

# 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 I



ENERO-MARZO  
MCMLXXVII

**PUBLICACIONES DEL INSTITUTO NACIONAL DE  
ESTUDIOS JURIDICOS**

**SERIE 1.ª**

**PUBLICACIONES PERIODICAS**

**NUMERO 2**

# **ANUARIO DE DERECHO CIVIL**

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



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

## ESTUDIOS MONOGRAFICOS

# Equidad y buena razón según el jurista, gerundense del siglo XV, Tomás Mieres

JUAN VALLET DE GOYTISOLO

### I

#### LO JUSTO Y LO EQUITATIVO EN SUS SIGNIFICADOS CLASICOS EN PANORAMICA HISTORICA

1. La equidad ha sido examinada desde muy diversas perspectivas y empleada con funciones diversas, que oscilan en un ángulo tan abierto que abarca desde su consideración como la justicia del derecho natural (1) hasta su estimación como aquella justicia de un determinado caso que, por sus circunstancias concretas, escapa a la aplicación de la norma genérica de la ley (2), o bien como moderación del rigor de ésta en un sentido más profundamente humano (3). Se discuten las diferencias que separan las expresiones *epiqueya*, *aequitas*, *benignitas* (4) y analizan las diversas utilizaciones de cada una. La filosofía

---

(1) Concepto recogido por RENÉ SAVATIER, *Cours de Droit Civil*, Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 2.<sup>a</sup> ed. 1974, vol. I, n. 22, p. 15: "L'équité n'est pas autre chose que le droit naturel interprété par le juge".

(2) Cfr. BERNARDO WINDSCHEID, *Pandectas*, Lib. I, cap. III, § 28; cfr. vers. traducida al italiano por C. Fadda y P. E. Bensa, vol. I, Torino, Unione Tipografica, Editrice Torinese, 1925, p. 82: "Equitativo es el derecho [*jus aequum*] adaptado a las relaciones de hecho". Aunque advierte —de acuerdo con la Escuela histórica alemana— su correspondencia a "un sentimiento jurídico y a una conciencia jurídica de todo un pueblo".

(3) BIONDI BIONDI, *Il Diritto Romano Cristiano*, Milano, Guiffre Ed., 1952, volumen II, cap. XIII, § 3, n. 159, pp. 38 y ss., observa el influjo del cristianismo en el concepto de equidad, "la *aequitas* cristiana está impregnada de aquella caridad que constituye el *praeceptum maius* de la predicación de Jesús. De ésta derivaba la tendencia general hacia la moderación, la *benignitas*, la *humanitas*, la misericordia y el perdón, de los que se informan las leyes cristianas".

(4) Cfr. los estudios de JOSÉ CASTÁN TOBEÑAS, *La idea de equidad en las letras españolas*, Madrid, Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, 1949; *La equidad y sus tipos históricos en la cultura occidental europea*, Madrid, Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, 1950; *La idea de equidad y sus relaciones con otros conceptos morales y jurídicos afines*, en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 188, 2.<sup>o</sup> semestre 1950, pp. 217 y ss., y 361 y ss.



griega (5), la jurisprudencia romana (6), el derecho canónico (7) y el *common law* (8) han enfocado diversamente la equidad, y la doctrina moderna y la contemporánea no han llegado a una visión concorde de ellas (9). No han faltado tampoco los escépticos, como Kant (10) que la calificó de *ius aequivocum*, «divinidad muda, cuya voz no puede ser escuchada».

Sin embargo, como expresó el maestro José Castán (11), «por encima de la variedad de significaciones y funciones de la equidad», ha existido «una indudable unidad de concepto», pues «los tipos, a través de los cuales se ha manifestado la idea de equidad en la cultura occidental, están históricamente muy enlazados», tanto que puede hablarse, «en sentido unitario, de una idea de equidad propia y característica de dicho ciclo cultural». De modo tal que «lejos de ser incompatibles, se armonizan e integran» los conceptos de la equidad natural —representativa del derecho *racional* o *ideal* frente al derecho *positivo*— y la equidad individualizadora (epiqueya) —que expresa el derecho *particularizado, concretado y adaptado* a la vida frente al derecho *formal, general y abstracto*— pues contemplan la equidad respectivamente «en su base» y «en sus funciones». «Equidad —precisa— es el criterio de justicia, individualizado y adecuado a las particularidades de cada caso concreto, pero adaptado también a los ideales jurídicos de una sociedad y, sobre todo, a los principios supremos del derecho».

(5) Cfr. FRANCISCO ELÍAS DE TEJADA Y SPÍNOLA, *Tratado de Filosofía del Derecho*, vol. II, Publicaciones de la Universidad de Sevilla, 1977, Glosas a la lección 5.<sup>a</sup>, 6, pp. 318 y s., compara la *epikeia* griega con la *aequitas* romana, observando que “la primera mira la vida de convivencia desde fuera, al ser corrección matemática, abstracta de una norma filosófica abstracta”, mientras la segunda “mira la vida de convivencia desde dentro, es el Derecho mismo construido por los juristas, como ciencia en el seno de las realidades sociales”; pues sucede “que en cada uno de estos pueblos la equidad goza de las perspectivas respectivas”.

(6) URSICINO ALVAREZ SUÁREZ, *Instituciones de Derecho Romano*, vol. I, Madrid, UNED, 1973, Parte II, A, 2, pp. 143 y s., sintetiza que en la época antigua y clásica, *aequitas*: significa que algo “es justo con arreglo a un principio de justicia objetiva” y equivale, pues, a “un criterio de *valoración* del derecho positivo”, y, en cambio, en el derecho postclásico y en el bizantino “es un criterio de aplicación del derecho”, que “coincide con la *epikeia* aristotélica, y entonces se opone al *ius* en sí mismo considerado como algo seco, frío y rígido”.

(7) Cfr. NOGUER, *Una justicia “sui generis: la epiqueya”*, *Razón y fe*, vol. 99, agosto 1932, pp. 472 y ss, y ELOY MONTERO GUTIÉRREZ, *Contestación al discurso de ingreso de Castán Tobeñas en la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas*, cit., pp. 77 y ss.

(8) Cfr. JOSÉ PUIG BRUTAU, *La jurisprudencia como fuente del Derecho*, Barcelona, Bosch Casa Editorial, s. f., II, 2, pp. 101 y ss.

(9) Cfr. los dos primeramente citados estudios de Castán Tobeñas, supra nota 4.

(10) E. KANT, *Principios Metafísicos del Derecho*, Apéndice a la *Introducción al Derecho*; cfr. ed. en castellano, traducida por G. Lizarraga, Madrid, Librería Victoriano Suárez, 1873, pp. 48 y s.

(11) CASTÁN TOBEÑAS, *La idea de equidad y sus relaciones con...*, I, A, b y C, b, loc. cit., pp. 226 y 249 y s.



«La equidad —dice, a su vez; el profesor Federico de Castro (12)— no es más que una manifestación del mecanismo funcional de los principios generales, la exigencia de acudir a los principios superiores (*altiora principia*) de Justicia, para decidir un caso para el que resulta inadecuada (según el principio general correspondiente) la regla legal». Por eso, añade en nota (13): «Las teorías que caracterizan a la equidad por alguna nota secundaria, como interpretación benévola, conformidad con la igualdad, consideración de las circunstancias o del caso concreto, poder correctorio del juez, etc., no pueden ser calificadas de falsas más que en el sentido de incompletas».

Esta perspectiva general la conservaba Florencio García Goyena (14) cuando advertía no sólo que las leyes «no pueden prever todos los casos» y que el juez «debe suplir en los casos dudosos la imposibilidad del legislador para preverlos», sino, además —precisaba—, «que la equidad no es otra cosa que la razón o justicia natural, y ésta debe ser el verdadero suplemento de las leyes expresas».

2. El enlace entre estos principios generales del derecho natural y del humano con la prudente determinación de lo justo concreto para un caso particular, fuera o contra el texto literal de las leyes positivas, merece que le dediquemos por lo menos un breve repaso.

Aristóteles en su *Retórica* (15) anunciaba: «Lo equitativo parece ser justo, pero lo justo es lo equitativo más allá de la ley escrita. Esto ocurre unas veces según la intención de los legisladores, otras en contra de su voluntad, cuando se les ha pasado inadvertido; consecuentemente cuando no pueden precisar más, antes les es necesario hablar en general, y, si tanto no, al menos atendiendo a lo más frecuente».

Pero, ¿en qué lo equitativo sobrepasa la ley escrita? El mismo Aristóteles lo explica: «ser indulgente o comprensivo con las cosas humanas es equitativo. Y también lo es mirar no a la ley, sino al legislador; y no al texto, sino a la mentalidad del legislador; y no a la obra, sino a la intención; y no a la parte, sino al todo; ni que tal es el acusado ahora, sino como era siempre o de ordinario. También es equitativo el acordarse más de los bienes recibidos que de los males, y más de los bienes que ha recibido uno que de aquello que hizo. Y es equitativo el haber soportado la injusticia recibida. Y el preferir resolver un litigio de palabra, que por la obra. Y es también equitativo el querer recurrir, mejor a un arbitraje que a un juicio; porque el árbitro atiende a lo equitativo, el juez, en cambio, mira la ley, y con este fin precisamente se inventó el árbitro, para que domine la equidad».

(12) FEDERICO DE CASTRO Y BRAVO, *Derecho Civil de España*, Parte General, Tomo I, Parte III, cap. IV, IV, 4, p. 472.

(13) *Ibid*, nota 3.

(14) FLORENCIO GARCÍA GOYENA, *Concordancias, Motivos y Comentarios del Código Civil Español*, art. 12, Madrid, Impr. Sociedad Tipográfica Editorial, 1852, vol. I, p. 25.

(15) ARISTÓTELES, *Retórica*, Libro I, cap. XIII; cfr. vers. al castellano y notas de Francisco de P. Samaranch, Madrid, Aguilar, 1968, pp. 111 y s.

Notemos cómo en su *Ética* el Estagirita (16) observa la equidad:

— como virtud, «la virtud más perfecta», no sólo «porque quien la posee puede usar de la virtud para con otro, y no sólo consigo mismo», sino también porque «no es una parte de la virtud, sino la virtud entera», ya que, conforme al proverbio «en la justicia se dan, juntas, todas las virtudes»;

— y como cualidad objetiva: como «una proporción».

Bajo el primer aspecto: analiza la equidad, en el texto de su *Retórica* antes transcrito, como una sublimación de la virtud de la justicia —que atiende más comprensiva y benignamente al otro—, y como el fruto de un juicio más comprensivo de las debilidades humanas —precedente de la *benignitas* cristiana y de la equidad canónica— más profundo —que penetra al espíritu más allá de la letra— con perspectiva más amplia —observando «no la parte, sino el todo»— y más afinada.

Como cualidad objetiva estima la equidad como algo que llega más allá de la ley escrita, pues: «La justicia política se divide en natural y legal» (17).

Este concepto objetivo de la equidad es el que aquí específicamente nos interesa. Aristóteles explica (18) que «lo equitativo es justo, pero no en el sentido de la ley, sino como una rectificación de la justicia legal. La causa de ello es que toda ley es universal y hay cosas que no se pueden tratar rectamente de un modo universal. En aquellos casos, pues, en que es preciso hablar de un modo universal, pero no es posible hacerlo rectamente la ley toma en consideración lo más corriente, sin desconocer su yerro. Y no por eso es menos recta, porque el yerro no está en la ley, ni en el legislador, sino en la naturaleza de la cosa, puesto que tal es desde luego la índole de las cosas prácticas. Por tanto, cuando la ley se expresa universalmente y surge a propósito de esta cuestión algo que queda fuera de la formulación universal, entonces está bien que, allí donde no alcanza el legislador y yerraría al simplificar, sea corregida la omisión de aquello que el legislador mismo habría dicho si hubiera estado allí y habría hecho constar en la ley si hubiera sabido. Por eso lo equitativo es justo, y mejor que una clase de justicia; no que la justicia absoluta, pero sí que el error producido por su carácter absoluto. Esta también es la causa de que no todo se regule por la ley, porque sobre algunas cosas es imposible establecer una ley...».

Es, pues, una aplicación de un criterio de la justicia absoluta cuando la ley positiva falla en algún caso concreto.

3. ¿Qué pauta tiene esta «justicia mejor» que es la equidad y que sobrepasa la «justicia legal»?

Por lo que hemos observado en los referidos textos de Aristóteles, esa pauta se halla en la proyección de la «justicia natural» refi-

(16) ARISTÓTELES, *Ética a Nicomaco*, Lib. V, —1129 b y 1130 a y b—, cfr. ed. bilingüe con traducción de María Araujo y Julián Marías, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1970, pp. 71 y s. y 74 y s.

(17) *Ética...*, V, 7 1134 b, p. 81.

(18) *Ética...*, V. 10, 1137 b, pp. 86 y s.



riéndola a la «naturaleza de la cosa», en el caso de que se trata, visto en la práctica, en una conjugación que así nos sirve para interpretar, corregir o completar la ley humana.

La lectura de Santo Tomás de Aquino nos ayuda para aclarar esta perspectiva, en especial si para captarla plenamente comenzamos por enfocar su concepto del derecho.

*Ius, sive iustum*: «est aliquod opus aequatum alteri secundum aliquem aequalitatis modum», dice y distingue (19) que «una cosa puede ser adecuada a un hombre de dos modos»:

Uno, «ex ipsa natura rei», atendida la naturaleza de la cosa: «*Et hoc vocatur ius naturale*».

Alio modo, «ex condicto et communi placito», «y esto puede realizarse de dos formas: por un convenio privado (...) o por convención pública, v. gr., cuando todo el pueblo consiente en que algo se considere como adecuado y ajustado a otro, o cuando lo ordena así el príncipe que tiene a su cargo el cuidado del pueblo y regenta su persona», «*et hoc dicitur ius positivum*».

La voluntad humana no puede establecer que algo sea justo de este segundo modo, sino solamente «en aquellas cosas que de suyo no se oponen a la justicia natural, y aquí es donde tiene lugar el derecho positivo». Por el contrario, «si algo en sí mismo se opone al derecho natural no puede hacerse justo por voluntad humana», e invoca al profeta Isaías (10,1): «Ay de aquellos que dictan leyes inicuas».

Recordemos que también los juristas romanos opusieron el *aequum ius* al *ius iniquum*, con referencia al juicio que merecían las leyes escritas (20).

Lo justo natural, es decir «*quod ex sui natura est aequatum vel commensuratum alteri*», aclara el Aquinatense (21) que puede darse de dos modos:

— «*Uno modo, secundum absolutam sui considerationem*», es decir considerando la cosa absolutamente en sí misma.

— «*Alio modo aliquid est naturaliter alteri commensuratum non secundum absolutam sui rationem, sed secundum aliquid quod ex ipso consequitur*»; es decir, examinando la cosa en relación a sus consecuencias.

Y advierte que es propio de la razón, «*est proprium rationis*», considerar una cosa relacionándola con las consecuencias que de ella se derivan; y de ahí su estimación de «que estas mismas consecuencias sean naturales al hombre, en virtud de su razón natural que las dicta». Distinguiendo, por consiguiente, un doble sentido de natural, según se funde propiamente «en una razón natural», o, *secundo modo*, «en alguna utilidad consiguiente», que es natural al hombre «*secundum rationem naturalem, quae hoc dictat*».

(19) SANTO TOMÁS DE AQUINO, *Summa Theologica*, II<sup>a</sup> II<sup>ae</sup>, q. 57, a. 2, cfr. vers. bilingüe, de la BAC, vol. VIII, Madrid, 1956, pp. 234 y 3.

(20) Así, GAYO, *Instituciones*, 3, 25, y 3, 41, y Javoleno, XVIII 200; también Cicerón «De officiis, I, 9. Cfr. WENCESLAO ROCES, *La idea de justicia en los juristas romanos*, en R.G.L. y J., vol. 140, 2.º, sem., 1924, pp. 281 y s.

(21) SANTO TOMÁS, *S. Th.*, II<sup>a</sup> II<sup>ae</sup>, q. 57, a. 3; vol. cit., pp. 237 y s.



Ahora bien, precisamente, así como las obras artísticas se efectúan conforme ciertas reglas de arte que preexisten en la mente del artista, «así también la razón determina lo justo de un acto conforme a una idea preexistente en el entendimiento como cierta regla de prudencia», y que es llamada ley «si se formula por escrito»; la cual «no es el derecho mismo, propiamente hablando, sino cierta razón de derecho» (22).

Como explica en otro lugar (23), al ser «la ley eterna la razón de gobierno existente en el supremo gobernante, es necesario que todas las razones de gobierno que existen en los gobernantes inferiores deriven de la ley eterna». Y por tanto la ley humana «en la medida en que participa de la recta razón» y «sólo en cuanto se ajusta a la recta razón», «así considerada, es manifiesto que procede de la ley eterna», mientras que «en cuanto se aparta de la recta razón, es una ley inicua».

Esa ley eterna, todos los hombres la conocen en cierta manera, según su capacidad; pero «nadie puede comprenderla totalmente porque no puede manifestarse totalmente a través de sus efectos», y para conocerla plenamente sería preciso conocer «con perfección el orden en que están colocadas admirablemente las cosas», lo que sólo alcanzamos «al modo que una facultad cognoscitiva juzga de su propio efecto» (24).

No hay duda, pues, que ese conocimiento, e incluso la formulación de las leyes humanas «conformes a la razón», es una misión que debe encomendarse a «unos pocos sabios» —sigue el Doctor común (25)—, pues requiere su «atenta consideración» y «diligente investigación» (26), con «el juicio de los expertos, de los ancianos y de los prudentes en sus enunciados no demostrables y en sus opiniones tanto como en sus demostraciones» (27), «porque es más fácil encontrar unos pocos sabios que basten para instituir leyes justas que los muchos que se requerirían para juzgar rectamente cada caso particular»; «porque los legisladores consideran durante mucho tiempo lo que ha de imponer la ley, mientras que los juicios de los hechos particulares se formulan en casos que ocurren súbitamente; y el hombre puede ver más fácilmente lo que es recto después de considerar muchos casos, que sólo tras el estudio de uno»; y «porque los legisladores juzgan en universal y sobre hechos futuros, mientras que los hombres que presiden en los juicios juzgan de asuntos presentes, en los que están afectados por el amor, el odio o cualquier otra pasión...» (28).

Por eso, para Santo Tomás, la ley es «*quaedam rationis ordinatio ad bonum commune*» (29), «*quoddam dictamen practicae rationis*» (30),

(22) *Ibid. quaest. a. 1, ad. 2*, p. 233.

(23) *S. Th. I.<sup>a</sup> II<sup>ae</sup>, q. 93, a. 3*; ed. cit., vol VI, Madrid, 1956, p. 95.

(24) *Ibid. quaest. a. 2*, p. 93.

(25) *I<sup>a</sup> II<sup>ae</sup>, q. 95, a. 1, ad. 2*, p. 165.

(26) *I<sup>a</sup> II<sup>ae</sup>, q. 100, a. 1, resp. y a. 3, resp.* pp. 279 y 283.

(27) *I<sup>a</sup> II<sup>ae</sup>, q. 95, a. 2, ad. 4*, p. 169.

(28) *I<sup>a</sup> II<sup>ae</sup>, q. 95, a. 1, ad. 2*, pp. 165 y ss.

(29) *I<sup>a</sup> II<sup>ae</sup>, q. 90, a. 4*, p. 42.

(30) *I<sup>a</sup> II<sup>ae</sup>, q. 91, a. 1, resp.*, p. 52.

y, si bien «ciertamente la razón puede ser movida por la voluntad», para que la voluntad de quien rige tenga fuerza de ley «es necesario que ella misma sea regulada por la razón» (31).

Esa ordenación racional que debe ser «regla y medida», adecuada al fin de «la utilidad de los hombres», conforme había dicho Modestino (Dig. I-III, 25), debe a su vez ser «medida regulada y mensurada, a su vez por otra superior», que «es doble: la ley divina y la ley natural» (32). Es decir (33):

— la *ley eterna*, que expresa el orden del mundo, de las cosas de la naturaleza que, a su vez, nos lo expresa a nosotros desde lo simple a lo complejo, de lo inferior a lo superior, de los efectos a las causas; y

— la *ley natural*, que juzga lo bueno y lo malo para el hombre según su naturaleza de animal y de animal racional, que captamos por el hábito de la *sindéresis* y del cual, habida cuenta de las consecuencias, pueden extraerse prudencialmente las adecuadas conclusiones.

Por eso, el Aquinatense invoca las tres condiciones que, según San Isidoro (*Etimologías*, II, 10), debe reunir la ley humana, y nos advierte de que ésta debe ajustarse a la ley divina, a la natural y favorecer la utilidad de los hombres. Su ajustamiento a la ley natural incluye las cualidades de «justa», «posible», «conforme a la naturaleza» o condición de los hombres, «apropiada a las costumbres del país» y «conveniente al lugar y al tiempo»; y su adecuación a la utilidad de los hombres, «significa que la ley debe promover la salud pública» mediante «la remoción de males» y «la consecución de bienes», pues «la ley se ordena al bien común».

De qué modo se relacionan, en el juicio, la ley humana y el derecho natural nos lo expone, también Santo Tomás (34), partiendo de la distinción entre justo natural y justo positivo y de que las leyes «se escriben para la declaración de uno y otro derecho aunque de diferente manera», pues la ley humana:

— en cuanto conclusión de lo justo natural «contiene el derecho natural, mas no lo instituye, pues éste no toma fuerza de la ley, sino de la naturaleza».

— mientras que en cuanto contiene derecho positivo, fruto de «cierta convención entre los hombres», «aplicable cuando es indiferente ante el derecho natural el que una cosa sea hecha de uno u otro modo», la ley escrita lo «instituye» dándole ésta «su fuerza y autoridad».

«Por eso —responde— es necesario que el juicio se haga según la ley escrita, pues de otro modo se apartaría ya de lo justo natural ya de lo justo positivo».

Pero al juzgar «según la ley escrita», en ocasiones puede ocurrir:

— Que la ley escrita sea *inicua* si contraría «al derecho natural siempre o en la mayor parte de los casos»; y, entonces, «es injusta y

(31) I<sup>a</sup> II<sup>ae</sup>, q. 90, a. 1, ad. 3, p. 37.

(32) I<sup>a</sup> II<sup>ae</sup>, q. 95, a. 3, resp., en rel. q. 93, a. 3, ad. 2 y 95 a. 2, resp.

(33) Cfr. nuestro estudio *Perfiles jurídicos del Derecho natural en Santo Tomás de Aquino*, § 44, en "Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Federico de Castro". Madrid, Inst. de Est. Jur. 1972, vol. II, p. 776.

(34) S. Th. II<sup>a</sup> II<sup>ae</sup>, q. 60, a. 5, resp.; vol. VIII, p. 328.



no tiene fuerza para obligar», e incluso «tales escrituras no pueden denominarse leyes, sino corrupciones de ley», y, «por consiguiente, no debe juzgarse según ellas» (35).

— Que «las leyes rectamente establecidas son deficientes en algunos casos en los que, si se observasen, se iría contra el derecho natural», por lo que «debe recurrirse a la equidad»: «*recurrendum ad aequitatem*» (36); pues, como «toda ley se ordena al bien común de los hombres, y de esta ordenación recibe su fuerza y su carácter de verdadera ley; en la medida en que se aparta de esa finalidad pierde su fuerza obligatoria»; y así debe ocurrir, «cuando la observancia de algún punto de la ley es útil a la salud común en la mayoría de los casos y muy perjudicial en algunos otros», pues «nadie es tan sabio que pueda prever todos los casos particulares»: «Como el legislador no puede tener en cuenta todos los casos particulares, propone la ley de acuerdo con lo que más frecuentemente sucede, poniendo siempre su intención en la utilidad común. Por eso si llega un caso en que el cumplimiento de tal ley es perjudicial al bien común, no ha de cumplirse esa ley»; pues, en aquel «caso particular», se «ve claramente que la ley no ha de ser observada» (37).

De ahí deriva el Aquinatense las siguientes reglas interpretativas:

— Como «la ley propone algo universalmente y en algún caso no es útil observarlo, es cosa razonable que alguien regule lo que falla en la ley, donde el legislador dejó indeterminado el caso particular en que se produce ese fallo» y «propuso una cosa defectible porque habló simplemente, o sea, universalmente» ... «En virtud de ello es necesaria, después de dada la ley, sentencia de los jueces por la cual el derecho universal de la ley se aplica a un particular negocio» (38).

— Conforme había dictaminado Modestino (Dig. I-III, 25): «Ninguna razón de derecho, ni la benignidad de la equidad [*Nulla iuris ratio, aut aequitatis benignitas*] permite que las ordenaciones saludables

(35) *Ibid*, ad. 1 y 2, pp. 328 y s.

(36) *Ibid*, sol. 2, p. 329.

(37) 1<sup>a</sup> 11<sup>ae</sup>, q. 96, a. 6, resp. y ad. 1 y 3, vol. VI, pp. 190 y s. Más claramente explica Santo Tomás de Aquino en la Lec. XVI de su «Comentario al Libro Quinto de la Etica a Nicomaco de Aristóteles» (cfr. vers. en castellano, «La justicia», traducida y anotada por Benito R. Raffo Magnasco, Buenos Aires, Cursos de Cultura Católica 1946, pp. 241 y ss.): «nuestro entendimiento puede decir algo universalmente con verdad sobre ciertas cosas, como en las necesarias en las cuales no puede acontecer que se produzca defecto. Pero en ciertas otras no es posible se diga algo que sea verdadero universalmente, como en las contingentes, en las que, aunque algo sea verdad, en la mayoría de los casos, en algunos pocos, sin embargo, no lo es. Y tales son los hechos humanos, sobre los cuales se dan las leyes. En estos hechos es necesario que el legislador hable en universal por la imposibilidad de abarcar los casos particulares, y, sin embargo, tampoco es posible que en todos ellos se comporte rectamente lo que se dice, en virtud de que falla en algunos pocos casos», pues «el legislador toma lo que acaece en la mayoría de ellos». Pero «esa falta no proviene de la ley, pues fue estatuida razonablemente, ni tampoco de parte del legislador, que habló según la condición de la materia, sino de la naturaleza de las cosas».

(38) Coment. al Lib. V, Etic. Aristot., lec. cit., p. 242.



establecidas para la utilidad de los hombres sean interpretadas duramente en su perjuicio, conduciendo a la severidad» (39).

— No debe juzgarse «según el sentido literal de la ley» sino «recurrir a la equidad» cuando «aún el mismo legislador juzgaría de otra manera, y si lo hubiera previsto lo habría determinado en la ley» (40); pues en ese caso «el que se atiene a la intención del legislador no interpreta la ley de una manera absoluta; la interpreta en un caso en que manifiesta, por la evidencia del juicio, que el legislador intentaba otra cosa» (41).

Vemos pues que la ley escrita debe interpretarse conforme la *equidad*, y que ésta supone una corrección del texto legal conforme a la *razón* de derecho que es fundamento de la ley, a tenor del orden de las cosas (*ley eterna*), de lo que es justo natural atendidas la cosa absolutamente en sí misma y en sus consecuencias (*derecho natural*), y de la pública utilidad o *bien común*, adecuándolo todo a las circunstancias de las personas, tiempo y lugar para su mejor individualización.

Esta perspectiva la aclara el mismo Santo Tomás, refiriéndose con el nombre de *epieikeia* a la equidad y aplicándola con relación a las *leyes justas*, al resolver (42):

«... la epiqueya también corresponde propiamente a la justicia legal, de tal suerte que en cierto modo está contenida en ella y en cierto modo la distingue y la rebasa. Si, en efecto, se toma por justicia legal la que se ajusta a la ley, tanto a su letra como a su espíritu, que es lo principal en ella, entonces la epiqueya es parte, y la principal, de la justicia legal. Si, en cambio se la toma sólo comprendiendo la letra de la ley, no es entonces la epiqueya una parte de la justicia legal, sino de la justicia común, y se distingue de ella como superior a la misma».

En sus comentarios a la *Ética* de Aristóteles (43) explica: «lo justo que los ciudadanos practican se divide en natural y legal. Lo equitativo es mejor que lo justo legal, pero está contenido en lo justo natural» ... «Lo equitativo es una clase de lo justo, pero no es legal sino regulador de la justicia legal, pues se ha dicho que está contenido en lo justo natural, de donde se origina lo justo legal».

Así, da la razón a Aristóteles en entender que la epiqueya es «mejor que la justicia legal, que cumple sólo la letra de la ley», puesto que «modera el cumplimiento de la letra de la ley», pero como justicia «no es mejor que toda justicia».

Vemos, también, en Santo Tomás una ecuación entre, de una parte *justicia general y bien común* y de otra *prudencia política y ordenación y gobierno de los pueblos* que adecúa «la recta disposición de las partes con relación al todo», pues la justicia y la prudencia «pertenecen a la parte racional, capaz de apreciar lo universal, como a la parte sensitiva

(39) Suma Teológica, I<sup>a</sup> II<sup>ae</sup>, q. 96, a. 6, resp., p. 190, y II<sup>a</sup> II<sup>ae</sup>, q. 60, a. 5, sol. 2, p. 329.

(40) II<sup>a</sup> II<sup>ae</sup>, q. 60, a. 5, sol. 2, p. 329.

(41) I<sup>a</sup> II<sup>ae</sup>, q. 96, a. 6, ad. 2, p. 191.

(42) II<sup>a</sup> II<sup>ae</sup>, q. 120, a. 2: vers. cit., vol. IX, Madrid 1955, pp. 611 y s.

(43) Coment. al Lib. Etic. Arist.; lec. cit., pp. 240 y s.

lo particular» (44). Pues bien, al tratar de la prudencia, podemos apreciar otra ecuación entre *gnome* y *synesis*, respecto de *epieikeia* y justo legal; así leemos (45):

— «... las cosas que se sustraen al orden de un principio o causa inferior están sometidas al orden de un principio más alto...»; por eso: «acaeece a veces la necesidad de hacer una obra al margen de las reglas comunes de la acción: así denegar el depósito al traidor a la patria o cosas semejantes. Por lo cual debe juzgarse de esos casos conforme a principios superiores a las reglas comunes, por las que juzga la *synesis*. Y, en conformidad con principios superiores, se exige, una virtud más alta para juzgar a la cual llamamos *gnome* o perspicacia, o que lleva consigo cierta agudeza en el juicio».

— «La *synesis* juzga la verdad de todo lo que sucede conforme a las reglas comunes» ... «el juicio debe tomarse de los principios propios de las cosas, y la investigación se hace también conforme a esos principios comunes».

— «Considerar todo lo que puede suceder fuera del curso normal de la naturaleza corresponde solamente a la providencia divina; pero entre los hombres el que más perspicaz sea puede conocer, con su inteligencia, muchas de ellas. A esto se ordena precisamente la *gnome* o perspicacia, que implica cierta agudeza en el juicio».

Ese es el juego de la equidad, según el Aquinatense, que comentando a Aristóteles (46) y siguiéndole, concluye que lo equitativo es: «una clase de lo justo y mejor que ciertas otras especies de lo mismo, más no que lo justo natural, el cual se propone simplemente, vale decir, universalmente. De donde se desprende que la naturaleza de lo equitativo, es que sea lo que regula a la ley donde ésta falla por algún caso particular».

4. El jesuita Francisco Suárez (47) trató de aclarar lo expuesto por Aristóteles y Santo Tomás de Aquino acerca de la distinción entre lo justo y lo equitativo. Creemos que al hacerlo fue sustancialmente fiel al pensamiento de ambos, leídos sistemáticamente uno y otro, pero además la expresó compendiosamente en su perspectiva plena, aunque con las resultas de acentuar al aspecto voluntarista de la ley humana.

Para ello, distinguió dos significados de la palabra justo, a cada uno de los cuales contrapuso la equidad:

— Un *justo natural*, «que es lo recto según la razón natural, el cual nunca falla si la razón no yerra» (48).

(44) *S. Th.* II<sup>a</sup> II<sup>ae</sup>, q. 47, a. 11, ad. 2 y ad. 3; vol. VIII, pp. 37 y s.

(45) *Ibid*, q. 51, a. 4, pp. 96 y s.

(46) Coment. al Lib. V de la *Etica* de Aristóteles, loc. cit., p. 243.

(47) FRANCISCO SUÁREZ, S. I.: *Tractatus de Legibus ac Deo Legislatoris*, Lib. I, cap. II, 9 y 10; cfr. ed. bilingüe, con versión al castellano de José Ramón Eguilior Muniozuren, S. I., vol. I, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1967, p. 13.

(48) El P. Suárez (Lib. I, cap. XVI, 16, vol. cit., p. 179) señala que en los preceptos naturales no se da la epiqueya, porque sus preceptos “no se dan con ninguna palabra general, a no ser que esta palabra incluya todos los elementos necesarios para la malicia intrínseca y de esta manera no puede ad-



— Otro, *justo legal*, «determinado por la ley humana, el cual —aun siendo justo en términos generales— suele fallar en casos particulares; sin que por eso la ley sea injusta, pues es preciso darla en general, sino que el fallo —como dice Aristóteles— no proviene del legislador sino de la materia misma».

En correspondencia con uno y otro justo, sitúa el P. Suárez sendos significados de la equidad.

— Uno, equivalente a «la equidad natural que es la misma justicia natural. A ésta corresponde lo equitativo en cuanto sinónimo de lo justo natural, y en este sentido las leyes civiles hablan muchas veces de la equidad natural» ... «A esta equidad corresponde lo que en general se llama lo equitativo»; y «tomada en este sentido, no es una corrección del *ius*, sino más bien origen o regla del mismo» (49).

— Otro, conforme el cual, «equidad significa una prudente suavización de la ley escrita, al margen del rigor de sus palabras. En este sentido se dice que se opone al *ius stricto*»; y le corresponde «lo equitativo y bueno, que lo es en sí mismo aunque aparezca discrepante con el texto de la ley».

«En este sentido tomó Aristóteles la equidad cuando dijo que era corrección de lo justo, entiéndase de lo justo legal, y a la virtud de la cual procede este acto la llamó *epiqueya* de la cual trata también Santo Tomás (2.2, q. 120). A ella le toca en los casos particulares obrar contra la letra de la ley humana cuando su observancia sería contraria a la equidad natural, y entonces se dice que el juez no obra conforme al *ius* —en términos materiales según su tenor—, sino conforme a lo equitativo y bueno; esto es observar el *ius* conforme a su intención, y hacer lo contrario sería violarlo...» (50).

«Por eso, tal vez, la jurisprudencia ha sido definida el arte de lo bueno y de lo equitativo, porque en la interpretación de las leyes siempre debe atender a lo bueno o equitativo aunque algunas veces sea preciso templar el rigor de las palabras para no apartarse de lo equitativo y bueno natural».

Sin embargo, Suárez (51) no pierde la perspectiva general y ampliamente comprensiva de la equidad, pues afirma que «*erit iudicium communis prudentiae praesupponens regulariter generalia principia iuris natu-*

---

mitir exepción». La epiqueya, a su juicio, se da en la ley humana que trata de expresar preceptos de la ley natural, sin que sus palabras puedan abarcarlos en toda su perspectiva; pero ésta, con relación a la ley natural, no significa sino una explicación del cambio realizado en la materia, es decir, que se trata de una explicación de la materia en el mismo sentido de la ley.

(49) En este sentido, dice Suárez (Lib. I, cap. II, 4, p. 11): «*Nam primo ius significare potest quidquid est aequum et consentaneum rationi quod est veluti generale obiectum virtutes in genere secundo potest ius significare aequitatem quae uniusque ex iustitia debetur.*»

(50) En este sentido, recuerda Suárez que advertía Cicerón en «Brutus»: «*Crassus multus multatum: contra scriptum pro aequo et bono dixit.*» No olvidemos la definición de Celso, que recuerda Ulpiano Dig. I-I, 1, *pr.*: «*Ius est ars boni et aequi.*»

(51) Francisco Suárez, S. I., op. cit., Lib. VI, cap. VI, 5; cfr. ed. cit. del Instituto de Estudios Políticos, Madrid 1968, vol. IV, p. 654, col. I, A.



*ralis, vel etiam humani, quatenus ab eis tale iudicium in particulari pendet».*

La segunda aplicación de la equidad, la profundiza más adelante el Doctor Eximio (52), refiriéndose al problema tratado por Santo Tomás, en II<sup>a</sup> II<sup>o</sup>, q. 120, acerca de cuándo es lícito hacer uso de la epiqueya en la práctica o ejecución de las leyes, observando que no debe confundirse la epiqueya con la interpretación general de las leyes, y advierte del sentido en que generalmente es planteado (53).

«... supuesto el sentido de la ley en cuanto a la universalidad de las palabras y en virtud de su significado universal, tal como se emplea en la ley, alcance un determinado acto, que sin embargo en un caso particular, dadas las circunstancias, cese la obligación de la ley acerca de tal acto, porque para esas circunstancias el acto no pudo caer bajo el poder o no cayó bajo la voluntad del legislador sino que quede exceptuado de ella: esta excepción es la enmienda de la ley que se dice que realiza la epiqueya...».

Pero, Suárez, al contemplar la cuestión, rechaza este planteamiento, basado sólo en la contraposición entre las *palabras* de la ley y la *voluntad* del legislador, pues «las palabras de suyo no cesan en ese caso, es más lo alcanzan, pues de no ser así no se obraría en él en contra de las palabras de la ley; ahora bien, esto no es verdad, porque —como dije antes— la voluntad del legislador puede ser más universal que su razón, más aún, la razón a veces cesa por completo con relación a nosotros porque no la conocemos, y, sin embargo, la ley mantiene su fuerza» (54).

En cambio, acepta el juego de la equidad, conforme la definición de Aristóteles de «*enmienda de la ley en aquello en que falla su universalidad*», pues «por la naturaleza de la cosa, en la ley humana se sobreentiende esa condición [de referirse a *lo que suele suceder*] o excepción [de producirse, en las cosas, «cambios y contingencias que ni el legislador humano puede siempre prever ni, aunque pudiera, podría exceptuar convenientemente en su totalidad»], aunque no se explique detalladamente, pues de no ser así, la ley no sería justa y razonable» (55).

Notemos, no obstante, una diferencia que, en esa cuestión, separa al Doctor Eximio del Doctor común. Este como hemos visto (56) distinguió las normas de la ley humana que contienen el derecho natural y que no lo instituyen, pues éste toma su fuerza de la naturaleza; y las normas que son de derecho positivo, referidas a lo que en principio es indiferente al derecho natural; y a las que aquél dota de su fuerza y autoridad. Suárez (57), en cambio, de la primera clase de normas, que no llama conclusiones, dice que la ley positiva «las supone buenas

(52) F. Suárez, op. cit., Lib. VI, caps. VI, VII y VIII; ed. cit., vol. IV, pp. 652 y ss.

(53) *Ibid.*, VI, cap. VII, 2; p. 652, col. 2.

(54) *Ibid.*, 3, pp. 652 y s.

(55) *Ibid.*, 4, p. 633.

(56) Cfr. supra nota 34 y texto correspondiente.

(57) Suárez, Lib. I, cap. IV, 5, vol. I, pp. 48 y s.

y honestas de suyo y lo único que añade es hacerlas obligatorias, puesto que antes eran voluntarias y su omisión no era mala».

Concretamente en la determinación de cuando la epiqueya o equidad excepciona la aplicación de una ley, expone el P. Suárez que existe diversidad de opiniones:

a) «Algunos piensan que basta que, en el caso particular, la razón de la ley cese negativamente, es decir, que en él no tenga lugar la razón que movió al legislador a dar la ley» (58).

b) Otros opinan que para excepcionar la aplicación de la ley en un caso particular «no basta que la razón de la ley falle negativamente sino que es necesario que falle de alguna manera contraria» (59).

(58) Suárez, Lib. VI, cap. VII, 1 y ss., vol. IV, p. 655, donde expone las siguientes razones, en las que esa tesis se apoya:

— “porque la razón de la ley es el alma de la ley”, y “así como el cuerpo sin el alma no puede mover a otra cosa, tampoco la ley sin la razón no puede obligar al súbdito”.

— “porque la justicia de la ley depende de la razón, y así, faltando la razón, falta la justicia y consiguientemente la fuerza obligatoria”.

— “porque la ley debe ordenarse al bien común; luego no baja a los bienes particulares si no es mediante el influjo del bien común; ahora bien, cuando cesa la razón de la ley el bien común no influye, porque él entonces no interviene; luego tampoco entonces obliga la ley, ya que faltando el influjo de la causa primera o universal, la segunda o particular no actúa”.

(59) Suárez, *Ibid*, 3 y ss.; p. 655 y ss. Esta posición la explica el Cardenal Cayetano, o sea, Tomás de Vío, diciendo que la razón de la epiqueya dimana de que, “según las palabras de la ley, en lo que conviene es defectuosa”.

Esta opinión, según observa Suárez, tiene dos partes:

— “Una afirma que la obligación de la ley cesa cuando la razón de la ley cesa de una manera contraria”, porque “una ley que pretendiese obligar en tal circunstancia resultaría injusta o inhumana”.

— “La otra parte niega que baste el que la razón de la ley cese negativamente”, pues “si la razón de la ley cesa sólo negativamente, no será malo observar la ley, ni tampoco será injusto e inhumano obligar a observarla: luego no tiene por qué cesar su obligación”. Es decir, la epiqueya sólo tiene lugar cuando la imposición de la ley en el caso “sería contraria al concepto de justicia o a la debida legislación”, porque “el acto puede ser de suyo bueno aunque cese en él la razón de la ley”. Estimando Suárez “muy buena” la razón de principio de que aunque la razón de la ley, en un caso particular, cese negativamente, siempre queda alguna razón más universal, por la cual conviene que aun entonces se observe la ley: lo primero porque sería muy contrario al bien común el que se pudiera no observar las leyes por sólo esa causa; y la segunda, porque es de suyo una razón honesta, para observar la ley, la uniformidad de las partes con el todo cuando la ley puede observarse sin inconveniente”; “aunque la razón tenga lugar sólo en la mayoría de los casos, eso basta para que la ley se dé justamente para todos los que puede observarla, aunque la razón cese en ellos” y “la voluntad justa del legislador es el alma de la ley”, que obliga a la materia mandada y no al fin del mandato” y, aun en ese caso, “pertenece al bien común, porque aunque entonces el súbdito no perciba la utilidad pretendida por la ley, percibe la utilidad general que hay en la observancia de la ley y en la uniformidad con su cuerpo, y por este capítulo la ley es justa y se basa en una razón más alta”.

En resumen, explica que el cardenal Cayetano entiende que de los pasajes aducidos por Santo Tomás y de los textos de Aristóteles, resulta que la epiqueya excluye la aplicación de la ley en un caso particular “únicamente cuando su observancia sería mala”; y, como “la epiqueya es una parte de la justicia, luego materia suya es una acción que no sería recta si se realizase según una ley universal y no según la equidad de la epiqueya”.



c) Una tercera opinión, que es la asumida por el P. Suárez (60), estima que «no sólo hay lugar a la epiqueya cuando el observar la ley sería cosa injusta, sino que alguna y muchas veces la habrá —aunque no sea cosa injusta— sólo por ser cosa demasiado gravosa o difícil», pues «es ajeno a la prudencia del legislador no sólo el mandar cosas injustas, sino también cosas inhumanas y más pesadas que las que sufre la condición humana o que lo que exige la razón del bien común».

Y, aún —atendiendo también a la opinión del Estagirita y del Aquinatense— estima que para poder recurrir a la epiqueya— «no es necesario interpretar que el caso no cae bajo la ley porque el legislador no pudo abarcarlo con su ley: basta interpretar que, aún pudiendo, no quiso abarcarlo» (61).

Por consiguiente, concluye (62) que «los modos o maneras de emplear la epiqueya son tres:

- uno, para evitar algo injusto,
- otro, para evitar una obligación dura e injusta,
- y, el tercero, por conjeturas sobre la intención del legislador prescindiendo de su poder»; que advierte (63) «hay que hacer tomándolas de las circunstancias y sobre todo de la práctica y de la clase de gobierno y de la costumbre de interpretar semejantes leyes».

Con mayor amplitud, Juan Yáñez Parladorio (64), por su parte, advierte que por razón de esa equidad mucho *ius strictum* ha sido enmendado, «*pro utilitate communi introducatur a lege*» y concluye afirmando que cuando en derecho algo ha sido introducido por utilidad común, debemos entenderlo introducido por equidad.

Suárez (65), preocupado por los abusos que pudieran hacerse alegando la equidad y para evitar todo subjetivismo, señala aún un conjunto de reglas a fin de que su utilización se efectúe con la máxima objetividad y respeto de la autoridad superior (66).

5. Un concepto amplio de equidad que —como el de Parladorio— abarca la corrección del texto de la ley no sólo en que tenga de injusto sino en cuanto convenga a la pública utilidad, lo hallamos al principio del siglo XVIII en el napolitano Giambattista Vico, con referencia a

(60) *Ibid*, 9 y ss., pp. 657 y ss. A su juicio, esta segunda aplicación se contiene en la definición y ratiocinio de Aristóteles y en Santo Tomás, pues en la ley se deben mandar “no sólo cosas rectas, sino también rectamente”.

(61) SUÁREZ, lib. I, cap. IX, n. 5, vol. I, pp. 48 y s.

(62) SUÁREZ, lib. VI, cap. VIII, 11, vol. IV, p. 658.

(63) *Ibid*, 12, pp. 659.

(64) JUAN YÁÑEZ PARLADORIO, “Quotidianarum differentiarum sesquicenturia”, *Diff.* II, n. 6; cfr. *Opera Omnia*, Novae Editio, Colloniae Allegragum, 1761, pp. 204 y ss.

(65) SUÁREZ, op. cit., lib. VI, cap. VIII, pp. 660 y ss.

(66) Advirtamos que SUÁREZ (lib. I, cap. IX, 14, vol. I, p. 52) estima que en materia de justicia distributiva solamente es nula la ley injusta “cuando la desigualdad de la ley es tan grande que redunde en perjuicio común y en grave e injusta carga de los demás de sus miembros”; y que si fuera gravosa para otros en más de lo justo, tan sólo no les obligaría en lo que tuviera de excesivo.



quien ha dicho Elías de Tejada (67) que depende «de la doctrina suareciana acerca de las aplicaciones del derecho natural, expuesta en el *De legibus*, libro II, capítulo XIV, párrafo 12, la noción de derecho [característica de Vico] como *certo histórico* variable sin renuncia ni atenuación del *vero* inalterable de la ley natural» (68).

En nuestra comunicación al *Convegno Internazionale di Studi sull'opera di Giambattista Vico*, celebrado en Bari en diembre de 1975 (69), al referirnos al método jurídico de este genial napolitano, subrayamos sus referencias:

A) Al *certum* del texto de las leyes (70), que deben examinarse filológicamente, e incluso al de las viejas costumbres, que deben depurarse histórica y, en sus referencias, filológicamente (71).

B) Al *verum* de la equidad natural, que aplicada a las leyes «es una cierta luz y esplendor de lo que es iluminado por la razón natural», advirtiendo que los jurisconsultos usan la expresión «*verum est*» por «*aequum est*» (72). Distinguiendo al respecto:

a) El *derecho natural de las gentes* o *equidad natural*, «surgido con las costumbres de las naciones conformes entre ellas en un sentido común humano, sin reflexión alguna, ni tomar ejemplo las unas de las otras» (73).

(67) FRANCISCO ELÍAS DE TEJADA: *Giambattista Vico, filósofo de la historia*, 3, en VERBO 153-154, marzo-abril 1977, pp. 403 y s.

(68) El padre Suárez, en su op. cit., lib. II, cap. XIV, 12, dice: “que el derecho humano, tanto el de gentes como el civil pueden realizar tal cambio en la materia de la ley natural que por razón de ese cambio varíe también la obligación del derecho natural”. Y explica “que esa clase de cambio no se opone a la necesidad e inmutabilidad del derecho natural; por otra parte, es conveniente y muchas veces necesaria en función de los diversos cambios que acontecen en la vida humana. Entendiendo las cosas así, es aplicable a esto el conocido ejemplo de San Agustín de que, así como la medicina da unas recetas para los enfermos y otras para los sanos, unas para los fuertes y otra para los débiles, y no por eso las reglas de la medicina cambian en sí mismas, sino que se multiplican y ahora sirven unas y luego otras, así también el derecho natural, siendo el mismo, en tal ocasión manda una cosa y otra en otra, y ahora obliga y no antes o después —sin cambiar él— por razón del cambio de materia” (cfr. ed. cit., vol. I, p. 158). En igual sentido se había expresado Santo Tomás de Aquino (S. Th. I<sup>a</sup> II<sup>a</sup> q. 96, a. 2, q. 97, a. 1), pero con la evidente diferencia —que circunscribe el arbitrio del legislador y por ende, la fuerza de su voluntad— de que Suárez concreta el concepto de derecho natural a su primer grado y, todo lo más, al segundo, mientras que Santo Tomás de Aquino lo extiende al que podríamos llamar terciario e incluso a las aplicaciones de la epiqueya (cfr. nuestro estudio citado “Perfiles jurídicos...”, § 16, vol. cit., pp. 729 y s. y “La Ley natural en Santo Tomás de Aquino”, 16, en VERBO 135-136, pp. 662 y ss., o en “Santo Tomás de Aquino hoy”, Madrid Speiro 1976, pp. 136 y ss.).

(69) “La jurisprudencia y su relación con la tópica en la concepción de Giambattista Vico”, 27; cfr. en Rev. Estudios Políticos, 206-207, marzo-junio 1976, pp. 126 y ss.

(70) GIAMBATTISTA VICO, “Principi di Scienza Nuova”, lib. I, sec. II, CXI, 321 y sigs.; cfr. en *Oppere*, ed. cuidada por Fausto Nicolini, Milano-Napoli, Ricardo-Ricardi, Ed., 1953, p. 477.

(71) *Ibid*, sec. IV, 352, a 352, pp. 491 y ss.

(72) *Ibid*, sec. II, CXIII, 324, p. 477.

(73) *Ibid*, CV, 311, p. 474.

b) La *equidad civil*, que según una «aurea definición», que Vico atribuye a Ulpiano inexactamente, es «*probabilis quaedam ratio non omnibus hominibus naturaliter cognita* (como la equidad natural), *sed paucis tantum, qui prudentia, usu, doctrina, praediti, didicerut quae ad societatis humanae conservationem sunt necessaria*» (74).

Advierte Vico, que el conocimiento de esa equidad civil requiere en los jurisprudentes: el conocimiento de la filosofía, abarcándola: desde la contemplación del gobierno del mundo por la Providencia divina; un lógico razonar acerca del origen de las cosas divinas y humanas; «un severo análisis del pensamiento humano acerca de lo que para la vida social es necesario y útil, que son las fuentes perennes del derecho natural de las gentes»; una historia de las ideas humanas trazado con «un arte de crítica incluso metafísica», aplicado a los creadores de las naciones en que nacieron los pensamientos humanos; el cotejo, con el criterio del *verum ipsum factum*, de los resultados de la historia de las naciones con la historia ideal y eterna (75) y, especialmente en materia jurídica, el reflejo de la jurisprudencia romana en el progreso, grandeza, estabilidad y decadencia en la historia de Roma (76).

La relación entre el *verum* de la equidad y el *certum* del derecho estricto, según dice Vico, ha sufrido una evolución histórica, que traduce en tres especies de *jurisprudencia* o *sapiencia*.

— Primero, una *teología mística*, «*scienza di divini parlari*», en la cual sacerdotes, poetas, teólogos, interpretaban, en ceremonias religiosas, los misterios de los oráculos, buscando la *razón divina* (77).

— Luego, la *jurisprudencia heroica*, que trataba «*di cautelarsi con certe propie parole*» (78). A ella correspondía el *cavere* y el *iure respondere* de los antiguos jurisconsultos romanos, que procuraban presentar los hechos al pretor circunstanciados de tal modo que predeterminasen la acción formularia para que éste no pudiera negarla. Los romanos intitularon esa labor *civilis aequitas* (79). Por su medio, operaban los pretores, «aún mostrando como una especie de respeto religioso a las leyes escritas, y con una cuasi apariencia de aprovechar cualquier eficacia o un efecto ínsito en ellas que las hicieran ineficaces, recurriendo a alguna *fictio iuris*, modelada sobre lo discurrido por la libre jurisprudencia»; y así «los pretores, además de custodios del *ius civile*, se convirtieron en administradores de la equidad, en el sentido de que en las causas en las cuales les era trazada una dirección por las precisas pala-

(74) *Ibid*, CX, 320, pp. 476 y sig. Notemos que la expresión equidad civil se halla ya en Salustio., en su "Catilinario", cuando define "*Ius est civilis aequitas vel scriptis legibus sancita vel institutis aut moribus recepta*", como recordó Francisco Suárez (op. cit., lib. I, cap. II, 6, p. 12).

(75) Vico, *Scienza Nuova*, lib. I, sec., IV, 342, pp. 486 y ss.

(76) Vico, "Il metodo degli studi del tempo nostro", XI, vol. cit., pp. 228 *in fine* y s., y *Scienza Nuova*, lib. IV, sec. IX, cap. III, IV, 950 y ss., pp. 780 y ss., y Apéndice 3. cap. IV, 1444, pp. 892 y s.

(77) Vico, "*Scienza Nuova*", "Idea dell'opera", 37, pp. 391 y ss. y lib. IV, sec. VII, cap. I, 938, p. 775 y sec. IX, 948, p. 779.

(78) *Ibid*, "Idea dell'opera", 38, pp. 392 y ss.

