prólogo (vid. p. XIV).

C) En el plano de las conclusiones, la doctora Herrero García llega a resultados de importancia. Tras analizar los nuevos datos introducidos al problema de la contratación entre cónyuges por la ley de 2 de mayo de 1975 y por la última ley de relaciones laborales de 8 de abril de 1976, concluye que ciertas relaciones inherentes al complejo de derechos y deberes de tipo personal que une a las partes pueden ser objeto de convenciones entre las mismas (vid. pp. 381-394). Como ella misma lo expresa con acierto, "hemos de concluir, pues, sobre el tema de la trascendencia de las normas del estatuto personal y los contratos entre cónyuges, que no hay en nuestro Derecho obstáculo previo, ni límite general, a la posibilidad de los mismos. Al enjuiciarse la viabilidad en cada caso concreto habrá de considerarse como dato fundamental la cualidad de casados de las partes contratantes y examinar si se respetan y cumplen las condiciones que tal cualidad impone, tanto al marido como a la mujer; en caso afirmativo, negarles la posibilidad de relación contractual sería poner un tanto en duda su plena capacidad y el consagrarse un trato discriminatorio que, en último extremo, podría perjudicar el interés general del grupo familiar, cuando es lo que en principio se trataba de proteger" (p. 395). En cuanto al estatuto patrimonial de los cónyuges, organizado con arreglo al esquema típico del régimen legal de gananciales, el principio de mutabilidad del régimen económico-matrimonial que sanciona ahora el artículo 1.320 reformado, ha venido a barrer uno de los obstáculos opuestos tradicionalmente a esta clase de contratos, como lo acredita fundadamente la autora (vid. pp. 407-418), de la misma manera que el principio de subrogación real, por otra parte, permite mantener el necesario equilibrio entre las masas patrimoniales que conforme a tal esquema se forman (vid. pp. 418-459). Culmina el trabajo de la doctora Herrero García con un estudio muy sugestivo acerca de la admisibilidad del contrato de sociedad entre cónyuges en nuestro Derecho, posibilidad

respecto de la que concluye, finalmente, "que las sociedades entre cónyuges no tienen, en principio, en nuestro Código civil otra limitación que la derivada del artículo 1.677. Como criterio general puede deducirse, pues, la posibilidad de las mismas, si bien sin poder negar que podría existir fraude o ficción en algún supuesto", lo que habrá de sancionarse con arreglo a las reglas generales (pp. 487-488).

IV. La obra cuyos aspectos más relevantes, a nuestro modo de ver, hemos tratado de sintetizar, es ciertamente un estudio maduro y definitivo, una contribución valiosa a la investigación de un tema complejo, de tanta trascendencia teórica como práctica y en el que la doctora Herrero García se mueve con soltura, maneja una documentación abundante y trabaja con seguridad. Quien quiera que desee profundizar en el tema, inédito hasta ahora en nuestra literatura monográfica, deberá consultar este libro con la confianza de que encontrará en él soluciones atinadas para la mayoría de las cuestiones que, en el estado actual de desarrollo de la legislación en España y en el extranjero, se plantee. De lectura obligada, cabe destacar, por último, el acierto de su impresión tipográfica, hecha en los talleres de la Universidad Pontificia de Salamanca.

CARLOS VATTIER FUENZALIDA  
Colegio Universitario de León  
(Universidad de Oviedo)

**LUCAS FERNANDEZ, Francisco:** "Contratación en España por extranjeros",  
**5.<sup>a</sup> edición.** Madrid, 1976. Editorial Revista de Derecho Privado. Dos volúmenes de XVII + 1159 páginas.

La obra del distinguido Doctor en Derecho y Notario de Madrid, Lucas Fernández, es la más conocida y la más amplia en la materia referente al régimen jurídico del extranjero y respecto a la aportación de sus capitales como inversión. Al llegar a su quinta edición, aumentada y puesta al día, da idea del éxito y acogida que ha tenido, tan merecidamente, entre el público de lectores en general y de los juristas, asesores, economistas y demás especialistas en particular.

Esta obra, completa y detallada, consta de cuatro partes bien delimitadas: una de "introducción", otra sobre la "comparecencia del extranjero ante Notario", la de "problemas específicos de la contratación de extranjeros" y un "apéndice" legislativo.

La dedicación y experiencia del Doctor Lucas Fernández en esta materia le hacen una de las personas más idóneas en el examen de la problemática de esta materia referente a la posición jurídica de los extranjeros y, especialmente, sobre la inversión de capitales privados extranjeros en España. De aquí que en la introducción de su obra comience por establecer y presentar las ventajas de estas inversiones para nuestra economía, no sin dejar de advertir la otra cara de la moneda, sus inconvenientes, para concluir con una crítica general respecto a las nuevas normas que regulan actualmente el régimen español.

La segunda parte, referente a la "comparecencia del extranjero ante Notario", que trata de la identificación de la persona extranjera, de la apreciación de su capacidad y el problema de reenvío, es un estudio de Derecho comparado muy extenso y amplio por los países que abarca y las materias que comprende; a este respecto se deben destacar las bases adoptadas concretamente para las sociedades mercantiles en el "IX Congreso Internacional del Notariado Latino".

Donde la obra alcanza su interés máximo es en la tercera parte, al abordar los "problemas específicos de la contratación de extranjeros" en España. La exposición legal y los criterios jurisprudenciales y doctrinales respecto a las particularidades del régimen jurídico español está muy bien sistematizadas por el autor, así como sus particulares contribuciones a las materias que trata, como son las autorizaciones administrativas previas a la contratación, el pago de las obligaciones en moneda extranjera, el plazo de prescripción de la acción para el cobro de una cantidad pactada en divisas y la ejecución forzosa. Hay que añadir el examen al régimen bancario (los organismos monetarios) y los diversos tipos de "cuenta corriente" que deben utilizarse para las operaciones; también el "contrato de arrendamiento" a favor de extranjeros y el otorgado por arrendador extranjero.

Una consideración especial la tiene el "régimen de adquisición de inmuebles" mediante compraventa por extranjeros, tanto en zonas de acceso restringido, zonas urbanizadas de interés turístico o ya de carácter rústico. Los "contratos traslativos del dominio y derechos reales" sobre buques, aeronaves y miras son objeto de detallado análisis. Se añade el estudio sobre "préstamos" otorgados por los extranjeros o por los españoles a favor de empresas o sociedades españolas, los "avales y garantías", la "contratación de seguros", los "contratos sobre concesiones de aprovechamiento de aguas públicas a favor de extranjeros" y los "contratos de obras, servicios y suministros" entre el Estado y los extranjeros".

La problemática del derecho de sociedades en esta aquilatada obra del Doctor Lucas Fernández tiene un tratamiento completo, al abarcar las cuestiones sobre el señalamiento de porcentajes de participación extranjera en sociedades españolas, el régimen de autorizaciones para las inversiones directas extranjeras en sociedades españolas, las inversiones de cartera, las obligaciones derivadas de la suscripción o de la adquisición de títulos mobiliarios de renta fija o variable en las empresas españolas, las consecuencias de las infracciones de normas sobre inversiones directas e indirectas en sociedades españolas y la administración de sociedades españolas por extranjeros.

Hay que añadir el análisis de otras figuras contractuales, como las cuentas en participación, el contrato de trabajo, los contratos deportivos, los contratos de asistencia técnica, patentes, licencias de explotación y de tecnología, el régimen de transferibilidad al exterior de los rendimientos y liquidaciones de las inversiones de los extranjeros, así como otros problemas derivados del ejercicio del comercio por personas físicas extranjeras, o lo referente a exposiciones, el permiso de rodajes y filmaciones y la emisión de música y canciones extranjeras.

Por último, un apéndice legislativo de las disposiciones más recientes que complementan el régimen de inversión de capitales privados extranjeros y un

índice alfabético muy completo culminan esta quinta edición, tan trabajada, imprescindible a quien deba informarse o trate de conocer la problemática actual en el tratamiento de las personas extranjeras, su actuación, sus intereses y la de sus bienes en España.

JOSÉ BONET CORREA

**ROGEL VIDE, Carlos:** "La responsabilidad civil extracontractual en el Derecho español". Editorial Cívitas, Madrid 1977, 212 págs.

Prologado por Santos Briz, sale a la calle, seguros estamos de que no quedará tan sólo en las bibliotecas de los estudiosos del Derecho, este libro que viene a constituir un excelente estudio en la materia, instrumento imprescindible a la hora de conocer los caminos que nuestra última jurisprudencia ha marcado al aplicar los artículos 1.902 y siguientes de nuestro Código civil, es a la vez una importante aportación a la dogmática de la responsabilidad aquiliana, sugiriendo criterios originales y tratando de consolidar ideas que el autor gustaría de ver arraigadas de modo más definitivo en nuestro derecho.

Consta el libro de tres capítulos y un apéndice.

En el primer capítulo, introductorio ("Planteamiento del problema, delimitaciones previas"), tras mostrarnos el autor la importancia evidente del tema en desacuerdo con el raquíctico tratamiento que le dedican los clásicos códigos civiles, aumentando así el valor de la jurisprudencia, fundamental en esta materia, nos adelanta las dos ideas bases sobre las que se monta el estudio: en primer lugar, la construcción a imagen de la teoría general del delito de la parte dedicada a los elementos comunes de la responsabilidad civil extracontractual; en segundo lugar, la conveniencia (¿necesidad?) y la posibilidad de construir en nuestro derecho un sistema objetivo de responsabilidad. Estas son las ideas madres que se verán plasmadas a lo largo del libro.

Pasa luego Carlos Rogel a separar la responsabilidad civil extracontractual de otros tipos de responsabilidad, como la penal o la civil contractual, sin perjuicio de considerar aplicables al campo de la responsabilidad aquiliana algunas normas de aquéllas. Se plantea el problema de la acumulación de ambas responsabilidades civiles, contractual y extracontractual, y recoge varias sentencias de nuestro Tribunal Supremo donde si bien se muestra la preocupación de nuestro más alto Tribunal por excluir tal acumulación, sin embargo destaca la falta de unos criterios uniformes para establecer cuándo procede una u otra responsabilidad.

En el capítulo segundo se analizan los llamados elementos comunes de la responsabilidad civil extrancontractual, proponiéndose frente al esquema tradicional —falta, daño, relación de causalidad— otro basado en las categorías acuñadas por la teoría general del delito: acción u omisión, daño, relación de causalidad, antijuridicidad, culpabilidad, indemnización del daño; sistemática nueva que, salvo la antijuridicidad, puede encontrar apoyo en el artículo 1.902 del Código civil, y que presenta no-

tables ventajas respecto al anterior esquema. Estudia el autor todos y cada uno de los elementos citados, trayendo a colación de manera ordenada la jurisprudencia más reciente e interesante, no olvidando nunca de exponer el problema fáctico planteado en cada una de las sentencias recogidas, y no dejando de lado la doctrina más moderna tanto española como extranjera, especialmente la francesa, cuyos autores y jurisprudencia son manejados por Carlos Rogel con una extraña soltura que denota un profundo conocimiento de ellos. De especial interés es el apartado dedicado a los llamados expedientes jurisprudenciales paliativos del sistema de responsabilidad por culpa, donde se recogen fallos de nuestro Tribunal Supremo que nos acercan en gran medida hacia una teoría del riesgo. Después de conocer el modo de enfrentarse el Tribunal Supremo con cada uno de los elementos de la responsabilidad aquiliana, se concluye que, si bien no se puede afirmar la existencia de una doctrina jurisprudencial uniforme que adopte el sistema de responsabilidad por riesgo, cuando menos se hace patente la necesidad de una profunda revisión crítica de la tesis tradicional de la responsabilidad por culpa, de lo cual va convenciendo el lector a pesar del tenor literal del artículo 1.902 y del de algunos considerandos de las sentencias del Tribunal Supremo que parece empeñado en justificar en la culpa la pertinente indemnización, acudiendo para ello a los razonamientos más tortuosos.

En el último capítulo, tercero, se tratan detenidamente los artículos 1.903 a 1.910 —responsabilidad por hechos ajenos, responsabilidad derivada de daños causados por animales y responsabilidad derivada de daños producidos por cosas inanimadas—, artículos claramente matizados en mayor o menor grado por una concepción objetiva de la responsabilidad. Empieza por estudiar los supuestos del artículo 1.903, mostrándonos cómo la jurisprudencia ha minimizado la importancia de su último párrafo, referencia al sistema subjetivo de responsabilidad, convirtiendo de hecho la presunción "iuris tantum" de culpa en presunción "iuris et de iure"; analiza la responsabilidad civil por los hechos dañosos de las personas sometidas a patria potestad o tutela, haciendo un estudio comparativo del artículo 1.903, párrafos 2.<sup>º</sup> y 3.<sup>º</sup> con el 20 del Código penal, hallando en éste un eficaz complemento y demostrando cómo funcionan dichos preceptos en el marco de un sistema objetivo de responsabilidad prescindiéndose de hecho, aunque otra cosa parezca leyéndose sin más las argumentaciones del Tribunal Supremo, de la exclusividad de la culpa como criterio de imputación. Aún con mayor claridad aparece el sistema objetivo de responsabilidad en la responsabilidad de los empresarios respecto de los perjuicios causados por sus dependientes, pues, de un lado, se hace muy cuesta arriba encontrar un fundamento al supuesto, partiendo de una tesis tradicional, y, de otro lado, choca una interpretación subjetivista del mismo con el precepto siguiente: 1.904, suponiendo en tal caso una grave contradicción entre las dos normas. Y acaba el artículo 1.903 con la responsabilidad de los maestros respecto de los perjuicios causados por sus alumnos, encontrando en sede de responsabilidad objetiva el fundamento de aquélla como contrapartida de la remuneración que perciben por su enseñanza. Concluye el autor di-

ciendo: "de las páginas precedentes se desprende que, a pesar del tenor literal del mismo (art. 1.903) —anclado a una referencia a la culpa, aun cuando ésta se presuma—, la jurisprudencia ha ido arbitrando, para los supuestos en él contemplados, un sistema de responsabilidad de claro matiz objetivo".

En esta misma línea examina el autor los artículos 1.905, perjuicios causados por animales domésticos, supuesto neto de responsabilidad objetiva, así reconocido por el Tribunal Supremo sin paliativos de ningún tipo; 1.906, daños causados por una heredad de caza; 1.907, daños resultantes de la ruina de un edificio, que deslinda del 1.909, precepto que junto con el 1.591 es analizado a continuación. Concluye Carlos Rogel este capítulo tercero con la responsabilidad por el hecho de cosas inanimadas, artículos 1.908 y 1.910, lamentándose del escaso interés despertado por estos preceptos en nuestra doctrina y jurisprudencia, cuando ofrecen una sólida base para examinar la responsabilidad desde un prisma distinto de la culpa, como han hecho progresivamente la doctrina y jurisprudencia francesas con un código, en este punto, más imperfecto que el nuestro.

Si, como se ha visto, la aplicación que ha hecho nuestro Tribunal Supremo de los artículos 1.902 y siguientes, apunta más hacia una responsabilidad de tipo objetivo que hacia un sistema subjetivo que es el que parece predominar en el código, la regulación de los supuestos de responsabilidad en las leyes especiales acaba ya por asumir plenamente el sistema de responsabilidad objetiva. Sólo la fuerza mayor extraña a la actividad desarrollada o la culpa exclusiva de la víctima eximen de responsabilidad, surgiendo como paliativo el seguro obligatorio de responsabilidad. Así, en el apéndice que el libro recoge, se examinan de forma somera estas leyes especiales: vehículos de motor, navegación aérea, energía nuclear, caza, mostrándose la necesidad imperiosa de admitir el principio de responsabilidad sin culpa por lo menos en relación a determinadas actividades creadoras de riesgos. En definitiva, la nueva realidad —acaba el autor— exige nuevas soluciones, se tiende, hay que tender hacia una socialización del riesgo, donde éste se diluya en la medida más amplia posible, sin que ello suponga necesariamente la liberación del autor del daño culpable, se trata, sobre todo, de proteger a las víctimas de las actividades peligrosas que conlleva la evolución de la sociedad. Es evidente que un sistema de responsabilidad por culpa ofrece un marco muy estrecho de soluciones a los problemas que la nueva realidad social presenta. Se hace preciso una nueva visión de la responsabilidad, desembarazada de los prejuicios que siguen presidiendo la concepción de corte subjetivista que impera en los textos legales y apta para contemplar satisfactoriamente las nuevas situaciones que se presentan en este campo.

JORGE CAFFARENA LAPORTA

SANCHEZ DE LA TORRE, Angel: "Los principios clásicos del Derecho". Madrid, 1975. Unión Editorial, S. A. Un volumen de 241 págs.

La labor del profesor Sánchez de la Torre, al profundizar más y más en el sentido social del Derecho, le ha planteado nuevos análisis y el tener que volver al examen del pensamiento jurídico clásico y, sobre todo, de la jurisprudencia romana.

La obra que nos presenta ahora la hace por parcelas o puntos de meditación y de estudio que parte desde su origen fundamental, como el de "la filosofía, cuestión acerca de los principios" hasta concretar los "principios jurídicos, ciencia del Derecho y filosofía del Derecho", no sin dejar de plantearse una cuestión previa: "Ética y prejuricidad".

El examen de los "principios jurídicos y metodología del Derecho" ponen al autor en el camino que se ha de recorrer para el logro y realización de la justicia, sus concreciones y resultados, así como el modo y la forma de poder plasmarla mediante "la positivización de los principios del Derecho". Un paso más hacia esa manera de impartir justicia llevan al ilustre autor a precisar los "niveles de efectividad de la justicia y los *tribia iuris praecepta*"; es aquí, donde con gran esmero se advierte esa dimensión de alteridad que el sistema jurídico proporciona a la sociedad humana y a su organización estatal. Ahora bien, no es sólo dentro del marco más concreto y territorial del Estado donde el Derecho alcanza sus máximos niveles; de aquí la consideración más amplia que hace de "la síntesis de la justicia universal y de la sociedad concreta", sin olvidar que es a nivel personal, de relaciones jurídicas concretas y particularizadas donde se lleva a cabo la faena de la justicia en su dimensión individual y social; por eso, el profesor Sánchez de la Torre examina "la virtualidad jurídica del principio *honeste vivere*", el alcance del "principio no ocasionar daños a nadie" y el distributivo "*suum cuique tribuere*".

Es esta una fina obra, que se lee con deleite, que nos rememora no sólo los principios fundamentales y clásicos del Derecho, sino que les da la dimensión actualizada que nuestra sociedad actualmente reclama y sobre los cuales la realización de la justicia comutativa y distributiva ha de ser una realidad viva, eficaz y actuante.

JOSÉ BONET CORREA

SANTOS BRIZ, Jaime: "La responsabilidad civil" ("Derecho sustantivo y Derecho procesal"). Segunda edición. Revisada y actualizada. Editorial Montecorvo, S. A., Madrid, 1977, 865 págs.

Eduardo García de Enterría, en el Prólogo de una obra del profesor Leaguina Villa sobre "Responsabilidad Civil de la Administración Pública", pero refiriéndose al tema de la responsabilidad civil por daños, "en toda su amplitud", después de invitar a meditación sobre el hecho de la "parquedad... con que nuestro Derecho despacha este tema, en contraste con la importancia "social, científica y jurisprudencial del tratado de *torts* en los derechos anglosajones y con la significación que en todos los derechos ro-

manizados o germánicos presenta el régimen de reparaciones de los daños patrimoniales...”, diagnostica el fenómeno patrio diciendo que “No se trata propiamente de una insuficiencia normativa..., sino más bien de una *insensibilidad general*”. Pues bien, el diagnóstico, válido como regla, tiene pocas pero relevantes excepciones. Una de ellas, y quizá la más destacada, es la de mi compañero Santos Briz, puesto que no sólo no ha sido insensible en esta materia, sino que, desde hace muchos años, ha mostrado una particular *preocupación* por ella, transformada en una permanente *ocupación* y *dedicación* a la misma. Como prueba de lo dicho podemos ofrecer la de algunas de sus publicaciones. “La culpa en Derecho civil. Ampliación actual de su concepto” (Ed. “Revista de Derecho privado”, 1967), “Derecho de daños” (la misma editorial, 1963), “Derecho de la circulación” (Ed. Montecorvo, 1976) y, por último, como remate de esta labor, el libro objeto de esta recensión, cuya primera edición data de 1970, y cuyo éxito ha obligado a lanzar esta segunda, aparecida a principios del año en curso.

Que Santos Briz haya centrado en esta problemática gran parte de sus inquietudes de jurista, constituye una muestra, no sólo de su sensibilidad, sino de su fina intuición para captar y localizar uno de los más importantes temas del momento. Tan importante, que R. SAVATIER (*Méタmorphoses économiques et sociales du Droit civil d'aujourd'hui*), sin temor a la hipérbole, llega a presentarlo como uno de los factores que han contribuido a esta metamorfosis, calificándolo de *empire immense*, constituido bajo el signo de principios nuevos, aún envueltos en alguna bruma.

Mas, nuestro autor no se mueve entre brumas, sino, al contrario, con la claridad que proporciona la maestría y el dominio de lo que trae entre manos. Cuenta, para empezar, con su conocimiento profundo del alemán, por no hablar de los que proceden del mismo tronco que el nuestro. Los idiomas, por otra parte, no son para nuestro compañero un dilettantismo, ni un pasatiempo. Ahora me doy cuenta que, desde joven, él ya tenía montada toda una estrategia para su penetración directa en el campo jurídico continental europeo, señalándose, como principal objetivo, el germánico. Así, pues, cuando cita a Nipperdey, a Larenz, a Hafferburg, a Löning, a Zeuner, a Esser, por poner unos cuantos ejemplos, se puede confiar en estar ante una doctrina recogida de primera mano, y con la que se halla por completo familiarizado. Y lo dicho en cuanto a estos autores, puede repetirse respecto a los citados por él de las demás nacionalidades.

La obra que comentamos no sólo cuenta con un saber teórico y profundo y extenso. Este es sólo uno de sus ingredientes. Otro es el derivado de la condición de magistrado del autor, lo que le ha permitido aprovecharse de la experiencia que suministra el ejercicio de la función judicial durante muchos años, puesto que ésta pone al juez en contacto con la vida misma, más rica en la presentación de problemas, y más imaginativa, que la que pueda ofrecer el jurista dogmático y el puramente teórico.

Precisamente esto es lo que le ha hecho decir el profesor J. A. Thom-

son que "una de las grandes condiciones del progreso humano es la incesante y recíproca relación que existe entre la profesión y la ciencia, produciendo cada una y siendo producida a su vez por la otra". Lo que ocurre es que la mayoría de los profesionales dejamos escapar esta oportunidad. No así Jaime Santos, quien puede permitirse el lujo de hacer realidad el consejo de Bacon, ofreciéndonos una obra, a la vez luminosa y fructífera (lucifera y fructífera).

Creo, no obstante, no equivocarme, si digo que Santos Briz ha conseguido con este libro un trabajo práctico (fructífero), aun sin proponérselo. Y me parece que mejor ha sido así, porque, por lo general, los libros escritos con la idea y el propósito de que resulten prácticos, lo que suelen resultar son libros malos, mediocres, aunque a veces cosechen éxitos comerciales, a costa de letrados principiantes.

El secreto de libros como éste consiste en la acertada dosificación de doctrina, legislación, derecho comparado y jurisprudencia, todo ello sometido a la disciplina de un pensamiento propio y sustentado sobre un armazón bien ajustado. En este caso la aportación doctrinal resulta impresionante y la jurisprudencial exhaustiva, aunque de ésta no se abusa, como tantas veces ocurre, mediante el sistema de transcribir considerandos y más considerandos, con lo que un gran número de páginas de la publicación se consumen, sin el menor esfuerzo por parte del autor.

Por todo lo expuesto, se evidencia la modestia de mi compañero al declarar en la "nota preliminar" de esta segunda edición, su sorpresa por la rapidez con que se ha agotado la primera. El que ello haya ocurrido así no obedece a nada imprevisto, sino a un imperativo de la lógica, lo que permite predecir que esta segunda edición correrá igual suerte, máxime teniendo en cuenta que a ella se ha dedicado la misma meticulosidad que a la anterior, en lo concerniente a su puesta al día, esto es, en la incorporación a su texto de las últimas novedades doctrinales y de las sentencias dictadas durante el tiempo comprendido entre una y otra.

Como el espacio disponible para estas recensiones suele ser muy limitado, y del mismo hemos dispuesto la mayor parte en unas impresiones generales, pero garantes de la calidad de la obra, y como, por último, la extensión y el contenido de ésta no consienten adentrarse en ella, para seguir paso a paso toda su andadura, de ahí que, para terminar, tengamos que conformarnos con la exposición de lo que, como síntesis de síntesis, una visión panorámica de la misma nos ofrece.

Diremos tan sólo que el libro parte de una introducción en la que se adelantan unas ideas cardinales sobre el tema objeto del mismo, situándolo como fenómeno sometido a una especial normativa, determinada por ciertos factores económicos; destacándose la mutación del principio de responsabilidad individual por el de socialización de la responsabilidad, así como el sentido de la tendencia de la reforma y los motivos que la justifican, con especial referencia al seguro de accidentes en circulación.

Después de esta introducción, el libro se divide en tres partes, la primera y la segunda dedicadas al "Derecho sustantivo", y, la tercera, al "procesal". La primera contiene el estudio de la teoría general; en ella se analizan los elementos comunes a toda responsabilidad civil: la acción

y la antijuridicidad y el problema de la culpabilidad, "como requisito general de la responsabilidad civil", examinándose en sendos apartados el dolo y la culpa en Derecho civil. Se exponen con minuciosidad las graduaciones penales de la culpa en la legislación española y los criterios distintivos entre la culpa penal y la culpa civil, así como el problema de la concurrencia de culpas o concausación al daño. Gran atención y espacio se dedica a éste, exponiendo su concepto, la realidad del mismo, sus clases, la relación de causalidad, la compensación de beneficios, el lucro cesante, la interrupción de la relación causal en particular, la reparación de daños: procedencia y cuantía de las indemnizaciones, con especial análisis de los daños en los vehículos por accidentes de circulación y de la indemnización de daños y el contrato de seguro.

La segunda parte está dedicada al estudio de los distintos campos donde se produce este tipo de responsabilidad: la que deviene por hecho de otro derivada de acto ilícito no penal y la derivada de infracción penal: la responsabilidad por riesgo, con un estudio especial sobre la que procede del uso de vehículos de motor y sobre los daños recíprocos por colisión de tales vehículos.

Especiales capítulos se dedican a la responsabilidad civil en el Derecho de la navegación aérea y en materia de energía nuclear; así como la del fabricante frente a terceros en el Derecho moderno; a la responsabilidad por los daños causados por la ruina de edificios; a la de la Administración Pública; a la responsabilidad por los daños producidos por incisiones o instalaciones industriales y por ruidos; a la de los profesionales (abogados, notarios, jueces, magistrados y ministerio fiscal) y especialmente la derivada de la asistencia médica; a la ocasionada en la explotación de empresas ferroviarias y en la tenencia de animales.

Por último, la tercera parte está dedicada a un estudio muy completo de los problemas procesales que presenta el ejercicio de acciones derivadas de esta materia, pero todo él encuadrado dentro de un sistema riguroso dominado por su técnica jurídica.

ANGEL MARTÍN DEL BURGO  
*Magistrado del Tribunal Supremo*

**TORRES, Teodora F.: "El testamento ológrafo". Madrid, 1977. Editorial Montecorvo, S. A. Un volumen de 500 págs.**

La doctora Torres ha realizado una labor completa y bien informada acerca de una de las figuras testamentarias más simples, pero, también, más olvidadas por parte de la doctrina civilista española. Por eso, su obra es una contribución valiosa que la hace imprescindible desde ahora para la consulta y examen de las cuestiones más fundamentales y el desarrollo de sus consecuencias.

El estudio ha seguido una metodología histórico-dogmática y comparada, así como institucional e interpretativa con los aportes jurisprudenciales.

ciales más destacados, que bien se advierten en las dos partes netas en que se distribuye la obra para su análisis sistemático.

Dentro del capítulo primero se comprende una introducción a los elementos fundamentales que comprenden *de facto* el testamento ológrafo y su problemática en los aspectos voluntario, formal y de contenido. A continuación se aborda el estudio histórico, desde los antecedentes hasta el sistema actual; se parte del Derecho romano, se continúa por el Derecho histórico español hasta llegar al Derecho francés, sede principal y antecedente inmediato de nuestro sistema jurídico presente.

La segunda parte de la obra abarca el testamento ológrafo en el ordenamiento jurídico vigente. Una vez expuestas las generalidades y la capacidad para testar en forma ológrafo, se estudian las formalidades del documento testamentario, la protocolización del testamento ológrafo, para concluir con las manifestaciones de la forma ológrafo (en testamentos especiales, en el testamento cerrado nulo y en el *parentum inter liberos*)

Esta trabajada obra, además de recoger la bibliografía general y específica, añade los textos legales y un índice cronológico de las Sentencias del Tribunal Supremo, así como de las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado.

JOSÉ BONET CORREA

URABAYEN, Miguel: "Vida privada e información: Un conflicto permanente". Ediciones Universidad de Navarra, S. A., Pamplona, 1977. 358 págs.

Los llamados medios modernos de comunicación de masas (radio, televisión, prensa) han dado lugar en nuestros días a una perspectiva nueva en el modo de regular los derechos de la personalidad. Junto a ellos, los avances de la tecnología han creado para los particulares circunstancias anteriormente desconocidas en torno a la debida protección de la esfera privada de cada uno. Trabajosamente la doctrina y la jurisprudencia va dando solución a los nuevos problemas cuando aún no ha sido posible poner al día la legislación para adaptarla a las nuevas necesidades. En otras naciones se va procediendo a la reforma legislativa consiguiente, pero con frecuencia se muestra al poco tiempo incompleta, dada la extensión del ámbito a que alcanzan los nuevos fenómenos, no limitados en modo alguno al Derecho privado, sino con muy importantes repercusiones en las relaciones político-sociales y económicas. Uno de estos sectores de tanta actualidad es el que abarca la monografía de que informamos. El autor delimita su estudio a la salvaguardia de la intimidad, concebida ya por la Ley de Prensa como un límite al derecho a la información. De acuerdo con la jurisprudencia francesa y anglosajona, distingue dos significados en el concepto de intimidad, uno estricto (que se refiere a lo más reservado, a lo más profundamente sentido por el ser humano) y otro más amplio equivalente a vida privada, que abarca aspectos no literalmente íntimos ni secretos, sino meramente privados. El límite de lo íntimo se extiende así a todo aquello que tocando a lo personal, no

debe ser objeto del derecho a la información, salvo los casos en que éste tiene prioridad.

Como amenazas a la intimidad aprecia el autor los dispositivos que permiten escuchar conversaciones normales. El más corriente y antiguo el micrófono simple unido por cable eléctrico a un altavoz, y sobre todo, el micrófono direccional y los micro-emisores. También cita los dispositivos que permiten escuchar conversaciones telefónicas y los dispositivos emisores de radio que sirven para comunicar entre sí a los que dispongan de ellos. Aparte de otros medios de transmitir la información, tienen singular importancia en la actualidad los ordenadores modernos, es decir, la informática que permite el registro y conservación de datos de manera automática; los que una vez reunidos en los llamados "bancos de datos" están a disposición del que utilice el ordenador.

Teniendo presente el problema de la intimidad en España, el autor estudia los sistemas de defensa más importantes, su evolución y estado actual en Inglaterra, Estados Unidos y Francia. Examina al respecto el desarrollo doctrinal y práctico de la protección de la intimidad, dando inapreciables datos de la evolución en esos países y especialmente estudiando los casos tratados por la jurisprudencia.

En cuanto a la proyección internacional del derecho a la intimidad, se examinan la Declaración Universal de Derechos del Hombre de 1948; la Conferencia de Juristas Nórdicos de 1967 y la figura del "Ombudsman", extraída de la parte tercera de las conclusiones de dicha Conferencia, y considerada como una institución que puede proporcionar una ayuda preciosa en la protección de la vida privada contra toda intrusión de las autoridades públicas.

En cuanto a la protección civil del derecho a la intimidad en España, último capítulo de esta monografía, se obtiene, aparte la de orden penal, en lo civil a través del muy general precepto del art. 1.902 del Código civil. Una protección amplia y general se encontraba en el art. 2 de la Ley de Prensa e Imprenta de 18 de marzo de 1966 y, actualmente, derogado ese artículo por el Real Decreto-Ley de 1 de abril de 1977, por virtud de lo en el mismo dispuesto. Otros ejemplos de protección de la reserva personal halla el autor en el art. 1.341 del Código civil y en diversos artículos de la Ley y Reglamento del Registro civil. En el aspecto penal la intimidad se protege a través de la amplia declaración del art. 13 del Fuero de los Españoles en su reflejo en las normas del Código penal que castigan la violación de secretos, y de la correspondencia, injuria y calumnia. Atiende el autor a las declaraciones jurisprudenciales que protegen la intimidad y a las normas de Prensa e Imprenta en relación con el Jurado de Publicidad y sus declaraciones. Todo ello forma, con el resto del volumen, una materia extraordinariamente interesante para el jurista profesional, desarrollada con claridad y perfecta sistemática, que nos sitúa en el último momento evolutivo de los sugestivos problemas tratados.