(79) *Ibid*, lib. IV, sec. VII, cap. I, 939, p. 776 y sec. IX, cap. I, 949, p. 779 y cap. II, 950, p. 780.



bras de la ley, concedían *actiones directae*; o en su lugar, en las otras, en las cuales el texto de la ley era dudoso o resultaba mudo, concedieron *actiones utiles*» (80).

— Por fin, la jurisprudencia de la *equidad natural*, caracterizada por procurar el *aequum et bonum*, como la última jurisprudencia romana (81) que en tiempo de Adriano dio el paso decisivo del derecho estricto a la equidad con la publicación, del *Edicto perpetuo*, en virtud del cual los jurisconsultos no necesitaron ya adecuarse a la ley de las XII Tablas y los emperadores romanos, «convertidos en secuaces de la equidad, se dedicaron, con sus rescriptos, a construir un derecho nuevo y a resolver los casos dudosos». Así «la jurisprudencia de ciencia de lo justo [del *ius strictum*] se convierte en arte o preceptiva de la equidad». De ese modo, si la jurisprudencia «primero fue universal y rígida, hoy —decía en su tiempo—, en cambio, es particular y flexible ya que si las ciencias son austeras y completamente inderogables, es característica de la estilística la de ser acomodatoria y complaciente» (82).

La equidad, a partir de la última jurisprudencia romana, «atiende a la verdad de los hechos y adapta a ellos benignamente la razón de las leyes» (83).

«*L'equità naturale della ragion umana tutta spiegata è una pratica della sapienza nelle faccende dell'utilità piuchè «sapienza», nell'ampiezza sua, altro non è che scienza di far uso delle cose qual esse hanno in natura*» (84).

Sintetiza Dino Pasini (85) que, según Vico, «el *certum*, es decir la positividad de los ordenamientos jurídicos, haciendo suyo el *verum*, el contenido ideal, se transfigura y al mismo tiempo, realiza progresivamente, en el mundo civil, el *verum*. Así el *verum* jurídico se traduce en la objetividad del orden jurídico cierto, en la objetividad jurídica positiva».

Siguiendo esta línea de razonamiento, destaca Badillo (86), que «esta conexión entre *verum* y *certum* a nivel jurídico nos muestra la conexión existente entre el orden racional superior y el orden voluntario inferior, entre los cuales ha de existir necesariamente una acomodación del *certum* al *verum*, o lo que es lo mismo, del ordenamiento jurídico establecido por la voluntad de las autoridades de cada sociedad al ordenamiento establecido por la razón divina».

Entre las consecuencias de haberse alcanzado esta tercera fase de la jurisprudencia, señala Vico (87) las siguientes:

(80) *Ibid*, “Il metodo degli studi...”, XI, pp. 212 y ss.

(81) *Ibid*, “Scienza Nuova”, “Idea dell’opera”, 39, p. 393.

(82) “Il método degli...”, XI, pp. 217 y ss.

(83) “*Scienza Nuova*”, lib. IV, sec. VII, cap. I, 940, p. 776.

(84) *Ibid*. lib. II, sec. II, CXIV, 326 y 327, p. 478.

(85) DINO PASINI, “Diritto, società e Stato in Vico”, Parte prima, cap. I, 4, “Il pensiero giuridico del Vico”, Ed. Jovene, Napoli 1970, p. 55.

(86) PABLO J. BADILLO O’FARRELL, “Suárez y Vico”, Comunicación al cit. *Convegno* de Bari; cfr. en VERBO, 153-154, enero-febrero 1977. p. 243.

(87) VICO, “Il Metodo degli studi...”, XI, pp. 220 y ss.

— Antes, conforme les exigía su profesión, los jurisconsultos «eran sostenedores de la letra de la ley; hoy defienden su espíritu».

— «Siendo así que las leyes consideran casos determinados, mientras que los casos son infinitos, y puesto que el derecho estricto no considera sino la ley, en tanto que de la consideración de los hechos se preocupa la equidad, ha ocurrido que los tratados del derecho, antes escasos, hoy son más numerosos».

En nuestro estudio, antes citado, en torno de la jurisprudencia según Vico (88), observamos que «al hablar Vico de las tres especies: de razón, de derecho natural y de jurisprudencia, no las coloca en inexorable orden sucesivo de caducidad, de modo que la primera tuviera que ser cancelada por la segunda y ésta por la tercera. No sólo por la permanencia de la Providencia divina sino por la coexistencia de la equidad civil y la equidad natural, que no sólo observó Vico con referencia al derecho romano posterior al Edicto perpetuo, sino también en el derecho coetáneo a su época».

Y, asimismo, destacamos que su concepto de equidad parece bastante próximo al concepto que, en la historia del derecho catalán, manifestaban las expresiones latas de *equitat y bona rahó: equitatem et bonam rationem*, consignadas en la constitución *Item senyor quels Conceller, y Vicecancellor vostres* de Martín el Humano en las Cortes de Barcelona de 1409, que desarrolló la expresión *sensum naturalem* o *seny natural* empleada por Jaime el Conqueridor en su constitución dada en Barcelona en 1251, y que el jurista gerundense Tomás Mieres explicó como *quod naturalis ratio suadet y convenientia rerum*. Y, precisamente, como es aquí Mieres el protagonista de nuestro estudio, ya es momento de que en él penetremos.

## II

### EQUIDAD Y BUENA RAZON, SEGUN MIERES

6. Tomás Mieres, gerundense de la primera mitad del siglo xv. tal vez el más completo de los juristas catalanes, a lo largo de su *Apparatus super Constitutionibus Curiarum Generalium Cathaloniae* (89), en diversos lugares y comentando varias *constitutiones*, trató ampliamente de la equidad y de sus diversas aplicaciones en la práctica del derecho que era lo que a él le preocupaba específicamente.

Para Mieres «*Aequitas semper una et eadem permanet*» (90).

---

(88) “La jurisprudencia y su relación con la tónica...”, 8, loc. cit., pp. 92 y s.

(89) Cfr. nuestro estudio “Las fuentes del derecho según el *Apparatus super Constitutionibus Curiarum Generalium Cathaloniae*, de Tomás Mieres”, en Libro-Homenaje a Ramón María Roca Sastre, vol. I, Madrid, Junta de Decanos de los Colegios Notariales de España, 1976, pp. 311 y ss.

(90) MIERES, *Apparatus...*, II, *pars.*, coll. VIII, cap. II, 23, sumario y texto; cfr. 2.<sup>a</sup> ed. Barcelona, Sebastián Comellas, Impr., 1621, p. 159 y p. 162.



No obstante observa, que se presenta pluriforme, en cuanto dice de ella:

a) «*est aequitas quod naturalis ratio suadet*» (91): lo que la razón natural persuade. Ya Baldo (92) había anticipado «*Aequitas vero est, rectitudo iudicii naturalem sequens rationem*».

Pero según Mieres, la razón de la equidad no puede prescindir de la tradición del derecho positivo y de extender su perspectiva a la relación entera, vista incluso extrínsecamente, no circunscribiéndola sólo unilateralmente: «*Aequitas debet attendi non pura naturalis, sed mixta ex traditionibus iuris positivi, et non restringenda ad solas personas intes quas agitur*» (93), invocando en apoyo la ley *bona fides, ff. depositi* (94), donde Trifonino responde a las preguntas de si la suma equidad: la estimamos según el mero derecho de gentes o también con arreglo a los preceptos civiles y pretorios; y si apreciamos la buena fé solamente en aquellos entre quienes se contrató, sin atender a ninguna cosa extrínseca, o también con respecto a las demás personas a quienes incumbe lo que se estima.

b) «*Aequitas est convenientia rerum...*» (95), lo conveniente o adecuado a la cosa. Expresión ésta, *rerum convenientia*, que hallamos empleada antes por Placentino (96) y Azón (97).

c) «*... aequitas idest aequalitas, ius suum cuique tribuens*» (98), «*quae cuncta coequiparat, et in paribus causis paria iura vel iudicia desiderat*» (99); es decir, dar igualmente a cada cual su derecho y equiparar en iguales casos igual derecho y juicio.

d) «*... aequitas est benignitas animi impellens ad aliquid ad iuste agendum*» (100), la benigna inclinación del ánimo que impulsa para actuar justamente. Significación para la que invoca el texto de Modestino *Nulla ff., De legibus* (101).

(91) *App.*, cap. cit., 33, p. 162.

(92) BALDO DEGLI UBALDI, "Super Prima pars. ff. veteris lectura". 1498, tit. "Iustia et Iuris", lex "Omnes Populi", 19, fol. 10 vto.

(93) *App.* cap., cit., 30, p. 162 y 70, p. 164.

(94) *Dig.* XVI-III, 31, pr. y § 1.

(95) *App.* cap. cit., 39, p. 162.

(96) PLACENTINO DE MONTPELLIER, "De varietate actionum". Tít. I; "*Aequitas est rerum convenientia, quae paribus in causis paria iura desiderat, et omnia bene coequiparata dicitur quoque aequitas quasi aequalitas*" (cfr. *Corpus Glossatorum Iuris Civilis*, vol. I, reimpresión Iurim et officium Eramiana 1973). La definición de Placentino casi literalmente repetida por Mieres, loc. ult., cit., hasta la palabra "coequiparata", siendo el del inciso siguiente el significado que inmediatamente veremos recogido por el mismo Mieres.

(97) AZÓN, "Suma super Codicem. Instituta extraordinaria", "Ad summam Institutionem", lib. I (cfr. "Corpus Gloss., cit., vol. II, p. 348), donde sigue casi literalmente a Placentino.

(98) *App.* II, coll. X, cap. XXVII, 5, p. 454.

(99) *App.* II, coll. VIII, cap. II, 39, p. 162.

(100) *App.*, cap. últ., cit., 34, p. 162.

(101) *Dig.* I-III, 25: "Ninguna razón de derecho, ni la benignidad de la equidad, permite que las cosas que se introducen saludablemente por la utilidad de los hombres, las llevemos a la severidad con una interpretación más dura contra el bienestar de los mismos".

e) «... *est aequitas iustitia dulcore misericordiae temperata*» (102): la justicia templada con la dulzura de la misericordia, o «*flexio rigoris ad humaniorem partem*» (103). Es una perspectiva que ya hallamos en la *Retórica* de Aristóteles (104) y en el *Libro de los Salmos* del Antiguo Testamento (105). La expresión misma *iustitia dulcore misericordia temperata* se halla ya en San Cipriano (106) y es repetida por los canonistas Juan Andrés, Nicolás Tudesqui (el Abad Panormitano) y Guillermo Durante (el *Speculator*) (107).

7. De las funciones de la equidad, Mieres se ocupa detenidamente, advirtiendo que tanto el juez como el legislador deben buscarla y seguirla: «*Et notat quod iudex debet iudicare aequitate inspecta; cum enim ex sententia ius fieri debeat, sicut ipse legislator aequitatem sequitur, ita iudicem sequi oportet: licet quandoque non ita sequatur, oculo iudicis caligante*» (108).

A) Si el *legislador* no sigue la equidad la ley será inicua, pues la ley —dice Mieres (109), siguiendo a Santo Tomás— si bien «*non est ipsum ius*», es «*alicualis ratio iuris*», y no puede ser ley si le falta esa cualidad de contener *ratio iuris*: «*quod lex iusta est rationabilis; alias non esset lex*» (110): «*ne videatur lex iniqua: quia daret occasionem delinquendi, et non haberet rationem*» (111), pues «*si Imperator faceret legem omnine iniustam et nutriantem peccatum, non valet*» (112) y «*si facta foret, non valeret; nec esset lex, quia oportet, quod lex sit iusta et rationabilis*» (113).

Y estimó que igualmente ocurre con la costumbre cuando es «*irrationabilis*», es decir, si «*rationis caret*» o resulta «*contra publicam utilitatem*» (114).

B) El *juez*, por su parte, debe indagar la equidad con diversas funciones:

a) Con la *supletoria* de juzgar lo no regulado en el propio derecho positivo (115). Recordemos que Jaime el Conquistador en Constitución dada en Barcelona en 1251 señaló como supletorio el *sensum naturalem* o *seny natural*, y que Martín el Humano, en las de Barcelona de 1409, expresó que el derecho supletorio debía nutrirse de «*dret comú, equitat y bona rahó*». Mieres explicó que en consecuencia:

(102) *App. cap. últ. cit.*, 36, p. 162.

(103) *App. II, coll. X, cap. XXVII, 3*, p. 454.

(104) ARISTÓTELES, «*Retórica*», lib. I, cap. XIII, p. 112.

(105) Salmos 39, Vers. 11 y 12.

(106) Según PARLADORIO, *op. cit.*, *Diff. II, 3*, p. 204.

(107) Según FRANCISCO SUÁREZ, S. I., *op. cit.*, lib. IV, cap. VI, vol. cit., pág. 653, col. 2, D.

(108) *App. II, coll. VIII, cap. II, 26*, p. 162.

(109) *App. I, coll. VI, Petrus III in curia Perpiniani*, pr., 4, p. 291, y II, *coll. II, coll. IX, cap. IX, 20* p. 217.

(110) *App. II, coll. X, cap. XXXV, 7*, p. 491.

(111) *App. II, coll. X, cap. III, 73*, p. 516.

(112) *App. II, coll. VII, cap. I, 25*, p. 133.

(113) *App. II, coll. XI, cap. III, 47*, p. 513.

(114) *App. II, coll. VI, cap. XIII, 61*, p. 78; *coll. VIII, cap. VIII, 22*, p. 152; *coll. X, cap. XXIII, 15*, p. 440 y *cap. XXXV, 8*, p. 391.

(115) *App. II, coll. VII, cap. I, 36*, p. 134, *coll. X, cap. XXIV, 10*, p. 46.



— «*Hoc de iure faciendum est ut deficiente iure scripto procedatur secundum aequitatem*» (116).

— «*Et deficiente lege, naturalis aequitas potest allegari*» (117), repitiendo que, sin embargo, «*aequitas attendi, non pura naturalis, sed mixta ex traditionibus iuris positivi*» (118).

b) Con la de *analogía*, función en que juzgando la *convenientia rerum*, «*cuncta coaequiparat, et in paribus causis paria iura vel iudicia desiderat*» (119).

c) Con la de dar un trato igual y respetar a cada cual lo suyo. Opinando, que «*Ius autem est aequitas, idest, aequalitas, ius suum quique tribuens*» (120).

d) Con la de interpretar las leyes: «*quod aequitas est fundamentum interpretandi leges, et iura, et pacta*» (121). Es decir es el fundamento de la interpretación de las leyes, apoyándose en la ley *Si socius pro filia*, ff. *Pro socio* (122).

En esa labor interpretativa reconoce diversas actuaciones a la equidad:

α) Actuando conforme la razón de la ley que juzga en equidad —según veremos—, siempre que aquélla contenga *bonam rationem*, cualidad que se presume en toda ley (123).

β) Apartándose de la razón de la ley: «*Aequitas est separata a ratione legis*» (124): es decir, cuando para un caso determinado falla la *ratio legis* y debe entrar en juego la equidad con su razón más alta específicamente enfocada para el caso particular de que se trate.

γ) Dando aplicación benigna y no rigurosa, conforme a la citada ley *Nulla* (125). Ya que, mientras «*rigor est generalis ordinatio in differentibus ratione*» (126), «*est stricti iuris severitas*» (127) e incluso «*non est ius, immo iuris excessus austeritate*» (128), o al menos «*ius rigidum*» (129), en cambio, «*aequitas est flexio rigoris ad humaniorem partem*» (130).

Sin embargo distinguió (131):

— El rigor prevalecía sobre la equidad, cuando «*rigor est scriptus in iure, sed aequitas non reperitur*».

— Si ambos se hallaran escritos, debía atenderse a cuál era requeri-

(116) *App. II, coll. VIII, cap. II, 31, p. 162.*

(117) *App. II, coll. VIII, cap. II, 69, p. 163.*

(118) *Ibid, 70, p. 164.*

(119) *Ibid, 39, p. 162*, textos parecidos se hallan en Placentino y Azón (Cfr. *supra*, notas 96 y 97).

(120) *App. II, coll. X, cap. XXVII, 5, p. 454.*

(121) *App. II, coll. VIII, cap. II, 22, p. 162.*

(122) *Dig. XVII-II, 81.*

(123) *App. II, coll. VIII, cap. II, 30, p. 162.*

(124) *Ibid, 46, p. 163 in fine.*

(125) Cfr. *supra*, nota 101.

(126) *App. II, coll. X, cap. XXVII, 1, p. 454.*

(127) *Ibid, 2.*

(128) *Ibid, 4*, según había afirmado Guido de Baysio.

(129) *Ibid, 5.*

(130) *Ibid, 3.*

(131) *Ibid, 8, pp. 454 y s.*

do genéricamente y cuál específicamente, para preferir éste, y siendo ambos igualmente referidos, «*praefertum quod est ultimum in compositione*»; o, de no constar cuál lo fuese, «*tunc praefertum aequitas*»

— Si nada se precisó, «*tunc praefertur aequitas, quia sufficit ratio naturalis*».

— Y si sólo la equidad se halla escrita específicamente, «*illa servatur*».

8. El concepto tomista de la ley humana, como «*quaedam rationis ordinatio ad bonum commune, ab eo qui curam communitatis habet promulgata*» (132), ha sido profundizada por la propia escolástica que, a veces, acentuó su aspecto intelectual y, en otras, el volitivo.

Unas de las posiciones más intelectualistas fue la del carmelita rosellonés Guidus Perpinianus, o Guiu de Terré o Guido Terrena, conocido por el Doctor Brevioloquus, obispo de Mallorca y luego de Elna, en junto desde 1321 a 1342. En su *Commentarium super Decretum* (de Graciano) separó, como Santo Tomás, la ley natural y la positiva; pero, con un intelectualismo más radical, se apartó del Aquinatense en estimar que la ley positiva siempre pende de la natural, sin recoger la distinción entre conclusiones —apoyadas racionalmente en el derecho natural— y determinaciones —basadas en la voluntad—, pues afirmó que «todas las leyes reciben su rigor del derecho natural, en el cual se resuelven en su principio y causa, del que son conclusiones ulteriores de la razón práctica». Así, como explica el gran especialista en Guiu Terré, Padre Bartomeu F. M. Xiberta O. C. (133): «El derecho positivo es derecho en tanto que radica en el natural, no sólo indirectamente, en cuanto es obligación la obediencia al gobernante, sino también directamente. La voluntad de los hombres no crea obligaciones. La función del legislador es captar y señalar aquello que en cada circunstancia la naturaleza postula para bien de la comunidad».

En cambio, hemos visto antes, que más tarde, a principios del siglo xvii, el P. Francisco Suárez S. I. acentuó el valor y la eficacia de la voluntad del legislador, con respecto al criterio del Aquinatense, tal como recientemente ha resaltado Elías de Tejada (134).

En efecto, al tratar de cuando cabe exepuar la aplicación de una ley, Suárez (135) afirma que «la voluntad del legislador puede ser más universal que su razón, más aún, la razón a veces cesa por completo con relación a nosotros porque no la conocemos y la ley mantiene su fuerza» y, conforme a la ley, 1 Cod. *De Legibus* (136), «únicamente al prín-

(132) SANTO TOMÁS, *Sum. Th.*, I<sup>a</sup> II<sup>a</sup>, q. 90, a. 4, resp. ed. cit., vol. VI, página 42.

(133) BARTOMEU F. M. XIBERTA O. C. M., "Guiu Terrena, carmelita de Perpinyà", en *Estudis Universitaris Catalans*, Serie Monográfica, II, Barcelona 1932, cap. V, § 5, pp. 218 y ss.

(134) ELÍAS DE TEJADA, "Giambattista Vico...", 3, en *VERBO*, 153-154, p. 404.

(135) F. SUÁREZ S. I., op. cit., lib. VI, cap. VI, 3, pp. 652 y ss.

(136) Cod. XIV-I, 1: "Solamente a nosotros nos corresponde y es lícito examinar la interpretación interpuesta entre la equidad y el derecho" (Constantino Augusto a Basso, Prefecto de la Ciudad).



cipe le toca declarar si en algún caso, por equidad, no se ha de observar la ley»; e, invocando la glosa de Placentino a la ley *Prospexit*, ff. *Qui et a quibus* (137), opinó que «no es lícito obrar en contra de lo escrito en la ley atendiendo a la mente del legislador, a no ser que esta mente conste por escrito en otra ley». Criterio del que Suárez excluyó —y «no por supresión impuesta desde fuera, sino sólo por el cambio de materia o naturaleza»— el supuesto de que «por la naturaleza de la cosa, en la ley humana se sobreentiende esa condición o exepción, aunque no se explique detalladamente; pues, de no ser así, la ley no sería justa y razonable» (138). Conforme este criterio, según el propio Suárez —como antes vimos (139)—, la epiqueya sólo corrige lo injusto, lo excesivamente duro o cuando resulta, «por conjeturas» de su intención, que «la voluntad del legislador es otra de la que ostenta las palabras». Notamos, pues, una preocupación en el Doctor Eximio por salvar la voluntad del legislador, aún aplicando la epiqueya, entendiendo que a ésta aquélla le podía reducir su alcance cuando no se dieran los supuestos por él indicados.

Tomás Mieres —situado cronológicamente algo más de un siglo después del rosellonés Guiu Terré y más de siglo y medio antes de Francisco Suárez— resulta mucho más próximo a la línea intelectualista de aquél, a quien sin embargo no le hemos visto citado en el *Apparatus* del gerundense.

Elías de Tejada (140) ha destacado muy exactamente que Mieres centra la norma legal en su *ratio legis* y no en la voluntad de quien la dicta; que «acude a la filosofía escolástica para reelaborar la teoría de la ley» con «un racionalismo contrapuesto a los voluntarismos arbitrarios de los bandos en litigio, pero que nada tiene que ver con los racionalismos de la línea protestante de la moderna filosofía del derecho»: «la labor del gerundense concéntrase en subrayar la tendencia intelectualista de la concepción tomista de la ley, traerla al terreno del derecho positivo y sacar al final conclusiones de la más pura ortodoxia religiosa, pero también de la más tajante enemiga a cualquier concepto voluntarista, irracional o arbitrario de la norma; el porque sí como causa de la norma jurídica, el *iustum quia mandatum*, es el enemigo que Mieres combate en nombre de la razón frenada, tomista, escolástica, y no por eso menos libre y atrevida».

Naturalmente Mieres no olvida el elemento volitivo de las leyes de su tierra —que fueron fruto del pacto entre el rey y los tres brazos de las Cortes (141)— a partir de la constitución de Pedro el Grande

(137) Dig. XL-IX, 12.

(138) SUÁREZ, cap. últ., cit., 4, p. 653.

(139) Cfr. *supra*, 4 *in fine*.

(140) FRANCISCO ELÍAS DE TEJADA, "Historia del Pensamiento Político Catalán", vol. I. "La Cataluña Clásica" (987-1479), Sevilla, Ed. Montejurra 1963, cap. XIV, pp. 313 y 318 *in fine* y ss.

(141) Acerca del *pactisme*, cfr. nuestro cit. estudio "Las fuentes del derecho en el *Apparatus...*", 28 a 30, vol. cit., pp. 357 y ss., y la bibliografía allí citada.

en las Cortes de Barcelona de 1285, conforme el criterio de la cual advierte que:

— «*in Cathaloniae, Princeps non potest facere legem generalem sine curiis*», o, más precisamente «*sine curiis trium branchiorum*» (142).

— «*quod Dominus Rex potest pragmaticas solus facere, dummodo non sint contra constitutiones generales Cathaloniae*» (143).

Y tampoco puede ignorar ni ignora Mieres, tratándose de la interpretación de las leyes generales, emanadas con la conformidad tanto del rey como de los tres brazos de las Cortes, que de acuerdo con lo dispuesto en la Constitución *Item quod si in aliquo capitulo, vel statuto*, de Jaime II en las segundas cortes celebradas durante su reinado en Barcelona, las dudas originadas en la interpretación de las Constituciones generales debían ser aclaradas por el rey ya sea con las mismas cortes generales, o bien, no estando reunidas éstas, con cuatro prelados, cuatro ricos hombres, cuatro militares y cuatro ciudadanos acompañados de jurisperitos (144); y, en consecuencia, no pudo dejar de aceptar que las constituciones paccionadas y juradas, ordenadas en Cortes generales, «deben entenderse estrictamente y no extenderse por sobreentendidos y glosulas, ni interpretarlas de otro modo» (145).

Pero, advierte:

— «*non enim prohibetur glossari ad elucidationem recti sensis secundum vitia, quae debent quatenus fieret, valeat concordari*» (146).

— «*correctionem facere non potest, nisi legislatoris: prorrogare vero, vel extendere poteſt etiam doctor, ubi est eadem ratio, et omninoda similitudo: si tamen coaptatus verbis et menti*» (147).

— según su criterio, interpretar literalmente significaba entender las palabras «*ad bonum et rectum sensum, secundam, veram mentem reiectis absurditatibus*» (148); «*propter absurditatem vitandam, de aequitate et bona ratione*», y «*plane et sano sensu rationabiliter intellecta*» (149).

— de producirse ambigüedad dados los diversos sentidos de la palabra: siendo todos honestos, estimaba posible aplicarla en todos los que convinieran a las palabras de la ley, a no ser que otra cosa resultara de la costumbre: de no convenir todos, debía aceptarse el más propio a las palabras y el más benigno para el derecho; y, siempre, elegirse un sentido honesto aunque de las palabras no fuera posible obtenerlo; pero

(142) *App. I, coll. VII, cap. I, 31 y 32, p. 134.*

(143) *App. I, coll. IV, de Jaime II en las Cortes de Gerona de 1321, cap. X, 2, p. 230.*

(144) MIERES se refiere a este modo de interpretar en *App. I, coli. II, cap. III, 11, p. 18; coll. IV de Jaime II, in curia Barcino II, cap. XXXXIII, 1, p. 158; in curia Gerundensis, cap. IX, 11 y 12, p. 230; coll., VI, de Pedro el Ceremonioso in curia Perpiniani, pr. 7, p. 291.*

(145) *App. I, coll. VI de Jaime II in curia Ilerdensis, cap. XVII, 20, p. 179.*

(146) *App. I, coll. III, cap. XVI, 3 y 5, pp. 83 y ss.*

(147) *App. I, coll. VI de Pedro el Ceremonioso in Curia Perpiniani, pr. 6, página 291.*

(148) *App. II, coll. X, cap. IV, 10, p. 365.*

(149) *Ibid, cap. VI, 2 y 3, pp. 370 y ss.*



si la ambigüedad resultase del espíritu de la ley debía atenderse a las palabras cuando éstas fueren claras (150).

— incluso era posible la interpretación limitativa para evitar un «*pravum intellectum*» (151), es decir un sentido maligno, desordenado, desarreglado, corrompido, y siempre con el fin de «*ne videatur lex iniqua qui daret occasionem delinquendi, et non haberet rationem*» (152).

De lo cual podemos deducir que, a su juicio, la equidad o epiqueya era siempre de posible aplicación en estos casos: a) para evitar una iniquidad; o, b) para dar a las palabras un sentido honesto y acorde con la ley, a pesar del específico carácter de las leyes paccionadas —con las cuales es de advertir que, en Cataluña, ni el rey ni las cortes nunca pretendieron constituir un cuerpo que regulara todo el derecho, sino que habitualmente de lo que se trató con ellas fue de abrogar o corregir abusos, corruptelas y malos usos (153)—. En el primero de estos dos casos, la equidad se halla fuera de la mente de las leyes inicuas; en el segundo, se identifica con su *ratio* para guiar el significado de sus palabras hacia lo bueno y lo justo, pues «*Rex etiam cum tota curia non potuit, neque posset facere legem iniquam*» y no valdrían si las hicieren «*quae oportet quod lex sit iuxta et rationabilis*» (154).

9. ¿Qué relación tiene la equidad con la *ratio* y la *mens* de la ley?

Tal vez resulte oportuno que recordemos aquí un párrafo de Placentino de Montpellier (155): «*Lex est generalis sanctio, cuncta iubens honesta prohibens contraria. Ergo ius legis est significatum, lex oratio quae legitur, iuris est significatura, sicque ius et lex ita se habent ut argumentum et argumentatio. Rationis nomen latius quam ista patet, nam et argumentum est ratio licet non sit ius, dicitur quoque ratio quae sit aequitas*».

Digamos también que, según dijo Mieres, siguiendo a Papias, «*ratio est mentis motus in iis quae discutuntur discernere vel convincere valens. Sed ratiatio est rationabilis, subtilisque disputatio a certis ad incertorum indagacionem imnitens cogitatio*» (156).

Por eso, después de advertir que «*sicut homo constat ex anima et corpore; ita lex verbis et ratione*» (157), repite varias veces «*sensum non verba spectari*» (158), «*ratio idem est quod lex*» (159), «*mens legis est ipsa lex*» (160), «*quia mens et ratio legis est ipsa lex*» (161), «*qui facit contra mentem constitutionis dicitur facere contra ipsam*

(150) Loc. últ. cit.

(151) *Ibid* y *App.* II, coll. X, cap. XXVIII, 8, p. 454.

(152) *App.* II, coll. X, cap. III, 73, p. 516.

(153) Cfr. nuestro estudio, "Las fuentes del derecho en el...", 70. vol. cit., p. 439.

(154) *App.* II, coll. XI cap. III, 46, p. 513.

(155) PLACENTINO, op. y loc., cit., supra, nota 96.

(156) *App.* I, coll. II, *Sacramentum Vicariorum*, cap. I, 35, p. 14.

(157) *App.* II, coll. X, cap. IX, 7, p. 386.

(158) *App.* II, coll. VII, cap. I, 28, p. 133.

(159) *App.* II, coll. VIII, cap. II, 31, p. 162.

(160) *App.* II, coll. IX, cap. VIII, 32, p. 208.

(161) *Ibid.*, cap. IX, 47, p. 218 y cap. XVIII, 2, 9, 249.

*constitutionem*» (162). Por ello, débese «*mentem legis et constitutionem attendi*» (163).

De esto deduce (164) que al interpretar las leyes «*potius attenditur mens et ratio legis: quia scire leges hoc est, non verba earum tenere, sed vim ac potestatem*», como dice el Digesto I-III, 17.

Pero, «*quando intellectus legis repugnat rationi naturali, repellendus est*» y «*ubi ratio vincit legem possumus facere contra legem, rationi adherendo*» (165); y, también, «*cessante causa legis, cessat lex*» (166) y, en igual sentido, «*ubi deficit interesse, ubi lex deficit*» (167).

Esto último parece contrastar con la ulterior opinión de Suárez (168) de que «la voluntad del legislador puede ser más universal que su razón, que a veces cesa por completo con relación a nosotros porque no la conocemos y, sin embargo, la ley mantiene su fuerza». Para Mieres no es así; pero, en cambio siguiendo a Baldo, admite que, aunque su *ratio* no se alcance, en principio vale la ley «*pro ratione praesumpta*», e, igualmente, que «*lex in dubbio praesumitur iusta*» (169).

También, a su juicio, la prevalencia de la *ratio* da lugar a la *prioridad de lo justo concreto respecto de la ley* cuando varíen las circunstancias determinantes de la *ratio* de ésta y consiguientemente (170).

— «es lícito transgredir las leyes en casos emergentes».

— «donde resulta necesario o de evidente utilidad, se debe apartarse de aquello que antes fue considerado justo, y constituirlo nuevo».

De otra parte, como «las leyes son adaptadas a lo que comúnmente ocurre y no a lo raro»: entiende que éstas «para tales casos no previeron» (171) e «igualmente las cortes y las constituciones nunca pensaron ni debieron pensar en ello» (172); por eso, cuando ocurre algo raro, no se aplican a eso raro contingente (173). Criterio que coincide con el expuesto por Santo Tomás de Aquino (174) para los supuestos que se apartan de lo corrientemente acontecido.

Así, Mieres estima evidente «*quod officium eiusdem rationis existens est corrigere legem contrariam*» (175).

En resumen: la razón, motor de la mente de la ley, básica para la interpretación de ésta no se confunde sino que sobrepasa la intención del legislador, aunque ciertamente la integre en cuanto ésta sea

(162) *Ibid*, cap. XVIII, 47, p. 459.

(163) *App. II, coll. X*, cap. XXVIII, 48, p. 459.

(164) *App. II, coll. IX*, cap. X, 45 y ss. pp. 218 y ss.

(165) *App. II, coll. VII*, cap. I, 25 y 26, p. 133.

(166) *App. II, coll. X*, cap. VIII, 3 p. 374.

(167) *App. II, coll. VI*, cap. IX, 3, p. 55.

(168) SUÁREZ, op. cit., lib. VI, cap. VI, 3, vol. IV p. 653.

(169) *App. II, coll. VII*, cap. I, 33 y ss. p. 134.

(170) *App. II, coll. VI*, cap. I, 10 y 11, p. 9.

(171) *App. II, coll. IX*, cap. VIII, 58, p. 210.

(172) *App. II, coll. X*, cap. XIV, 62 y 63, pp. 412 y ss.

(173) *App. I, coll. X*, cap. XVII, 9, p. 423.

(174) SANTO TOMÁS S. Th. I<sup>a</sup> II<sup>a</sup>, q 91, a. 3, q. 96, a. 1, ad. 3, y a. 6. ad. 3, y II<sup>a</sup> II<sup>ae</sup>, q. 96, a. 6, ad. 2.

(175) *App. II, coll. VII*, cap. II, 60, donde invoca la ley final del tít. "De indicta viudetate...". del *Codex VI-XL*. 3.



lícita y razonablemente adecuada a la realidad contemplada, según las contingencias que ésta presente.

La *ratio* y el *ius*, el derecho y su razón, son inseparables: «*ius in tantum extendi quantum ratio*» (176).

Mieres expresa (177) que «*ratio est quiddam motus animi, visum mentis acuens, veraque a falsis distinguens*»; y que de muchos modos es tomada: *pro ratione legis, pro ratione naturalis, pro ratione iuris gentium, pro ratione positiva*, o como *ratio sensus corporis*.

Esa adecuación de la razón a las contingencias, que la realidad plantea nada tiene que ver con el «racionalismo», cartesiano ni post-cartesiano, flotante en una *res cogitans*, inmanente y autónoma, y está en los antípodas del voluntarismo de los nominalistas medievales, que nuestro autor deja de lado, y de los postkantianos, fichtianos, marxianos o gentilianos, que dominan en el actual *praxismo*. Simplemente equivale a la clásica aplicación de la epiqueya o equidad, que hemos observado repetidamente, cuando por una razón de derecho natural primario, de derecho de gentes, o de pública utilidad o bien común civil, se juzga sobrepasada la razón de la norma positiva: «*quod dubium facti, decidi debet secundum aequitatem naturalem*» (178).

La *ratio iuris* puede, consecuentemente, dar lugar a uno cualquiera de estos tres efectos: declarar, limitar o ampliar (179): «*plus prorrogatur ius quam iuris ratio*» (180), y la razón debe ser «*concludens, necessaria aut probabiliter*». «*Et probabiliter dicitur, quod ob omnibus videtur, vel pluribus vel salten sapientibus*» (181).

Respecto de la interpretación extensiva y de la restrictiva, vemos cómo, en concreto, en diversos pasajes precisa:

— «*quod lex utilis Reipublicae est extendenda, et non minuenda, et ita constitutio propter publicam utilitatem recipiat interpretationem extensivam*» (182); y «*lex quae est Reipublicae utilis, debet extendi, et non minui; et recipit interpretationem extensivam*» (183);

— «*quod in odiosis non sit extensio*», pero limitadamente «*quod est verum quando est odium irrationabilis*» (184);

— «*a pari enim ratione iniquitatis non sit extensio, sed a pari rationis aequitatis sic*» (185).

— «*sed in poenis est benignior interpretatio facienda*» (186).

10. Hemos visto ya, con Mieres, como la equidad, «*quod naturalis ratio suadet*» y «*convenientia rerum*» (187), puede determinar

(176) *App. I, coll. II, Sacramentum Vicariorum*, cap. I, 34, p. 14.

(177) *App. II, coll. VII, cap. II, 47, p. 163.*

(178) *Ibid*, 55.

(179) *Ibid*, 50.

(180) *App. I, coll. II, Sacramentum Vicariorum*, cap. I, 34, p. 14.

(181) *App. II, coll. VIII, cap. II, 48 y 49, p. 163.*

(182) *App. II, coll. IX, cap. XII, 70, p. 231.*

(183) *App. coll. IX, cap. XXXVII, 39, p. 354.*

(184) *App. II, coll. IX, cap. XXIX, 26, p. 300.*

(185) *App. II, coll. X, cap. IV, 13, p. 365.*

(186) *App. I, coll. IV, Iacobus II in curiae Barcino II*, cap. XXXIII, 10, página 158.

(187) Expresiones que vienen a recoger lo justo natural dimanante de la

un juicio de *iniquidad* o *irracionalidad* de la ley y, por consiguiente, debe dar lugar a su invalidez (188); y como, también, sirve asimismo para dirigir su interpretación dándole un sentido o un ámbito racionalmente adecuados. Nos queda aún, por examinar la tercera función práctica de la equidad, la de ser suministradora del derecho supletorio, que en el derecho catalán tuvo una gran importancia, función que, en especial, Mieres estudió muy detenida y rigurosamente.

Para centrar el contexto en el que Mieres se movía en esta materia, debemos recordar los siguientes hitos.

El *usatge* 81 «*Iudicia curiae*» (usaje tardío ya del siglo XII), señaló que, a falta de regulación por los *Usatges* y, en su defecto, por las leyes godas, debía acudirse «la *arbitre del Princep e son senyalament de la Cort*»; pero, debiéndose notar que el *Usatge*, «*Alium namque*», limitaba el arbitrio del Príncipe, pues disponía «*Princeps Cathaloniae astringitur tenere iustitiam*», de lo que dedujo Mieres (189) que los reyes y príncipes deben «*servare legem Dei et facere iustitia*».

Para evitar la inmoderada penetración del *ius commune*, Jaime el *Conqueridor*, en el capítulo III de las Cortes de Barcelona de 1251, prohibió la alegación, admisión y aplicación judicial de las leyes romanas y góticas, decretos y decretales canónicos en causas seculares, ordenando que a falta de los *Usatges* de Barcelona y de las costumbres del lugar, se procediera según «*seny natural*» o «*sensum naturale*». Criterio que, sin embargo, dejó abierto el paso al derecho común —romano y canónico— pues en aquella época, mientras el derecho romano era rechazado *ratione Imperii*, se le aceptaba *imperium rationis* como supletorio del *ius proprium* (190), dándose un fundamento rigurosamente jurídico para su aplicación, al considerarle el *ius per excelentiam* o la *ragione* —como proclamó Dante (*Conv.* I, X, 3)—, la razón: *recta ratio*, *razón escrita*, *buena razón* (191). En Cataluña el *seny natural* fue, dado ese criterio, la vía de penetración efectiva del derecho romano (192). Ese paso —entendió Mieres— «*fuit aequius*», dado que —como enun-

---

cosa en sí misma y de la cosa en relación a sus consecuencias, respectivamente, según lo expuso Santo Tomás de Aquino.

(188) Repitamos con él otra vez: “*Rex etiam cum tota Curia non potuit neque posset facere legem iniquam contra legem Dei, quae si facta foret, non valeret; nec esset lex, quia oportet quod lex sit iusta et rationalis*” (App. II, coll. XI, cap. III, 47 y ss. p. 513).

(189) App. II, coll. II, cap. XI, 46, p. 513.

(190) FRANCISCO CALASSO, “Introduzione al Diritto Comune”, Milán, Giufrè Ed. 1951, cap. II, 10, pp. 100 y ss.; y “Medievo del Diritto”, Milán, Giufrè 1954, parte II, cap. VIII, 3, p. 614.

(191) Cfr. GUILLERME BRAGA DA CRUZ, “El derecho subsidiario en la historia del Derecho portugués”, en “Curso Juristas Portugueses, en Madrid 1971-1972”, Madrid, Real Academia de Jurisprudencia y Legislación 1971, páginas 41 y ss., y para una síntesis breve, nuestro estudio, “El Derecho romano como Derecho común de la Cristiandad”, 16, en VERBO 111-112, enero-febrero 1973, p. 125.

(192) Cfr. JUAN J. PERMANYER, “Introducción” al “Código de las Costumbres de Tortosa”, ed. de Ramón Foguet y José Foguet y Marsal, Tortosa, Impr. Querol 1912, p. XXVI.



ció el tenor del texto «*elicitur sensus optimus et rationabilis*»— «*ut sensus naturalis hominis reguletur per iura communia*» (193).

Martín el Humano, en el capítulo «*Item senyor quels Conceller y Vicecanceller*», de las Cortes de Barcelona de 1409, ordenó que en defecto del derecho peculiar se juzgará según «*dret comú, equitat, y bona rahó*». Al comentarla, Mieres explica (194) que con esa explicación fue interpretada la palabra «*arbitrium*» del *usatge* «*Iudicia curiae*», significando «*quod arbitrium est secundum iura communia, scilicet canonica et civilia promiscue, pro ut sunt rationabilia, et continent aequitatem et bonam rationem*». E insiste, en esa interpretación, al comentar la constitución de Fernando de Antequera en las Cortes de Barcelona de 1413, «*Per tal que las leys de la terra del Principat de Catalunya*», de acuerdo con la opinión expuesta por Jaume Montjuich, comentado el capítulo *Item senyor quels Conceller, etc.*, aseverando: «*Quod arbitrium sumetur ex aequitate et ratione iurium communium, canonici, vel civilis, prout magis aequum et rationabile reperitur*» (195).

Las explicaciones que da Mieres al desarrollo de la expresión «*seny natural*» o «*sensum naturalem*», hasta incluir en ella las de «*dret comú, equitat y bona rahó*», podemos ordenarlas en las siguientes proposiciones:

a) La *equidad* a la que debía atenderse no era la *puramente natural* —es decir, la dimanante de conclusiones inmediatamente derivadas del derecho natural primario—, sino *mixta* —es decir, aquella en la que intervenía la labor racional del hombre al elaborar el derecho civil— «*ex traditionibus iuris positivi*» (196): por lo cual debía acudir al *ius commune* es decir, al «*ius commune in quantum continet aequitatem, et bonam rationem*» ya que «*praesumitur ius commune habere rationem*».

b) Esto significaba una prevalencia de la equidad y la buena razón sobre leyes y cánones, al exigirse de unas y otros «*prout fuerint aequioris, et bonae rationis*» de lo que resultaba: «*ut sic magis videatur iudicatum per vivam et bonam rationem, seu aequitatem naturalem, quam auctoritate legis vel canonis*» (197).

c) Pero, no obstante, esta prevalencia no significaba prelación, pues la prioridad en la aplicación supletoria la asigna Mieres (198) a los *iura communia*, «en cuanto son razonables y contienen equidad y recta razón», deduciéndolo de la circunstancia de que el capítulo «*Item senyor quels Canceller y Vicecanceller*» enumeraba por este mismo orden: «*dret comú, equitat y bona rahó*»; y así llegaba a la conclusión de que, «*argumento ex eodem ordine scripturae, deficientibus legibus Cathaloniae prius iudicandum est per ius commune scriptum et eo deficiente secundum aequitatem et bonam rationem*».

d) Pese a esta prelación, aquella prevalencia determinaba una se-

(193) *App. II, coll. IX, cap. X, 68 y 69, pp. 219 y 220.*

(194) *App. II, coll. VIII, cap. II, 18 p. 161.*

(195) *App. II, coll. IX, cap. X, 16, p. 216.*

(196) *App. II, coll. VIII, cap. II, 30, p. 162, y 70, p. 164.*

(197) *App. II, coll. XI, cap. IV, 54, p. 525.*

(198) *App. II, coll. VIII, cap. II, 18 y 19, p. 161.*

sección en el derecho común, para la que era previo hacer un juicio de sus normas a través del módulo de la equidad y de la recta razón, pues como dice Mieres (199): «*non omnia iura communia, habent aequitatem, nec bonam rationem*»: «*non enim decit "dret comú" simpliciter: sed addent, "equitat y bona rabó", ergo videtur reprobare leges iniquas, et iniquitatem: quia licet omnia lex, vel ius commune, habeat rationem, non tamen omnia habet aequitatem*»... «*quae licet in se aliquando habeant rationem, non tamen habent bonam rationem, imo iniquitatem et duritiam continent*». Vemos, pues, aquí que la equidad marca la diferencia que media según la razón de la ley sea recta, o buena razón, o bien contenga iniquidad o dureza.

e) Para Mieres, en Cataluña además de acudir al derecho canónico y al romano, había que aplicar supletoriamente también las leyes godas. En opinión suya, a falta de normas del *ius proprium*, aplicables, debía juzgarse «*in hac patria promiscue secundum leges Goticae et Romanas et Canones, in quantum continent aequitatem et bonam rationem*» (200). Pero estimó la preferencia del derecho canónico (201); advirtiendo que, en defecto de «*usatici, constitutiones et alia iura huius patriae*»: «*recurrimus promiscue ad iura Romana et canonica, prout melius erunt iusta et aequa, ita tamen ut in his quae tangere videantur peccatum vel spiritualia, aut fidem Catholicam, semper recurramus ad canone, quijs in istis spiritualibus, et quae tangunt periculum animae, stamus, quia leges non dedignantur sacros canones imitari*» (202).

f) De igual modo que no todo derecho común era recogido en las expresiones *equitat y bona rabó*, inversamente el contenido de éstas tampoco se agotaba en el derecho común, pues, como hemos ya visto, Mieres distinguía entre *ius commune scriptum* y *equitatem et bonam rationem non scriptam* (203), o sea, el *derecho natural* primario que «*est idem apud omnes*» por lo cual «*dicitur esse ius commune*» (204). Para nuestro autor: «*Aequitas naturalis ab homine surgit et nascitur ex industria et genio naturali, et illud assumit pro materia*» (205). Estimando que era suficiente sin embargo, «*iustitia naturalis resultans ex causis*», insistiendo en que «*aequitas debet attendi, non pura naturalis, sed mixta ex traditionibus iuris positivi*» (206).

En resumen, según Mieres, la equidad actúa como criterio: a) para juzgar la iniquidad y la dureza excesiva de las leyes y costumbres; b) para interpretarlas, juzgando cuál es su recta razón; c) y para suplir

(199) *App. I, coll. IX, cap. X, 18, pp. 216 y ss.*

(200) *App. II, coll. XI, cap. IV, 52, p. 524.* En igual sentido, *coll. VIII, cap. II, 71, p. 164, coll. X, cap. XIX 50 y 53, p. 428,* y especialmente en *coll. XI, cap. IV, 76, p. 527.*

(201) *App. II, coll. VIII, cap. II, 56 y 56, p. 163.*

(202) *App. II, coll. X, cap. XIX, 50, p. 428.*

(203) *App. II, coll. VIII, cap. II, 19, pp. 161 in fine y s.*

(204) *Ibid, 20, p. 162.*

(205) *Ibid, 68, p. 163.*

(206) *Ibid, 70, p. 164.*



sus lagunas. Y esa equidad es lo que aconsejan conjugadas la razón natural y la conveniencia a la cosa, habida cuenta la tradición del derecho positivo propio.

Ello nos conduce al continuo cotejo del derecho escrito con la razón natural, con la del derecho de gentes, y con la pública utilidad y el bien común, decisorios de las razones del derecho escrito, en adecuación al caso contemplado, en todos sus aspectos, pues la justicia es inseparable de la verdad: «*quia non est iustitia ubi non est veritas*» (207).

También para Mieres, como luego expondría Vico, el *certum* del derecho humano debe ser contrastado con el *verum* de la equidad natural y de la equidad civil, en todos los casos planteados en la vida real. Es decir, conforme vimos que había explicado Santo Tomás de Aquino, debía juzgarse de lo justo atendiendo la cosa en sí misma y en relación a las consecuencias dimanantes de ella, con todos los datos y circunstancias a la vista.

La *ratio legis* se sobreentiende recta, es decir buena (*bona ratio*), pues en otro caso no es razón verdadera. En efecto, si «*lex iniqua*»: «*non haberet rationem*», como dice Mieres (208), y si *ratio*: «*sit aequitas*», como hemos visto que había enunciado Placentino (209), una *ratio legis* que no sea recta, que no sea *bona ratio*, no es verdadera razón aunque sea la argumentación de la propia ley de que se trate. Por eso, el gerundense advirtió, como hemos visto al analizar la aplicación de las normas del *ius commune*, que si bien toda ley «*habeat rationem*, [en sentido lato o formal] *non tamen omnia habet aequitatem*», es decir, «*non tamen habent bonam rationem, imo iniquitatem et duritiam continent*» (210).

La equidad va así de la mano de la recta razón, que juzga de la verdad de las cosas y de su justicia con el riguroso método del derecho natural clásico en todos sus grados de aplicación (211). Sin la guía de éste la equidad pierde toda orientación y, a lo más, es como una lucecita roja que advierte de que existen normas de lo justo por encima del derecho positivo humano, como Antígona recordó a su tío Creón; pero no puede servirnos de brújula si sólo se mueve en un puro racionalismo, aislado de la realidad de las cosas, movido por cualquier idealismo subjetivista, de uno u otro sentido, o por el criterio dominante, en cada momento, en la opinión pública o en el Parlamento, o movida subconscientemente por la intuición vaga del juzgador o el sentimiento de las masas.

(207) *App. II, coll. XI, cap. IV, 17, p. 520.*

(208) *App. II, coll. X, cap. III, 73, p. 516.*

(209) PLACENTINO, cfr. *supra*, texto de la nota 155.

(210) *App. II, coll. IX, cap. X, 18, pp. 216 y s.*

(211) Cfr. nuestro estudio "Perfiles Jurídicos del Derecho Natural en Santo Tomás de Aquino", en *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Federico de Castro*, Madrid, Tecnos, 1976, vol. II, pp. 706 y ss.





# El artículo 135, *in fine*, del Código civil: nuevo criterio jurisprudencial

ENRIQUE RUBIO

Profesor Adjunto de Derecho civil  
en la Universidad de Navarra

SUMARIO.—I. La necesaria reforma del Derecho de filiación ilegítima; coordenadas de dicha reforma.—II. La investigación de la paternidad en nuestro derecho patrio. A) Tradición histórica. B) Código civil C) Derecho foral: 1) Compilación de Cataluña. 2) Compilación de Navarra.—III. La jurisprudencia del Tribunal Supremo y la imposición judicial del reconocimiento en los supuestos del artículo 135, *in fine*, del Código civil.—IV. Hacia una interpretación correctora de la norma. 1) Escasa atención doctrinal. 2) Reciente criterio jurisprudencial. 3) Consideraciones finales.

## I. LA NECESARIA REFORMA DEL DERECHO DE FILIACION ILEGITIMA; COORDENADAS DE DICHA REFORMA

A la hora de estudiar un precepto cualquiera de nuestro Código civil como el de otro cuerpo normativo se hace necesario su debido encuadramiento en su *sedes materiae*. Será esta superior división dentro de la cual el precepto se halla, la que nos ofrecerá, en la mayoría de los casos, los principios concretos de los que debemos partir en una primera aproximación a la norma que nos interesa. Un ejemplo que por académico no es menos válido nos presenta, en sede de eficacia contractual, el artículo 1.280. La interpretación de este precepto no es posible si no se tienen presente los dos artículos que le preceden e, incluso, en una consideración más general, el título en el que han sido colocados. Pues bien, en materia tan distante de la contractual, como es la referente al Derecho de familia, no es posible apartar una norma para su estudio y comentario sin tener especialmente en cuenta el entorno «ambiental» en el que la misma despliega su eficacia.

El artículo 135 del Código civil, en el que se halla la norma objeto de nuestra consideración, prescribe: «El padre está obligado a reconocer al hijo natural en los casos siguientes:

1.º Cuando exista escrito suyo indubitado en que expresamente reconozca su paternidad.

2.º Cuando el hijo se halle en la posesión continua del estado de hijo natural del padre demandado, justificada por actos directos del mismo padre o de su familia.

En los casos de violación, estupro o raptó, se estará a lo dispuesto en el Código penal en cuanto al reconocimiento de la prole».

Es el inciso último del artículo citado el que me propongo comentar. Pero como acabo de señalar y como a la postre se verá, sería ingenuo por mi parte prescindir en la primera aproximación al tema de un dato que me facilita la propia ordenación de nuestro primer Cuerpo legal, a saber: que este precepto se encuentra enclavado dentro del capítulo IV («de los hijos ilegítimos»), del título V («de la paternidad y filiación»), del libro I («de las personas») de nuestro Código civil; es decir, que se halla colocado en una de las *sedes materiae* más críticas de nuestro actual Derecho civil y por la que la doctrina actual siente una especial predilección: el Derecho de filiación ilegítima. Si acabamos de hablar de crisis respecto del Derecho de filiación ilegítima, lo hacemos conscientes del alcance de la expresión empleada. No ofrece la menor duda que el Derecho de familia y, en particular, el Derecho de filiación están siendo objeto de una profunda evolución cuya meta no es otra que la de alcanzar una situación más justa, que adecúe el Derecho, en la medida que le es lícito, a la realidad social fluyente. Esta inadaptación entre las necesidades naturales y sociales, por un lado, y las normas jurídicas, por otro, exige la reforma.

Esta reforma en materia de filiación debe inspirarse en un doble principio: el derecho de todo hombre a saber quiénes son sus padres y a recibir de ellos ayuda moral y material, y el deber de la sociedad de proteger la familia legítima. Se trata de proteger al hijo reconociéndole cuantos derechos le corresponden por lo que es, un ser humano, a la par que se debe impedir que la dignidad y solidez de la familia sufra menoscabo (1). En esta difícil pero realizable combinación de principios ha de encontrarse el norte que guíe toda investigación científica en torno a tema tan fundamental.

Señaladas las coordenadas de una posible reforma, el Derecho comparado y la tradición jurídica patria en esta materia se nos presentan como valiosos instrumentos de aquélla. Esta vuelta al pasado a la que aludo me parece de indudable actualidad porque en ella tal vez encontramos criterios válidos para problemas que hoy se nos presentan como insolubles. Por eso, dejando a un lado el Derecho comparado —nuestro propósito no es tanto hallar criterios de reforma, cuanto aportar ideas para una más actual interpretación de nuestro Derecho positivo en materia de filiación— parece oportuno centrar nuestra atención en un punto concreto, nuclear, de toda la problemática del Derecho de filiación, cual es la investigación de la paternidad. Y vamos

(1) FUENMAYOR, *Contestación al discurso leído por De la Cámara en su recepción pública como académico de número de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación*. Madrid, 1975, pág. 275.



a hacer referencia a esta cuestión por un doble motivo: de un lado, porque tanto nuestro Derecho pretérito como una importante parcela del actual han conocido la investigación de la paternidad, y, de otro, porque no debemos olvidar que el artículo 135, *in fine*, del Código civil es, en opinión generalizada, un ejemplo típico de admisión positiva de este principio dentro del sistema del Código civil.

## II. LA INVESTIGACION DE LA PATERNIDAD EN NUESTRO DERECHO PATRIO

Es sin duda el tema de la investigación de la paternidad uno de los puntos más controvertidos doctrinalmente, a la par que pieza imprescindible de una futura reforma del Decreto de filiación. El porqué de traer en estos momentos esta cuestión aquí nos viene explicado por el precepto mismo que tratamos de comentar. Este precepto ha sido comentado por los autores señalando que estamos ante un supuesto de «investigación de la paternidad» y de «reconocimiento forzoso» de la misma. En los números primero y segundo del artículo 135, más que de averiguar la paternidad, nos encontramos ante supuestos de petición de la declaración judicial de la relación de filiación ya existente *in natura* (2). La doctrina moderna, posterior a la publicación del Código civil, a la hora de explicar el significado del último párrafo del precepto comentado, ha incurrido en notorias imprecisiones que han contribuido a oscurecer el entendimiento de la norma. La causa de tales imprecisiones y oscuridad se encuentra como acertadamente señalan Lacruz y Sancho en los precedentes del sistema (3), de aquí que, aunque con brevedad, nos debamos detener en nuestra tradición histórica.

Con gran agudeza se ha señalado que la facilidad o restricción de la investigación de la paternidad en cada ordenamiento es proporcional a la mayor o menor riqueza de efectos jurídicos concedidos por el mismo: cuanto más limitados son los efectos, mayores las facilidades concedidas para el establecimiento de la relación paterno-filial y viceversa (4). Esta observación puede explicar en parte, aunque nunca justificar, la exposición siguiente.

### A) TRADICIÓN HISTÓRICA.

La investigación de la paternidad se plantea cuando no existe certeza sobre la filiación natural, al par que se quieren atribuir a los hijos ilegítimos unos determinados derechos.

En el Derecho romano los hijos nacidos fuera del matrimonio son los *filiis spurii* o *vulgo quaesitae*. El calificativo de natural conlleva un

(2) LACRUZ-SANCHO, *Derecho de Familia*. II, Barcelona, 1975, página 79.

(3) *Ob. cit.*, pág. 79.

(4) ROYO MARTÍNEZ, *Derecho de Familia*. Sevilla, 1949, pág. 264.

doble matiz: supone frente a los hijos adoptivos un vínculo biológico de procreación, a la vez que este nacimiento ha tenido lugar fuera del matrimonio, especialmente en concubinato.

La filiación natural comienza a tener entidad cuando el Derecho romano ha obtenido altas cotas de evolución, fundamentalmente por influjo de las ideas cristianas (5). En la época clásica, mientras respecto de la madre se admite la obligación recíproca de alimentos (D. 25, 3, 5, 4), al padre se le niega claramente (Mod. 5 resp.). Ya Justiniano establece un derecho recíproco de alimentos entre padres e hijos naturales, a menos que se trate de filiación adulterina o incestuosa (Nov. 89, 12, 6; 13; 15) (6). No existía una verdadera relación jurídica paterno-filial como consecuencia de la filiación natural. Si bien la patria potestad sólo se derivará de la legitimación por subsiguiente matrimonio o por rescripto, Justiniano, aun no haciendo referencia a ella, tiende a asimilar los hijos naturales a los legítimos con relación a los deberes éticos que se crean por el hecho mismo de la generación. En este primer estadio de evolución histórica se puede concluir afirmando que los hijos naturales de algún modo son fácilmente cognoscibles por cuanto son consecuencia, la mayoría de las veces, de uniones estables, como el concubinato. Ahora bien, junto a este hecho hay que señalar que el Derecho romano está impregnado de una justa aspiración a la verdad real y paternidad auténtica o biológica. Este principio, y referido a la filiación matrimonial, queda recogido en el texto fundamental de Ulpiano (Ulp., lib. IX ad. Sabinum), posteriormente incorporado al Digesto (D. 1, 6, 6). En él se admite una amplia gama de posibilidades de impugnación de la paternidad, hecho, por otro lado, lógico si se precisa que en el Derecho romano clásico existía el régimen de prueba libre y de libre apreciación judicial (7).

Esta misma preocupación por la verdad biológica y libertad de prueba de la verdadera paternidad se hace también ostensible para la filiación extramatrimonial, como puede verse en D. 35, 1, 83.

Ya en nuestro Derecho histórico patrio, las Partidas conservan la doctrina romanista. Será «natural» frente a los restantes hijos ilegítimos el hijo nacido de concubina o barragana (P. 4, 15, 1). Al igual que sucedió en el Derecho romano respecto de estos hijos, no se producirá relación jurídica paterno-filial en tanto no se produzca la legitimación; ésta, como acertadamente advierte Díez Picazo (8), se verá considerablemente facilitada (por testamento, carta, etc.) (9).

Visto el problema de la identificación de los hijos naturales, relativamente sencillo por cuanto son fruto de relaciones permanentes, de

(5) BIONDI, *Istituzione di Diritto Romano*. Milán, 1956, págs. 587-588.

(6) BIONDI, *Il Diritto Romano cristiano*. III, Milán, 1954, pág. 196.

(7) Pueden consultarse las referencias que en este sentido hace RIVERO HERNÁNDEZ en: *La filiación en el Derecho civil especial de Cataluña*, en "Rev. Jur. de Catal.", abril-junio 1973, pág. 224.

(8) *De nuevo sobre reclamación de la filiación natural*, en ANUARIO DERECHO CIVIL, 1962, enero-marzo, pág. 216.

(9) Part. 4,15,5 y siguientes.



carácter estable, debemos preguntarnos por el contenido de los derechos de que gozan esta categoría de hijos. En este sentido, el hijo mantiene el derecho —que como vimos aparecía recogido en el Derecho romano— a los alimentos, por parte del padre (10). Sin embargo, los posibles derechos sucesorios del hijo natural se presentaban con evidentes signos de oscuridad. Por todo ello, las leyes 9 y 10 de Toro regularon los derechos sucesorios del hijo natural. Con el fin precisamente de fijar la titularidad de este derecho sucesorio —advierde Díez Picazo (11)— se dio por la ley 11 una nueva definición de los hijos naturales: «Entonces se digan ser los hijos naturales cuando al tiempo que nasceren, o fueren concebidos, sus padres podían casar con sus madres justamente sin dispensación; con tanto que el padre lo reconozca por su hijo, puesto que no haya tenido la muger, de quien lo hubo, en su casa, ni sea una sola: ca concurriendo en el hijo las cualidades suso dichas, mandamos que sea hijo natural». Esta ley, al tratar de precisar el concepto de hijo natural, se aparta del precedente romano, puesto que extiende el concepto a los hijos nacidos de mujeres que no vivieran en la casa de los padres. Es precisamente en este momento, a partir del cual el concepto de filiación natural se ensancha hasta cubrir supuestos nuevos, en el que se pueden plantear —y de hecho así va a resultar— problemas de identificación de los hijos. Se va a exigir desde ahora una declaración de voluntad —reconocimiento— a la cual le acompañarán los efectos de la filiación natural, hasta entonces dependientes únicamente del concubinato. Ahora bien, como expone Sancho Rebullida (12), puesto que la barraganía había quedado configurada sobre el esquema del matrimonio —por lo que hace referencia al carácter monogámico y a la doctrina de los impedimentos—, al reconocimiento se le exigió el requisito de la aptitud matrimonial de los progenitores que reconocían.

Respecto de la ley 11 de Toro se suscitaron muchos problemas, como, por ejemplo, el de si el reconocimiento debía ser voluntario o podía ser forzoso, si había de ser expreso o bastaba que fuera tácito. Prevalció el criterio de que no hacía falta que fuera expreso y también el de que era posible la investigación de la paternidad en un sentido amplio (13).

Esta ley fue recibida por la Novísima Recopilación como ley 1.<sup>a</sup>,

---

(10) P. 4,19,15.

(11) *De nuevo...*, cit., pág. 216.

(12) *Las clases de filiación en el Código civil*, en R.G.L.J., 1969, julio-agosto, pág. 51.

(13) PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho civil*. IV, 2. Barcelona, 1970, pág. 101. Parece más correcto señalar que con esta ley se sostiene el principio de libertad de forma en el reconocimiento, a la vez que se mantiene un criterio de no tasación de los medios de prueba del reconocimiento, aunque no se encuentre permitida, en cambio, la investigación de la paternidad en un sentido técnico; así: ROYO MARTÍNEZ, *Derecho de Familia*, pág. 275; MELÓN INFANTE, *Reconocimiento de la paternidad natural*, en ANUARIO DERECHO CIVIL, 1952, enero-marzo, página 371; y Díez PICAZO, *Reclamación de la filiación natural*, en ANUARIO DERECHO CIVIL, 1959, octubre-diciembre, pág. 1417.

título V del libro X, y el criterio que acabamos de sostener como más firme quedó recogido por las sentencias de 16 de octubre de 1865 y 18 de marzo de 1873 (14).

Podemos preguntarnos ahora qué tratamiento merecía esta cuestión en el otro gran componente de nuestra tradición jurídica, el Ordenamiento Canónico. En Las Decretales de Gregorio IX, pieza fundamental para el estudio de este tema en el Derecho canónico, se advierte una clara tendencia progresiva en materia de filiación ilegítima. En su libro IV, título XVII, capítulo III, con ocasión de una consulta sobre un caso en el que un joven pretendía ser hijo de cierto marido y mujer que negaban que aquel fuera hijo suyo ni legítimo ni espúreo, sino que lo habían recogido y criado por piedad (*sed dicebant quod eum pietatis intuitu nutritissent*), se responde a la cuestión planteada en los términos siguientes: «A tu consulta respondemos que en tal caso hay que estar a la palabra del hombre y de la mujer: a no ser que te constara por testigos e indicios ciertos que el joven citado es hijo» (15). Este pasaje de Las Decretales nos invita a deducir las siguientes consideraciones:

a) Puede sostenerse un amplio margen de libertad en materia de prueba de la maternidad y paternidad, puesto que se alude a alguna, como la de indicios ciertos o la de testigos.

b) Frente a la palabra de los supuestos padres, que en principio se tiene como válida, se defiende la búsqueda de la verdadera filiación como máximo criterio rector.

c) Este doble principio de libertad en materia probatoria y de averiguación de la filiación real es predicable tanto de la filiación ma-

(14) Esta última sentencia, ante la afirmación de los demandados en su curso de casación de que se había infringido “la jurisprudencia vigente que prohíbe la investigación de la paternidad de los hijos nacidos fuera de matrimonio después de muerta la persona a quien la paternidad intenta atribuirse”, establece en su primer considerando: “que no es jurisprudencia admitida por los Tribunales ni establecida por este Supremo la que se invoca vigente en el primer motivo de recurso que prohíba pretenda (*sic*) la calidad de hijo natural después de la muerte de aquél a quien intente atribuirle”.

(15) El texto íntegro del capítulo III (“*Statur verbo viri et mulieris, qui negant aliquem filium, nisi indiciis et testibus probetur contrarium*”) dice así: “*Transmissae nobis tuae literae continebant, quod, quum N. civis tuus usque ad iuventutem quendam puerum nutritisset, uxore sua M. tunc non desponsata sibi cohabitante, postmodum ipsam, sicut dicitur, legitime desponsavit, et filios sustulit ex eadem. Quibus paternam hereditatem petentibus, praedictus iuvenis contradicit, gerens se filium et heredem, quamvis a vicinia, quae ipsum filium eorum esse credebat, spurium diceretur. Praedicti vero N. et uxor eius Matilda praefatum iuvenem spurium suum aut legitimum filium esse negabant, sed dicebant, quod eum pietatis intuitu nutritissent. Quum autem quaestio coram te mota esset, et praedictus iuvenis pro eo, quod iuri stare nolebat, vinculo sit excommunicationis adstrictus, quid de hoc agere debeas, nos consulere voluisti. Super hoc itaque Consultationi, tuae taliter respondemus, quod in tali casu standum est verbo viri et mulieris, nisi certis indiciis et testibus tibi constiterit, esse filium iuvenem memoratum*”; puede consultarse el *Corpus iuris canonici*, de E. FRIEDBERG, Graz, 1959, pág. 710.



trimonial como de la extramatrimonial, puesto que en el caso al que acabamos de aludir los padres negaban por igual el carácter de hijo legítimo o ilegítimo (16).

El sistema cambió una vez que el Code Napoleón prohibiera de manera clara y rotunda no sólo la investigación de la paternidad, sino cualquier tipo de reconocimiento que no fuese voluntario y solemne. Fuera del reconocimiento solemne no hay filiación natural. Con arreglo al artículo 340 del Code, en su redacción originaria, «la investigación de la paternidad está prohibida»; únicamente en «el caso de raptor cuando su época coincida con la de la concepción, el raptor podrá ser, a demanda de parte interesada, declarado padre del niño». Este criterio tuvo plena acogida en el Proyecto de Código civil de 1851: «Se prohíbe —prescribía su artículo 127—, en todo caso, la investigación de la paternidad y maternidad de los hijos nacidos fuera del matrimonio.» De acuerdo con el artículo 131 del citado Proyecto, «en los casos previstos en los artículos 363, 364 y 366 del Código penal (17), cuando la época de los delitos coincida con la de la concepción, podrán los tribunales, a instancia de las partes interesadas, declarar la paternidad o maternidad» (18). Este criterio fue desechado por Alonso Martínez, quien en su Proyecto de 1882, concretamente en su artículo 114, establece: «El padre está obligado a reconocer al hijo natural en los casos siguientes: 1) Cuando exista escrito indubitado del padre en que expresamente reconozca su paternidad. 2) Cuando se halle en la posesión continua del estado de hijo natural del padre demandado, justificada por actos directos del mismo padre o de su familia. En los

---

(16) En este sentido, RIVERO HERNÁNDEZ, *La filiación en el Derecho civil...*, cit., págs. 225 y 226.

(17) Artículo 363: «La violación de una muger será castigada con la pena de cadena temporal. Se comete violación yaciendo con la muger en cualquiera de los casos siguientes: 1.º Cuando se usa de fuerza o intimidación. 2.º Cuando la muger se halle privada de razón o de sentido por cualquiera causa. 3.º Cuando sea menor de 12 años cumplidos, aunque no concurra ninguna de las circunstancias expresadas en los dos números anteriores». Artículo 364: «El que abusare deshonestamente de persona de uno u otro sexo, concurriendo cualquiera de las circunstancias expresadas en el artículo anterior, será castigado según la gravedad del hecho de prisión correccional a prisión menor». Artículo 366: «El estupro de una doncella mayor de 12 años y menor de 23, cometido por Autoridad pública, sacerdote, criado, doméstico, tutor, maestro o encargado por cualquier título de la educación o guarda de la estuprada, se castigará con la pena de prisión menor. En la misma pena incurrirá el que cometiere estupro con su hermana o descendiente, aunque sea mayor de 23 años. El estupro cometido por cualquiera otra persona interviniendo engaño, se castigará con la pena de prisión correccional. Cualquiera otro abuso deshonesto cometido por las mismas personas y en iguales circunstancias, será castigado con la prisión correccional.

(18) Señala García Goyena en el comentario a este precepto: «El artículo 340 francés contrae la disposición de este artículo a sólo el caso de raptor, pero se ha entendido igualmente del caso de fuerza o violación, que realmente es un raptor momentáneo y más culpable que el otro»; ver: *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*, reimpresión de la edición de Madrid (1852), Zaragoza, 1974, pág. 83.

casos de violación, estupro o raptó, se estará a lo dispuesto en el Código penal en cuanto al reconocimiento de la prole». Esta nueva orientación parece directamente inspirada en el Código civil portugués de 1867 (19) y responde —como advierte Royo Martínez— no tanto a los modelos francés o italiano, sino al «peso e inercia de la inveterada tradición peninsular hispano-portuguesa» (20).

La Base 5.<sup>a</sup> de la Ley de 11 de mayo de 1888 parece adoptar una posición intermedia (21) entre el Proyecto de 1851 y el de 1882, al sostener en su párrafo 1.º que «no se admitirá la investigación de la paternidad, sino en los casos de delito o cuando exista escrito del padre en que conste su voluntad indubitada de reconocer por suyo al hijo, deliberadamente expresada con ese fin, o cuando medie la posesión de estado».

## B) CÓDIGO CIVIL

Nuestro actual artículo 135 del Código civil desarrolla la Base 5.<sup>a</sup> en orden al reconocimiento de hijos ilegítimos (22). Este precepto recoge tres grupos de supuestos en los que el reconocimiento se produce como consecuencia de una declaración judicial. La doctrina subsiguiente al Código civil no ha sido pacífica a la hora de explicar el carácter de estos supuestos (23). En mi opinión, en el primer supuesto —existencia del escrito indubitado en que expresamente reconozca su paternidad— estamos ante una declaración judicial sobre la base de un

(19) Prescribe el artículo 130 del Código civil portugués de 1867: «E proibida a acção de investigação de paternidade ilegítima, excepto nos casos seguintes: 1.º Existindo escrito do pai, em que expressamente declare a sua paternidade. 2.º Achando-se o filho em posse de estado, nos termos do artigo 115, 3.º No caso de estupro violento ou de raptó, coincidindo a época do nascimento, nos termos indicados no artigo 101, com a época do facto criminoso».

(20) *Derecho de Familia*, cit., pág. 275.

(21) Así sostiene DÍEZ PICAZO, *Reclamación de la filiación natural*, cit., pág. 1418; se ha defendido también que la Ley de Bases presenta un mayor rigor, en este sentido, respecto del Proyecto de 1882: ver FALCÓN, *Código civil español*, Madrid, 1888, I, págs. 164 y ss.

(22) Parte de la doctrina ha considerado que el Código civil ha experimentado alteraciones respecto de las Bases: ver, ROYO MARTÍNEZ, *Derecho de Familia*, cit., pág. 275; ESPÍN, *Manual de Derecho civil español*, IV, Madrid, 1956, pág. 251 y ss.; HERNÁNDEZ GIL, *Comentario a la Sentencia de 8 de febrero de 1943*, en R.G.L.J., 1944, enero, pág. 78; otros autores, como De Diego, han defendido la fidelidad de este precepto a la Base 5.<sup>a</sup>, ver DE DIEGO, *Instituciones de Derecho civil español*, Madrid, 1959, II, pág. 638.

(23) Lacruz-Sancho hacen notar que mientras Royo Martínez sobrevalora los supuestos primero y segundo del artículo 135 al considerarlos reconocimiento negocial, aunque en forma privada y aun tácita, Albaladejo los califica de mera prueba confesoria, posible base de una declaración judicial, aproximándolos al reconocimiento formal, desde el momento que a éste le asigna naturaleza de simple declaración de ciencia: LACRUZ-SANCHO, *Derecho de Familia*, cit., págs. 80 y 81.



reconocimiento no negocial expreso; en el número 2 del artículo 135 del Código civil —posesión continua del estado de hijo natural— la declaración judicial tiene su apoyatura en un reconocimiento no negocial tácito; por último, y respecto del supuesto que aquí más nos interesa —«en los casos de violación, estupro o raptó, se estará a lo dispuesto en el Código penal en cuanto al reconocimiento de la prole»—, estamos en presencia de una imposición judicial de la paternidad como accesoria de un determinado tipo de delito.

En torno a la Base 5.<sup>a</sup> del Código civil y al artículo 135 del mismo giran la casi totalidad de los problemas referentes a la prohibición de la investigación de la paternidad. Pienso que una prohibición expresa de la misma no aparece recogida a lo largo del articulado de nuestro primer cuerpo legal (24). Junto a esta afirmación de principio hay que añadir que nuestro Código, con un carácter que no se nos oculta excepcional, admite que los Tribunales puedan conferir el estado de filiación reconocida en base a un reconocimiento privado y no negocial. Sin embargo, en el artículo 135 se hace necesario distinguir, partiendo de la idea que acabo de exponer, dos supuestos: el primero la constituirán los números 1.<sup>o</sup> y 2.<sup>o</sup> de este precepto, que son casos de reconocimiento no negocial que fundamentan —si así se solicita— una declaración judicial constitutiva del *status* de hijo reconocido; el segundo se refiere al párrafo último del artículo 135, y constituye un caso típico de imposición de los efectos de la relación jurídica paterno-filial consiguiente a la investigación de la paternidad.

Es éste, en puridad de expresión, el único supuesto en el que en nuestro Código civil aparece configurada la investigación de la paternidad, entendida ésta como la averiguación y comprobación judicial de la relación paterno-filial e imposición de sus efectos, con independencia de la confesión del progenitor y aún a pesar de su negación e inadmisión (25).

Importa ahora saber qué tratamiento merece en nuestro Código civil la investigación de la paternidad; de cuál sea, dependerá en buena medida la explicación y hasta la interpretación de un precepto que expresamente excepciona un posible principio prohibitivo. Díez Picazo señala que la regla prohibitiva de la investigación de la paternidad natural, tal como cristalizó en el Code Napoleón y en los que de él tomaron inspiración, tiene un fundamento sobremanera parcial (26). Según este autor, el temor a las falsas imputaciones de paternidad y el deseo de reprimir y evitar que se pudieran producir procesos escandalosos no justifican suficientemente el principio prohibitivo. Las falsas imputaciones de paternidad pueden ser evitadas sancionándolas adecuadamente, sin necesidad de yugular las verdaderas. Los posibles escándalos, en ocasiones, pueden resultar sanos y convenientes, y el temor a los mis-

---

(24) En este sentido, SCAEVOLA, *Código civil*, T. III, Madrid, 1942, página 412.

(25) Así la entienden LACRUZ-SANCHO, *ob. cit.*, págs., 79 y 80.

(26) *De nuevo sobre...*, *cit.*, pág. 219.

mos puede actuar como medida preventiva (27). En definitiva, el fundamento del principio que prohíbe la investigación de la paternidad natural se encuentra a todas luces insuficiente y la regla prohibitiva, en la medida que tiene su reflejo directo en el sistema del Código civil, constituye un exponente diáfano de Derecho excepcional (28).

También, en este momento, parece oportuno indicar, para una más recta comprensión de esta problemática en el sistema de nuestro Código, que no es posible adoptar un criterio firme y seguro en materia de filiación sin tener presente la orientación y principios que la nueva ordenación registral aportan en este campo (29). La técnica registral se sirve de postulados tales como el de agilizar la constancia registral, tender al paralelismo entre el hecho biológico y el hecho social, mantener una clara orientación hacia la deseable concordancia entre Registro y realidad (artículo 26 de la Ley del Registro Civil), etc. Es tal la incidencia de los preceptos registrales sobre el mismo Código civil que se considera criterio reiterado de la Dirección General que «no es la concepción del Código según la *mens legislatoris* de los días de la promulgación la que debe inspirar la interpretación de los nuevos preceptos, sino justamente lo contrario, incluso los preceptos del Código deben ser interpretados según la nueva concepción jurídica y, por tanto, restrictivamente, cuando la contraríen» (Resolución de 26 de diciembre de 1968). Obsérvese que se habla de «nueva concepción jurídica»; en último término, esta expresión no hace sino confirmar algo que es sentido unánimemente por los juristas: la necesidad de una reforma del Derecho de filiación ilegítima, que ha de venir dado por una concepción jurídica nueva, conciliadora con el principio de protección a la familia y consecuente con la idea de una fecunda y seria mejora en el tratamiento de los hijos ilegítimos.

Estas nuevas ideas y por lo que a nuestro tema hace relación —concretamente al artículo 135 del Código civil—, se han visto plasmadas en una nueva modalidad de reconocimiento recogida en el artículo 49 de la Ley del Registro Civil, y en la línea de una interpretación progresiva y amplia por parte de la jurisprudencia. Veamos: tanto en la doctrina como en la jurisprudencia se había cuestionado la interpretación restrictiva o amplia del artículo 135. Como afirma Doral, en general —aunque con muchas fluctuaciones— hasta las Sentencias de 25 de mayo y 3 de julio de 1945 el Tribunal Supremo mantuvo el criterio restrictivo, tanto en el caso del escrito indubitado como en el de posesión de estado (30). A partir de las sentencias señaladas se abandona el criterio restrictivo en la interpretación de este artículo (31).

(27) *Ob. cit. últimamente*, págs. 219 y 220.

(28) DÍEZ PICAZO, *ob. cit. últimamente*, pág. 220.

(29) A este respecto, considero de gran interés el trabajo de DORAL, *La interpretación de los preceptos del Código civil según la nueva Ordenación registral en tema de filiación*, en "Documentación Jurídica", abril-junio, 1974, págs. 9-54.

(30) *Ob. cit.*, pág. 48.

(31) Ver SS. T. S. de 24 de mayo de 1956 y de 16 de mayo de 1963, entre otras.



Este cambio de orientación está inspirado «en una humana y racional reacción contra la interpretación dada a las llamadas en otros tiempos disposiciones odiosas y en una más generosa concepción de los deberes de la paternidad en favor de los hijos, según las ideas sociales imperantes» (Sentencia 22 mayo 1969). Pues bien, en este sentido, el artículo 49 de la Ley del Registro Civil añade a las modalidades de reconocimiento recogidas en el Código civil otra distinta, a saber: la de que éste puede hacerse mediante declaración del padre o de la madre, en cualquier tiempo, ante el encargado del Registro, inscrita al margen y firmada por aquéllos; deberá concurrir también el consentimiento del hijo o la aprobación judicial. Esta modalidad de reconocimiento se puede ejercitar —cuando se produzcan las circunstancias del escrito indubitado o la posesión de estado y, respecto de la madre, una vez que se pruebe cumplidamente el hecho del parto y la identidad del hijo— mediante procedimiento gubernativo (registral), aprobado por el Juez de Primera Instancia, siempre que no haya oposición; si la hubiere, deberá acudir al procedimiento ordinario.

En esta línea de interpretación amplia y progresiva de la jurisprudencia del Tribunal Supremo y de la doctrina de la Dirección General, ayudadas por el nuevo rumbo de la normativa registral, nos hemos de preguntar si las cuestiones interpretativas que suscita —o puede suscitar— el último párrafo del artículo 135 del Código civil son susceptibles de un tratamiento evolutivo que acerque, en la medida que esto es posible, el Derecho a la biología, o, dicho desde otra perspectiva, el ámbito normativo a la realidad social. Pero antes de pasar al estudio de la escasa jurisprudencia que sobre este punto concreto se ha producido, se me va a permitir hacer una breve referencia a dos sistemas que difieren del Código civil en esta materia y cuyo estudio puede contribuir a desprendernos de resabios dogmáticos y de criterios apriorísticos.

### C) DERECHO FORAL

Parece conveniente aludir, aunque sea con la brevedad que este trabajo exige, a dos sistemas de filiación distintos al que sigue nuestro Código civil, fundamentalmente para comprobar que principios que, desde la perspectiva de nuestro primer Cuerpo legal, se presentan poco menos que contrarios a un orden jurídico superior e inspirador de todo el Ordenamiento, sirven de base y sustento a una normativa diferente, vigente en grandes zonas del país. Me estoy refiriendo a los sistemas de la *Compilación de Cataluña* y al de la *Compilación navarra*, que aunque no en la línea de la anterior, sí presenta novedades importantes respecto del seguido por el Código.

1. *Compilación de Cataluña*.—Al contrario de lo que sucedió con el Código civil, la tradición que arranca del Derecho canónico, fundamentalmente de las Decretales de Gregorio IX, ha supuesto la pervivencia del principio permisivo de la libre investigación de la paternidad natural en el Derecho catalán. Esta continuada vigencia del Derecho

canónico, que aparece recogida con reiteración por la doctrina (32), queda plasmada en la Compilación catalana, la cual regula dos acciones que, positiva y negativamente, hacen referencia a la investigación de la paternidad.

El artículo 4 de la Compilación establece: «Los hijos nacidos fuera de matrimonio podrán promover las acciones conducentes a la investigación, prueba y declaración de su filiación y exigir de sus padres el cumplimiento de las obligaciones que tal condición les impone. La acción para la declaración judicial de paternidad o maternidad corresponderá únicamente al hijo durante su vida. Excepcionalmente podrá ejercitarla cualquier descendiente suyo cuando aquél hubiere fallecido después de entablar judicialmente la acción o, si siendo menor de edad, no se hubiere promovido. La acción para la declaración judicial de paternidad o maternidad, si el padre o la madre hubieren fallecido, podrá dirigirse contra sus herederos.» En el artículo siguiente —5— la Compilación dice: «La acción para impugnar la filiación natural o cualquier otra ilegítima corresponde a los que por ella resulten aceptados; puede ejercitarse desde que el hijo disfrute de la condición que se impugne y caduca a los cuatro años.»

Así pues, se trata de investigar y probar la relación biológica real para hacerla constar jurídicamente y de ahí derivar los efectos jurídicos que procedan. Responde, como se ve, a un criterio ampliamente permisivo de la investigación de la paternidad.

El sistema es absolutamente diverso al del Código civil; su total adecuación a la realidad biológica le lleva a prescindir de supuestos tipificados, no sólo para la declaración de reconocimientos (supuestos de los artículos 135, 1.º y 2.º, y 136, 1.º, del Código civil), sino incluso para la imposición del mismo (artículo 135, *in fine*, y 136, 2.º, del Código civil); le lleva también a comprender tanto los casos de filiación natural cuanto los de filiación no natural.

2. *Compilación de Navarra.*—En el Derecho de Navarra el número 1 de la ley 70 de la Compilación, junto al ladillo *Declaración de paternidad*, dispone: «Los hijos naturales podrán ejercitar la acción conducente a la declaración de paternidad o maternidad en los casos siguientes: Uno. Cuando la madre y el padre presuntos hubieren convivido notoriamente en el tiempo de la concepción...»

Como puede observarse, se incluye como causa de la declaración judicial —que se refiere al igual que el Derecho histórico a los hijos naturales— el concubinato notorio que, en realidad, constituye un supuesto de investigación de la paternidad. La declaración judicial supone una verdadera imposición del *status* de reconocido, puesto que no se funda en la voluntad del progenitor, expresa, tácita o presunta.

Es, pues, el navarro un sistema ecléctico entre el restrictivo del Código civil —que salvo en las hipótesis de delito sexual, no permite al Juez investigar quién es el padre— y el ampliamente permisivo de

---

(32) Puede consultarse: BORRELL Y SOLER, *Derecho vigente en Cataluña*, 2.ª edic., t. 4.º, Barcelona, 1944, págs. 82 y ss.



la Compilación catalana —que sanciona, sin ambages, el principio de la libre investigación de la paternidad ilegítima (33)—.

### III. LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO Y LA IMPOSICION JUDICIAL DEL RECONOCIMIENTO EN LOS SUPUESTOS DEL ARTICULO 135, «IN FINE», DEL CODIGO CIVIL

Una vez que hemos señalado la necesidad de un nuevo tratamiento del tema de la investigación de la paternidad como lógica consecuencia de un moderno planteamiento de la reforma del Derecho de filiación ilegítima; después de haber apuntado, por un lado, que este tema ha tenido en nuestro Derecho histórico unos cauces más abiertos y progresivos que los actuales, y, por otro, que en la actualidad coexisten junto con el del Código civil dos sistemas que, en diferente medida, dan cabida a la investigación de la paternidad, es oportuno preguntarse por el trato que a nuestro más alto Tribunal ha merecido el artículo 135, párrafo último, único caso en el que parece aceptarse la investigación de la paternidad en el Código.

Interesa aquí contemplar una hipótesis que es la que va a decantar la postura del Tribunal Supremo en orden a una interpretación progresiva o no de este precepto. La hipótesis se centra en un interrogante: ¿Cabe la imposición judicial de las consecuencias de la paternidad, si en el proceso penal queda acreditada la cohabitación en tiempo hábil, aunque se produzca absolución del delito? Tras reiterar la escasa producción jurisprudencial en torno a la norma comentada, recogeré aquí las sentencias que, de modo más o menos directo, han abordado esta cuestión.

En el primer resultando de la sentencia de 9 de abril de 1908 se lee: «Que doña ... dedujo querrela por estupro contra don ..., en la que, seguidas las actuaciones por sus trámites, la Audiencia provincial de ... dictó sentencia en 16 de diciembre de 1906, que fue declarada firme, por la cual, después de declarar en su primer resultando como hecho probado que el niño que la querellante había dado a luz en 30 de diciembre de 1902 era fruto de unión carnal con don ... absolvió a éste del delito objeto de la acusación...» Esta sentencia en su considerando primero establece que «las sentencias que se dictan en los juicios criminales, en tanto pueden tener trascendencia para el reconocimiento de una filiación, en cuanto tal reconocimiento se impone por consecuencia de un fallo condenatorio como complemento de la respectiva sanción penal aplicable». Así pues, en este caso, si bien quedó probada en el proceso penal la cohabitación y el nacimiento del niño como consecuencia de la misma, el Tribunal Supremo, al existir

---

(33) Así, DE LA CÁMARA, *Reflexiones sobre la filiación ilegítima en Derecho español*, discurso leído en su recepción como académico de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid, 1975, pág. 185.

absolución del delito de estupro, niega toda posible trascendencia civil de estos hechos en orden al reconocimiento de la filiación.

La sentencia de 25 de febrero de 1914 no aborda directamente el problema que estamos tratando; sin embargo, en su segundo y último considerando se recogen afirmaciones que resultan de interés. Dice así: «Considerando que es del todo improcedente estimar, según se pretende en el motivo único de este recurso, que la sentencia dictada en la causa criminal seguida contra don ... por el presente delito de estupro de la aquí recurrente, sea ni pueda ser en ningún caso el escrito auténtico de que va hecho mérito, puesto que nada contiene de la propia letra del recurrido, porque nada expresa en orden al reconocimiento de hija natural, y porque de todas suertes, siendo la sentencia absolutoria, si el orden penal declaró la inexistencia del delito con todas las consecuencias legales inherentes a la absolución, mucho menos puede producir en el orden civil efectos de ninguna especie.» En el caso que contempla esta sentencia no se pretendía tanto el reconocimiento por vía del párrafo último del artículo 135, cuanto el hacerse valer la sentencia penal —en la cual se declaraba probado el acceso carnal del recurrido con la recurrente y la paternidad biológica de ellos respecto de la niña—, como documento indubitado que al amparo del número primero del artículo 135 acarrearía el necesario reconocimiento. Como acabamos de ver, el Tribunal Supremo termina su último considerando con una afirmación tan amplia —«siendo la sentencia absolutoria, si el orden penal declaró la inexistencia del delito con todas sus consecuencias legales inherentes a la absolución, mucho menos puede producir en el orden civil efectos de ninguna especie»— que puede alcanzar, aunque éste no sea el supuesto específico del caso, a la cuestión que estudiamos.

Indudable interés presenta la sentencia de 25 de febrero de 1928, por cuanto abre un portillo a una posible interpretación del artículo 135, *in fine*, más acorde con los nuevos criterios que parecen inspirar el Derecho de filiación ilegítima. Veamos: por fallecimiento del procesado por delito de estupro quedó extinguida la acción penal y paralizado definitivamente, por tanto, el procedimiento criminal. La Sala de lo criminal de la Audiencia dictó auto, por el que, con arreglo a lo dispuesto en el párrafo primero del artículo 132 del Código penal, según el cual la responsabilidad penal se extingue por muerte del reo, declaró extinguida dicha responsabilidad en que pudiera haber incurrido dicho reo, sin perjuicio de las acciones civiles que competieran al querellante y a su hija, a quienes quedaban reservadas. En efecto, en vía civil, el Juzgado dictó sentencia declarando hija natural del reo fallecido a la niña que dio a luz la hija del querellante. Apelada la sentencia, la Audiencia la confirmó en todas sus partes. El hijo y heredero del reo fallecido interpuso recurso de casación, fundado en los motivos siguientes:

*Primero.*—La sala sentenciadora ha cometido abuso y exceso en el ejercicio de la jurisdicción al condenar al heredero de don ... a las penas que el artículo 464 del Código penal establece para los reos en



violación, estupro y raptó; porque el fallo no se apoya en que el difunto don ... reconociera a la niña ... como hija, aplicando las leyes civiles correspondientes, sino que se apoya en el artículo 464 del Código penal, y condena no en concepto de obligación del orden civil, sino como pena establecida por este artículo a lo que tal precepto ordena, y esto ni puede hacerse por el Tribunal del orden civil, ni por medio de un juicio ordinario que no es el medio adecuado para imponer sanciones penales; y si a esto se añade que el Tribunal competente, o sea, la Audiencia provincial, conociendo del sumario, no halló siquiera méritos para declarar el procesamiento, se verá cómo el concepto moral convalida y robustece el criterio legal de la doctrina expuesta:

*Segundo.*—Con infracción por indebida aplicación, por la Sala sentenciadora, del artículo 135 del Código civil en su segundo párrafo, porque lo determinado en ese precepto no consiste en permitir el reconocimiento de hija natural, declarándola habida entre el actor y la víctima de un delito de estupro, sino que exige someterse y acomodarse a los preceptos del Código penal; o sea, que haya habido causa y sentencia condenatoria; y que en esa sentencia condenatoria se haya impuesto el reconocimiento de la prole, porque puede darse el caso de que haya delito de estupro, de que el estuprador se castigue y de que no haya prole originada por aquel delito, y no exista, por tanto, posibilidad legal, ni se realice la imposición del número segundo de la ampliación de condena que para los delitos comprendidos en el artículo 458 establece el 464 del Código penal. Precisa, por consiguiente, que esos hechos precedan al reconocimiento de la hija natural; y cuando no precedan, no pueden sustituirse con una acción civil en un juicio declarativo de mayor cuantía, que tiene que dar por supuesta la existencia de un delito, la de la hija natural a quien fuera forzoso reconocer. Así lo tiene declarado este Supremo Tribunal en su sentencia de 9 de abril de 1908, cuya doctrina claramente establece que sólo tiene trascendencia para el reconocimiento de una filiación que las sentencias que se dictan en los juicios criminales en cuanto esa filiación se impone, por consecuencia del fallo condenatorio, y «como complemento de la respectiva sanción penal aplicada». Véase, pues, cómo no es posible admitir que sin esa previa condena establecida por quien jurisdiccionalmente tenga competencia, y con las debidas garantías procesales, se pueda derivar en otro pleito la consecuencia de una declaración de hija natural. Al hacerlo no sólo se aplica indebidamente esa parte del precepto, sino que además se quebranta la primera parte del artículo y se va contra el principio establecido y sancionado por numerosa jurisprudencia de no ser lícita la investigación de la paternidad. Cuando se declara cometido un estupro y que de este estupro se ha producido un hijo, y se condena al actor a la pena correspondiente del artículo 458 del Código penal, y además, a las complementarias del artículo 464; entonces esa condena y esa sentencia ejecutoria constituyen el título para reconocer a la hija natural. Pero aun suponiendo que se hubiera declarado la existencia de un estupro mientras no estuviera asimismo establecido en el fallo, la condena del reconocimiento

de la prole, que presupone el hecho de ser esta prole por el delito producida, hay que procurar demostrar, inquirir y probar que por las relaciones carnales entre el supuesto estuprador y la persona estuprada se engendró esa prole; o lo que es lo mismo, hay que investigar y descubrir quién fuera el padre de la niña habida por la estuprada en este caso, sustituyendo con esta investigación y probanza en un juicio civil, los dos únicos casos que permite y sanciona el artículo 135 del Código civil, que en este sentido se infringe expresamente; y reemplaza el mayor o menor acierto del Juez que investiga o de la sala que se fía de los testigos presenciales de la cohabitación, con aquella expresa o tácita voluntad del padre, única que puede conceder título a se reconocimiento, sancionada por nuestras leyes. Lo mismo el juzgador que la sala sentenciadora reconocen que en este caso no puede haber seguridad metafísica del hecho; pero que hay elementos probatorios bastantes a poder justificar no el estupro, que sería lo de menos, sino que la hija inscrita como hija natural de doña... se engendró en aquellas relaciones carnales, por don..., padre de su representado. Y como esta declaración y aquellas probanzas suponen la investigación de esa paternidad, para declararla, resulta evidente el concepto jurídico que infringe y quebranta el fallo recurrido.

De entre los considerandos de esta sentencia expondré los que, a mi juicio, son de mayor interés para nuestro tema:

Considerando que «bien puede afirmarse que la jurisdicción criminal, con la muerte del querellado, tuvo necesariamente que dejar de conocer y dar por terminadas su competencia y facultades, las cuales, por las disposiciones citadas, por la doctrina de la jurisprudencia y por la fuerza y realidad de los hechos, se transmitieron al Tribunal civil, único ya competente para conocer y apreciar la existencia y trascendencia del hecho delictivo de que arranca la responsabilidad civil, a los efectos de ésta, con libertad de criterio, ya para no estimar justificado el delito, como ocurrió en el caso de la sentencia de 17 de enero de 1880, que, por ello, absolvió fallo que, aunque confirmando por este Tribunal, no se fundó en nada que afectara a la jurisdicción, sino en la inexistencia del estupro; o ya para, según ha hecho en el presente caso el Tribunal «a quo», estimarlo, así como sus consecuencias, juicio que si fue o no aceptado, podría afectar al fondo; pero no presupone el abuso y exceso en el ejercicio de la jurisdicción por razón de la materia a que se refiere el número 6.º del artículo 1.692 de la ley de Enjuiciamiento Civil, porque, además de lo expuesto, después de todo, el fallo no impone penas personales, ni como tales se consideran las reparaciones específicas a que alude el artículo 464 del Código penal, que bien claramente indica que la dote y el reconocimiento de la prole a que se refiere, son por vía de indemnización; todo lo que, en concordancia también con lo prevenido en el artículo 51 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que declara a la jurisdicción ordinaria de tal índole única competente para conocer de los negocios civiles, impone como corolario la desestimación del primer motivo del recurso.»

«Considerando, en cuanto al segundo motivo, que el reconocimiento



de hijos naturales que se impone al padre por el artículo 135 del Código civil, reconoce dos orígenes: uno, de naturaleza exclusivamente civil, cuando existe documento indubitado de aquél reconociendo la paternidad, o bien han mediado actos directos del mismo o de su familia, que justifican la continua posesión de estado, que son los dos casos del primer párrafo de aquel precepto, que no afectan al pleito presente; y otro, derivado de actos punibles del progenitor realizados con violencia, seducción, engaño u otro medio adecuado, para dar vida a los delitos de estupro, violación o raptó, expresados en el último párrafo del mencionado artículo 135 a que se contrae el problema con relación al estupro planteado en esta litis, en la que huelga hablar de la prohibición de investigar la paternidad, porque esta doctrina no es aplicable en casos de delito en que compete al Tribunal apreciar si el acto carnal produjo prole y el estado y condición de sus generadores, para la calificación de la filiación de ésta, sin que se haya infringido bajo este aspecto el citado artículo 135 del referido Código civil, que tampoco exige, como se supone en el recurso, la previa condena a las penas que señala el artículo 458 del Penal.»

«Considerando a mayor abundamiento que en caso de delito bien claramente expresa el precepto legislativo en el final del repetido artículo 135 del Código civil, que se estará a lo dispuesto en el Código penal, lo cual, por sí, excluye las reglas civiles preceptuadas para los dos casos primeros del mismo artículo, en concordancia con la base quinta de la ley de 11 de mayo de 1888, sin exigir que necesariamente sea la jurisdicción criminal la que tenga que dar previamente su fallo, sino que éste, a efectos civiles sobre la base siempre, como es consiguiente, de la existencia del acto punible, hállese o no castigado, y en su caso, la calidad de origen, ha de someterse a las normas procesales dictadas para el ejercicio de la acción civil que puede ejercitarse separadamente y con independencia de la penal, como antes queda dicho, para la reparación del daño que el acto delictivo pudiera haber originado; y es más, como esta separación no es consecuencia de la pena personal, sino derivación del hecho que la mereciera, a veces es de imposible realización, dado nuestro sistema penal y procesal el previo castigo cuando, por defunción o rebeldía, entre otros casos, no hay reo que pueda ser juzgado por el Tribunal Criminal, en quien, para ese objeto, radica exclusivamente la competencia, y en tales excepcionales casos, al no quedar extinguida, sino reservada y transmitida a los sucesores la consecuencia civil del delito, ni el legislador que señala el derecho constituido, ni los principios generales del derecho, ni la equidad pueden admitir que al abuso del seductor suceda la adicción (*sic*) de su víctima, cuando aquél ha sido declarado por el juzgador a quien la ley concede potestad para formar su juicio y lo ha formado con diversos elementos probatorios y las garantías procesales exigidas y audiencia del Ministerio fiscal, como ha ocurrido en el caso de autos, y viene a reconocer implícitamente el recurrente al no impugnar el extremo referente a la dote de la madre seducida, que es, lo propio que la declaración de filiación, la reparación específica ordenada por

el artículo 464 del Código penal, al que, sin citarlo, alude el último párrafo del 135 del civil.»

El Tribunal Supremo, en esta ocasión, falló declarando no haber lugar al recurso. Interesa destacar de esta sentencia dos afirmaciones aparecidas en sus considerandos: 1.<sup>a</sup> La aplicación del artículo 135 del Código civil no exige, en el caso del párrafo último, la previa condena a las penas que señala el Código penal. 2.<sup>a</sup> El ejercicio separado de la acción civil, efectuado con independencia de la acción penal, no es consecuencia de la pena personal, sino derivación del hecho que la mereciere.

En la Sentencia de 28 de octubre de 1954, el Tribunal Supremo —Sala de lo Civil— entra en los hechos probados para desestimar toda posible pretensión civil que hubiera podido derivarse de una calificación penal de los mismos. En el segundo y último considerando de esta sentencia se lee: «Que la sentencia acoge igualmente la existencia de delito para el reconocimiento de la prole, sin detallar con precisión en qué sentido lo efectúan ni sentar los hechos adecuados y precisos que lo demuestren, porque los hechos probados quedan reducidos a la existencia de relaciones amorosas entre la actora y don..., a las cartas ya consignadas, al accidente y defunción de éste y otros sin trascendencia para el caso debatido, no apareciendo que las relaciones íntimas consentidas, fueran obtenidas con fuerza ni engaño ni otras circunstancias para integrar carácter penal, por lo que carecen de viabilidad para conceder el reconocimiento de la paternidad, pues aun admitiendo la promesa de matrimonio, esta promesa fue mantenida siempre por el citado don... en todas sus cartas y si en definitiva las nupcias no tuvieron lugar fue debido al fallecimiento del mismo, dos meses después del conocimiento del estado de la actora; y en esas condiciones no cabe admitir la existencia de hechos delictivos como hace la sentencia recurrida...». Dos notas destacaremos del párrafo transcrito: por un lado, el Tribunal Supremo para poder decidir sobre la pretensión civil —reconocimiento de filiación— entra, a estos efectos, en la calificación penal de los hechos probados; por otro, al considerar que estos hechos no son constitutivos de delito, rechaza toda consecuencia civil.

En la misma línea que la anterior se encuentra la sentencia de 15 de abril de 1958. Su primer considerando establece: «Que la Sala de Instancia llega a la absolución de la demanda por la parte actora deducida en solicitud primordialmente de que se la declare hija natural del fallecido, don..., por haber sido autor de un delito de estupro consumado con la madre de la accionante, del que derivó su nacimiento, sentando como hechos:

Primero. No haberse acreditado por quien demanda, la fidelidad de una fotocopia presentada con el escrito inicial del procedimiento de las declaraciones en que basa su petición, ni su fecha, ni la autenticidad del original de que se haya obtenido, pues si bien se afirma que la reproducción fotográfica se hizo al presentar el original en otro juicio que se entabló en el año 1926, el informe pericial obrante en los autos asevera que se consiguió a partir de los años 1937 ó 1938.



Segundo. Que no está acreditado que el supuesto seductor reconociese la comisión del delito de estupro, y sí sólo que, para librarse de la renuncia del mismo, accedió a entregar 30.000 pesetas a la supuesta ofendida.

Tercero. Que la prueba testifical practicada a instancia de la parte actora revela la no existencia del estupro, sino que descubre unas relaciones no lícitas consentidas.

Cuarto. Que no existe en los autos la menor alusión a la edad de la ofendida, salvo la vaga frase «menor de edad»; y

Quinto. Que para apreciar la existencia del delito de estupro, e imponer como consecuencia del mismo el reconocimiento de la prole, es necesario probar la realidad de tal hecho, y si la actora es fruto del acto carnal ilícito, cuya justificación no ha sido realizada.

En el considerando segundo de la sentencia dice el Tribunal Supremo: «... por lo que respecta al artículo 135, en su párrafo segundo, como la pretendida declaración de hija natural implica un concepto jurídico, para que pueda ser revisado es preciso demostrar el error en la valoración de los hechos apreciados por la Sala sentenciadora, lo que no se logra mediante los razonamientos que contiene el motivo, por estar rechazada la autenticidad y fidelidad de la fotocopia presentada con la demanda, y en cuanto a la manifestación que la sentencia recurrida atribuye al demandado respecto al reconocimiento por éste de que su causante suscribió un documento privado en 15 de diciembre de 1925, por virtud del cual se comprometía a satisfacer a la madre de la actora 30.000 pesetas en varios plazos, también asevera el propio demandado en el escrito de contestación a la demanda en que aquella afirmación se sienta, que no puede asegurar que el texto del documento en cuestión fuese el que refleja la reproducción fotográfica, por lo que siendo así, como queda en pie la afirmación de la Sala de Instancia de no haberse probado la realidad del delito de estupro, ni que la accionante sea fruto del acto carnal ilícito que achaca al causante del demandado, es de ello corolario que la sentencia recurrida no ha violado ni interpretado erróneamente el citado artículo 135 del Código Civil, al haber fundado su fallo en apreciaciones de hecho, que no permiten hacer la calificación de la filiación natural que se ha postulado». También en el caso que nos ocupa, el Tribunal Supremo, sin previo proceso penal, valora los hechos que le presenta la Audiencia, estimando que de ellos no aparece probada la realidad del delito de estupro, por lo que no se produce, a juicio del Tribunal, el supuesto de hecho del que el artículo 135, párrafo último, hace depender el reconocimiento de la filiación.

En la Sentencia de 14 de marzo de 1963, la Sala Segunda del Tribunal Supremo vuelve a insistir de forma clara y de modo que no deja lugar a dudas en el criterio que ya sentase en vía civil la sentencia de 9 de abril de 1908; el segundo considerando establece que «si no existe el delito de estupro por el que fue acusado no hay posibilidad de hacer aplicación del artículo 444 del Código Penal respecto a las obligaciones que este precepto impone, por vía de indemnización, a los reos

condenados como autores de este delito, y de los de violación y raptó, de dotar a la ofendida, mantener a la prole y, en su caso, reconocer a ésta».

Me parece de algún interés recoger, igualmente, la Sentencia de 24 de enero de 1967, en la que, si bien el Tribunal Supremo no entra en sus considerandos en la problemática concreta que plantea la interpretación del artículo 135, *in fine* —al no acreditarse que el demandado sea el padre natural de la niña que la demandante alumbró no da lugar al recurso—, se recogen interesantes observaciones en el primer motivo del recurso. Se lee en este primer motivo: «... que articulada la acción al amparo del párrafo segundo del número segundo del artículo 135 del Código civil, es lo cierto que instruido el correspondiente sumario por el Juzgado de..., y decretado incluso el procesamiento del recurrido don ... —absuelto, sin embargo, en el proceso civil— se decretó la prescripción del delito sin que como consecuencia el juicio oral llegara a celebrarse; que la postura del recurrido ante la situación penal ya consumada consistió en sostener que no era posible que se pudiera llegar a imponer al recurrido la declaración de paternidad y la obligación de alimentar a la hija..., toda vez que articulada la acción con base en el artículo 434 del Código Penal al no haberse producido una condena del interesado, ya no resultaba posible la consecuencia civil pretendida; que la sentencia recurrida resolvió con todo acierto —a juicio de la recurrente— el problema, toda vez que sostuvo que no era necesaria una sentencia de condena de la Jurisdicción civil, bastando, en consecuencia, el examen de los hechos y siendo perfectamente posible obtener una conclusión positiva con total independencia del hecho de que el delito hubiera prescrito, tesis que refuerza la del Juzgado de Primera Instancia, que obtuvo la misma conclusión, y que, en todo caso, venía prácticamente impuesta desde la sentencia de esta Sala de 25 de febrero de 1928; que, en consecuencia, se está ante el concreto supuesto de que el Tribunal civil es plenamente competente y está facultado para determinar si en la conducta del recurrido concurren los requisitos a que se refiere el artículo 434 del Código penal, con las consecuencias que de ello se derivan en cuanto quedaría obligado a reconocer como suya la hija de la recurrente...». El Tribunal Supremo, como ya he dicho, no entró en la cuestión que nos ocupa por considerar que no resultaba probado el hecho de que el demandado fuese el padre natural de la niña que la demandante alumbró: quede, de todos modos, constancia que en el pleito el tema estuvo presente y de ello es prueba el primer motivo de recurso que acabo de recoger parcialmente.