JAIME SANTOS BRIZ

*Doctor en Derecho, Magistrado de la Audiencia  
Territorial de Madrid*

## REVISTA DE REVISTAS

A cargo de José R. ANTÓN RIESCO

**VALLET DE GOYTISOLO, Juan:** "Cuándo y cómo son legitimarios los ascendientes". R. D. P. Enero 1974, págs. 3 y sgs.

Una vez más, el maestro del Derecho sucesorio insiste sobre uno de los temas que domina con su proverbial maestría.

A lo largo de once epígrafes, nos desvela los problemas que tiene y plantea la materia, y que él resuelve con toque de genialidad.

Empieza examinando las normas y principios de la materia en el Derecho aragonés y navarro.

Igualmente, el apartado 2.º, es dedicado a las otras regiones forales, y el apartado 3.º es dedicado a estudiar la expresión "a falta de" cuando no incluye los supuestos de incapacidad, repudiación, ni desheredación.

Plantea los problemas de la adopción, distinguiendo entre la adopción plena y las concurrencias a que se puede dar lugar entre los distintos parientes y la concurrencia de legítimas cuando hay ascendientes e hijos adoptados en Baleares y las demás regiones forales.

Continúa su trabajo con el examen de la troncalidad, y el criterio del Código civil en orden a la preferencia y prelación entre ascendientes.

Estudia igualmente este mismo problema en las diferentes compilaciones de los distintos Derechos forales y concluye con la investigación en el Derecho foral vizcaíno, distinguiendo entre la legítima troncal y lineal.

**GARCIA AMIGO, Manuel:** "Condominio prodiviso o propiedad separada". R. D. P. Marzo 1974, págs. 202 a 220.

A lo largo de siete epígrafes importantes el autor nos lleva por el intrincado camino de las cuestiones doctrinales y meramente formales del problema, para, al final de su recorrido, dar una respuesta no sólo de contenido teórico, sino también de sentido práctico.

En efecto, desde el principio, consagrado al examen de la desmembración del dominio, si bien en un aspecto cómodo y siempre se enfoca el problema teórico de las distintas figuras que entran dentro del supuesto.

Seguidamente se estudia la propiedad separada en la legislación, donde, después de decir que el Código civil no la regula, hace un breve examen histórico, pasando por las Partidas, la Novísima Recopilación, leyes desamortizadoras, concentración parcelaria, ley de ordenación rural, ley de montes, ley de reforma y desarrollo agrario y Fuero de Navarra o artículos, mejor leyes 379 a 383, con la figura de las corralizas.

El apartado tercero es dedicado al examen de la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

Más adelante se dedica al estudio de la propiedad separada y su

ámbito en la doctrina, con una nota preliminar, como es tratar el tema a través de un supuesto práctico y confluir con la opinión de autores como Poveda Murcia y Castán, así como la de Flórez de Quiñones y Osorio Morales. Más adelante es el examen de la cuestión en el ámbito socio-económico, el mantenimiento o sostenimiento de esta institución y concluye con una posible solución de la materia y las fórmulas posibles de la misma.

**CARONI, Pío:** "El derecho de superficie en el Derecho suizo". R. D. P. Abril 1974, págs. 273 a 290.

El autor, decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de Berna, ha sido traducido del francés en el presente trabajo por la Facultal de Derecho de la Universidad de Salamanca, bajo la dirección del profesor José Luis de Los Mozos.

A lo largo de cuatro epígrafes y doce párrafos nos da una idea de la institución, abordándola desde sus inicios en el Derecho romano, para continuar con el examen de las construcciones dogmáticas de la figura en el Derecho comparado.

Se concreta seguidamente en el estudio propio del Derecho suizo, con su evolución, constitución, contenido, duración y extinción de la misma.

Examina la figura que estamos señalando, considerándola como una servidumbre, y el contenido de la misma en cuanto tal.

También explica la figura de la misma, considerándola como una obligación real, y las diferencias y analogías que reviste con la misma.

Finalmente, se concluye el trabajo con las relaciones entre superficie y propiedad, así como igualmente se efectúa la concordancia y puntos de contacto y certeras diferencias entre una y otra figura.

**MARTINEZ CALCERRADA, Luis:** "La filiación extramatrimonial". R. D. P. Febrero 1974, págs. 79 y sgs.

El autor, jurista práctico y teórico, puesto que es juez de primera instancia y ex magistrado del trabajo, así como profesor adjunto de Derecho civil, nos da una visión completa y exhaustiva de la materia que estudia bajo el título al principio enunciado. Señala igualmente que este trabajo no es más que el prólogo de otros dos que saldrán posteriormente.

Lleva el estudio un subtítulo donde se enuncia propiamente el contenido del presente trabajo, dedicado a las manifestaciones del fenómeno discriminador en la dicotomía ilegítima y adoptiva.

El sumario consiste en que después de las precisiones terminológicas correspondientes se dedica al examen de la filiación ilegítima, abarcando su concepto y clases, sus antecedentes en el Derecho romano, en el Derecho canónico con su contenido y la influencia del cristianismo, el

Derecho histórico español y dentro de éste un examen completo de las llamadas uniones extramatrimoniales, tales como la barraganería.

Distingue seguidamente la diferencia existente entre filiación ilegítima natural y la no natural.

Finalmente, concluye su estudio con el examen de la figura del reconocimiento y los efectos personales y patrimoniales que el mismo produce, así como las fuentes históricas, la visión histórica del problema y la posibilidad de la ampliación del mismo a toda clase de filiación.

**MARTINEZ CALCERRADA, Luis:** "La filiación extramatrimonial".

R. D. P. Marzo 1974, págs. 202 y sgs.

Es la segunda parte del trabajo del autor que ya hemos mencionado en otra recensión.

Aquí, el problema y el estudio del mismo, se ciñe en torno a la naturaleza de la filiación de los hijos ilegítimos.

Dentro de este epígrafe se examina el alcance e importancia de la figura, con su expresión y naturaleza de los distintos autores, la situación socio-legal de los hijos en sus diferentes aspectos y el aspecto sécu-  
las discriminatorio peculiarmente.

Más adelante, el estudio se centra sobre la investigación de la paternidad, su racionalidad, los motivos de repulsa, los medios que tratan de favorecerla, especialmente los motivos familiares y sociales, así como los morales favorables a la misma.

Finalmente, concluye su examen con el estudio de la cuestión en su amplitud etiológica, empleando una terminología muy moderna y propia de un plan coyuntural moderno, quizás más que apropiada para el examen de un mero tema jurídico. Decimos esto porque, a nuestro parecer, términos como ocultamiento de personalidad, riesgo traumático de noticia eventual, descubrimiento comprensivo y autoconvicción liberadora, son acaso más propios de ensayo sociológico que de tema jurídico, y conste que el estudio es serio y profundo.

**MARTINEZ CALCERRADA, Luis:** "La filiación extramatrimonial".

R. D. P. Abril 1974, págs. 291 y sgs.

Con este trabajo, el autor da cima a un documentado estudio sobre la materia señalada en el epígrafe.

En efecto, es la tercera parte que culmina con otros dos anteriores una completa monografía sobre el tema.

En el presente se concreta directamente sobre la figura de la adopción. Hacemos notar que, al igual que en el segundo trabajo, la terminología se aparta un tanto de la normal al uso jurídico, en la actualidad.

El contenido se centra, sobre el concepto de la adopción, los antecedentes históricos y, dentro de ellos, el Derecho romano, el Derecho his-

tórico español, con sus fueros, Las Partidas, Leyes de Toro y Recopilaciones.

Más adelante examina la caracterización técnico-jurídica de la institución, su significado actual y la influencia de la familia natural según las especies de la adopción.

Al final del estudio sienta las conclusiones pertinentes.

**CASADO IGLESIAS, Emiliano:** "Hacia una calificación jurídico-positiva de las leyes del plan". R. D. P. Mayo 1974, págs. 384 y sgs.

Cinco partes importantes se pueden distinguir dentro del presente trabajo.

La naturaleza y clases de la actividad administrativa, donde el autor examina el paso del sistema liberal al sistema intervencionista del estado a través de la frase Farjat de que "los poderes públicos quieren dirigir la economía sin recurrir a la imposición".

Una segunda parte, donde se examina el origen y la evolución de los planes de desarrollo, no deteniéndose sólo en el examen de los españoles, sino también en el estudio de los planes italianos, belgas y alemanes.

El apartado tercero es dedicado de un modo más pormenorizado a examinar e investigar la configuración y contenido de los planes de desarrollo españoles; en él, partiendo la Ley de Régimen Jurídico de la Administración, se detiene en el Plan de 1963 y los posteriores de 1967 y 1968.

Seguidamente, en el epígrafe cuarto, se investiga la naturaleza de las leyes del Plan, donde partiendo de la dificultad de su configuración, penetración y su importancia se van enumerando las diversas opciones, inclinándose el autor por considerarla como una ley constitucional, afirmando las ventajas que de ello se pueden derivar, incluso respondiendo al actual criterio y necesidad de dar a las relaciones públicas de la Administración las garantías sustantivas y formales de un actuar de la mayor fijeza y legitimidad.

**SANTOS BRIZ, Jaime:** "El contrato de seguro privado". R. D. P. Junio 1974, págs. 477 y sgs.

El autor manifiesta que el presente trabajo es parte de uno de los capítulos de su obra "Derecho Civil, Teoría y Práctica", concretamente el referente a su tomo III.

Analiza de modo general las diferencias entre los seguros privados y los llamados seguros sociales, para pasar a continuación a dar el concepto legal y los caracteres del seguro privado.

Dentro de éstos, señala la aleatoriedad, el ser consensual, bilateral, de adhesión y sometido a intervencionismo estatal.

El apartado III se dedica a examinar la forma, el contenido del con-

trato, y dentro de éste las obligaciones sinalagmáticas y las obligaciones del asegurado posteriores al siniestro.

Continúa con una detallada investigación del seguro de responsabilidad civil, distinguiendo entre ellos los de cosa determinada, los de sujeto responsable y los de actividad del sujeto responsable.

Más adelante, dedica especial atención al seguro de responsabilidad civil derivado de accidentes de circulación vial.

En él distingue toda su problemática, que abarca desde el hábito subjetivo a la acción directa, pasando por el ámbito subjetivo, los elementos reales, la perfección y el contenido del contrato y la facultad de repetición del asegurador.

**DORAL, José Antonio:** "El fraude y la defensa del interés familiar en el Código civil". R. D. P. Julio-agosto 1974, págs. 555 y sgs.

Aunque otra cosa parezca deducirse del título, el trabajo se refiere a la materia de los bienes gananciales o más ampliamente a los efectos del fraude en la esfera patrimonial del matrimonio.

En efecto, después de un planteamiento en el que sigue a De Castro en la distinción entre fraude y negocio fraudulento, sigue con el interés familiar como principio fundamental del régimen de bienes y los significados del término fraude.

El epígrafe segundo es dedicado a investigar los correctivos del fraude y la cristalización histórica del interés familiar, y la nueva orientación del Código civil. Hacemos constar que el trabajo es anterior a la Ley de 2 de mayo de 1975.

Más adelante se dedica al estudio del tema del fraude y su interpretación, con sus presunciones, y el ejercicio de acciones y, dentro de éstas, el abuso de impugnación, la falta de interés legítimo y el fraude a terceros.

El apartado IV se dedica al interés familiar y a la afección de bienes, con la esfera de aplicación, con el ánimo del dolo y la responsabilidad, para terminar con las conclusiones pertinentes, entre las que descuellan el interés legitimador puede excluir de la tacha de fraudulento a un acto que aparentemente podría merecer esta calificación y conferirlo a otro realizado al amparo de la ley.

**CARRASCO CANALS, Carlos:** "Estructuralismo "versus" derecho". R. D. P. 1974. Julio-agosto, págs. 581 y sgs.

Cinco apartados, todos ellos importantes en una materia en la que los juristas nos encontramos en mantillas y todavía en los albores de su importancia.

Partiendo de sus dificultades y de su planteamiento, la dificultad mayor es encuadrar el problema dentro de la metodología de la ciencia del derecho y de las ciencias del hombre.

Trata de dar un concepto fundamental de la estructura, a través de su significado equívoco, del estructuralismo específico o global, para pasar seguidamente a dar una versión sobre el razonamiento estructural y la concepción metafísica y la metodología, para pasar a concretar sobre los temas específicos de lo jurídico.

Sigue con la operatividad y la aplicación analógica, pasando por el estructuralismo lingüístico.

En resumen, el autor, al final de su trabajo, afirmando que su intención es abrir un camino de penetración, sin vocación dogmática y con la ilusión de ofrecer a los juristas una esperanza real alcanzable.

**CRISTOBAL MONTES, Angel:** "Naturaleza jurídica y efectos de la obligación que nace de la promesa del hecho ajeno". R. D. P. Septiembre 1974, págs. 661 y sgs.

Se estudia la eficacia de esta figura a lo largo de nueve capítulos, el primero de los cuales se dedica de modo claro a determinar la base de partida de la naturaleza jurídica de la institución.

Un segundo capítulo nos adentra en el estudio de la obligación del promitente como una obligación condicional, siguiendo las tesis de autores como Galdi y Cornelutti, pasando a un tercer epígrafe donde se examina la figura una obligación de hacer lo posible para que el tercero cumpla.

Una nueva postura es investigada al considerar la obligación del promitente como asunción del riesgo del incumplimiento por parte de tercero, que es la antesala de una nueva postura como obligación de indemnizar caso de que el tercero no cumpla.

Los efectos de la obligación son estudiados seguidamente, antes de entrar en el examen de la obligación como anterior a la aceptación por parte de tercero.

El estudio de la figura en sus momentos finales constituye la conclusión del trabajo, al examinar los dos momentos distintos y distantes entre sí, uno, cuando tiene lugar la aceptación por el tercero, el otro, a partir del momento en que el tercero rehúsa aceptar.

**BERCOVITZ Y RODRIGUEZ CANO, Rodrigo:** "La capacidad de la mujer casada en las situaciones anormales del matrimonio". R. D. P. Septiembre 1974, págs. 700 y sgs.

Con la advertencia de que el presente estudio es anterior a la Ley de 2 de mayo de 1975, nos introducimos en el presente estudio, que por cierto es ampliado por el autor en la reforma del Código, en la obra publicada por Ediciones Tecnos por varios autores.

De todas maneras, el trabajo intenso y de una densidad que hace un esfuerzo por parte del lector nos lleva a conclusiones nuevas y moder-

nas, aún en la época de vigencia de los viejos preceptos, cosa que ya es habitual en el autor que siempre aporta visiones innovadoras y de una gran densidad y copiosidad de soluciones.

El sumario abarca desde la interpretación tradicional del artículo 1.444, ahondando en las contradicciones del artículo y de sus interpretaciones tradicionales, para pasar a dar una visión personalísima sobre el precepto disminuyendo en lo posible su eficacia, examinando los resultados posibles de esta nueva interpretación, para llegar a la exégesis e interpretación del artículo 1.442 a la luz de las exigencias que impone el 1.444 y sentar finalmente las conclusiones últimas.

Estamos ante un trabajo que necesariamente se ha de tener a la vista, cuando existan los más mínimos problemas de investigación y aplicación práctica de las materias que estudia y que ha de servir además como antecedente inmediato de la importante reforma de 2 de mayo de 1975.

#### CLAVE DE ABRÉVIATURAS

ACP = Archiv für die Civilistische Praxis (Tubinga).

AD = Anuario de Derecho (Panamá).

AFB = Annales de la Faculté de Droit de l'Université de Bordeaux.

AFD = Anuario de Filosofía de Derecho (Madrid).

AJCL = The American Journal of Comparative Law (Michigan).

AUM = Anales de la Universidad de Murcia.

BCAM = Boletín del Colegio de Abogados de Madrid.

BDC = Boletín de la Sección de Investigaciones de Derecho Comparado (Quito).

BFD = Boletín de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales (Córdoba, Argentina).

BFDC = Boletim da Facultade de Direito (Coimbra).

BI = Boletín de Información del Ministerio de Justicia (Madrid).

BIM = Boletín del Instituto de Derecho Comparado de Méjico.

BIR = Bollettino Informativo dell'Istituto Giuridico Spagnuolo in Roma.

BMI = Boletim do Ministerio da Justiça (Lisboa).

BS = Boletín del Seminario de Derecho Público de la Universidad de Santiago de Chile.

BUSC = Boletín de la Universidad de Santiago de Compostela.

CDA = Cuadernos de Derecho Angloamericano (Barcelona).

CDF = Cuadernos de Derecho Francés (Barcelona).

CLJ = The Cambridge Law Journal.

CLQ = Cornell Quarterly (Ithaca, Nueva York).

DG = Diritto e Giurisprudenza (Nápoles).

DM = Derecho (Medellín, Colombia).

ED = Estudios de Derecho (Antioquía).

EF = Ehe und Familie im Privaten und Offentlichen Recht. Zeitschrift für das gesamte Familienrecht (Bielefeld).

F = El Foro (Méjico).

- FG = Foro Gallego (La Coruña).
- FM = Foro Manchego. Revista del Ilustre Colegio de Abogados (Ciudad Real).
- IC (ICLQ) = The International and Comparative Law Quarterly (Londres).
- IDC = Instituto de Derecho Comercial y de la Navegación (Buenos Aires).
- IJ = Información Jurídica (Madrid).
- IM = Ius (Milán).
- IR = Iustitia (Roma).
- JF = Jornal do Foro (Lisboa).
- L = La Ley (Buenos Aires).
- LQ = The Law Quarterly Review (Londres).
- LRN = La Revue du Notariat (Québec).
- MDR = Monatschrift für Deutsches Recht (Hamburgo).
- MLR = The Modern Law Review (Londres).
- NC = The North Carolina Law Review.
- NJW = Neue Juristische Wochenschrift (Munich-Berlín).
- NR = Nuestra Revista (Madrid).
- NRD = Nuova Rivista di Diritto Commerciale, Diritto dell'Economia, Diritto Sociale (Padua, Pisa).
- OZOR = Österreichische Zeitschrift für Offentliches Recht (Viena).
- P = Pretor. Revista Técnica de Justicia Municipal (Madrid).
- PC = Propiedad y Construcción. Revista Técnico-Informativa (Valencia).
- RAP = Revista de Administración Pública (Madrid).
- RB = Revista Jurídica (Cochabamba, Chile).
- RCA = Revista del Colegio de Abogados de Buenos Aires.
- RCDI = Revista Cubana de Derecho (Habana).
- RCDI = Revista Crítica de Derecho Inmobiliario (Madrid).
- RCH = Revista de Derecho (Concepción, Chile).
- RCJS = Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales (Santa Fe, Argentina).
- RCM = Revista del Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario (Bogotá).
- RCP = Revista del Colegio de Abogados (Puerto Rico).
- RDC = Revista del Diritto Commercial e del Diritto Generales Delle Obbligazioni (Milán).
- RDDC = Rivista di Diritto Civile (Padua).
- RDEA = Revista de Derecho Español y Americano (Madrid).
- RDES = Revista de Dereito e de Estudos Sociais (Coimbra).
- RDJ = Revista de Derecho Judicial (Madrid).
- RDLC = Revista de Derecho y Legislación (Caracas).
- RDLP = Revista de Derecho (La Paz).
- RDM = Revista de Derecho Mercantil (Madrid).
- RDMSP = Rivista del Diritto Matrimoniale e dello stato delle persone (Milán).
- RDN = Revista de Derecho Notarial (Madrid).
- RDP = Revista de Derecho Privado (Madrid).
- REDM = Revista Española de Derecho Militar (Madrid).
- REDME = Revista de la Facultad de Derecho de México.
- REP = Revista de Estudios Políticos (Madrid).
- REVL = Revista de Estudios de la Vida Local (Madrid).
- RFC = Revista del Foro Canario (Las Palmas).

- RFDBA = Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales (Buenos Aires).
- RFDC = Revista de la Facultad de Derecho (Canarias).
- RFDM = Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales (Montevideo).
- RFDSP = Revista de Facultade de Direito da Universidade de São Paulo.
- RFDUM = Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid.
- RFL = Revista del Foro (Lima).
- RFP = Revista da Facultade de Direito do Paraná (Curitiba).
- RGD = Revista General de Derecho (Valencia).
- RGLJ = Revista de Legislación y Jurisprudencia (Madrid).
- RH = Revue Historique de Droit Français et étranger (París).
- RHD = Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis. Revue d'Histoire de Droit (Bruselas, La Haya).
- RIDC = Revista del Instituto de Derecho Civil (Tucumán).
- RIDCO = Revista del Instituto de Derecho Comparado (Barcelona).
- RIDCP = Revue International de Droit Comparé (París).
- RIN = Revista Internacional del Notariado (Buenos Aires).
- RISG = Rivista Italiana per la Science Giuridiche (Roma).
- RJC = Revista Jurídica de Cataluña (Barcelona).
- RJD = Revista Jurídica Dominicana.
- RJN = Revista Jurídica Nicaragüense.
- RJP = Revista Jurídica del Perú (Lima).
- RJPR = Revista Jurídica de la Universidad de Puerto Rico.
- RL = Rivista di Diritto Internazionale e comparato del Lavoro (Bolonia).
- RLJ = Revista de Legislação e Jurisprudência (Coimbra).
- RN = Revista del Notariado (Buenos Aires).
- ROW = Recht in Ost und West Zeitschrift für Rechts, vergleichung und interzonale Rechtsprobleme (Berlín).
- RP = Revista de Derecho Procesal (Madrid).
- RPR = Rivista di Diritto Processuale (Padua).
- RPI = Revista de la Propiedad Industrial (Madrid).
- RS = Rivista delle Società (Milán).
- RTC = Revue Trimestrielle de Droit Commerciel (París).
- RTDC = Revue Trimestrielle de Droit Civil (París).
- RTDP = Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile (Milán).
- RTDPO = Rivista Trimestrale di Diritto Público (Milán).
- RUM = Revista de la Universidad de Madrid.
- SA = Sociedades Anónimas. Revista de Derecho Comercial (Montevideo).
- SJ = Svensti Juristtdning (Estocolmo).
- T = Temis. Revista de Ciencia y Técnica Jurídicas (Zaragoza).
- UNC = Universidad Nacional de Colombia (Bogotá).
- ZRV = Zeitschrift für Vergleichende Rechtswissenschaft (Stuttgart).



# RESOLUCIONES DE LA DIRECCION GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO

A cargo de  
CHICO Y ORTIZ, José María  
Registrador de la Propiedad

## DERECHO MERCANTIL

SOCIEDAD ANÓNIMA.—REVOCACIÓN DE NOMBRAMIENTO DE CONSEJERO-DELEGADO Y APODERADOS.—1.<sup>º</sup> LA CLÁUSULA POR LA QUE SE FACULTA AL CONSEJO DE ADMINISTRACIÓN PARA DEJAR SIN EFECTO LA DELEGACIÓN HECHA NO ATENTA A LA COMPETENCIA DE LA JUNTA GENERAL PARA SEPARAR A LOS ADMINISTRADORES, CONFORME AL ARTÍCULO 75 DE LA LEY. 2.<sup>º</sup> EL CONSEJO DE ADMINISTRACIÓN FACULTADO PARA NOMBRAR APODERADOS DE LA SOCIEDAD PUEDE ESTARLO TAMBIÉN PARA ORDENAR SU REVOCACIÓN. (Resolución de 8 de febrero de 1975, *Boletín Oficial del Estado* de 25 de febrero de 1975.)

*Hechos.*—En el recurso gubernativo interpuesto por el Notario don José Periel García contra la negativa de V. S. a inscribir un pacto de una escritura de modificación de Estatutos.

Resultando que por escritura autorizada en Guadalajara por el Notario recurrente, el 11 de mayo de 1974, en cumplimiento de los acuerdos adoptados por la Junta Universal de 22 de marzo del mismo año, se modificaron varios artículos de los Estatutos sociales de la Compañía Mercantil “Prefabricados de Guadalajara, S. A.”, entre ellos, el artículo 28 que en su nueva redacción dice: “Para el ejercicio de las funciones de dirección, administración y representación de la sociedad, el Consejo de Administración podrá designar a uno o más de sus miembros consejero delegado, así como nombrar uno o más gerentes que no precisarán ser consejeros ni accionistas. La separación de ambos cargos será competencia exclusiva del Consejo de Administración.”

Resultando que presentada en el Registro primera copia de la anterior escritura, y en uso de la facultad que autoriza el artículo 434 del Reglamento Hipotecario, se practicó en el Registro la inscripción de la mencionada escritura, de la siguiente forma: “Inscrito el precedente documento en el Registro Mercantil de esta provincia, tomo 17, libro 8.<sup>º</sup> de la sección 3.<sup>a</sup> de Sociedades, folio 112, hoja número 120, inscripción 2.<sup>a</sup>; a excepción del párrafo del artículo 28 de los Estatutos que dice: —la separación de ambos cargos será competencia exclusiva del Consejo de Administración—”;

Resultando que presentada de nuevo esta escritura “se deniega la inscripción del pacto que se excluyó antes, según consta en la nota precedente, porque dados los términos en que está redactado, origina el defecto insubsanable de ir contra lo dispuesto en el artículo 75 de la Ley de Sociedades Anónimas de 17 de julio de 1951, no tomándose anotación de suspensión por no ser procedente, no habiéndose tampoco solicitado”;

Resultando que el Notario autorizante del instrumento interpuso recurso de reforma y subsidiariamente gubernativo contra la anterior calificación y alegó: que la cláusula contiene dos supuestos dispares, el de Consejero Delegado y el de Director General con diverso tratamiento, por lo que se estudiarán por separado; qué en cuanto a la separación del cargo de Consejero Delegado, la redacción del artículo 28 cuya inscripción se deniega es correcta, ya que no contradice el principio de libre remoción de administradores consagrado en el artículo 75 de la Ley (y reconocido expresamente por el artículo 22 de los estatutos); que la doctrina coincide en que la delegación y su duración, salvo disposición en contrario de los estatutos, es función privativa del Consejo; que si bien el Consejero es elegido por la Junta, el Consejero Delegado lo es por el Consejo y no puede aquéllo —salvo previsión estatutaria— intervenir en las cuestiones de régimen interno de éste, como expresamente viene a reconocer el artículo 77 de la Ley de Sociedades Anónimas, pues siendo la facultad de delegar materia dispositiva no es aplicable a la misma el artículo 75 citado; que la delegación o concentración de las funciones del Consejo en uno o más consejeros, es un juicio de valor que sólo compete a éste y no a la Junta, máxime cuando la responsabilidad por las actuaciones dolosas o gravemente culposas del delegado es del Consejo y no de la Junta; que la Junta podrá siempre destituir al Consejo o a los consejeros, pero lo que no puede será retirar una delegación que no concedió; que en cuanto a la separación del Director General, el artículo 75 de la Ley de Sociedades Anónimas no parece referirse al mismo, sino a los administradores como órgano social imprescindible, puesto que el Director General, como aclara el artículo 77 de la misma ley, es un mero apoderado de los administradores, habrá de ser persona que por sus cualidades y aptitudes merezca la confianza de aquéllos, máxime cuando con su actuación puede desencadenar la responsabilidad del Consejo en base a una culpa *in eligendo o in vigilando*; y que la Junta es soberana, pero no tanto que no deba respetar los límites que a su actuación prevean los Estatutos, y si en materia no coactiva se pacta por la Junta no podrá —sin modificar aquéllos o remover el Consejo— alterar la posición del director general en la empresa, no parece que exista ningún obstáculo derivado del ordenamiento que impida tal previsión;

Resultando que el Registrador dictó acuerdo manteniendo su calificación por los siguientes fundamentos: que en relación a los Consejeros Delegados el recurrente sustituye el concepto de Consejero-Delegado por el de delegación, lo cual induce a confusión, pues si bien la delegación es asunto interno y privativo del Consejo, la cláusula denegada no se refiere a la "delegación" como función añadida al cargo de Consejero-Delegado, sino que dice que "la separación del cargo de Consejero Delegado será competencia exclusiva del Consejo", por lo que más que ante un problema jurídico se está ante un problema gramatical, ya que la cláusula discutida no parece decir lo que indica el recurrente en su escrito, a la cual no hay que poner ninguna objeción, sino que, por el contrario, expresa otra cosa que puede inducir a confusión, lo que no es deseable ni en una escritura pública ni en el asiento registral correspondiente; y que si la Junta General puede destituir cuando quiera a cualquier Consejero, inclu-

yendo a los Consejeros Delegados, no es admisible la redacción del artículo estatutario denegado; que la figura del Consejero Delegado se compone de dos titularidades: un cargo, el de Consejero, que la faculta para una administración conjunta, y una función añadida, la delegación, que le facilita para administrar en nombre del Consejo; que si le faltó lo primero, cuyo nacimiento y extinción dependen de la Junta, no podrá desempeñar la segunda; que en cuanto al Gerente (que el recurrente llama en su escrito Director General, aunque esta denominación no se emplea en la escritura) le es igualmente aplicable el artículo 75 de la Ley, que no es susceptible de interpretaciones restrictivas, puesto que —aunque no es específicamente un órgano social de administración— ejerce la administración como función concedida por el Consejo, según se deduce de la cláusula denegada; que la intención del legislador al atribuir a la Junta la facultad omnimoda de destituir a un administrador único o a varios consejeros, no se basa en que se trate de órganos necesarios de administración, sino en que la Junta no puede tolerar que sus intereses estén en mano de quien los administra mal, y estas mismas razones existen para poder destituir a cualquier persona, cualquiera que sea su nombre, que ejerce la administración; que la duración del cargo de Gerente no puede depender nunca exclusivamente del Consejo, como se pretende que conste en los Estatutos; y que la facultad de separar a los que administran una sociedad anónima es contemplada por la doctrina y la jurisprudencia como no susceptible de limitaciones de clase alguna, y en este sentido se pronuncian las sentencias de 28 de junio de 1934, 31 de diciembre de 1930 y muy recientemente la Resolución de la Dirección General de 13 de marzo de 1974.

*Doctrina.*—“Considerando que en la cláusula sujeta a debate se ha distinguido tanto por el Notario recurrente como por el funcionario calificador, por exigir un tratamiento diferente, de una parte la cuestión relativa a la separación del cargo de Consejero-Delegado, y de otra, la también separación del puesto de Gerente, designados en ambos casos por el Consejo de Administración, por lo que se procederá a su estudio examinando los dos supuestos con independencia”;

“Considerando que los respectivos informes de las dos partes coinciden en cuanto al punto esencial de que es al Consejo de Administración a quien corresponde retirar la delegación que ha concedido, discrepándose en cuanto a la forma en que se ha redactado la cláusula, que para el Registrador no aparece lo suficientemente clarificada al poder inducir a confusión, y por eso indica “no estamos ante un problema jurídico propiamente dicho; es más un problema gramatical”;

“Considerando que, en efecto, una interpretación rigurosamente literal llevaría a afirmar que, en contravención del artículo 75 de la Ley de Sociedades Anónimas, podría el Consejo de Administración, de acuerdo con el texto estatutario, no sólo revocar la delegación efectuada, sino también separar a uno de los miembros del Consejo, dado que se habla de “Consejero-Delegado”, abarcando el doble aspecto de administrador y delegado de funciones; ello no obstante, por la sola lectura del artículo 28 de los Estatutos, que se refiere claramente a esta última función, y máxime si se tiene en cuenta que el artículo 22 de los mismos Estatutos reconoce a la Junta General la competencia de separar en cualquier mo-

mento a cualquiera de los Consejeros, hay que concluir que en este punto es más adecuado la interpretación contraria, y sin que ello suponga cercenar en nada las facultades de la Junta que, como órgano supremo de la Sociedad puede —de acuerdo con el mencionado artículo 75—, al separar al Administrador que ostente a la vez una delegación del Consejo, hacerle cesar en esta función, por ser inexcusable para ello formar parte del mismo”;

“Considerando en cuanto a la segunda parte de la cláusula, es decir, en lo que al Gerente se refiere, es indiscutido que el Consejo que lo nombró está facultado para proceder a su revocación, señalándose en la nota de calificación que al redactarse en la forma indicada se vulnera el artículo 75 de la Ley, por cuanto queda amputada una de las facultades de la Junta General —cuál es su derecho a separar—, que debe aplicarse no sólo a los administradores, sino “también a quien, sin ser órgano de la Sociedad, ejerza la administración como función conferida por el Consejo de Administración y no por la Junta”;

“Considerando que al ser el Consejo de Administración a quien corresponde la gestión y representación de la Sociedad, de la que responderá por sus actos ante ella, le incumbe por su propia esencia la organización interna y distribución, en su caso, de funciones, para lo cual no sólo está autorizado, siempre que los Estatutos no dispongan otra cosa, para designar la Comisión Ejecutiva o el Consejero-Delegado, a que hace referencia el artículo 77 de la Ley, sino también a conferir los apoderamientos que estime necesarios a cualquier persona, y como tal poderdante podrá revocar o no en cualquier momento el poder otorgado, y sin que la Junta pueda hacerlo directamente, por suponer una intromisión en las relaciones internas del Consejo con su apoderado, aunque sí podrá al fiscalizar la gestión social del administrador aprobar o no la actuación seguida y proceder en consecuencia, si lo estima oportuno, a su remoción, que podría llevar aparejada la del apoderamiento dado.”