Importante y reciente es la sentencia de 30 de mayo de 1972 (34); por su indudable interés haremos un breve resumen de los hechos, para, a continuación, exponer los considerandos:

Doña ... presentó demanda de juicio declarativo de mayor cuantía ante el Juzgado de Primera Instancia ... contra don ... y contra el

---

(34) El texto íntegro de esta sentencia me ha sido facilitado amablemente por la editorial Aranzadi, a la que agradezco esta deferencia.



Ministerio Fiscal, sobre reconocimiento de filiación natural. La actora alegó que por razón de convivencia con el demandado en el mismo pueblo, desde muy jóvenes se profesaron gran amistad que de mayores derivó en noviazgo formal y durante él y dada la proximidad del enlace matrimonial, el demandado había conseguido vencer el pudor de la actora realizando actos de cohabitación repetidas veces, quedando embarazada; que la actora se trasladó al pueblo de su novio y se alojó en casa de los padres del mismo, preparándose para el matrimonio que estaba próximo, y, en esta situación, se recibió noticias del demandado anunciando su boda, pero con otra mujer, como efectivamente sucedió; que la actora alumbró una niña que fue inscrita en el Registro Civil con los apellidos que corresponden a los de sus padres naturales, si bien el primero de ellos se asignó a efectos de identificación; que la actora denunció los hechos y el demandado fue condenado por la Audiencia Provincial a la pena de dos meses de arresto mayor y a abonar a la ofendida 25.000 pesetas como indemnización en concepto de dote, que no ha satisfecho, y, si bien en la sentencia se reconocía que había quedado embarazada como consecuencia de las relaciones íntimas habidas con el demandado, no se condenó a éste al reconocimiento de la prole. La actora termina suplicando se dicte sentencia en la que se declare: 1.º Que la niña ..., inscrita como hija natural de la actora, es también hija natural del demandado. 2.º Que dicha niña debe ostentar los apellidos ..., que corresponden a los de sus padres naturales, no sólo a efectos identificadores, sino porque son los que legalmente le corresponden como hija natural de la actora y del demandado.

El Ministerio Fiscal se mostró conforme con la demanda, teniendo en cuenta la sentencia recaída en la vía penal, siempre que se acreditara la autenticidad del documento en que consta. El demandado se opuso y solicitó la absolución. El Juez de Primera Instancia dictó sentencia por la que, desestimando la demanda, absolvió al demandado sin costas. Apelada la sentencia, la Audiencia la confirmó, sin expresa imposición de costas en ninguna de las instancias. El Ministerio Fiscal interpuso recurso de casación por infracción de ley, por un solo motivo. El Tribunal Supremo declaró haber lugar al recurso interpuesto contra la sentencia de la Audiencia, la que dejó sin efecto, y dictó segunda sentencia revocando la pronunciada por el Juez de Primera Instancia y, estimando la demanda, declaró que la niña, inscrita en el Registro Civil como hija natural de la actora, lo es también del demandado, por lo que debe ostentar los apellidos de sus progenitores, que legalmente le corresponden.

Una vez señalados los hechos y momentos más importantes en el transcurso del pleito, antes de pasar a los considerandos, interesa destacar el único motivo en el que el Ministerio Fiscal funda su recurso; dice así: «Autorizado por el número primero del artículo mil seiscientos noventa y dos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por cuanto la sentencia recurrida infringe por interpretación errónea, el artículo ciento treinta y cinco, párrafo último del Código Civil. (Cita el último párrafo del artículo ciento treinta y cinco del Código Civil.) Para cen-

trar la interpretación del precepto transcrito es imprescindible hacer referencia al valor que en nuestro Derecho puede tener la regla que prohíbe la investigación a (*sic*) la paternidad natural. Generalmente acostumbra a afirmarse que impera el principio prohibitivo, y que en cuanto al artículo ciento treinta y cinco del Código Civil supone una excepción al mismo, su interpretación debe ser restrictiva. A esta idea responde la base quinta de la Ley de once de mayo de mil ochocientos ochenta y ocho. Lo mismo el artículo trescientos cuarenta del Código francés en su redacción originaria: la «recherche de la paternité est interdite». El artículo ciento veintisiete del Proyecto del Código de mil ochocientos cincuenta y uno había declarado que «se prohíbe en todo caso la investigación de la paternidad o maternidad de los hijos nacidos fuera del matrimonio». Pero lo cierto es que el Código Civil relativamente (*sic*) a la filiación natural no contiene un precepto análogo a aquellas reglas prohibitivas. Sin embargo, observamos que de modo expreso se prohíbe la investigación de la paternidad en la filiación ilegítima no natural en el artículo ciento cuarenta y uno.» Hasta aquí el motivo del recurso interpuesto por el Ministerio Fiscal. Pasemos ahora a los considerandos de la sentencia que, por su indudable interés, transcribiré literalmente:

«Considerando: que el artículo ciento treinta y cinco del Código que recogió con variantes de expresión, motivadoras de dudas y discusiones doctrinales, el contenido de la base quinta de la Ley de once de mayo de mil ochocientos ochenta y ocho, admite propiamente la investigación de la paternidad sólo en el caso de delito sexual, prescribiendo que en los casos de violación, estupro o raptó, se estará a lo dispuesto en el Código penal en cuanto al reconocimiento de la prole», reconocimiento que es consecuencia de la condena penal, y para llegar a ella tiene el Tribunal facultad para apreciar si el acto carnal produjo prole y el estado y condición de sus generadores para la calificación de la filiación, como premisas necesarias para que pueda imponer el reconocimiento que preconiza el artículo cuatrocientos cuarenta y cuatro del Código Penal, y por ello, siempre que exista sentencia penal condenatoria por esos delitos, el Tribunal de lo penal ha de imponer, por vía de indemnización, el reconocimiento de la prole, el que no deriva de la voluntad del padre, sino de la constatación de la filiación.»

«Considerando: que si la sentencia penal es absolutoria, por no estimar acreditados los hechos que constituirían el delito, ello será una valla infranqueable para pedir en la jurisdicción civil el reconocimiento, dado que éste habría de derivarse de los hechos cuya existencia se negó; pero si la sentencia penal declara la existencia de los hechos integrantes del delito y no castiga éste, por defunción, rebeldía o inimputabilidad de su autor, queda expedita la vía civil para la reparación del año que el acto delictivo pudiera haber originado, cual reconoce la sentencia de veinticinco de febrero de mil novecientos veintiocho, y a igual conclusión debe llegarse en aquellos supuestos en que se declara probado que el procesado tuvo acceso con la ofendida, pero



sin emplear engaño para lograrlo o siendo aquélla mayor de veintitrés años, casos en los que no existe delito de estupro, pero sí queda establecida una filiación en la sentencia penal, que es lo único que importa para el ejercicio de la acción civil, pues ésta ha de basarse siempre en la existencia del acto punible (35), háyase o no castigado.»

«Considerando: que, con arreglo a la doctrina expuesta, es de estimar el único motivo del recurso que, amparado en el número primero del artículo mil seiscientos noventa y dos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, denuncia la interpretación errónea del último párrafo del artículo ciento treinta y cinco del Código civil, puesto que declarándose en la sentencia penal que condenó al demandado como autor de un delito de estupro que la ofendida quedó embarazada en virtud de yacimiento practicado con el procesado cuando tenía más de veintitrés años, es evidente que tal delito existe y es sancionado, y al no poder imponer el reconocimiento sólo por razón de edad de la ofendida, no cabe duda que al ser conocido el autor del embarazo y el nacimiento subsiguiente, ha establecido la sentencia penal una filiación que ya no puede desconocerse, por lo que, siguiendo las modernas orientaciones doctrinales y de Derecho comparado, debe sancionarse la declaración de paternidad hecha por la jurisdicción penal, lo que obliga a la estimación del recurso, con los pronunciamientos del artículo mil setecientos cuarenta y cinco de la Ley procesal Civil.»

En el fallo se declara haber lugar al recurso de casación, por lo que se casa y anula la sentencia de la Audiencia. En la segunda sentencia del Tribunal Supremo se lee que «establecido en la sentencia penal que el demandado es el autor del embarazo de la actora cuando ambos eran solteros, y que la niña nacida de ésta es el fruto de dicho embarazo, procede la estimación de la demanda...».

Cierra este recorrido jurisprudencial la sentencia de 28 de marzo de 1974, última que conocemos, y cuyo supuesto de hecho es extraordinariamente semejante al de la sentencia de 1972. Veamos: doña ..., actuando por sí y en representación de su hijo menor de edad, dedujo demanda de juicio declarativo de mayor cuantía ante el Juzgado de Primera Instancia contra don ..., sobre reconocimiento de hijo natural, alimentos y otros extremos. La actora alegó: Que trabó amistad con el demandado que con el tiempo se convirtió en relaciones de noviazgo; que en una de las excursiones que realizó con el demandado, éste le propuso con insistencia que efectuase un acto carnal, ya que él mismo se proponía casarse con ella, y que incluso si quedaba embarazada sería más fácil que su familia accediere de mejor grado a su matrimonio, a lo que accedió la actora; que mediante la misma promesa el acto se repitió unas quince veces, por última vez en los primeros días de mayo de 1964, fecha en que quedó embarazada, sin que el demandado cumpliera su promesa, puesto que el

---

(35) Me parece incorrecta la expresión "acto punible" en el contexto de este considerando. Si no existe delito, no resulta apropiada la terminología utilizada por el Tribunal Supremo.

día 23 del mismo mes y año contrajo matrimonio con su actual esposa, dando a luz la actora el día 22 de enero de 1965; que en sentencia penal la Audiencia condenó al demandado como autor de un delito de estupro a tres meses de arresto, accesorias, y, por vía de indemnización, dotar a la ofendida, con la suma de 90.000 pesetas, reconocimiento del hijo y mantener a éste mediante alimentos y pago de costas, e interpuesto recurso de casación el Tribunal Supremo distinguió los yacimientos con la actora antes y después de cumplir los veintitrés años, y, ocurrido el embarazo con posterioridad a la edad de veintitrés años de la actora, dejó sin efecto el reconocimiento y mantenimiento del hijo, reservando las acciones para que sean ejercitadas en el juicio que corresponda; terminó suplicando se dictase sentencia declarando que el hijo de la actora es hijo natural del demandado, declarando igualmente que por virtud de tal reconocimiento el niño tiene derecho a llevar los apellidos del demandado, a recibir alimentos y, en su caso, la porción hereditaria que establece la Ley, señalando como alimentos una cuantía de 4.000 pesetas mensuales.

El demandado se opuso a la demanda. El Juez de Primera Instancia dictó sentencia estimando la demanda, sin costas. Apelada la sentencia, la Audiencia la confirmó, sin costas. El Tribunal Supremo, siendo ponente Bonet Ramón, declaró no haber lugar al recurso. En el primer considerando de esta sentencia el Tribunal se ratifica plenamente en lo declarado en la de 30 de mayo de 1972 y recoge literalmente las consideraciones que en ésta establecía, por lo que se hace innecesaria su transcripción. En el segundo y último considerando señala «que la aplicación de esta doctrina al caso de autos, que contempla un supuesto idéntico, hace decaer el recurso en su totalidad».

#### IV. HACIA UNA INTERPRETACION CORRECTORA DE LA NORMA

##### 1. *Escasa atención doctrinal.*

La norma que comentamos —artículo 135, párrafo último, del Código civil— ha sido objeto de escasa atención por los autores. En un primer momento, el, a la sazón, Presidente del Tribunal Supremo, señor Aldecoa, en un importante discurso —a propósito de la investigación de la paternidad y su distinción del reconocimiento de hijos habidos fuera del matrimonio—, se expresaba en el sentido de negar el reconocimiento de la prole si en las relaciones sexuales, base del presunto delito, no hubiere existido engaño o violencia de ninguna especie (36). Sánchez Román, refiriéndose al estupro, expone con gran claridad un aspecto concreto del problema interpretativo que el artículo 135, *in fine*, puede plantear: «Si en un procedimiento por supuesto

(36) Decía Aldecoa: «Mayores dificultades puede ofrecer el caso de reconocimiento cuando éste deriva de la comisión de un delito, pues que



delito de estupro falta la prueba de aquella circunstancia —se refiere al engaño—, no podrá aplicarse la consecuencia legal de la obligación de dicho reconocimiento forzoso, a que se refiere el párrafo final del artículo 135, al decir que «en los casos de violación, estupro y raptó se estará a lo dispuesto en el Código penal en cuanto al reconocimiento de la prole»; y se producirá el resultado absurdo de que no obstante, haberse producido en juicio criminal la paternidad y la filiación, por la falta de prueba de la circunstancia de intervenir engaño, no será obligatorio el reconocimiento de la prole, confundiendo de esta suerte dos cosas distintas, cuales son la irresponsabilidad penal del supuesto estuprador enfrente de la estuprada, por no haber mediado engaño, y la condición cierta de la filiación de la prole que, judicialmente demostrada, no se podrá, sin embargo, obtener el reconocimiento de aquella paternidad. Esto depende de que, al hacer esa referencia el Código civil al penal, no ha tenido en cuenta que el nacimiento de prole habida por cópula con mujer mayor de doce años y menor de veintitrés no constituye delito si no media aquel engaño, ni permite dentro del mecanismo del Código penal la consecuencia del reconocimiento de prole, a que se contrae el número 2.º del artículo 464 del mismo» (37).

Castán Tobeñas se pregunta si podrá pedirse el reconocimiento cuando la sentencia penal dictada en la causa por uno de los delitos previstos haya sido absolutoria. Distingue este autor dos supuestos: 1.º Si la sentencia niega en su primer resultando los hechos que constituirían el delito, en cuyo caso no habrá base para pedir en vía civil el reconocimiento. 2.º Si la sentencia acepta los hechos que serían delito (38) y absuelve de éste al procesado, Castán se inclina a creer que

---

sólo puede fundarse en la presunción que de él nace; pero se halla tan íntimamente relacionado con la perpetración del hecho punible, resultaría tan poco ejemplar que el castigado como autor de un daño de esta naturaleza, violación, estupro o raptó, no fuese obligado al reconocimiento de la prole, aún contra su voluntad, que me parece bien y acertado que al causante de un atentado de tamaña inmoralidad se le imponga dicho reconocimiento, pues las circunstancias con que se cometen esta clase de delitos son base de hechos muy suficientes para establecer sobre ellos la presunción de la paternidad, presunción justificada para atender en la medida necesaria a la reparación de los perjuicios irrogados, consideración ésta que no puede ser tomada en cuenta cuando no han mediado en las relaciones sexuales engaño o violencia de ninguna especie"; ver SÁNCHEZ ROMÁN, *Estudios de Derecho civil*, t. V, vol. 2.º, Madrid, 1912, página 1037, nota 2.

(37) *Ob. cit.*, pág. 1039.

(38) Como ejemplos de este supuesto, Castán señala los casos en que el reo no haya actuado con engaño en el presunto delito de estupro, o sea loco o menor de edad. La expresión "hechos que serían delito" que emplea el autor no resulta demasiado acertada y puede inducir a confusión. Veamos: en el caso de locura o minoría de edad penal no parece haber problema, por cuanto pueden haberse producido los hechos constitutivos del delito pero al no darse la imputabilidad, absolver al reo; ahora bien, si en un proceso por estupro queda probada la falta de engaño, pienso que no puede hablarse de "hechos que serían delito", porque es el engaño precisamente uno de los elementos que constituyen el tipo penal.

se podrá pedir el reconocimiento, en base a una filiación que ha quedado establecido en la sentencia; como ejemplo de este segundo supuesto cita los casos en que en la causa penal por estupro faltó el engaño, o cuando el autor del delito es inimputable (loco o menor de dieciséis años) (39). En la misma línea se encuentra Puig Brutau, para quien, si bien en principio, el reconocimiento de la filiación natural a consecuencia de sentencia penal exige que ésta haya sido condenatoria, no obstante, a continuación, siguiendo a Castán, distingue en caso de sentencia absolutoria, según las razones que hayan motivado la absolución (40).

Rivero apunta que en los casos de imposición judicial de la paternidad como consecuencia de una condena por violación, estupro o raptó, la cohabitación es el requisito previo e insoslayable no sólo de la condena penal, sino de la declaración de paternidad. Añade que puede ocurrir que haya absolución del delito, pero si quedaron probadas las relaciones sexuales podrá y deberá declararse la paternidad, si no en el proceso penal por dificultades procesales (en cuanto pueda considerarse el reconocimiento de la prole como una clase de indemnización, y ser ésta subsidiaria de la condena), sí en un proceso civil independiente, cuya vía queda expedita. Para este autor, en este caso el fundamento de la paternidad hay que hallarlo en la cohabitación —y no en el delito o en la condena—, elemento imprescindible y suficiente para la imposición o declaración de la paternidad. En apoyo de esta tesis cita el artículo 293 del Reglamento del Registro Civil, según el cual, si bien las inscripciones no pueden rectificarse en virtud de sentencia recaída en proceso penal, no obstante, en cuanto sean contradictorias con los hechos que la sentencia declara probados, serán rectificadas mediante expediente gubernativo. La preponderancia de lo que resulta de los hechos probados —dice Rivero— es evidente; el expediente gubernativo —señala— es necesario sólo porque ya hay inscrito un estado o una paternidad diferente, que hay que modificar precisamente en consideración y con el triunfo de lo que aparece de los hechos probados (41).

Lacruz-Sancho, después de señalar que por el carácter accesorio del reconocimiento, en estos casos, se requiere un fallo condenatorio, hacen referencia al supuesto de sentencia absolutoria con aceptación en la misma de los hechos que serían delito y se inclinan por la tesis de Castán. En todos estos supuestos —dicen estos autores— la imposición del reconocimiento no es pena accesoria, sino imposición hecha por sentencia civil consecuente al ejercicio de una acción civil, cuando una sentencia penal ha dejado en el resultando de hechos probados constancia del hecho tipificado como delito sexual o, teniendo en cuenta

(39) *Derecho civil español común y foral*, t. V, vol. 2.º, Madrid, 1966, pág. 76.

(40) *Fundamentos de Derecho Civil*, t. IV, vol. 2.º, Barcelona, 1970, pág. 130.

(41) *La presunción de paternidad legítima*, Madrid, 1971, págs. 275-276 y nota 243.



las últimas declaraciones jurisprudenciales, constancia del acceso, aunque al mismo le falte algún elemento de la tipicidad penal (42).

## 2. Reciente criterio jurisprudencial.

La sentencia de 30 de mayo de 1972, recogida anteriormente, ratificada plenamente por la de 28 de marzo de 1974, se inserta en el marco de una jurisprudencia progresiva sobre el reconocimiento proveniente del llamado delito sexual, que había tenido su primero y más importante hito en la sentencia de 25 de febrero de 1928.

La sentencia que comentamos parte en su segundo considerando de una afirmación de principio para, a continuación, establecer un doble tipo de matizaciones. Veamos: si la sentencia penal es absolutoria porque no estiman acreditados los hechos que constituirían el delito —dice el Tribunal Supremo—, es del todo punto imposible pedir en vía civil el reconocimiento, ya que éste habría de derivarse de los hechos cuya existencia se negó; esto no supone otra cosa que atenerse, conforme al artículo 116 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, a la eficacia de la cosa juzgada penal en el proceso civil. Ahora bien, y aquí viene el primer matiz, si la sentencia penal declara la existencia de los hechos integrantes del delito y no castiga a éste por defunción, rebeldía o inimputabilidad de su autor, queda expedita la vía civil para la reparación del daño que el acto delictivo pudiera haber originado; es decir, que, no obstante, la sentencia absolutoria, si se han dado todos los elementos del tipo penal, queda libre la posibilidad de acudir a los tribunales ordinarios para, en base a estos hechos probados, solicitar el reconocimiento del hijo natural. Pero el Tribunal Supremo va más lejos, señalando que —y ésta constituiría la segunda matización— a igual conclusión debe llegarse en aquellos supuestos en que se declara probado que el procesado tuvo acceso con la ofendida, pero sin emplear engaño para lograrlo o siendo aquélla mayor de veintitrés años, casos en los que no existe delito de estupro, pero sí queda establecida una filiación, que —a juicio de nuestro más alto Tribunal— es lo único que importa para el ejercicio de la acción civil; así pues, si la sentencia es absolutoria porque falta algún elemento de tipo penal, si se ha probado la cohabitación, queda expedita la vía civil. En este último supuesto, el establecimiento de una filiación en la sentencia penal es suficiente —según el Tribunal Supremo— para ejercitar la correspondiente acción civil. De este modo el ejercicio de la acción civil no es consecuencia de un acto ilícito penal, sino de una filiación que, probada en un proceso penal, no puede ser olvidada por los Tribunales civiles.

Sin embargo, las consideraciones que anteceden no constituyen la *ratio decidendi* de la sentencia (43); ésta debe encontrarse en el con-

---

(42) *Derecho de Familia, cit.*, pág. 96.

(43) En igual sentido DE LA CÁMARA, *Reflexiones sobre la filiación...*, cit., pág. 45, nota 54.

siderando siguiente y radica en el hecho de que el Tribunal penal estableció con toda claridad la filiación —«no cabe duda que al ser conocido el autor del embarazo y el nacimiento subsiguiente ha establecido la sentencia penal una filiación que ya no puede desconocerse»—, y es ésta precisamente lo único determinante para el ejercicio de la acción civil (44). Esta idea vuelve a aparecer en el único considerando de la segunda sentencia al declarar que «establecido en la sentencia penal que el demandado es el autor del embarazo de la actora cuando ambos eran solteros y que la niña nacida de ésta es el fruto de dicho embarazo, procede la estimación de la demanda».

### 3. Consideraciones finales.

Si tenemos presente el criterio mantenido por la Sentencia de 25 de febrero de 1928 —el ejercicio separado de la acción civil, efectuado con independencia de la acción penal, no es consecuencia de la pena personal, sino derivación del hecho que la mereciere—, reforzado por el hecho de que el Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, a los efectos del reconocimiento de la prole, entra en la calificación penal de los hechos (*vid.* Sentencia de 15 de abril de 1958); si a ello añadimos la nueva directriz que parecen marcar las dos últimas decisiones judiciales (Sentencias de 30 de mayo de 1972 y 28 de marzo de 1974), combinados estos criterios jurisprudenciales, se podría mantener que sobrepasadas las actuaciones criminales, la jurisdicción civil sería libre para determinar la existencia del acceso y subsiguiente procreación e imponer, prescindiendo de los restantes elementos del tipo penal, como consecuencia, el reconocimiento.

Parece evidente que una interpretación en este sentido del artículo 135, párrafo último, constituye una interpretación correctora (45) de la norma en cuestión; estamos extendiendo la aplicación del precepto a supuestos que no están comprendidos en su formulación literal (46). Pero, ¿es lícita esta actitud interpretativa? Precisamente, en este momento conviene recordar lo que a lo largo de este pequeño trabajo vengo exponiendo. Se debe partir del hecho cierto de que nuestra tradición jurídica aporta a nuestra consideración criterios mucho más flexibles respecto de los hijos ilegítimos y su defensa que los que presenta nuestro Código civil. Por otra parte, los textos normativos más actua-

(44) Así, también, CERDÁ en su comentario a esta sentencia, en "Revista Crít. de Der. Inm.", marzo-abril, 1975, pág. 431.

(45) Se ha hablado también recientemente, respecto de estas sentencias, de una interpretación declarativa frente a un criterio restrictivo en la aplicación del artículo 135, párrafo último, del Código civil; ver RODRÍGUEZ ADRADOS, *La evolución del Derecho de familia en materia de filiación*, en "Ponencias presentadas por el Notariado Español a los congresos internacionales del Notariado Latino", XIII Congreso, Barcelona, 1975, págs. 622 y 623.

(46) Pueden verse las atinadas observaciones que Lalaguna hace sobre los distintos tipos de interpretación, al estudiar las limitaciones del Ordenamiento jurídico: LALAGUNA, *Jurisprudencia y fuentes del Derecho*, Pamplona, 1969, pág. 224 y ss.



les que complementan al Código adoptan una actitud moderadamente progresiva respecto de nuestro primer Cuerpo legal, sin olvidar que coexisten en nuestra patria textos legales, de rango igual al del Código, que siguen un sistema de mayor protección al hijo ilegítimo (47). Junto a esto hay que señalar que tanto la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo, como —de modo más decisivo— la doctrina de la Dirección General, han contribuido a crear un entorno ambiental más propicio para una interpretación actualizada de estas normas. No puede olvidarse, además, que en esta materia debe presidir el principio del «favor liberorum» como norte que guíe toda decisión de justicia y cualquier interpretación normativa.

Por todo ello considero plausible esta nueva orientación jurisprudencial que parece consolidarse de modo casi definitivo en las Sentencias de 30 de mayo de 1972 y 28 de marzo de 1974, y que constituyen un importante punto de apoyo en la evolución del Derecho de filiación, en tanto no se produzca la deseada reforma.

---

(47) Se ha sostenido que en esta materia los principios generales del Derecho no se encuentran formulados en el Código civil, sino dentro de un Cuerpo de Derecho foral: así, DE CASTRO, *Compendio de Derecho civil*, Madrid, 1957, pág. 58; DÍEZ PICAZO, *De nuevo sobre...*, cit., pág. 221. No comparto este criterio. Pienso que cada sistema —tanto el del Código civil como el de las Compilaciones— responde, o puede responder, como es el caso que nos ocupa, a principios rectores diferentes; pretender la supremacía de un sistema frente a los restantes puede conducir a soluciones uniformistas nada deseables. Quede dicho todo esto sin perjuicio de defender por mi parte una profunda reforma del Derecho de filiación que, en este punto concreto, postula como deseables soluciones más próximas al sistema catalán.





# Algunas ideas sobre el valor y significación de las fuentes del Derecho en el nuevo título preliminar del Código civil

ENRIQUE RUIZ VADILLO

Doctor en Derecho. Profesor Adjunto Numerario de Derecho Civil. Juez Excedente.  
Fiscal Supernumerario y Letrado del Ministerio de Justicia

SUMARIO: I. IDEAS GENERALES.—II. LAS FUENTES DEL DERECHO.—1. SU SIGNIFICACIÓN.—2. POSICIONES DOCTRINALES MÁS RELEVANTES.—3. APRECIACIONES CRÍTICAS.—III. LA REFORMA DEL TÍTULO PRELIMINAR DEL CODIGO CIVIL.—1. SU FINALIDAD: LEY DE BASES Y TEXTO ARTICULADO.—2. SU PROYECCIÓN EN LA DINAMICIDAD DEL DERECHO.—A. *El orden jerárquico de las fuentes.*—a. Antes de la reforma.—b. Después de la reforma.—B. *La Ley.*—C. *La costumbre.*—D. *Los principios generales del Derecho.*—E. *La jurisprudencia.*—F. *Los tratados internacionales.*—3. OTROS PROBLEMAS.—IV. LA REFORMA SOMETIDA A ENCUESTA.—1. DATOS DE LA ENCUESTA.—2. RESULTADOS OBTENIDOS.—3. CONSECUENCIAS—V. CONCLUSIONES.

## I. IDEAS GENERALES (\*)

Se van a cumplir próximamente dos años de la publicación del Decreto de 31 de mayo de 1974 que aprobó el Texto articulado del Título Preliminar del Código civil y coronó, de esta manera, el proceso de reforma que se inició con la Ley de Bases de 17 de marzo de 1973 (1). Puede, pues, ser hora de hacer un nuevo y pequeño examen de alguna

---

(\*) Con el título general *Las reformas del Código civil de 31 de mayo de 1974 y 2 de mayo de 1975*, he explicado en el presente año académico un Curso monográfico del Doctorado, en la Universidad de Bilbao. De él ha formado parte este trabajo. Al corregir pruebas he llevado a cabo un pequeño proceso de actualización.

(1) RUIZ VADILLO, Enrique: *Comentarios a la Ley de Bases para la modificación del título preliminar del Código civil*. "Revista General del Derecho", núms. 345, 346 y 347. 1975.

de sus realizaciones, en comprobación de cuál sea o pueda ser, en un futuro inmediato, el auténtico ritmo de la nueva ordenación, teniendo en cuenta que una norma sólo puede ser definitivamente enjuiciada en su verdadero "habitat", es decir, dentro de la vida social para la que nació, con su complicado entramado, sus opuestos intereses, sus dificultades y sus inevitables relieves. Mientras tanto sólo serán posibles simples y provisionales conjeturas y vaticinios sobre sus zonas de acierto y sus zonas de error, sobre sus aspectos positivos y sobre los que lo sean negativos. Una ley, en su fase de previgencia únicamente es un proyecto de ordenación que sólo se hace realidad legislativa cuando vive y se realiza jurídicamente en la Comunidad.

Por otra parte, la suerte de un precepto o de un conjunto de preceptos depende esencialmente de los siguientes factores: 1.º De su propio contenido y finalidad. 2.º Del ambiente en el que van a ser aplicados, de donde se deduce que el legislador debe buscar imprescindiblemente, a la hora de dar nacimiento a una norma, la presencia de una adecuada temperatura social, de un "clima" apto para su aceptación (2). En este sentido, no son difíciles de encontrar ejemplos de obras literarias, de ideas políticas o incluso de normas jurídicas cuyo espectacular triunfo o fracaso hay que atribuir más que a sus propias y específicas virtudes o defectos a la favorable o desfavorable acogida que tuvieron y en el que, en muchas ocasiones, influyó más el elemento puramente emocional que el racional. 3.º De la mentalización y predisposición de quienes han de aplicarlos, entendida la expresión en su sentido más amplio, aunque referida especialmente a los técnicos del Derecho: Abogados y Jueces, incidiendo en este caso factores racionales, técnicos y emocionales, y 4.º De la precisión terminológica de la Ley y, en su caso, de la existencia de los instrumentos complementarios que sean imprescindibles, o al menos convenientes, para su efectiva y posterior realización (3).

Sobre estas ideas iniciales nos aprestamos a llevar a cabo este trabajo en el que, como fácilmente puede deducirse del sumario, queremos, en primer lugar, plantear, en general, el problema de la significación y valor de las fuentes del Derecho, tan extensamente debatido en la doctrina científica (4), aunque referido principalmente a su pro-

---

(2) RUIZ VADILLO, Enrique: *Algunas ideas sobre una posible nueva estructuración del Código penal*. "Revista General de Legislación y Jurisprudencia", julio 1974.

(3) Así sucedió con la llamada Ley de Vagos y Maleantes de 4 de agosto de 1933 y posteriormente con la Ley de 4 de agosto de 1970 de Peligrosidad y Rehabilitación Social y también, aunque en menor medida, con la de 28 de noviembre de 1974 al no crearse o no hacerlo con la extensión suficiente, los Centros complementarios indispensables para la efectividad de las llamadas medidas de seguridad.

(4) CASTRO Y BRAVO, Federico: *Derecho civil de España*. Parte General, Tomo I, Libro Preliminar; HERNÁNDEZ GIL, Antonio: *Metodología de la Ciencia del Derecho*, vol. I: Las concepciones y los métodos jurídicos tradicionales. El proceso de su revisión. Vol. II: Algunas corrientes generales del pensamiento. El estructuralismo y la ciencia jurídica. Volumen III: Nueva evolución de las posiciones y direcciones metodológicas. La tensión formalismo-antiformalismo. Pluralismos.



yección práctica, esto es a la repercusión directa e inmediata que haya de tener sobre la realidad a la que se proyecta; pretendemos después examinar la reforma del Título Preliminar en función de estas mismas consideraciones, es decir, bajo el prisma de lo que de ella cabe esperar en razón de los principios que la inspiran y naturalmente de su propio contenido, tratando de descubrir si de su aplicación es presumible aguardar una transformación, más o menos profunda, y en qué sentido, de la vida jurídica española. En tercer lugar recogeremos el resultado de una encuesta llevada a cabo con unos quinientos profesionales del Derecho (Magistrados, Jueces y Abogados), en orden a lo que para ellos ha significado, en sus respectivas vivencias jurídicas, la reforma, para acabar el estudio con unas consideraciones críticas, en forma de conclusiones.

En cualquier caso y con carácter previo, debemos recordar una serie de datos que, a mi juicio, son ciertamente importantes y que guardan estrecha relación con nuestro estudio: 1.º Que los retoques parciales de un Ordenamiento han de hacerse sin perder de vista el conjunto al que sirven los preceptos aislados que se reforman. 2.º Que no es cierto o, al menos, que no es totalmente cierto que el Título Preliminar del Código civil, tenga un valor general y extensible a todo el Derecho positivo (5). 3.º Que el Derecho sustantivo, el procesal y el orgánico, de ninguna manera pueden concebirse como instituciones autónomas e independientes, sino como simples vertientes o ramas de un mismo y único tronco. Hablar de las fuentes del Derecho, en cuanto tema que en gran medida pertenece a la filosofía jurídica o del problema de la adopción, como institución rejuvenecida del Derecho de familia, por poner dos ejemplos relativamente distantes entre sí, sin conocer al mismo tiempo cómo se van a hacer sustantiva y procesalmente realidad, es visionar fragmentaria y por tanto artificialmente el Derecho. En el primer caso, si el Código civil incluye la jurisprudencia, de una manera más o menos directa y más o menos afortunada, que de ello hablaremos más adelante, como fuente del Derecho, será decisivamente importante para emitir una opinión conocer cuántas instancias existen y cuál es la verdadera naturaleza de cada una, cómo están organizados los Juzgados y Tribunales, que asuntos van a tener acceso a la casación y por supuesto, y con carácter previo, qué ha de entenderse por jurisprudencia. Por ello si tuviera que responder a la pregunta: Qué tipo de poderes han de concederse a los Jueces y Tribunales y qué extensión e intensidad ha de atribuirse a los mismos, no podría hacerlo sin conocer la concreta organización judicial a la que el consultante se refiriera y el sistema de recursos y, naturalmente, sin

---

(5) Las dificultades de unificar, por ejemplo, el tratamiento de las normas civiles y penales son insalvables. La consideración de la analogía, en el título preliminar, a nivel de Derecho penal, no me parece acertada. Una cosa es que el legislador —y el Juez— no pierdan de vista la sustancial unidad del Derecho (el ordenamiento jurídico es como un edificio en el que cada pieza se apoya en las demás y simultáneamente las sirve de apoyo) y otra que se pueda crear una teoría general que englobe todas sus partes.



precisarse anticipadamente la posibilidad o no de que tales poderes fueran controlables o revisables por los Tribunales superiores y en qué medida lo fueran. En el supuesto del tema de la adopción sería fundamental indagar qué tipo de proceso ha de utilizarse para conseguir la declaración judicial de adopción, si un juicio declarativo (y en su caso de qué grupo), un incidental, un acto de jurisdicción voluntaria, etc. y qué recursos habrían de caber contra las resoluciones y si una vez denegada la adopción solicitada cabría o no una nueva solicitud en este sentido (6). Es por ello por lo que los estudios jurídicos unilaterales y referidos exclusivamente a uno de los muchos ángulos de visión en que pueden ser contemplados, ofrecen, a nuestro juicio, serios inconvenientes y finalmente, 4.º Que el Derecho, cumpliendo mejor o peor su finalidad es absolutamente inevitable. Querer suprimir el Derecho es como pretender eliminar la Medicina. Puede ponerse en duda, dice Hernández Gil (7), la entidad científica del saber jurídico, mas no cabe llegar a la negación rotunda ni, en ningún caso, podría radicar

---

(6) GUTIÉRREZ DE CABIEDES, Eduardo: *Estudios de Derecho procesal*, EUNSA, pág. 59: La función del Derecho procesal en la vida judicial. Especialmente págs. 104 y ss. Conclusiones: 1) La función jurisdiccional es una función autónoma y creadora de derecho en cuanto que el derecho declarado en la sentencia es algo siempre concreto e imparable. 2) El juicio jurisdiccional tiene como antecedente necesario un juicio abstracto de valor normalmente recogido en el mandato de la ley y las demás fuentes del Derecho que el juez no puede desconocer. Precisamente lo específico de la función jurisdiccional es el paso mediante el proceso, y sobre todo en la resolución que lo termina, del mandato genérico de la ley al individualizarlo en la sentencia. 3) La vinculación del juez ante las leyes es muy distinta, según los casos en fuerza y grado. Hay leyes que están dirigidas directamente a los tribunales y de un modo inexcusable les vinculan inmediatamente y otras dirigidas a los sujetos privados que sólo servirán de pauta a los jueces en cuanto se deduzcan en juicio. 4) Lo específico de la aplicación judicial del Derecho es la realización de la justicia en el caso concreto, lo que sin duda es uno de los campos más importantes en la construcción de la justicia en sí misma considerada.

A mi juicio, las normas jurídicas en cuanto al grado de vinculación que tienen, pueden clasificarse así: 1.º Normas que se imponen inexcusablemente, estableciéndose unos órganos específicos para hacerlos cumplir y unas sanciones para los supuestos de incumplimiento. En general, las contenidas en el Derecho penal (con algunas excepciones), en el Derecho administrativo, en el Fiscal, muchas del Derecho laboral, etc.... 2.º) Normas que se establecen con carácter obligatorio, pero cuya efectividad depende de la voluntad de sus beneficiarios (los llamados delitos semipúblicos, muchas normas de Derecho arrendaticio especial, del Derecho laboral, etc.) y 3.º) Normas que establecen un sistema subsidiario para cuando los interesados no regulen los supuestos que aquellos contemplan (la mayor parte de las disposiciones contenidas en los Códigos civil y de comercio). Insertar la norma o normas objeto de estudio en cada uno de estos apartados me parece esencial a efectos de enjuiciarlos y aplicarlas.

Las disposiciones en las que Estado ofrece alguna ventaja o beneficio a los particulares si éstos actúan de determinada manera, constituyen, en mi opinión, ofertas estatales de convención; por ej., las que se contienen en los Planes de desarrollo puramente indicativos.

(7) HERNÁNDEZ GIL, Antonio: *Juristas españoles de nuestro tiempo*, pág. 13. Org. Sala Editorial.



la base de la negación del derecho, donde la sitúa Kirchmann. La variabilidad del objeto que se simboliza en la expresión "tres palabras rectificadoras del legislador y bibliotecas enteras se convierten en basura", sólo se da si se consideran como objeto único de la ciencia jurídica las leyes contenidas en un determinado ordenamiento, que, en efecto, son modificables. Por lo pronto, la variabilidad predicable de las leyes no alcanza en igual proporción al derecho mismo y posiblemente hay mayor continuidad en el pensamiento jurídico y en sus encarnaciones institucionales que en otras muchas facetas del pensamiento humano, científico y cultural.

Pero aún identificando Derecho con ordenamiento jurídico positivo del que es siempre predicable su esencial modificabilidad, hay que seguir afirmando de él su carácter de imprescindible.

## II. LAS FUENTES DEL DERECHO.

Fieles al propósito que nos anima prescindiremos, en líneas generales, de consideraciones históricas y filosóficas, partiendo de la palabra fuentes en el sentido de formas de originación del Derecho positivo, esto es, siguiendo al Profesor Castro (8), entenderemos por tales las fuerzas sociales que determinan legítimamente, dentro de una organización jurídica, los distintos tipos de normas que para ella constituyen el Ordenamiento jurídico. De acuerdo con esta idea ha de hacerse la correspondiente clasificación técnica de las distintas disposiciones y establecerse la respectiva categoría. A su magistral exposición nos remitimos expresamente para evitar una innecesaria prolongación de este apartado.

Digamos de inicio, insistiendo en nuestras anteriores afirmaciones, algo muy sabido y generalizable a la mayor parte de las instituciones jurídicas, esto es que el problema de las fuentes del Derecho no puede aislarse del conjunto al que pertenece. En efecto, establecidos para una organización social y un tiempo determinado las "fuerzas sociales con facultad normativa creadora" en frase del Profesor Castro, surgirá, desde ese momento, el problema de cómo han de ser aplicadas esas normas, lo que, a su vez, conllevará la importante cuestión de cómo han de interpretarse, puesto que la norma, no hace falta decirlo, nace para vivir y esa vigencia sólo se consume con su aplicación judicial o extrajudicial, después de conocido su sentido y alcance. De donde, fuentes, interpretación y aplicación, proceso y organización judicial y con ellas, el problema del método, forman una inseparable e indestructible unidad.

A nuestro juicio, las únicas fuentes, las únicas al menos que merecen, en sentido real, ese nombre en nuestro Derecho, son la ley y la costumbre. La primera, como señala el Profesor García Valdecasas (9), establecida por el Estado, que la exterioriza en un texto

---

(8) CASTRO Y BRAVO, Federico: *Ob. cit.*, pág. 267.

(9) GARCÍA VALDECASAS, Guillermo: *Los principios generales del De-*

fijo de palabras; la segunda, establecida por la sociedad a través del uso que es su forma de exteriorización. Aunque a su lado se citan otras varias posibles fuentes (10), entiendo que a las mismas ha de concedérselas un valor instrumental, en el sentido de constituir medios de interpretación o descubrimiento de las verdaderas fuentes, lo que no significa restarles autoridad y categoría. Si el Derecho positivo, como señala el Profesor Albaladejo (11), es un conjunto de normas, el poder de establecer éstas lo pueden tener diversos organismos o fuerzas sociales y el que lo tenga será fuente material de Derecho en cuanto que, al establecerlas da origen al Derecho. De todo ello, creemos que se deduce, sin más, la dificultad, que luego examinaremos más despacio, de considerar como fuente a los principios generales del Derecho porque de ellos no puede decirse que deriven de ningún órgano, salvo que se entienda que se identifican con el poder creador del Juez (lo que no nos parece acertado, al menos, dicho así, de manera absoluta). Los principios generales del Derecho no son otra cosa, a nuestro juicio, que la conjunción armónica de las leyes y las costumbres, esto es, los principios generales son el espíritu del Derecho, la quintaesencia de la ordenación jurídica, lo que se obtiene destilando las normas legislativas y consuetudinarias a la luz de un ideal de justicia colectivo. En otras palabras, a mi entender, en todo ordenamiento hay normas típicas (las que están explícitas en el Ordenamiento, bien a través de las leyes o de las costumbres y atípicas (las que se obtienen implícitamente de aquéllas) constituyendo estas últimas los llamados principios generales del Derecho.

## 1. SU SIGNIFICACIÓN

Creemos que está, en definitiva, claro lo que son y significan las fuentes del Derecho: Son los instrumentos aptos para crear Derecho y representan y garantizan el orden, la seguridad y un cierto equilibrio social (no la justicia, cuya plasmación normativa no se obtiene por el simple hecho de establecer unas fuentes u otras, sino por un doble proceso de legitimación sustancial y formal, al que luego nos referiremos). Materialmente son fuentes, como ya hemos dicho, aquellas fuerzas o instituciones que en cada momento y lugar están legitimadas para crear Derecho. Estas fuerzas están constituidas, como se sabe, por el Estado y el Pueblo que establecen o pueden establecer Derecho positivo a través de leyes, el primero y de costumbres, el segundo, dando origen a las normas legislativas y consuetudinarias, respectivamente.

Ello no obsta para que a su lado, como también hemos señalado

---

*recho en el nuevo título preliminar del Código civil. ANUARIO DE DERECHO CIVIL. Tomo XXVIII, fasc. II, 1975, pág. 332.*

(10) CASTRO Y BRAVO, Federico: *Ob. cit.*, págs. 272 y 273.

(11) ALBALADEJO GARCÍA, Manuel: *Derecho civil. I. Introducción y Parte General. Introducción y Derecho de la Persona. 3.ª ed.*, 1975 Lib. Bosch, pág. 73.



con anterioridad, se hable de otras reales o aparentes fuentes de Derecho, es decir, de otras fuerzas sociales capaces de crear Derecho y por tanto de otros modos o formas distintas de manifestación, aunque nosotros entendemos que estas fuerzas sociales distintas del Estado y del Pueblo no crean realmente Derecho, sino que se limitan a poner en acto normas que existen en potencia de la forma que antes pretendimos explicar. Así, pueden serlo los Tribunales a través de sus sentencias (el Tribunal Supremo y las Audiencias o sólo aquél), las decisiones de ciertas cámaras, Sindicatos, Corporaciones, etc., las opiniones de los jurisconsultos, etc., etc. (12). En este sentido, el tema pudiera ser objeto de un doble estudio a través de cuáles sean y cuáles deberían ser las fuentes del Derecho.

Ciertamente que el problema tiene en su misma base unos perfiles muy especiales y muy trascendentales, ya que por mucho que nos esforcemos en decir lo contrario y hasta en creérnoslo, sólo hay primariamente una fuente de Derecho que es la Ley, porque el valor, la significación y la jerarquía de todas las demás: costumbre, jurisprudencia, doctrina científica, etc., dependen, en último término, de la Ley. Si la jurisprudencia va a integrarse de alguna manera entre las fuentes del Derecho, si la costumbre tiene, a partir de la reforma del Título Preliminar, un mayor ámbito en cuanto a su concepto y unos perfiles relativamente nuevos, habrá sido a consecuencia de un mandato legislativo. Es más, también cuando la costumbre precede a la Ley [tanto en el Código civil, cuanto como sucede en el Derecho especial de Navarra, en la que goza de una posición verdaderamente privilegiada (13)], tal preferencia se produce por la voluntad legislativa. Esta afirmación va implícita en el propio concepto: Dice el profesor Marín Pérez (14), que son fuentes formales las dotadas de fuerza de obligar por mandato del ordenamiento legislativo: Luego sólo en tanto en cuanto exista este mandato serán fuentes. Naturalmente que ello no es óbice para aminorar la importancia del tema de la determinación de cuáles hayan de ser las demás fuentes y del grado de extensión que haya de concederse a cada una.

De todo ello se deduce la trascendencia, primero metajurídica y después constitucional, que tiene el problema de las fuentes del Dere-

---

(12) BONET RAMÓN, Francisco: *Concepto y Fuentes del Derecho civil*. "Anales de la Universidad de Barcelona 1940"; CASTÁN TOBEÑAS, José: *Teoría de la aplicación e investigación del Derecho* ("Metodología y técnica operatoria en el Derecho privado positivo"). Madrid, 1947; CASTÁN TOBEÑAS, José: *La formulación judicial en el Derecho*. Madrid, 1954; CASTÁN TOBEÑAS, José: *Derecho civil español, común y foral*. Tomo I, Introducción y parte general, vol. I. Ideas generales. Teoría de la norma jurídica. 11.<sup>a</sup> ed. revisada y puesta al día por José Luis de los Mozos, pág. 397. Reus, Sociedad Anónima, 1975; RODRÍGUEZ-ARIAS, Lino: *Concepto y fuentes del Derecho civil español*, 1956; VALLET DE GOYTISOLO, Juan: *Plenitud y equilibrio sensorial en las antiguas fuentes del Derecho foral*. ANUARIO DE DERECHO CIVIL, 1970, pág. 459.

(13) Leyes 2 a 8 de la "Compilación del Derecho civil foral de Navarra", de 1 de marzo de 1973.

(14) MARÍN PÉREZ, Pascual: *Introducción a la Ciencia del Derecho*. 3.<sup>a</sup> ed. Ed. Tecnos. Madrid, pág. 51.



cho en general y especialmente el de la formación de la Ley. Si tenemos en cuenta que el poder es a la legitimidad formal y material, lo que la posesión es al Derecho, habrá que decir que la Ley sólo se legitima sustancial y realmente cuando es producto de la Justicia y emanación de la voluntad popular (15), en cuanto que sus creadores han de ser sus auténticos representantes, en cuyo supuesto la dicotomía Ley-Estado por una parte y Costumbre-Pueblo por otra, pierde agresividad, distancia y oposición, ya que si quienes hacen las leyes llevan a ellas las profundas convicciones del pueblo, porque son pueblo hecho legislador, la comunidad verá en la Ley no otra cosa que su propia voluntad dirigida a la Justicia, hecha norma (16). De ahí la importancia que este dato cronológico y sustancialmente prioritario, ha de tener en un enfoque general del problema (17). Si no se consigue romper el enfrentamiento de la norma estatal con sus destinatarios, la paz social será una quimera. Mientras éstos vean constantemente en la Ley no un instrumento de la justicia y del bien común, sino un instrumento de presión y vencimiento del que manda hacia el que tiene que obedecer y por tanto hacia grandes sectores de la sociedad (el Código penal defendiendo a ultranza las formas más rabiosamente individualistas de la propiedad de manera muchas veces exagerada (18), el Código civil que contempla muchas situaciones desfasadas y con soluciones no adecuadas, una Ley de Sociedades Anónimas muy poco social, etc., etc.), nada se habrá adelantado y la vida social jurídicamente hablando no será otra cosa que un forcejeo entre norma y sub-

---

(15) En otro trabajo he tratado superficialmente el problema que plantea la existencia de una voluntad popular contraria a los principios de justicia, seguridad y bien común. RUIZ VADILLO, Enrique: *Algunas ideas sobre una posible nueva estructuración del Código penal*, cit.

(16) DÍAZ, Elías: *Estado de Derecho y Sociedad democrática*. 5.<sup>a</sup> ed., Madrid, 1973; SÁNCHEZ DE LA TORRE, Angel: *Orden jurídico y derechos humanos*, "Revista General de Legislación y Jurisprudencia". Noviembre, 1975: Si la libertad es el objetivo final del Derecho, el orden es el objetivo mediato del mismo, dado que éste trata de la convivencia pacíficamente organizada.

(17) CASTÁN VÁZQUEZ, José María: *Notas para la historia de la reforma del título preliminar del Código civil*, "Documentación Jurídica". Octubre-diciembre. 1974. El título preliminar, dice, desborda el puro Derecho civil para afectar a todo el ordenamiento jurídico e incluso contiene, al decir de algunos autores, una vertiente constitucional. Del rango e importancia del título preliminar se deriva así el alcance y la trascendencia de su reforma que son puestos de relieve por el propio legislador, en la Exposición de Motivos del Decreto de 1974 cuando, después de recordar otras modificaciones parciales, hechas a lo largo de los años, del Código civil, observa que "de todas las reformas, ninguna puede compararse en importancia y entidad a la ahora producida.

El art. 2.º del cap. I del Decreto legislativo italiano de 14 de septiembre de 1944 dice: "Leyes. La formación de las leyes y la emanación de los actos de Gobierno que tengan fuerza de ley, serán disciplinadas por leyes de carácter constitucional"; HERRERO DE MIÑÓN: *Aspectos constitucionales del nuevo título preliminar del Código civil*, "Revista de Estudios Políticos", núm. 18, noviembre-diciembre, 1974.

(18) RODRÍGUEZ DEVESA, José María: *Derecho penal español*. Parte General y Parte Especial. 1976 y 1975. respectivamente.



dito; aquélla intentando siempre imponerse, sin conseguirlo del todo nunca y éste luchando constantemente por burlarla hasta donde le es posible (pensemos en las leyes fiscales y en su correspondiente frande).

Pero esta idea de preferencia de las normas estatales es absolutamente compatible con la aceptación de un beneficioso pluralismo en cuanto a las fuentes y también con una construcción lo más perfecta posible de un sistema coherente de jerarquía que busque, y hasta donde es humanamente posible consiga, un real equilibrio social, y lo es igualmente con el establecimiento de unas bases interpretativas que permitan al juzgador, dentro de un sustancial respeto a la Ley, el encuentro de fórmulas armónicas de adecuación de las normas a la vida, a esa vida que es sustancia y justificación del Poder. De la naturaleza y extensión de estas limitaciones dependerá precisamente el carácter y los perfiles del Estado que de ellas derive.

Es por todo ello por lo que esta parcela ha de ser cuidada y atendida con muy especial atención, de tal manera que si la ordenación de las fuentes del Derecho y el sistema complementario de interpretación y aplicación de las normas no tiene inicialmente una justificación racional y subsidiariamente emocional, si la estructura de las mismas no responde a unas exigencias sociales prioritarias (es decir, razón en el Poder, emoción y sentimiento, además de razón, en el Pueblo), nos encontraremos antes o después, más bien antes que después, con un divorcio más o menos total entre norma y realidad y con un quebranto del equilibrio espiritual del Juez que descubre, cuando esto acontece, la distancia que media entre los preceptos que tiene que aplicar por una parte y la justicia (que tiene siempre un cierto sentido relativo) y las circunstancias sociales existentes con sus correspondientes exigencias por otra, de tal manera que ni aun corrigiendo las normas que tiene que aplicar hasta donde jurídicamente puede, llega a la sociedad en la que vive y a la que sirve, con lo que se produce una doble y peligrosa ruptura: Del Derecho positivo con el Derecho judicial y de uno y otro con la realidad social para la que el Derecho ha nacido y vive. La práctica demuestra, sin necesidad de nuevas consideraciones, que cuando esto sucede, en cualquier nación y en cualquier época, los Jueces y Tribunales en sus resoluciones se lanzan por caminos absolutamente imprevisibles (19), de tal manera que las resoluciones judiciales se acercan más al espíritu y a la letra de las leyes, cuanto más cerca están éstas de la Justicia y del sentimiento legítimo y general de la Comunidad.

Creemos, en conclusión, que todo ello es consecuencia de una idea básica e innegable: Que el Derecho está ineludiblemente proyectado hacia la ordenación de la vida desde un punto de vista social. Consideración que aun teniendo un cierto carácter de consustancialidad con el concepto mismo del Derecho, adquiere hoy un especial y acentuado re-

---

(19) Así sucedió en la Ley de Pesca, con penas injustificadamente graves; en los delitos de abandono de familia; en los delitos contra la propiedad, al menos en varias de sus modalidades, etc.; DÍEZ PICAZO, Luis: *Experiencias jurídicas y teoría del Derecho*. Ed. Ariel.

lieve (20), hasta el punto de insistirse mucho en una expresión, "Socialización del Derecho", que sólo cobra verdadero significado cuando se la toma como prevalencia de los intereses comunes sobre los particulares.

## 2. POSICIONES DOCTRINALES MÁS DESTACADAS

Para intentar conseguir una visión general de la situación que, en este orden de cosas, mantiene actualmente nuestro Código, pretendemos exponer muy brevemente aquellas orientaciones doctrinales que por su arraigo y significación nos han parecido más representativas, a fin de ilustrarnos sobre la posición que según cada una de ellas, deba ocupar el jurista y especialmente el Juez en la trascendental tarea de recrear la norma en ese instante, definitivamente importante, de aplicarla al caso debatido.

No se trata, pues, de hacer un estudio individualizado (21), sino, mucho más sencillamente, de traer a colación una muy esquemática referencia de aquellas direcciones metodológicas que hemos creído más interesantes para examinar, dentro del tema que nos ocupa, las consecuencias de cada una de estas posiciones en general y en especial a la luz de la reforma del Título Preliminar de nuestro Código civil.

A. *Normativismo legalista. Jurisprudencia de conceptos. Positivismismo.*—Todas las teorías que, de alguna forma, hacen coincidir de manera más o menos absoluta, Derecho y norma, reduciendo a su vez todas las normas a la Ley, no cabe duda de que de alguna forma están minimizando la trascendencia del Derecho, pero es también paralelamente indudable que con ello están poniendo de relieve algo que es incuestionablemente cierto: Que el Derecho positivo tiene su base de sustentación en la Ley y que aun en aquellos casos en que ésta remite a otras reales o pretendidas fuentes (costumbres, usos sociales, jurisprudencia, principios generales, conciencia del juzgador, opinión de los jurisconsultos, etc.) no deja de estarse manifestando la presencia prioritaria de la norma legal.

La doctrina que mantiene esta dirección es, lógicamente, como ya vimos, la que prima en los Ordenamientos jurídicos. En este sentido dice el profesor Castán (22) que el método clásico o tradicional, lla-

(20) FERNÁNDEZ MARTÍN-GRANIZO, Mariano: *Lo social y el Derecho privado*, "Anuario de Filosofía del Derecho. Tomo XIII, 1967-68. I.N.E.J.; HERNÁNDEZ GIL, Antonio: *Derecho de obligaciones*, I, Madrid, pág. 233; Plan de Desarrollo Económico y Social: Factores humanos y sociales del desarrollo. Separata, págs. 34 y 35: El conjunto del dispositivo económico e institucional del Plan aspira a ser un desarrollo técnico, efectivo y ponderado de la idea de justicia social; RECASENZ SICHES: *Vida humana, Sociedad y Derecho*. México, 1941.

(21) HERNÁNDEZ GIL, Antonio: *Metodología de la Ciencia del Derecho*, cit.

(22) CASTÁN TOBEÑAS, José: *Teoría de la aplicación e investigación del Derecho*, cit.; BELTRÁN DE HEREDIA, Pablo: *Reflexiones en torno al método jurídico*, "Revista de Derecho Privado". Septiembre, 1961; BONET



mado también lógico, constructivo o de la jurisprudencia conceptual, responde a esta sencilla idea básica: Todo el Derecho está contenido en la Ley y la interpretación de ésta debe proponerse buscar la voluntad del legislador. La ley, según estas posiciones, es siempre suficiente y capaz para que puedan resolverse judicialmente todos los posibles problemas. El jurista tiene la misión de descubrir, en su función interpretativa, la voluntad del legislador, haciendo en todo caso una labor de reconstrucción con los datos que la propia Ley le facilita, aunque dentro de esta misma teoría, cuando se trata de textos legales viejos y enmohecidos, se hable, como señala el profesor Lacruz Berdejo (23), de descubrir la voluntad de la Ley, en un giro ciertamente importante de objetivización. En definitiva, como señala el profesor Legaz Lacambra (24), existe en estas tendencias un culto al texto legal ya que todo el Derecho se encierra en la Ley, se busca la intención de la Ley, posee aquel un carácter profundamente estatista, reconociendo la omnipotencia jurídica del legislador estatal, aunque se trate de hacer compatible este positivismo legalista con su creencia en un concepto metafísico del Derecho (25).

B. *Derecho libre*.—De la labor crítica del positivismo legalista, dice el profesor Espín Cánovas (26), que reduce todo el Ordenamiento jurídico a la Ley, se pasa a las exageraciones sobre la libre investigación judicial del Derecho por lo que, en general, se rechaza esta postura por los peligros que encierra de un puro subjetivismo (27).

En oposición, pues, a la tendencia positivista, encontramos la doctrina del Derecho libre que arranca de 1.899 cuando Geny publica su "Método de interpretación y fuentes del Derecho positivo". El Derecho, se viene a decir, es algo demasiado complejo y móvil para que un individuo o una asamblea, aunque estén investidos de autoridad soberana, puedan pretender dar satisfacción, con los preceptos que en un momento se establecen, a todas las exigencias de la vida jurídica (28). El Derecho positivo no puede, por tanto, identificarse con la

---

RAMÓN, Francisco: *Introducción a la Ciencia del Derecho*. Barcelona, 1948; CASTRO Y BRAVO, Federico: *Derecho civil de España*, cit., pág. 281; LARENZ, Karl: *Metodología de la Ciencia del Derecho*. Trad. de Enrique Gimbernat Ordeig. Ed. Ariel; PRECIADO HERNÁNDEZ, Rafael: *Lecciones de Filosofía del Derecho*, 4.<sup>a</sup> ed. Ed. Ius México, 1965; SÁNCHEZ DE LA TORRE, Angel: *Los principios clásicos del Derecho*. 1975; El profesor Castro, en el apartado *Doctrinas sobre la primacía de las fuentes del Derecho*, enumera: a) El legalismo racionalista. b) La Escuela histórica. c) El positivismo jurídico. d) El Derecho judicial y e) El nepositivismo.

(23) LACRUZ BERDEJO, José Luis: *Elementos de Derecho civil*, I. Parte General. Lib. Bosch, Barcelona, 1974, págs. 73 y ss.

(24) LEGAZ Y LACAMBRA, Luis: *Introducción a la Ciencia del Derecho*, págs. 84 y ss.

(25) RODRÍGUEZ DEVESA, José María: *Derecho penal español*, cit., Parte General. Madrid, 1976, 5.<sup>a</sup> ed., págs. 137 y ss.

(26) ESPÍN CÁNOVAS, Diego: *Manual del Derecho civil español*, vol. I. Parte General, 5.<sup>a</sup> ed., 1975. Ed "Revista de Derecho Privado. Ed. de "Derecho Financiero", pág. 103.

(27) HERNÁNDEZ GIL, Antonio: *Metodología de la Ciencia del Derecho*, cit. III, pág. 80.

(28) Pero no se olvide que el mismo Geny se vio obligado a admitir,

Ley, ni siquiera con el llamado Derecho estatal, ya que éste posee una rigidez y un esquematismo que le impide adaptarse a la variabilidad y movilidad de la vida, de donde se deduce la necesidad de una libre investigación científica por la que se hagan valer, seguimos al profesor Legaz Lacambra (29), los datos irreducibles del Derecho natural y se ayude al Juez a colmar las lagunas que todo Derecho positivo deja necesariamente vacías (30), transformando así la Ley en una simple opinión, aunque muy valiosa, emitida por el legislador sobre los datos primarios del Derecho.

Con arreglo a esta dirección, dentro de la cual hay que incluir muy diversas posiciones, entre las que cabe señalar a las representadas por Enrich, Kantorowicz, etc (31) el Juez debe resolver discrecionalmente si le parece que la Ley ofrece una solución dudosa o considera que el poder legislativo hubiera obrado para aquel caso de manera distinta, en los supuestos desesperadamente complicados, llegando Fuchs (32), en un cierto paroxismo jurídico, a no reconocer como Derecho más que lo que vive en el alma de cada hombre honrado e inteligente.

C. *Escuela histórica*.—Para la Escuela histórica, de Savigny (33), cada pueblo es una individualidad portadora de un espíritu singular que es la fuente de todo lo que constituye su cultura: el lenguaje, el arte, las costumbres... también el Derecho. El Derecho para la Escuela histórica, que representa una reacción relativamente explicable frente a los males de una codificación que propende al arcaísmo y al anquilosamiento, no es un producto ni de la razón ni de la voluntad, su raíz está en la convicción jurídica del pueblo que viene a identificarse, en cierta manera, con un sentimiento emocional, con un golpe de corazón, un palpito de lo que debe ser la regulación de la convivencia humana. Filosóficamente, la Escuela histórica, en unión de la filosofía idealista alemana, señala Julián Marías (34), constituye el primer estrato intelectual sobre el que Dilthey (35) va a levantar su filosofía. Sólo en la experiencia interna, en los hechos de la conciencia, dice este último, encontré un punto seguro donde anidar mi pensamiento. Toda ciencia es ciencia de la experiencia, pero toda experiencia encuentra su nexo original y la validez que éste le presta, en las condiciones de nuestra conciencia dentro de la cual se presenta: en la totalidad de nuestra naturaleza.

---

en principio, la supremacía de la ley escrita, como un exigencia de la seguridad social, aunque lo hiciera con muchas reservas y atenuaciones. V. CASTÁN: *Derecho Civil*, cit., I, 1, pág. 408.

(29) LEGAZ Y LACAMBRA, *ob. cit.*

(30) Exposición de motivos del Decreto de 31 de mayo de 1974.

(31) VEGA BENAYAS, Carlos de la: *Introducción al Derecho Judicial*. (Contribución y homenaje al Centenario de la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1870). Ed. Montecorvo, págs. 108 y ss.

(32) *Idem.*

(33) LEGAZ LACAMBRA, Luis: *Introducción a la Ciencia del Derecho*, cit., pág. 87.

(34) MARIAS, Julián: *San Anselmo el insensato y otros Estudios de Filosofía*. Madrid, 1944.

(35) GALÁN GUTIÉRREZ, Eustaquio: *Introducción al estudio de la filosofía jurídica*. Madrid, 1947, págs. 431 y ss.



A nuestro juicio, la Escuela histórica más que destacar la trascendencia de la costumbre que, como fuente del Derecho tiene muy escasa importancia cuantitativa, lo que hizo fue resaltar la tendencia social del Derecho, frente al sentido individualista del mismo, en lo cual acertó.

D. *Jurisprudencia de intereses* (36).—La llamada jurisprudencia de intereses introduce en el Derecho las ideas de fin y lucha. El Derecho no se concreta ni limita a normas positivas. La Ley positiva no puede regular todos los intereses que entran en juego y conflicto social. El fin es realmente el creador de todo el Derecho y, en expresión de Heck, que viene a ser como el representante de esta dirección metodológica en el Derecho privado, la Ley es como una diagonal de las fuerzas de una serie de intereses en lucha. Por eso, el Juez habrá de buscar el interés jurídicamente protegido en cada norma y una vez localizado utilizar una serie de criterios valorativos en función de ese interés primario, criterios que inicialmente buscara en la misma Ley pero que complementariamente, en los casos de insuficiencia, podrá obtener de sus propias estimaciones alcanzadas y obtenidas de principios, reglas, conceptos generales, como la buena y mala fe, las buenas costumbres, el abuso del Derecho, etc., etc. Este método es, por supuesto, de naturaleza extrapositiva, en cuanto que por encima y al margen de la Ley, acepta unos criterios de valoración metajurídicos.

E. *El Derecho Natural*.—El Derecho Natural, dice el profesor Galán y Gutiérrez (37), encierra la pregunta por un Derecho válido en sí, con independencia del que artificialmente hacen valer los hombres, la pregunta por un Derecho dado por la naturaleza y en consecuencia prepositivo y más valioso que el positivo y al que éste debe atemperarse como a un paradigma y a un modelo. El planteamiento espiritualista, dice Lacruz Berdejo (38), no es una mera proclamación de unos principios que luego no vuelven a ser recordados en el manejo y explicación de las fuentes formales. Implica más bien una actitud humana y equitativa en el manejo de los textos y la posibilidad de obviar, con mayor riqueza de medios, las lagunas de la Ley. Pudiéramos decir, pensamos nosotros, que el Derecho Natural es el conjunto de normas que la recta razón impone al hombre en cada momento y lugar, de donde se deduce su nota de variabilidad que consideramos consustancial a su concepto. No hay, pues, un Derecho Natural con normas eternas e inmutables. Hay, sí, una norma esencial que impone al hombre actuar razonablemente en todo instante, pero actuar con razón supone actuar como corresponda a cada ocasión y circunstancia.

La existencia y consideración del Derecho Natural, dice el profesor

---

(36) IHERING estima que no tiene derecho el que puede querer sino el que puede aprovechar. Los derechos no existen para realizar la idea de voluntad jurídica abstracta, sino para garantizar los intereses de la vida, ayudar a sus necesidades, realizar sus fines. La utilidad y no la voluntad es la sustancia del Derecho. Los derechos son intereses jurídicamente protegidos. (LEGAZ: *Ob. cit.*, pág. 112).

(37) GALÁN Y GUTIÉRREZ, Eustaquio: *Ob. cit.*, pág. 2.

(38) LACRUZ BERDEJO, José Luis, *Ob. y pág. cit.*

García Arias (39), aunque negada cíclicamente, vuelve a imponerse con su eterno retorno, sobre todo después de cada época trágica y de cambio como la presente y tal vez la esencia e importancia del tema radica en ser una cuestión decisiva para conocer la naturaleza del Derecho, para encontrar la fundamentación de la obligatoriedad de las normas jurídicas.

El profesor Hernández Gil (40), señala como notas del Derecho Natural la unidad, la universalidad y la inmutabilidad, absolutamente en lo que se refiere a los primeros principios y también, por regla general, en orden a las conclusiones derivadas de éstos. Pero cabe, a título de excepción, dice, que sin cambio formal en la forma, por diversidad de las circunstancias de lugar o tiempo, se modifique su contenido.

La concepción tradicional —aristotelicotomista— del Derecho Natural, dice Preciados Hernández (41), resuelve satisfactoriamente el problema que consiste en determinar cuál es el fin propio, específico, del Derecho. De acuerdo con esta concepción, el Derecho Natural no es el mero sentimiento de justicia ni un código ideal de normas, sino el conjunto de criterios y principios racionales —supremos, evidentes, universales— que presiden y rigen la organización verdaderamente humana de la vida social que asigna al Derecho su finalidad necesaria de acuerdo con las exigencias ontológicas del hombre y establece las

---

(39) GARCÍA ARIAS, Luis: Palabras de presentación de la obra del profesor Luis RECASÉNS SICHES: *Iusnaturalismos actuales comparados*. Universidad de Madrid, Facultad de Derecho. Madrid, 1970. Recaséns Siches, en la obra anteriormente citada (págs. 26 y ss.) señala entre las notas concordantes de todos los iusnaturalismos por él examinados, las siguientes: A) Reafirmación, críticamente depurada, de una estimación jurídica iusnaturalista, pero señalando que el Derecho natural está muy lejos de ser una doctrina conclusa. B) Remisión a la metafísica, como fundamento primero del Derecho natural. C) Desnormativización del Derecho natural. D) Empeñoso intento de precisar con rigor qué debe entenderse por naturaleza humana. E) Concepción tridimensional del Derecho: el Derecho es una obra humana, estimulada por las necesidades de la vida social, obra que adopta forma normativa y que apunta a la realización de unos valores específicos (justicia, dignidad y autonomía de la persona humana, bienestar general, etc.). F) Reiterada insistencia en la necesidad de que la estimativa jurídica iusnaturalista se alimente a grandes dosis de conocimientos sociológicos, tanto generales como concretos para obtener las consecuencias prácticas que sean debidas y las que resulten mejores, más oportunas y eficaces en cada tiempo y lugar, esto es, en cada situación histórica concreta. G) Acentuación de un sentido histórico para los ideales jurídicos, en armonía con cada una de las realidades sociales concretas; es decir, el reconocimiento de que en el ser humano hay dimensiones esenciales inmutables, pero al mismo tiempo realidades muy diversas y siempre cambiantes o mudables. H) Reconocimiento superlativamente acentuado de que el valor supremo para el Derecho es la dignidad de la persona humana. I) Insistencia suma sobre el punto de que, en la jurisprudencia y la legislación es improcedente el empleo de la lógica tradicional de la inferencia (de la lógica llamada físico-matemática), la cual debe ser reemplazada por la lógica propia de los asuntos humanos.

(40) HERNÁNDEZ GIL, Antonio: *Metodología...* cit., Vol. I, pág. 42.

(41) PRECIADOS HERNÁNDEZ, Rafael: *Lecciones de Filosofía del Derecho*. 4.<sup>a</sup> ed. Ed. Jus México, 1965, pág. 243.



bases de selección de las reglas e instituciones técnicas adecuadas para realizar esa finalidad en un medio social histórico.

F. *Direcciones realistas*.—La concepción del Derecho, dice Castán Vázquez (42), ensayada por las direcciones realistas, constituye, sin duda, una aportación valiosa del siglo actual por la aproximación del Derecho a la realidad y su observación del valioso papel de la jurisprudencia, pero aun reconociendo el inmenso valor creativo de las sentencias judiciales, la jurisprudencia es, en cierta manera, la realidad, pero no toda la realidad.

De entre las diversas variantes que dentro de la expresión realismo jurídico se cobijan, como proceso revisor, según señala Hernández Gil (43), desde puntos de vista realistas y sociológicos, de los excesos cometidos por el positivismo estricto y la construcción dogmática, cumple hacer una referencia a la concepción jurídica inglesa que se ofrece como un ejemplo perdurable y vivo de culto a la realidad y a la practicidad (44).

### 3. CONSIDERACIONES CRÍTICAS

Con la misma brevedad con que hemos afrontado la exposición de aquellas direcciones metodológicas que han de servirnos para captar la significación de las fuentes de nuestro Derecho a partir de la reforma del Código civil, vamos ahora a exponer un breve resumen crítico de cada una, de ellas para mejor comprender después el grado de incidencia en la trascendente tarea de hacer realidad la norma jurídica a través de la sentencia judicial.

A. *Normativismo legalista. Jurisprudencia de conceptos. Positivismismo*.—Según ya señalamos, la nota relevante de estas direcciones viene constituida por el acatamiento y respeto a la norma legal, base de todo ordenamiento. Como señala Hernández Gil (45), en el primer plano de la actividad del jurista, como cultivador de la Ciencia del Derecho o como encargado de la aplicación de éste, aparece el material normativo que le suministra el Derecho positivo de que se trate (46). Ahora bien, simultáneamente a nuestra adhesión al principio de respeto a la Ley, manifestamos nuestro incondicional rechazo al

(42) CASTÁN VÁZQUEZ, José María: *Las teorías realistas del Derecho*. Estudios de Derecho público y privado, en honor del profesor don Ignacio Serrano y Serrano. Universidad de Valladolid. II. 1966, págs. 77 y siguientes.

(43) HERNÁNDEZ GIL, Antonio: *Metodología*, cit.

(44) HORWIN, Leonard: *Conceptos jurídicos fundamentales de los Estados Unidos*. Con algunas notas de bibliografía y doctrina por los profesores J. Castán y N. Pérez Serrano. "Revista General de Legislación y Jurisprudencia". Febrero 1946. Separata. págs. 5 y 9: Los Tribunales son los que interpretan definitiva, aunque limitadamente, la Constitución.

(45) HERNÁNDEZ GIL, Antonio: *Ob. cit.*

(46) Negar esta primacía supone negar de plano la base estructural del Derecho, lo que no implica, por supuesto, tomar partido por el problema de cómo hayan de formarse las leyes y de cuáles hayan de ser sus creadores.

culto casi religioso hacia la norma legal, puesto que la Ley ha de ser concebida primariamente como un instrumento de equilibrio, de tal manera que el Jurista ha de disponer de medios adecuados para que efectivamente la Ley sea el medio de realizarse la Justicia. Cuáles puedan o deban ser estos medios y de qué manera puedan utilizarse es algo a lo que más adelante haremos referencia.

B. *Derecho libre*.—De esta Escuela es destacable que el jurista de ninguna manera puede ser concebido como un ciego y sordo servidor de la Ley, incapaz de ver y oír lo que a su alrededor acontece, por la sencilla razón de que aquélla conlleva un ideal de Justicia realizable y en su realización ha de incorporarse todo cuanto intra o extralegal sea adecuado para conseguirlo. A mi juicio (47), la contradicción entre Ley y Justicia puede salvarse en muchas ocasiones si consideramos que el Juez debe asimilar el espíritu que anima a un Ordenamiento jurídico en función de la Comunidad a la que se proyecta, de tal manera que al enfrentarse con la norma en concreto no debe jamás aislarla, sino, muy al contrario, integrarla en el conjunto para que en esa integración se encuentren instrumentos definitivamente importantes para vitalizarla, darla contenido y, lo que es más importante, hacer Justicia.

C. *Escuela histórica*.—De ella y de su más importante representante, como creador que fue de la misma, hay que aceptar la idea, ciertamente definitiva, de que el Derecho es un producto del espíritu del pueblo, lo que supone y exige que el legislador y el Juez después busquen en esas raíces auténticamente populares, los principios ordenadores de la convivencia. No significa esto, ni muchísimo menos, que las costumbres hayan de prevalecer sobre las leyes, sino que la norma legislativa ha de buscar su entronque en la ordenada y justa voluntad popular.

D. *Jurisprudencia de intereses*.—Sobre esta dirección hay que apuntar el mérito innegable de haber puesto de relieve el hecho de que detrás de cada norma hay un interés, objeto de protección jurídica y que su descubrimiento debe servir al intérprete para dar al precepto el perfil adecuado en función del interés protegido. De ahí que en la búsqueda de ese interés deba consumir el jurista una parte importante de su labor investigadora.

E. *El Derecho Natural*.—La consideración y la actualidad que la doctrina del Derecho Natural vuelve a tener desde hace algún tiempo es, dice el profesor Castán (48), prueba segura de que la metodología jurídica no sufrirá lamentables extravíos y sabrá respetar las bases fundamentales del Derecho.

Para el profesor Legaz Lacambra (49), los científicos y los filóso-

---

(47) RUIZ VADILLO, Enrique: *La interpretación de las normas jurídicas en el nuevo Título Preliminar del Código civil*, "Documentación Jurídica". Octubre-diciembre 1974.

(48) CASTÁN TOBEÑAS, José: *Crisis mundial y crisis del Derecho*, página 66.

(49) LEGAZ LACAMBRA, Luis: Conferencia pronunciada en el Ateneo de Madrid, el día 21 de octubre de 1975. Referencia del periódico "Pueblo"



fos del Derecho tienen que contar con la inserción del Derecho en el fenómeno del cambio para adaptarse a él en lo que sea razonable, a fin de encauzarlo y dirigirlo en el sentido de una mayor justicia y, si llega el caso, frenarlo en lo que tenga de intrínseca inmoralidad o injusticia. Opina asimismo el ilustre profesor que el fenómeno del cambio social es una incitación para encontrar y mostrar las estructuras permanentes que subyacen, pese a todo cambio y que, de una u otra manera, indican el hecho de la radical unidad de la especie humana, al tiempo que prueban la existencia real de criterios normativos caracterizados por la permanencia y la inmutabilidad.

Mi modesta opinión en este sentido es que la inmutabilidad del Derecho Natural hace referencia al talante con el que el hombre ha de enfrentarse jurídicamente a su contorno y a la postura que ha de tomar en cada instante frente a los acontecimientos que le rodean, no en cuanto a las soluciones que hayan de corresponder en concreto que son por supuesto absoluta e incondicionalmente variables.

F. *Direcciones realistas*.—Ellas supieron destacar el inmenso valor de las resoluciones judiciales, sin las que el Derecho apenas si es nada. Pero la jurisprudencia, cuya trascendencia nadie puede negar y cuya consideración como fuente del Derecho luego examinaremos, no puede ser elevada al rango de fuerza creadora del mismo. Las decisiones judiciales deben mantenerse en esa zona vital del Derecho que consiste en hacer concreta la abstracta voluntad legislativa. A las doctrinas realistas, dice Castán Vázquez (50), hay que reconocerles el mérito de haber inducido a meditar sobre la trascendencia del juicio para el Derecho, sobre lo que puede haber de declaración y de creación en la sentencia o sobre el valor real de las fuentes, aunque algunas de sus afirmaciones sean sin duda demasiado radicales.

La recreación de una norma presupone su existencia. El Juez en cada resolución recrea un precepto o un conjunto de preceptos, pero al recrearlos y añadir todo lo mucho que es judicialmente incorporable a una norma, parte de ella y de los contornos establecidos por el legislador.

*Resumen*.—En definitiva, las fuentes del Derecho constituyen el instrumento decisivo de ordenación de la convivencia humana. Olvidarlo es distanciarlo de su única y fundamental razón de ser.

El profesional del Derecho ha de ser esencialmente un hombre práctico —y en la expresión pongo el máximo respeto— en el sentido de no olvidar que su misión consiste en hacer posible una ordenada vida comunitaria. De ahí que inexcusablemente tenga que aceptar la existencia de unos ciertos principios o presupuestos mínimos e indispensables como base de su trabajo (entre los cuales están las fuentes del Derecho) ya que su sistemático rechazo o cuestionabilidad supone

---

del día 22 firmada por Santos Amestoy. A nivel de los primeros años de este siglo puede consultarse: MENDIZÁBAL Y MARTÍN, Luis: *Derecho Natural*, 4.<sup>a</sup> ed., Zaragoza, 1908, especialmente cap. III: Investigación del fundamento y del principio del orden jurídico.

(50) CASTÁN VÁZQUEZ, José María: *Las teorías realistas del Derecho*, cit.

la desaparición del Derecho en cuanto ordenación positiva de la sociedad. En esos presupuestos termina la zona jurídica. En ellos y detrás de ellos queda lo que se denomina zona metajurídica porque en su elaboración y ultimación el Derecho, en cuanto tal, no interviene, antes al contrario de ellos parte como principios en cierta manera dogmáticos que lo serán en tanto en cuanto no se supriman o alteren por un nuevo proceso evolutivo o de radical revolución. Que tales principios y las normas que de ellos derivan sean o no justos es otro problema, como lo es el tema de la adhesión o la colaboración que a los mismos pueda o deba prestarse en función de su contenido y finalidad.

Esos principios constitucionales suelen ser siempre la consecuencia de una mezcla de autoridad y consenso del pueblo. De los ingredientes que intervengan y de la proporción de la mezcla dependerán la estabilidad y permanencia de cada una de las situaciones que de ellos deriven. Pero obsérvese que Autoridad y Pueblo no son entidades absolutamente separables, sino más bien vasos comunicantes. La autoridad (a través de las disposiciones que dicta, de los principios generales que presiden su política, etc.) incide en la comunidad provocando en muchas ocasiones una cierta dirección a sus hábitos y costumbres. El pueblo, a su vez, que de manera harto compleja, llega a formar sus propias convicciones, influye en el poder condicionando, a veces, sus mandatos y decisiones, no en la creación del Derecho a través de las costumbres que, en el mundo actual, tienen muy escasa importancia práctica. Si autoridad y comunidad, si el poder y el pueblo acaban por aceptarse recíprocamente, la consecuencia es la obtención de un equilibrio social a cuyo mantenimiento contribuirán las correspondientes tensiones sociales cuya misión (si no exceden de unos ciertos límites) puede ser reestructurar el nivel perdido, deshacer el desequilibrio que por una u otra causa se haya producido y devolver la recíproca confianza desaparecida.

La segunda dificultad radica en descubrir de qué manera incide en este tema, la justicia. ¿Qué es la justicia? ¿Cuándo es justa una norma? Si pensamos que en ocasiones lo que ayer fue justo (o creíamos justo) hoy puede no serlo y lo que hoy no lo es podrá serlo mañana, nos daremos cuenta hasta qué punto es difícil señalar los límites de la justicia. No es complicado demostrar que los ideales de justicia son múltiples; basta para comprobarlo asomarse a la vida y compulsar las opiniones de cuantos nos rodean. El valor absoluto de la Justicia está fuera de la realidad humana, es, desgraciadamente, inaprehensible para el hombre. Entonces pienso que no queda otro camino para conseguirla hasta donde es humanamente posible, que buscar el razonable apoyo de la naturaleza, pretender el equilibrio y localizar la media de los ideales de justicia de la comunidad a la que se dirigen las normas. Todo derecho, dice Legaz (51), realiza una dosis de justicia porque todo derecho establece una cierta proporcionalidad entre los hechos y las consecuencias, entre lo que se da y lo

---

(51) LEGAZ LACAMBRA, Luis: *Introducción...*, cit, pág. 420.



que se recibe, entre lo que se exige y lo que se hace, porque lo que es la idea absoluta de justicia consiste, sin duda, en aquel equilibrio y proporcionalidad entre todas las cosas que sólo la mente divina puede percibir y ordenar.

De ahí la facilidad con que se identifican ley y justicia, legalidad y legitimidad, justicia y Derecho (52). A mi juicio a una norma legislativa hay que exigirla: 1.º Que al dictarla se hayan observado todas las prescripciones sustantivas y formales establecidas (en cuanto al proceso de elaboración, en cuanto al respeto de la correspondiente jerarquía, en cuanto a su publicación, etc.). 2.º Que en consecuencia y en razón a su fijeza, permanencia respecto, etc., dé certeza al ciudadano (53). 3.º Que persiga el bien común. 4.º Que sus términos sean tales que permita una adecuada flexibilidad judicial a la hora de aplicarla, y 5.º Que sea razonablemente conforme a la naturaleza.

El jurista, estimo, frente a un ordenamiento jurídico y frente al sistema de fuentes no tiene sino dos opciones: Aceptarlo, volcando su alma y su sensibilidad para perfeccionarlo con los instrumentos legales adecuados o rechazarlo cuando en su formulación general sea contrario a esos principios metajurídicos a los que nos hemos referido hace unos momentos. Pero sin olvidar que el Derecho, como conjunto de normas que regulan la convivencia humana, es, como ya dijimos, incondicionalmente inevitable. La vida en sociedad, dice el Profesor Bonet (54), implica, por definición misma, la existencia, entre los que la practican, de relaciones sociales. Ahora bien, estas relaciones si estuviesen abandonadas a la arbitrariedad, si no fuesen objeto de una reglamentación no podrían ser realizadas más que por el libre juego de las fuerzas individuales, por la violencia o el engaño.

De esta manera, vida humana, comunidad y ordenación jurídica son peldaños de un mismo y único tramo de la escalera social. Nosotros pensamos, repitiendo una idea ya expresada en este trabajo, que si la Ley es concebida, y se consigue que esta concepción sea realizable y realizada, como una proyección de la Justicia (con todas limitaciones que procedan) y la de la voluntad comunitaria, auscultada de manera auténtica o llevada a cabo a través de sus legítimos representantes, en una conjunción armónica, su efectividad será tarea más fácil e inmediata porque vendrá a constituirse permanentemente en instrumento de equilibrio y de convivencia social, adecuado a las circunstancias que en cada caso concurran. La Ley que no es un Dios, y a la que por ello no debemos rendirla culto, no lo puede todo y a veces no puede casi nada (55) si la sociedad no está detrás de ella.

---

(52) LEGAZ LACAMBRA, Luis: *Idem*, págs. 424 y ss.

(53) SILVA MELERO, Valentín: *La certeza del Derecho en relación con la misión de los juristas*. Madrid, 1973.

(54) BONET RAMÓN, Francisco: *Introducción al Derecho civil*. Librería Bosch, 1956, pág. 14. Cita a JOSSEMAND en su obra *Cours de Droit civil positif française*. Vol. I, 2.ª ed. París, 1932, pág. 1.

(55) Lo mismo sucede en el orden político. La democracia, ha dicho el profesor HERNÁNDEZ GIL, no es fruto exclusivo de la ley. Esta no la entrega terminada y completa. Hay que asumirla y merecerla con la com-

El culto a la Ley debe ser sustituido por el culto a la Justicia, aunque naturalmente si aquélla consigue de alguna manera identificarse con ésta recibirá todo cuanto es debido a la Justicia, sintetizando en ella ese tríptico de fines de Justicia, Seguridad y Bien común, esencial a todo Derecho, porque cuando no hay seguridad o bien común, mal puede hablarse de Justicia.

Cuando muy recientemente un periodista preguntaba al Profesor Hernández Gil (56) si no creía que en el hombre de la calle existe un cierto menosprecio hacia el uso que se hace a veces del Derecho, el ilustre civilista contestó: Lo que se ha utilizado mal al servicio del poder político no es tanto el Derecho como la ley. El Derecho no es propiamente la ley, una voluntad de poder o una ideología, es algo que incorpora un sentido de la normatividad, que persigue esa meta tan difícil que denominamos Justicia (57). He ahí, decimos nosotros, la misión que nos incumbe a todos, siguiendo esta pauta: Hacer que todas las leyes sean Derecho, que legalidad y legitimidad coincidan, que la ley sea siempre e incondicionalmente vehículo de la Justicia en el más profundo sentido que esta expresión puede tener (58). Pero en todo caso, cualquiera que sea el juicio crítico que a nivel de observador, merezca un Ordenamiento jurídico, éste será siempre Derecho positivo, merezca o no el calificativo de justo.

### III. LA REFORMA (59).

Después de recogidas estas consideraciones generales queremos, de entrada, plantear una cuestión previa y esencial porque como

preensión del otro en cuanto igual y distinto. La democracia no es la verdad última, sino la conciliación transigente que permite coincidir y discrepar sin sometimientos ni agresiones. (De la conferencia en el Club Siglo XXI, el 17 de febrero de 1976. Referencia: Diario "Pueblo" del 18 de igual mes y año).

(56) Entrevista del periodista Manuel Gómez Ortiz en el Diario "Ya" del 18 de enero de 1976.

(57) CASTÁN TOBEÑAS, José: *Derecho civil*, cit. I, 1, pág. 398: Orientaciones novísimas e indicaciones críticas. En este sentido la constatación de la evolución de la Ciencia jurídica soviética es muy interesante, desde la posición de Pashunakis hasta Vyshinsky. El Derecho soviético, dice este último, frente a la tesis del primero, es el Derecho de un Estado socialista que tutela y sirve a la consolidación y el desarrollo de las relaciones y del ordenamiento sociales, de manera ventajosa para el pueblo trabajador, los obreros, los campesinos y los trabajadores intelectuales del país de los soviets. Tampoco, pues, en Rusia, a pesar de la posición filosófica del marxismo en este orden de cosas, ha desaparecido el Derecho.

(58) ULPIANO definió la Justicia en los siguientes términos: "Constans et perpetua voluntas jus suum cuique tribuendi" (D. 1,1,10, pr.). El vocablo "jus" en esta definición, dice el profesor HERNÁNDEZ TEJERO (*Lecciones de Derecho romano*. Ed. Darro, Madrid, 1972) no puede traducirse ni por Derecho objetivo ni por Derecho subjetivo, sirve para indicar la posición justa de una persona, el lugar que debe ocupar. El verdadero sentido de justicia en Ulpiano, por tanto, no es otro sino el de tratar a cada uno como se merece.

(59) Sobre la reforma pueden consultarse, entre otras, las siguientes



sucede con las excepciones perentorias en el proceso de su solución depende que este trabajo tenga o no razón de continuar. El problema es este: La modificación del Título Preliminar del Código civil (pres-

---

obras: ALBALADEJO GARCÍA, Manuel: *Derecho civil*, cit.; CASTÁN TOBEÑAS, José: *Derecho civil...*, cit.; CASTÁN VÁZQUEZ, José María: *La reforma du titre préliminaire du code civil espagnol*, "Revue Internationale de droit comparee". Octubre-diciembre 1974; CASTÁN VÁZQUEZ, José María: *Notas para la historia de la reforma del Título Preliminar del Código civil*, "Documentación Jurídica", Octubre-diciembre 1974; CASTÁN VÁZQUEZ, José María: *La génesis de la reforma del título preliminar del Código civil*, "Revista de Derecho privado". Enero 1976; CASTÁN TOBEÑAS, José: *De-Civil español, común y foral*. Tomo I, cit. DÍEZ PICAZO, Luis: *El abuso del derecho y el fraude de la ley en el nuevo Título Preliminar del Código civil y el problema de sus recíprocas relaciones*, "Documentación jurídica". Octubre-diciembre 1974; ESPÍN CÁNOVAS, Diego: *Manual de Derecho civil...*, cit.; ESPÍN CÁNOVAS, Diego: *La formulación del error de derecho en el nuevo Título Preliminar del Código civil*. "Documentación Jurídica". Octubre-diciembre 1974; FAIREN GUILLÉN, Víctor: *Notas sobre el valor de la jurisprudencia (En el nuevo Título Preliminar del Código civil)*, "Revista Crítica de Derecho Inmobiliario". Julio-agosto 1975; FIGA FAURE, Luis: *El nuevo Título Preliminar del Código civil y el Derecho catalán*, "Documentación Jurídica". Octubre-diciembre 1974; GARCÍA VALDECASAS, Guillermo Alfonso: *Los principios generales del derecho en el nuevo Título preliminar del Código civil*, ANUARIO DE DERECHO CIVIL. Abril-junio 1975; GONZÁLEZ BOTELLA, Pedro: *El nuevo Título Preliminar del Código civil*, "Documentación Jurídica". Octubre-diciembre 1974; GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús: *La norma sobre cómputo de plazos del Código civil y su aplicación al procedimiento y proceso administrativos*, "Documentación Jurídica". Octubre-diciembre 1974; HERRERO DE MIÑÓN: *Aspectos constitucionales del nuevo Título Preliminar del Código civil*, "Revista de Estudios Políticos", núm. 18, noviembre-diciembre 1975; LACRUZ BERDEJO, José Luis: *Elementos de Derecho civil*, cit.; LALAGUNA, Enrique: *Valor del Código civil como derecho común, después de la reforma del Título Preliminar*, "Documentación Jurídica". Octubre-diciembre 1974; LORENTE SANZ, J.: *La modificación del Título Preliminar del Código civil*. Separata del "Boletín del Real e Ilustre Colegio de Abogados de Zaragoza", núm. 55. Octubre 1974; LÓPEZ ALARCÓN, Mariano: *La equidad en el nuevo Título Preliminar del Código civil*, "Documentación Jurídica". Octubre-diciembre 1974; LUACES SAAVEDRA, Carlos: *La revisión del Título Preliminar del Código civil*, "Información Jurídica", núm. 316; LUCES GIL, Francisco: *Análisis de las modificaciones introducidas en el régimen de la nacionalidad española por la Ley de 2 de mayo de 1975*, "Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Oviedo", núms. 9 y 10, 1975; MIGUEL ZARAGOZA, Juan de: *Datos para un análisis de la relaciones entre el Derecho internacional y el Derecho español*, "Boletín de Información del Ministerio de Justicia", núm. 989; OLIVA SANTOS, Andrés de la: *La jurisprudencia en la Ley de Bases para el nuevo Título Preliminar del Código civil*, "Revista de Derecho Procesal Iberoamericano", núm. 4, 1973, página 801; ORIOL Y URQUIJO, Antonio María: *Discurso con motivo de la presentación al Pleno de las Cortes del Proyecto de Ley de Bases de Reforma del Título Preliminar del Código civil*, "Boletín de Información del Ministerio de Justicia", núm. 945; RODRÍGUEZ DEL BARCO, José: *La jurisprudencia como fuente jurídica en el nuevo Título Preliminar del Código civil aprobado por Decreto 1.836/1974 de 31 de mayo*, "Revista de Derecho privado". Diciembre 1975; RUIZ VADILLO, Enrique: *Comentarios a la Ley de Bases para la modificación del Título Preliminar del Código civil*, "Revista General de Derecho". Valencia, núms. 345, 346 y 347; RUIZ VADILLO, Enrique: *El nuevo título preliminar del Código civil* (Comenta-



cindiendo ahora de una de sus partes, concretamente de aquella que contiene la normativa del llamado Derecho Internacional privado). ¿Supone ya o va a suponer algo real, efectivo y práctico, en la aplicación del Derecho? (60). ¿Va a producirse un cambio, un giro más o

---

rios a los títulos I, II y III). En el Libro-Homenaje a don José María ROCA SASTRE, t. I; RUIZ VADILLO, Enrique: *La costumbre en el Código civil español después de la reforma del Título Preliminar*, "Pretor". Julio-agosto 1974; RUIZ VADILLO, Enrique: *Aplicación de las normas jurídicas*. Estudio de los artículos 3 y 4 del Código civil según la reforma de 31 de mayo de 1974. "Revista General de Derecho", núms. 364 y 365. Enero-febrero 1975; RUIZ VADILLO, Enrique: *La interpretación de las normas jurídicas en el nuevo Título Preliminar del Código civil*, "Documentación Jurídica". Octubre-diciembre 1974; SÁNCHEZ APELLÁNIZ, Francisco: *La reforma del sistema español de Derecho internacional privado*, "Documentación Jurídica". Octubre-diciembre 1974; SÁNCHEZ Y VENTURA, Pascual: Discurso de presentación del Proyecto al Pleno de las Cortes, "Boletín de Información del Ministerio de Justicia", núm. 1.023, de 1975, págs. 4 y ss.; SANTOS BRIZ, Jaime: *Las normas de conflicto sobre obligaciones en el nuevo Título Preliminar del Código civil*, "Documentación Jurídica". Octubre-diciembre 1974; SERRANO ALONSO, Eduardo: *Aproximación al nuevo Título Preliminar del Código civil*, "Anexo del Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Oviedo", núm. 8, 1974; VEGA BENAYAS, Carlos de la: *La doctrina de las fuentes del Derecho en el nuevo Título Preliminar del Código civil* (arts. 1 y 2), "Revista de Derecho Procesal Iberoamericano", núm. 1, 1975; VILLAR PALASÍ, José Luis: *La interpretación y los apotegmas jurídico-lógicos*. Ed. Tecnos.

Después de terminado este trabajo, se han publicado, entre otros, los siguientes estudios: ALVAREZ VIRIGAY, Rafael: *Las mutuas influencias entre la legislación y la jurisprudencia*. Libro homenaje a Ramón M.<sup>a</sup> Roca Sastre, vol. I; CADARSO PALAU, Juan: *Reforma de la Ley y renovación del Ordenamiento en el Título Preliminar del Código civil*. ANUARIO DE DERECHO CIVIL, XXIX, fasc. 1. Enero-marzo 1976; FERNÁNDEZ MARTÍN-GRANIZO, Mariano: *La jurisprudencia en el Código civil, después de la reforma de 1974*. ANUARIO DE DERECHO CIVIL, t. XXIX, fasc. 2. Abril-junio 1976; LUCES GIL, Francisco: *El fraude a la ley en las nuevas normas del Título Preliminar del Código civil*. Separata del "Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Oviedo, núm. 11, primer semestre 1976; OGAYAR AYLLÓN, Tomás: *Las fuentes del Derecho en el novísimo Título Preliminar del Código civil*. Libro-homenaje a Ramón M.<sup>a</sup> Roca..., vol. I; QUINTANA REDONDO, Carmelo: *Las fuentes del Derecho en el nuevo Título Preliminar del Código civil*. Libro-homenaje a Ramón M.<sup>a</sup> Roca..., vol. I; SANTOS BRIZ, Jaime: *La aplicación de las normas jurídicas en el nuevo Título Preliminar del Código civil*. Libro-homenaje a Ramón M.<sup>a</sup> Roca..., vol. I; VEGA BENAYAS, Carlos de la: *La doctrina de las fuentes del Derecho, en el nuevo Título Preliminar del Código civil*. Libro-homenaje a Ramón M.<sup>a</sup> Roca..., vol. I.

(60) La Base 1.<sup>a</sup> (contenida en el art. 2.º de la Ley de 17 de marzo de 1973) decía: "1. Se enumerarán de modo directo, sistemático y jerarquizado las fuentes del ordenamiento jurídico, manteniendo las ya recogidas en el Código, así como la primacía de la Ley sobre las demás fuentes. Carecerán de validez las disposiciones que contradigan otra de rango superior. La costumbre regirá en defecto de ley aplicable, siempre que no vaya contra la moral o el orden público, valorándose la eficacia creadora de los usos sociales con trascendencia jurídica. Los principios generales de Derecho, sin perjuicio de su carácter informador de las demás fuentes, se aplicarán en defecto de normas legales y consuetudinarias. 2. Las normas jurídicas contenidas en los Tratados internacionales no serán de aplicación directa en España en tanto no hayan pasado a formar parte



menos importante, o todo quedará aproximadamente igual? ¿Se trata de una modificación que pretende simplemente conseguir una mayor exquisitez técnica o persigue un cambio en la concepción general del Derecho, (61). Si el cambio se produce, ¿en qué dirección girará nuestro ordenamiento? ¿A un mayor arbitrio judicial? ¿A un fortalecimiento de la autoridad del Juez? ¿Se verá éste, por el contrario, más mediatizado y sometido al rigor legislativo, en cuanto que el Código contiene normas en orden a la interpretación judicial? (62).

---

de la legislación interna española. 3. Se recogerá, en el sentido hoy vigente, el deber de los Tribunales de fallar en todo caso y con arreglo a la prelación de fuentes antes establecida. 4. La jurisprudencia complementará el ordenamiento jurídico con la doctrina que establezca el Tribunal Supremo sobre aplicación de las fuentes. 5. Sustancialmente, si bien con las necesarias matizaciones, se mantendrá la actual regulación sobre la vigencia y derogación de las leyes”.

La Exposición de Motivos del Decreto de 31 de mayo de 1974 dice: “El título preliminar del Código civil se inicia por comprensibles razones de importancia y prioridad con la regulación concerniente a las fuentes del ordenamiento jurídico, las cuales aparecen configuradas con ese alcance y significado en vez de aludir indirectamente a ellas a propósito de la aplicación de las normas por los Tribunales como lo hacía el precedente artículo 6. Con el carácter de fuentes se enuncian de manera jerárquica la ley, la costumbre y los principios generales del Derecho. Cambia, pues, el emplazamiento y el modo de formulación, aunque no el criterio inspirador, si bien se introducen algunas variantes. La primacía de la ley resulta tanto de su proclamado valor de fuente de primer grado como de la declarada falta de validez de las disposiciones de rango inferior contradictorias con otras de rango superior”.

(61) No cabe la menor duda, dice el magistrado VACAS MEDINA, en la nota de presentación del núm. 4 (octubre-diciembre 1974) de la “Revista de Documentación Jurídica”, dedicada a la reforma que en la tarea de poner al día nuestro ordenamiento jurídico, arcaico en determinados sectores de los Derechos civil, mercantil y procesal, la significación de esta reforma, la más importante desde la promulgación del venerable cuerpo legal, es trascendental. De un lado por lo que supone de incidencia en la llamada, con mayor o menor rigor, “Parte General del Derecho”, pues como es sabido, a la normativa contenida en el Título Preliminar del Código civil, se le hace reclamo desde diversas parcelas del Derecho. De otro, porque algunas materias objeto de regulación de dicho título poseen una significación tal que, en ocasiones, se predica para las mismas el superior rango legislativo. Las mutaciones acaecidas desde la promulgación del Código civil en los órdenes social, económico y técnico, los progresos de la dogmática jurídica y las aportaciones jurisprudenciales aconsejan, en relación con ellas, un atento análisis de la reforma que, teniendo en cuenta las actuales relaciones humanas responda a las auténticas exigencias de la aplicación e interpretación del Derecho en nuestros días o, lo que es lo mismo, a su efectiva vigencia, incluso en el contexto internacional en que nos movemos.

HERNÁNDEZ GIL, en entrevista del periódico “ABC” del día 12 de julio de 1974 que con él sostuvo el periodista José Luis Abarca, calificó la reforma como “la de mayor entidad e importancia introducida en el Código civil desde su promulgación en 1889”.

El profesor y fiscal Luis Martín BALLESTEROS Y COSTEA afirma que la modificación del Título Preliminar es posiblemente la más importante reforma del Código civil” (“Boletín de la Jornadas de Derecho Civil”. Zaragoza, núm. 2, 24 abril de 1975).

(62) RUIZ VADILLO, Enrique: *La interpretación de las normas jurídicas...* cit.



Sin perjuicio de intentar acometer, con un poco más de extensión, algunos de los problemas que se derivan de estas interrogantes y remitirnos a otros trabajos nuestros en los que pretendimos contestarlas, podemos ya anticipar nuestra opinión: La reforma, creo yo, permite que las cosas cambien, pero que esto suceda no va a depender tanto de ella, como de sus aplicadores. Me explicaré: La modificación no es ciertamente revolucionaria; por una parte algunos cambios son efectivamente de puro perfeccionismo (por ejemplo que la descripción de las fuentes del Derecho se haga de manera principal y autónoma (art. 1.º, ap. 1.º actual) en vez de establecer de forma secundaria y dependiente, después de imponer a los Tribunales la obligación de fallar (art. 6.º pf. 2.º del texto primitivo)] y por otra, las innovaciones (la doble consideración de los principios generales del Derecho, la cita de la jurisprudencia, etc.) pueden, en la práctica, pasar desapercibidas. Además, cabe que todos, de una manera casi inconsciente, acomodemos los nuevos preceptos a nuestras viejas ideas y que todo siga exactamente igual. Esto puede suceder, pero también puede ocurrir que quienes están llamados a protagonizar la reforma (Magistrados, Jueces y Abogados) consigan, venciendo una inevitable y natural inercia, modificar la estructura, el esquema, la plataforma desde la que ha de proyectarse la tarea de juzgar que es, en definitiva, interpretar primero y aplicar después el Derecho, concebido este como un todo coherente y orgánico, destinado a realizar la Justicia.

En estas circunstancias, es lógico que tomar una u otra postura (que ambas son posibles por el cierto sentido conservador y poco revolucionario de la reforma) pueda ser consecuencia del juicio de valor que den a la misma quienes han de llevarla a cabo. De ahí mi deseo de exponer el problema, con la mayor sinceridad y objetividad posible para que, como suelo decir con frecuencia, sean otros los que juzguen mi postura y expongan otra u otras que rectifiquen o ratifiquen mis conclusiones.

#### 1. SU FINALIDAD. LEY DE BASES Y TEXTO ARTICULADO.

Volvemos a preguntar: ¿Qué ha pretendido la reforma? La lectura de los documentados y muy valiosos trabajos de Castán Vázquez (63) sobre la génesis de la reforma, es ciertamente aclaratoria y aleccionadora. Para la real expresión de cuál ha sido o han sido los fines perseguidos no se encuentran, a mi juicio, claramente expresados ni en la Exposición de Motivos de la Ley de Bases ni en la que precede al Decreto legislativo que aprobó el texto articulado, al menos en cuanto hace referencia a la materia que ahora nos ocupa. En efecto, como ya hemos visto, la Exposición de Motivos de la Ley de Bases indicaba: Las normas del título preliminar son susceptibles de perfeccionamiento, sin alterar las directrices esenciales, ya completando lo que en el texto ahora vigente sólo aparece bosquejado, ya acomodando éste a la doctrina más autorizada y a la jurisprudencia del Tribunal

(63) CASTÁN VÁZQUEZ, José María: *Notas para la historia de la reforma...*, cit. y *La génesis de la reforma...*, también citada.



Supremo, ponderando igualmente, respecto a la eficacia de las normas en el espacio, los tratados y conferencias internacionales. En el Decreto legislativo que aprobó el texto articulado se dice que cambia el emplazamiento y el modo de formulación, aunque no el criterio inspirador, si bien se introducen algunas variaciones.

Sigue pues en pie la interrogante. Al lado de la nueva ordenación del Derecho internacional privado, dicen los Profesores Díez Picazo y Gullón Ballesteros (64), las bases de reforma del título preliminar recogen una serie de temas de teoría general del Derecho: enumeración de las fuentes del Derecho, interpretación de las leyes, efectos de la contravención de la ley, etc. Este aspecto de la reforma, dicen, suscita muchas reservas. Puede ser considerado como una reforma de pura "elegantia iuris", es decir, como la adopción en el primer cuerpo legal de una serie de soluciones teóricas o problemas teóricos, que tendrán nula o muy escasa repercusión en la práctica. Mas puede considerarse también y ello es sin duda peligroso, como una facilitación de un mayor arbitrio judicial en la decisión de los litigios, lo que sin duda puede provocar una grave dosis de inseguridad jurídica.

## 2. SU PROYECCIÓN EN LA DINAMICIDAD DEL DERECHO.

Enlazando ya con lo expresado anteriormente podemos ahora decir que estas declaraciones legislativas, contenidas en las respectivas exposiciones de motivos, pecan por defecto. La reforma, creemos, encierra una relativamente profunda alteración de la teoría general de las fuentes y de su inseparable teoría de la interpretación y aplicación de las normas jurídicas, de tal manera que el conjunto puede ser, según mi opinión, una buena plataforma para cambiar la tradicional andadura de los Tribunales, dentro del Derecho privado y sobre todo para preparar el camino de una nueva y aún más profunda reforma. Pero todas estas afirmaciones, en algo tan definitivamente importante para la sociedad como lo son los problemas de la administración de Justicia, exigen una explicación y un cuidado exquisito en su formulación y defensa (65).

---

(64) DÍEZ PICAZO y GULLÓN BALLESTEROS: *Instituciones de Derecho Civil*, vol. I, pág. 47. Ed. Tecnos.

Para el profesor José Luis DE LOS MOZOS (*Derecho civil de Castán*, cit., pág. 403), es justo reconocer que la regulación de las fuentes ha ganado en claridad y rigor.