“Esta Dirección General ha acordado revocar la nota del Registrador.”

#### *Consideraciones críticas*

Existe un cierto paralelismo entre la ley de propiedad horizontal y la de sociedades anónimas, en cuanto ambas, dadas en un momento histórico, han ido quedándose “rezagadas” y siendo insuficientes para resolver por sí solas esa serie de casos que la vida práctica va planteando. De ahí que una y otra hayan sido ya objeto de críticas por la doctrina dominante y que se piense seriamente en sus posibles modificaciones. El paralelismo no queda ahí, sino que trasciende a esa serie de personas e instituciones que han de manejar sus preceptos y que a través de sus interpretaciones y creaciones permiten forzar “literalidades” mal entendidas o “espíritus” de meridiana claridad.

A poco que se repase la jurisprudencia de la Dirección General en sus cinco años últimos, se verá cómo la misma intenta abrir huecos en esas paredes maestras de las leyes citadas para dar cabida a casos y supuestos que la vida va ofreciendo. Esta labor facilitadora es indudable

que, al recorrer el ciclo de su incorporación a la norma, ha de ser fructífera en cuanto significa creación de un derecho que exige reglamentación. Si en muchos casos el hecho básico que inclina balanzas justifica sobradamente el fallo, en otros, sin embargo la generalización puede resultar peligrosa. En el presente caso que el Registrador y la Dirección "matizan" bajo la idea de que no es un problema jurídico, sino un problema gramatical, es indudable que el intérprete se niegue a su admisión. No. Si el problema es de "gramática", creo que puede haber argumentos para defender una u otra postura, pero si el problema es de contradicción entre una norma estatutaria y una disposición legal, la cosa cambia.

Si en la cláusula estatutaria que se cuestiona no existe contradicción con las facultades que normalmente corresponden al Consejo de Administración, entre las que está la de delegar o apoderar y revocar dichas delegaciones o apoderamientos, creo que es innecesaria su redacción, pues no es más que repetir algo que debe darse por supuesto y pretender que eso se inscriba puede resultar "sospechoso". La solución primera que el Registrador da al asunto era la correcta: inscribir el artículo modificativo, menos el párrafo que cuestiona el problema: "La separación de ambos cargos será competencia exclusiva del Consejo de Registrador". ¿Hubiera pasado algo si eso no se inscribe? Si la cláusula tenía el alcance que el Notario le da en sus alegaciones, era exactamente igual que se inscribiera como que no.

Si, por el contrario, la cláusula cuestionada en su párrafo final provocaba una evidente contradicción con el artículo 75 que atribuye la "exclusiva" de separar a los administradores a la Junta General, habría necesariamente que haber denegado, como lo hizo, el Registrador, la segunda vez, su acceso al Registro. Era un pacto contra ley de imposible acceso a los libros registrales.

La Dirección General, en base de las razones que hemos visto inclina balanzas a favor de la tesis notarial e identifica las ideas de "separación" que parecen ser las que la Junta tiene, con las de "revocación" que son las que el Consejo puede realizar. Debemos fijarnos que la cláusula cuestionada habla de la "exclusiva" de la "separación" y no de la "revocación", además de utilizar el término "cargos" y no el de delegaciones y apoderamientos. ¿Hay base para mantener esta doctrina? Creo que para ello habría que distinguir lo que desde hace tiempo hizo PORPETA ("Sustitución de poder", A. A. M. Notariado, 1945, pág. 143) entre representación "orgánica o necesaria" (la representación legal y la de las personas jurídicas) y la "ignorgánica, voluntaria o eventual", que nos va a permitir estructurar el caso con la doble vertiente que la Resolución aborda.

#### A) *Representación orgánica*

PORPETA CLERIGO, en la obra apuntada, siguiendo las tesis de GIERKE, KOHLER y CARNELUTTI, entiende que el poder de representación orgánica tiene carácter inmanente. Esto quiere decir que las facultades representativas de que disfruta el órgano no proceden de una "delegación", no

proceden de otro sujeto de derecho, sino que al ejercerlas el órgano es el propio sujeto representado quien inmediatamente las ejerce por conducto suyo. En la representación voluntaria los poderes funcionan a base de facultades "delegadas" y la personalidad del apoderado se destaca de la del poderdante, permaneciendo frente a él como cosa distinta. De ahí se deduce una conclusión: sólo cabe sustitución cuando el sustituyente opera con facultades que no le pertenecen.

En la misma línea apuntada se mueven GARRIGUES y URÍA ("Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas", tomo II, 1953, pág. 91) al decir que "La diferencia entre representación orgánica y representación inorgánica consiste en que el simple apoderado no asume, a diferencia del órgano representativo, la dirección de los negocios sociales".

No es preciso aclarar que imperativamente la organización de la sociedad anónima se basa en la existencia de dos órganos: el soberano, constituido por la Junta General y el administrativo, al cual está encomendada la gestión y representación social. Imperativamente la representación corresponde al Consejo de Administración, que, a su vez, imperativamente debe formarse cuando "la administración de la sociedad se confíe conjuntamente a varias personas" (artículo 73). Para el caso de que solamente exista un solo administrador (o administradores solidarios, conforme a la tesis de GARRIGUES-URÍA) la representación no dejará de ser orgánica, pues no por ello habrá de ser inexcusable un órgano representativo, que en este caso será, como dice GARRIGUES-URÍA, un órgano unipersonal. Aunque los poderes que recibe son a través de los estatutos o de la Junta General, no son ni aquéllos ni ésta quienes determinan el alcance de estos poderes, porque este alcance está determinado expresamente por la Ley. Si es la Junta la que designa al administrador esta designación no se refiere al "órgano" (esto es propio de los estatutos, los cuales establecerán que en la sociedad en cuestión no habrá más que un administrador o un gerente), sino la persona que haya de designar el cargo.

De esta exposición genérica del supuesto de representación orgánica, caben dos o tres consecuencias: a) No cabe, como hemos dicho, una sustitución de un poder que no existe. b) No cabe la revocación de algo que no se ha transferido. c) Cabe perfectamente que el nombramiento de Consejero quede en poder de la Junta general y que sea la misma la que ostente la facultad de "separación". De ahí que la Ley de Sociedades Anónimas distinga con ciertos matices los supuestos de "separación" (artículo 75), "renovación" (artículo 72) y "dimisión" (artículo 77), pero para nada hable en estos casos de "revocación".

El Consejo, una vez constituido, puede hacer tres cosas: actuar frente a terceros como un órgano colegiado, confiar a uno o dos miembros de su seno la misión de llevar a cabo la misión de la representación, nombrando consejero delegado, por ejemplo, o apoderar expresamente a cualquier persona (artículo 77). Es evidente, y así lo reconocen Notario recurrente y Registrador calificador, que estos actos internos del Consejo de Administración son de su exclusiva competencia. Hay en ellos la concepción de algo (otorgamiento de facultades, concentración de facultades, apoderamiento, delegación, etc.) y ese acto es, por naturaleza, revocable únicamente por quien lo otorgó. Es indiscutible. La Junta General tiene

la exclusiva de nombrar y separar a los Consejeros, pero la legitimación y la competencia para revocar las facultades que el Consejo otorga sólo a éste corresponden.

Por ello, entiendo incorrecta y atentatoria la cláusula cuestionada, además de torpemente redactada. "La separación de ambos cargos será competencia exclusiva del Consejo de Administración". Creo que el Consejo puede "revocar" lo que concede pero nunca separar del cargo a un consejero o a un apoderado. Lo que el Consejo hace no es "crear" un cargo, sino concentrar en una o varias personas las facultades que la Ley le tiene concedido o provocar un apoderamiento especial para ello. La separación del cargo de Consejero es competencia exclusiva de la Junta General y puede llevar consigo, caso de producirse, la de hacer cesar en la función en la que el Consejo le ha delegado. Lo reconoce así el considerando tercero "in fine". Si esto se acepta no puede admitirse la validez de la cláusula, pues resulta que el Consejo de Administración tampoco ostenta "en exclusiva" la "separación" (yo más bien diría revocación) de la función (cargo) delegada. La Junta General, en forma directa, también ostenta esa facultad, pues es evidente que no se puede ser "Consejero Delegado" sin ser Consejero. El argumento estaba claramente defendido por el Registrador en su informe. Y lo que podía ser válido para el administrador nombrado por un apoderamiento especial, pues a ese sí que es imposible "separarlo" por la Junta General, ya que ésta no lo ha nombrado, deja de ser aplicable al Consejero Delegado. La cláusula no sólo era errónea, sino que inducía a error y traspasaba al Consejo "en exclusiva" unas facultades que corresponden a la Junta General. Es decir, extendía la "exclusiva" que ostenta frente al "apoderado" al caso del Consejero-Delegado.

El argumento en el que se basa la Dirección General para sostener la postura notarial es el de que si bien aparentemente la redacción del artículo 28 de los estatutos podría parecer contradictorio del 75 de la Ley de Sociedades Anónimas, es evidente que conforme al 22 de los mismos estatutos resplandece la buena doctrina ya que en el mismo se reconoce a la Junta General el derecho a "separar" a los Consejeros. Pero este argumento que lleva a la solución por anulación de dos preceptos contradictorios y aplicación de un principio general, no me convence, pues si el 28 es contradictorio del 75 de la Ley, también lo es del 22 de los Estatutos. Supongamos —y la teoría la tomo de RODRÍGUEZ ARTIGAS ("Consejeros Delegados, Comisiones ejecutivas y Consejos de Administración")— que a tenor del artículo 77, párrafo 1.<sup>º</sup> de la Ley de Sociedades Anónimas por tratarse de un precepto de carácter dispositivo (tesis que mantiene GIRÓN TENA, "Derecho de Sociedades Anónimas") y no imperativo permite que los estatutos confíen, si lo estiman oportuno, la delegación de funciones de gestión a la Junta General y se pretendiese su inscripción en el Registro Mercantil, redactando la norma en iguales o parecidos términos de "exclusividad" y que, para defender su posible incompatibilidad, se esgrimiera como argumento que aparte de la posible contradicción existente entre el artículo de los estatutos y el 77, 1.<sup>º</sup> de la Ley, ésta debe considerarse inexistente porque en los mismos estatutos se dice

que es el Consejo de Administración el que puede hacer la delegación de funciones. Poco convincente, ¿verdad?

### B) *Representación inorgánica*

Dando por supuesto los caracteres que perfilan esta clase de representación y señalando con PORPETA que es la que otorga el puro arbitrio del sujeto representado, pudiendo éste jurídicamente prescindir de ella, vamos a ver si el supuesto de Consejero-Delegado y el del apoderamiento especial de que habla el artículo 77 de la Ley de Sociedades Anónimas y el artículo 28 de los cuestionados estatutos entran o no en el supuesto.

No hay que confundir, alvieren GARRIGUES-URÍA, al Administrador único (en vez del Consejo de Administración) con el Administrador o Administradores Delegados (Consejeros-Delegados), ni con los apoderados generales o singulares. En estos casos las facultades del administrador delegado o del apoderado dependerán en cuanto a su existencia y extensión, del contenido del acuerdo de delegación.

Se hace difícil saber si la "concentración" de funciones que por delegación recibe la Comisión Ejecutiva o el Consejero-Delegado suponen una representación orgánica o inorgánica, pues si como consecuencia de la distinción apuntada es la inexistencia en la primera de "sustitución" de poderes, es evidente que el Consejero-Delegado al no recibir una "sustitución" del poder, tiene que incluirse dentro de la representación inorgánica. No ayuda mucho la Ley a deslindar la materia, ya que por "delegación" entiende no sólo el caso de nombrar una comisión ejecutiva o un consejero-delegado, sino la "sustitución" de facultades que la Junta General conceda expresamente al Consejo (artículo 77, párrafos 1.<sup>o</sup> y 2.<sup>o</sup>). RODRÍGUEZ ARTIGAS, en la obra antes citada, apunta la dificultad del problema y considera que para lograrlo habría que integrar el concepto de la delegación a base de un tratamiento analógico con otros supuestos de delegación en el ordenamiento jurídico, lo cual añadiría mayores oscuridades, pues el problema es de organización y no de sustitución de una de las partes en un contrato bilateral. Quizá se acerque el supuesto al caso apuntado de "concentración de funciones" teniendo en cuenta que todos son consejeros o a lo que apuntó PESCE: una modificación en la forma de actuar.

Lo que sí es más claro es la otra figura del apoderamiento. Existe en ese caso un supuesto de apoderamiento a favor de cualquier persona y que entra en la órbita de la teoría general del mandato y la comisión mercantil, desplazándose del ámbito social. Aquí sí que hay una verdadera representación inorgánica o voluntaria aunque al así nombrado se le designe como "gerente" o "director general". Por eso en principio creo que a estas personas no se les puede aplicar el artículo 75 de la Ley de Sociedades anónimas, pues aun cuando "administren" en el sentido amplio de la palabra, nunca lo hacen como administradores nombrados por la Junta, pues cuando ésta haga el nombramiento o lo concreta a uno o a varios, y si son varios son ya Consejo de Administración, y es a éste al que la ley le faculta para el apoderamiento especial.

En el comentario a esta misma resolución FERNÁNDEZ CABALEIRO ("Rev. Cr. Dr. Inmobiliario", número 58, 1975, pág. 671) llega a la conclusión, a mi entender equivocada, de que no es el Consejo de Administración el que apodera, sino que es la Sociedad la que concede la facultad y el Consejo apodera por delegación, siendo la Sociedad y su órgano supremo, la Junta general, la que ostenta el poder de revocar el apoderamiento. Aun reconociendo la habilidad del argumento es preciso serenarse y pensar que a falta de unos preceptos expresos dentro de la Ley de Sociedades Anónimas hay que aplicar el Código de comercio (cosa que parcialmente hace dicho autor) y entre ellos el temible 261 C. de c. en el que la doctrina de la delegación se aparta de la tesis sostenida por CABALEIRO: sin previo consentimiento de la Junta General —suponiendo<sup>1</sup> que sea ésta la que atribuya al Consejo de Administración la facultad de administrar— el Consejo de Administración no podría delegar esa facultad en un apoderado general, director general, gerente o como queramos llamarle. Realmente a esta misma conclusión hay que llegar sin apartarnos del artículo 77, 2.<sup>º</sup> de la Ley de Sociedades Anónimas, pues entre las facultades que no puede delegar son aquellas que numera y las que la Junta General "conceda al Consejo", salvo que fuese expresamente autorizado por ella. Entre las facultades que la Junta General concede al Consejo no puede nunca estar la general de administración que emana de la Ley, sino alguna especial y concreta que no le estuviere ya atribuida por la misma o por los estatutos. Es decir, que de la Junta General no puede emanar esa facultad general, ya que el mismo artículo citado sólo la legítima para conceder al Consejo ciertas facultades.

En este punto creo que la Dirección General sienta una doctrina irreprochable y la habilidad del Registrador al calificar hubiese sido —dicho ahora no tiene tanto mérito— el haber distinguido los dos supuestos de la discutida redacción del artículo 28 de los Estatutos, pues lo que podía ser "*exclusivo*" del Consejo —el revocar un apoderamiento— nunca puede hacerse extensivo a los Consejeros-Delegados, ya que "*indirectamente*" la Junta puede lograr el mismo resultado por la "*separación*". Pero el gran acierto de la doctrina que mantiene el alto centro directivo se empequeñece al sacar la última conclusión: "aunque sí podría fiscalizar la gestión social del administrador, aprobar o no la actuación seguida y proceder, en consecuencia, si lo estima oportuno, a su remoción, que podría llevar aparejada la del apoderamiento dado".

Es decir, después de sentar la buena doctrina de la competencia exclusiva del Consejo para revocar el apoderamiento concedido, extiende la misma a la Junta General y la concede el medio directo de la "remoción" que lleva consigo la revocación del apoderamiento. Se hace muy difícil admitir esto. La teoría de la subsistencia del poder mientras no se revogue, la teoría de la culpa "*in eligendo*" o "*in vigilando*" que utiliza el Notario en su recurso, etc., pueden ser razones más que suficientes para haber omitido esa conclusión final que oscurece un poco la claridad de lo anterior.

SOCIEDAD DE RESPONSABILIDAD LIMITADA.—REDUCCIÓN DE CAPITAL.—NO ES INSCRIBIBLE UNA ESCRITURA DE REDUCCIÓN DE CAPITAL COMO CONSECUENCIA DE PÉRDIDAS SUPERIORES A LAS DOS TERCERAS PARTES, CUANDO EL ACUERDO HA SIDO ADOPTADO SIN EL QUORUM MAYORITARIO EXIGIDO POR EL ARTÍCULO 17 DE LA LEY ESPECÍFICA, BASÁNDOSE EN LA APLICACIÓN ANALÓGICA DE PRECEPTOS DE LA LEY DE SOCIEDADES ANÓNIMAS. (Resolución de 16 de abril de 1975, *Boletín Oficial del Estado* de 9 de junio de 1975.)

*Hechos.*—En el recurso gubernativo interpuesto por don Ramón Serra Martín en representación de “Compañía Textil, S. L.” contra la negativa de V. S. a inscribir una escritura de reducción de capital.

Resultando que por escritura autorizada en Barcelona por el Notario don José Ramón Fernández Rubial el 20 de agosto de 1973, se elevaron a públicos, entre otros acuerdos, el de reducir el capital social de cuatro millones de pesetas a un millón seiscientas mil pesetas, modificándose consecuentemente los artículos 5 y 6 de los Estatutos que regulan esta materia, todo ello de conformidad con lo acordado en la Junta general extraordinaria de 27 de julio de 1973 que fue celebrada en segunda convocatoria, a la que asistieron diez de los once socios poseedores del 64,2 por 100 del capital social, no haciéndolo el socio restante, titular del 35,8 por 100 del mismo;

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 antecede, al que se acompañan declaración del Impuesto de Sociedades correspondientes al ejercicio 1972, resguardo de certificados de correos de fecha 12 de julio de 1973, acreditativo de envíos a los once socios de la Compañía y fotocopia de carta convocatoria sin destinatario, por cuanto la reducción de capital que en el mismo se formaliza no ha sido adoptada por el *quorum* preceptivamente exigido en el artículo 17 de la Ley sobre Régimen Jurídico de las Sociedades Limitadas de 17 de julio de 1953, y artículo 17, en relación con el 15, de los Estatutos de la Sociedad. No procede anotación de suspensión”;

Resultando que don Ramón Serra Martí, en representación y en calidad de administrador de la Sociedad interpuso recurso de reforma y subsidiariamente gubernativo contra la anterior calificación y alegó: que como consecuencia de pérdidas sufridas por la sociedad que figuran en el balance, el patrimonio social había quedado reducido a 1.331.668 pesetas, con una pérdida neta de 2.668.312 pesetas sobre un capital social de 4.000.000, con lo que se incurría en el caso 3.<sup>º</sup> del artículo 30 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, optándose por la solución de reducir el capital y adoptándose el acuerdo consiguiente pese al *quorum* de sólo el 64,2 por 100 de capital asistente, por entender que si la reducción se hace por imperativo legal y no por libre determinación de los socios, no rige el *quorum* reforzado del artículo 17 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, sino el simple del artículo 14 de la misma, criterio que mereció el refrendo del señor Notario autorizante y el tácito respaldo de la abogacía del Estado, que declaró el documento no sujeto al impuesto sobre transmisiones patrimoniales; que existiendo

pérdidas que rebasen el límite legal previsto por el artículo 30 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, los socios sólo pueden optar entre las tres soluciones que el mismo artículo señala: reponer, reducir o disolver, y para la opción será suficiente la mayoría ordinaria del artículo 14 de la Ley, pues sujetarse al artículo 17 pensado para disposiciones libérrimas de la sociedad, llevaría al absurdo de que el abandono de sus derechos políticos por un socio que detenta la minoría del 35 por 100 de capital social, dejaría a la sociedad inmovilizada para cumplir un mandato legal; que la aplicación rigurosa del artículo 17 de la Ley —de carácter objetivo e instrumental— frente a lo preceptuado imperativamente por el artículo 30, de forzosa observancia, y en este sentido de rango superior, implica una antinomia que debe resolverse haciendo prevalecer este último precepto reconociendo el rango preeminente del mismo, y así la sentencia del Tribunal Supremo de 18 de enero de 1962 establece claramente que no es exigible el *quorum* reforzado del artículo 17 en acuerdo de disolución por causa específica estatutaria, y la de 25 de octubre de 1963, que constituye otro caso de excepción jurisprudencial a la exigibilidad del *quorum* reforzado del artículo 17 para el supuesto de Sociedad con dos únicos socios e idéntica participación de capital al no cabrer mayoría posible; que la Ley de Sociedades Anónimas de 17 de julio de 1951, en sus artículos 150, números 3 y 5, y 152, párrafo 2º, conduce a la solución de la mayoría ordinaria para el caso de reducción por pérdidas, solución que aunque no explícitamente desarrollada por la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, debe estimarse analógicamente dada la intensa correlación entre los dos textos legales; que la disposición transitoria tercera de la Ley de Sociedades Responsabilidad Limitada decretó la adaptación obligatoria de los Estatutos de las sociedades preexistentes a su promulgación y que tal adaptación naturalmente implicó modificación del texto social, mas la Ley omite cualquier referencia al *quorum* reforzado del artículo 17, limitándose a regular el derecho de separación a favor de los socios minoritarios discrepantes, lo cual supone un clarísimo antecedente de inaplicación del *quorum* especial del artículo 17, por táctica exclusión a causa del imperativo legal; y que la sociedad no tiene otro procedimiento eficaz para intentar cumplir el mandato legal, al no existir acción alguna ejercitable contra el socio inasistente;

Resultando que el Registrador dictó acuerdo manteniendo su calificación por los siguientes fundamentos: que el artículo 30 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada no es tan imperativo como sostiene el recurrente, ya que brinda a la sociedad dos soluciones, reintegrar o reducir, si es que no quiere disolver, y la sociedad, en el caso que nos ocupa, además de rehusar a la disolución no quiere tampoco reintegrar, y opta, en fin, por la reducción del capital, a sabiendas de que la reducción exige, según el artículo 17 de la Ley y también 17 de los Estatutos Sociales, un *quorum* reforzado, consistente en las dos terceras partes de capital social; que el citado artículo 17 de la Ley no establece ninguna distinción de si la reducción de capital que deba acordarse tenga su origen en conveniencias sociales o en imperativos legales, lo que impide reconducir el planteamiento de la cuestión al artículo 14; que si bien

la Ley de Sociedades Anónimas llega a la solución de la mayoría simple para el caso de acuerdo sobre reducción por pérdidas en más de las dos terceras partes y se considera que la misma fue pauta magistral para la redacción de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, con evidente correlación entre las mismas, no es menos cierto que esta última Ley no dispone nada que autorice la remisión analógica pretendida por el recurrente, ni esta analogía entra dentro de las facultades calificadoras del Registrador; que las Sentencias de 18 de enero de 1962 y 25 de octubre de 1963 invocadas no son aplicables al caso que aquí se contempla, pues la primera se refiere a un supuesto, de causa estatutaria específica de disolución, englobadas en el apartado sexto del artículo 30, no en el apartado tercero, que es el que el recurrente invoca, y en la segunda se contempla el caso de una sociedad constituida por sólo dos socios, con mitad de capital social cada uno, en el que se hace inaplicable tanto el *quorum* reforzado del artículo 17 como el *quorum* ordinario del artículo 14; y que esta última sentencia, para resolver la cuestión, acude al artículo 31 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, que establece como motivo de disolución parcial la exclusión de socio por causas determinadas, entre ellas la contenida en el número 7 del artículo 218 del Código de Comercio, donde podría encuadrarse la conducta del socio recurrente, que coloca a la sociedad en trance difícil, por lo que no es atendible la queja de que "Compañía Textil, S. L." se encuentra paralizada sin ninguna posibilidad de acción;

Resultando que en 13 de diciembre de 1974 se solicitó en ampliación para mejor proveer informe del Notario autorizante de la escritura, el cual en escrito de 1 de febrero de 1975 contestó: que el fondo del problema planteado aparece al comparar los artículos 17 y 30 de la Ley de Responsabilidad Limitada con sus relativos 58, 150, número 3 y 152, párrafo 2.<sup>º</sup> de la Ley de Sociedades Anónimas; que no es convincente el criterio del Registrador de rechazar la aplicación analógica como método supletorio o aclaratorio, cuyo fundamento es la regla de que hechos de idéntica naturaleza deben tener idéntica regulación; que al aplicar las normas por analogía el juzgador no elabora normas jurídicas de nuevo cuño, sino que se limita a desenvolver normas latentes que existen ya en el sistema; que el Código civil español cataloga la analogía entre las fuentes formales, y el preámbulo del Decreto de 31 de mayo de 1974 dice que el medio idóneo y más inmediato para salvar las lagunas de la Ley es la investigación analógica, disponiéndose en el artículo 4.<sup>º</sup> del texto articulado del título preliminar: "1. Procederá la aplicación analógica de las normas cuando éstas no contemplen un supuesto específico, pero regulen otro semejante entre los que se aprecie identidad de razón. 3. Las disposiciones de este Código se aplicarán como supletorias en las materias regidas por otras leyes."; que antes de la promulgación de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada se consideraba este tipo de sociedad como una sociedad personalista, pero al entrar en vigor dicha Ley se operó un cambio de criterio en la doctrina y la jurisprudencia que se inclinan por la naturaleza predominantemente capitalista de la misma, aunque resulta imposible adscribir de manera automática y radial a la sociedad de responsabilidad limitada en el ámbito estricto de uno y otro

de los tipos societarios indicados, ya que no es ni rotundamente capitalista ni rotundamente personalista, poseyendo a la vez características y rasgos propios de una y otra, de ahí que, en caso de conflicto no previsto expresamente en los Estatutos ni en la Ley específica de 17 de julio de 1973 deba acudirse, en primer lugar, a las disposiciones del Código de Comercio comunes a toda clase de sociedades y, en su defecto, a las normas particulares de las sociedades personalistas o de las sociedades capitalistas, según que el conflicto en cuestión se refiera a una materia en la que predomina el aspecto personalista o el aspecto capitalista de la sociedad; que el artículo 17 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada está pensado para el caso en que se acuerde libérrimamente por los socios la reducción del capital; que el artículo 30, número 3 de la Ley de 17 de julio de 1953, al preceptuar que las sociedades de responsabilidad limitada se disolverán totalmente "por consecuencia de pérdidas que dejen reducido el patrimonio a una cantidad inferior a la tercera parte del capital social, a no ser que éste se reintegre o se reduzca, desarrolla una proposición jurídica semejante a la del artículo 150, número 3, de la Ley de Sociedades Anónimas, empleando para ello las mismas palabras, lo que nos hace ver la limpia correlación entre las Leyes aplicables a ambos tipos de sociedades; que el párrafo 2.<sup>º</sup> del artículo 152 de la Ley de 17 de julio de 1951 sólo exige la mayoría ordinaria cuando se trata de tomar los acuerdos a que se refiere el artículo 150, número 3, precitado; que en la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada no existe un precepto análogo, pero donde existe la misma razón debe existir el mismo derecho, y la aplicación analógica ayudaría al cumplimiento del mandato legal, que podría quedar inoperante con la exigencia de una mayoría reforzada; que la única solución viable fue la adoptada por la Junta de socios plasmada en la escritura cuya inscripción se discute, porque era materialmente imposible reintegrar el capital social, y la disolución aparte de no resultar factible por falta de *quorum*, hubiera perjudicado de manera grave al socio no asistente; que la Junta no tenía, por tanto, otro camino que reducir el capital social; que el Registrador Mercantil, al final de su informe, al considerar que "podría, quizás, situarse la conducta del socio renuente que coloca a la sociedad en trance difícil" en el número 7 del artículo 218 del Código de Comercio, según el cual, habrá lugar a la rescisión parcial del contrato de compañía mercantil... "7.<sup>º</sup> Por faltar de cualquier modo uno o varios socios al cumplimiento de las obligaciones que se impusieron en el contrato de compañía", hace uso del procedimiento analógico que anteriormente había rechazado, debiendo observarse, además, que el socio que no asiste a la Junta no incumple ninguna obligación impuesta en el contrato de compañía.

*Doctrina.*—"Considerando que en este recurso compete examinar si en el supuesto de reducción de capital social a consecuencia de pérdidas, a que se refiere el artículo 30 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada el acuerdo que lo establezca necesitará del *quórum* reforzado de mayoría exigido en el artículo 17 de la misma Ley o si por el contrario, dado el carácter especial de esta reducción, bastará con la mayoría simple por la que se rige la vida de la Sociedad, tal como lo establece el artículo 14 de dicha disposición legal";

“Considerando que la causa de disolución señalada en el número 3.º del artículo 30 de la L. S. R. L. tiene su fundamento en el carácter esencial que tiene el capital social de ser una cifra de garantía en beneficio de los acreedores y terceros, y por eso, cuando las pérdidas del patrimonio social son tan cuantiosas que queda reducido a menos de la tercera parte del capital, se impone legalmente a la Sociedad que de no ser restringido o reducido —con lo que de nuevo están de acuerdo capital y patrimonio— que se proceda a la disolución de aquélla, y de ahí que la Junta que a tal efecto se convoque no actúa en la forma libérrima con que normalmente adopta sus acuerdos, sino que ha de decidir exclusivamente entre las opciones que la Ley señala”;

“Considerando que no todos los supuestos de disolución enumérados en el artículo 30 exigen la mayoría reforzada que establece el artículo 17 de la Ley —pues aparte de aquellos en que por su propia naturaleza tiene lugar automáticamente la disolución— sólo en el caso indicado en el número 5 de dicho artículo 30, y que se refiere a acuerdos voluntarios de los socios, hay una remisión expresa al *quórum* del artículo 17, habiéndose declarado en concreto, y en cuanto a la causa señalada en el número 6 por el Tribunal Supremo —Sentencia de 18 de enero de 1962—, que no es necesaria esa mayoría, lo que lleva a examinar si se dan en este expediente y en relación al número 3 circunstancias que excluyan igualmente la aplicación de dicho *quórum*. ”

“Considerando que examinada la cuestión dentro de la problemática de la Sociedad Anónima en donde, junto al artículo 150-3.º de la Ley que recoge en los mismos términos que el artículo 30-3.º de la L. S. R. L. la disolución de la Sociedad a consecuencia de pérdida, aparece en la misma Ley, en su artículo 152-2.º, un precepto del que no hay similar en la Ley de Sociedades Limitadas, que exige sólo la mayoría ordinaria para el acuerdo de disolución, encontrándose la doctrina dividida en cuanto a si será necesario ese mismo *quórum* o el reforzado del artículo 58 en cuanto al posible acuerdo de reducción que, junto con el reintegro, se ofrece como alternativa para evitar que la Sociedad haya forzosamente de disolverse”;

“Considerando que no parece adecuado tratar de aplicar a una Sociedad de Responsabilidad Limitada la solución establecida por la Ley de Anónimas para este tipo de sociedad, ya que la misma omisión por parte de la Ley de 1953 de una solución similar se deduce de esta misma circunstancia, que el legislador tenía a la vista y no aceptó, por lo que habrá que atenerse al criterio sentado por la propia Ley, que en su artículo 30 declara que procederá la disolución y la consiguiente liquidación si no se evita la misma a través de las alternativas que la propia Ley ofrece, bien mediante el reintegro del patrimonio necesario para equilibrarse meramente con el capital, lo que necesariamente exigiría un acuerdo unánime de todos socios, o bien que se proceda a la reducción del capital social, para lo cual, y de conformidad con la exigencia de la propia Ley —artículo 17—, se requerirá que en la segunda convocatoria al menos se obtenga el voto favorable de las dos terceras partes del capital social, lo que en el supuesto examinado no se ha conseguido, dada la conducta pasiva de uno de los socios, que al ser titular de más de un tercio impide alcanzar el *quórum* legal.”

"Esta Dirección General ha acordado confirmar la nota del Registrador."

### *Consideraciones críticas*

En el presente caso que se plantea por ausencia de una normativa claramente aplicable al supuesto, se esgrime por parte del recurrente un criterio de analogía que refuerza al Notario en su informe, pero que el Registrador rechaza sobre la base de una frase que deja al crítico fuera de combate.

En la regulación de las causas de disolución y los requisitos que deben reunir, podrá ser o no de aplicación analógica la regulación que de este problema hace la legislación de sociedades anónimas, pero lo que no puede decirse con cierta impunidad es que la "analogía no entra dentro de las facultades calificadoras del Registrador". Pronunciar esta frase y hacer entrar al funcionario que la dice dentro de los que entienden mal la "esencia y extensión de la función calificadora" es todo uno. Considero que las soluciones que se adopten pueden intentar defenderse con toda clase de argumentos, pero el único que no puede ser válido es el de "reducir" una función tan noble y tan amplia como la de la calificación. Tratar de convencer al funcionario calificador de que su función lleva consigo la de la "interpretación" de la norma, creo que resultaría tarea poco fructífera, pues sería difícil que él admitiese que dentro de los métodos interpretativos puede encuadrarse el de la "analogía" o el "procedimiento analógico", pero sí se me antoja apuntar que al "llevar a puerto" su tesis no hace más que aplicar el procedimiento analógico, ya que al no decir nada de requisitos el artículo 30 de la Ley de Responsabilidad Limitada, el Registrador deduce que debe aplicarse—por analogía—el supuesto del artículo 17 de la misma. Quizá las razones del caso concreto que contempla puedan hacerle ver claro, pero a nuestro juicio —reiteradamente expuesto en múltiples ocasiones— la función calificadora lleva consigo la del procedimiento analógico y todas aquellas que componen la compleja figura de la interpretación. El Registrador no es nunca un autómata dedicado a poner obstáculos para la registración, sino que es un jurista, un hombre de Derecho y no de Leyes, que a través de su función controla la legalidad, construye y da vigor a nuevas figuras: prepara a través de sus decisiones las futuras normas que han de ser incorporadas a las leyes.