(65) Mucho se ha insistido en el curso de la historia del pensamiento político en la idea de que Estado de Derecho no es aquél que tiene y respeta normas jurídicas, pues en este sentido, de alguna manera, todos los Estados lo serían, sino aquellos cuyo conjunto normativo responde a unos principios de justicia. Ahora bien, como la justicia no puede medirse como se mide la temperatura de un cuerpo o la distancia de un lugar a otro, hay que afirmar que un Ordenamiento jurídico será justo cuando se base en unos principios de equilibrio conformes con la naturaleza y aceptados por la comunidad a la que se dirijan como razonables y éticos.

LAVILLA ALSINA, Landelino: *Discurso de apertura del año judicial 1976-77*, "Boletín de Información del Ministerio de Justicia". Separata 1977.

La aleación conseguida por la reforma me parece buena o, al menos, no me parece mala. Sintetizaré mis ideas, recogiendo algunas conclusiones mantenidas con una mayor extensión en trabajos anteriores ya citados. La reforma concede, desde luego, absoluta prioridad a la ley sobre cualquier otra fuente y esto me parece absolutamente acertado. Hay que ser realista: la ley es la primera y fundamental garantía para el ciudadano; nada garantiza más a la sociedad que la existencia de unas leyes que se cumplen, nada favorece tanto la inseguridad como la carencia de normas legales. Creer o querer, es lo mismo, que la costumbre, como emanación del pueblo sirva o pueda servir para regular las relaciones jurídicas es, salvo excepciones, que por serlo confirman la regla, una pura ilusión. Otra cosa muy distinta es, como ya hemos señalado insistentemente, que la ley, en su consideración política (66) (y toda ley viene a ser el desarrollo de una idea política, si entendemos por política el arte y la ciencia de gobernar), recoja todos los factores populares precisos o indispensables para que tenga un adecuado soporte y aceptación por parte de la comunidad.

Esta prioridad de la ley (entendida como equivalente a norma procedente de la Autoridad) se manifiesta, como luego veremos más extensamente, en varias direcciones, que remarcan en grado superlativo su rango y consideración.

Pero prioridad de la ley no quiere decir o no debe querer decir preferencia de la literalidad sobre el espíritu, desconocimiento de los valores que la ley, por definición debe defender, ausencia de principios generales, etc. (67). De ahí, que según nuestra opinión, la orientación de la reforma como la de nuestro código en su redacción primitiva, quepa incluirla dentro de los sistemas que establecen el valor absoluto de la ley (jurisprudencia de conceptos, dogmatismo legal, positivismo), aunque sin incurrir en perniciosos excesos. A nuestro juicio el nuevo título preliminar fortalece el poder del Juez al encomendarle expresamente una cierta tarea correctora de la norma legislativa, poder que entraña, es cierto, un riesgo de erosión del principio de seguridad, pero que viene a ser el precio, ciertamente pequeño, que la sociedad va a pagar en aras de una mayor justicia. En efecto, el

(66) De alguna manera todas las leyes vienen a constituir el desarrollo de una idea política. La ley del suelo, las leyes de arrendamiento, las de expropiación forzosa, las que establecen la capacidad de los cónyuges, las que regulan las limitaciones de la propiedad, etc., etc., son buena prueba de ello. Esto en el orden jurídico-civil. Mucho más en el penal. Pero en cualquier norma de alguna manera es observable esta idea.

(67) Ningún juez, dice el profesor SILVA MELERO (*Jurisprudencia y evolución*, Madrid 1974) puede dejar de hacerse una suprema reflexión; si quiere que su magistratura y su actuación aparezcan justificados tiene que demostrar que su fallo se halla a tono con la justicia objetiva o las razones convincentes del porqué no pudo ajustarse a ella. De otro modo, podría quizá escuchar como elogio el dedicado a cierto burócrata que alguien formuló así: un hombre bueno y leal que preocupado por la legalidad no alcanzó nunca a sentir la justicia.

Paulo afirmó que no todo lo lícito o valorado con criterio jurídico es honesto, es decir, objeto de la valoración con un criterio ético: "Non omne quod licet honestum est" (D. 50,17,144, pr.) (ARIAS RAMOS, José: *Derecho romano*, I, pág. 30, 1943. Ed. "Revista de Derecho Privado".



legislador de la reforma consciente de que la letra de la ley no lo es todo, autoriza al intérprete a desviarse de ella, cuando la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas (68), en conjunción con el contexto y los antecedentes históricos y legislativos lo demanden (con lo cual se da de alguna manera entrada al factor sentimiento y exigencia popular y en definitiva a los valores que destacaba la Escuela histórica) estableciéndose que en todo caso se atienda fundamentalmente al espíritu y finalidad de las propias normas (teoría de la jurisprudencia de intereses), sin olvidar que la equidad, si bien no podrá servir para que en ella descansa de manera exclusiva una resolución judicial, salvo cuando la ley expresamente lo permita, habrá, en cualquier supuesto, de ponderarse en la aplicación de las normas (69), con lo cual en cierta manera el Juez puede, de forma desde luego condicionada, investigar libremente, dentro de una serie de limitaciones, los contornos de la norma (típica o atípica) que va a aplicar, lo que aún se acentúa mucho más al considerar que los principios generales son, sin dejar de ser segunda fuente supletoria, informadores de todo el ordenamiento, de tal manera que a su través puede penetrar en la decisión judicial el Derecho natural aunque sea con una serie de importantes condicionamientos.

Obsérvese, y no sé si en ello se habrá insistido bastante, que el apartado 1.º del art. 3.º del Código civil dice: Las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos y la realidad social

---

(68) BELTRÁN DE HEREDIA, Pablo: *Reflexiones en torno al método jurídico*, cit.

(69) El art. 1.º del Código civil suizo ordena al Juez, cuando sean insuficientes la ley y la costumbre, decidir según lo que él hubiese establecido como legislador. A este respecto, señala ESPÍN CÁNOVAS (*Manual...*, cit., pág. 103) que con razón se censura esta posición que consagra un criterio individualista, conforme a su convicción personal, prescindiendo de los principios morales, políticos y sociales sobre los que se basa la vida de la Nación.

A mi juicio, cuando el juez español carece de ley y costumbre, ha de meditar sobre los principios informadores del Ordenamiento en general, sin olvidar sus concretas y particulares formulaciones y sin olvidar tampoco el escenario (realidad social) sobre el que va a tener vigencia y expresión real y práctica su resolución. La tarea, como hemos señalado en varias ocasiones, es muy difícil porque el juzgador forma parte de esa misma realidad, está inmerso en ella y la vida comunitaria, cuando nosotros mismos somos miembros de ella, no es algo fácilmente constatable y medible, sino que muy al contrario, es un tejido frondoso, complejo, a veces confuso, en el que inciden realidades, pero también aspiraciones, apetencias, sentimientos y emociones, unas veces legítimas y otras veces no, muy diversos. En definitiva, la realidad social es un ente objetivo-subjetivo, sólo verdaderamente aprehensible para quien está fuera de ella. Por tanto, como el Juez está dentro, es posible que al buscar la integración del vacío legislativo y consuetudinario, sin querer, inconscientemente, anticipe subjetivamente su propio y personal criterio, constituyéndose, en cierta manera, en legislador, en vez de acudir a las bases que sirven de infraestructura al Ordenamiento. En todo caso, y en honor a la verdad, he de indicar que nuestros jueces y tribunales saben permanentemente adecuar la norma a esa importante realidad social, por encima de explicables aunque peligrosos subjetivismos.

del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquéllas. Es decir, el contexto, los antecedentes, la realidad social, su espíritu y finalidad no son piezas que se utilizan sólo cuando el sentido propio de una norma es confuso o equívoco, sino que tales instrumentos son siempre (y la palabra siempre debe subrayarse) complementos indispensables en la tarea de aplicar una norma, aunque la descripción o tipificación que esta haga del supuesto contenido en ella sea claro, de tal manera que la reforma parece destacar el principio de que toda norma ha de ser interpretada por el Juez para extraer de ella todo el caudal de potencia reguladora de la vida social que lleva consigo. Queremos decir que frente al criterio que a veces se ha mantenido por ilustres tratadistas de que el legislador al fijar en cierta manera el método de búsqueda del sentido y alcance de las normas, reduce considerablemente las facultades judiciales, creo que hay que oponer otro, de que establecido y marcado el camino que ha de llevar al mejor descubrimiento del sentido de la norma (al menos con ello será más probable que con los mismos datos se llegue al mismo resultado), la zona de adecuación del precepto a la vida es enormemente más amplia y perfecta. Si a ello añadimos la referencia a los principios generales del Derecho en cuanto informadores del ordenamiento jurídico, que acabamos de citar y a los que volveremos a referirnos (clara, aunque no única referencia a las ideas, que no normas, del Derecho natural) y la aparición de la jurisprudencia como complementadora del mismo ordenamiento jurídico (a cuyo trasluz se divisa una referencia a las teorías realistas), queda un esquema, creemos que equilibrado y eficaz del sistema de fuentes en el nuevo título preliminar del Código civil.

El hecho de que, según la reforma, el Juez pueda adoptar medidas frente a todo acto activo u omisivo que, por la intención de su autor, por su objeto o por las circunstancias en que se realice sobrepase manifiestamente los límites normales del ejercicio del derecho, con daño para tercero (art. 7.º, ap. 2) (70) o que los actos realizados al amparo del texto de una norma, que persigan un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico o contrario a él, se consideran ejecutados en fraude de ley y no impidan la debida aplicación de la norma que se hubiere tratado de eludir (art. 6.º, ap. 4.º) reafirma, creemos, cuanto venimos diciendo y lo reafirma porque ambas cuestiones: la del abuso del derecho (con una relativa tradición jurisprudencial en relación con la ley de arrendamientos urbanos) (71) y la del fraude de ley (con más profundas raíces en nuestro Derecho) no son otra cosa que instrumentos de corrección de la pura literalidad legislativa, aprovechada con fines ilegítimos por los particulares, instrumentos legislativos todos que bien manejados pueden ser eficaces armas de consecución

---

(70) BONET RAMÓN, Francisco: *Código civil comentado*, 2.ª ed., página 1498.

(71) V. la abundante jurisprudencia del Tribunal Supremo en este sentido. Un resumen de ella en RUIZ VADILLO, Enrique: *Introducción al estudio teórico-práctico del Derecho civil*, 8.ª ed. 1975. Ed. Ochoa, Logroño. Prólogo del profesor Antonio Hernández Gil.



de la justicia, aunque como antes manifestábamos pueden también suponer un potencial quebranto a la seguridad jurídica al permitir penetrar en las intenciones (elemento anímico del acto no siempre bien descubrible, cuando no se objetiviza), para valorar la adecuación o inadecuación de una conducta al Ordenamiento jurídico. Creo que el bien ganado prestigio de nuestros Tribunales y Jueces y la confianza que en ellos tiene depositada la sociedad, han de ser suficiente garantía de que sin romperse más allá de lo indispensable el principio de seguridad jurídica, van a acentuarse los de justicia y bien común, pues bien claro está que la vida y el desarrollo del Derecho son siempre aventuras sociales en las que lo importante es conseguir un equilibrio entre todos esos fines, en función de lo que cada época y cada comunidad pueda y deba demandar. La experiencia ya prolongada de la aplicación de la teoría del abuso del derecho dentro de los arrendamientos urbanos, constituye también, como antes indicamos, un aleccionador precedente.

En definitiva, pensamos que la reforma ha sido acertada y que desde un punto de vista metodológico, entendiendo por tal la actitud del propio Ordenamiento en cuanto al sistema de fuentes, y a la interpretación y aplicación de las normas que lo constituyen, se debe inscribir el sistema de nuestro Código dentro de lo que puede llamarse normativismo legalista, aunque corregido por algunos de los principios que inspiran la doctrina de la libre investigación del Derecho y de la jurisprudencia de intereses, sin olvidar el hondo significado del Derecho natural y el valor y trascendencia de la doctrina que emana de las resoluciones del Tribunal Supremo. Como en la práctica casi nunca son buenos los principios o sistemas puros (ni economía de mercado ni economía dirigida, sino economía mixta; ni iusnaturalismo ni positivismo (72), sino eclecticismo, ni sólo penas ni sólo medidas de seguridad, sino unas y otras, etc.), así también sucede con los sistemas metodológicos, que en todos o, al menos, en casi todos se encuentran aciertos, eficacias y verdades. Por ello esta especie de pluralismo equilibrado que creemos hallar en nuestro código, después de la reforma de su título preliminar, nos parece elogiabile y positivo.

#### A) *El orden jerárquico de las fuentes.*

Ya hemos indicado que, a nuestro juicio, se ha producido un cambio ciertamente sensible en esta ordenación, aunque aparentemente pueda pasar casi desapercibido, dado que sustancialmente ni la enumeración ni la preferencia han cambiado (ley, costumbre y principios generales del Derecho). Como probablemente se deduce de cuanto llevamos dicho, esta modificación se ha producido no por la inclusión un tanto ambigua y desmayada de la jurisprudencia ni por la incorporación de los principios generales en la doble vertiente que ahora se les otorga, no del todo inteligible, sino porque teniendo en cuenta el viejo art. 6.º y el actual art. 1.º se observa una sustancial diferencia.

---

(72) QUINTANO RIPOLLÉS, Antonio: *El derecho, valor de cultura*. Madrid. 1966.

La redacción del primitivo pf. 2.º del art. 6.º del Código civil era esta: Cuando no haya ley exactamente aplicable al punto controvertido se aplicará la costumbre del lugar y en su defecto los principios generales del Derecho”, y aquí acababa la regulación al no existir normas complementarias interpretativas. El nuevo art. 1.º ap. 1.º establece en parecido sentido: Las fuentes del ordenamiento jurídico español son la ley, la costumbre y los principios generales del derecho, pero con la fundamental adhesión del ap. 1.º del art. 4.º que determina que procederá la aplicación analógica de las normas cuando éstas no contemplen un supuesto específico, pero regulen otro semejante entre los que se aprecie identidad de razón y con el aditamento de una serie de criterios legales, en orden a cómo han de ser interpretadas las normas legislativas.

A nuestro modo de ver (aunque se han mantenido posiciones divergentes con la que aquí sostenemos (73)) no cabe duda de que con el nuevo sistema los supuestos de aplicabilidad de la costumbre van a ser mucho más escasos aún (y ya lo eran mucho) porque para que ésta pueda ser utilizada será necesario no sólo que no haya ley —exactamente aplicable al punto controvertido— (como antes), sino que tampoco haya otra norma legislativa que aun sin contemplar el supuesto objeto de la decisión judicial, regule otro semejante entre los que se aprecie identidad de razón, de tal manera que la presencia de la norma consuetudinaria se presenta ahora mucho más distante y lejana que antes. Al menos habrá que conceder que lo que antes era dudoso (si la costumbre precedía o no a la “analogía legis”), ahora ya no lo es en cuanto que a partir de la modificación es claro que se quiere que el Juez extraiga todo el potencial directo e indirecto de la ley en apoyo de la solución de cada problema sometido a su decisión, antes que buscar en otras fuentes, incluida la costumbre.

---

(73) Para GONZÁLEZ BOTELLA (*El nuevo Título Preliminar...*, cit.), pág. 1175) se mantiene también el mismo orden de prelación, sin que a la suprimida exigencia anterior de que “no haya ley exactamente aplicable...” pueda atribuírsele otro significado que generalizar la prioridad de la Ley sobre otras fuentes. Sin embargo, sigue diciendo, tal modificación obliga a una aplicación analógica de la norma con preferencia a una fuente de ulterior grado. Aparece así con claridad lo que antes pudo ser dudoso, pues la exactitud requerida en la ley no era formal, sino de la “ratio legis” con lo que antes y ahora, la aplicación analógica tendría prelación ante una fuente de ulterior grado; SOTO NIETO, Francisco: *Derecho vivo. Jurisprudencia comentada*, II, pág. 19; RUIZ VADILLO, Enrique: *Aplicación de las normas...*, cit. A mi juicio, con el texto primitivo del Código civil, la costumbre se anteponía a la analogía *legis* (argumento: cuando la ley quiso otra cosa, lo dijo expresamente, así en la Ley de Arrendamientos Urbanos). Hoy es indudable que la analogía *legis* precede en todo caso a la norma consuetudinaria, mientras que la analogía *iuris* se integra dentro de los principios generales del Derecho.

En Italia, dentro del capítulo I (De las fuentes del Derecho), del Decreto legislativo lugartenencial de 14 de septiembre de 1944, el art. 1.º dice: “Indicación de las fuentes”. Son fuentes del Derecho: 1.º) Las leyes. 2.º) Los Reglamentos. 3.º) Las normas corporativas. 4.º) Los usos.



a) *Antes de la reforma.*

Como es bien sabido, el orden jerárquico de las fuentes del Derecho venía establecido en el p.º 2.º del art. 6.º del Código civil: 1.º La ley, cuando tenía exacta aplicación al punto controvertido. 2.º La costumbre del lugar, como expresión, sino la más auténtica, si la más espontánea de la voluntad popular en cuanto creadora de Derecho, y 3.º Los principios generales del derecho, expresión esta cuya significación hubo de descubrir la doctrina científica y la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

La búsqueda del sentido de cada norma era una aventura intelectual y jurídica del Juez que debía seguir en cada caso sus propias e intrasferibles convicciones y criterios.

b) *Después de la reforma.*

El orden jerárquico entendemos que actualmente ha quedado establecido así: 1.º La Ley. A. Directamente cuando sea de exacta aplicación al problema debatido. B. A través del procedimiento analógico (la llamada "analogía legis"), (art. 4.º, ap. 1.º y Exposición de motivos del Decreto de 31 de mayo de 1974) (74). 2.º La costumbre: A. Local. B. General (75). 3.º Los principios generales del Derecho:

En una zona imprecisa situamos la jurisprudencia y los principios generales del Derecho, estos últimos en cuanto a su carácter informador del ordenamiento jurídico (art. 1.º, ap. 6 y 4) a los que todavía hemos de referirnos, aunque sea brevemente.

Ahora la interpretación ha de hacerse por tanto sobre las bases que el propio ordenamiento establece.

En resumen, las diferencias más acusadas se encuentran: 1.º En que la "analogía legis" incluida antes dentro de los principios generales, se incorpora ahora al primer plano, dentro de la ley. 2.º En la doble consideración de los principios generales. 3.º En la incorporación de la jurisprudencia. 4.º En un nuevo tratamiento de la costumbre. 5.º En la inclusión de los tratados internacionales. 6.º en la inclusión, dentro del Código, del principio de validez de la norma legislativa, según su rango en la correspondiente escala jerárquica, y 7.º En la aparición de unos criterios legales, en materia de interpretación que, sin duda, constituyen una de las piezas básicas de la reforma.

B) *La Ley.*

Naturalmente que no es este el momento ni la ocasión de hacer un estudio completo de la Ley (76). Tan sólo pretendemos destacar,

(74) Consideramos que la aplicación analógica se refiere sólo a las leyes, no a las costumbres. Así parece deducirse de su contexto (V. también Exposición de Motivos).

(75) RUIZ VADILLO, Enrique: *La costumbre...*, cit.

(76) CASTRO Y BRAVO, Federico: *Derecho civil*, cit, pág. 288. Utilizamos la palabra ley en un sentido estricto de norma estatal. Se comprende bajo este concepto el conjunto de todas las normas que tienen por fuente el poder estatal. Se contraponen la ley a las normas consuetudinarias y se diferencia de los principios generales del Derecho.

de alguna manera, su posición dentro del sistema de fuentes en relación con la reforma del título preliminar del Código civil. Señalemos pues los siguientes aspectos:

1.º La absoluta prioridad de la norma legislativa sobre todas las demás fuentes (77).

a) Se encuentra situada en primer lugar (art. 1.º, ap. 1.º).

b) Se regula dentro del concepto ley o disposición, un sistema de preferencia al establecer que carecerán de validez las disposiciones que contradigan otra de rango superior. La expresión es fácilmente inteligible. En cuanto dentro de la expresión ley se cobijan normas de muy diversa categoría es imprescindible fijar un orden jerárquico ya consagrado en la Ley de Régimen Jurídico de la Administración, antes de la reforma de nuestro código (78) que entendemos queda establecido así: Leyes fundamentales (de rango que pudiera denominarse constitucional) (79), leyes ordinarias y decretos-leyes, decretos, órdenes acordadas por las Comisiones delegadas del Gobierno, órdenes ministeriales y finalmente disposiciones de Autoridades y órganos inferiores, según el orden de su respectiva jerarquía (80). Creemos que que es acertado que esta declaración venga expresamente recogida en el Código civil, pues ello le da una mayor autoridad y relieve.

c) La subordinación de las demás fuentes a la Ley se remarca nuevamente en los apartados 2 ("la costumbre sólo regirá en defecto de ley aplicable") y 3 ("los principios generales del derecho se aplicarán en defecto de ley y costumbre"), del art. 1.º.

d) La expresa exigencia de que cuando la costumbre sea potencialmente llamada para regular una situación ayuna de ordenación

(77) LACRUZ BERDEJO, José Luis: "La organización de una sociedad moderna, la regulación y transformación de sus estructuras sociales, políticas y económicas, sólo puede llevarse a cabo mediante la legislación, fenómeno así irreversible que hay que aceptar como servidumbre y signo característico de esta época en que vivimos, conscientes de sus limitaciones y defectos y atentos a obtener de él el mejor resultado posible en orden a la justicia" (*Elementos de Derecho civil*, cit., pág. 49).

(78) ESPÍN CÁNOVAS, Diego: *Manual de Derecho civil español...*, cit., págs. 113 y ss.; FRAGA IRIBARNE, Manuel: *La jerarquía de las fuentes en el ordenamiento positivo del Estado español*, "Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Oviedo. 1954, núm. 68, pág. 38.

(79) V. Ley de 5 de abril de 1968 que regula el recurso de contrafuero.

(80) Art. 23, ap. 2.º, de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración, de 26 de julio de 1957. De su contenido se deduce: a) La Administración no podrá dictar disposiciones contrarias a las leyes ni regular, salvo autorización expresa de la ley, aquellas materias que sean de la exclusiva competencia de las Cortes (art. 27); b) Las disposiciones que dicte la Administración se ajustarán a las jerarquía de normas establecidas (art. 23, 2); c) Ninguna disposición administrativa podrá vulnerar los preceptos de otra de grado superior (art. 23, 1). En este sentido el Código civil en su nueva redacción. Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de junio de 1951: "Los Reglamentos no pueden alterar sino, a lo sumo, aclarar, para su mejor cumplimiento, lo que la Ley dispone y no es aclaración de un precepto dejar fuera de él casos o circunstancias que comprenda". S. T. S. de 11 de junio y 11 de noviembre de 1971: "Este orden jerárquico ha de ser controlado por los Tribunales de Justicia".



legislativa directa o indirectamente, sólo entrara en juego, sino es contraria al orden público (81) estimando nosotros que por tal ha de entenderse el conjunto de principios legales que con carácter fundamentalmente político, gobiernan la nación.

e) La prohibición de que en la equidad pueda descansar una resolución judicial con carácter exclusivo, salvo cuando la ley expresamente lo permita (ap. 2.º del art. 3.º).

2. Consciente el legislador de la presencia de lagunas en el ordenamiento jurídico (y a ellas alude expresamente la exposición de motivos del Decreto de 1974) acude para llenarlas en primer lugar a la aplicación analógica de las normas legislativas, con lo que su imperio y ámbito se extienden muy considerablemente.

3. La protección que a las normas da el propio Ordenamiento jurídico, en el capítulo III del título preliminar, para que pueda conservarse su auténtico perfil, sólo es aplicable a las leyes (82). De esta manera consigue el legislador una cierta unidad aplicativa de las normas legislativas, aspecto que, como ya hemos indicado, estimamos fundamental.

Como datos complementarios podemos indicar lo siguiente:

1.º Las leyes han de ser publicadas en el periódico oficial, "Boletín Oficial del Estado", debiéndose entender, como señala la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de abril de 1972 que tal exigencia no se limita a las leyes, sino que se refiere también a Reglamentos, Decretos, Ordenes, Instrucciones, etc. De esta manera se da fijeza a la norma legislativa y protección al ciudadano.

2.º Las leyes entrarán en vigor a los veinte días, aclarándose que a partir de su completa publicación, debiéndose realizar el computo de la forma que establece el propio Código, aunque queda sin aclarar si el día vigésimo obliga o no, estimando nosotros que efectivamente ese día empieza a regir.

3.º El antiguo art. 1.º del Código civil parecía referirse, en cuanto a su obligatoriedad, sólo a las leyes imperativas o prohibitivas, no a las permisivas (entendiendo por permisivas aquellas que establecen un derecho o facultad de los que puede libremente hacerse uso), ya que el vocablo obligaran implicaba institución de precepto no concesión de facultades, como dijo la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de mayo de 1907. La actual redacción "entraran en vigor" creemos que no permite ya esta interpretación y que en consecuencia la vigencia de una norma legislativa se produce a los veinte días de su completa publicación en el "Boletín", sin excepción de ningún tipo, de manera tal que tampoco las leyes permisivas pueden recibir este anticipo de vigencia, salvo que la propia ley así lo establece. En efecto, el perío-

---

(81) DORAL, José Antonio: *La noción de orden público en el Derecho civil español*.

(82) Por ej., la ignorancia de las costumbres (*a sensu contrario*) sí excusa de su cumplimiento (art. 6.º, ap. 1). Pero obsérvese que el contenido del precepto consuetudinario (no en razón a su rango, sino en función de su naturaleza), no es nunca asimilable a la norma legislativa, salvo cuando ésta actúa como supletoria de la voluntad negocial.

do de una ley desde que se inicia la idea de crearla hasta su nacimiento y posterior vigencia es larga. Su valor como tal se hace coincidir jurídicamente con el vigésimo día de su publicación, salvo expresa declaración en contrario, de tal manera que idéntico valor (o no valor) tiene una ley publicada (pero sin entrar en vigor) que un proyecto de ley.

### C) *La costumbre.*

En relación con ella (83), y en función de la reforma del título preliminar, se pueden establecer las siguientes consideraciones:

1.º La costumbre no es definida por el Código civil, por lo que sigue siendo válido el concepto que de la misma había dado la doctrina científica y jurisprudencial (84), como uso uniforme, general y normalmente duradero y constante, llevado a cabo por el pueblo con el fin de crear, modificar o extinguir derecho.

2.ª Equiparado el uso jurídico no meramente interpretativo de la declaración de voluntad, a la costumbre (art. 1.º, ap. 3.º, pf. 2.º), ha quedado superado definitivamente el problema del requisito de la llamada "opinio iuris" o voluntad creadora del Derecho que según se decía por algún sector doctrinal, debía necesariamente acompañar a la costumbre para que ésta tuviera validez jurídica, aunque a nuestro juicio se trataba de un aditamento artificial, de difícil por no decir imposible concreción en la práctica.

3.ª La costumbre ha de ser probada (85). Aunque este requisito no figuraba en la redacción primitiva del Código civil ni se recogió siquiera en la Ley de Bases de 17 de marzo de 1973, puede afirmarse, con un sentido realista, aunque parezca discriminatorio en relación

---

(83) VALLET DE GOYTISOLO, J.: *Plenitud y equilibrio de la percepción sensorial en las antiguas fuentes de Derecho foral*. ANUARIO DE DERECHO CIVIL, 1970, págs. 502 y ss.; MOZOS, José Luis: *En "Derecho civil del profesor Castán"*, cit., pág. 457; GONZÁLEZ BOTELLA, Pedro: *El nuevo Título Preliminar...*, cit., pág. 50.

(84) CASTRO Y BRAVO: *Derecho civil...*, cit., págs. 302 y 323; LACRUZ BERDEJO, José Luis: *Elementos de Derecho civil...*, cit., pág. 56. A falta de texto legal, serán requisitos los que designe la costumbre misma y por ese medio, y aunque en un sentido muy genérico, más o menos, los de las Partidas, cuyas directrices en esta materia, de las cuales el pueblo tuvo siempre intuición, se observaron antes y después de 1889. Con arreglo a ellas, la costumbre habrá de ser pública (Part. 1.3.2.), continuada por un tiempo (diríamos en lenguaje de hoy), proporcionado a la dinámica de la sociedad y sin contradicción (es decir, sin más contradicción que la encuentra la ley misma), (1.3.1 y 4), no opuesta al Derecho natural, al orden público o las buenas costumbres (1.3. 2 y 5) y, finalmente, general, es decir, practicada con la adecuada frecuencia por una determinada clase de personas (grupo territorial, profesional, etc.).

(85) La costumbre para que sea estimada por los Jueces y Tribunales, dice el profesor MARÍN PÉREZ (*Introducción...*, cit., pág. 65) ha de ser debidamente probada por quienes la aleguen. Así lo dice nuestro Tribunal Supremo en Sentencias de 26 junio 1899 y 8 de noviembre 1911, resolviendo la controversia acerca de si la costumbre debe ser considerada, a los efectos de prueba en juicio, como derecho o como hecho, dándola esta última condición.



con la ley, que su exigencia es acertada en cuanto sin duda dará mayor seguridad al justiciable que al saber que corre a su cargo la probanza de su existencia podrá preparar el proceso con mayores garantías, ya que la presunción legal de que el Juez es conocedor de las costumbres (en cuanto que son Derecho con arreglo al viejo principio "iura novit curia" era una pura ficción y como tal irreal y contraproducente.

4.<sup>a</sup> La costumbre —y por supuesto el uso normativo— no deben atentar contra la moral o el orden público, debiéndose entender por moral el sentimiento de decoro y dignidad en la medida en que son poseídos por el término medio del pueblo o comunidad al que, en sentido general, pertenecen los que realizan tales actos constitutivos de uso y por orden público, al conjunto de altos principios políticos que gobiernan la Nación.

5.<sup>a</sup> A pesar de que la reforma ha suprimido la expresión "del lugar" que adjetivaba al sustantivo costumbre, hay que pensar que la modificación no ha tenido ni tendrá otro alcance que incorporar las costumbres generales (y especialmente las de los Colegios Profesionales, Gremios, Cámaras, Sindicatos, Agrupaciones, etc., dentro del ámbito de sus actividades y con carácter generalmente territorial o nacional), a las fuentes del Derecho, de tal manera que la norma consuetudinaria tendrá más rango cuanto más local sea y que por tanto en una situación de conflicto entre una costumbre local y otra general, prevalecerá siempre aquélla, por la elemental razón de que allí donde existe una determinada costumbre en un determinado sector de la actividad social, no puede decirse que exista otra si ésta no se da, por mucho que impere en el resto del territorio. A lo más que se puede llegar en este orden de cosas es a decir que la costumbre general es también costumbre allá donde no hay, en ese sentido, ninguna otra, pero jamás a que la costumbre general destruya a la local.

6.<sup>a</sup> Después de la reforma sólo la costumbre "preter legem" tiene auténtica categoría de fuente de Derecho, puesto que como ya hemos señalado, al haberse establecido por vía legislativa la obligatoriedad de utilizar la "analogía legis" para descubrir el poder expansivo de la norma legislativa, a este procedimiento habrá que acudir con preferencia indiscutible sobre la costumbre "secundum legem" que sólo será aplicable cuando la analogía sea impotente para llenar el vacío legislativo o, complementariamente, para descubrir el sentido y alcance de una ley.

7.<sup>a</sup> La incorporación de los llamados usos normativos a las fuentes del Derecho, con el rango de costumbres, ofrece un peligro que habrán de soslayar los Jueces y Tribunales en orden al problema de cuando un uso o cláusula integrada en las denominadas condiciones generales de la contratación (86) constituye un uso normativo, determinación que exige una previa y concienzuda investigación de su etiología y trasfondo. Si la costumbre y correspondientemente el uso

---

(86) CASTRO Y BRAVO, Federico de: *Las condiciones generales de los contratos y la eficacia de las leyes*. 1975.

es, o debe ser, manifestación popular auténtica y espontánea, todos aquellos actos que sean producto de una voluntad reflexiva y unilateral o de grupo que se impone a los demás como consecuencia de las inflexibles reglas del mercado, cuando no hay una libre concurrencia (muchos oferentes y muchos demandantes) especialísimamente cuando se refieran a cosas o servicios de primera necesidad (y el concepto de primera necesidad es relativo y depende del grado de desarrollo), deben ser rechazados enérgicamente en cuanto usos normativos, impidiéndoles constituirse en Derecho objetivo.

#### D) *Los principios generales del derecho.*

En este sentido, la reforma parece (por ahora sólo decimos parece) importante porque siguiendo una corriente doctrinal ampliamente difundida por la personalidad y autoridad de su autor, el Profesor Federico de Castro (87) y por su valor intrínseco, se establece que "los principios generales del Derecho se aplicarán en defecto de ley o costumbre, sin perjuicio de su carácter informador del ordenamiento jurídico" (art. 1.º, ap. 4.º).

La significación de los principios generales del Derecho es, pues, ahora, doble, ya que por una parte constituyen la segunda fuente supletoria de nuestro sistema de creación del Derecho y por otra son informadores del ordenamiento jurídico. La Exposición de motivos del Decreto que aprobó el texto articulado no es excesivamente expresiva: Los principios generales del Derecho, dice, actúan como fuente subsidiaria respecto de las anteriores (ley y costumbre), pero además de desempeñar ese cometido, único en el que cumplen la función autónoma de fuente del derecho, pueden tener un significado informador de la ley o de la costumbre. Veamos por tanto los dos apartados:

a) *Como fuente supletoria.* Establecido como presupuesto general del sistema de fuentes, la prioridad absoluta de la ley y la ordenación jerárquica de todas ellas, sólo cuando no exista ley (actual o potencialmente hablando) ni costumbre (local o general) serán de aplicación los principios generales. En este sentido podemos decir lo siguiente:

1.º Que con ellos se cierra el ciclo de las fuentes, en una especie de círculo perfecto: Detrás de la ley se coloca la costumbre y después de la costumbre vuelve a venir la ley, entendida como expresión gene-

---

(87) CASTRO Y BRAVO, Federico: *Derecho civil*, cit.

A mi juicio, puede hablarse de unos principios generales, extensibles a todo el Ordenamiento y de unos principios generales proyectables sólo a alguno de sus sectores o incluso a algunas de sus instituciones. Así, DÍEZ PICAZO (*Fundamentos del Derecho civil patrimonial*) enumera los principios que rigen el orden económico en nuestra civilización: 1) Propiedad privada. 2) Libertad económica. 3) Justicia conmutativa. 4) Buena fe. 5) Seguridad jurídica. HERNÁNDEZ GIL (*Dictámenes*, I. Madrid, página 207) habla de unos principios fundamentales de nuestro sistema de contratación: Autonomía de la voluntad, la libre emisión y el espiritualismo del consentimiento, la intención como norma interpretativa del contrato y la inesencialidad, por regla general, de la forma escrita o pública.



dal de todo el Ordenamiento, esto es de su último y más profundo espíritu informador (88).

2.º A nuestro juicio los principios generales a los que se refiere el Código civil, son, fundamentalísimamente las directrices que señalan en cada momento el ritmo y la orientación del Ordenamiento. El Juez, como ya hemos señalado, en esa tarea tan delicada y difícil de dar nacimiento a una norma a través de los principios generales, debe extraerla a partir del trasfondo jurídico de la Comunidad, anteponiéndolo a sus propios sentimientos. Esta idea puede conducir y conduce a que con un mismo código y unas mismas leyes, la aplicación judicial de estos principios generales de lugar a soluciones diversas en cada momento histórico.

3.º Por eso estimamos que la alegación de un principio general no debe presuponer que esté ya reconocido en una ley o en una resolución judicial, pues esta exigencia constituirá su propia asfixia y práctica destrucción, al encerrarlo en un pernicioso formalismo, desvitalizador de su propia esencia, en cuanto que en tal caso se vendrían a identificar con máximas legales o jurisprudenciales, cuando precisamente tales máximas son expresión escrita de un principio que existe por encima de su reconocimiento formal, bien sea por la ley o por la jurisprudencia. El número de los principios es infinito y nada ni nadie debe determinarse sus límites, pues hacerlo equivale a su total aniquilación. Por ello, quien alegue un principio deberá únicamente acreditar que para resolver el problema debatido no hay ni ley, directa o indirectamente aplicable, ni costumbre que pueda ser objeto de aplicación subsidiariamente y que del estudio del Ordenamiento todo, se extrae la consecuencia de que para ese supuesto existe un principio informador derivado del mismo, o, en su defecto del Derecho natural (que a su vez debe informar al Derecho positivo) que en todo caso sea adecuado y eficaz.

4.º Los principios generales del Derecho son cambiantes, como cambiante es el Derecho del que derivan, idea que se deduce inevitablemente de los conceptos de vitalidad, fuerza social y adaptabilidad que caracterizan al Derecho. Los principios generales del Derecho no pueden doblarse, pues, a un sistema de "numerus clausus", ni por tanto puede saberse apriorísticamente cuáles son.

b) *Como informadores del Ordenamiento.* Conocida de sobra es la sugestiva e interesante tesis del Profesor Federico de Castro (89) que se ha hecho realidad legislativa con la reforma. La expresión principios generales del Derecho, dice, permite comprender en ella a todo el conjunto normativo no formulado, o sea aquel que no se manifiesta en forma de ley o de costumbre. Esta es su ventaja respecto

---

(88) ALBALADEJO GARCÍA, Manuel: *Derecho civil*, cit., pág. 94: "Se trata de los principios del Derecho positivo legislado (o consuetudinario), a los principios jurídicos más allá de las normas legales (o consuetudinarias): como principios del Derecho natural o del Derecho científico (los principios más generales de la Ciencia jurídica)".

pero no solamente de ellos, sino que cuando se agotan, se puede recurrir

(89) CASTRO Y BRAVO: *Derecho civil...*, cit., pág. 351. En 2.ª ed., páginas 419 y ss.

de otros términos, como principios de Justicia, principios de Derecho natural, equidad o razón natural. Con ella se alude también a los demás tipos de normas no formuladas, principios tradicionales y principios políticos, cuya exigencia es igualmente cierta. En este amplio sentido, sigue diciendo, son "las ideas fundamentales e informadoras de la organización jurídica de la nación". La eficacia de los principios generales es incalculablemente superior a la de una norma subsidiaria. Es fundamental para el Derecho positivo, en cada uno de sus aspectos: constituyen la base de las normas jurídico-legales y consuetudinarias, ofrecen los medios con qué interpretarlas y son, en fin, el recurso siempre utilizable en defecto de normas formuladas.

Pues bien, instalados ya los principios generales dentro del Código civil, como informadores del Ordenamiento (90) hemos de preguntarnos con el mayor realismo. ¿Tiene en verdad, algún valor práctico esta declaración legislativa? (91). Ante la innovación del reconocimiento legal del carácter informador de los principios generales del Derecho, dice González Botella (92) se abre un abanico de posibilidades que van desde otorgar el simple valor de declaración programática del legislador, hasta la concreta aplicación por el juzgador que si no lleva a conferir la facultad de anular directamente la norma vulneradora de un principio, sí le permite, al menos, prescindir de ella para su aplicación.

Nosotros pensamos, en este sentido lo siguiente (93): Los principios generales del Derecho inciden en el Ordenamiento jurídico de la siguiente manera: 1.º Condicionando moralmente al legislador, que debe ajustar sus normas a los mismos. 2.º Como norma directa que crea el Juez en función de las bases informadoras del sistema,

---

(90) GARCÍA VALDECASAS, Guillermo: *Los principios generales del Derecho en el nuevo Título Preliminar del Código civil*. ANUARIO DE DERECHO CIVIL, 1975, págs. 331 y ss. A nuestro juicio, dice, la inclusión de los principios generales entre las fuentes del Derecho, al lado de la ley y de la costumbre, supone una confusión que no debería haber trascendido a nuestro primer cuerpo legal. Cualquiera que sea el concepto que se tenga de los principios generales del Derecho es evidente que no son una fórmula de positivarse las normas jurídicas, es decir, fuente del Derecho en sentido técnico o formal, como lo son la ley y la costumbre.

(91) ESPÍN CÁNOVAS, Diego: *Manual...*, cit., pág. 137: "La función de los principios como informadores del Ordenamiento jurídico se presenta como una novedad en el nuevo Título Preliminar, sin que su función esté tan precisada como la de fuente jurídica, ya que, no obstante su reconocido carácter básico del ordenamiento en cuanto fuente positiva, debe estar subordinada a la ley y a la costumbre. Aunque no de modo exclusivo, pero habrá de tener especial relieve a estos efectos la doctrina que el Tribunal Supremo establezca, ya que la nueva redacción alude a la misma en su tarea de interpretar y aplicar la ley, la costumbre y los principios generales del Derecho".

(92) GONZÁLEZ BOTELLA: *Ob. cit.*, pág. 52: "Cabe esperar, dice, que en el desarrollo de la proyectada Ley de Bases Orgánica de la Justicia y a semejanza del deber impuesto al juzgador por el art. 7.º de la Ley Orgánica del Poder Judicial, se amplíe la inaplicación de un reglamento en desacuerdo con las leyes, a toda ley o disposición general vulneradora de los principios generales".

(93) RUIZ VADILLO, Enrique: *La interpretación...*, cit.



cuando faltan la ley y la costumbre. Es decir, el ordenamiento construye el edificio del Derecho positivo (para cuya realización debe atemperarse al Derecho natural, esto es a la razón y a la naturaleza) y una vez construido, sus bóvedas devuelven como un eco, su espíritu informador, en forma de principios generales, 3.º Como conformadores de las propias normas legislativas y consuetudinarias, en los casos en que no sea descubrible su sentido y alcance por los procedimientos técnicos de interpretación que la propia ley establece. 4.º Tales principios deben ser entendidos como aquellos que derivan en equilibrada conjunción del Derecho positivo y del Derecho natural (94).

En cambio, creemos que la contradicción entre la ley (o norma legislativa, en general) (porque la contradicción de la costumbre con un principio general, derivado del propio Ordenamiento positivo no puede darse; cf. art. 1.º, ap. 3.º), con un principio general, no es salvable, salvo lo que luego indicaremos, desde un punto de vista de Derecho positivo judicial, a través de la declaración legislativa según la cual los principios generales del Derecho son —o pueden ser— informadores del Ordenamiento jurídico. Y no puede serlo porque obtener tal conclusión de la norma que examinamos nos parece exagerado y contrario a los propios criterios de interpretación que el nuevo título preliminar facilita y porque aceptarlo así entrañaría un riesgo muy grave de que el principio de seguridad quedará frecuentemente conculcado, con las importantes consecuencias que esto supone, pues allá donde no hay seguridad no hay desde luego justicia.

Ahora bien, consideramos importante distinguir varias situaciones que aparentemente pueden reducirse a unidad y, que sin embargo constituyen apartados distintos. Desde luego que si una norma legislativa está en contradicción con otra anterior de superior rango, carecerá de validez (art. 1.º, ap. 2 del C. c. y Ley de régimen jurídico de la Administración) debiéndose entender que las llamadas Leyes fundamentales o constitucionales gozan de primerísimo rango y ninguna otra puede oponerse a ellas. En este sentido no hay dificultad. El problema se presenta cuando la contradicción deriva de una norma (decreto, orden ministerial, incluso ley) con una declaración programática, no desarrollada, derivada de una de esas leyes de principios (pensemos que se ha sostenido con evidente fundamento que toda la regulación de la propiedad en el Código civil está en absoluta contradicción con las leyes fundamentales y en este sentido se ha pronunciado el Profesor Marín Pérez (95). En estos casos, a nuestro juicio, mientras el principio contenido en la Ley no sea objeto de desenvolvimiento, no obliga, pues la propia esencia de tales Leyes las da un carácter de programáticas,

---

(94) Creemos que antes que el Derecho natural debe ser utilizado el espíritu del Derecho positivo (lo que no quiere decir que éste no se ajuste a aquél, como debe ser) y que sólo cuando no sea obtenible la solución por este camino, habrán de utilizarse los principios del Derecho natural y del Derecho tradicional. Creo que así se deriva del propio Ordenamiento. (Cf. Exposición de motivos del Decreto legislativo de 31 de mayo de 1974).

(95) MARÍN PÉREZ, Pascual: Conferencia pronunciada en Alcoy, el 4 de febrero de 1961 (recogido de la prensa).

necesitadas de un desarrollo y por tanto sin otra vinculación que la que se produce para el propio legislador que debe, por su compromiso con el pueblo, desarrollarlas a fin de que tengan efectiva vigencia.

Todavía cabe contemplar otro caso: La contradicción de una norma con el conjunto de normas que componen el ordenamiento. Por ej. (lo hemos recogido muchas veces porque es muy expresivo), el art. 1.584 del Código civil establece una presunción a favor del amo, frente al criado: 1.º sobre el tanto de salario del sirviente doméstico, y 2.º sobre el pago de los salarios devengados en el año corriente. Pues bien, este artículo está en abierta contradicción con otra multitud de normas y con el espíritu del propio Ordenamiento vigente, a través de una serie de preceptos de distinto rango, apareciendo claro que no se trata de un supuesto especial que merezca una solución también especial, sino de un arcaísmo que el Juez, teniendo en cuenta el Ordenamiento jurídico positivo, puede considerar derogado y por tanto sin posibilidad de actual aplicación, conclusión en la que han coincidido prácticamente todos los compañeros de la Carrera Judicial a quienes he consultado.

Como dice el Profesor Villar Palasí (96), en el fondo, toda la problemática de los términos interpuestos en las reglas jurídicas no responden, como se ha querido alguna vez explicar, a una simple economía de lenguaje en las normas; descansa en la idea de la unidad esencial y de fondo del sistema, o de la estructura del mismo. Apenas hay norma que sea completa en sí y que no tenga estos términos de referencia. Esta idea entendemos que es fundamental para compender la actitud judicial frente al caso debatido, frente a la norma y frente al Ordenamiento.

Finalmente, si la contradicción es con un principio general abstracto, con toda la indeterminación que la expresión encierra (no olvidemos que en muchas ocasiones el principio general es extraído, por un difícil proceso de decantación de muchas normas de Derecho tradicional y de los principios informadores del Derecho Natural), entonces, el rechazo judicial de la norma de derecho positivo por conculcación de ese principio es absolutamente rechazable en nuestro Ordenamiento y, a nuestro juicio desaconsejable, desde el punto de vista de "lege ferendae".

En cualquier caso una tarea de tal envergadura como lo es el control de la constitucionalidad de las normas, así como la resolución de los supuestos de contradicción norma-principio general, fuera de los casos claros que ya hemos contemplado, habría de atribuirse al Tribunal Supremo.

#### E) *La Jurisprudencia* (97).

Tampoco aquí puede obtenerse una idea clara de lo que la reforma ha querido. Pienso si la finalidad de la modificación ha sido estable-

(96) VILLAR PALASÍ, José Luis: *La interpretación y los apotegmas jurídico-lógicos*, cit., pág. 43.

(97) Sobre el concepto de jurisprudencia como criterio constante y uniforme de aplicar el Derecho, mostrado por dos o más sentencias del Tribunal Supremo, pueden consultarse las Resoluciones de 28 octubre y



cer una cabeza de puente para el futuro o, simplemente, adecuar el sistema de fuentes a la realidad jurídica actual. En efecto, la jurisprudencia, que en el antiguo pf. 2.º del art. 6.º del Código civil no figuraba entre las fuentes del Derecho, venía a ser, de hecho, una de ellas por razón del recurso de casación interpuesto por infracción de doctrina legal (98). De esta manera se daba un notorio desfase entre legislación civil y legislación procesal, en definitiva entre norma de derecho sustantivo y realidad social y jurídica. Ahora, consideramos que esa realidad va a permanecer absolutamente igual creyendo que la incidencia de la jurisprudencia seguirá produciéndose a través del recurso de casación por infracción de doctrina legal, en forma muy parecida a como se ha venido produciendo, con las variaciones que luego señalaremos y por tanto que la nueva redacción del Código lo único que ha conseguido, lo cual ya es importante, es adecuar la normativa legal del Código civil a la realidad (99).

El Profesor De los Mozos (100) señala que la formulación de la mo-

---

5 diciembre de 1968; 3 de mayo, 12 de junio y 22 diciembre de 1969, 5 mayo de 1970, 5 de abril de 1971, 20 junio de 1972, etc.

(98) La Exposición de motivos del Decreto legislativo de 31 de mayo de 1974 dice: A la jurisprudencia, sin incluirla entre las fuentes, se le reconoce la misión de complementar el ordenamiento jurídico. En efecto, la tarea de interpretar y aplicar las normas en contacto con las realidades de la vida y los conflictos de intereses da lugar a la formulación por el Tribunal Supremo de criterios que si no entrañan la elaboración de normas en sentido propio y pleno, contienen desarrollos singularmente autorizados y dignos, con su reiteración, de adquirir cierta trascendencia normativa.

(99) RODRÍGUEZ DEL BARCO, José: *La jurisprudencia como fuente jurídica en el nuevo Título Preliminar del Código civil, aprobado por Decreto 1.836/1974, de 31 de mayo*, "Revista de Derecho Privado". Diciembre 1975: La inclusión de la jurisprudencia en el capítulo I del Título Preliminar que habla de las fuentes del Derecho, excluyéndola, en cambio, de la enumeración que de éstas hace el núm. 1 del artículo 1.º nos parece acertada en cuanto se reconoce su alta función complementaria del ordenamiento jurídico, rescatándola del ostracismo en que la había tenido el Código civil, pero estimamos que puesto que tanto en la doctrina casi unánime, como en el preámbulo no tiene la consideración de fuente directa, su colocación en el texto resulta un tanto inadecuada y por otra parte queda desdibujado y ambiguo su carácter de fuente, directa o subsidiaria, como si el legislador, por un lado quisiera reconocérselo y por otro escatimárselo, lo que unido a la prescripción del número 7 del propio artículo induce indudablemente a cierto confusionismo. El legislador parece que no ha querido comprometerse demasiado, por lo que en definitiva nuestro sistema de fuentes jurídicas queda esencialmente sin alteración después de la reforma del Título Preliminar. V. también, entre otras varias, las siguientes obras: HERRERO DE MIÑÓN, M.: *Marginales al nuevo Título Preliminar del Código civil*. Civitas. "Revista Española de Derecho Administrativo", octubre-diciembre 1974; LALAGUNA, Enrique de la: *Jurisprudencia y fuentes del Derecho*. Pamplona, 1969; OLIVA SANTOS, Andrés de la: *La jurisprudencia en la Ley de Bases para el...*, cit.; PUIG BRUTAU: *La jurisprudencia como fuente del Derecho*. Ed. Bosch, 1967; SERRANO ALONSO, Eduardo: *Aproximación al nuevo...*, cit., pág. 8. En resumen, para nosotros tal núm. 6 del art. 1.º no supone ningún avance legislativo y por tanto es relativamente superfluo, ya que el valor reconocido a la jurisprudencia es el hasta entonces comunmente aceptado.

(100) CASTÁN TOBEÑAS: *Derecho civil*, cit., I, 1, pág. 496.



dificación no ha sido acertada, siendo recibida, dice, con cierta desconfianza por parte de la doctrina (101), ya que parece claro, en nuestro sistema jurídico tradicional, que la jurisprudencia, por mucho valor que se la conceda, no es fuente del Derecho en el sentido de creadora de normas jurídicas ni por ello le corresponde la misión de complementar el ordenamiento jurídico, a pesar del término desafortunado y poco feliz utilizado por el legislador en el precepto de referencia. Más que complementar el ordenamiento, dice más adelante, lo que se trata es de crear pautas, criterios orientativos, modos de operar en el actuar jurídico, a través de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, no sólo probablemente en el ámbito de la doctrina legal, pero con las debidas limitaciones, como se deduce del precepto y referido no solamente a la interpretación de la ley, sino también de la costumbre y de los principios generales del Derecho, lo que nos confirma precisamente en este significado, pues como dice oportunamente Lacruz, más que complementar el ordenamiento, mediante la creación de precedentes que funcionen como verdaderas fuentes del Derecho, lo que hace la jurisprudencia es crear no normas generales, pero sí Derecho (102).

A mi juicio lo que hay detrás de la reforma es lo siguiente (103): El Juez tiene en todo caso el deber inexcusable de resolver cuantos asuntos se le sometan, ateniéndose al sistema de fuentes establecido (art. 1.º, ap. 7.º). Por tanto, deberá aplicar la ley, en su defecto la costumbre y en defecto de una y otra, los principios generales del derecho. Especificando más; cuando un Juez o Tribunal civil tiene que decidir un problema, si no encuentra ley exactamente aplicable al punto controvertido (cf. pf. 2.º del art. 6.º del texto primitivo del Código civil), según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, teniendo en cuenta fundamentalmente su espíritu y finalidad (art. 3.º, ap. 1.º) procederá a la aplicación analógica, cuando las normas no contemplen un supuesto específico, pero regulen otro semejante, entre los que se aprecie identidad

(101) DÍEZ PICAZO y GULLÓN BALLESTEROS: *Instituciones*, I, pág. 47; ESPÍN CÁNOVAS: *Manual...*, 5.ª ed., págs. 61 y ss.