CASTÁN TOBEÑAS ("Derecho común, civil y foral", Madrid, 1949, página 197), autor en el que puede resplandecer la asepsia de una discusión, al hablar de la función notarial y registral en la elaboración del Derecho, dice que Registradores y Notarios "colaboran" en la producción del Derecho de estas dos maneras: 1) Utilizando, como los demás juristas, el procedimiento interpretativo y los demás dirigidos a completar el Derecho prefijado (inducción, analogía, principios generales del Derecho, Derecho natural, equidad, etc.). 2) Legalizando y modelando los actos jurídicos dentro de los límites que permite la propia ley, a nuevos tipos o figuras de relaciones jurídicas, pudiendo alcanzar las mismas un valor normativo...

La cuestión planteada por el presente recurso es si la serie de causas que enumera el artículo 30 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada en torno a la disolución total de la misma exige para su aplicación el voto o acuerdo de los socios tomado con las mayorías comunes del artículo 14 ó las reforzadas del artículo 17 de la misma Ley. Sabemos que sólo el número 5.<sup>º</sup> del citado artículo 30 se remite al 17 de la misma Ley, señalando los demás casos sin especificar las mayorías que el acuerdo debe reunir.

Así el problema, la cuestión está en dilucidar cuál de las partes tiene razón: si el recurrente y el Notario en su informe o el Registrador, en su defensa de la nota calificadora. Los primeros se deciden, en base de una serie de razones por la aplicación del artículo 14, mientras que la rigurosidad de la calificación decide la aplicación del artículo 17. La Dirección, en base de unas puntualizaciones, se inclina por el lado registral. Sobre todo ello vamos a distinguir: el criterio de analogía y la aplicación sancionadora.

#### A) *Aplicación analógica*

En el escrito del recurrente se hace una alegación de una ingenuidad que roza la profesión del "alérgico" en materia de calificación. "No rige el *quórum* reforzado del artículo 17 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, sino el simple del artículo 14 de la misma, criterio que mereció el refrendo del señor Notario autorizante y el tácito respaldo de la Abogacía del Estado". Ni la calificación —con asignación de nombre— que haga el Notario en la escritura, ni esa decisión del liquidador en orden a la sujeción o exención del acto al impuesto (con esa afrenta jurídica de la liquidación del acto aunque sea nulo, artículo 25 de la Ley Tributaria), pueden vincular al Registrador en su calificación. Precisamente la existencia de la misma está basada en esa serie de fallos que los funcionarios intervenientes pueden tener al estructurar el documento o liquidar el acto en él contenido. Creo que lo dice el artículo 254 de la Ley Hipotecaria o se induce de la letra que en él se contiene.

El Notario autorizante de la escritura en el informe que emite hace una importante alegación al criterio de analogía que el supuesto encierra. Alega el texto articulado del C. c. en su redacción dada por el D. 31 mayo 1974, al artículo 4 del Código civil, en el cual se dice que procede la aplicación analógica de las normas "cuando éstas no contemplen un supuesto específico, pero regulen otro semejante", siendo esta disposición aplicable en defecto o supletoriamente a las de otras leyes. Sobre esta base y haciendo un parangón entre la Ley de Sociedades Anónimas y de Responsabilidad Limitada, entiende aplicable la referencia que la primera hace al *quórum* de la mayoría ordinaria para el caso que la resolución contempla.

Al regular el supuesto o los supuestos de las causas de disolución de las sociedades de responsabilidad limitada RODRIGO URÍA ("Derecho Mercantil", 1960, pág. 355) entiende que "la sociedad se disuelve totalmente por las mismas causas que la sociedad anónima. El artículo 30 de la ley

es un fiel trasunto del artículo 150 de la Ley de Sociedades Anónimas, y esta circunstancia autoriza para remitirnos a lo expuesto respecto a cada una de esas causas". Esta remisión, que en una exposición didáctica da por reproducido lo ya dicho, no es más que el procedimiento analógico que el intérprete acciona sobre la norma. La laguna de la Ley de Responsabilidad Limitada debe ser suplida por lo que sobre este punto completa el artículo 152,2 de la de Anónimas, esto es: basta el acuerdo de las mayorías.

Para la Dirección General no hay analogía, no puede haber analogía, pues el criterio que parece resplandecer en la Ley de Sociedades Anónimas no puede aplicarse a las de Responsabilidad Limitada, ya que el legislador de 1953 tuvo a la de anónimas y la omisión de una solución similar quiere decir que no aceptó ese criterio y que o se procede a su disolución con liquidación de la misma o se reintegra el patrimonio, previo acuerdo unánime, o se procede a la reducción acordada con las mayorías que señala el artículo 17 de la misma Ley.

Entiendo que la argumentación con ser fuerte, permite otra paralela que también puede valer. Si los supuestos y las causas son los mismos en la Ley de Sociedades Anónimas y de Responsabilidad Limitada, salvo esa referencia que esta última hace en su número 5 del artículo 30 al 17 de la misma y que en la de anónimas es el número 5 del artículo 150 y referencia al 58 de la misma, las mismas deben ser las soluciones. Digo esto a sabiendas de que el legislador no insistió, como lo hizo en las anónimas, en los requisitos de reducción o del reintegro, pero también es cierto que al regular en el artículo citado la " fusión de la sociedad con o en otras sociedades" (artículo 30, 4º) el legislador nada desarrolla ni nada dice, lo cual lleva a aplicar la normativa de las anónimas.

Quizá no sea muy convincente el argumento. Por ello habría que aceptar el más importante que alega el recurrente: sujetarse al artículo 17 pensado para disposiciones libérrimas de la Sociedad, llevaría al absurdo de que el abandono de sus derechos políticos por un socio que detenta la minoría de un 35 por 100 de capital social, dejaría a la sociedad inmovilizada para cumplir su mandato legal. A esto es preciso añadir que de las dos posibles formas de reducción de capital, por resultar excesivo para las necesidades de la empresa o por pérdidas por debajo de la cifra capital, sólo la primera supone una restitución de patrimonio, mientras que la segunda es una operación puramente contable, recogiendo parte de las acciones o reduciendo su valor. Si las garantías que respecto a los acreedores no se aplican a este último caso, según el 99 de la Ley de Sociedades Anónimas, tampoco parece deberán aplicarse a las de responsabilidad limitada, pues dice el artículo 19 que sólo se aplica cuando la reducción "implique restitución", no en el otro caso. Si no hay restitución, si la reducción es "obligatoria" y viene impuesta por la ley, parece un poco exagerado el exigir las mayorías del artículo 17 para este caso, sobre todo cuando no existen recursos subsidiarios para obligar a los socios disidentes a una asistencia para lograr *quórum*.

**B) Aplicación sancionadora**

Si se rechaza el argumento de la analogía, si la falta de desarrollo del precepto que entra en juego (artículo 30, 3.<sup>º</sup> de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada) no tiene otro cauce que el riguroso de la mayoría reforzada del artículo 17, hay que concluir que la solución no puede ser otra que la que la Resolución mantiene.

La doctrina, realmente, ayuda poco, pues al regular o comentar el problema de la disolución por pérdidas y las posibles dos opciones: reintegro y reducción, entienden aplicable el artículo 17 para la reducción. Puede verse en este sentido VELASCO ALONSO ("La Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada", Madrid, 1972, pág. 204). Tampoco es afortunada la referencia que el recurrente hace a las sentencias de 18 de enero de 1962 y 25 de octubre de 1963, ya que la primera, como dice el Registrador, no es de aplicación, pues se refiere a una causa estatutaria que encaja en el artículo 30, 6.<sup>º</sup>, pero no en el número 3 y en la segunda se trata de una sociedad de dos socios con mitad de capital social cada uno en la que no juegan ni los *quórum* del artículo 17, ni los del 14 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada.

Quizá sea más convincente la situación que parece exponer el Notario informante en la que se descubre que de las tres opciones que la ley da en los casos de pérdidas: disolución, reintegro y reducción, sólo ésta última era al viable, ya que la de disolución, aparte de no resultar viable por falta de *quórum*, hubiese perjudicado al socio no asistente. Estas consideraciones no pesan, sin embargo, en el ánimo del centro directivo el cual se circscribe a rechazar el procedimiento analógico y a exigir el *quórum* del artículo 17 para el caso de reducción. Claro que a favor de esta solución hay que alegar que el artículo 17 de los Estatutos insiste, sin distinguir de supuestos, en que los casos de reducción de capital exigen esa mayoría reforzada de las dos terceras partes. Tomo la cita del informe del Registrador, pues sólo la transcripción de ese artículo en su literalidad podría darnos la claridad necesaria para saber si está redactado en los mismos términos que el 17 de la Ley o es más explícito.

Puede ser también, y en esto hay que destacar la prudencia de la Dirección, que esa aplicación analógica no sea tan clara cuando todavía existe discusión sobre si lo que dice el artículo 152 de la Ley de Sociedades Anónimas se refiere a todas las opciones que brinda el artículo 150. Esto es, si en el caso de reducción en vez de aplicarse según "mayoría ordinaria" debe aplicarse las que señala el artículo 58 de la Ley de Sociedades Anónimas. Claro que esta prudencia se basa en la situación doctrinal de discusión, aunque para nosotros era clarísima la postura que GARRIGUES y URÍA habían mantenido: en los supuestos del artículo 150, números 2, 3 y 6, la mayoría serán las ordinarias y en los de los números 4 y 5, el acuerdo de la Junta general habrá de ser adoptado con los requisitos del artículo 58.

Aún cabría añadir, como elemento interpretativo de la discutida normativa, que al tratarse de una situación de "emergencia" (salvo que fuese gravísimamente provocada) la regulación no puede ser la misma

que los casos en que se acuerda voluntariamente o por conveniencias financieras. Y así parece entenderlo el legislador cuando para la convocatoria de la Junta general da normas excepcionales y llega incluso a la intervención judicial. Pero todas estas alegaciones ya no sirven. Habrá que esperar a una nueva ocasión por si la situación de hecho que preside y mediatisa el problema, permite a la Dirección sentar una solución menos rigurosa.

MANUEL DE LA CÁMARA ("Estudios de Derecho Mercantil", 1972, tomo I, vol. II, pág. 111) sin dar demasiados argumentos, examina el caso de reducción de capital en la sociedad anónima como consecuencia de disolución por pérdida de más de dos terceras partes y dice que "reunida la Junta no debe ser necesario el *quórum* del artículo 58, y el acuerdo podrá ser adoptado con las mayorías ordinarias. El acuerdo negativo, como contrario a la Ley, será impugnable al amparo de los artículos 67 y ss. de la Ley de Sociedades Anónimas".

**SOCIEDAD ANÓNIMA.—PROPORCIONALIDAD ENTRE EL VALOR NOMINAL DE LA ACCIÓN Y EL DERECHO DE VOTO.—NO ES INSCRIBIBLE EL PACTO CONTENIDO EN UNA ESCRITURA DE CONSTITUCIÓN DE UNA SOCIEDAD ANÓNIMA EN DONDE APARECE VULNERADO EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD ENTRE EL CAPITAL DE LA ACCIÓN Y EL DERECHO DE VOTO, DANDO LUGAR A LA CREACIÓN DE FORMA INDIRECTA DE ACCIONES DE VOTO PLURAL.** (Resolución de 24 de septiembre de 1975; *Boletín Oficial del Estado* de 7 de octubre de 1975.)

*Hechos.*—En el recurso gubernativo interpuesto por don José Luis Avila Beloso contra la negativa de V. S. a inscribir una escritura de constitución de Sociedad Anónima.

Resultando que mediante escritura autorizada por el Notario de Castelló de Ampurias, don Juan Veciana Vila, el día 26 de noviembre de 1974 se constituyó una Sociedad Anónima denominada "Formación de Patrimonios, S. A." (FOPASA) que se había de regir por los Estatutos incluidos en la misma, en los que se establece: "Artículo 5.<sup>º</sup> El capital social es de DOS MILLONES TREINTA Y NUEVE MIL CIEN PESETAS (2.039.100,—ptas.), dividido en seis series de acciones, denominadas A, B, C, D, E, F, y numeradas correlativamente a partir del número uno, en la siguiente forma: Serie A, compuesta de 12.899 acciones, numeradas correlativamente del número uno al 12.899, ambos inclusive. Serie B, compuesta de 7.488 acciones, numeradas correlativamente del número 1 al 7.488, ambos inclusive. Serie C, compuesta de una acción número 1, única de dicha serie. Serie D, compuesta de una acción, número 1, única de dicha serie. Serie E, compuesta de una acción, número 1, única de dicha serie. Serie F, compuesta de una acción, número 1, única de dicha serie. En junto, pues, el capital social está dividido en 20.391 acciones y éstas, a su vez, en seis series, en la forma expuesta. Las acciones son ordinarias y nominativas, representadas por títulos de una acción cada uno, cortados de libros talonarios, correspondiente a cada serie de acciones, constando en los títulos las circunstancias que exige el artículo 43 de la Ley y yendo autorizadas por la firma de los adminis-

tradores como mínimo. Las acciones estarán todas suscritas y liberadas por su valor nominal. Las acciones se inscribirán, además, en un libro especial, en el que se anotarán las sucesivas transferencias y la constitución de derechos reales sobre las mismas. Todas las acciones, cualquiera que sea su serie, tendrán un valor nominal de cien pesetas. Artículo 6.<sup>º</sup> La propiedad de una sola acción confiere a su titular la condición de socio y los derechos de participación económica y preferencia de suscripción que regula el artículo 39 de la Ley; es indivisible ante la sociedad y a sus copropietarios incumbe los derechos de representación única y de responsabilidad solidaria que impone el artículo 40. Para el ejercicio del derecho de voto en Junta generales, cada serie íntegra de acciones dará derecho a un voto, por lo que para su ejercicio deberán estar representadas por un solo socio. La representación deberá recaer siempre en la persona de un socio y ser conferida por escrito y con carácter especial por cada Junta. Excepto en los casos de representación delegada no podrá acumularse en la persona de un socio el derecho de más de un voto, sea cual fuere el número de acciones y series que éste posea. Sin embargo, y por excepción, las series C y D, si se transmitieran por título hereditario y la propiedad de todas las acciones que las integren en tal momento recayere en una sola persona, otorgarán a ésta el derecho de doble voto". El artículo 11 establece: "Las Juntas generales, salvo las del artículo 58 de la Ley, quedarán válidamente constituidas en primera convocatoria si concurren mayoría de socios o la mitad, por lo menos, del capital desembolsado, y en segunda, con los socios concurrentes, cualquiera que sea su número. Las presidirá el presidente del Consejo de Administración, quien estará asistido por el secretario del propio Consejo, si lo hubiere, o, en otro caso, por la persona que designen los accionistas asistentes a la Junta. Cada serie de acciones da derecho a un voto y los acuerdos se adoptarán por mayoría de votos. Los acuerdos constarán en acta, que se extenderá en el libro correspondiente y en la que constarán las circunstancias exigibles en el artículo 64 de la Ley, siendo aprobadas en una de las dos formas prevenidas por el artículo 62 de la misma";

Resultando que presentada en el Registro primera copia de la anterior escritura fue calificada con nota del tenor literal siguiente: "Denegada la inscripción de la precedente escritura de constitución de la sociedad "Formación de Patrimonios, S. A." porque los artículos 6.<sup>º</sup> y 11 de sus Estatutos, vulneran el principio de proporcionalidad entre el capital social y el derecho de voto recogido en el artículo 38 y Disposición Transitoria Séptima de la Ley de 17 de julio de 1951. Se califica el defecto de insubsanable";

Resultando que don José Luis Avila Beloso, socio constituyente de la referida Sociedad Anónima, interpuso recurso de reforma y subsidiariamente gubernativo contra la anterior calificación y alegó: Que la Sociedad Anónima es una sociedad de capital y de personas que tiene como finalidad principal la agrupación de muchas personas y capital, acogiéndose a la limitación de responsabilidad concedida a los socios; que el párrafo 3.<sup>º</sup> de la Exposición de Motivos de la Ley reguladora de las mismas aclara que "ha seguido el sistema de imponer con carácter obligatorio la forma anónima a todas aquellas sociedades que, a más de

limitar de cualquier forma la responsabilidad de sus socios, tengan un capital superior a cinco millones de pesetas", principio al que responde el artículo 4.<sup>º</sup> de la Ley; que los socios de "Formación de Patrimonios, S. A." teniendo en cuenta que el capital social en un futuro próximo habrá de exceder de cinco millones de pesetas y pretendiendo limitar su responsabilidad patrimonial a sus aportaciones dinerarias, han acudido a la forma anónima, ya que en otros tipos de sociedades, como puede ser la regular colectiva, no se da el beneficio de limitación de responsabilidad; que del examen de los artículos 5.<sup>º</sup> y 6.<sup>º</sup> de los Estatutos se desprende que a cada serie de acciones corresponde un voto, prescindiendo del número de acciones que integren la serie, y en caso de ser varios los socios poseedores de acciones de una misma serie, habrán de agruparse para ejercitar el voto a través de uno de ellos debidamente designado; que asimismo se limita a un solo voto el derecho de cualquier socio, sea cual fuere el número de acciones y series de acciones que ésta posea y solamente se excluye de esta regla las series C y D en caso de transmisión a título hereditario a una sola persona, en cuyo caso poseería dos votos; que por ello no puede deducirse que se confiera un voto plural, más de un voto a ninguna acción y sí, en cambio, que se ha limitado el número de votos posibles a cualquier serie de acciones: ya que la serie equivale, cualquiera que sea el número de títulos que la integren, a un voto, sin que esta liquidación conculque el principio de proporcionalidad; que así, pues, los artículos estatutarios que sirven de base para la nota denegatoria se ajustan en todo lo prescrito por los artículos 37 y 38 de la Ley; que se pueden citar varios precedentes de Sociedades Anónimas constituidas e inscritas de características análogas a las de la sociedad que nos ocupa; y que la doctrina mantenida por la Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de febrero de 1957 abona la tesis del recurrente.

Resultando que el Registrador mercantil, de conformidad con su cotitular, dictó acuerdo manteniendo la calificación con los siguientes razonamientos: Que los artículos 6.<sup>º</sup> y 11 de los Estatutos Sociales contenidos en la escritura cuya inscripción se solicita, vulneran el principio fundamental para las Sociedades Anónimas, de proporcionalidad entre el capital de la acción y el derecho de voto, que está recogido en el artículo 38 de la Ley que las regula; que la doctrina es unánime en cuanto a la inadmisibilidad de las acciones con voto plural y en este sentido se pronuncian todos los tratadistas; que la Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de febrero de 1957, en contra de lo pretendido por el recurrente en su escrito, proclama la nulidad no sólo de las acciones de voto plural, sino incluso el voto de calidad del Presidente, ya que rompe la ecuación entre el voto y el capital; que tal es el criterio mantenido también por la jurisprudencia de la Dirección General de los Registros y del Notariado en las resoluciones de 17 de julio y 5 de noviembre de 1956; que el referido principio de proporcionalidad, aun cuando la Ley no lo cita expresamente como lo hacía el proyecto de la misma, se encuentra reconocido con la dicción del actual artículo 38 y disposición transitoria 7.<sup>a</sup>, y así lo entiende la doctrina mercantilista; que la Sociedad Anónima es eminentemente capitalista, y si lo que se pretendió fue la constitución de una sociedad personalista debió acudirse a la figura de la Sociedad Colec-

tiva, o bien a la de Responsabilidad Limitada, pues en otro caso cabe pensar que nos hallamos ante un contrato simulado o ante una Sociedad para cuya identificación sería necesario desvelar su personalidad; que con la creación de series de acciones compuestas cada serie de una acción, se incurre en un contrasentido terminológico si se tiene en cuenta la aceptación que las voces "serie" y "en serie" tienen en el Diccionario de la Academia; que las alegaciones del recurrente son insuficientes para desvirtuar el hecho de que las series de acciones C, D, E y F confieren un voto plural en comparación con las A y B, careciendo de valor la manifestación que hace de una posible ampliación de aquellas series a efectos de la calificación; y que si se admitiera la inscripción del tipo de sociedad que se pretende se abriría la puerta de acceso al Registro de figuras prohibidas por la Ley 110/1963 de 20 de julio relativa a la represión de prácticas restrictivas de la competencia.

*Doctrina.*—“Considerando que autorizada la escritura de constitución de la Sociedad Anónima “Formación de Patrimonios”, la cuestión que ha de examinarse en este expediente es la relativa a la posible creación por los otorgantes de acciones de voto plural—prohibidas por el artículo 38 de la Ley—, según podría deducirse de la lectura de las cláusulas 6.<sup>a</sup> y 11.<sup>a</sup> de los Estatutos de la mencionada Sociedad, cuando conceden un solo voto a cada una de las series de acciones emitidas, cualquiera que sea el número de éstas y de titulares de las mismas”.

“Considerando que la prohibición legal establecida en el artículo 38 de la Ley tiene su fundamento en la debida correlación que debe existir entre el valor nominal de cada acción y el capital social, según se deduce de la lectura de la Disposición Transitoria 7.<sup>a</sup> de la Ley cuando habla de “proporcionalidad entre el capital de la acción y el derecho de voto”, y su objeto es evitar los fraudes y abusos que por parte de los accionistas puedan cometerse para lograr el dominio de la Sociedad a través de la Junta general.”

“Considerando que no sólo se infringe el supuesto legal en los casos de creación directa de acciones con voto múltiple, sino también cuando el objetivo se alcanza por vía indirecta mediante procedimientos que provocan igualmente una ruptura en la proporcionalidad que ha de existir entre el valor nominal de la acción y el derecho de voto.”

“Considerando que la única excepción a la regla general de prohibición es la que el propio artículo 38 establece en su párrafo 2.<sup>o</sup> al permitir que pueda fijarse en los Estatutos el número máximo de votos que un mismo accionista puede emitir en la Junta general, independientemente del número de acciones que posea, pues, aunque se rompa la correlación voto-capital, ello, en este caso, no sólo no perjudica, sino más bien favorece la tutela de las minorías al limitar el voto del gran accionista.”

“Considerando que en consecuencia procede examinar si las cláusulas estatutarias discutidas vulneran o no el principio de proporcionalidad indicado, y en caso afirmativo si encajan dentro de la limitación permitida por la Ley.”

“Considerando que de la simple lectura de los artículos de los Estatutos relativos al capital social, dividido en seis series, cuatro de ellas por

cierto con la singular particularidad de constar de una sola acción, y confiriendo a cada uno de sus titulares un derecho de voto igual al que correspondería al de las otras dos series de 12.899 y 7.488 acciones respectivamente, claramente se deduce que con una simple operación aritmética en la que dividendo y divisor sean la misma cifra —justamente el número de acciones de cada serie— se ha logrado, por vía de disminución, el que la única de cada una de las otras cuatro series tenga un valor múltiple en cuanto al voto que ejercite su titular, pudiendo en los supuestos normales un 0,02 por 100 de capital adoptar acuerdos que serían válidos frente a la posible oposición del 99,98 por 100 restante, o impedir su adopción en los casos del artículo 58 de la Ley.”

“Considerando que igualmente hay que rechazar el que tales cláusulas se acomoden a los límites de número máximo de votos que puedan corresponder a un accionista, tal como lo autoriza el mencionado artículo 38 de la Ley, pues aparte de que este precepto expresa el término voto en plural, y en el caso controvertido, solamente se otorga a los posibles titulares de esas dos series uno solo, hay que subrayar que el artículo 38 permite la limitación del número de votos únicamente en sentido subjetivo a los accionistas, pero no objetivamente a series completas de acciones.”

“Considerando que en los recursos gubernativos sólo pueden resolverse las cuestiones señaladas en la nota de calificación, sin que el acuerdo posterior del Registrador mercantil pueda añadir nuevos defectos no incluidos antes, pues de ellos no puede tener conocimiento el recurrente al ser posteriores al escrito de interposición del recurso, e ignorarse, por tanto, la actitud que ante los mismos podría adoptar, por lo que la referencia del artículo 58 del Reglamento del Registro Mercantil hay que entenderla referida a que se mantenga la nota recurrida o se rectifique en todo o en parte por conformarse el funcionario calificador con la petición del recurrente, y en consecuencia no se entra en el examen de los nuevos defectos 2.<sup>º</sup> y 3.<sup>º</sup> del acuerdo.”

“Esta Dirección General ha acordado confirmar la nota del Registrador.”

#### *Consideraciones críticas*

La cuestión básica sobre la que gira el recurso que soluciona la Dirección General es la de si es viable o no inscribir una escritura de constitución de Sociedad Anónima en la que, formando parte de los estatutos, figuran dos artículos en los que no parece resplandecer el principio de proporcionalidad entre el capital y el derecho al voto, admitiéndose ciertas acciones de “voto plural”.

Es una pena que la pureza jurídica de la calificación venga un tanto oscurecida en el último considerando de la resolución en la que parece que el Registrador al dictar el acuerdo definitivo que da paso al trámite del recurso se exceda en sus márgenes funcionales. Es curioso cómo a medida que una persona va adquiriendo nuevos conocimientos, se va dando cuenta de lo poco que sabe sobre determinada materia y suele surgir entonces el derecho al arrepentimiento de lo dicho o hecho. Es muy frecuente en el campo de la literatura jurídica. Por ello, por esa in-

tutitiva percepción legal, es por lo que el Reglamento Hipotecario establece en el artículo 117 que sólo podrán discutirse en el recurso las cuestiones que se relacionen directa o indirectamente con la calificación y el artículo 127 que el Registrador está obligado a incluir en su calificación los motivos por los cuales proceda la suspensión o denegación.

De igual forma, aunque esta opinión no sea unánimemente aceptada, los artículos 57 y 58 del Reglamento Mercantil vienen a establecer la misma doctrina. No otra cosa significa la regla cuarta del artículo 57 en la que se dispone que en el acuerdo definitivo del Registrador (especie de informe que emite el mismo) deberá "mantener" total o parcialmente "la calificación" expresando los defectos que estima definitivamente subsistentes (es decir, los que ya expuso en la calificación) y su alcance. Por su parte el artículo 58 establece que en la calificación deberán incluirse todos los motivos que justifiquen la suspensión o denegación y caso de que contra esa nota calificadora se recurra ("en su caso") deberá también incluirlos en el "acuerdo". Entiendo que la interpretación que da la Dirección es la que me parece la más correcta, no sólo pensando en que no existen razones para no mantener *unidad* de criterios en una función calificadora similar y que sólo la distancia la materia, sino en que si no se aceptase este criterio estaríamos los funcionarios calificadores en una posición "superior" a la del recurrente que después de basar su recurso en las razones que inicialmente ve el funcionario, no puede alegar nada contra las nuevas que al funcionario le han venido de un posterior estudio o de un intercambio de pareceres. Creo que la Dirección merece aplauso en este punto.

Pero dejando a un lado esta cuestión incidental que perfila, sin embargo, los límites en los cuales debe moverse el funcionario al calificar, queda en pie el problema fundamental, cual es el de las acciones de voto plural. ¿Había o no acciones de voto plural en el supuesto contemplado?

#### a) *Acciones de voto plural*

Conforme al artículo 38 de la Ley de Sociedades Anónimas "en ningún caso será lícita la creación de acciones de voto plural", señalando la disposición transitoria séptima la razón de ser de la prohibición-prohibición que en derecho transitorio no juega ya que se admiten las mismas para las sociedades existentes a la promulgación de la ley —pues se dice que las acciones de voto plural suponen una derogación del principio de proporcionalidad entre el capital de la acción y el derecho de voto.

Como su mismo nombre indica las acciones de voto plural son las que atribuyen o conceden un mayor número de votos que otras que sean de igual o semejante valor. GARRIGUES y URÍA (Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas", Madrid, 1952, tomo I, pág. 389) dicen que "en un sentido estricto las acciones de voto plural son aquellas que están dotadas de un mayor número de votos que otras acciones de igual valor". Pronto pudo observarse, siguen diciendo dichos autores, que el uso de esas acciones daba lugar a fraudes y abusos por parte de los administradores desaprensivos, que no vacilaban en utilizar el poder del voto plural para obte-

ner el dominio absoluto en las Juntas generales y conseguir la aprobación de combinaciones financieras en las que no siempre era el interés de la empresa el que salía favorecido.

RUBIO Y GARCÍA MINA ("Curso de Derecho de Sociedades Anónimas", Madrid, 1964, pág. 107) para centrar la esencia de la prohibición que establece el artículo 38 de la Ley dice que debe entenderse en un doble sentido "no sólo no caben acciones de más de un voto; tampoco caben acciones cuyo valor nominal represente una proporción respecto del voto distinta a las demás. Lo mismo daría, en efecto, que una acción dispusiera de cinco votos frente a uno de las ordinarias que si las acciones de una serie por valor de mil pesetas dispusieran de un voto y las de otra por valor de cinco mil tuvieran más de uno.

Por su parte DE LA CÁMARA ALVAREZ (M.) ("Estudios de Derecho Mercantil", Madrid, 1972, pág. 424, tomo I, vol. I), señala que las acciones de voto plural rompen la proporción entre la participación en el capital y el voto al atribuir a las acciones privilegiadas un número de votos superior al que les corresponde, dada la relación que media entre el valor nominal de cada acción y el capital social.

Señalando así el principio general hay que descender al supuesto de hecho. En él, la parte recurrente dice que de los estatutos se desprende que a cada serie de acciones corresponde un voto, prescindiendo del número de acciones que integren la serie, por lo que no puede decirse que se confiera un voto plural, más de un voto a ninguna acción, y sí, en cambio, que se ha limitado el número de votos posibles a cualquier serie de acciones, ya que la serie equivale, cualquiera que sea el número de títulos que la integren, a un voto, sin que esa limitación conculque el principio de proporcionalidad.

Planteado así el supuesto y las razones del recurrente no puede en principio considerarse que existen acciones de voto plural, pero la Dirección y el Registrador, señalan que no sólo se vulnera el artículo 38 de la Ley de Sociedades Anónimas concediendo más votos a una acción en forma directa, sino en forma indirecta desequilibrando la proporcionalidad entre el valor de la acción y el derecho al voto. Supuesto que pasamos a exponer.

#### b) *Acciones de voto plural indirectas*

URÍA ("Derecho Mercantil", Madrid, 1960, pág. 189) señala cómo los supuestos de voto plural indirecto son innumerables. Los más frecuentes consisten: a) En la concesión del mismo voto a las acciones de distinto valor nominal. b) La concesión de un voto por cada acción ordinaria y de un voto también por grupos de acciones especiales del mismo valor nominal que las ordinarias. c) En establecer límites al número máximo de votos para los titulares de determinadas acciones exclusivamente. d) En limitar el voto de algunas acciones a determinados acuerdos sociales.

El supuesto es de libro y la Dirección General demuestra matemáticamente en su considerando quinto, que estaba incluido en el segundo de los ejemplos que URÍA pone. No conforme con ese argumento la Direc-

ción rechaza también la alegación del recurrente de que podría estarse en el caso de los límites de número máximo de votos que pueda corresponder a un accionista, conforme al artículo 38, pues "la limitación del número de votos —se permite— únicamente en sentido subjetivo, pero no objetivamente a serie completas de acciones".

La excepción que el considerando citado explica y que rompe la proporcionalidad al limitar el número máximo de votos que pueden corresponder a un accionista, la explica DE LA CÁMARA (obra citada) diciendo que constituye una medida de defensa de las minorías contra la excesiva acumulación de poder en una sola mano. Como en su virtud el poder decisario de los accionistas minoritarios aumenta, la limitación constituye un instrumento que permite, personalizar las sociedad anónima. Porque si bien es cierto que en las sociedades abiertas el límite estatutario puede ser fácilmente eludido mediante la transmisión de acciones a testaferros, esto no es factible en las sociedades cerradas que limitan la libre transmisibilidad de títulos. Conviene destacar que la limitación que permite el artículo 38 debe aplicarse por igual a todos los accionistas, y afecta a éstos, *no a las acciones*. Todas ellas incorporan un derecho igual (o proporcional a su nominal), pero cuando en una sola mano se concentra una cantidad tal de acciones de forma que el voto correspondiente a las mismas rebasa el número fijado, el accionista de que se trate contará solamente con el número de votos que los estatutos señalen como tope.

SOCIEDAD REGULAR COLECTIVA.—NOMBRAMIENTO DE GERENTE.—PARA LA INSCRIPCIÓN DE ESTE NOMBRAMIENTO DEBE JUSTIFICARSE QUE SE CUMPLIERON TODOS LOS REQUISITOS QUE COMO GARANTÍA DE LA LEGITIMIDAD DE LOS ACUERDOS A ADOPTAR SE HABÍAN PACTADO AL CONSTITUIRSE LA SOCIEDAD, LO QUE EN ESTE CASO CONCRETO NO HA SUCEDIDO. (Resolución de 29 de septiembre de 1975; *Boletín Oficial del Estado* de 8 de octubre de 1975.)

*Hechos.*—En el recurso gubernativo interpuesto por don Abilio Castaño Gutiérrez contra la negativa de V. S. a inscribir una escritura de nombramiento de gerente de la Sociedad Regular Colectiva "Vélez y Compañía".

Resultando que por escritura otorgada ante el Notario de León don José López y López el 4 de septiembre de 1954 se constituyó la Sociedad Regular Colectiva "Vélez y Compañía", que se inscribió en el Registro y fue modificada por otra otorgada en la misma ciudad el 3 de mayo de 1958, también inscrita en el Registro; que entre las cláusulas contenidas en estas escrituras, con arreglo a las cuales se rige la sociedad, se comprenden las transcritas a continuación: cláusula decimotercera: "La sociedad estará administrada y regida por un socio con el nombre de Gerente, designado por la Junta de socios de cada cinco años, pero en caso de situaciones especiales o por otros motivos apreciados a juicio de la Junta, podrá ser depuesto en el cargo, nombrando a uno de los asesores a los dos mancomunadamente"; cláusula veinte: "Los socios se reunirán siempre que los convoque el Gerente o cuando lo solicite del mismo la cuarta parte del capital y obligatoriamente una vez al año, dentro de los cuatro meses

siguientes al ejercicio que finalizó para examen y aprobación de las cuentas. Las juntas serán convocadas con ocho días de anticipación y por escrito, indicando los asuntos a tratar"; cláusula vigésimo primera: "Las Juntas serán presididas por el Gerente y a no poder ser así le sustituirá el socio de más edad. Para poder tomar acuerdos es preciso que los socios que asistan representen como mínimo la mitad del capital social, excepto para los casos de disolución de la sociedad y modificación de las escrituras que regulen el régimen de la misma que será necesario la asistencia de socios que representen como mínimo los dos tercios del mismo. Si no pudieran tomar acuerdo por falta de número suficiente de socios presente y representados, se convocará nuevamente a Junta con el mismo orden de asuntos a tratar y con el margen de fechas suficientes y que exige la cláusula 20.<sup>a</sup> pudiendo tomar acuerdos en esta Junta segunda, siendo obligatorios sus acuerdos, igualmente para todos, cualquiera que sea el número de socios que asista y partes que representa, excepto para los casos de disolución y modificación de escrituras que deberán asistir o estar representados como mínimo la mitad de las participaciones sociales"; cláusula vigésimo tercera: "Los acuerdos se tomarán por mayoría de votos, presentes y representados y se registrarán en un libro de actas obligando a todos los socios. La representación de los socios para la asistencia a las Juntas se dará por escrito y sólo podrá recaer en otro socio. Los votos se contarán teniendo en cuenta que la participación más pequeña en el capital da derecho a un voto y los demás en la proporción correspondiente"; que de los libros del Registro Mercantil aparece que la referida sociedad está integrada por siete socios; que el 12 de febrero de 1975 don Abilio Castañón Gutiérrez, como Gerente de la Sociedad, otorgó escritura ante el notario de Armuña don Juan Antonio Lorente Pellicer, en la que se recoge el acuerdo adoptado en la Junta general de socios celebrada en León el 27 de junio de 1974 reeligiendo al citado señor Castañón Gutiérrez como Gerente de la Sociedad, cargo para el que fue nombrado por la Junta celebrada en León el 27 de julio de 1969 e inscrito su nombramiento en el Registro Mercantil; que de la transcripción de la certificación del acta extendida en el Libro de Actas de la Sociedad el 26 de julio de 1974, que se hace en la escritura, resulta que se reunieron los socios don Abilio Castañón Gutiérrez, doña Ana Vélez Rodríguez y doña Laudelina Castañón Gutiérrez, a los que se había convocado oportunamente para que continuara en el cargo por otro período;

Resultando que presentada en el Registro primera copia de la anterior escritura fue calificada con nota del tenor literal siguiente: "presentada la precedente escritura en este Registro, a las diez horas y treinta minutos del día diecinueve de febrero de mil novecientos setenta y cinco, con el número cuatrocientos noventa y seis del Diario seis, se DENIEGA su inscripción, por observarse los siguientes defectos:

**PRIMERO.**—No se acredita el consentimiento de todos los socios de la sociedad para el nombramiento del Gerente, único socio administrador de la sociedad, infringiendo así los artículos 127, 129 y 143 del Código de Comercio, ya que el nombramiento se hace por sólo tres socios, uno

de ellos el propio nombrado administrador, de los siete que, según el Registro, integran la sociedad.

SEGUNDO.—Aunque se admitiera la posibilidad del nombramiento de Gerente administrador por mayoría de capital, de la certificación inserta en la escritura, y que sirve de base a su otorgamiento, no resulta acreditado el que los tres socios se reunieran en Junta, como exige la cláusula decimotercera de las que rigen la sociedad, ni que los socios, especialmente los cuatro no asistentes, hayan sido convocados a la Junta con los requisitos que exige la vigésima de tales cláusulas, ni de cuál de las dos convocatorias previstas en la cláusula vigésimo primera —incompletamente transcrita en la escritura— se trata, en su caso.

TERCERO.—Ambigüedad en la determinación del plazo de duración del nombramiento, ya que en la certificación incorporada a la escritura se dice que el administrador “continúe por otro período” (sin determinar cuál sea éste) y que el nombrado acepta su nombramiento “desde este momento”; en el otorgamiento de la escritura se designa al Gerente sin hacer precisión alguna; por tanto, no se puede saber si el momento en el que comienza a surtir efecto el nombramiento es el de la fecha de la aceptación del cargo por el nombrado el de la terminación del plazo de duración del nombramiento anterior a cualquier otro, y, en consecuencia, tampoco puede saberse el día en que finaliza su cometido.

Los defectos primero y tercero son insubsanables, por lo que procede practicar anotación preventiva, que tampoco ha sido solicitada;

Resultando que don Abilio Castaño Gutiérrez interpuso recurso de reforma y subsidiariamente gubernativo contra la anterior calificación y alegó: Que de conformidad con la regla general establecida por el artículo 121 del Código de Comercio, el nombramiento de gerente se regula por las cláusulas números 13, 21 y 23 de los Estatutos Sociales, según las cuales será designado por la Junta de socios cada cinco años, no siendo preciso el consentimiento de todos los socios, pues basta el acuerdo adoptado en la Junta por socios que representen la mitad del capital social; que la Junta de Socios de 26 de julio de 1964 se celebró con la asistencia de los tres socios que figuran al margen de la certificación del acta y que representaban justamente la mitad del capital social, como podía comprobarse en el propio Registro Mercantil; que, por tanto, no son aplicables al presente caso los artículos 127, 129 y 143 del Código de Comercio, pues se refieren al supuesto de que no estuviese regulada en los Estatutos la forma de nombrar Gerente, de tomar acuerdos y de celebrar las juntas; que el segundo punto de la nota es contrario a los artículos 121 y 132 del Código de Comercio; que la objeción del funcionario de que no resulta acreditada la reunión de la Junta queda desvirtuada por la certificación del acta de la misma, que dice textualmente “que los socios figurados al margen se han reunido para el nombramiento de Gerente oportunamente convocados al efecto”; que no puede negarse pues la celebración de la Junta y su convocatoria estatutaria, no existiendo ninguna reclamación de los socios no asistentes, únicos legitimados para la impugnación, y sin que pueda tomarse en consideración la tacha de falsedad de la certificación al no estar declarada por sentencia.

firme; que no se consideró preciso señalar si la Junta se celebraba en primera o segunda convocatoria, pues había representación y asistencia suficiente para celebrarse y acordar el nombramiento incluso en primera convocatoria; que no hay ambigüedad en la determinación del plazo de duración del nombramiento, ya que el período de cinco años vencía el 26 de julio de 1964, que es precisamente la fecha de celebración de la Junta, en cuyo acto el Gerente aceptó su reelección para el cargo por un nuevo período; y que para la anterior inscripción de nombramiento de Gerente hecha en el mismo Registro fue suficiente la certificación del acuerdo tomado, con la misma asistencia de socios y de capital, por lo que no es explicable el cambio de criterios del Registrador.

Resultando que el Registrador dictó acuerdo manteniendo su calificación con los siguientes razonamientos: que en este recurso se contempla como problema fundamental el de determinar si en una Sociedad Regular Colectiva para el nombramiento de Gerente, administrador único de la sociedad, es necesario el consentimiento de todos los socios, o si es suficiente el acuerdo tomado por los socios que representen la mitad del capital social; que el nombramiento de administrador en la Sociedad Regular Colectiva es de gran trascendencia para los socios, no pudiendo en ningún caso ser indiferente para los mismos, y así se deduce de las características esenciales que para este tipo de sociedad señala el Código de Comercio y que son: la responsabilidad ilimitada y solidaria de los socios por las obligaciones contraídas por los administradores (art. 127), el ser una sociedad de trabajo, en la que todos los socios son gestores natos de la sociedad, salvo que renuncien expresamente (art. 129), y ser esencialmente personalista, no pudiendo los socios prescindir de la cualidad intransmisible que tienen de gestores natos sin que preceda su consentimiento (art. 143); que los artículos 127, 129 y 143 del Código de Comercio citados tienen naturaleza imperativa y no pueden ser desplazados por la voluntad de las partes ni excluidos en su aplicación sin desvirtuar la naturaleza esencial de la Sociedad Regular Colectiva; que contra esto no se puede objetar el contenido del artículo 121 respecto a las Sociedades Mercantiles en general ni el del último párrafo del artículo 125 que se refiere a las Sociedades Colectivas, ya que estos preceptos del Código de Comercio deben interpretarse en el sentido de que la insuficiencia de pacto será completada por la regulación legal para que no se produzca ineficacia del contrato; que los artículos 131 y 132 del Código de Comercio aducidos por el recurrente en apoyo de su tesis no son aplicables al caso, ya que lo que se pretende inscribir es el nombramiento de gerente de una Sociedad Regular Colectiva hecho por tres de los siete socios que la integran, no la inscripción de actos realizados por los administradores; que aun cuando no se admitiere el primer defecto señalado en la nota ha de apreciarse que la Junta celebrada no fue válida al no reunir los requisitos exigidos por las cláusulas vigésima y vigésimo tercera, que establecen que las Juntas sean convocadas con ocho días de anticipación y por escrito, previéndose la celebración en primera y segunda convocatoria, ya que en la certificación unida a la escritura, cuya inscripción se deniega, no se dice que fueran convocados los cuatro socios no asistentes, ni la antelación con que lo fueron los

asistentes, ni si fue por escrito, ni si se trata de primera o segunda convocatoria, requisitos todos indispensables cuyo cumplimiento habría que presumir, pues no puede deducirse de la documentación presentada; que dada la importancia del asunto a tratar en la Junta y el contenido de los citados artículos 127, 129 y 143 del Código de Comercio, debió extremarse el cuidado a fin de que todos los interesados tuviesen el debido, formal y anticipado conocimiento de la pretendida Junta, como resulta de la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 23 de abril de 1970; que el nombramiento de Gerente no es un acuerdo de los comprendidos en el cláusula vigésimo primera, sino en la cláusula decimotercera, debido a lo cual, conforme al párrafo último del artículo 125 del Código de Comercio habrán de aplicarse el propio artículo 125 y 129 del mismo Código que exigen unanimidad de todos los socios que constituyen la sociedad, siendo éste el criterio seguido por las Resoluciones del Centro Directivo de 7 de febrero de 1953, 19 de noviembre de 1957 y 2 de noviembre de 1971; que es inoperante el hecho de que los socios no asistentes no hayan impugnado el nombramiento ni exista sentencia firme de ningún Tribunal puesto que el Registrador califica los documentos presentados por lo que de ellos resulte, conforme a la facultad que le confieren los artículos 5 y 44 del Reglamento Mercantil; que no hay precisión en la determinación del plazo de duración del nombramiento, ya que pueden estimarse tres momentos como comienzo del mismo: el día siguiente del término del nombramiento anterior conforme a los datos del Registro, el de la fecha del acuerdo y aceptación del nombrado, y el del otorgamiento de la escritura; y que el registrador no tiene por qué subordinarse a criterios anteriormente seguidos por él mismo o por sus predecesores en el cargo (Resoluciones de 18 de noviembre de 1970 y 5 de diciembre de 1961).

*Doctrina.*—“Considerando que para la resolución de este recurso gubernativo se hace necesario tener en cuenta el contenido de los asientos registrales de la Sociedad Colectiva Vélez y Compañía, que en lo relativo a la administración y gestión de la misma publican una serie de pactos —cláusulas 13, 16, 20, 21 y 23 de la escritura de constitución— acerca de la forma de llevarla a cabo, así como del nombramiento temporal de Gerente por la que denominan Junta de Socios y del funcionamiento de ésta.”

“Considerando que a tales pactos sociales habrá que atenerse, dado que la regulación legal que para las Sociedades Colectivas establece el Código de Comercio en materia de administración sólo tiene aplicación cuando el contrato social no haya dispuesto otra cosa, según se deduce de los artículos 121 y 129 de dicho Cuerpo legal, por lo que la autonomía privada no encuentra límites en esta materia en orden a la organización interna de este tipo de Sociedad —salvo, claro es, los derivados de una disposición de carácter imperativo—, y puede en consecuencia adoptar todas las posibles soluciones, incluso aquellas que aparecen inspiradas en estructuras de sociedades de tipo capitalista, siempre con la debida adaptación para que no se desvirtúe la esencia personalista de esta clase de Sociedad.”

“Considerando que el presente caso, y al estar para vencer el plazo de

vigencia de nombramiento de Gerente, reunidos tres de los siete socios —que integran el *quórum* mínimo de asistencia exigido en la cláusula 21 de la escritura de constitución y representan la mitad del capital social—, acuerdan prorrogar por unanimidad, y de conformidad con lo establecido en la cláusula 17, el nombramiento del actual Gerente por un nuevo plazo de cinco años, con lo que, al cumplir las previsiones contractuales, el acuerdo concluido se encuentra ajustado a lo pactado por todos los socios en la escritura fundacional, que fue debidamente inscrita en el Registro Mercantil, y produciendo el asiento todos los efectos legales, según el artículo 1.<sup>o</sup> del Reglamento que lo regula, por lo que no es necesario que el nombramiento efectuado lo sea por la unanimidad de los socios, y en consecuencia no cabe apreciar la existencia del primer defecto señalado en la nota."

"Considerando que la trascendencia que en las Sociedades Colectivas tiene el nombramiento de administrador por la repercusión de los actos que realiza a nombre y por cuenta de la Sociedad, que obliga no solamente a ésta, sino también a todos los socios personal y solidariamente con todos sus bienes a las resultas de las operaciones, exige como contrapartida que aparezcan claramente cumplidos todos los requisitos que como garantía de la legitimidad de los acuerdos a adoptar se pactaron al constituirse la Sociedad, y es indudable que de la escritura calificada no resulta justificado que se hiciera la convocatoria en la forma que prescribe la cláusula vigésima, ni si se trataba de una primera o segunda convocatoria, así como tampoco es suficiente la escueta referencia que en la certificación social se hace a que fueron convocados todos los socios, pues es necesario conocer las circunstancias en que tuvo lugar, a fin de que no ofrezca duda racional alguna de que su no presencia no fue debida a irregularidad o defecto en la citación."

"Considerando, por el contrario, que no existe ambigüedad en la determinación del plazo de duración del nombramiento, ya que, al ser una prórroga del que estaba a punto de finalizar, claramente se deduce que la fecha a tener en cuenta no es la de la aceptación del cargo por el nombrado, sino desde el día en que terminó su primer mandato."

"Esta Dirección General ha acordado, con revocación parcial del acuerdo del Registrador, confirmar el defecto segundo de la nota de calificación."

#### *Consideraciones críticas*

Entiendo que el principal problema que plantea la resolución que comentamos está enlazado, casi enraizado, con el superior principio de libertad de pacto que parece presidir la constitución de las sociedades mercantiles conforme al artículo 121 del Código de Comercio vigente. Resuelto ese problema quedarán automáticamente solucionados los demás que plantea el Registrador en los tres defectos de su nota. En el fondo esto es lo que viene a realizar la Dirección General.

### A) *Principio de libertad*

MANUEL DE LA CÁMARA ("Estudios de Derecho Mercantil", tomo I, vol. I, pág. 216) estudia este problema y, como siempre, acierta en sus precisiones. ¿Cómo es posible, se pregunta uno, que el Registrador mercantil sabiendo la existencia del artículo 121 del Código de Comercio y el contenido estatutario de la sociedad se niegue a la inscripción del nombramiento de un Gerente en el caso planteado? Y comenta DE LA CÁMARA: "El intérprete, para cumplir la difícil misión que le impone la necesidad de medir el alcance imperativo de cada norma, ha de mantener una actitud prudente y equidistante. Sin tratar de forzar los textos legales para dar primacía sistemáticamente a la voluntad de los particulares, pero sin caer tampoco en el extremo opuesto. Antes de condenar definitivamente un acto que no se acomode a lo dispuesto en la ley habrá de ponderar cuidadosamente hasta qué punto contradice realmente la finalidad que aquélla persigue y en qué medida, para alcanzar dicha finalidad, es necesario acudir al recurso, siempre violento, de la nulidad".

Algo de eso le debió pasar al Registrador en su ponderada y minuciosa calificación que alega preceptos imperativos que no pueden ser violados por el principio de libertad que parece desprenderse del artículo 121 del C. de c. Este artículo, según dice el autor citado anteriormente, debe interpretarse en el sentido de que la insuficiencia del pacto será llenada por la normativa legal y no acarreará necesariamente la ineficacia del contrato, pero sin que esto quiera decir que los socios pueden hacer tabla rasa de aquella normativa. Nuestra labor consistirá, en cada caso, en saber o tratar de saber si nos encontramos ante preceptos imperativos o dispositivos.

Para el Registrador era imperativo lo que disponen los artículos 127, 129 y 143 del Código de comercio respecto a la responsabilidad ilimitada de los socios, la gestión nata de ellos y la necesidad de su consentimiento para prescindir de esa cualidad, lo cual hacía inútil esos pactos sociales que en forma de estatutos estaban inscritos en el Registro Mercantil y que regulaban precisamente el nombramiento de Gestor, su renovación y la forma de tomar acuerdos para ello. Para la Dirección General no hay duda: la administración de la Sociedad Colectiva que en forma legal establece el C. de c. sólo tiene aplicación cuando el contrato social no haya dispuesto otra cosa, según se deduce de los artículos 121 y 129, por lo que la *autonomía privada no encuentra límites en esta materia en orden a la organización interna de este tipo de sociedad*, salvo las de carácter imperativo, pudiendo acudirse a las soluciones que aparecen inspiradas en estructuras de sociedades capitalistas, con la debida adaptación.

Resuelto este problema, quedaban solucionados los tres de la nota registral que examinamos a continuación.

**b) Los tres defectos de la nota**

El primer defecto, como sabemos, era la exigencia por parte del Registrador que el nombramiento de Gerente de la sociedad debió hacerse por "unanimidad" y no por tres socios de los siete que se compone la misma. Es clara la distinción entre gestión y administración, pues la primera mira siempre hacia los asuntos internos de la sociedad, mientras que la segunda trasciende a las relaciones externas. Mientras la gestión puede tener ciertas restricciones, la representación abarca todos los actos concernientes al giro o tráfico de la empresa, por semejanza con la figura del factor mercantil, al que se refiere el artículo 286 del C. de c. Lo que sucede es que normalmente ambas facultades se unifican en una figura que el tráfico mercantil conoce con el nombre de "gerente". En nuestro caso es claro que el contrato social y especialmente la cláusula decimotercera confiere a un socio las facultades de "regir y administrar".

Entendemos que a pesar de lo que dispone el artículo 125 del C. de c. y el 98,8º del Reglamento Registro Mercantil (en la escritura social debe figurar quiénes son los socios a los que se encomienda la administración y representación de la sociedad), el artículo 129 del mismo Código en defecto de ese pacto hace administradores a todos los socios. Pero una cosa es la necesidad de una administración expresa o tácitamente designada y otra que la designación tenga el carácter de "condición expresa del contrato social" como parece disponer el artículo 132, pues en ese caso no se podría privar de ella al que la obtuvo. El poder en este caso, como dice DE LA CÁMARA, es irrevocable. Pero para que ese poder se confiera con este carácter hace falta que se exprese claramente, de ahí que el artículo 98,8º del Reglamento del Registro Mercantil disponga: "si se tratase de administrador a que se refiere el artículo 132 del Código de comercio se hará constar así expresamente".

Es claro que no estamos en este caso y que la Dirección General acierta a resolver el problema correctamente. No opina así FERNÁNDEZ CABALEIRO (Comentario a esta Resolución en "Rv. Cr. Dr. Im." número 512, 1976, pág. 162) pero este autor se aferra a sólo los preceptos del Código de comercio, sin dar importancia al contenido del Registro y a ese artículo que citamos en combinación con las cláusulas del contrato que el supuesto de hecho transcribe. Es, pues, evidente que el presente caso sólo exigía las mayorías que determinaba la cláusula 21 de la escritura de constitución.

El segundo defecto, sin embargo, se acepta por la Dirección General, pues una cosa es el *quórum* de asistencia, las mayorías legales y otra la justificación de la asistencia de socios y las previas convocatorias, pues de otra manera podría existir la "duda racional de que su no presencia fue debida a irregularidad o defecto de citación". Es decir, subrayo la oración por pasiva para resumir la doctrina que ese Centro directivo establece. Los extremos que el Registrador apunta no quedaron suficientemente justificados y de ahí que se acepte el defecto que, teniendo el carácter de subsanable, permite salvarlo posteriormente al recurso.

Tampoco tiene que reprocharse nada en contra de la solución que la Dirección da al tercer defecto, pues si el plazo tenía duración de cinco años y se hace el nombramiento bajo la frase "que continúe por otro período" es claro que sólo deberá ser entendido nombrado, no el día de la aceptación, sino en el momento en que finalice el primer plazo, pudiendo discutirse el cómputo de ese plazo inicial, que hará variar el final, pero no tratar de hacerlo "desde el momento" de la aceptación. Creo que es claro a este respecto el artículo 108 del Reglamento del Registro Mercantil al determinar las distintas formas de "aceptar" su nombramiento los administradores y no creo que a nadie se le haya ocurrido discutir el momento de su iniciación. Aquí sucede algo parecido como con la donación, que evidentemente se perfecciona con la aceptación, pero surte efectos desde la fecha de la escritura en que se hace. Analógicamente, aunque esto es forzar situaciones, podría traerse a colación el artículo 141 de la Ley Hipotecaria y su criterio de retroactividad dado a la aceptación de la hipoteca unilateralmente constituida.

# JURISPRUDENCIA

## I. SENTENCIAS COMENTADAS

### 1. PACTO DE ACTUALIZACION PERIODICA DE LA RENTA EN UN ARRENDAMIENTO DE LOCAL DE NEGOCIO.

*(Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 25 septiembre 1976)*

**SUMARIO:** 1. Contrato de arrendamiento de local de negocio con un pacto de actualización periódica de la renta: criterio jurisprudencial.—2. El aumento o reducción de la renta base por acuerdo de las partes.—3. El pacto de una cláusula de estabilización según la Ley de Arrendamientos Urbanos.

#### 1. *Contrato de arrendamiento de local de negocio con un pacto de actualización periódica de la renta: criterio jurisprudencial.*

El 4 de noviembre de 1965, entre el arrendador A. A. y el arrendatario M. U., se formaliza un contrato de arrendamiento sobre un local de negocio y en el que se hace constar un pacto, por el cual, las partes, en uso de las facultades concedidas por la Ley de Arrendamientos Urbanos, convienen un sistema de actualización de la renta, donde se precisa la fecha en que la actualización se producirá, el período de actualización, la renta sobre la cual se harán los cálculos con la remisión a los índices de variabilidad del coste de la vida del Instituto Nacional de Estadística para la fijación del porcentaje de actualización. Concretamente, se conviene que la primera actualización se efectuará el 1 de noviembre de 1969 sobre la base de treinta y cinco mil pesetas mensuales; la segunda actualización se llevará a cabo el 1 de noviembre de 1972, y la tercera se hará el 1 de noviembre de 1975, y así sucesivamente cada tres años.

Una vez que se cumplieron los plazos, sin haberse actualizado el contrato de arrendamiento del local de negocio, el arrendador requiere judicialmente al arrendatario para que se advenga el pago de la renta actualizada. El arrendatario impugna la renta pretendida por el actor y alega la nulidad de la cláusula tercera del contrato de arrendamiento que contiene el pacto de estabilización.

El Juez de Primera Instancia declara: "Primero: Que el actor, en virtud de lo convenido, está facultado para actualizar la renta básica de treinta y cinco mil pesetas mensuales convenida, cada trienio, a partir del día primero

de noviembre de mil novecientos sesenta y nueve, inclusive, conforme a los índices de variabilidad del coste de la vida publicados por el "Instituto Nacional de Estadística". Segundo: Que el índice de variabilidad del coste de la vida para el primer período vencido en primero de noviembre de mil novecientos sesenta y nueve es con un aumento del dieciséis coma siete por ciento y, para el segundo, vencido el primero de noviembre de mil novecientos setenta y dos, es con un aumento del veinticinco coma ocho por ciento, por lo que el aumento total de la renta correspondiente a ambos períodos es de catorce mil ochocientas setenta y cinco pesetas mensuales que da un total de renta mensual de cuarenta y nueve mil ochocientas setenta y cinco pesetas. Tercero: Que el demandado M. U. viene obligado a satisfacer la renta actualizada..."

Interpuesto recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia ante la Audiencia Territorial, ésta confirma en lo sustancial la sentencia apelada el 20 de febrero de 1975.

Contra esta Sentencia de la Sala Segunda de lo Civil de la Audiencia Territorial, el arrendatario interpone recurso de casación por infracción de Ley, al considerar que se había infringido, por violación, la regla quinta del número segundo del artículo 101 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, ya que la Sentencia de instancia no apreció la caducidad de la acción que se ejercita.

El Tribunal Supremo, en su Sentencia de 25 de septiembre de 1976, considera que tal motivo, basado en el artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y la regla 5.<sup>a</sup>, del número 2 del artículo 101 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, no puede prosperar, "porque el Juzgador de instancia no dejó de tener en cuenta dichos preceptos y con cita expresa de los mismos razona, en el cuarto considerando de la recurrida Sentencia, no ser de aplicación al caso de autos"; porque, como ya declaró esta Sala —en Sentencia de 18 de enero de 1974—, el artículo 101 de la Ley locativa, sólo es de aplicación a los supuestos a los que se refiere el artículo 99 de la misma, entre los que no se encuentra el debatido en la *litis*, previsto, por el contrario, en el artículo 98 de la tan meritada Ley, lo que es conforme a lo razonado acertadamente por el Juzgador de instancia".

De este modo, el Tribunal Supremo viene a confirmar la Sentencia dada en Primera Instancia, donde se reconoce la validez del pacto de actualización de la renta convenido por las partes sin entrar a realizar su calificación, ya que únicamente se limita a confirmar el fundamento legal allí sostenido (artículo 98 de la LAU), distinto al alegado por el arrendatario (artículo 101, número 5 de la LAU).

A mi juicio, el planteamiento judicial y de casación sobre el fundamento legal que alegó el arrendatario es erróneo, al tratar de acogerse a la acción de caducidad, tal como lo rechazó el Tribunal Supremo; también el otro fundamento legal alegado para entender como válida la actualización de la renta no fue lo suficientemente preciso, puesto que tampoco ha debido serlo en base al artículo 98 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, según se aduce por el alto Tribunal, sino en virtud del artículo 100, tal como pasamos a exponer.

## 2. El aumento o reducción de la renta base por acuerdo de las partes.

La postura del Tribunal Supremo en esta Sentencia resulta clara cuando dice que el artículo 101 de la Ley de Arrendamientos Urbanos sólo es de aplicación a los supuestos contenidos en el artículo 59 de la misma, porque se trata del ejercicio unilateral de la facultad del arrendador para elevar la renta o conceptos que a la misma se asimilan.

Efectivamente, el artículo 99 de la Ley de Arrendamientos Urbanos establece que "la renta de las viviendas y locales de negocio mencionados en el artículo 95 no podrá ser incrementada por la sola voluntad del arrendador, sino en los casos establecidos en esta Ley y particularmente en los siguientes..." (creación o elevación de impuestos o arbitrios, diferencias tributarias, asignación de renta superior por Hacienda, obras conforme al artículo 114, subrogación de parientes, ejercicio de pequeña industria doméstica, la industria doméstica de hospedaje, la facultad prevista en el artículo 18, traspaso, destino distinto del local de negocio). Dado que en ninguno de estos casos se encuentra el debatido en esta *litis*, el Tribunal Supremo confirma el fundamento legal aducido por el Juzgado de Primera Instancia y confirmado por la Audiencia, que es el artículo 98 de la Ley de Arrendamientos Urbanos. Ahora bien, el artículo 98 establece 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".

La pregunta surge inmediatamente: ¿Es cierto que el caso de autos consideraba concretamente el "aumento" de la renta por un acuerdo de las partes? Si recordamos el pacto establecido en el contrato por el arrendador y el arrendatario se observa que para el arrendamiento del local de negocio se introduce un sistema de actualización de la renta, según el cual se determinan las fechas en que la actualización se produciría (a partir del tercer año), los períodos de actualización (cada tres años sucesivamente), la renta base sobre la cual se harían los cálculos (35.000 pesetas mensuales) y el índice de variabilidad del "coste de la vida" dado por el Instituto Nacional de Estadística (16,7 por 100 para el primer trienio, 25,8 por 100 para el segundo trienio), que si bien fueron de aumento, como consecuencia de la creciente inflación de ese período, pudo ser de disminución en el caso de haberse producido una recesión.

Esto quiere decir que las partes contratantes, al establecer por pacto un sistema de actualización de la renta, no se habían acogido a un fundamento legal donde se preveía únicamente el aumento o la reducción, tal como facilita el artículo 98 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, sino al artículo 100, *in fine*, donde se reconoce que la renta de las viviendas y de los locales de negocio, por las partes se puede haber "convenido de modo expreso otro sistema de actualización", distinto del que se establece legalmente para la revalorización de la renta.

En este caso, el juzgador de primera instancia, como después el Tribunal Supremo, se han dejado guiar, simple y aparentemente, por el efecto de aumento de la renta que se produce como consecuencia del alza del coste del índice de valor elegido ("índice de variabilidad del coste de la vida"), efecto de la inflación imperante en nuestros días, identificando este aumento

como si hubiera sido éste el objetivo paccionado de las partes contratantes, tal como facultativamente prevé el artículo 98 de la LAU. Ahora bien, si éste hubiera sido el objetivo de ambos contratantes, no se habrían expresado como lo hicieron, de “convenir un sistema de actualización”, o de realizar una “primera actualización” de la renta y una “segunda actualización”; en ningún sitio de su contrato aparece que la renta se “aumentará”. El aumento de la renta que se va a producir no procede de un convenio hecho expresamente sobre el mismo, sino del efecto que provoca una alteración monetaria, como es la inflación que además viene de fuera, independientemente de lo querido por las partes contratantes.

En cambio, lo que sí queda nítido es que las partes contratantes previenen un sistema de actualización de la renta y no su aumento. ¿Cuál es la diferencia?

### *3. El pacto de una cláusula de estabilización, según la Ley de Arrendamientos Urbanos.*

La diferencia que existe entre un sistema de actualización y la previsión de un aumento o reducción de la renta está en no dejar al azar el que la renta suba o baje, como ocurre con las cláusulas o sistema de actualización, sino en fijar el aumento o la reducción de antemano.

“Actualizar” algo es ponerlo al día, conformarse a las circunstancias presentes. Ahora bien, sobre las circunstancias que se presentan nadie puede saber a ciencia cierta cómo evolucionaría, si bien es sabido que la tendencia más acusada para los valores monetarios es la inflacionista, nadie nos puede asegurar —ni los economistas más avezados— que ha de permanecer o que puede cambiar bruscamente por una deflación; además de los factores materiales previsibles existen aquellos otros psicológicos, del libre albedrío, así como políticos, que pueden llevar a una situación de giro de noventa grados respecto al signo de una alteración monetaria, como a su estabilidad.

Por tanto, cuando las partes contratantes lo que han previsto respecto a la cuantía de la renta a pagar es su “actualización”, puede ser tanto un aumento de su cuantía como una disminución o ya una permanencia de la misma, pero nunca con exclusividad su “aumento”, tal como el legislador prevé y faculta a las partes en el artículo 98 de la Ley de Arrendamientos Urbanos.