(102) ESPÍN CÁNOVAS: *Ob. cit.*, 5.ª ed., pág. 143: La precisión normativa llevada a cabo por el Decreto que articula la Ley de Bases ofrece, entre otras, las siguientes características: 1.ª La creación jurisprudencial está reservada a la actuación del Tribunal Supremo y dentro de su actuación la formación de doctrina exige una cierta reiteración. 2.ª La función jurisprudencial se realiza no sólo por la interpretación y aplicación de las leyes, sino también por las de las restantes fuentes jurídicas; o sea, por la costumbre y los principios generales del Derecho. Esta referencia de la doctrina jurisprudencial a todas las fuentes del sistema viene a declarar la correlación entre las mismas y, especialmente, respecto a los principios generales del Derecho, cuya propia autonomía resulta así de modo implícito reconocida. 3.ª La trascendencia de la función jurisprudencial resulta también por el expreso reconocimiento de la analogía que aunque empleada por el Tribunal Supremo no tenía expreso reconocimiento como medio interpretativo en el Código hasta la reciente reforma (V. nuevo art. 4.ª) por lo que en la actualidad puede aumentar la labor interpretativa por el cauce analógico.

(103) RUIZ VADILLO, Enrique: *La interpretación...*, cit., pág. 113.



de razón (art. 4.º, ap. 1.º). Inmediatamente después aplicará, en su caso, la costumbre correspondiente, primero la local y después la general y no existiendo tampoco éstas el principio o los principios generales del derecho que procedan. Pues bien, cuando este proceso de búsqueda de la norma exactamente aplicable, o de la que lo sea por vía analógica, o de la costumbre, o de los principios generales, llegue hasta el Tribunal Supremo y éste resuelva de modo reiterado en una determinada dirección, en ese instante es cuando está complementando el ordenamiento jurídico, de tal manera que no habrá creado ninguna norma que no estuviera ya en acto (norma típica) o en potencia (norma atípica) en el Ordenamiento, pero habrá fijado sus límites en el primer caso (cuando la norma estaba incorporada expresamente al Ordenamiento) o las habrá dado exteriorización a las que estuvieran subyacentes, todavía ocultas en el mismo. Esa tarea, efectivamente, complementa el Ordenamiento: No se crean normas que no estuvieran (por eso no es fuente del Derecho), pero da fijeza a las que formalmente están en el Ordenamiento y exterioriza a las que a él pertenecían en forma potencial, o atípica.

En suma, repitiendo ideas ya expresadas al comienzo de este capítulo, el Código civil ha dicho en la reforma lo que ya decía la realidad a través del recurso de casación por infracción de doctrina legal, lo que no es poco, primero porque el sistema anterior ocultaba una realidad inegable y segundo porque bien está este reconocimiento a la labor ciertamente trascendental de nuestro Tribunal Supremo (104). Si la jurisprudencia, dice el Profesor Silva Melero (105) ha alcanzado siempre, salvo los naturales eclipses, el elevado prestigio que por todos es reconocido y si siempre se otorgó a sus maestros las honras y consideraciones más altas, aún en épocas de fuerte jerarquización de la sociedad, fue precisamente por su lealtad a principios de justicia que son eternos, sin concesiones a la política ocasional o partidista y por la imponente serenidad de sus hombres más representativos.

#### F) *Los tratados internacionales.*

Las normas jurídicas contenidas en los Tratados internacionales no serán de aplicación directa en España en tanto no hayan pasado a formar parte del Ordenamiento interno, mediante su publicación en el "Boletín Oficial del Estado".

En cuanto a los Tratados, dice la Exposición de Motivos, la exi-

(104) VÁZQUEZ SOTELO, J. L.: *Rasgos definidores de la casación civil española*. "Revista de Derecho Procesal Iberoamericano", núm. 4, 1974, pág. 888. *Defensa de la doctrina legal*: Nueva consecuencia, dice, del sentido jurisdiccional y práctico de nuestro recurso de casación es la de encomendar al Tribunal Supremo no sólo la vigilancia de la legalidad estricta, sino también la del cuerpo de doctrina formado en torno a esa legalidad; ALBALADEJO GARCÍA, Manuel: *Derecho civil*, cit., pág. 123; GÓMEZ ORBANEJA y HERCE QUEMADA: *Derecho procesal civil*, 5.ª ed., 1962; GUASP, Jaime: *Derecho procesal civil*. Madrid, 1956; MIGUEL Y ALONSO, Carlos: *Derecho procesal práctico*.

(105) SILVA MELERO, Valentín: *Jurisprudencia y evolución*. Madrid, 1974, pág. 31.

gencia de la Ley de Bases de que las normas jurídicas contenidas en los mismos para ser de aplicación directa en España han de haber pasado a formar parte de la legislación interna española, se estima cumplida cuando son publicados en el "Boletín Oficial del Estado".

El nuevo precepto, dice González Botella (106), se ha limitado a incorporar la doctrina jurisprudencial, en cuya virtud se reconocía el carácter de norma a los Tratados internacionales.

El Código civil sólo se refiere al aspecto externo formal: publicación en el "Boletín Oficial del Estado", lo que nos parece acertado, pues tampoco cuando alude el Código a la ley se incluye su proceso de formación que no corresponde a su propia y específica competencia (107).

### 3. OTROS PROBLEMAS.

A nivel ya de simple anotación, digamos que el contenido del antiguo art. 6.º en su pf. 1.º ha sido trasladado al actual ap. 7.º del art. 1.º: Los Jueces y Tribunales tienen el deber inexcusable de resolver en todo caso los asuntos de que conozcan, ateniéndose al sistema de fuentes establecido (108).

La reforma también en este sentido nos parece acertada: Al Código civil sólo le compete establecer la obligación judicial de juzgar, nada más. Es materia del Código penal fijar la correspondiente responsabilidad punitiva para los casos de incumplimiento, como lo hace en el art. 357 al sancionar con la pena de suspensión al Juez que se negare a juzgar so pretexto de oscuridad, insuficiencia o silencio de la ley.

Los problemas complementarios a nuestro estudio, relativos a la vigencia de las leyes (art. 2.º, ap. 1.º), a su derogación (ap. 2.º), a su carácter no retroactivo (ap. 3.º) y los relativos a la aplicación de las normas (Capítulo II), y a la eficacia general de las mismas (Capítulo III), escapan por completo de la intención de este trabajo, remitiéndonos a los tratados generales de Derecho civil adaptados ya a la reforma y a las numerosas monografías publicadas sobre la modificación

---

(106) GONZÁLEZ BOTELLA, Pedro: *Ob. cit.*, pág. 66.

(107) ESPÍN CÁNOVAS, Diego: *Ob. cit.*, pág. 143; GONZÁLEZ BOTELLA: *Ob. cit.*, pág. 67; MOZOS, José Luis de los: *En "Derecho Civil" de Castán, cit.*, pág. 506.

(108) Sólo establecidas tan fundamentales precisiones acerca de lo que ha de reconocerse con entidad de derecho, dice la Exposición de Motivos del Decreto de 31 de mayo de 1974, adquiere cabal sentido y justificación el deber inexcusable de los Jueces y Tribunales de resolver cuantos asuntos se les sometan.

El art. 4.º del Código civil francés establece que el juez que rehúse juzgar bajo pretexto de silencio, oscuridad o insuficiencia de la ley podrá ser perseguido como culpable de denegación de justicia. VILLAR PALASÍ, José Luis: *La interpretación y los apotegmas jurídico-lógicos*, cit., página 82: "Antinomias, contradicciones y lagunas: el principio de *non liquet*".



en general o sobre alguna de sus partes en concreto, citadas ya en los apartados anteriores (109).

#### IV. LA REFORMA SOMETIDA A ENCUESTA.

Creando que, en muchas ocasiones, la falta de una consulta previa a quienes van a ser los verdaderos protagonistas de la ley, en sentido técnico: Jueces y Abogados y cuantos con el mismo sentido intervienen en el proceso, esteriliza en una gran medida la finalidad que las normas persiguen, he considerado importante y oportuno solicitar, por su valor intrínseco y por su valor simbólico, la opinión de un grupo relativamente numeroso, y por tanto representativo (eso al menos creemos) de profesionales del Derecho, en orden a la reforma del Título preliminar del Código civil. No se trata, por supuesto, de pretender, alterando el orden establecido casi universalmente, que sean ellos quienes hagan las leyes (que ello es tarea legislativa y por tanto política), pero sí de que se arbitren procedimientos adecuados para conocer previamente una serie de datos en cuanto a la posible efectividad de las normas que se van a promulgar y de las dificultades técnicas de aplicación antes de darlas nacimiento, informes que sólo pueden facilitar quienes viven profesionalmente los problemas de la vida real (110).

En todo caso creo que la experiencia de conocer, aun después de promulgada, la valiosa opinión de quienes por razón de su trabajo han vivido o pueden vivir, en un futuro inmediato, la reforma, es por demás interesante y aleccionadora (111).

---

(109) Nos remitimos a la bibliografía citada en relación con la reforma.

Los problemas que en este orden se plantean son múltiples. Por ej., el ya existente y no resuelto del todo de los cómputos, y en ese sentido el de determinar cuándo comienza la vigencia de una ley. El plazo ha de entenderse de días naturales (sin descontar los festivos) y no se comprende en él, el día de la publicación de la ley ("dies a quo"), pero sí el último ("dies a quem"), de modo que empezarán a ser obligatorias las leyes el día vigésimo de su publicación. Confirma esta interpretación la nueva redacción del art. 5.º, 1. (Castán, I, 1, cit., pág. 422).

(110) Por ej., el Decreto de indulto de 25 de noviembre de 1975, prescindiendo de toda consideración política, en la que no entramos, creemos que de manera no querida ha dejado en situación verdaderamente lamentable a las víctimas de los delitos (y especialmente de los delitos derivados del uso y circulación de vehículos de motor) desde el punto de vista económico. Para solucionarlo hubiera bastado añadir un nuevo artículo al Decreto que hubiera dicho más o menos esto: Todas las causas que lleven aparejada responsabilidades civiles cuya pena se encuentre totalmente indultada con arreglo al art. 1.º, letra A, continuarán hasta sentencia a los solos efectos de señalar la cuantía económica de aquéllas, así como sus responsables directos y subsidiarios, en su caso, ejecutándose en cuanto a estos extremos, de la forma prevenida en la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

(111) La carta estaba redatada así: "Mi distinguido amigo: Estoy realizando un pequeño trabajo sobre la reforma del Título Preliminar del Código civil y en uno de sus capítulos quisiera incorporar un breve re-

## 1. DATOS DE LA ENCUESTA.

*Destinatarios:*

- 22 Magistrados: 6 de Tribunal, 3 de Sala de lo Contencioso; 9 Magistrados Jueces (5 Penales y 4 Civiles) y 4 Magistrados de Trabajo.
- 14 Jueces: 3 de Instrucción y el resto Municipales y Comarcales.
- 9 Fiscales: 6 de la Carrera Fiscal y 3 Municipales y Comarcales.
- 24 Secretarios (de Sala, de Juzgados de Instrucción y de Juzgados Municipales y Comarcales).
- 500 Abogados (aproximadamente). Para ello conté con la valiosísima ayuda de la Junta de Gobierno del Ilustre Colegio de Abogados y del Oficial del Colegio.

Total de consultados: 569 (la cifra no es exacta).

*Modelo de la encuesta:*

0. Opina: Magistrado - Juez - Abogado - Secretario - Fiscal.
- |   |   |
|---|---|
| 1. Que considera mejor: La promulgación de un nuevo Código civil, la progresiva y parcial modificación o su mantenimiento, por ahora, sin más alteraciones: | Nuevo Código.<br>Modificación.<br>Mantenimiento.<br>No opina. |
| 2. Considera que la reforma, en conjunto, del Título Preliminar, ha sido positiva:  | Sí.<br>No.<br>No opina.                                       |
| 3. Considera que la reforma concede más, menos o iguales poderes a los Jueces y Tribunales.   | Más.<br>Menos.<br>Iguales.<br>No opina.                       |

---

sumen de las apreciaciones que sobre la misma puedan hacer quienes de una parte tienen ante sí la trascendental tarea de juzgar y por otra quienes, como abogados, han de intervenir de manera decisivamente importante en el proceso, así como la de quienes, como técnicos del Derecho, intervienen en las actuaciones judiciales. La presencia de estas opiniones estimo que, aparte del inapreciable interés que su contenido supone, constituirá o pretende constituir un símbolo del inmenso valor que tiene contar con ellas en toda tarea de ordenar jurídicamente la convivencia. Aunque toda encuesta tiene inevitablemente un cierto carácter convencional, y por tanto discutible, se me ha ocurrido redactar una serie de preguntas en la creencia de que puedan ser suficientemente representativas de la apreciación general que la reforma haya tenido para quienes la contestan, a pesar de lo cual, en el apartado "Otras observaciones", puede, si lo desea, añadir ciertos aspectos no recogidos en la encuesta que se acompaña y que es, por supuesto, absolutamente anónima. Muchísimas gracias por su amabilidad de contestarla.

Es ahora, después de recibidas las hojas cumplimentadas, cuando debo reiterar mi profunda gratitud a cuantos han tenido la atención de dedicar un rato de su legítimo descanso a meditar sobre el tema objeto de la encuesta.



4. De entre las principales inovaciones, indique, por favor, cuáles le han parecido más acertadas. ¿Quiere señalar tres?
- Regulación de la costumbre.
  - Inclusión de los usos normativos.
  - Regulación de los principios generales.
  - Inclusión de la Jurisprudencia.
  - Normas sobre la interpretación.
  - Inclusión de la analogía.
  - Regulación cómputo de plazos.
  - Regulación fraude de la Ley.
  - Regulación buena fe y abuso del derecho.
  - Regulación del Derecho Foral.
  - Regulación del Derecho Internacional privado.
5. En el terreno de la aplicación práctica de la reforma y como consecuencia de ella, ¿ha dictado alguna resolución, a su juicio más justa que la que hubiera tenido que dictar antes de su vigencia? (para Magistrados y Jueces) o ¿ha intervenido en algún proceso en que esto haya sucedido) (para los demás).
- Sí.  
No.  
No opina.
6. Otras observaciones.

2. RESULTADOS OBTENIDOS.

Contestaron: 18 Magistrados; 10 Jueces; 300 Abogados; 12 Secretarios y 8 Fiscales. Total: 348. Porcentaje: 61,159 por 100.

Sentido de la contestación:

1. Nuevo Código ... ..	M. ... ..	9	Total: 109	31,321 %
	J. ... ..	4		
	A. ... ..	89		
	S. ... ..	5		
	F. ... ..	2		
Modificación ... ..	M. ... ..	7	Total: 183	52,586 %
	J. ... ..	6		
	A. ... ..	160		
	S. ... ..	7		
	F. ... ..	3		
Mantenimiento ... ..	M. ... ..	2	Total: 43	12,356 %
	J. ... ..	0		
	A. ... ..	40		
	S. ... ..	0		
	F. ... ..	1		
No opinan ... ..	M. ... ..	0	Total: 13	3,735 %
	J. ... ..	0		
	A. ... ..	11		
	S. ... ..	0		
	F. ... ..	2		

	M	J	A	S	F	Total	Porcentaje
<b>2.</b>							
Sí ... ..	13	6	230	10	7	266	76,436
No ... .. <sup>2</sup>	2	2	50	2	1	57	16,319
No opinan ... ..	3	2	20	0	0	25	7,183
<b>3.</b>							
Más ... ..	5	3	218	5	7	238	68,390
Menos ... ..	0	0	10	0	0	10	2,873
Igual ... ..	12	7	81	4	0	104	27,011
No opinan ... ..	1	0	1	3	1	6	1,724
<b>4.</b>							
Regulación de la costumbre.	2	0	80	0	0	82	7,443
Inclusión de los usos ... ..	2	0	0	0	1	3	0,283
Regulación de los principios generales ... ..	2	0	29	5	3	39	3,682
Inclusión de jurisprudencia.	3	6	141	6	4	160	15,108
Normas de interpretación ... ..	0	1	111	2	1	115	10,859
Inclusión de la analogía ... ..	8	2	70	0	3	83	7,837
Regulación cómputo plazos.	0	4	110	2	1	117	11,048
Regulación fraude de ley ... ..	10	4	130	6	2	152	14,353
Inclusión buena fe y abuso derecho ... ..	8	6	180	8	4	206	19,452
Regulación D. Foral ... ..	4	2	40	2	0	48	4,532
Regulación D. Internacional.	4	0	42	4	3	53	5,004
No opinan ... ..	0	0	0	0	1	1	0,094
<b>Total (*)... ..</b>	<b>43</b>	<b>25</b>	<b>933</b>	<b>35</b>	<b>23</b>	<b>1.059</b>	<b>99,695</b>
<b>5.</b>							
Sí ... ..	4	0	70	2	0	76	21,839
No ... ..	12	6	158	6	6	188	54,022
No opina ... ..	2	4	72	4	2	89	24,137

(\*) Algunas encuestas han señalado sólo dos apartados; otras, en cambio, han destacado más de tres. De ahí que haya un exceso de once sobre el resultado normal de multiplicar 343 por 3. En las sumas parciales por sectores encuestados se observa esta disociación.

## 6. Otras observaciones.

Resulta prácticamente imposible, aunque ofrecería un gran interés el hacerlo, recoger aquí todas las observaciones que se han formulado en las encuestas en este sexto apartado complementario. Necesariamente, pues, nos hemos visto en la precisión de hacer un brevísimo esquema o resumen, recogiendo o intentando incorporar todas, aunque habiendo hecho anticipadamente una serie de grupos homogéneos con todas ellas. Creo que en una apretada síntesis podemos sintetizarlas así: Texto nuevo, por ahora no. Las razones son obvias: Parece que mientras no esté definitivamente asentada la estructura jurídica y política que en estos momentos se prepara no parece conveniente iniciar una obra de tal envergadura. Modernización parcial del Derecho



civil, con un profundo sentido de socialización. Establecimiento de unos límites más precisos entre el Derecho civil y el Administrativo, colaboración en la tarea legislativa, por vía de información, de cuantos de manera más acusada intervienen en la realización práctica del Derecho, etc.

Estas pudieran ser las notas más acentuadas cuantitativamente, pero queriendo dejar una constancia más fidedigna de las observaciones recogidas por algunos de los que contestaron la encuesta (pues muchos dejaron en blanco esta casilla), vamos a procurar su abreviada trascripción:

En relación con el problema general de la conveniencia o no de un nuevo código se hacen estas anotaciones:

Es imprescindible que en una reforma de importancia intervengan quienes reúnen, junto a sus conocimientos teóricos, una vivencia práctica, así en la zona que nos ocupa (pero que podría generalizarse a otros sectores) los juzgadores y letrados, estos últimos a través de sus respectivos Colegios. Sería conveniente un texto refundido. En el nuevo Código deben recogerse muchas de las llamadas leyes especiales, pues no se puede ignorar la cada vez mayor intromisión del Derecho administrativo (caza, pesca, minería, propiedad industrial e intelectual, aguas, etc.), siendo conveniente que se establecieran de manera más precisa sus fronteras. Es imprescindible un nuevo Código porque el actual es un completo anacronismo encuadrado. Es absolutamente necesario y urgente vivificar el Código y socializarlo. Hay muchos campos del Derecho civil en los que debiera actuarse con un criterio reformador, regulando materias nuevas o haciéndolo de forma distinta, pues es innegable la acusada vejez en años y en espíritu de nuestro primer texto legal. El nuevo Código, cuando llegue, debiera limitarse a establecer unos principios relativamente generales, para no caer en un reglamentarismo pernicioso (como lo ha hecho la Ley de arrendamientos urbanos), en detrimento grave del poder que debe tener siempre el Juez de adecuar la norma general al caso particular, labor que ni puede ni debe hacer el legislador, incapaz de captar la infinita variedad de casos que la vida ofrece y su riqueza de matices. Pero en todo caso la reforma es hoy irrealizable porque en momentos de grave crisis no debe nacer un Código.

En cuanto a la reforma en sí, se han formulado estas observaciones:

A la reforma le ha faltado síntesis, es muy difusa y su formulación no ha sido feliz. Toda ella, salvo el cómputo de plazos, ha sido desahortada. La reforma no es otra cosa que un acopio de datos que hubiera sido preferible confiar a los Tribunales de Justicia. La reforma en lo que pudiéramos denominar planteamientos más generales (fraude, abuso de derecho, analogía, etc.) era innecesaria, porque todas esas instituciones que ahora se incorporan al Código, eran ya una realidad judicial, pues no hay Juez o Tribunal que, lo digan o no las leyes, no las aplique porque el hacerlo forma parte sustancial de su cometido.

En cambio hay indicaciones en sentido opuesto, esto es, absolutamente favorables a la reforma del título preliminar:

Supone un considerable avance de técnica legislativa y de puesta al día del Código y sólo plácemes merece. Es esperanzadora en muchos aspectos, pero no existe todavía suficiente experiencia para calificarla. El juicio crítico de la reforma ha de ser necesariamente favorable porque ha supuesto un considerable avance por la explicitación generalizadora de conceptos y la inclusión de tendencias doctrinales y jurisprudenciales firmemente arraigadas en la Ciencia y en la Praxis. El nuevo Código, en cuanto al título preliminar es científicamente más perfecto. Gramaticalmente, la reforma, ha sido enormemente precisa y correcta.

Pormenorizando ya alguna de sus modificaciones se dice, entre otras cosas:

Realmente el fraude, la buena fe y el abuso del derecho responden a un mismo principio y tal vez hubiera sido conveniente un tratamiento más homogéneo. Es interesante la ampliación exacta y congruente de la materia relativa a la derogación de las leyes y a la regulación de la ignorancia y el error. Es importante la declaración del ap. 2 del art. 1.º, aunque es el propio legislador (entendida la expresión en sentido muy amplio) quien debe evitar ya de inicio la aparición de órdenes ministeriales que modifican o derogan leyes o decretos, lo que actualmente sucede con relativa frecuencia. Debe potenciarse la jurisprudencia, pero en este sentido debiera aclararse más su papel, evitando la vaguedad que encierra el ap. 6.º del art. 1.º ya que en la práctica son muchos y muy variados, los pleitos en los cuales el fundamento casi exclusivo, desde el punto de vista jurídico, es el jurisprudencial, por no existir normas legislativas, ni costumbres aplicables.

Algunas encuestas han extendido sus alegaciones a instituciones no sólo fuera del título preliminar, sino incluso fuera del Código civil, refiriéndolas especialmente a problemas de tipo procesal:

Es necesario conceder a los Jueces más amplias facultades. Los recursos han de regularse de forma distinta, dotándolos de más eficacia. Todos los procedimientos deben ser agilizados. Los procesos actuales son lentos y lentitud y garantía no son expresiones equivalentes. También en el proceso civil cabe acentuarse la oralidad. La oralidad tal vez contribuiría a la rapidez. La rapidez es cualidad esencial al proceso y al Derecho.

Otras encuestas se han referido a zonas incluidas en el Código, aunque no afectadas por la reforma del título preliminar:

Deficiente regulación de los derechos del cónyuge viudo. Debieran retocarse las normas que regulan las relaciones paternofiliales, así como las que establecen los derechos de los hijos ilegítimos. Es imprescindible una cierta paridad de trato entre todos los hijos, cualquiera que sea su naturaleza.

En relación con el tema del Derecho internacional privado se han recogido opiniones muy contradictorias:

Para unos su regulación es mala, para otros es más completa que la derogada, pero reitera criterios nacionalistas, en crisis ya en todo el mundo, finalmente, para otros es acertada aunque a efectos fundamentalmente teóricos, porque son muy pocos los casos que en la práctica se presentan.



Finalmente, en orden al Derecho internacional, la tónica más general es de censura a la nueva reglamentación, aunque con anotaciones diversas:

El último capítulo es quizá el que menos variación ha sufrido, incurriendo, como antes sucedía, en la vaguedad de no especificar cuáles son los territorios en los que se aplica Derecho foral (o regional), ya que si bien en algunos casos no ofrece duda, en otros sí. En este sentido debió haberse seguido la orientación marcada por el Congreso de Juristas, de Zaragoza, de 1946, favorable a la unificación futura de las legislaciones (dentro del territorio nacional), mediante la transacción de materias entre el Derecho castellano y los Derechos forales o regionales, suprimiéndose las instituciones caducas y aceptando, con carácter general, aquéllas, cualquiera que sea su procedencia, que tengan verdadera vigencia social.

En relación con el Derecho Foral de Vizcaya:

La regulación actual puede dar pie a una interpretación restrictiva. Hay que resaltar que el anacronismo que muchos atribuyen al Derecho Foral no es atribuible a éste, sino a la total falta de adecuadas instituciones, capaces de captar de manera auténtica la evolución social y el desarrollo técnico, para plasmarlo en normas jurídicas.

En la adquisición de vecindad, por residencia de diez años sin declaración en contra, debiera arbitrarse un medio para que esa adquisición pudiera ser conocida, sin dificultades, por todos aquellos que tuvieran interés de ello.

Advirtamos, por último, que así como el resultado de la encuesta en sus cinco primeros apartados, da un reflejo exacto de proporcionalidad, sin embargo, en relación con el apartado sexto, de observaciones, que acabamos de recoger, no sucede así, pues son muchas, la mayor parte, las que no han hecho indicación alguna en este epígrafe, como ya hemos indicado, y por tanto sólo a nivel casi individual (siempre respetabilísimo) ofrecen relieve estas consideraciones. Queda, pues, al buen juicio del lector, la valoración globalizada de los resultados de esta encuesta que al menos, consideramos que puede significar, una llamada de atención en orden a su utilización en trabajos científicos y sobre todo en trabajos preparatorios de índole legislativa.

### 3. CONSECUENCIAS.

Creemos que en cuanto nos hemos permitido sintetizar todas las observaciones incorporadas a las encuestas, es suficiente para que sea el propio lector quien obtenga las consecuencias oportunas. Teniendo en cuenta que, aunque de manera abreviada y mediante la formación de agrupaciones afines, hemos dejado constancia de todas ellas, consideramos que a su través, en relación con los datos numéricos de las contestaciones respectivas, puede obtenerse un cierto reflejo de opiniones y criterios, ciertamente valiosos. De todas maneras, considerando que la Encuesta se ha hecho después de promulgada la reforma, pasados casi do años de su vigencia; su realización ha pretendido

tener por encima de cualquier otra consideración un carácter fundamentalmente simbólico y testimonial en orden a como las leyes han de construirse siempre en contacto directo e inmediato con la realidad vital a la que pretenden servir.

## V. CONCLUSIONES.

1.<sup>a</sup> El juicio de valor de una norma o de un conjunto de normas no puede hacerse asépticamente sobre el papel. Resulta imprescindible para enjuiciarla comprobar su real andadura, su realización práctica.

2.<sup>a</sup> Los retoques parciales de un Ordenamiento han de hacerse sin perder de vista el conjunto. Por otra parte la correlación Derecho sustantivo-Derecho procesal y Derecho orgánico impone un estudio paralelo de sus correspondientes normas. Vivimos en muchísimas ocasiones, por culpa de las especialidades excesivas, un fraccionamiento tal en el estudio y en el examen del Derecho que, sin querer le hacemos perder realismo y fuerza vital. La crisis de los Ordenamientos arranca de la distancia cada vez mayor que se da entre norma y sociedad.

3.<sup>a</sup> Las fuentes del Derecho constituyen el instrumento decisivo de ordenación de la convivencia humana. De ahí su trascendencia.

4.<sup>a</sup> Ciertamente que sólo hay una fuente primaria de creación del Derecho que es la ley, puesto que las demás reciben su fuerza y valor de ella. Esta idea conlleva el problema de legitimar sustancial y formalmente las leyes, bajo el imperio de la Justicia a través de una verdadera y auténtica voluntad popular, enraizada a su vez en la razón, la naturaleza y el equilibrio. Acabar con la agresiva dicotomía Estado-Pueblo es fundamental.

5.<sup>a</sup> La anterior afirmación es absolutamente compatible con sostener la procedencia de aceptar un beneficioso y equilibrado pluralismo de fuentes de Derecho, como consecuencia no sólo de la impotencia legislativa de cubrir todas las eventuales necesidades de la vida de relación, tan compleja en la vida moderna, sino también de la conveniencia de recibir el aliento de otras fuerzas sociales.

6.<sup>a</sup> Para conocer la posición que nuestro actual sistema de fuentes ocupa en relación con las direcciones metodológicas más caracterizadas es conveniente hacer un breve repaso de las mismas y una apreciación crítica de su significación y valor.

7.<sup>a</sup> En este sentido creemos que la reforma encierra un prudente equilibrio de muy diversas concepciones metodológicas, considerando que puede suponer un cambio importante en el Derecho positivo español. El que efectivamente lo suponga dependerá, por la relativa ambigüedad del contenido del nuevo título preliminar en esta materia, más que de ella misma, de quienes han de aplicarla.

8.<sup>a</sup> Por de pronto la reforma implica una cierta alteración en el sistema general de las fuentes, pues de manera segura (lo que antes era, al menos muy dudoso) anticipa la aplicación analógica de las leyes a las costumbres.



9.<sup>a</sup> Desde luego la modificación legislativa consagra, en la misma línea del Código en su redacción primitiva, la absoluta prioridad de la ley sobre todas las demás fuentes. Esto es más que acertado o conveniente, indispensable. Este es, al menos, nuestro criterio.

10.<sup>a</sup> La costumbre es objeto de un tratamiento acertado, tanto en los requisitos exigibles y a la necesidad de prueba de su existencia, como en cuanto a la equiparación de los usos normativos.

11.<sup>a</sup> Los principios generales del derecho, a quienes se considera además de fuente subsidiaria de segundo grado, informadores del ordenamiento jurídico (novedad esta última de la reforma), creemos que van a seguir desempeñando un papel prácticamente idéntico al que desempeñaban hasta ahora, entendiéndose que la modificación no autoriza a que un Juez rechace la aplicación de una norma legislativa al amparo de una eventual o posible contradicción con un principio general. Lo que el Juez podía hacer antes y puede hacer ahora (y con la reforma esta posibilidad se destaca más) es dejar de aplicar una norma no sólo (y esto por supuesto no sólo puede, sino que debe) cuando esté en abierta contradicción con otra de superior rango (así lo establece el art. 1.º, ap. 2 del Código y así lo establecía y sigue estableciendo la ley de régimen jurídico de la Administración), sino también cuando esta contradicción se obtenga como consecuencia del estudio conjunto de otra serie de normas de igual o superior rango y del espíritu que claramente las informa.

12.<sup>a</sup> En cuanto a la jurisprudencia, la reforma ha dicho legislativamente, lo que ya decía la realidad jurisprudencial, a través del recurso de casación por infracción de doctrina legal. No obstante nos parece bien, por razones del valor que tiene el primer cuerpo legal civil de la Nación que en él tenga asiento la jurisprudencia como testimonio de una realidad querida, además, por todos.

13.<sup>a</sup> La encuesta que hemos realizado tiene un valor por sí misma creemos que muy importante, en cuanto reflejo de la opinión de un grupo de profesionales del Derecho, entre el que se encuentran muy ilustres Juristas.

14.<sup>a</sup> En todo caso tiene también un valor simbólico en cuanto por su conducto se ponen de relieve las ventajas que el conocimiento de esta opinión, emitida a través de sus naturales y correspondientes cauces, representaría primero para quienes han de elaborar los proyectos de ley y después para quienes han de discutirlos y aprobarlos.





## NOTICIAS

### El primer número del «Anuario de Derecho Foral» (1)

No son tantas las revistas jurídicas españolas como para que los juristas hispanos no expresen su complacencia y saluden cordialmente a esta nueva publicación, cuyas características tipográficas resultan dignas de resaltarse (adecuado formato, excelente papel y tipos de letra) y cuyos propósitos programáticos se expresan nítidamente en la presentación de la misma: "Se presenta este ANUARIO como el fruto natural del renacimiento en los estudios de Derecho foral, que se inició con el Congreso de Derecho Civil de 1946", y se concluye afirmando que está "abierto a todas las regiones forales, abierto también a los juristas de las que no lo son... (y) promovido por la Excma. Diputación Foral de Navarra desea servir lealmente al principio del pluralismo jurídico regional dentro de la inquebrantable unidad de España; en particular, quiere contribuir a una más estrecha y directa relación entre las distintas regiones, y, en este sentido, cree ofrecer un camino enteramente nuevo".

Como era justo hacerlo, rinde homenaje a todas las publicaciones forales que han realizado, hasta ahora, una meritísima labor científica. En tal sentido se dice: "Se debe reconocer el papel principal que en este florecer de los derechos forales han tenido los juristas aragoneses, cuyo "Consejo de Estudios", con el correspondiente "Anuario de Derecho Aragonés", ostenta una significación destacada. Cataluña, con su veterana "Revista Jurídica de Cataluña", ha aportado a este renacimiento todo el peso de la importancia que corresponde a aquella región. Por su parte, también el "Foro Gallego" ha venido a testimoniar la voluntad de Galicia de integrarse en el coro de las regiones forales. Por último, hay que citar en este florecer, los estudios llevados a cabo en la "Cátedra de Derecho de Vizcaya", los patrocinados por la Diputación de Alava sobre el Fuero de Ayala y los publicados por los foralistas de Baleares; así como los trabajos que en Seminarios y Cursos de diversas Facultades de Derecho de nuestra Patria se dedican al estudio comparativo de las instituciones de Derecho común y foral, en los ordenamientos respectivos".

La nueva revista se propone cultivar aquellos temas que resultan de interés común a los distintos derechos forales, y, en primer lugar, los de comparación entre aquéllos y de ellos mismos con el Código civil. Advierte que el porvenir de los derechos forales no está tanto en el respeto político a unos determinados ordenamientos territoriales, cuanto en el empuje de la propia elaboración doctrinal de cada región, que no se limite a la simple conservación, sino que atienda al natural desarrollo del propio Derecho, y a su actualización al compás de los tiempos. Aquel objetivo se complementa con el fomento de los estudios sobre

---

(1) ANUARIO DE DERECHO FORAL, I, Pamplona, 1975, Diputación Foral de Navarra, Consejo de Estudios de Derecho Navarro, 432 págs.

conflictos interregionales con la mira puesta en la unificación de las reglas del Derecho internacional privado.

Si cualquier empresa editorial de tal envergadura exige un renovado aliento para no desfallecer en el empeño, la dificultad sube de grado si se tiene en cuenta la ambición del programa que se esboza en este primer número, al que sólo cabe añadir la oportunidad de los estudios comparativos en el ámbito foral, una vez cerrado el ciclo de las Compilaciones, de lo que empieza a haber muestra en nuestras publicaciones (2).

Sólo resta al cronista dar cuenta del contenido del primer volumen del ANUARIO, que está ofrendado a la figura del Magistrado Juan Santamaría Ansa, quien dedicó buena parte de sus esfuerzos a la codificación del Derecho navarro. He aquí el índice de trabajos:

*Semblanza de Juan Santamaría Ansa*, por José Arregui Gil.

*¿Cómo ha de entenderse la unidad en nuestro ordenamiento jurídico civil?*, por Antonio María de Oriol y Urquijo.

*Las fuentes del Derecho según Santo Tomás de Aquino*, por Juan Vallet de Goytisolo.

*El notario, las obligaciones y los contratos en el Fuero Nuevo de Navarra*, por Javier Nagore Yárnoz.

*Los derechos del hijo adoptivo en la herencia del adoptante después de la reforma del Código civil por Ley de 4 de julio de 1970*, por Francisco Palá Mediano (†).

*“Fuero Viejo” y “Fuero Nuevo” de Navarra*, por Juan García-Granero Fernández.

*La familia foral navarra*, por Francisco Salinas Quijada.

*La mujer y la filiación extramatrimonial*, por Gabriel García Cantero.

*Determinaciones accesorias de la voluntad en los actos “mortis causa”*, por José Antonio Doral.

*El contrato sucesorio en el Derecho foral de Mallorca: la donación universal de bienes presentes y futuros*, por Miguel Masot Miquel.

*La sustitución pupilar en el Derecho civil de Cataluña*, por Luis Puig Ferriol.

*La troncalidad en Vizcaya*, por Adrián Celaya Ibarra.

*Apuntes sobre las obligaciones solidarias*, por José Luis Lacruz Berdejo.

*El fuero: pasado, presente y futuro*, por Jaime Ignacio del Burgo Tajadura.

G. G. C.

(2) ANDREU RAMI, *El fundamento de rescisión por lesión en las Compilaciones de Derecho Civil de Navarra y Cataluña*, en *RJC*, junio-septiembre 1974.

María José HERRERO GARCÍA, *Los contratos onerosos entre cónyuges en la historia del Derecho catalán y en su vigente Compilación*, en *RDN*, abril-junio 1975.



# BIBLIOGRAFIA

## LIBROS

**BERMEJO VERA (José), "Régimen Jurídico del ferrocarril en España" (1844-1974). Estudio específico de Renfe. Prólogo de Lorenzo Martín-Retortillo. Editorial Tecnos. Madrid, 1975, 390 págs.**

Este libro se ocupa de un tema propio del Derecho administrativo y su autor es también un especialista de dicho Derecho. Ello, no obstante, tiene interés para los cultivadores del Derecho civil.

Como es natural, la atención del autor se centra en la organización del ferrocarril en España y en especial en la vigente de la RENFE. De las cinco partes de que consta el libro (1), la quinta es la que ofrece un especial interés —nos parece— para los lectores de este ANUARIO. En ella se plantea, ante todo, el tema general de la disociación entre la personalidad de Derecho público de la RENFE, como ente administrativo autónomo, y su régimen de explotación por medio de los contratos de transporte, regido en buena parte por el Derecho privado. Se examina con especial cuidado el concepto del patrimonio ferroviario y su calificación demanial y patrimonial; y se irá tratando después del régimen de dicho patrimonio, en su doble faceta pública y privada, respecto de la adquisición, enajenación, deslinde y recuperación de la posesión de bienes, prerrogativas en la zona de policía del ferrocarril y en fin de los contratos de transporte por ferrocarril y su regulación en el Código de comercio y en las disposiciones especiales (2).

R.

**CAPARROS, (Ernest), "Les lignes de force de l'évolution des régimes matrimoniaux en droits comparé et québécois". Les presses de l'Université de Monreal. Monreal, 367 págs.**

El libro del profesor Caparrós resulta del máximo interés para los juristas todos y muy en especial para los españoles. La tarea ante la que se enfrenta el legislador español de reformar a fondo el régimen patrimonial de los es-

---

(1) Parte primera: Origen y consecuencias del régimen de las concesiones ferroviarias. La aparición del problema ferroviario. Parte segunda: El régimen de transición de la cuestión ferroviaria. La "nacionalización" ferroviaria de 1924. Parte tercera: La nacionalización ferroviaria de 1941. Definitiva consolidación del sistema de propiedad y gestión pública en los ferrocarriles. Parte cuarta: Naturaleza jurídica de la Red Nacional de los Ferrocarriles Españoles. Estudio específico de su organización autónoma. Parte quinta: Régimen jurídico del funcionamiento y gestión de la RENFE.

(2) Hubiera sido de interés se tratase aquí de las cláusulas generales en los contratos de transporte y billetes de ferrocarril. Vide CASTRO: *Las condiciones generales de los contratos y la eficacia de las Leyes*. Cuadernos Civitas, 1975; en pág. 85, referencia a una sentencia del Tribunal Supremo sobre cláusula de exoneración total de responsabilidad inserta en un billete gratuito concedido por la RENFE.

posos, teniendo en cuenta las nuevas exigencias sociales, es de una dificultad extraordinaria, y ello más que por la necesidad de formular las nuevas leyes con exactitud técnica, por ser imprescindible y previo el tener ideas claras sobre los fines que se persiguen. Y precisamente el autor de la obra reseñada busca descubrir las fuerzas motrices que han determinado cada uno de los regímenes matrimoniales que estudia, es decir, de los ordenamientos jurídicos de más interés.

El autor nos informa de que su propósito inicial ha sido el estudio de las reformas del Derecho de Quebec en materia de régimen matrimonial, experimentadas en la última década de los años sesenta y principios de la del setenta. Para centrarlo debidamente ha creído conveniente hacer que le preceda un examen de los datos que ofrece el Derecho comparado. Mas la naturaleza misma de las cosas ha impuesto que el examen del Derecho comparado se lleve la parte del león y que al mismo se le dedique el mayor número de páginas.

La originalidad y el mayor atractivo de esta obra reside en el esfuerzo del autor para descubrir, detrás del armazón técnico de cada sistema jurídico, las ideas que han impulsado a cada legislador para regular de tal o cual modo el estatuto patrimonial de los casados y las que modernamente le empujan a ir reformando las leyes sobre dicha materia.

El estudio realizado se divide en dos grandes partes: la primera titulada "a la búsqueda del centro de gravedad de los regímenes matrimoniales en Derecho comparado" y la segunda consagrada "a la búsqueda del centro de gravedad de los regímenes matrimoniales en el Derecho de Quebec". Dichas investigaciones comienzan en la época de la Codificación y terminan con un comentario crítico del "Informe sobre la familia", de la oficina de revisión del Código civil de Quebec, fechado en 1974.

Lo mismo en la primera que en la segunda parte se distinguen dos polos, como centros de gravedad de los regímenes patrimoniales. De un lado, el aspecto individual del interés de los esposos, y del otro, el aspecto comunitario del interés de la familia. El aspecto primero de la evolución se observa en dos momentos; el primero, de desequilibrio de fuerzas entre los esposos: fuerza absorbente del marido, fuerza de absorción parcial de la mujer; el segundo, de equilibrio (término que el autor prefiere al de igualdad) de fuerzas entre los esposos, en relación a la administración y a la propiedad de los bienes. La fuerza de atracción de la familia se irá viendo en sus primeras manifestaciones, a través de las disposiciones sobre contribución a las necesidades de la familia, de las sobre los poderes domésticos de la mujer casada y de las sobre la protección de la residencia familiar. Después, como consolidación del papel de la familia, se destaca el hecho de que en ciertos ordenamientos puede observarse una especie de carta o reglamentación general de la familia dirigida a su protección. El autor considera aquí la existencia de lo que llama régimen primario, conjunto de disposiciones que regulan la vida ordinaria de la familia, respetando las relaciones existentes entre las necesidades, la satisfacción de estas necesidades y los derechos de los esposos, los de la familia y los de los acreedores.

El autor, doctor en Derecho y en Derecho canónico, profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de Laval, muestra en el libro que se reseña un conocimiento profundo y directo de los ordenamientos más im-



portantes, para lo que ha manejado una impresionante bibliografía; sus citas llenan las páginas 341 a 367 de la obra.

En estos momentos de crisis de instituciones y creencias, del matrimonio y de la misma familia, como instituciones sociales, puede confortar el ánimo la lectura de este libro, en el que se enseña que la evolución del Derecho, en los más destacados ordenamientos, tiende a la protección de los intereses de la familia, como institución básica de la sociedad. Lo que en este libro se nos cuenta, hace ver también que el legislador no tiene que limitarse a ser un resignado codificador de malas prácticas sociales, sino que, antes bien, no sólo debe sino que también puede ejercer una beneficiosa labor social educadora y correctora.

R.

**“El Consultor de los Ayuntamientos” (La Redacción de), con la colaboración de Francisco Chorot Nogales. “Ley del Suelo”. Publicaciones Abella. El Consultor de los Ayuntamientos y Juzgados, S. A. Madrid, 1975, 302 págs.**

La obra reseñada se publica para hacer posible el más pronto conocimiento de la ley de 2 de mayo de 1975 y, por ello, sin aguardar a que se apruebe por Decreto un texto refundido de la Ley del Régimen del Suelo y Ordenación Urbana.

En este libro se recoge el texto de la redacción vigente de la Ley del Suelo. Los artículos de la antigua Ley de 12 de mayo de 1956, que no han sufrido modificación, se reproducen en un tipo de letra redonda; los preceptos modificados en 1975 figuran destacados en letra negrita. Se recogen también los textos de las respectivas Exposiciones de Motivos de las Leyes de 1956 y 1975. Cada uno de los nuevos artículos, los redactados en 1975, va seguido de un breve comentario de clara redacción, en los que se destacan las novedades y mejoras introducidas respecto a la antigua ley, se exponen las dudas que suscitan y se advierten las posibles dificultades que puede encontrar su aplicación.

Cabe afirmar que el propósito perseguido por la publicación de la que se da cuenta se ha conseguido, es decir, el de facilitar el esfuerzo inicial de los profesionales haciendo para ellos más asequibles el conocer la nueva Ley y el sentido y alcance de la reforma.

En el Prólogo se alude discretamente a “las buenas esperanzas de cara a un urbanismo práctico más positivo y más limpio, más libre de interpretaciones torcidas, de actuaciones picarescas y de abusos codiciosos”.

R.

**PERLINGIERI (Pietro), “Profili istituzionali del diritto civile”. Università degli studi di Camerino. Scuola di perfezionamento in diritto civile. Jovene editore, 1975, 260 págs.**

En las palabras preliminares del libro reseñado se nos advierte que ha venido a recoger la primera parte del Curso de Instituciones de Derecho pri-

vado, dictado por el autor en la Facultad de Jurisprudencia de Turín, los años 1974-1975. Se destina —se añade— a servir de instrumento e incentivo al diálogo con los estudiantes; conjunto de lecciones que no pretenden constituir un sistema orgánico y completo, sino ser una tentativa para individualizar una serie de problemas preliminares, a guisa de cañamazo, para profundizar después y ser completado con aspectos más específicos.

La lectura de la obra muestra enseguida que su autor no se ha limitado a escribir un instrumento para la docencia. Supone mucho más: constituye una aportación importante y original a la ciencia jurídica. La que se manifiesta, como veremos, en un personal enfoque de la cuestión metodológica; abandona el antiguo neo-pandectismo y no se entrega a las corrientes a la moda del marxismo o del estructuralismo. Nueva perspectiva del sistema jurídico que se traduce en una revisión muy cuidada de los conceptos jurídicos básicos (1).

Ofrece la particularidad esta obra de que su índice no contiene división en partes o capítulos, sino una serie de 182 rúbricas; lo que dificulta dar cuenta de su contenido. A pesar de ello, puede advertirse que en su plan se distinguen las siguientes secciones: 1, la cuestión metodológica, considerando la realidad social y la pluralidad de ideologías con una revisión de los dogmas tradicionales; 2, las fuentes normativas en general; 3, las normas legales; 4, el supuesto de hecho de la norma; 5, el derecho subjetivo y las titularidades; 6, los tipos de derechos subjetivos, y 7, las relaciones jurídicas.

El autor abandona la concepción abstracta y neutral de las normas jurídicas, aunque a su manera sigue fiel a la concepción positivista del Derecho. Nos dice que cada ordenamiento jurídico refleja una filosofía de la vida y que está inspirado por determinados valores; el Derecho está condicionado por las realidades sociales y afectado por las tensiones ideológicas, más también el Derecho, por su parte, es un factor condicionante de la realidad de la que históricamente forma parte.

La función del jurista resulta por ello compleja, debiendo atender a un conjunto de aspectos, como son el ideológico-político, el social, el ético y el religioso. Consideración que le lleva a una crítica dura de la situación actual de la doctrina italiana, a la que acusa de haber llegado a una ruptura irreparable entre la teoría y la práctica, entre el Foro y la Universidad; lamentándose de que la labor doctrinal se manifieste en libros escritos sobre otros libros, en tesis en antítesis de otras tesis, en un continuo leerse de unos a otros, que se convierte en una especie de narcisismo en busca de una perfección de las construcciones (2).

Respecto del ordenamiento jurídico italiano, se insiste en el valor vinculante

---

(1) PERLINGIERI es autor de la importante obra. *I negozi su beni futuri. I. La compravendita di "cosa futura"*, Napoli, 1962. El ANUARIO publicó sobre ella una elogiosa y documentada *Nota crítica*, debida al profesor CALONGE, A.D.C. XVI-IV (octubre-diciembre 1963), págs. 1117-1127. La comparación con la que ahora se reseña puede servir para observar la evolución del pensamiento de nuestro autor.

(2) En el mismo sentido, IRTI, *Introduzione allo studio del Diritto Privato*, Torino, 1974, p. 310; quien cita, en su apoyo, al mismo PERLINGIERI, *Produzione scientifica e realtà pratica: una frattura da evitare*, Riv. Dir. comm., 1969, p. 455 sig., 468.



y la primacía de los principios formulados en la Constitución. Es necesario, se afirma, volver a leer las disposiciones legales a la luz de los nuevos principios que ella establece (3). En su virtud, propone que se funde una nueva jurisprudencia de los intereses, que atienda no sólo a los intereses individuales, sino que proporcione una visión social y global del ordenamiento jurídico. En ella, el orden constitucional, en sus principios fundamentales (democracia, posibilidad efectiva de participar en la vida de la comunidad fuera de la del Estado, realización de los derechos fundamentales del individuo, derecho al estudio, libertad de opinión, etc.) tiene valor de normas de orden público.

El autor viene a insertarse en la dirección positivista del Derecho, coronado el ordenamiento jurídico por los principios constitucionales. Mas, como tantas veces ocurre, no se mantiene del todo fiel al positivismo. La Constitución italiana reconoce que es el resultado de un compromiso y que, por ello, contiene "una pluralidad de almas"; entre ellas, a veces, el autor tendrá que elegir, conforme a un criterio ya entonces fuera del ordenamiento positivo (4). Esta necesidad de acudir a criterios extrapositivos aparece claramente exteriorizada en momentos de crisis; así, el autor ha de considerar justificada la conducta de los tribunales italianos y alemanes que, en la época del nazismo, hubieron de aplicar restrictivamente ciertas disposiciones, como las de sentido racista (5).

Los términos técnicos tradicionales se examinan con cuidado y respeto; pertenecen, se dice, a nuestra cultura y a nuestra lógica jurídica, pero ello se hace teniendo en cuenta la concepción que se ha expuesto del ordenamiento jurídico. Las controversias sobre los conceptos jurídicos —por ejemplo, en torno al derecho subjetivo— no son sólo técnicas, sino que resultan del modo diverso de entender el Derecho y el ordenamiento jurídico. Consideraciones que llevan a una visión amplia de los conceptos jurídicos. Así, viene a reconocerse que el derecho subjetivo tiene por su propia naturaleza sus límites y que cada bien habrá de tener un régimen jurídico distinto conforme a su destino económico social. Además, vuelve a considerar centro de la construcción del Derecho civil a la relación jurídica. Perspectiva interindividual que responde, nos asegura, a una visión moderna del ordenamiento jurídico, que encuentra su confirmación y se realiza en los principios constitucionales.

El examen detenido de la obra hará que se advierta pronto ciertas notables coincidencias con alguna dirección de la doctrina española: por ejemplo, valoración de la realidad socio-política en la aplicación del Derecho, mediante apelación a los principios generales, la necesidad de individualizar el régimen

---

(3) Especialmente respecto de las anteriores a la Constitución republicana; lo que importa de un modo particular en relación al Código civil de 1942.

(4) Así, por ejemplo, al tratar del reconocimiento del derecho de huelga, se afirma que la huelga no es sólo lícita, sino que es digna de tutela, que propiamente es un deber, al ser un acto de solidaridad política, económica, social. El autor, aquí no parece haberse planteado la cuestión del choque de ese derecho a la libertad del trabajo reconocido a todos y tampoco la de la finalidad de la huelga; piénsese, por ejemplo, en una huelga de los cuerpos de policía contra la lenidad de los tribunales frente a los provocadores de huelgas.

(5) Eran principios fundamentales del ordenamiento alemán; el no respetarles se justifica sólo admitiendo principios de justicia superiores al Derecho positivo.

de los derechos subjetivos según la naturaleza del bien que tengan por objeto, el retorno a considerar concepto fundamental de la técnica jurídica a la relación jurídica, como enseñara Savigny.

El texto del libro discurre de modo continuado, fluido y sin rupturas, a lo largo de sus casi doscientas rúbricas; no se detiene en la exposición de teorías ajenas, no hay citas de otros libros y no se encuentra siquiera la mención de un solo autor (6).

Aunque no haya sido posible mostrar en esta nota todo lo que tiene de interesante, original o también de discutible el nuevo libro del profesor Perlingieri, es de esperar que lo dicho pueda servir para destacar su importancia en el momento actual de crisis de la ciencia jurídica.

C. B.

*Ponencias presentadas por el NOTARIADO ESPAÑOL a los Congresos Internacionales del Notariado Latino.* Junta de Decanos de los Colegios Notariales. Madrid, 1975. Vol. I, 990 págs.; vol. II, 997 págs.; vol. III, 1188 págs.

*Ponencias presentadas por el NOTARIADO ESPAÑOL a los Congresos Internacionales del Notariado Latino.* XIII Congreso. Barcelona, 1975. Junta de Decanos de los Colegios Notariales. Madrid, 1975, 687 págs.

Nadie puede ignorar el prestigio bien ganado de que goza el Notariado español dentro y fuera de nuestro país. Menos conocida o reconocida es la contribución decisiva de los notarios al moderno desarrollo de la ciencia jurídica española. La Academia Matritense del Notariado en sus Anales y la Revista Notarial han publicado trabajos de máxima relevancia y altura científica. En el Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, su informal o privado seminario de los miércoles (el llamado seminario de mayores), ha sido animado por notarios casi desde su comienzo y, en estos momentos, sigue siéndolo con sus ponencias y contribuciones, de la mayor finura y profundidad, y este ANUARIO debe a su colaboración algunos de los más profundos y mejores trabajos en él publicados.

Ahora hay que saludar con asombro la publicación de los trabajos presentados como ponencias a los Congresos internacionales del Notariado Latino. Bajo el título modesto y poco revelador de ponencias, se ha publicado una verdadera enciclopedia jurídica sobre Derecho notarial y también respecto a materias de Derecho civil, mercantil, registral, internacional y comparado. En los tres tomos correlativos y en el otro tomo, referido al Congreso de Barcelona, se contienen aportaciones al estudio de nuestro Derecho de incalculable valor. Su examen detallado requeriría un espacio del que no dispo-

---

(6) El estilo propio de la obra, de hacer afirmaciones sin detenerse en dar explicaciones o justificar lo dicho, hace que aparezca como dudosa alguna de ellas formulada sin matizar; así, por poner algún ejemplo, cuando se afirma la completa prevalencia en el ordenamiento anglo-sajón del Derecho público sobre el Derecho privado o cuando se habla de la abolición total de toda distinción entre Derecho público y privado en los países que se dicen socialistas (p. 26).



nemos y que además parece innecesario. Para que se conozca la importancia de esta publicación bastaría dar cuenta de su contenido, y el nombre de quienes en ello han colaborado es suficiente garantía del señalado valor de dichas ponencias.