Otro supuesto distinto es el que contempla el artículo 100, *in fine*, de la Ley de Arrendamientos Urbanos, cuando reconoce a las partes si “hubieran convenido de modo expreso otro sistema de actualización”. Aquí, como en el caso de autos, el convenio expreso entre el arrendador y arrendatario no es concretamente como en el caso del artículo 98, un “aumento o reducción” de la renta, sino un “sistema de actualización”, el cual, si bien implica un aumento o disminución de la renta, tal aumento o reducción no provienen de su particular y previa elección o determinación por las partes, sino del *aieas* que indistintamente se produzca por efecto de la alteración monetaria que ocurra al tiempo del pago.

Esta modalidad de pacto, establecida por las partes contratantes, que hoy es nombrada como “sistema de actualización”, se corresponde con lo que la

doctrina conoce como "cláusulas de estabilización", es decir, las distintas modalidades de pacto privado, o de defensa, que las partes contratantes utilizan para combatir los efectos dañosos de las alteraciones monetarias, al tratar de que el dinero o moneda por su diversa cuantía a entregar corresponda con el valor equivalente, constante y estabilizado de su contratación inicial. Para que dicho valor monetario permanezca equivalente en las prestaciones de las partes ante las alteraciones monetarias, la cuantía o suma de moneda habrá de ser mayor o menor, según suceda una depreciación o desvalorización, o bien acontezca una deflación o una recesión monetaria.

Salvo que el legislador no haya fijado o "bloqueado" los precios y rentas, como sucedió cuando se dispuso el "beneficio" de la renta en las anteriores legislaciones locaticias (de 1948 y de 1956), la autonomía de la voluntad de las partes, así como la restablecida libertad de estipulación de la renta (artículos 97, 98, 100 y 101 de la LAU vigente) permiten el pacto de cláusulas de estabilización de la renta en viviendas y locales de negocio y también el aumento o reducción paccionados e incluso la facultad unilateral del arrendador para elevar la renta.

En el caso de autos, lo que el arrendador y arrendatario habían pactado fue una cláusula de estabilización de las llamadas "cláusula valor índice" o de "escala móvil" para regular su actualización. No se trataba de ponerse de acuerdo para elegir un aumento o una disminución de la cuantía de la renta de un modo concreto, sino de estar a las consecuencias de ambos, según las circunstancias que deparase el porvenir. Por tanto, no se trataba de elegir unilateral y exclusivamente el aumento de la renta, aunque el aumento de la renta, como consecuencia de la inflación, se hubiera producido y así fuese su resultado concreto.

Todavía puede alegarse por alguien que este matiz distintivo prácticamente carece de importancia. A mi juicio, en cambio, sí la tiene en cuanto a la interpretación que deba hacerse del artículo 98 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, puesto que la actual Sentencia viene a confirmar mi opinión crítica respecto a otra anterior, la Sentencia de 28 de noviembre de 1975, en la que, ante un contrato de arrendamiento de local de negocio con pacto de elevación de la renta —tal como se considera ahora para el de autos— fue declarado nulo, diciendo de los pactos que "no serán válidos cuando se limiten a establecer una posible y constante elevación de la renta, sin permitir, a la vez su disminución". Si en esta Sentencia de 1975 se olvidaba que existía la posibilidad permisiva que concede el artículo 98 de la Ley de Arrendamientos Urbanos vigente de establecer un "aumento" de la renta por acuerdo de las partes, ahora, con la presente Sentencia de 1976, se viene a confirmar que dicho aumento o elevación progresiva, cada tres años, sí es válida y eficaz con arreglo a dicho artículo.

JOSÉ BONET CORREA

## 2. LA PENSION DE ALIMENTOS ANTE LA DEPRECACION MONETARIA.

*(Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo  
de 14 febrero 1976)*

**SUMARIO:** 1. El caso concreto y el criterio jurisprudencial.—2. La depreciación monetaria como causa de eleveación de la pensión de alimentos.—3. La obligación de alimentos en cuanto “deuda de valor”.

### 1. *El caso concreto y el criterio jurisprudencial.*

En el matrimonio de don A. con doña B., la esposa promueve ante el Tribunal eclesiástico la separación conyugal perpetua por adulterio de su marido, al que se le declara culpable; la hija menor del matrimonio quedó bajo la guarda de la madre en cuanto cónyuge inocente. La Sentencia fue declarada firme y ejecutiva el 16 de febrero de 1962.

El Juzgado de Primera Instancia, el 14 de febrero de 1963, declara que la esposa conserva el derecho de alimentos, que deberá proporcionarlos el cónyuge culpable y que éste los pierde a cargo del inocente. La cuantía de estos alimentos se concreta en una pensión de ocho mil pesetas mensuales que el esposo viene obligado a satisfacerlas a su esposa.

Diez años más tarde la esposa pide al Juzgado que se le eleve la cuantía de la pensión, por resultarle insuficiente, debido a la profunda variación que se ha producido en el poder adquisitivo de la moneda y en el nivel de vida nacional, así como por el mejoramiento de la economía particular de su marido.

El Juez de Primera Instancia, el 24 de febrero de 1974, declara que “la pensión vitalicia de ocho mil pesetas mensuales que por prestación de alimentos viene obligado a satisfacer el demandado a la actora, deberá ser aumentada en otras ocho mil seiscientas pesetas, por adelantado, y a partir del próximo mes de febrero del año en curso”.

La Audiencia Territorial acepta los considerandos de la Sentencia apelada y la confirma en todas sus partes.

El esposo interpone recurso de casación por infracción de ley ante el Tribunal Supremo, el cual, en Sentencia de 14 de febrero de 1976, establece: “Que la devaluación del poder adquisitivo de la moneda, como consecuencia de la inflación del coste de la vida, sobrevenida desde el año mil novecientos sesenta y dos al mil novecientos setenta y tres, no puede menos de ser incluida entre las causas que deben tenerse en cuenta por los Tribunales para producir la elevación de las pensiones a que se refiere el artículo 147 del Código civil, porque al indicarse en éste que tal hecho dependerá del aumento que sufran las necesidades del alimentista, no es posible interpretar la frase entrecerrillada en un sentido unilateral y estricto, sino también en relación con sus antecedentes históricos y legislativos y realidad del tiempo en

que el precepto ha de ser aplicado, con atención especial a su espíritu y finalidad (artículo 3, número 1, del Código civil)...”; “que al considerar la deuda alimenticia en lo que sea indispensable para el sustento, habitación, vestido y asistencia médica de la persona que deba percibirla, en atención al rango y posición social de la familia (artículo 142, párrafo primero y sentencias de cinco de diciembre de mil novecientos once, quince de diciembre de mil novecientos cuarenta y dos y once de abril de mil novecientos cuarenta y seis), la *ratio legis* del artículo 147 no se cumpliría de no actualizarse el *quantum* de la pensión en armonía con la erosión que el dinero hubiera sufrido, puesto que de otra forma se obligaría al alimentista a disminuir, reducir o dejar de atender alguna de ellas, rebajando su condición social, sobre todo cuando la materia objeto de este estudio debe ser interpretada restrictivamente (Sentencia de dos de diciembre de mil novecientos setenta)”.

“Que a la misma conclusión se llega si se tienen presentes las medidas que tanto el legislador como la Jurisprudencia de esta Sala han ido arbitrando para evitar las consecuencias que la depreciación de la moneda pueda ocasionar al acreedor en determinados negocios jurídicos de trato sucesivo o ejecución diferida, cuyas prestaciones se realicen espaciadamente y distanciándose cada vez más del momento de su iniciación...”, por lo que “ninguna razón existe para no aplicar el mismo criterio, cuando de la pensión alimenticia se trate, puesto que a ello abonan tanto el principio de interpretación analógica, admitido por el número uno del artículo cuarto del vigente Código civil, como el axioma: *ubi est eadem ratio ibi eadem dispositio juris esse debet* (Sentencias de catonce de mayo de mil novecientos cincuenta y dos y dos de febrero de mil novecientos setenta y seis), y como en el presente caso, el cuarto razonamiento jurídico de la Sentencia de primer grado, aceptada por la Audiencia, declara probado que el índice del coste de la vida, señalado por el Instituto Nacional de Estadística, subió el 16,4 en mil novecientos sesenta y dos, fecha en que se concertó la prestación de alimentos, a que el proceso se contrae, al 141,5 en mil novecientos setenta y tres, al incoarse el litigio, es obvio que semejante evento comporta una alteración en las circunstancias que el artículo 147 del Código civil contempla y debe tomarse en cuenta para la decisión del problema debatido...”.

La importancia que presenta esta Sentencia del Tribunal Supremo para la práctica jurídica del conflicto de intereses está tanto en la interpretación concreta que hace del artículo 147 del Código civil, respecto al alcance que comportan las “necesidades del alimentista” y las repercusiones que en ella tiene el deterioro del poder adquisitivo del dinero, como en el principio de analogía que aplica entre las medidas tomadas legislativa y jurisprudencialmente para otros negocios jurídicos de trato sucesivo o de ejecución diferida, a fin de evitar también para la deuda alimenticia las consecuencias de las alteraciones monetarias. Sin embargo, se advierte cómo la Sentencia prefiere esquivar al aspecto doctrinal referido a la naturaleza jurídica de la prestación alimenticia, en cuanto “deuda de valor” —a la que, no obstante, se refirieron el Juzgado y la Audiencia— y se decide por el carácter contencioso y no paccionado del *quantum* de la prestación de la deuda de alimentos por alteración de las circunstancias, a fin de que se produzca la revisión y el aumento de la pensión.

**2. La depreciación monetaria como causa de elevación de la pensión de alimentos.**

La presente Sentencia, de 14 de febrero de 1976, se fundamenta en dos argumentos concretos para razonar la justicia de su decisión de elevar el *quantum* de la prestación de la deuda de alimentos: a) En que las necesidades del alimentista no quedan cubiertas con la cuantía dineraria señalada hacia diez años, ante la erosión que sufre el poder adquisitivo del dinero; b) En que se puede aplicar a la deuda alimenticia el principio de interpretación analógica de otras medidas legales y jurisprudenciales, dadas para negocios jurídicos similares, con el objeto de evitar las consecuencias de la depreciación de la moneda; c) En que se produce una alteración de las circunstancias, provocada por el evento de la subida del coste de la vida.

a) El primer argumento toma como base interpretativa la disposición contenida en el artículo 147 del Código civil, para la cual “los alimentos, en los casos a que se refiere el artículo anterior, se reducirán o aumentarán proporcionalmente según el aumento o disminución que sufran las necesidades del alimentista y la fortuna del que hubiere de satisfacerlos” (1). La base subjetivista o personalista de esta norma es ambivalente, o sea, que está en función de la situación económica personal de ambos sujetos de la relación jurídica de alimentos, al igual que la norma del artículo 146, por la que “la cuantía de los alimentos, en los casos comprendidos en cuatro números del artículo 143, será proporcionada al caudal o medios de quien los da y a las necesidades de quien los recibe”. Tal matiz personal, en cuanto a la situación patrimonial del que debe alimentos como del que los recibe, da la medida de proporcionalidad que debe regir para cada caso concreto. Se tratará de una cuestión de hecho, de apreciación del Tribunal juzgador, la de calcular y concretar el *quantum* de la prestación (2).

Según el artículo 149, “el obligado a prestar alimentos podrá, a su elección, satisfacerlos, o pagando una pensión que se fije, o recibiendo y manteniendo en su propia casa al que tiene derecho a ellos”. Cuando esta última situación resulta incompatible con el hecho de una separación matrimonial, el pago de la pensión deberá hacerse en dinero, en una cuantía determinada; de este modo, la fijación de la pensión en dinero resulta una de las modalidades para satisfacer los alimentos. No obstante, esa determinación de la cuantía no es definitiva y constante durante su sucesivo desenvolvimiento, de por vida del alimentista, como ocurriría si se tratase de una deuda pecuniaria. Dado que su finalidad es atender a las necesidades vitales y asistenciales de la persona o personas que reciben los alimentos, la variación de la circunstancias subjetivas personales, como de las externas de la coyuntura económica del país, se reflejarán en la suficiencia o insuficiencia de la pensión.

Las situaciones subjetivas, referidas a las partes en la relación de alimentos, son previstas normativamente, según queda visto al tener que desenvolverse en

(1) SS. 13 abril 1951 y 14 abril 1962.

(2) SS. 13 abril y 28 junio 1951, 24 febrero 1955, 14 enero 1956, 12 marzo 1958, 14 abril 1962, 7 octubre y 2 diciembre 1970.

proporción al caudal o medios de quien proporciona los alimentos y a las necesidades de quien los recibe, debido a que puede aumentar o disminuir la fortuna del alimentante y las necesidades del alimentista. En el caso de autos, el marido se dedica a probar que su esposa no tiene más necesidades que las que tuvo cuando se produjo su separación conyugal, incluso, la hija que tuvo la esposa a su cargo, al casarse, deja de depender de ella. Sin embargo, el Tribunal Supremo no sólo toma en cuenta las necesidades del alimentista desde este punto de vista subjetivo, las que componen el derecho de alimentos y que describe el artículo 142 ("todo lo que es indispensable para el sustento, habitación, vestido y asistencia médica, según la posición social de la familia"), sino que valora las causas externas, "la erosión que el dinero había sufrido", lo que "obligaba al alimentista a disminuir, reducir o dejar de atender a alguna de ellas, rebajando su condición social".

b) Estas causas externas u objetivas de la coyuntura económica, que repercuten en el valor y poder adquisitivo del dinero y, por tanto, en la cuantía de la pensión, no fueron previstas por el codificador civil y carecen de su reflejo normativo. Es la prudencia y el sentido de equidad del Tribunal Supremo el que tratará de corregir la insuficiencia legal respecto a las consecuencias que produce la depreciación monetaria en un período de diez años (1962 a 1973), la cual incide sobre su situación subjetiva, concretamente respecto al "aumento que sufren las necesidades del alimentista" (art. 147). A este respecto, el alto Tribunal entiende que no es posible interpretar la frase en su sentido literal y estricto, sino también en relación con sus antecedentes históricos, legislativos y de la realidad del tiempo en que el precepto ha de ser aplicado, con atención especial a su espíritu y finalidad. De este modo, las necesidades personales del alimentista pueden ser las mismas o, incluso, menores, pero, por efecto de las alteraciones monetarias, la cuantía de dinero que integra la pensión, su poder adquisitivo puede resultar insuficiente para cubrir aquellas necesidades.

El Tribunal Supremo, para fundamentar su argumentación y tomar en consideración las circunstancias externas de la coyuntura económica, con sus alteraciones monetarias, aplicables a la deuda de alimentos, invoca un principio de interpretación analógica, recogido de las nuevas disposiciones legales que las acogen (leyes de arrendamientos rústicos y urbanos, reglamento hipotecario, etcétera.), así como de su doctrina jurisprudencial aplicada a los negocios jurídicos de trato sucesivo o de ejecución diferida en que fueron previstas.

A mi juicio, la fundamentación del Tribunal Supremo en base a un principio de interpretación analógica respecto de la deuda de alimentos resulta superflua y obvia, ya que la propia naturaleza jurídica de dicha deuda, en cuanto "deuda de valor", es distinta de la de una obligación pecuniaria, por lo que bastaba con haberla invocado como causa de la corrección de la cuantía de la pensión en dinero.

Es que la razón de analogía de la deuda de alimentos con las obligaciones pecuniarias, debido a la erosión del poder adquisitivo del dinero, es meramente genérica o coyuntural, puesto que ambos tipos de obligaciones, específicamente responden a diferentes criterios de valoración para su prestación en dinero. Mientras que las obligaciones pecuniarias implican, en el pago de su prestación, una suma o cantidad de dinero, calculada de antemano y determinada hasta su pago, en cambio, en la deuda de alimentos la cantidad de dinero que implica

la pensión es el resultado debido de un valor patrimonial con poder adquisitivo suficiente, de tal modo que la alteración del valor de la moneda, como cualquier otra modificación de los valores que componen la deuda alimenticia, provoca la revisión del *quantum* de su prestación, ya que repercute y la altera, destruyendo la conmutabilidad y equivalencia de las prestaciones en función del caudal o medios de quien los da y según las necesidades de quien la recibe. Por eso, la razón de analogía entre ambos tipos de deudas es meramente extrínseca o accidental respecto de las alteraciones monetarias acaecidas, pero no en cuanto a su diversa naturaleza; mientras que en las obligaciones pecuniarias las alteraciones monetarias no suponen más que un riesgo, que no modifica la cuantía de su prestación en dinero, en las deudas de valor, como es la deuda de alimentos, las alteraciones monetarias repercuten inmediatamente en el objeto de la prestación, al dejar de ser un valor suficiente para llenar las necesidades del alimentista; la modificación de la cuantía en dinero de la pensión alimenticia siempre es posible al no ser una obligación pecuniaria, al no entrar el dinero como el objeto inmediato, *in prestatione*, sino porque el dinero se da como una pura modalidad sustitutiva o resolutoria *in solutione*.

c) El último argumento empleado por el Tribunal Supremo en esta Sentencia para fundamentar la elevación de la pensión es el de "la alteración de las circunstancias" que resulta, concretamente, del evento de la subida del coste de la vida. Al haberse probado por un certificado del "Instituto Nacional de Estadística" que el índice del coste de la vida subió del 16,4 por 100 en el año 1962, fecha en la que se concertó la prestación de alimentos, al 141,5 por 100 en el año 1973, cuando se inicia el litigio, se deduce obviamente la repercusión que ello tiene para el problema debatido.

La alteración de las circunstancias supone un evento objetivo, imprevisto y ajeno al deseo de las partes que queda fuera del margen de riesgo de la naturaleza asistencial de la deuda de alimentos, pero repercutible en la prestación, especialmente en su aspecto económico, base sobre la cual las partes fijaron la cuantía dineraria a recibir como equivalente del valor de la prestación alimentaria. Quiere decirse que, alterados aquellos condicionamientos iniciales por unas circunstancias ajenas a la voluntad de las partes obligadas, la corrección de la alteración es una consecuencia de la justicia intrínseca de dicha deuda de alimentos que la Sentencia actual aborda y resuelve con gran tacto.

Sin embargo, esta Sentencia ha esquivado una explicación del fundamento doctrinal de la deuda de alimentos, lo que le hubiera ahorrado el tener que acudir a otros argumentos ajenos, pudiendo resolver la cuestión con los propios, puesto que para una "deuda de valor" se hacen innecesarias las analogías establecidas para las deudas pecuniarias.

### *3. La obligación de alimentos en cuanto deuda de valor.*

El Tribunal Supremo (3) ya tiene dicho que "la institución denominada por el Código civil de *alimentos entre parientes* presenta, por fundamentales razones de interés familiar y social, caracteres propios que implican cierta autonomía e independencia en el terreno sustantivo, como son la solidaridad entre los llá-

---

(3) S. 2 marzo 1967.

mados a prestarlos, la irrenunciabilidad e intransmisibilidad del derecho a su percepción y la falta de aptitud para ser opuesta su compensación con lo que el alimentista deba por cualquier concepto al que ha de prestar los alimentos". En cambio, nuestra jurisprudencia sólo se ha referido de pasada a la naturaleza de la obligación alimenticia como una "deuda de valor" (4).

En la doctrina italiana ha sido el profesor ASCARELLI (5), quien más ha contribuido a la caracterización de la deuda de valor, incluyendo como una especie de la misma a la deuda de alimentos; al concebirla como aquella deuda cuyo objeto de su prestación es un valor patrimonial (bienes o servicios), no tiene por objeto concreto una suma de dinero, sino la realización de aquel valor (*in prestatione*), si bien para su pago (*in solutione*) puede ser concretado en dinero.

Las deudas de valor se distinguen por la iliquidez inicial de su crédito, aunque esté compuesto por un valor patrimonial concreto, lo cual, para su pago en dinero, habrá de ser objeto de un cálculo conforme a las variables que componen su valor determinable. De aquí que la deuda de valor presente dos cuestiones fundamentales: a) La que se refiere a la determinación del valor que constituye el objeto de la prestación de la deuda; b) La que tiene por objeto la liquidación de tal valor o su conversión en una suma de dinero de curso legal.

La jurisprudencia italiana (6) ha considerado que los momentos más idóneos para la conversión del valor en dinero de curso legal son el "día de pago" y, en su caso de litigio, el del "día de la sentencia" o aquel que el juzgador considere de más equidad.

Hasta hace poco, la doctrina francesa (7) no ha dedicado gran atención a las deudas de valor, mientras que la doctrina alemana (8), a pesar de man-

(4) La S. 27 febrero 1945, si bien referida a un contrato de seguro, dice que "aparte de las dificultades, no del todo esclarecidas por la doctrina, para separar netamente las deudas de valor—resarcimiento de daños y obligaciones alimenticias—en que el dinero se ofrece como medio de liquidación, pero no como objeto de la deuda, y las netamente pecuniarias, a que se refiere el artículo 1.170 del Código civil...".

(5) ASCARELLI. *La moneta. Considerazioni di Diritto privato*. Padova, 1928, páginas 141 y 231; también: *I debiti di valore*, ahora en *Studi giuridici sulla moneta*. Milano, 1952, pp. 63 y ss., *Liquidazione del debito di valore e debito pecuniario*, en *Rivista del Diritto Commerciale*, II (1951), pp. 96 y ss., *Obbligazioni pecuniarie (arts. 1.277-1.284)*. Bologna-Roma, 1959, pp. 170 y ss.

(6) Cfr. DISTASO, *Le obbligazioni pecuniarie*, en *Banca, Borsa e Titoli di Credito*, XXXII-1 (1969), p. 432; QUADRI, *Svalutazione monetaria e principio nominalistico*, en *Rivista di Diritto Civile*, 4 (1975), pp. 371 y ss.

(7) Cfr. PIÈRE-FRANÇOIS, *La notion de dette de valeur en Droit civil. Essai d'une théorie*. París, 1975.

(8) Cfr. NUSSBAUM, *Das Geld in Theorie und Praxis des Deutschen und ausländischen Rechts*. Tübingen, 1925, y la trad. esp. de Sancho Seral: *Teoría jurídica del dinero*. Madrid, 1928, p. 236; ECKSTEIN, *Geldschuld und Geldwert in materiellen und internationalen Privatrecht*. Berlín, 1932; STAUDINGER-WEBER, *Staudingers Kommentar zur Bürgerlichen Gesetzbuch. II. Recht der Schuldverhältnisse (§§ 241-248)*, 11 ed. Berlín, 1967, p. 678; en contra: VON MAYERDELL, *Geldschuld und Geldwert. Die Bedeutung von Änderungen des Geldwertes für die Geldschulden*. München, 1974, p. 92.

tener a ultranza el principio nominalista, (9), también las configura y distingue, al igual que su jurisprudencia (10).

En el Derecho español también se acoge esta nueva categoría de las deudas de valor que la dogmática civilista europea distingue de las obligaciones pecuniarias. La Sentencia de 27 de febrero de 1945, a propósito de un contrato de seguro, hace ver la diferencia entre ambos tipos de deudas, de las cuales, la doctrina (11) pronto se hará eco, contribuyendo a su estudio, si bien refiriéndose a ciertas figuras concretas, como la mencionada, o a propósito de la colación (12).

La deuda de alimentos, que es una típica deuda de valor, sin embargo, no ha sido destacada por la doctrina española desde este aspecto (13), refiriéndose solamente a su naturaleza condicional y variable, por lo que se entiende que la extensión de los alimentos se gradúa según las necesidades del alimentista y la fortuna del que haya de satisfacerlos. En caso de conflicto de intereses es

(9) En el § 3 de la Ley Monetaria (*Währungsgesetz*) de 1948 se acoge el principio nominalista; no obstante, actualmente, ante la inflación que se advierte, ciertos autores creen que cabe la excepción a dicho principio en base a razones de buena fe, falta de equivalencia de las prestaciones o, bien, por carecer de carácter imperativo, cfr. GEMPER, *Probleme der Nominalwertrechnung bei inflatorischer Geldentwertung*, Köln, 1972; REUTER, *Nominalprinzip und Geldentwertung*, en *Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht*, 137 (1973), pp. 482 y ss; FRANNZEN, MEYER, ZIEMER, *Nominalwertprinzip, Geldentwertung und Besteuerung*, Bonn, 1973; BETTERMANN, *Über Inhalt, Grund und Grenzen des Nominalismus*, en *Recht der Arbeit*, 1 (1975), pp. 2 y ss.

(10) El Tribunal Supremo alemán (Bundesgerichtshof), en su Sentencia de 14 de julio de 1952 también distingue las deudas de sumas de dinero (Geldsummen) de las deudas de valor (Geldwertransprüchen), cfr. en *Neue Juristische Wochenschrift* (1952), p. 1173.

(11) Cfr. POLO, en *Revista de Derecho Privado*, XXIX (1945), pp. 521 y 525; NÚÑEZ LAGOS, en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, XCI (1946), p. 722; VALLET DE GOYTISOLO, en *Revista Jurídica de Cataluña*, 68 (1951), p. 3; BELTRÁN DE HEREDIA, *El cumplimiento de las obligaciones*, Madrid, 1956), p. 229; HERNÁNDEZ-GIL, *Derecho de obligaciones*, I (Madrid, 1960), p. 201.

(12) Cfr. NÚÑEZ LAGOS, en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, XCI (1949), p. 719.

(13) Cfr. CASTÁN, *Derecho civil español común y foral. V-II. Derecho de familia. Relaciones paterno-familiares y tutelares*, 7.<sup>a</sup> ed. Madrid, 1958, pp. 236 y siguientes; FUENMAYOR, *La deuda alimenticia del donatario*, en *Revista de Derecho Privado*, XXVI (1942), pp. 154 y ss.; PUIG PEÑA, *La deuda alimenticia entre parientes*, en *Revista General de Derecho*, 42-47 (1948), pp. 130 y siguientes, y *Alimentos*, en *Nueva Enciclopedia Jurídica Seix*, II (Barcelona, 1950), pp. 579 y ss.; RICO GAMBARTE, *Alimentos como suplemento de legitimidad*, en *Anuario de Derecho Aragonés* (1951-1952), pp. 22 y ss.; VILLARINO, *El "ius alimentationis". Ejecución de lo convenido en acto de conciliación*, en *Boletín Informativo del Ministerio de Justicia*, 218 (1953), p. 3. PIÑAR, *La prestación alimenticia en nuestro Derecho civil*, en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 4 (1955), pp. 7 y ss.; BELTRÁN DE HEREDIA y ONÍS, *La obligación legal de alimentos entre parientes*, Salamanca, 1958; HERNÁNDEZ-CANUT, *La deuda de alimentos en el Derecho especial de Cataluña*, en *Anuario de Derecho Civil*, XV-1 (1962), pp. 97 y ss.; ALONSO PÉREZ, *Los alimentos debidos a la viuda encinta*, en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 59 (1969), pp. 389 ss.; DORAL, *Pactos en materia de alimentos*, en *Anuario de Derecho Civil*, XXIV-2 (1971), pp. 313 y ss.

el arbitrio judicial el que modera y determina la cuantía en que han de prestarse.

Mientras la doctrina europea (14) ha tomado en cuenta la influencia de las alteraciones monetarias respecto a la deuda de alimentos, sea de carácter legal, o ya sea de origen voluntario, la doctrina española (15) todavía apenas se ha referido concretamente a ella como causa de aumento o disminución de la pensión concretada en dinero, si bien la jurisprudencia ya ha tenido la ocasión de hacerlo, aunque de pasada, en un primer caso sobre un contrato de bienes entre cónyuges legalmente separados (S. 19 diciembre 1959) (16) y, ahora concretamente, tal como se aborda por la presente Sentencia de 14 de febrero de 1976.

JOSÉ BONET CORREA

---

(14) Cfr. Mosco, *Gli effetti giuridici della svalutazione monetaria*, Milano, 1948, p. 147; GALLO, *Legato di alimento e sua adeguabilità ai mutati valori monetari*, en *Giurisprudenza della Cassazione Civile* (1950), pp. 551 y ss.; ASCARELLI, *Obbligazioni pecuniarie* (art. 1277-1284). Bologna-Roma, 1959; BARRÈRE, *Influence de la dépréciation monétaire sur les obligations alimentaires*, en *Influence de la dépréciation monétaire sur la vie juridique privée*. Paris, 1961, pp. 35 y ss.; DEFRENOIS, *Les récentes dispositions législatives concernant les récentes constituées entre particuliers*, en *Repostero Notarial*, 28.425 (1963), p. 573; SAVATIER, *Commentaire à la loi 13-7-1963*, en *Jurisclasseur Periodique*, 1963, I, 1972.

(15) Una referencia sobre la incidencia de la devaluación monetaria en los alimentos, v. DORAL, *op. cit.*, p. 333. Ultimamente, a propósito del Auto del Juez Delegado de Apelaciones de Andorra, SOTO NIETO, *Derecho de alimentos. Alteración de la prestación alimenticia*, en *Cuestiones jurídicas. Jurisprudencia creadora*, I (Madrid, 1976), pp. 415 y ss.

(16) En realidad, el Tribunal Supremo, en esta Sentencia, no entró a considerar la cuestión de la depreciación del dinero en relación con la pensión alimenticia, puesto que rechaza el recurso por defecto de formulación. Sin embargo, fue la Audiencia Territorial quien la había tomado en cuenta como consecuencia de la alegación que hizo la esposa divorciada, cfr. G. G. C., en *ANUARIO DE DERECHO CIVIL*, XIII-4 (1960), p. 1315.

## II. SENTENCIAS

A cargo de Antonio CABANILLAS, Jorge CAFFARENA, Jesús DIEZ DEL CORRAL, Pedro ELIZALDE, Gabriel GARCIA CANTERO, José PERE Y RALUY y Ricardo RUIZ SERRAMALERA.

### I. DERECHO CIVIL

#### 1. Parte General

*1.º Error de vicio: requisitos y supuestos: competencia para apreciarlo:* Si bien es cierto que el consentimiento prestado por error provoca la nulidad del acto o negocio jurídico de que se trate (art. 1.265 del C. c. y Sentencia de 5 marzo 1960), siempre que recaiga sobre la sustancia de la cosa que fue objeto del mismo o sobre aquellas condiciones del objeto que principalmente hubieran dado motivo a su celebración (art. 1.266), situación en que pueden encontrarse la adquisición de un terreno que se cree edificable, sin que realmente lo sea (Sentencia de 20 abril 1965), la compra de cosa ajena, en determinadas circunstancias (Sentencias de 20 noviembre 1925 y 15 octubre 1973), e, incluso, la tasación equivocada de una finca en procedimiento de apremio (Sentencia de 2 marzo 1955), no debe olvidarse, en cambio, que para que tal efecto se produzca es indispensable que el indicado error haya quedado acreditado plenamente en las actuaciones (Sentencias de 26 diciembre 1944 y 12 febrero 1965), cosa que corresponde al Tribunal "a quo" a cuya apreciación está encaminada, no sólo la existencia de los actos que la constituyen (Sentencias de 26 noviembre 1974 y 10 octubre 1975), sino también los de aquellos otros que integran su esencialidad (Sentencias de 30 septiembre 1963 y 2 marzo 1965), sin que para ello sea suficiente con el sufrido respeto a los motivos que movieron al impugnante a realizar el negocio cuya anulación pretenda (Sentencias de 26 abril 1943 y 30 septiembre 1963), porque el reconocimiento del error sustancial, con trascendencia anulatoria del contrato, debe interpretarse de forma restrictiva, en aras de la seguridad jurídica y del fiel y exacto cumplimiento de lo pactado. (Sentencia de 28 de febrero de 1974.)

*Error de vicio: acción de anulación: legitimación activa: no están legitimados los que pudieron evitar el error:* Aunque la acción de nulidad, establecida por el artículo 1.300 y concordantes del C. c., puedan ejercitarse no sólo los obligados principal o subsidiariamente en virtud del

acto o negocio jurídico de que se trate, sino también los perjudicados o terceros afectados por el mismo (Sentencias de 20 junio 1955 y 2 diciembre 1966), e incluso quienes tengan un interés jurídico tutelable por el Órgano jurisdiccional o que sean titulares de un derecho subjetivo vulnerado por aquél (Sentencia de 12 diciembre 1960 y 25 abril 1967), sin que para ello fuera imprescindible que hubieran sufrido lesión (art. 1.300), lo cierto es que carecen de esa facultad, cuando el vicio invalidatorio, consistente en error en el consentimiento, sea imputable a los que pretenden hacerlo valer en su favor (art. 1.302 y Sentencias de 8 junio 1968 y 7 abril 1976) o conocieran previamente los hechos que lo motivaron (Sentencias de 16 diciembre 1927 y 16 diciembre 1944), de forma tal que pudieran haberlo evitado con el empleo de una regular diligencia (Sentencias de 14 junio 1943 y 16 diciembre 1952), como consultando simplemente el Registro de la Propiedad (Sentencia de 5 marzo 1962).

*Error de hecho en la apreciación de la prueba: documentos auténticos:* Los documentos que fueron objeto de examen y análisis por parte del Tribunal "a quo", son ineficaces para fundar en ellos un error de hecho (Sentencias de 15 junio 1970 y 14 febrero 1973), no gozando de la condición de auténticos a estos fines, las certificaciones expedidas por el Registro de la Propiedad (Sentencias de 29 enero 1966 y 24 febrero 1975), los testimonios de los secretarios judiciales (Auto de 18 diciembre 1909 y Sentencia de 17 noviembre 1975), ni los dictámenes periciales (Sentencias de 8 marzo 1972 y 16 febrero 1973). (Sentencia de 15 de febrero de 1977; no ha lugar.)

2. *Incongruencia:* Es un principio general de derecho, consagrado por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, que lo que vincula al tribunal son los hechos sometidos a su deliberación y fallo, de cuyo contenido no puede apartarse, so pena de incurrir en incongruencia; pero no la aplicación del derecho que propugna la parte, pues sobre el derecho aplicable al caso son los tribunales quienes han de proveer.

*Simulación relativa: causa falsa:* Si bien es verdad que la expresión de una causa falsa en los contratos da lugar a su nulidad, no lo es menos que será válido el contrato cuando, no obstante la causa falsa expresada, se demuestre que estaba fundado en otra verdadera y lícita, según dispone el artículo 1.276 del Código civil. (Sentencia de 16 de diciembre de 1976; no ha lugar.)

*Hechos:* Simulación de la propiedad de un solar con objeto de obtener más fácilmente los beneficios de la calificación de vivienda bonificable y compraventa simulada para consolidar la situación real de condominio de la casa edificada.

3. *Simulación relativa: contrato de compraventa que encubre una donación "mortis causa": revocación de esta última por solicitar la nulidad de la compraventa:* Ejercitada por el donante acción para declarar la simulación de la compraventa, y declarándose por el juzgador que este contrato encubría una donación que había de surtir sus efectos a la

muerte del donante, no tiene por qué interpretarse que por estas razones exclusivas deba entenderse revocada la donación "mortis causa" que se disimulaba (Sentencia de 27 de diciembre de 1976; no ha lugar.)

4. *Error de hecho:* Es reiteradísima la jurisprudencia de que el error ha de aparecer del documento de una manera patente, sin necesidad de deducciones o interpretaciones, así la Sentencia de 4 de junio de 1964.

*Prueba:* El artículo 1.215 del Código civil se limita a enumerar esencialmente los medios de prueba, pero no basta por sí sólo para fundamentar un recurso de casación por infracción de ley. (Sentencia de 5 de diciembre de 1976; no ha lugar.)

**NOTA:** Es interesante examinar el Considerando 2.<sup>º</sup> de esta sentencia; nuestro Tribunal Supremo acoge la teoría del doble efecto para explicar el significado del negocio fiduciario (*fiducia cum amicu*). Véase la crítica del profesor DE CASTRO (*El Negocio Jurídico*, Madrid, 1971, páginas 406 y ss.) a esta teoría.

## 2. Derechos reales

1. *Inmuebles por incorporación:* Los transportadores instalados no tienen tal carácter al no ser su unión al inmueble permanente. (Sentencia de 28 de febrero de 1977; no ha lugar.)

*Hechos:* Entre el actor y el demandado se concertó la instalación en el matadero de éste de dos transportadores, que una vez montados resultaron inútiles para el uso a que eran destinados.

2. *Posesión apta para la usucapión del dominio:* Es ineficaz para poder causar la usucapión la posesión judicial alegada por los demandados, pues fue meramente teórica y contradicha con la que realmente vino ejercitando el Ayuntamiento demandante, como denota el hecho de que aquéllos hubieran de acudir al procedimiento del artículo 41 L. H.

*Presunciones judiciales:* La impugnación de las presunciones no establecidas por la ley y establecidas por el tribunal "a quo" sólo pueden prosperar en casación cuando se impugne con éxito el hecho base, o cuando la misma presunción se reputa manifiestamente contraria al criterio humano, ilógica o absurda.

*Congruencia:* No incurre la sentencia en vicio de incongruencia cuando en el suplico de la demanda se pide la entrega de la finca que se describe y en el fallo se accede a la pretensión, pero limitada a una parte de la misma finca, lo que se justifica en la propia sentencia porque los demandados no son poseedores de algunas parcelas segregadas de la totalidad de la finca, respecto de las cuales no se puede resolver sin la presencia en autos de sus titulares. (Sentencia de 18 de junio de 1976; no ha lugar.)

3. *Plantación realizada por poseedor de mala fe:* Como razona la sentencia recurrida, debe distinguirse:

a) La realización de la plantación, en la que concurrió evidente mala fe, ya que el demandado no podía ignorar que la finca litigiosa pertenecía a su hermano, dada su participación en las operaciones de partición de los bienes relictos por el padre de ambos, sin que la constancia a su nombre en el Catastro tenga entidad suficiente para desvirtuar ni anular el título dominical a favor de la parte adversa.

b) La recolección de los frutos realizada con posterioridad, a ciencia y paciencia de su hermano, en la que no puede apreciarse mala fe, hasta el momento en que se le requiere por acto de conciliación. (Sentencia de 4 de noviembre de 1976; no ha lugar.)

4. *Acción reivindicatoria: derecho foral navarro: aprovechamiento de helechos en propiedad comunal: falta de título:* La prueba practicada denota falta de titularidad real por parte de los demandantes en cuanto a la propiedad de los terrenos y pertenencia efectiva de los mismos al Ayuntamiento de V. del B.

*Interpretación del título:* Según la Ley 388 de la Compilación de Navarra, bajo la denominación "helechal", cuando este término no aparezca empleado exclusivamente para expresar la naturaleza o destino de una finca, se entienden los derechos de aprovechamiento de las producciones espontáneas de helecho de montes comunales, lo que está de acuerdo con la interpretación literal, lógica y sistemática del título de los recurrentes, especialmente de los términos "producción de determinados carros de helecho" de cada uno de los terrenos, lo que sólo puede referirse a los derechos de aprovechamiento de las producciones espontáneas de helecho del monte comunal. Sentencia de 14 de marzo de 1977; no ha lugar.)

NOTA: Sobre los aspectos civiles y administrativos de los helechales en Navarra véase SALINAS QUIJADA, *Derecho civil de Navarra*, II (Pamplona, 1972), págs. 578 y ss.

5. *Legitimación de comuneros:* Las reglas típicas de la comunidad de bienes a que, en definitiva se reconducen todas las normas relativas a estas formas de cotitularidad de situaciones jurídico-reales, permiten a uno de los comuneros o aparceros ejercitar cuantas acciones o medios puedan repercutir en beneficio de todos los partícipes, pero no aquellas que puedan redundar en perjuicio de todos o algunos de ellos.

*Necesidad de una adecuada constitución de la relación jurídico-procesal:* Según la doctrina jurisprudencial, cuando por la naturaleza jurídico-material del derecho ejercitado no pueda pronunciarse una declaración sino con referencia a varias partes, éstas han de figurar como demandantes o demandados, dado su interés en el derecho sometido a controversia, pues el principio de orden público de la veracidad de la cosa juzgada exige la presencia de todos los que debieron ser demandados, de tal modo que, incumplido este precepto procesal, la relación jurídico-procesal queda mal constituida, impidiendo cualquier pronunciamiento sobre el fondo. (Sentencia de 25 de enero de 1977; no ha lugar.)

La sentencia de apelación apreció de oficio el defecto en la constitución de la relación procesal.

6. *Copropiedad: ejercicio de acciones sin intervención de uno de los copropietarios:* Es doctrina mantenida por la jurisprudencia que cualquiera de los partícipes puede comparecer en juicio en asuntos que afecten a los derechos de la comunidad, ya para ejercitarlos, ya para defenderlos, en cuyo caso la sentencia dictada en su favor aprovecha a los demás, sin que perjudique la adversa o contraria. (Sentencia de 20 de noviembre de 1976; ha lugar.)

7. *Confesión judicial:* La confesión judicial según tiene con reiteración establecido esta Sala, tiene el mismo valor que el resto de las pruebas.

*Poder:* El poder otorgado por un presidente a procuradores es válido para la comunidad, aunque el primero haya cesado, pues la representación que ostente el procurador es de la comunidad y no del presidente que lo otorgó.

*Prueba de presunciones:* La jurisprudencia hace en este punto una situación: "la prueba de presunciones puede impugnarse en casación en dos puntos: 1, al amparo del núm. 7.<sup>º</sup> del artículo 1.692 de la L. E. C., la existencia real del hecho de que ha de partir la inducción. 2, al amparo del núm. 1.<sup>º</sup> del propio precepto procesal, la precisión y rigor del enlace de ese hecho y del que se trata de demostrar..." (Sentencias 29-10-1959, 31-1-1961 y muchas más). La sentencia que ahora recogemos se refiere a este segundo supuesto, por ello estima que el cauce adecuado es el del número 1.<sup>º</sup> del artículo 1.692 de la L. E. C. (Sentencia de 7 de diciembre de 1976.)

7. *Delimitación de la zona marítimo-terrestre:* Comprende una franja de terreno limitada exteriormente por la línea de reflujo o descenso de la marea cuando es sensible, o el mar en calma cuando no lo es, y otra interior, que señala el flujo o ascenso de la marea o, en su caso, las mayores olas. La circunstancia de que en tal franja de terreno existan formaciones rocosas, arenosas o terrosas que, por su cota, no son cubiertas por el mar en esos movimientos u oleajes, pero que quedan rodeados por éste, no les excluye de integrar esa zona, de la que son meras accesiones o, en todo caso, pequeñas islas que serían propiedad del Estado.

*Plantaciones, construcciones u obras en la zona marítimo-terrestre:* El hecho de su existencia no puede conducir al juzgador a excluir los terrenos de la zona marítimo-terrestre, cuyos límites son fijados por las líneas de flujo y reflujo, siendo compatible con ello, y así lo prevé la propia Ley de Costas, el que existan plantaciones, obras y aprovechamientos que podrán ser sancionados por la ley mediante concesiones o ser contrarios a la misma.

*Bienes de dominio público:* Son inalienables e imprescriptibles, situados fuera del comercio de los hombres: no teniendo acceso al Registro

de la Propiedad, su contenido tampoco puede perjudicarles, por lo que, ni aquella inscripción, ni su posesión por los demandados, puede servir de título que justifique su propiedad para éstos sino, por el contrario, su procedente reivindicación por el Estado. (Sentencia de 2 de diciembre de 1976; ha lugar.)

9. *Acción reivindicatoria: identificación de la finca:* Se identifica en forma suficiente la finca a efectos de su reivindicación en cuanto del expediente de deslinde resulta que los terrenos poseídos por los demandados se encuentran enclavados dentro de la zona marítimo-terrestre y son los que figuran en el plano de deslinde, e incluso aquellos que no figurando en tal plano el propio demandado describe y sitúa dentro de la citada zona.

*Orden ministerial aprobatoria de deslinde:* La frase que contiene: "con la salvedad en cuanto a la propiedad reclamada por don J. G. L., que ha presentado documentos acreditativos de su propiedad", no pueñe entenderse como reconocimiento por el Estado de tal propiedad privada cuando, del tenor de la parte dispositiva de la propia Orden y de otras, se advierte que el Estado se limita a no llevar a cabo la atribución posesoria consecuencia del deslinde, dejando a salvo la facultad de la Administración para ejercitar las acciones judiciales pertinentes.

*Efectos del deslinde administrativo:* Los deslindes administrativos resuelven los problemas de límites, y habiendo quedado firme la Orden ministerial aprobatoria, tales límites no pueden ser alterados por lo que resulte de una certificación del Registro de Solares.

*Carga de la prueba:* Tratándose de bienes de dominio público, al particular que se oponga a tal adscripción corresponde probar, y no al Estado, los hechos obstativos a la misma o, en su caso, el derecho que sobre los mismos reclame.

*Dominio público:* La zona marítimo-terrestre es calificada por la ley de bien de dominio público y por su propia naturaleza está fuera del comercio de los hombres, siendo inalienable e imprescriptible; normativa que rige mientras no se produzca su desafectación o cambio de destino. (Sentencia de 25 de octubre de 1976; ha lugar.)

10. *Perturbación por apertura de pozo:* Ha quedado probado que por la apertura del pozo realizado por el demandado, al captar las mismas aguas preexisténtemente alumbradas, ha quedado mermado el caudal disfrutado por la Sociedad de Regantes, con infracción del artículo 23 de la Ley de Aguas.

*Legitimación activa del concesionario:* La Sociedad actora litiga como simple concesionaria del caudal de agua del pozo descrito en la demanda, para lo cual obtuvo la necesaria autorización de la Confederación Hidrográfica del Segura, por lo cual la sentencia que reconoce en esta última la propiedad del pozo no infringe el principio de que "nadie puede ser condenado sin ser oido", aparte de lo insólito que resulta hablar de condena a quien no se le ha privado de ningún derecho ni acción.

*Representación de los regantes por la sociedad:* La sociedad de re-

gantes agrupa a todos ellos, por lo que ostenta su representación para proceder judicialmente a la defensa de sus derechos de uso y disfrute del caudal de aguas. (Sentencia de 15 de diciembre de 1976; no ha lugar.)

11. *Servidumbre de paso entre garajes de casas colindantes*: La tesis de la sociedad recurrente en favor de la validez de una servidumbre de paso y comunicación entre dos garajes (de dos plantas cada uno) situados en los sótanos de dos casas colindantes en construcción sobre solares que fueron del dominio de dicha sociedad, que habían de venderse en régimen de propiedad horizontal atribuyendo a los referidos garajes el carácter de fincas independientes y la respectiva condición de predio dominante y sirviente, choca precisamente con el artículo 396 Código civil en relación con el 3 de la L. P. H., pues a los propietarios se les atribuye un derecho de copropiedad sobre los elementos comunes del edificio entre los que se encuentran los fosos, el suelo los cimientos y las paredes maestras que se verían afectados de hecho con el sistema de garajes ideado en el caso contemplado.

*Alteración de los elementos comunes*: Tal alteración sólo es posible a tenor de lo dispuesto en el artículo 11, en relación con la norma 1.<sup>a</sup> del 16 de la L. P. H., mediante el régimen de unanimidad que allí se establece; y entre los elementos comunes es preciso incluir las servidumbres que puedan existir, pero siempre con la limitación del núm. 3.<sup>º</sup> del artículo 9, es decir, las "imprescindibles que se requieran por la creación de servicios comunes de interés general", lo que impide la posibilidad de inclusión de una servidumbre no necesaria ni beneficiosa para la casa.

*Normas de derecho necesario*: La anterior normativa, por su valor de derecho necesario, no es susceptible de ser modificada por los propietarios, no mediando su unánime consentimiento, ni tampoco por el constructor del edificio que redacta el título constitutivo de la comunidad antes de que ésta surja, si no se ratifica por todos y cada uno de los adquirentes que, cual aquí sucedió, en el contrato de adquisición de los pisos se decía que los compraban "libres de cargas y gravámenes"; otra cosa iría en contra de las prohibiciones impuestas en los artículos 7, 8 y 9 de la referida ley.

*Constatación registral de dicha servidumbre*: Esta constatación, que aparece en la inscripción de la obra nueva y en los folios independientes de los garajes, pero no en los de los pisos, no puede tener otro alcance que el de una simple proyección de futuro sin trascendencia real alguna de presente—incompatible, dado el artículo 530 Código civil, con la identidad de titularidad dominical de los llamados predios dominante y sirviente—que pudiera perjudicar a terceros adquirentes que entonces no es que no se conociesen, sino que no existían, a lo que se alude con correcta técnica jurídica en las propias escrituras de declaración de obra nueva donde se afirma que la servidumbre se constituye con carácter condicionado. (Sentencia de 21 de octubre de 1976; no ha lugar.)

### 3. Obligaciones y contratos

1. *Perfección del contrato: falta de la firma en el documento privado de uno de los contratantes:* Cualquiera que sea el motivo de la ausencia de la firma de uno de los contratantes, lo esencial para juzgar sobre la existencia del contrato, es si hubo o no acuerdo de voluntades, del que el documento es sólo un medio representativo... y ello se puede descubrir, bien porque así conste en el cuerpo del escrito o documento en cuestión, bien de los actos simultáneos o posteriores de las partes.

*Error de hecho en la apreciación de la prueba: documentos interpretados por el tribunal:* Existe una reiterada jurisprudencia que afirma que los documentos sobre cuya interpretación se ha discutido en el juicio y resuelto por el Tribunal de Instancia, carecen de autenticidad procesal demostrativa del error de hecho que pudiera motivar la casación de la sentencia. (Sentencia de 11 de octubre de 1976; no ha lugar.)

2. *Contrato a favor de tercero: actos realizados por el presidente de la comunidad de propietarios: representación voluntaria o legal:* El contrato a favor de tercero a que se refiere el artículo 1.257 del C. c. es aquel que se celebra entre dos personas que actúan en nombre propio y que otorgan un derecho a un extraño que, ni directa ni indirectamente, ha tomado parte en su conclusión (Sentencia de 10 diciembre 1956), es decir, que no ha tenido intervención alguna en tal convenio (Sentencia de 5 febrero 1901 y 9 diciembre 1940), lo que no sucede cuando éste se ha concertado en nombre de dicho beneficiario por su mandatario o representante legal, como ocurre en el caso de haber actuado por el mismo el presidente de la Comunidad de Propietarios.

*Interpretación de los contratos:* Si bien es cierto que conforme a lo dispuesto en el párrafo 1.<sup>º</sup> del artículo 1.281 del C. c., las estipulaciones contractuales deben interpretarse en el sentido literal de los términos en que están redactadas cuando no dan lugar a dudas sobre su contenido (Sentencias de 18 noviembre 1964, 5 febrero 1965, 21 octubre 1966 y 28 enero 1972), no lo es menos que la interpretación de los negocios jurídicos consiste en la indagación de la verdadera intención de los contratantes, que debe prevalecer sobre las palabras empleadas por éstos, cuando no coincide con la voluntad auténtica de los mismos. (Sentencias de 27 junio 1964 y 1 abril 1966).

*Indemnización por defectos de construcción: acuerdo para fijarla: sustitución del mismo por una decisión judicial: prohibición de que el cumplimiento de los contratos se deje al arbitrio de una de las partes:* El pacto por el cual se convino la entrega de una indemnización por los daños que se produjeron a causa del desalojo de los locales, como consecuencia de algunas grietas aparecidas en la estructura del inmueble, revela que la intención de los que suscribieron aquel convenio consistió en que dichas personas llegaran a percibir tales indemnizaciones, cosa que no ocurriría de depender su percepción del deseo de quien se obligaba y como la validez y cumplimiento de los contratos no puede dejarse al

arbitrio de uno de los que lo suscribieron, según expresa el artículo 1.256 del C. c., y principio general de Derecho "nulla promissio potest consistere, quae esse voluntate promittentis stantum capit" (epígrafe 1º, Ley 108, Título I, Libro XLV del Digesto), y como las condiciones que dependen de la voluntad del deudor son nulas (art. 1.115), es indudable que el Tribunal "a quo", al sustituir la obligación pactada en el contrato, por la indemnización de daños y perjuicios, conforme a lo prevenido en el artículo 924 de la Ley de Trámites, interpretó correctamente el acuerdo referido, según se establece en el artículo 1.284 del C. c." (Sentencia de 17 de febrero de 1977; no ha lugar.)

3. *Resolución de los contratos bilaterales: falta de pago en la compraventa de inmuebles: declaración recepticia de resolución:* Según reiterada doctrina del Tribunal Supremo (Sentencias, entre otras, de 23 septiembre 1959, 1 febrero 1967, 24 junio y 31 octubre 1968, 3 junio 1970 y 28 abril 1975), la facultad jurídica de pedir la resolución de los contratos de compraventa de bienes inmuebles por falta de pago del precio convenido en el plazo pactado, se rige por la norma general del artículo 1.124 y por la especial del 1.504, ambos del C. c., exigiéndose, por tanto, una voluntad rebelde por el lado del comprador y una previa declaración de voluntad del vendedor expresada en forma auténtica, judicial o notarial, recepticia para el comprador, de tener por resuelto el vínculo por tal causa, pues sin este último requisito, aunque se hubiese convenido lo contrario, podrá efectuarse válidamente el pago fuera del plazo señalado. (Sentencia de 25 de noviembre de 1976; no ha lugar).

4. *Error de hecho en la apreciación de la prueba:* No puede invocarse en casación, para probar el supuesto error, como documento auténtico determinada carta unida a los Autos, ya que este documento, no sólo ha sido tenido en cuenta por el juzgador de instancia, sino que confirma y no contradice las afirmaciones de la instancia.

*Incumplimiento de contrato: oferta no cumplida:* El incumplimiento de contrato por parte del vendedor lo funda la Sala en que el modelo entregado no daba el rendimiento anunciado en la propaganda fotográfica y gráfica unida a los autos y que cumplía la función de una oferta que vincula al vendedor, sin que afecte al caso lo que diga en cuanto a su rendimiento la placa unida a la máquina, desconocida por completo por el adquirente hasta que llegó a su poder, de modo que es totalmente rechazable la inaplicación alegada del artículo 1.281 del Código sobre interpretación de los contratados. (Sentencia de 14 de junio de 1976; no ha lugar.)

5. *Incumplimiento:* Los preceptos legales que disciplinan el ejercicio de las acciones derivadas del incumplimiento de las obligaciones contractuales, condicionan siempre la procedencia de estas acciones al requisito de que haya existido una conducta culposa, por negligencia más o menos grave, originaria de responsabilidad en el contratante a quien se impute la infracción del contrato.

*Resolución:* El derecho de resolución presupone y exige que haya verdadero y propio incumplimiento y que éste descance en una causa imputable al deudor. (Sentencia de 24 de noviembre de 1976; ha lugar.)

*Hechos:* Resolución del contrato de compraventa por incumplimiento del comprador.

NOTA: Esta sentencia se sitúa en la línea subjetivista tradicional de la responsabilidad por culpa, en la que nuestra jurisprudencia y doctrina están ancladas. Sin embargo, como ha puesto de relieve DÍEZ-PICAZO (*Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, volumen 1.º, Madrid, 1972, pág. 697), en nuestro Código civil se aprecia claramente un pluralismo de regímenes jurídicos sobre responsabilidad contractual.

6. *Interpretación de los contratos: funciones del juzgador:* Conforme a constante jurisprudencia del T. S., la función interpretativa tiene dos fases: una de comprobación de los elementos y circunstancias que revelan la voluntad declarada y exteriorizada, problema de hecho que únicamente puede ser censurado en casación al amparo del número 7.º del artículo 1.692 de la L. E. C.; y otra en que el juzgador opera sobre una determinada declaración de voluntad, y que para fijar su sentido y alcance, aplica las normas que la Ley señala.

*Contrato de seguro: interpretación favorable al asegurado:* El seguro es prácticamente un contrato de los llamados de adhesión, y por consiguiente en caso de duda sobre la significación de las cláusulas generales y especiales de una póliza—redactadas por las Compañías sin intervención alguna de sus clientes—se ha de adoptar, de acuerdo con la regla del artículo 1.288 del C. c., la interpretación favorable al asegurado, ya que la oscuridad es imputable a la Empresa aseguradora por no haberse expresado más claramente. (Sentencia de 2 de noviembre de 1976; no ha lugar.)

7. *La interpretación del contrato:* Es una facultad privativa de los Tribunales de Instancia, cuyo criterio debe prevalecer en casación, salvo cuando se evidencia por el cauce del número 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que infringe notoriamente alguna de las normas de hermenéutica contractual, o se demuestra, en la forma precisa establecida en el artículo 7.º del propio artículo el error del Juzgador al fijar los hechos en que la interpretación se apoya.

*Error de hecho:* No tiene el carácter de documentos auténticos en casación para fundar el invocado error de hecho los básicos del pleito que han sido objeto de examen e interpretación por la Sala sentenciadora. (Sentencia de 6 de diciembre de 1976; no ha lugar.)

8. *Contrato de compraventa: certeza del precio:* Es doctrina constante del T. S., respecto a la certidumbre del precio de la compraventa, que lo exigido en el artículo 1.445 del C. c. no supone que cuantitativamente se determine el precio en el momento de la celebración del contrato, siempre que sea posible determinarlo después sin necesidad de nuevo convenio entre los contratantes (Sentencias de 29 noviembre 1930,

2 febrero 1959, 18 mayo 1963, 30 marzo 1970 y 17 febrero 1973, entre otras), atendiendo para ello al precio usual en el mercado de las mercancías vendidas.

*Prueba de los contratos: valor del artículo 1.214 del C. c.:* Es jurisprudencia del T. S. que el artículo 1.214 del C. c. contiene simplemente un precepto de carácter genérico, lo cual impide que sirva de base para una pretendida violación que pueda nutrir un motivo de casación por infracción de ley (Sentencias de 9 marzo 1933, 27 diciembre 1935, 3 enero y 26 febrero 1936, 24 abril 1944, 14 diciembre 1945, 18 mayo 1946, 22 octubre 1948, 29 octubre 1949 y 12 diciembre 1964). (Sentencia de 23 de noviembre de 1976; no ha lugar.)

9. *Compraventa de maquinaria con cláusula de garantía: interpretación:* La interpretación del contenido clausular de los negocios jurídicos es privativa del Tribunal de Instancia, y debe, por ende, ser respetada en casación mientras resulte lógico y no desorbitado el texto interpretado con exégesis atentatorias a la letra y espíritu del mismo.

*Incumplimiento de la garantía:* De la apreciación conjunta de la prueba resulta que la parte actora incumplió la obligación asumida, pues "a criterio del comprador" se comprometió a que el generador cedido doblara la producción en secado de la industria del actor, determinando las partes que con el generador viejo se lograban 10/12 metros por segundo y que con el nuevo se conseguirían 24, trabajando la rama a temperaturas de 130°, con una variación de 5°; lo cual no se logró desde un principio, lo que acarrea, de acuerdo con lo convenido, el retiro del equipo suministrado, dejando la rama como anteriormente estaba.

*Cláusula resolutoria expresa:* Incumplidas las obligaciones por una de las partes, entra en juego la resolución expresamente pactada —no la tácita del artículo 1.124 C. c.— con los efectos previstos contractualmente, que no por eso quedan al arbitrio de uno de los contratantes. (Sentencia de 14 de febrero de 1977; no ha lugar.)

10. *La promesa de venta y la opción de compra:* La circunstancia de que a la opción se le haya designado un precio, no tiene otra trascendencia jurídica que el convertir en bilateral y hacer oneroso tal contrato de opción, pero no determina que quede sometido al régimen del artículo 1.451 del Código civil, toda vez que mientras en la promesa bilateral de compraventa recíprocamente aceptada, a la que se refiere el indicado precepto las partes no venden y compran, sino que se obligan a vender y comprar, es decir, a prestar su ulterior consentimiento, en cambio, en la opción, que, carente de regulación específica se rige por las disposiciones generales relativas a las obligaciones y contratos, el concedente ha ofrecido la venta, que, al ser aceptada por el optante, queda aquélla perfeccionada, y es en ese momento cuando quedan fijadas definitivamente las recíprocas obligaciones que sobre esa base han de exigirse después, pero no precisamente en el plazo establecido para el ejercicio de la opción, que atañe sólo a la necesidad de formalizar la aceptación en su transcurso.

*Reclamación de daños y perjuicios:* Para que prospere, es preciso que se justifique su existencia, aunque la determinación de su cuantía puede relegarse al período de ejecución de la sentencia. (Sentencia de 28 de mayo de 1976; ha lugar.)

*Hechos:* Se celebró un contrato por el que los demandados concedieron al demandante una opción de compra sobre dos fincas.

**NOTA:** La semejanza que existe entre los supuestos de hecho de la opción de compra y de la promesa de venta es tal que, como afirma DÍEZ-PICAZO (*Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, volumen 1.º, Madrid, 1972, pág. 220), desde el primer momento se ha suscitado la duda en punto a si estamos o no frente a la misma figura jurídica.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo separa ambas figuras jurídicas. La Sentencia de 23 de marzo de 1945 declaró que, pese a las dificultades que técnicamente existen para establecer la distinción, es característica de la promesa de contrato su bilateralidad que puede conducir a la resolución por incumplimiento propio de las obligaciones reciprocas, al paso que la opción, rectamente entendida, constituye una figura "sui generis", con sustantividad propia, cuyo primordial efecto es la vinculación del promitente, lo cual no sólo pone de relieve la separación entre opción y promesa, sino que somete a esta última al régimen del artículo 1.451 del Código civil, mientras que el contrato de opción sólo es susceptible de ser amparado por las disposiciones generales que acerca de las obligaciones y contratos se contiene en los títulos primero y segundo del libro cuarto del Código civil.

En la misma línea se ha movido la jurisprudencia posterior (Sentencias de 18 de enero de 1947 y 14 de diciembre de 1953).

Sin embargo, como dice DE CASTRO (*La promesa de contrato*, en el ANUARIO DE DERECHO CIVIL, 1950, pág. 1164 y 1167), la semejanza entre la opción de compra y la promesa de venta es tan grande que causa extrañeza el que se haya podido creer que corresponden a figuras jurídicas completamente distintas. Los términos de la opción y precontrato o promesa de contrato no son distintos; que es equivalente la promesa unilateral de contrato al contrato de opción, y que la misma promesa bilateral de contrato—como después se justifica—en nada difiere esencialmente de la opción.

**11. Contrato de suministro de huevos incubables: resolución por incumplimiento:** La Sala sentenciadora ha declarado probado que la enfermedad existente en las aves ponedoras, en estado latente y no clínico, no estaba incluida en el contrato como causa de resolución, ni tampoco cabe invocar por la compañía compradora el artículo 1.124 del Código, por no haber habido incumplimiento por la contraparte.

*Error de derecho en la apreciación de la prueba:* Para que prospere este motivo hay que citar como infringida alguna norma de valoración que vincule a los Tribunales en determinado sentido; y ello no ocurre con el artículo 1.243 del Código que es una simple norma de reenvío, ni con el 632 de la Ley Procesal, que proclama la libertad de los Tribunales para apreciar la prueba pericial, ni con el 1.253 del Código, que tampoco contiene una norma valorativa de la prueba.

*Interpretación de los contratos: defecto del recurso:* Tiene que perecer el motivo que se limita a denunciar la infracción del artículo

1.281 del Código, sin especificar cuál de sus dos antitéticos párrafos se supone infringido.

*Interpretación de los contratos:* Es doctrina jurisprudencial reiterada que si la interpretación dada por los juzgadores de instancia a la cláusula contractual es racional, no cabe contra ella la casación, aun cuando pudieran existir dudas sobre su exactitud, porque siendo ambas exégesis—la de la Sala y la del recurrente—de igual categoría, la lógica y el Derecho imponen la preferencia de la primera, más serena e imparcial, sobre la segunda, siempre apasionada y subjetiva.

*Vicios ocultos:* No puede invocarse el artículo 1.484 del Código, dadas las anteriores relaciones mantenidas por los contratantes y los particulares conocimientos de la compradora, la cual debía saber que en las granjas avícolas de Galicia es difícil la erradicación de la aludida enfermedad, la cual, en todo caso, no es un vicio determinado por la ley ni por los usos locales.

*Indemnización de daños y perjuicios:* Si la Sala declara no ajustada a derecho la resolución intentada por una parte al amparo del artículo 1.124 del Código y que tal resolución ocasionó daños y perjuicios a la contraparte que la impugnó, resulta evidente que aquélla incurrió en la sanción señalada en el artículo 1.101 del Código civil. (Sentencia de 21 de mayo de 1976; no ha lugar.)

12. *Contrato de mandato: cláusula de venta en exclusiva:* Cuando el contrato reúne los requisitos esenciales que para su validez exige el artículo 1.261 del C. c., esto es, consentimiento, objeto y causa, y en atención al principio de la autonomía de la voluntad, que consagra el artículo 1.255 del referido Código, se justifica la virtualidad de la cláusula o pacto de venta en exclusiva, cuando una de las partes no se ha visto coaccionada a concertar dicho contrato.

*La causa de los contratos: causa objetiva y móvil o causa próxima:* Para valorar los contratos es necesario tener en cuenta la causa en sentido objetivo (art. 1.974 del C. c.) como el móvil o causa próxima.

*Contrato de mandato: cláusula de irrevocabilidad:* Para determinar la licitud de la cláusula de irrevocabilidad del mandato hay que tener en cuenta las circunstancias que la determinaron, no siendo contraria a lo dispuesto en el artículo 1.733 cuando de las circunstancias concurrentes resulta justificada. (Sentencia de 18 de febrero de 1977; no ha lugar.)

13. *Legitimación de los fiadores solidarios:* Si bien es cierto que los fiadores (solidarios) estarían legitimados para ejercitar la demanda de cumplimiento de contrato que les afecta o coadyuvar en la ejercitada por las partes contratantes afianzadas en la obligación principal, para los indicados fiadores el ejercicio de dicha acción es perfectamente voluntario y hasta renunciable, como todos los derechos, siempre que la renuncia no sea contraria al interés o al orden público o en perjuicio de terceros; razones por las cuales no puede exigirse que en el ejercicio

de la acción principal, intervengan necesariamente aquéllos. (Sentencia de 2 de junio de 1976; no ha lugar.)

*Hechos:* Contrato de ejecución de obra de instalación de aire acondicionado y refrigeración, en el que el contratista garantiza el buen funcionamiento de la instalación, así como de todos los daños y perjuicios que puedan irrogarse a la propiedad por esta razón, con el aval solidario de dos personas, por valor del 25 por 100 de la instalación independientemente de la garantía del propio contratista.

#### 4. Responsabilidad extracontractual

1. *Culpa extracontractual: accidente de circulación: responsabilidad quasi-objetiva: culpa exclusiva del perjudicado:* Aun cuando la jurisprudencia de esta Sala, siguiendo la tendencia más moderna de la doctrina científica en pro de la aplicación del principio de la responsabilidad objetiva, en los supuestos comprendidos en los artículos 1.902 y 1.903 C. c., haya evolucionado en el sentido de declarar que la acción u omisión determinante del daño indemnizable se presume siempre culposa (Sentencias de 25 marzo 1954, 13 junio 1959, 7 enero 1960, 5 abril 1963, 11 marzo 1971 y 9 junio 1975), no por ello admite ni puede admitir de manera plena y absoluta el sistema objetivista en esta materia por no hallarse recogido en nuestro ordenamiento jurídico positivo, según expresamente reconocen las Sentencias de 23 marzo 1968, 17 noviembre 1973 y 10 octubre 1975, ni le es dable prescindir de la actuación de la víctima de un accidente producido por vehículo de motor, puesto que, aun cuando el artículo 1.<sup>º</sup> del D. de 21 marzo 1968 consagre el principio de la responsabilidad quasi-objetiva (Sentencia de 30 marzo 1974) exonera, en cambio, de responsabilidad a los respectivos conductores en aquellos casos en que el hecho se debiera exclusivamente a culpa o negligencia del perjudicado.

*Límite de la prudencia:* El Tribunal declara probado que la conducta del primer demandado llegó al límite de la prudencia, al detener su vehículo cuando observó al del recurrente, sin que en ningún momento invadiera la banda izquierda de la carretera, y que, por el contrario, el camión conducido por el último marchaba casi por el centro de la calzada, pisando con su rueda izquierda el eje de ésta, con lo que dio lugar a que, con el saliente de su vehículo, hiciera impacto en el del otro contendiente, que se hallaba parado, cosa que hubiera podido evitar si hubiera reducido la marcha, por lo que al absolver al primero no incurrió en infracción legal.

*Error de hecho:* Carecen de virtualidad para demostrarlo los testimonios de diligencias practicadas ante la jurisdicción penal, sobre todo cuando han sido analizadas o interpretadas en la resolución que se impugna y cuando lo que se pretende a través de ellos consiste en dar validez a las pruebas de inspección ocular y testifical de los conductores y a los informes de la Guardia Civil, unida a dichas actuaciones, por carecer unas y otros de autenticidad a estos efectos, debiendo añadirse que se

realizaron ante el Tribunal de otro orden y no acreditan por sí, y menos de forma evidente, lo contrario de lo afirmado por el Tribunal de Instancia. (Sentencia de 14 de diciembre de 1976; no ha lugar.)

Una nueva "declaración de principio" de nuestra jurisprudencia, cuyo alcance viene determinado por el supuesto de hecho consistente —no conviene olvidarlo— en un accidente de circulación. No parece que la presunción de culpa se aplique indiscriminadamente a todos los casos comprendidos en los artículos 1.902 y 1.902 C. c., pues aunque sea importante la casuística en que así lo ha entendido la Sala 1.<sup>a</sup>, otros casos han quedado fuera. En cuanto al principio justificativo de la responsabilidad en los accidentes de circulación, parece significativo la calificación que hace esta sentencia de "cuasi-objetiva". A conclusiones algo más avanzadas parece llegar recientemente BONET RAMÓN, *Perspectivas de la responsabilidad civil. Estudio de Derecho comparado* (Madrid, 1975), páginas 156 y ss.

2. *Responsabilidad civil por incendio: relación de hechos:* Las afirmaciones fácticas de la sentencia, que justifican la tesis condenatoria, han de ser mantenidas puesto que en ninguno de los seis motivos del recurso los recurrentes combaten ni destruyen por adecuada vía aquellas afirmaciones.

*Personalidad del Estado y de los Teatros Nacionales y Festivales de España:* Ha de decaer la tesis del recurrente que sostiene que son dos personalidades distintas, con patrimonio diferente e independientes, ya que la sentencia ha proclamado que se causaron daños al Estado y que la gestión del espectáculo siniestrado corría a cargo de Teatros Nacionales y Festivales de España, integrado en la Dirección General de Cultura Popular y Espectáculos del Ministerio de Información y Turismo; afirmaciones que, según lo dicho, han de mantenerse, aparte de que tal integración en el Ministerio está dispuesta terminantemente en el Decreto de 21 de marzo de 1970.

*Defecto formal del recurso:* Lo es no especificar la vía o número del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil en que se ampara el motivo, contra lo exigido por el artículo 1.720 de dicha Ley.

*Defecto formal del recurso:* Ha de rechazarse el motivo que se limita a denunciar la supuesta infracción de normas de carácter meramente administrativo, las cuales son idóneas para amparar un recurso por infracción de ley o de doctrina legal, como reiteradamente tiene declarado la jurisprudencia.

*Cómputo del plazo de prescripción de las acciones: proceso penal previo:* La prevalencia de la jurisdicción penal impide que mientras ella esté actuando se puedan ejercitar las acciones civiles de resarcimiento; por lo tanto, hasta que se notificó a la Abogacía del Estado la resolución que desestimó el recurso de súplica deducido contra el auto de sobreseimiento, no comenzó a correr el plazo prescriptivo de las aludidas acciones civiles, aparte de que ninguna jurisdicción ha declarado que tal recurso de súplica hubiera sido admitido indebidamente.

*Defectos del recurso:* Las alegaciones sobre la debida diligencia de los demandados y sobre falta de una responsabilidad concreta del gerente de la empresa han de rechazarse porque constituyen un ataque a la apreciación probatoria realizada por el juzgador de instancia y verificado por vía inadecuada. (Sentencia de 5 de enero de 1977; no ha lugar.)

3. *Culpa extracontractual: daños y perjuicios por obras: no procede estimar la interrupción de la prescripción si ha caducado la eficacia del acto de conciliación:* Si bien varias sentencias de esta Sala declararon que el artículo 1.947 C. c. no es aplicable a la prescripción de acciones otras resoluciones, como las de 6 de junio 1922, 31 diciembre 1931 y 1.<sup>o</sup> diciembre 1974, sientan la doctrina contraria de que este precepto debe y puede aplicarse por analogía a la prescripción de las acciones, debiendo entenderse que la interrupción por celebración del acto de conciliación es perfectamente ajustada a la ley; pero al no haberse presentado la oportuna demanda dentro de los dos meses siguientes a tal acto sin avenencia, le hace perder el efecto interruptor de la prescripción conforme al artículo 479 L. E. C.

*Incongruencia:* Es estimable ante la evidencia de discrepar el pedimento de la demanda y el acuerdo adoptado por la sentencia.

*Construcción en pared medianera extralimitada:* No contradicha la condición de medianera de la pared existente entre la edificación de la parte actora y la del demandado y apreciando en conjunto las pruebas practicadas, se declara acreditado que dicho demandado ha construido sobre partes que traspasan la línea media de la pared medianera en extensión no determinada, infringiendo el artículo 579 C. c., procediendo revocar la sentencia en cuanto al extremo aludido, condenando al demandado a realizar cuantas obras fueren necesarias y a su costa para que las vigas sean retiradas de manera que no rebasen más de la mitad del grosor de la pared, así como al pago de los daños y perjuicios ocasionados por la colocación de estas vigas. (Sentencia de 21 de febrero de 1977; ha lugar.)

Se reclaman dos clases de daños: los producidos de modo general por la realización de obras en finca vecina (consistentes en grietas, resquebrajamientos, etc.) y los ocasionados por construcción extralimitada en pared medianera. Los primeros se declaran prescritos por el T. S., dándose, en cambio, lugar a los segundos.

La tesis sostenida en la sentencia, en cuanto a la eficacia interruptiva del acto de conciliación no seguido de demanda, es contradicha por ALBALADEJO (*La interrupción de la prescripción extintiva civil no seguida de demanda*, RGLJ, noviembre 1967, págs. 709 y ss., y en *Derecho civil*, tomo I, vol. 2.<sup>o</sup>, pág. 471). Sustancialmente argumenta así: Valiendo como interruptorio toda reclamación o reconocimiento extrajudicial, es absurdo que no se admita la interrupción por la reclamación hecha en conciliación, aunque luego no se llegue a presentar la demanda. Pero el primer considerando viene a responder con otros razonamientos: El recurrente, que pudo optar por otra medida para requerir a la contra-

traria, al elegir la del acto conciliatorio ha de someterse a todas las consecuencias legales, entre ellas la fijada por el artículo 479 L. E. C. Por otra parte, la utilización de tal vía produce un efecto intimidador en el demandado ante la lógica presunción que ha de ser seguido de la presentación de la demanda y no dejar perecer sus efectos. ¿Apunta la sentencia a la doctrina de los actos propios? Probablemente se debe la discrepancia interpretativa, a una visión exclusivamente civilista de la prescripción que no toma en cuenta los aspectos procesales. No cabe duda que en una reforma legislativa de la institución no deben ser desdenados estos últimos.

4. *Culpa extracontractual: muerte en accidente de circulación: valoración de los daños no patrimoniales:* Según tiene establecido esta Sala, entre otras, en las Sentencias de 2 diciembre 1946, 24 mayo 1947 y 7 febrero 1962, en la valoración de los daños no patrimoniales, como son los provenientes de pérdida de la vida, compete fijar su cuantía al juzgador de modo discrecional, en atención a las circunstancias de cada caso y conforme a las exigencias de la equidad.

*Defectos del recurso:* Esta Sala tiene reiterado hasta la saciedad que el recurso de casación no es una tercera instancia, y, por ende, que no permite ponderar por última vez las pruebas practicadas para determinar si la apreciación del Juzgador es o no más acertada que la del recurrente. (Sentencia de 25 de noviembre de 1976; no ha lugar.)

5. *Culpa extracontractual: daños por incendio: solidaridad entre los coautores:* Si bien es cierto que la solidaridad no se presume, hay casos en que la ley crea la solidaridad pasiva, bien como interpretación de la voluntad de las partes o como garantía para el acreedor o como sanción de una falta o acto ilícito (Sentencia 18 febrero 1967), añadiendo la Sentencia de 20 mayo 1968 que el concepto de negligencia es la única explicación teórica y pragmática del supuesto que aquí se trata en que aquella negligencia es imputable a más de un sólo sujeto, sin que existan elementos que permitan hacer diferencias respecto de la participación de cada uno; esta solidaridad debe interpretarse como el procedimiento más indicado para garantizar la efectividad de la exigencia de la mencionada responsabilidad, perfectamente compatible con las posibilidades de la división interna de la parte de las respectivas obligaciones, a la manera de los artículos 1.145 a 1.148 del C. c.

*Competencia de la jurisdicción civil aunque un responsable sea persona pública:* Aun cuando uno de los agentes pudiera estar investido de carácter público, habiendo concurrido al evento dañoso otros coactores de naturaleza privada, la continencia de la causa determina la competencia exclusiva de la jurisdicción ordinaria civil por ser atractiva, pues en otro caso cabría la posibilidad de fallos separados y contradictorios, lo que supondría un absurdo lógico y jurídico.

*Apreciación conjunta de la prueba:* Es doctrina reiterada que el enjuiciamiento por los Tribunales no puede realizarse con criterio automático y en virtud de pruebas tasadas, sino teniendo en cuenta el examen

de todas aquéllas que las partes les proporcionan, por lo que no es lícito impugnar el juicio obtenido por el juzgador en virtud del estudio conjunto de los medios probatorios articulados, examinados en su complejo orgánico, para disentir de él examinando por separado cualquiera de los elementos que fueron tenidos en cuenta, y de este modo, de forma aislada, construir una base y sobre ella sustentar su particular criterio. (Sentencia de 15 octubre 1976: no ha lugar.)

*6. Culpa extracontractual: responsabilidad por daños transmisible a los herederos: aceptación tácita de la herencia:* Si bien es cierto que el hecho de recibir una indemnización por el fallecimiento de un familiar, sobrevenido por culpa o negligencia de persona distinta, no implica que el receptor de la misma tenga la condición de heredero de aquél, por tratarse de cantidad que nunca estuvo incorporada al caudal relictio del *de cuius*, no lo es menos que en semejante indemnización pueden incluirse partidas que no responden al resarcimiento exclusivo del menoscabo moral sufrido por la muerte del accidentado, sino que obeceden a conceptos distintos, propios de la herencia, como los gastos de entierro y funeral que constituyen cargas de ésta y la reparación del daño causado en el vehículo o en las cosas que en el mismo se transportaban, los cuales se transmiten a los herederos del responsable; por todo ello, en el presente caso debe considerarse aceptación tácita de la herencia el hecho de que los padres del fallecido aceptaran una indemnización por su muerte, renunciando a otros posibles derechos que, al menos en parte, corresponden a la herencia.

*Incongruencia:* La congruencia no significa que el fallo haya de acoplarse rígidamente a los términos literales de lo pedido en la súplica de los escritos de alegaciones, siempre que en el mismo se guarde acatamiento a la sustancia de lo solicitado y a los hechos y *causa petendi*, en que la pretensión se funde (Sentencias de 13 febrero 1921, 22 abril 1958 y 29 noviembre 1966), y que se haya explicado en los razonamientos jurídicos cuál sea el motivo que origina la condena del demandado.

*Alteración de los apellidos de un demandado:* La circunstancia de que se haya condenado por el Juzgador a uno de los demandados con apellidos distintos a los que se consignan en el escrito de demanda, no provoca la incongruencia de la resolución judicial cuando, como aquí ocurre, se trata de una simple alteración de apellidos que no impidió la identificación de la persona física contra la que la acción se ejercitaba y que no dio lugar a que ésta hiciera uso de la excepción del artículo 533 de la L. E. C. (Sentencia de 29 de noviembre de 1976; no ha lugar.)

*Hechos:* En una colisión entre un Seat-600 y un Mercedes fallece el conductor del primero y se causan considerables daños en el segundo vehículo. En un primer momento los padres de la víctima reciben la indemnización del seguro obligatorio renunciando a cualquier otra. Posteriormente, el dueño del Mercedes reclama los daños causados a su vehículo demandando a los padres, en calidad de herederos, y subsidiariamente a la compañía aseguradora. La sentencia extractada razona espe-

cialmente la legitimación pasiva de los padres al haber aceptado tácitamente la herencia de su fallecido hijo.

## 5. Arrendamientos

1. *Arrendamientos urbanos: pacto sobre desalojo de local y recepción de otro tras las obras, concertado al margen de la L. A. U.:* Si las partes arrendadora y arrendataria convinieron libremente en que la segunda se obligaba a desalojar el local y el arrendador a entregarle otro—concluidas las obras—de determinadas características, no cabe invocar las normas de la L. A. U. sobre derecho de retorno (arts. 81 y siguientes de la citada ley) por tratarse de un supuesto diferente regido por un convenio que no rebasa los límites de la autonomía de la voluntad consignada en el artículo 1.255 del C. c., que integra cuestión no regulada en la L. A. U. (Sentencia de 14 de octubre de 1976; no ha lugar.)

2. *Arrendamientos urbanos: autorización implícita de obras para adaptación del local a su destino: facultades del adquirente en traspaso:* Si el solo hecho del arrendamiento de un local de negocio lleva implícita la autorización de obras de instalación, esta facultad ha de situarse también en el adquirente por traspaso y siendo los primitivos contratos que ligaban al arrendador con el traspasante de veinte años atrás, no es fácil suponer que el adquirente, en 1975, tuviese el propósito de mantener el *status* en una industria de hostelería que, sin una nueva acomodación, necesariamente sería ruinosa, por lo que debe estimarse la existencia de una autorización implícita de obras.

*Facultad de los tribunales de instancia para la fijación de los hechos:* La jurisprudencia de la Sala I ha declarado, en constantes sentencias, cuya uniformidad constituye verdadera doctrina legal, que a los tribunales de instancia corresponde, como facultad propia, la de fijar, en el ejercicio de su función interpretativa, el alcance y sentido que ha de darse a las cláusulas contenidas en los contratos celebrados por las partes, sin que contra la interpretación del tribunal pueda oponerse el criterio de los litigantes, a menos que se padezca equivocación que pueda dimanar del texto de otras cláusulas del convenio o de la infracción de los artículos 1.281 a 1.289 del C. c. para resolver la interpretación dada.

*Casación: defectos formales:* La interpretación de los hechos, como la de los contratos, no puede impugnarse como error de Derecho en la apreciación de las pruebas. Es defectuoso el recurso en que no se cita el precepto infringido y el concepto en que lo ha sido. (Sentencia de 15 de diciembre de 1976; no ha lugar.)

3. *Resolución de obligaciones: Quién puede pedirla:* La facultad de resolver las obligaciones contraídas sólo puede ejercitárla el perjudicado, pero no quien dejó de cumplir lo estipulado, que ha de aceptar las consecuencias jurídicas de ese incumplimiento, cuestión ésta que, por ser de hecho, ha de ser determinada por el Juzgador, cuya decisión debe

respetarse en casación si no es impugnada por el cauce del núm. 7 del artículo 1.692 L. E. C.

*Prueba de confesión:* La fuerza probatoria de la confesión judicial no es superior a la de los demás medios de prueba y debe apreciarse por el tribunal en combinación con las otras pruebas.

*Documento auténtico a efectos de casación:* No lo es el testimonio judicial de manifestaciones de la parte recurrente en otro procedimiento.

*Formalismo del recurso de casación:* Basta para la desestimación el hecho de no citar el apartado del artículo 1.281 del C. c. que se estima violado. (Sentencia de 17 de diciembre de 1976; no ha lugar.)

## 6. Derecho de familia

1. *Impugnación de la legitimidad: padre residente en el Aaiun: caducidad de la acción:* Son hechos probados que el niño cuya legitimidad se impugna nació en 22 de diciembre de 1972, habiendo sido inscrito como legítimo el día 26 del mismo mes y año en el Registro Civil de Zamora, instándose por el recurrido la acción impugnatoria en 22 de mayo de 1973, y que el actor se encontraba entonces en el Aaiun (Sahara español), por lo que debe casarse la sentencia que estimó la acción de impugnación basándose en el artículo 113 C. c., que habla de España en sentido geográfico y, por tanto, limitado a la España peninsular, por cuanto del contenido del Decreto de 10 enero 1958 se desprende con claridad que en la fecha de nacimiento e inscripción del nacido, El Aaiun era provincia española, y la palabra "España" comprende todo el territorio nacional. (Sentencia de 22 de febrero de 1977; ha lugar.)

*Hechos:* El matrimonio se había celebrado el 15 de julio de 1972, y la acción de impugnación de legitimidad del nacido se interpone el 22 de mayo de 1973, es decir, a los cinco meses de haberse producido el nacimiento. Alegó el marido que contrajo matrimonio en la creencia de que el embarazo de su esposa era de cinco meses, ya que se había ausentado de la Península para cumplir el servicio militar a partir del 14 de enero de 1972. Por parte de la madre se opuso que aquél había conocido su embarazo antes de casarse y que con posterioridad al nacimiento había recibido numerosas cartas de su marido reconociendo expresamente la paternidad del hijo. En primera instancia se estimó la excepción de caducidad de la acción, pero la Audiencia dio lugar a la demanda. El Tribunal Supremo dio lugar al recurso de casación y confirmó la sentencia del Juzgado.

*Comentario:* El único tema discutido en el curso y resuelto por la sentencia es el de la interpretación que deba darse al párrafo 2º del artículo 113 C. c., y en particular a los conceptos "España" y "fuera de ella". Frente al criterio de la Audiencia, basado en una concepción geográfica (o España peninsular), se acoge una interpretación jurídico-política (territorio sujeto a la soberanía española) siendo entonces indudable

que el Sahara era, al tiempo de ocurrir los hechos, una provincia española. Pero la solución que ha prevalecido no deja de suscitar dudas.

Por de pronto, la existencia de un régimen jurídico diferente en otras materias no siempre se basa en la contraposición territorio nacional-territorio extranjero (así en el derogado art. 58). Si la *ratio legis* del artículo 113 estriba en la posibilidad de obtener el normal asesoramiento jurídico para interponer, o no, la acción correspondiente, la analogía es muy fuerte con el artículo 1.958, en el que “para los efectos de la prescripción se considera ausente al que reside en el extranjero o en ultramar”; y si está hoy unánimemente admitido que los plazos del 113 son de caducidad, también parece evidente que lo más parecido a ésta es la prescripción.

Como argumento comparativo cabe indicar que el artículo 113 C. c. aparece inspirado en el artículo 316 del Código francés, el cual, si bien ha sido modificado por la Ley de 3 de enero de 1972, ha conservado siempre la única contraposición consistente en que el marido *se trouve sur les lieux de la naissance o s'il est absent*, señalando inicialmente los plazos de uno o dos meses para ejercitar la acción, que en el segundo supuesto comienzan a correr desde el retorno, habiéndose ampliado a seis meses en la reforma de 1972 como plazo idéntico en ambas hipótesis.

La sentencia no entra en el resto de la problemática que plantea la acción de impugnación de la paternidad legítima, aunque indirectamente pudiera deducirse que la sentencia atribuye al hijo concebido fuera y nacido dentro de matrimonio la condición de hijo legítimo, y que aun concurriendo las circunstancias del artículo 110 cabe la impugnación por error sufrido por el marido (Véase últimamente RIVERO HERNÁNDEZ, *La presunción de paternidad legítima*, págs. 482 ss., y SANCHO REBULLIDA, *Derecho de Familia*, II, 2.<sup>a</sup> ed., págs. 43 s.).

2. *Artículo 1.407 del Código civil: carácter de su presunción:* Se trata de una presunción legal que dispensa de toda prueba a los favorecidos por ella, pero que, por ser “*juris tantum*”, puede ser destruida por la prueba en contrario, pesando la carga de ésta sobre quien alegue que los bienes litigiosos pertenecen privativamente al marido o a la mujer.

*Apreciación de la prueba:* La apreciación judicial de esta prueba corresponde en principio, tratándose de pruebas directas, a los órganos judiciales de instancia y solamente puede ser impugnada en casación por la vía del núm. 7.<sup>º</sup> del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

*Prueba de presunciones:* Las presunciones “*hominis*” únicamente pueden ser impugnadas mediante la invocación ante esta Sala de la infracción de los preceptos del Código relativos a tal prueba (arts. 1.213, 1.249 y 1.253), en el caso de haberlas utilizado indebidamente el Tribunal “*a quo*”. (Sentencia de 17 de febrero de 1977; no ha lugar.)

## 7. Sucesiones

1. *Partición hecha por comisario: su carácter:* La partición realizada por el comisario nombrado expresamente por el testador equivale a la hecha por éste, con la única excepción de que entre los coherederos haya alguno menor de edad o sujeto a tutela, en cuyo supuesto el artículo 1.057, párrafo 2.º, del Código impone al comisario el deber de inventariar los bienes de la herencia con citación de los coherederos, acreedores y legatarios.

*Consecuencias de la falta de citación para el inventario:* Esta es una medida de precaución tomada por el legislador en el exclusivo interés de dichas personas, y su falta u omisión no vicia de nulidad radical o absoluta las operaciones particionales realizadas, pero sí de nulidad relativa o anulabilidad, la cual únicamente puede ser reclamada por aquellos en cuyo favor se ha establecido la garantía, esto es, por los coherederos, acreedores y legatarios.

*Citación a los herederos mayores de edad:* Aunque se haya efectuado la citación a los herederos menores, representados por su madre, es también obligado, so pena de nulidad relativa, citar a los herederos mayores de edad. (Sentencia de 23 de diciembre de 1976; ha lugar.)

## II. DERECHO MERCANTIL

1. *Sociedad colectiva: nulidad de la delegación de poderes del director gerente:* No se trata de una simple sustitución de poder permitida por el artículo 1.721 C. c., sino de una delegación total de las funciones de director gerente, prohibida por los artículos 13 y 14 de los estatutos.

*Incongruencia:* Comparadas las peticiones formuladas con el fallo, es evidente que los actores se limitaron a pedir la nulidad del traspaso, sin que solicitasesen en forma alguna la condena al pago de la cantidad procedente del negocio jurídico cuya nulidad instaban. (Sentencia de 15 de junio de 1976; no ha lugar.)

2. *Legitimación activa:* Al otorgarse la concesión de las modalidades comprendidas en el Decreto Ley de 26 de julio de 1929 sobre propiedad industrial "sin perjuicio de tercero", como expresa el artículo 12, párrafo 1.º, del citado Decreto-Ley, pueden éstos impugnar su legalidad y validez, por medio de la correspondiente acción anulatoria, siempre que los mismos se extiendan perjudicados, en la forma que previene el párrafo 3.º del artículo 115 del mencionado Decreto, por lo que el ejercicio de esta acción de nulidad, no se limita a quien acredite ser titular de la modalidad registral que se trata de proteger, sino que se extiende a todas aquellas personas que se estiman perjudicadas, sin que sea precisa la prueba de un perjuicio real y efectivo, por ser suficiente con la existencia de un daño o menoscabo presente o futuramente previsible, en el orden normal de las circunstancias o de las cosas.

*Novedad de la patente:* Es necesario que las invenciones, aun cuando no sean totalmente originales, contengan alguna novedad relativamente importante, con relación a lo previamente patentado y modifiquen las condiciones esenciales del invento precedente, de tal suerte que entrañen un método o mecanismo distinto y no meramente secundario.

*Error de hecho:* Las certificaciones del Registro de la Propiedad Industrial, con que se pretende acreditar el error de hecho en la apreciación de la prueba, no surte semejante efecto respecto a la casación, por tratarse del documento que fue base del pleito y objeto de interpretación en la resolución que se impugna.

*Incumplimiento de normas fiscales:* El incumplimiento de la norma fiscal, que se contiene en el artículo 32 del Decreto-Ley de 26 de julio de 1929 sobre Propiedad Industrial, no enerva los derechos civiles que puedan corresponder a la parte actora. (Sentencia de 13 de noviembre de 1976; no ha lugar.)

*Hechos:* Se solicita la nulidad de la patente de introducción por adolecer de falta de novedad.

3. *Letra de cambio no protestada y acción cambiaria ordinaria:* Es constante la orientación adoptada por la Jurisprudencia de esta Sala en el sentido de que, con apoyo en la letra no protestada en tiempo y forma, si bien no puede ejercitarse la acción ejecutiva, sí puede ejercitarse la acción de cobro de lo debido en el juicio ordinario (Sentencias de 9 de abril y 26 de octubre de 1955 y 27 de septiembre de 1974), utilizando la letra como mero documento acreditativo del adeudo.

*Letra perjudicada y acción ordinaria:* Siendo el fundamento de la sentencia impugnada que el actor no tiene la acción cambiaria, sino sólo la de enriquecimiento injusto que no ha sido alegada, ha de prosperar el motivo del recurso, amparado en el número 1.<sup>º</sup> del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que denuncia la interpretación errónea de los artículos 502 y 509 del Código de Comercio.

*Consecuencias de la falta del protesto:* Si bien por falta del protesto la letra debe de perder su construcción abstracta, no ha de favorecer por ello la posición del deudor principal, cuando es conocedor del negocio causal y de su obligación de pago expresamente aceptada.

*Acción cambiaria contra el aceptante:* Del artículo 483, en relación con el 480, del C. de c se deduce que para el aceptante, por falta de protesto, no hay caducidad de la acción cambiaria en juicio ordinario, cuando no ha sido ajeno al negocio causal, y este hecho resulta de la relación fáctica probada, puesto que el aceptante conocía perfectamente el descuento de la letra, efectuado gracias a su mediación, su fecha de vencimiento, impago en la fecha debida y el emborroneamiento de su firma no puesto en claro hasta que en juicio penal reconoció su firma el recurrente, que precisamente motivó que la letra no fuera protestada a tiempo. (Sentencia de 22 de noviembre de 1976; ha lugar.)

### III. DERECHO PROCESAL

1. *Fianza en garantía de un contrato administrativo*: La fianza prestada para garantizar el cumplimiento de un contrato administrativo tiene la condición de contrato complementario del principal, rigiéndose sus efectos por las disposiciones administrativas, sin que, por ello, el ejercicio de cualquier acción al mismo referente pueda ser conocido por la jurisdicción ordinaria. (Sentencia 12 enero 1977; ha lugar.)

2. *"Iura novit curia"*: Si bien es cierto que los tribunales gozan en nuestro Ordenamiento positivo de la facultad de indagar y escoger la norma jurídica aplicable al caso controvertido, aunque no la hubieran invocado los litigantes, no lo es menos que tal derecho, reconocido por los apotegmas "iura novit curia" y "da nihi factum et ego tibi dabo ius", no puede ser interpretado en un sentido tan amplio que autorice a sus titulares a rebasar los límites que, en materia civil, establece el artículo 359 de la L. E. C., sin que sea lícito al juzgador modificar la acción que se hubiera ejercitado, ni alterar la causa de pedir o sustituir las cuestiones debatidas por otras distintas, como ocurre en el caso que se contempla, donde los actores ejercitaron en su demanda una acción apoyada en el artículo 1.469 C. c. y el Tribunal "a quo" falló conforme a lo dispuesto en el artículo 1.483 del mismo Cuerpo legal. (Sentencia de 16 de junio de 1976; ha lugar.)

*Hechos*: Venta de finca con menor cabida.

3. *Doctrina sobre congruencia*: La incongruencia ha de referirse a la parte dispositiva de la sentencia, respecto a los términos de la demanda y contestación; no ha de basarse en los razonamientos, ya sean alegados por las partes, ya por el Tribunal, para fundar su fallo; la sentencia que absuelve de la demanda —tanto de la principal como de la reconvencional— resuelve todas las cuestiones propuestas y debatidas por las partes; el pronunciamiento absolutorio de la demanda abarca, en términos generales, la desestimación de todas las pretensiones formuladas, aunque se haya examinado sólo la cuestión principal, si las demás están ligadas a ellas por vínculos de dependencia, de tal suerte que la improcedencia de aquélla determine necesariamente las de las demás subordinadas a la misma; estimada la acción principal en términos que supone incompatibilidad con la petición reconvencional, ello implica la desestimación de esta última.

*Naturalcza de la casación*: El recurso de casación tiene un ámbito limitadísimo y fisonomía formalista que veda al Tribunal Supremo una nueva y completa valoración del pleito y le obliga, en tesis generales, a ceñirse a las infracciones o errores denunciados, debiendo realizarse la formalización del recurso expresando el párrafo del artículo 1.692 de la L. E. C. en que se halla comprendido y citando con claridad y precisión la ley o doctrina legal que se cree infringida y el concepto en que lo ha sido, debiendo expresarse los fundamentos del recurso cuando son dos o

más, en párrafos separados y numerados. (Sentencia de 3 de febrero de 1977; no ha lugar.)

4. “*Reformatio in peius: inexistencia*”: No incide en la “reformatio in peius” la sentencia de segundo grado que entra en el examen de la rescisión del contrato alegado por el demandado, desestimando el *petitum* de dicha parte que había interpuesto recurso de apelación contra la sentencia de primer grado que había desestimado la excepción de rescisión (sin entrar en el fondo en cuanto a la misma por estimar que debía haberse planteado como reconvención); interpuesto el recurso de apelación pura y simplemente, esto es, sin limitar en el mismo sus peticiones de primera instancia y admitido como lo fue en ambos efectos, es evidente que por su propia voluntad, sometió el demandado a la jurisdicción del tribunal de alzada todas aquellas pretensiones que no habían sido favorablemente resueltas por el inferior. (Sentencia de 10 de febrero de 1977; no ha lugar.)

5. “*Reformatio in peius*”: La doctrina reiterada de la Jurisprudencia según la cual no es lícito a los tribunales de segundo grado agravar cualitativa o cuantitativamente la situación del litigante que hubiese interpuesto un recurso de apelación, no entra en juego cuando la otra parte contendiente se hubiese alzado contra el fallo discutido o adherido al recurso interpuesto por el primero, por no existir entonces consentimiento alguno por parte de los contendientes respecto a ningún extremo de la sentencia impugnada, ni producirse los efectos que previene el artículo 408 L. E. C.

*Contratos disimulados*: Para que puedan declararse subsistentes los contratos que contengan la expresión de una causa falsa, a que se refiere el artículo 1.276 del Código civil, es preciso que se pruebe que están fundadas en otra verdadera y lícita. (Sentencia de 20 de noviembre de 1976; no ha lugar.)

6. *Cosa juzgada*: Se da la triple identidad de cosa, causa y personas cuando en los dos procesos es el mismo el objeto— pago de unas mismas cantidades y por los mismos conceptos—, la razón de pedir—el cumplimiento de un contrato de ejecución de obras— y las mismas personas, sin que a esta última identidad se oponga el que, en el segundo proceso, se haya traído a otro demandado ajeno a los extremos a los que la excepción se constríñe. (Sentencia de 12 de febrero de 1977; no ha lugar.)

7. *Error de hecho*: Los presupuestos resultan ineficaces porque en sí mismos carecen del indispensable requisito de autenticidad a los fines de la casación civil en que se aducen.

*Cuestión nueva*: La violación del principio de derecho relativo al enriquecimiento injusto no se planteó en ninguno de los trámites de la instancia precedente. (Sentencia de 3 de diciembre de 1976; no ha lugar.)

Suscripción anual: España, 1.500,— pesetas  
Extranjero, 1.650,— pesetas  
Número suelto: España, 550,— pesetas  
Extranjero, 650,— pesetas