El volumen primero está dedicado, bajo el número I, al *Derecho Notarial* y contiene las siguientes secciones: A) Contenido, caracteres y fuentes. Contenido y fuentes del Derecho Notarial, por Angel Olavarría Téller; el Derecho Notarial, por Rafael Núñez-Lagos. B) El instrumento notarial. Los esquemas conceptuales del instrumento público, por Rafael Núñez-Lagos. Naturaleza jurídica del documento auténtico notarial, por Antonio Rodríguez Adrados. Fe de conocimiento, por José Luis Díez Pastor. La unidad de acto y el otorgamiento sucesivo, por Alvaro Calvo Soriano. Valor jurídico y aplicaciones de las actas notariales de notoriedad en el Derecho español, por Manuel de la Cámara Alvarez. Comprobación notarial de hechos, por Manuel González Enríquez, con la colaboración de Francisco Manrique Romero y José Antonio Molleda Fernández-Llamurones. C) El Notario. Carácter permanente e inamovible del cargo de Notario. Supresión de los nombramientos a plazo, por José A. de Cortázar Sagarminaga. El ingreso en el Notariado. Estudios o títulos universitarios previos. La paridad del prestigio inicial con la Abogacía. Sistemas y aspiraciones, por Felipe Gómez-Acebo Santos. El Notario y la jurisdicción voluntaria, por Vicente Font Boix. El secreto profesional del Notario y sus colaboradores, por Marcos Guimerá Pezaza. La responsabilidad civil del Notario, por Felipe Gómez-Acebo Santos. D) Organización notarial. Contribución al estudio de la transformación del régimen de oficios enajenados de la fe pública en el régimen notarial moderno en España, por José A. García de Cortázar Sagarminaga. Organización del Notariado en España, por Juan Manuel de la Puente Menéndez. Organización gremial profesional del Notariado: Colegios notariales regionales y Consejos nacionales, por José A. García de Cortázar Sagarminaga. La Organización notarial en España, por Fausto Navarro Azpeitia, Vicente Font Boix y Antonio Rodríguez Adrados. E) Los Archivos notariales. Organización y función de los Archivos de protocolos en España, por Honorio García y García. Organización y funciones de los Archivos notariales, por Raimundo Nogueira Guzmán.

El volumen segundo continúa con trabajos sobre el Derecho Notarial y contiene las siguientes secciones: F) El notariado y el mundo moderno. Adaptación de la actividad profesional del Notario a los métodos y procedimientos modernos, en especial en lo que concierne a la grafía de los originales y de las copias, por Fausto Navarro Azpeitia. Posible aplicación de los progresos técnicos a la conservación del instrumento, por Angel Romero Cerdeiriña. El Notariado frente al mundo moderno. Adaptación a las nuevas exigencias económicas y sociales, por Fernando Monet y Antón, con la colaboración de Ramón Azpitarte Camy, Ramón Fraguas Massip, Domingo Irurzun Goicoa, Carmelo de Motta Monreal, Gregorio Pérez-Sauquillo Cádiz, Joaquín Sopena Tomás y Antonio Soto Bisquert. El Notario ante el mundo moderno. Adaptación a las nuevas exigencias económicas sociales, de previsión y mutualidad, por Fernando Monet y Antón, con la colaboración de Domingo Irurzun Goicoa, Joaquín Sopena Tomás (primera parte), Vicente Font Boix, José Escámez Morales

(segunda parte), Roberto Blanquer Uberos y Antonio Soto Bisquert (tercera parte). El Notariado en el mundo moderno. La actividad de la Administración Pública en la contratación privada. El acto público notarial y su función esencial en la sociedad contemporánea y en el tráfico jurídico, por José Roán Martínez. G) El Notariado en las relaciones internacionales. Organización de un sistema corporativo notarial internacional, por Fausto Navarro Azpeitia. Valor internacional del documento notarial, por Federico Trias de Bes y Giro. Eficacia del documento notarial en las relaciones internacionales, por Federico Trias de Bes y Giro. Unificación de formularios, en especial de los poderes, por Luis Riera Aisa. Validez internacional de los instrumentos de habilitación de los incapaces, por Jesús Vázquez de Castro y Sarmiento. H) El Derecho fiscal en su relación con la función notarial. Las exigencias fiscales en relación con los efectos del acto jurídico, por Florencio Porpeta Clérigo. La influencia de la Ley fiscal sobre los contratos, por Antonio Rodríguez Adrados.

En este segundo volumen terminan las contribuciones sobre Derecho notarial y se comienza la publicación de trabajos sobre otras materias. Bajo el ordinal II. *Propiedad urbana*, se contienen los trabajos sobre: La propiedad inmobiliaria urbana en el mundo actual: adquisición, protección y limitaciones, por Vicente Font Boix, coordinador, y Antonio de la Esperanza Martínez Radío, José Luis Espinosa Antá, José Madrideojos Sarasola, Enrique Peña Balsa y Luis Rojas Montes. Modalidades en la constitución de los regímenes de indivisión de la propiedad urbana, por Manuel de la Cámara Alvarez, con la colaboración de Emilio Garrido Cardá y Antonio Soto Bisquert.

El volumen tercero consta de las siguientes partes. III. *Derecho mercantil: Sociedades*. Sociedades comerciales, por Manuel de la Cámara Alvarez, con la colaboración de José María de la Prada González. Intervención del notario español en la fundación de la sociedad anónima, por Enrique Giménez Arnau. Las sociedades comerciales. Intervención del Notario, por Enrique Gabarró Sansó. El poder de representación en las sociedades mercantiles, por Ramón Faux Esteve, Angel Martínez Sarrión y José María de Prada González. IV. *Derecho registral*. A) El Registro de la Propiedad español, por Rafael Núñez-Lagos. La publicidad inmobiliaria, por José María Puig Salellas, con la colaboración de Roberto Follia Campos, Francisco Ginot Llobateras, Luis Roca-Sastre Muncunill. B) Registro de últimas voluntades. Medios de acreditar la vigencia de un testamento, por Manuel A. Romero Vieitez. V. *Derecho internacional y comparado*. A) Personas físicas y jurídicas: capacidad. La capacidad de obrar y disponer de los bienes en Derecho comparado y en Derecho internacional privado, por Angel Sanz Fernández, Manuel Sainz López-Negrete y Juan Antonio Cruz Auñón. Conflictos de leyes en sociedades civiles y mercantiles, por Enrique Gabarró Sansó y José María Puig Salellas. B) Derecho de familia: Matrimonio, divorcio. Los efectos del divorcio, de la separación de cuerpos y de la separación de hecho de las personas y los patrimonios en Derecho comparado, por Roberto Blanquer Uberos, con la colaboración de José Luis Martínez Gil y Vicente Luis Simó Santonja. Efectos de la declaración de divorcio en el Derecho internacional privado, por Juan Vallet de Goytisolo, Ramón Fraguas Massip, Roberto Blanquer Uberos, José Luis Martínez Gil y Vicente Luis Simó Santonja. C) Derecho económico matrimonial y sucesorio. Conflicto de leyes en materia de regímenes matrimoniales y sucesorios, por Juan Vallet



de Goytisolo. Conflictos móviles y conflictos transitorios en materia de regímenes matrimoniales, por Juan Vallet de Goytisolo y Ramón Fraguas Massip. Conflictos de leyes en materia de sucesión por causa de muerte, por Juan Vallet de Goytisolo, con la colaboración de Ramón Fraguas Massip, José Luis Martínez Gil y Vicente Luis Simó Santonja. Normas de Derecho internacional privado aplicables en la transmisión y en la partición de la herencia, por Juan Vallet de Goytisolo, con la colaboración de Roberto Blanquer Uberos, José Luis Martínez Gil y Vicente Luis Simó Santonja.

El volumen separado, que contiene las Ponencias presentadas al XIII Congreso, celebrado en Barcelona, el año 1975, contiene los siguientes estudios: I. *Propiedad urbana*. Las garantías de los adquirentes de viviendas frente a promotores y constructores, por Joaquín Sapena Tomás, Jerónimo Cerdá Bañuls y Víctor Garrido de Palma. II. *Derecho mercantil*. La concentración de empresas y la legislación "anti-trust", por Luis Roca-Sastre Muncunill. III. *Derecho internacional y comparado*. Excepciones a la regla "locus regit actum" en materia de disposiciones mortis causa y transmisión de bienes inmuebles, por Roberto Blanquer Uberos. La evolución de la familia en materia de filiación y de relaciones personales y patrimoniales entre cónyuges, por Francisco Lucas Fernández, José Manuel Pérez-Jofre Esteban y Antonio Rodríguez Adrados.

La escueta referencia hecha de títulos de trabajos y de nombres de autores, habrá de resultar, sin duda, árida y monótona, pero nos parece que puede poner de manifiesto ella sola el contenido de la obra y la autoridad que le presta la referencia de sus autores.

F. C.

**ROMERO SAURA (Fernando): "La calificación urbanística del suelo". Editorial Montecorvo, S. A. Madrid, 1975, 381 págs.**

Posiblemente no se encuentran cuestiones de interés más álgido que aquellas resultantes del hecho de que viejas o tradicionales normas de Derecho privado son arrinconadas o desplazadas por disposiciones del Derecho administrativo.

Manifestaciones de una revolución social, no por disimulada menos evidente. Una de ellas, y de las más llamativas, se ha venido intentando y en parte realizado por medio de las Leyes del Suelo, por la del 12 de mayo de 1956 y por la de 2 de mayo de 1975.

La literatura, ya abundante, sobre Derecho urbanístico se ha enriquecido con la publicación del libro de D. Fernando Romero, Doctor en Derecho y Profesor de la Escuela Técnica Superior de Arquitectura de la Universidad Politécnica de Valencia. Libro dedicado al tema monográfico de la determinación de la cualidad del suelo.

La Ley del Suelo viene a establecer estrechos límites al derecho de propiedad e impone pesados deberes a los propietarios. Unos y otros resultan de los Planes de Ordenación urbana y se regulan conforme a la calificación dada a los predios. Esta se basa en primer lugar en la contraposición del suelo urbano y rústico; después, si existe un Plan, según la Ley de 1975, el suelo

se clasifica en urbano, urbanizable y no urbanizable. Calidad del suelo de la que depende la entidad de poderes, derechos, facultades y obligaciones de los propietarios. Teniéndola en cuenta, el autor hace el siguiente esquema:

Suelo rústico: a) Imposibilidad de transformar el destino agrícola o forestal en los casos previstos por el Plan. b) No poder edificar más del coeficiente de un metro cúbico por cinco metros cuadrados, salvo las excepciones establecidas por la Ley. c) Atenerse a determinadas condiciones en cuanto a las características de edificios levantados en este tipo de suelo. d) En las transferencias de propiedad y divisiones, no realizar fraccionamientos que rompan la unidad mínima de cultivo. e) No transformar el suelo rústico en urbano sin la existencia previa del Plan.

Suelo urbano: a) No edificar la parcela hasta que merezca la calificación de solar por contar con los servicios mínimos requeridos. b) Ceder los terrenos viales y de parques y jardines y costear la urbanización. c) Edificar los solares en los plazos previstos bajo carga de expropiación. d) Poder formular proyectos de reparcelación. e) Costear instalaciones sociales complementarias. e) No rebasar los volúmenes de edificación previstos. g) Participar en asociaciones de propietarios cuando así se decida mayoritariamente.

Suelo de reserva urbana: a) No realizar obras ni instalaciones. b) No destinarlo a usos o aprovechamientos distintos a los previstos en el Plan.

La obra, además de un Prólogo debido al catedrático señor Baena Alcázar, consta de seis capítulos. El primero, de introducción, trata del urbanismo en general; el segundo, se refiere a la evolución histórica de la regulación del suelo en España; el tercero, se ocupa ya de la cuestión central del libro, la calificación del suelo en el ordenamiento urbanístico español; el cuarto, atiende a las formas jurídico-administrativas de atribución de calidad; el quinto se rotula "Las categorías urbanísticas del suelo en el régimen de 1956", pero se advierte con sorpresa que una buena parte de las páginas que contiene está dedicada al régimen del suelo según la ley de 1975; el último y sexto capítulo, considera la estabilidad de la calificación.

R.

**SANTOS BRIZ (Jaime): "Derecho de la Circulación". Editorial Montecorvo, Sociedad Anónima. Madrid, 1976, 404 págs.**

Acaso pudiera parecer que la aparición de este libro, titulado "Derecho de la Circulación", viene a complicar innecesariamente el cuadro cada vez más abigarrado de las disciplinas jurídicas. Pero, como nos decía nuestro inolvidable Castán, "estas nuevas creaciones no llevan consigo aún una verdadera autonomía científica ni legislativa, sino que son una exigencia inevitable de la especialización que el mundo moderno, con sus innovaciones y transformaciones impone. Apenas puede ya mantenerse el dualismo de la clásica distinción entre Derecho público y privado. Son cada vez más numerosas las normas en las que se entrecruzan los principios de aquellos dos grandes sectores jurídicos, y esto es la causa de que la doctrina tienda a seguir supuestos y nuevas ramas del Derecho, que parecen ofrecer aspectos de independiente personali-



dad", aspectos que actuando en pro de un concepto unitario del Derecho, de un Derecho general completamente remozado, vienen a estrechar los vínculos entre el Derecho civil, el Derecho penal y el Derecho administrativo, como así lo demuestra la simple lectura del índice general de la obra "Derecho de la Circulación", de la "Editorial Montecorvo, S. A.", que comentamos.

Está dividido en diecisiete capítulos. En el primero se recogen la LEGISLACION BASICA, constituida, principalmente, por el Decreto 632/1968, de 21 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley 122/1962, de 24 de diciembre, sobre Uso y Circulación de Vehículos de Motor. En los capítulos segundo al sexto, trata de "LOS CONTRATOS EN EL DERECHO DE CIRCULACION", asumiendo con profundidad desde el de compra del automóvil hasta el de cesión de su uso con fines de crédito, pasando por los de reparación y garajes. Los capítulos séptimo a undécimo, ambos inclusive, van dedicados a los "PROBLEMAS SOBRE RESPONSABILIDAD CIVIL". El capítulo doce se ocupa del "DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO DE LA CIRCULACION". Los capítulos trece, catorce y quince recogen los "PROBLEMAS DE DERECHO ADMINISTRATIVO", como los relativos al permiso de circulación, a las autopistas y a las estaciones de servicio, etc. Y, por último, en los capítulos dieciséis y diecisiete el autor se hace un serio estudio sobre el SEGURO DE ACCIDENTES DE CIRCULACION tanto voluntario como obligatorio, actualizando y poniendo al día el texto de la conferencia que pronunció en el curso organizado por la Asociación Internacional de Derecho de Seguros (Sección española SEAIDA) y por la Revista de Derecho de la Circulación, de la que desde hace varios años es activo colaborador, que se celebró en Madrid en el mes de junio de 1973; dato que evidencia la preocupación y dedicación del Magistrado, Santos Briz por esta materia.

Debo destacar destacar por su contenido teórico y práctico el estudio que el autor dedica a LA REPARACION DEL VEHICULO ACCIDENTADO y LOS PROBLEMAS JURIDICOS QUE PLANTEA, donde no solamente se trata de la reintegración al estado anterior del accidente obtenida a través de la reparación del vehículo, que en nuestra práctica se rige por el principio de restitución "In natura" (Sentencia de 8 de febrero de 1944), salvo en caso de destrucción o pérdida total, en que se abonará su precio. "Determinar —nos dice— no obstante, cuando procede sustituir la restitución natural por la indemnización en dinero no es problema fácil". Todo ello a parte de los inconvenientes que señala, le conducen a un exhaustivo análisis de situaciones con soluciones que sorprenden por su profundidad, moderación y equilibrio. Y decimos que no solamente abarca este sector del campo de la responsabilidad civil derivada del accidente de tráfico, porque, además, aborda como complemento, el régimen jurídico de las relaciones entre el propietario de un vehículo y la empresa en que se lleva a efecto la reparación del mismo, sin olvidar el Decreto de 6 de abril de 1972, completado por las órdenes de 1.º de marzo de 1973 y 8 de febrero de 1975, con los que la intervención de la Administración, "trata de proteger, como el mismo autor apunta, a la parte que aparece más necesitada en estos supuestos, es decir, el cliente o particular que necesita reparar su vehículo, previniendo los abusos a que está expuesto".

Si a todo lo dicho se une la pureza del lenguaje empleado, fiel reflejo de

la claridad de ideas, la ponderación y equilibrio de sus conclusiones, avaladas por una cuidada selección de la doctrina científica y jurisprudencial, tanto nacional como extranjera, y la extensión de la realidad jurídica tratada, habremos de concluir, proclamando con verdadera satisfacción, que el señor Santos Briz ha conseguido realizar una obra jurídica digna del mayor elogio, imprescindible, después de conocerla, tanto para los estudiosos del Derecho, como para cuantos utilizamos de una forma u otra —conductores o viajeros— un vehículo de motor.

G. GONZÁLEZ AGUADO



# REVISTA DE REVISTAS

A cargo de José Ramón ANTON RIESCO

**SOTO NIETO, Francisco:** "El aval cambiario y la mujer casada". RJC, número 4, 1975, octubre-diciembre, págs. 803 y ss.

Señala el autor en la introducción que después de la reforma de 1975, la mujer casada mayor de edad puede prestar su intercesión afianzadora libremente.

El trabajo contiene el examen de cinco supuestos diferentes, como son: el aval suscrito por mujer casada comerciante, por mujer casada no comerciante, el aval prestado por la mujer a favor del marido, el aval prestado conjuntamente por la mujer y el marido a favor de tercero y el aval prestado por el esposo y su incidencia sobre los bienes gananciales.

El autor estudia en cada uno de los supuestos antes mencionados, los efectos del consentimiento de uno solo de los cónyuges, el caso de que se preste o no de modo tácito o expreso, el ligamiento que se hace sobre los bienes propios de uno o de los dos esposos, el elevamiento de la restricción del artículo 321 de la compilación en el caso de que la mujer casada sea comerciante.

Se detiene especialmente en el examen del artículo 9.º del Código de comercio sobre el consentimiento expreso en cada caso para obligar los bienes propios del cónyuge que lo presta y es esta la materia a nuestro juicio más importante de su trabajo.

Dedica bastante espacio al caso de los artículos 321 y 322 de la compilación catalana y la influencia que ejercen sobre la capacidad de la mujer casada catalana y los efectos en que afiance a un tercero o bien al marido con el requisito de la vieja "Autentica si qua mulier". En el caso de afianzamiento por el marido desarrolla la más moderna jurisprudencia en torno al mismo y hace un detallado examen de los derechos de la mujer en los casos de los artículos 144 y concordantes del Reglamento Hipotecario.

**MULLERAT BALMAÑA, Ramón María:** "La influencia del matrimonio en la nacionalidad de la mujer". RJC, núm. 4, octubre-diciembre, páginas 787 y ss. 1975.

Constituye el trabajo una aportación al estudio de los problemas que ha de originar la reforma introducida en la materia por la Ley de 2 de mayo de 1975. En efecto, a lo largo de cinco importantes epígrafes se nos muestra la idea básica y la importancia de la materia, los principios informadores, estúdiase igualmente la regulación anterior existente en

nuestro Código civil, se examinan los criterios imperantes ahora en algunos derechos extranjeros como el francés, suizo y el sistema británico anterior y posterior a la Ley de 1949.

El último epígrafe hace referencia a un detallado examen de la nueva ley, sentando de forma sacramental el que el cambio de nacionalidad en los momentos actuales no se produce de modo automático, sino que ello ocurre de forma voluntaria en los casos de pérdida, cambio o adquisición y nunca como simple consecuencia de contraer matrimonio o de las alteraciones de la nacionalidad del marido. Estudia con especial detenimiento la cuestión relativa a la aplicación del último párrafo del artículo 20 del Código civil, con especial atención de la circular de 24 de mayo de 1975 al considerar el acto administrativo de denegación o autorización como una *conditio iuris*. Estudia más adelante los supuestos de pérdida de nacionalidad en caso de matrimonio, de cambio de nacionalidad del marido y la pérdida de la nacionalidad en caso de guerra; verifica la investigación de la recuperación y deja para el final, con lo que concluye su trabajo, el examen de la libertad de la mujer casada para cambiar de nacionalidad.

**PINTO RUIZ, José J.:** "Resolución del contrato y la regla «Periculum est emptoris»". RJC, núm. 4, octubre-diciembre, págs. 693 y ss. 1975.

A lo largo de setenta y seis páginas, el autor nos lleva de la mano por el problema, que divide en cuatro grandes epígrafes: una breve introducción, el examen doctrinal de la regla que da origen al trabajo, el examen de la resolución convencional y del artículo 1.124 y, finalmente, el estudio del artículo 1.452 del Código civil. Acaso la parte más sobresaliente del trabajo, a nuestro juicio, sea la distinción que hace con gran esmero de *emptio contracta*, *emptio perfecta* y *emptio consumpta*. Ahí es donde radica la importancia y el punto de partida para la resolución del problema.

El momento de la transferencia del riesgo es aquel en que la venta, además de contracta es perfecta, antes de este momento el peligro es del vendedor; sólo después el riesgo y peligro es del comprador.

En el examen de la cláusula resolutoria convencional, se detiene en el estudio de las posibilidades de la misma, para pasar seguidamente a exponer la *exceptio non adimplecti contractus* y la aplicación del artículo 1.124 en todos aquellos casos de abstención de cumplimiento por imposibilidad sobrevenida.

Finalmente, en el estudio del artículo 1.452 sienta las conclusiones de aplicación del mismo, distinguiendo entre venta contracta no perfecta, venta perfecta y pérdida o menoscabo asimilable con aplicabilidad del 1.124 y venta perfecta y menoscabo no asimilable a pérdida con actuación de la regla del 1.452 e inaplicabilidad del 1.124.



**O'CALLAGHAM MUÑOZ, Xavier:** "La acción de suplemento de legítima: Comentario a la Sentencia de 18 de enero de 1974". RJC, 1976, enero-marzo, págs. 97 y ss.

El autor que ya ha realizado otros y varios estudios sobre temas de Derecho sucesorio en la propia revista, tales como inoficiosidad legitima-ria, acción procesal del legitimario, preterición, etc., demuestra una vez más su dominio de la materia en el presente trabajo.

Tomando como base el supuesto de hecho de la sentencia, nos lleva a lo largo de su estudio por los intrincados caminos del Derecho sucesorio catalán, no tan difícil en la práctica pero sí por su lejanía social para los juristas de Derecho común, y nos hace en verdad cómodo y fácil su recorrido. En el apartado de precedentes y partiendo como es natural del Derecho romano, expone los diversos sistemas, llegando al examen incluso de algunos códigos como el B.G.B. alemán y pasando por las Partidas, examina los diversos proyectos de Compilación catalan y sus distintos criterios legislativos. El apartado II, dedicado al estudio del concepto y de la naturaleza jurídica, deteniéndose especialmente en el examen de opiniones tales como las de Pérez Torrente, Vallet y Lacruz Berdejo.

Sigue con el estudio de la acción procesal del suplemento de legítima a través de su evolución histórica hasta llegar al actual artículo 140 de la Compilación en consonancia con el artículo 15 de la Ley Hipotecaria y antes de llegar a los efectos investiga los elementos que intervienen en el contenido tales como los personales o subjetivo, el elemento objetivo y el elemento formal dentro del cual estudia la subsanación.

El epígrafe V es dedicado a poner en claro los efectos con especial mención de su transmisibilidad, para concluir con el análisis de la extinción, dentro de cuya figura menciona especialmente la renuncia y prescripción.

**BASTIDA CANAL, Xavier:** "A propósito de las llamadas separaciones consensuales". RJC, 1976, núm. 1, enero-marzo, págs. 125 y ss.

A lo largo de seis apartados el autor nos da una idea clara y concisa de uno de los mayores problemas que en estos tiempos de cambio y confusión están haciéndose desgraciadamente cada día más comunes.

El porqué de la cuestión es el título del apartado primero donde se parte de una idea real sobre la separación amistosa entre cónyuges que se ven abocados a tener que prescindir de la vida en común.

Este aumento se debe, según el autor, a causas tan diversas como molestias de proceso judicial, orden económico, desconocimiento de beneficio de pobreza, etc.

La importancia del consentimiento de las partes es para el autor una de las cuestiones básicas del tema, donde se muestra partidario, incluso, de un proceso simplificado y rápido en materia de separaciones conyugales.

Señala a continuación las ventajas que se habrían de derivar de este

procedimiento, tales como módicos dispendios, breve duración y consiguiente seguridad jurídica personal.

Los requisitos esenciales de este proceso y el modo de empleo del mismo son el objeto de análisis del apartado siguiente que es causa de complementación con el título de matizaciones y posibles límites en la aplicación de este proceso, concluyendo finalmente con el problema de la atribución de los hijos donde se estudia con mayor cariño y quizá con mayor amplitud la finalidad última de todo el documentado trabajo.

**GARCIA-PUMARINO PEREZ, Emilio:** "Enajenación y adquisición de inmuebles gananciales y sus efectos registrales con conexión a territorios forales de régimen de separación. RJC, núm. 1, enero-marzo, 1976, páginas 167 y ss.

A los juristas prácticos y profesionales del derecho se les debía exigir una especie de examen o requisito de síntesis práctica de un tema cualquiera jurídico; sin duda se podría poner como modelo este trabajo, exento de toda pretensión científica porque el caso es que lo lleva ínsito en sí mismo. Es un trabajo que se lee sin esfuerzo por un profesional práctico y deseando que el tema no se acabe, pues es de los que se entiende todo, de modo claro y de principio a fin.

El consentimiento *uxoris* se estudia en todas las posibles aplicaciones prácticas, enajenación a título lucrativo de finca ganancial autorización judicial sustitutiva, enajenación de bienes presuntivamente gananciales, supuestos anormales del matrimonio, gananciales dudosos, reserva de derechos a favor de los cónyuges, enajenación cuando exista separación de hecho en el matrimonio, liquidación de la sociedad conyugal.

Influencia que ha tenido la Ley de 2 de mayo de 1975 en orden a la enajenación y problemas de su aplicación con sus diversas modalidades.

La tercera parte del trabajo se dedica a la conexión del régimen de gananciales con los territorios de derecho foral donde rige el sistema de separación de bienes y también es una delicia por su facilidad de comprensión y claridad de exposición.

Un trabajo claro y profundo, sencillo y sin petulancia, una muestra práctica de dominio completo de un tema.

Una súplica a su autor, con dos peticiones: primera, que sistematice con nomenclatura, epígrafes y números del trabajo para no tener que andar leyendo para adelante y hacia atrás, ante las conexiones de todos sus temas; otra, que haga una separata y la publique, es un librito de obligada estancia en cualquier despacho profesional de jurista práctico que se precie de serlo. Un pequeño olvido, la mujer casada comerciante.

**BALDO DEL CASTAÑO, Vicente:** "Naturaleza jurídica del contrato de descuento de letra de cambio. RJC, 1976, núm. 1, enero-marzo, págs. 81 y siguientes.

El autor, en un sumario bastante completo sobre el tema, se dedica a él, a lo largo de nueve epígrafes, donde recoge toda la problemática doctrinal del tema en cuanto a su configuración y especialidad.



Empieza por darnos el concepto de este contrato siguiendo la línea doctrinal del profesor Angeloni y del maestro Garrigues.

En cuanto a la función económica y las características técnico-financieras, se detiene en el estudio de la clasificación trimembre de descuento comercial, financiero y de complacencia a favor.

Distingue el descuento de letra de cambio de una serie de figuras afines, tales como el préstamo directo sobre la letra de cambio, de la cesión de crédito con garantía real, comercio de divisas, apertura de crédito garantizada por cambiales, descuento a *forfait*, y del llamado contrato de *factoring*.

En cuanto a la propia naturaleza jurídica del contrato de descuento, se señala que es preciso distinguir entre si se trata de un contrato o de una mera operación bancaria.

Entre las teorías que tratan del estudio del tema, las hay que centran su examen en que estamos en presencia de una auténtica cesión, o de una compraventa o de un propio negocio cambiario.

Otros autores estiman que se trata de un auténtico mutuo, o préstamo, donde se distinguen entre otros autores, como Greco y Fiorentino. Examina las teorías de Donadio y de Messineo, en especial la de este último, que estima que nos hallamos en presencia de un contrato nuevo y mixto en el que se entrecruzan diversas prestaciones y contraprestaciones, entre las que descuellan préstamo y cesión prosolvendo.

De esta opinión es el autor del trabajo, añadiendo a estas dos relaciones la negociación de la letra que se interfieren entre sí dentro del concepto unitario del contrato mixto de descuento.

**SERRALONGA SIVILLA, María Montserrat:** "El apellido de la mujer; su desaparición o alteración por razón de matrimonio; su transmisión. RJC, 1976, núm. 2, abril-junio, págs. 505 y ss.

Con el estudio sobre el concepto del nombre y su historia se abre esta publicación, escrita con claridad y facilidad que la hacen perfectamente asequible en su comprensión sin esfuerzo alguno. Sigue el examen con el estudio del derecho al nombre y las teorías acerca de su naturaleza jurídica, así como la influencia del nombre en las diversas ramas del derecho, tales como el administrativo, penal, civil, mercantil, procesal civil, procedimientos criminales, etc.

Después de señalar los caracteres de este derecho, se detiene en la forma de adquisición de los apellidos afirmando que en el estudio se dedica especialmente a investigar el apellido de la mujer en cuanto a su adquisición y pérdida por razón del matrimonio.

El apartado dedicado al apellido de los hijos es tratado con una completa exhaustividad, pues abarca, se puede decir, la totalidad del Derecho comparado moderno, iniciándose con la legislación española para terminar con la América hispana, pasando a través de casi todos los países europeos incluido la URSS y Estados Unidos.

Los efectos del matrimonio en el apellido de la mujer son objeto de

examen en el apartado siguiente, donde vuelve a tratar todas o casi todas las legislaciones del Derecho comparado, afirmando que en esta materia la legislación española es de las más avanzadas, pues únicamente y salvo el supuesto especialísimo del artículo 64, la mujer nunca pierde su apellido al contraer matrimonio, si bien la afirmación queda un tanto condicionada, ya que, como dice la autora, la D. G. R. y N. señaló en Resolución de 1 de marzo de 1935, la mujer casada no pierde su apellido de familia, pero en las relaciones sociales se designa con el del marido después del suyo primero propio.

Termina su eficaz y claro trabajo con las conclusiones que sienta, después de un apretado resumen.

**AISA GOÑI, Miguel:** "Nuevas perspectivas en las causas de nulidad matrimonial. RJC, 1976, núm. 2, abril-junio, págs. 303 y ss.

El trabajo es ponencia presentada por su autor, auditor del Tribunal de la Sagrada Rota de la Nunciatura Apostólica, a las Jornadas de Derecho canónico de 1975.

Es objeto básico de su estudio, una clasificación bimembre de la materia en capacidad de los contrayentes para prestar el consentimiento matrimonial y la situación actual de la Jurisprudencia en los problemas del error y del dolo en el matrimonio. Sin embargo, antes de entrar en materia, dedica un apartado al examen de los conceptos previos, tales como los problemas actuales del Derecho matrimonial y el amor conyugal.

Por lo que atañe a los problemas del Derecho matrimonial, centra su examen en el estudio de la crisis del dogmatismo jurídico y la visión contractualista del matrimonio. El autor, con relación al segundo aspecto, se muestra partidario de la teoría de García Barberena, en que frente a la visión contractualista de Lener, se opone una visión personalista del problema.

En cuanto al amor conyugal, cita las sentencias que a veces incluso niegan relieve e importancia al amor conyugal. Cita la *Gaudium et Spes* que lo equipara continuamente al instituto matrimonial. Por lo que hace referencia a la capacidad de los cónyuges para prestar el consentimiento matrimonial, estudia la definición del matrimonio y del consentimiento; dentro de este apartado, examina los casos del nuevo canon 303, los de incapacidad por falta de uso de razón según el nuevo canon 296.

A continuación examina la falta de discreción del juicio y la inexistencia del consentimiento matrimonial por anomalías psicosexuales.

El último apartado de su investigación lo dedica al error sobre las cualidades de la persona y al error de estas mismas cualidades motivadas por el dolo.

**VILAR BADIA, Ramón:** "Una reforma legislativa inaplazable: la filiación extramatrimonial". RJC, 1976, núm. 2, abril-junio, págs. 355 y ss.

El sumario del presente trabajo es de una densidad cuantitativa bastante fuera de lo común en lo relativo a la materia objeto de su estudio.



Tras de comenzar con los planteamiento filosóficos y sociológicos pasa a detallar las tendencias actuales sobre la materia, con especial examen del proyecto de la comisión de derechos humanos, la ley francesa sobre filiación y el Congreso de Cataluña de 1971.

El epígrafe III es, sin lugar a dudas, el más documentado y más doctrinal del mismo, se detiene a contemplar los principios inspiradores de la materia, las clases de filiación extramatrimonial, el reconocimiento de los hijos naturales, la investigación de la paternidad en la filiación natural, el reconocimiento de los denominados hijos ilegítimos no naturales y la investigación de la paternidad en esta misma filiación.

El apartado IV es destinado al estudio de la Ley del Registro Civil en esta materia, a través de los criterios informadores, la constancia registral de la filiación materna, los medios acreditativos de la filiación natural y las vías indirectas para las coincidencias de apellidos del inscrito con sus padres biológicos.

Sienta finalmente en el apartado último las conclusiones doctrinales personales y la exigencia de un replanteamiento legislativo de la materia examinada.

Hemos de hacer constar que personalmente nos ha agradado sobremanera el estudio en lo referente al posible reconocimiento de los hijos ilegítimos no naturales y sus aplicaciones prácticas, así como la clasificación de las teorías en orden al problema.

**SENTIS MELENDO, Santiago: "Los poderes del juez". RJC, núm. 3, 1976, julio-septiembre, págs. 655 y ss.**

El trabajo, que es una excelente monografía sobre el tema tratado, se ocupa principalmente de verificar el examen de la legislación argentina, si bien aumentado por una cantidad agobiante de citas doctrinales que elevan el tono y la altura del trabajo.

El carácter del mismo viene dado por una nota aclaratoria de su autor, donde se muestra y manifiesta decidido partidario y defensor de su cualidad de juez, sobre la de profesor, lo que quiere dar a su estudio una vertiente eminentemente práctica.

En cuanto a la Historia estudia los diversos proyectos de la nación argentina, con examen del proyecto Jofré, Lascano, Couture, y el más importante que es el del Poder ejecutivo, realizado en 1949. Pasa después a través del artículo 21 de la Ley 14.237 y desemboca en el estudio de la naturaleza de las viejas medidas para mejor proveer y los actuales poderes del juez.

Seguidamente abarca en su estudio los poderes del juez en pruebas como el reconocimiento jurídico la confesión, la prueba documental, la pericial, la prueba de testigos.

Se detiene a examinar la figura del juez como director del proceso, los poderes del juez y el principio dispositivo, los peligros que pueden presentar los poderes del juez y sienta las conclusiones pertinentes, si bien la última de ellas, "la justicia y el derecho acaso avanzan con los

disconformes más que con los excesivamente conformistas”, pueda ser puesta en tela de juicio y sometida a revisión.

**MIRANDA, Marcelo:** “Estudio comparativo de la transmisión y constitución de derechos reales en Estados Unidos frente a sistemas que imponen la intervención de Notariado de tipo latino”. RDN, núm. XCI, enero-marzo 1976, págs. 83 y ss.

A lo largo de ochenta y cinco páginas se nos da una idea profunda y general de la materia que trata su autor.

El trabajo, que ocupa cuatro capítulos, es un estudio completo.

Comienza con una introducción en la que señala los peligros de las deformaciones en ciertos países iberoamericanos ante las ideas de pretender introducir sistemas ajenos a los mismos países, dado que en casi todos los sistemas lo que se pretende es sustituir la actuación notarial por otras formas menos seguras y señala los defectos a que dichos sistemas están dando lugar en la práctica.

Con relación al sistema estadounidense, afirma que es tal en su regulación que no admite parangón con ningún otro de los sistemas americanos.

Se detiene, a continuación, a estudiar las figuras del negocio jurídico causal, con especial referencia a la compraventa y al préstamo con garantía de *mortgage*, señalando las diversas clases de éste y la distinta función que cada uno cumple en la realidad de la vida práctica.

Asimismo, estudia los elementos que intervienen en esta clase de figuras y los presupuestos que condicionan su existencia y vigencia en la práctica.

Dedica al negocio jurídico unilateral el apartado III de su trabajo, examinando dentro de él, no sólo el concepto, sino también sus elementos y la tradición.

Finalmente, el capítulo IV se dedica a la figura de la inscripción, estudiando sus antecedentes históricos, juntamente con los sistemas registrales de los Estados Unidos, así como las técnicas registrales de los mismos.

**BONET CORREA, José:** “Metalismo, nominalismo y valorismo en las deudas de dinero”. RDN, núm. XCI, enero-marzo 1976, págs. 11 y ss.

En el apartado I de su trabajo, Bonet Correa, especialista señalado de la materia, afirma que en la época actual es el dinero uno de los bienes que más estudios ha originado, siendo objeto de estudio en la actualidad por filósofos, economistas y juristas.

Las concepciones monetarias de la antigüedad son examinadas en el epígrafe segundo, haciendo mención expresa y especial de la moneda en el pensamiento griego y en la economía romana.



Bajo la nota principal del examen de la concepción metalista del dinero, investiga la materia relativa a la misma en las épocas medievales y modernas. Dentro de ellas se detiene especialmente en la Edad Media y los glosadores, la época del llamado mercantilismo metalista español y concluye dicha frase con la evolución europea del metalismo.

La concepción nominalista del dinero es estudiada en sus dos vertientes, con la interpretación que da el economista Knapp y la teoría del nominalismo monetario contemporáneo del siglo xx.

En ésta, se detiene especialmente en el examen del Código italiano y la doctrina de este país, como igualmente en el Derecho alemán.

Por último, examina la concepción valorista del dinero, con dos esquemas básicos: el poder adquisitivo de la moneda y la deuda de valor.

Dentro de esta última, hace un desarrollo evolutivo de la materia, pasando por autores como Nussbaum, Wolff y Ascarelli, deteniéndose en Von Maydell, afirmando que el criterio valorista trata de restablecer el equilibrio patrimonial dentro de las relaciones jurídicas afectadas por las alteraciones monetarias.

#### CLAVE DE ABREVIATURAS

ACP = Archiv für die Civilistische Praxis (Tubinga).

AD = Anuario de Derecho (Panamá).

AFB = Annales de la Faculté de Droit de l'Université de Bordeaux.

AFD = Anuario de Filosofía de Derecho (Madrid).

AJCL = The American Journal of Comparative Law (Michigan).

AUM = Anales de la Universidad de Murcia.

BCAM = Boletín del Colegio de Abogados de Madrid.

BDC = Boletín de la Sección de Investigaciones de Derecho Comparado (Quito).

BFD = Boletín de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales (Córdoba, Argentina).

BFDC = Boletim da Faculdade de Direito (Coimbra).

BI = Boletín de Información del Ministerio de Justicia (Madrid).

BIM = Boletín del Instituto de Derecho Comparado de Méjico.

BIR = Bolletino Informativo dell'Istituto Giuridico Spagnuolo in Roma.

BMI = Boletim do Ministerio da Justiça (Lisboa).

BS = Boletín del Seminario de Derecho Público de la Universidad de Santiago de Chile.

BUSC = Boletín de la Universidad de Santiago de Compostela.

CDA = Cuadernos de Derecho Angloamericano (Barcelona).

CDF = Cuadernos de Derecho Francés (Barcelona).

CLJ = The Cambridge Law Journal.

CLQ = Cornell Quartely (Ithaca, Nueva York).

DG = Diritto e Giurisprudenza (Nápoles).

DM = Derecho (Medellín, Colombia).

ED = Estudios de Derecho (Antioquía).

- EF = Ehe und Familie im Privaten und Öffentlichen Recht. Zeitschrift für das gesamte Familienrecht (Bielefeld).
- F = El Foro (Méjico).
- FG = Foro Gallego (La Coruña).
- FM = Foro Manchego. Revista del Ilustre Colegio de Abogados (Ciudad Real).
- IC (ICLQ) = The International and Comparative Law Quarterly (Londres).
- IDC = Instituto de Derecho Comercial y de la Navegación (Buenos Aires).
- IJ = Información Jurídica (Madrid).
- IM = Ius (Milán).
- IR = Iustitia (Roma).
- JF = Jornal do Foro (Lisboa).
- L = La Ley (Buenos Aires).
- LQ = The Law Quarterly Review (Londres).
- LRN = La Revue du Notariat (Québec).
- MDR = Monatschrift für Deutsches Recht (Hamburgo).
- MLR = The Modern Law Review (Londres).
- NC = The North Carolina Law Review.
- NJW = Neue Juristische Wochenschrift (Munich-Berlín).
- NR = Nuestra Revista (Madrid).
- NRD = Nuova Rivista di Diritto Commerciale, Diritto dell'Economia, Diritto Sociale (Padua, Pisa).
- OZOR = Osterreichische Zeitschrift für Öffentliches Recht (Viena).
- P = Pretor. Revista Técnica de Justicia Municipal (Madrid).
- PC = Propiedad y Construcción. Revista Técnico-Informativa (Valencia).
- RAP = Revista de Administración Pública (Madrid).
- RB = Revista Jurídica (Cochabamba, Chile).
- RCA = Revista del Colegio de Abogados de Buenos Aires.
- RCDI = Revista Cubana de Derecho (Habana).
- RCDI = Revista Crítica de Derecho Inmobiliario (Madrid).
- RCH = Revista de Derecho (Concepción, Chile).
- RCJS = Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales (Santa Fe, Argentina).
- RCM = Revista del Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario (Bogotá).
- RCP = Revista del Colegio de Abogados (Puerto Rico).
- RDC = Revista del Diritto Commerciali e del Diritto Generali Delle Obligazioni (Milán).
- RDDC = Rivista di Diritto Civile (Padua).
- RDEA = Revista de Derecho Español y Americano (Madrid).
- RDES = Revista de Direito e de Estudos Sociais (Coimbra).
- RDJ = Revista de Derecho Judicial (Madrid).
- RDLC = Revista de Derecho y Legislación (Caracas).
- RDLP = Revista de Derecho (La Paz).
- RDM = Revista de Derecho Mercantil (Madrid).
- RDMSP = Rivista del Diritto Matrimoniale e dello stato delle persone (Milán).
- RDN = Revista de Derecho Notarial (Madrid).
- RDP = Revista de Derecho Privado (Madrid).
- REDM = Revista Española de Derecho Militar (Madrid).
- REDME = Revista de la Facultad de Derecho de México.
- REP = Revista de Estudios Políticos (Madrid).



- REVL = Revista de Estudios de la Vida Local (Madrid).  
 RFC = Revista del Foro Canario (Las Palmas).  
 RFDBA = Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales (Buenos Aires).  
 RFDC = Revista de la Facultad de Derecho (Canarias).  
 RFDM = Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales (Montevideo).  
 RFDSP = Revista de Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.  
 RFDUM = Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid.  
 RFL = Revista del Foro (Lima).  
 RFP = Revista da Faculdade de Direito do Paraná (Curitiba).  
 RGD = Revista General de Derecho (Valencia).  
 RGLJ = Revista de Legislación y Jurisprudencia (Madrid).  
 RH = Revue Historique de Droit Français et étranger (Paris).  
 RHD = Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis. Revue d'Histoire de Droit (Bruselas, La Haya).  
 RIDC = Revista del Instituto de Derecho Civil (Tucumán).  
 RIDCO = Revista del Instituto de Derecho Comparado (Barcelona).  
 RIDCP = Revue 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 (Bologna).  
 RLJ = Revista de Legislação e Jurisprudença (Coimbra).  
 RN = Revista del Notariado (Buenos Aires).  
 ROW = Recht in Ost und West Zeitschrift für Rechts, vergleichung und interzonale Rechtsprobleme (Berlín).  
 RP = Revista de Derecho Procesal (Madrid).  
 RPR = Rivista di Diritto Processuale (Padua).  
 RPI = Revista de la Propiedad Industrial (Madrid).  
 RS = Rivista delle Società (Milán).  
 RTC = Revue Trimestrielle de Droit Commercial (París).  
 RTDC = Revue Trimestrielle de Droit Civil (París).  
 RTDP = Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile (Milán).  
 RTDPO = Rivista Trimestrale di Diritto Público (Milán).  
 RUM = Revista de la Universidad de Madrid.  
 SA = Sociedades Anónimas. Revista de Derecho Comercial (Montevideo).  
 SJ = Svensti Juristtdning (Estocolmo).  
 T = Temis. Revista de Ciencia y Técnica Jurídicas (Zaragoza).  
 UNC = Universidad Nacional de Colombia (Bogotá).  
 ZRV = Zeitschrift für Vérgleichende Rechtswissenschaft (Stuttgart).





# RESOLUCIONES DE LA DIRECCION GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO

A cargo de  
CHICO Y ORTIZ, José María  
Registrador de la Propiedad

## DERECHO HIPOTECARIO

USUFRUCTO VIDUAL CATALÁN.—NO ES CANCELABLE UN USUFRUCTO VIDUAL ESTABLECIDO CONFORME AL ARTÍCULO 250 DE LA COMPILACIÓN DEL DERECHO CIVIL ESPECIAL DE CATALUÑA, SOLICITADO POR UN HEREDERO ALEGANDO SE TRATA DE UNA MENCIÓN PERSONAL. (Resolución de 27 de septiembre de 1974, *Boletín Oficial del Estado* de 8 octubre 1974.)

*Hechos.*—Resultando que don José Guinó Ruhí falleció intestado el 7 de marzo de 1971, siendo declarados herederos, por Auto del Juzgado de Primera instancia número 7 de Barcelona, de fecha 4 de septiembre de 1972, su hermano don Juan Guinó Ruhí en cuanto a la mitad de los bienes y sus sobrinos don José y don Jaime Planas Guinó, por partes iguales, en cuanto a la otra mitad; y que mediante escritura autorizada por el Notario de Barcelona don José María López Chornet, los nombrados herederos se adjudicaron en la proporción que les correspondía los bienes relectos por el causante, consistentes en partes indivisas de una finca denominada *Camp Gran*, en el término de Castellfullit de la Roca, inscribiéndose en el Registro a favor de los interesados, con una nota que decía así: "Sin perjuicio del usufructo que sobre las 44/96 partes indivisas que constituyen la herencia de don José Guinó Ruhí corresponden a su viuda Pilar Pastor Sanz, con arreglo al artículo 20 de la Compilación del Derecho civil especial de Cataluña";

Resultando que don Juan Guinó Ruhí, entendiéndose que tal nota constituía una mención personal no asegurada mediante un derecho real susceptible de inscripción especial y separada, solicitó, en instancia de 18 de abril de 1973, la cancelación de la expresada nota, siendo objeto de la siguiente calificación: "DENEGADA la práctica de la CANCELACION solicitada en la precedente instancia: A) Por no tratarse de un derecho personal y obligacional, sino que, el usufructo es siempre un propio y verdadero derecho de naturaleza real, independientemente de su origen convencional o legal, o de que tenga más o menos carácter de institución de Derecho de familia. B) Por no tratarse de una mención de un derecho real, sino de una verdadera inscripción de un derecho real de usufructo, con un titular perfectamente determinado, doña Pilar Pastor Sanz, un objeto concreto, cuarenta y cuatro partes de noventa y seis indivisas de la finca, y un contenido concreto legalmente fijado por el artículo 467 y siguientes del Código civil y 250 de la Compilación del Derecho civil especial de Cataluña. Rige, por tanto, para esta cancelación

la regla general del artículo 82 de la Ley Hipotecaria. No procede la anotación preventiva, que tampoco ha sido solicitada".

Resultando que el peticionario interpuso recurso gubernativo contra la anterior calificación y alegó: que el usufructo sobre los bienes de la herencia que corresponde al cónyuge supérstite no se adquiere "ipso iure" por el simple fallecimiento del causante, ya que según establece el párrafo tercero del artículo 250 de la Compilación, "será incompatible con la cuarta marital que pudiera corresponder a la viuda, la cual podrá optar entre uno y otro derecho"; que, por tanto, lo que el citado artículo confiere a la viuda no es el usufructo sino un derecho de naturaleza personal que sólo se transformará en real cuando opte por el usufructo y se le adjudique por los herederos; que este criterio queda confirmado por la consideración de que, si se entendiese que por el simple fallecimiento del causante adquiere la viuda el usufructo, resultaría que, en los casos en que optase por la cuarta marital, tal opción debería entrañar forzosamente una extinción del usufructo ya adquirido, con todos los inconvenientes que con ello se originarían; que refuerza lo dicho la remisión que el párrafo tercero del artículo 250 de la Compilación hace al 257, en virtud de la cual los interesados en la herencia pueden exigir a la viuda que opte dentro de cierto plazo por uno u otro derecho, exigencia que sería improcedente si por el simple fallecimiento del marido adquiriese el usufructo sobre los bienes; que aún aparece con mayor claridad el carácter personal de los derechos del cónyuge supérstite si se tiene en cuenta la taxativa disposición del artículo 154 al afirmar que "en las declaraciones judiciales de herederos abintestato no se formularán reservas ni salvedades de los derechos que la ley atribuye a cualquiera de los cónyuges en la sucesión del otro, y de consignarse se tendrán por no puestas"; que no ofrece duda que este mandato va dirigido especialmente a los Registradores para el caso de que el órgano judicial que hace la declaración de herederos consigne alguna reserva en favor del cónyuge sobreviviente; que dada la redacción general del citado precepto, no puede decirse que sea aplicable sólo a la cuarta marital, sino que lo es a cualquier derecho de cualquiera de ambos cónyuges, criterio compartido por la doctrina más solvente; que aun cuando se entendiera que los derechos del cónyuge sobreviviente reconocidos por el artículo 250 de la Compilación constituyen un derecho real también sería impugnabile la calificación del Registrador, ya que conforme al artículo 9, circunstancia 6.<sup>a</sup> de la Ley Hipotecaria, la firma del Registrador implicará la conformidad de la inscripción con la copia del título de donde se hubiere tomado y en el presente caso, la reserva que consignó no resultaba del título presentado, que según los artículos 14 y 46 de la Ley Hipotecaria para inscribir bienes y adjudicaciones concretas deberán determinarse en escritura pública o por sentencia firme los bienes o parte indivisa de los mismos que corresponda o se adjudiquen a cada titular o heredero, sin que pueda inscribirse el derecho hereditario sino únicamente ser objeto de anotación preventiva, cuando no se haga expresa adjudicación de bienes o partes indivisas de los mismos; que de lo anterior resulta que la indicación hecha por el Registrador reservando a la viuda el derecho.



de usufructo, no puede ser otra cosa que una referencia al derecho hereditario en abstracto, sin que en modo alguno pueda representar una especial adjudicación de bienes concretos, para lo que no está facultado el Registrador ni puede resultar de un asiento registral sin que en la escritura de inventario ni en el Auto de declaración de herederos, que son los títulos que se inscribieron, exista referencia alguna a los derechos de la viuda; que, por otra parte, debe recordarse aquí la Resolución de 19 de septiembre de 1881, según la cual las inscripciones registrales deben ajustarse a los modelos oficiales y aunque este ajustarse no implique una absoluta identidad, tampoco permite una total libertad en la forma de redactar los asientos; que el artículo 6 de la Ley Hipotecaria sienta el principio de rogación como fundamental en nuestro sistema hipotecario, sin que el Registrador esté facultado para inscribir de oficio mediante una expresión negativa inventada por él y que no ha sido solicitada por nadie; que toda inscripción debe expresar el título que se inscribe, su fecha y el Tribunal, Juzgado, Notario o funcionario que lo autorice y la salvedad hecha por el Registrador no expresa tales circunstancias, por lo que no debe considerarse como una inscripción; que de lo expuesto resulta evidente que la fórmula empleada por el Registrador constituye sólo una mención que debe poder cancelarse a instancia de parte interesada, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 98 de la Ley Hipotecaria, ya que no reúne los requisitos exigidos por los preceptos hipotecarios para los asientos principales; que la naturaleza personal o real del derecho a que hace referencia la expresión que se pretende cancelar, es indiferente a este efecto, pues si se estimase real debería ser objeto de una inscripción especial y separada, no gozando en otro caso de la protección registral, de acuerdo con lo que establecen los artículos 29 y 98 de la Ley Hipotecaria; que los motivos que impulsaron al legislador, en el año 1944, a introducir la prohibición de las menciones, se dan claramente en el presente caso, como puede observarse con la simple lectura de las mismas; que el derecho que a la viuda confiere el artículo 250 de la Compilación es incierto, pues depende de complejas circunstancias y, por otra parte, es la interesada la que debe procurar su inscripción, sin que el Registrador pueda suplir la negligencia de aquélla porque se expone a crear cargas inexistentes; y que, finalmente, no puede entenderse que la salvedad de referencia constituya una forma peculiar de constatación registral válida y distinta de la mención, porque tal interpretación a más de ser capciosa entrañaría una infracción de la terminante prohibición del artículo 154 de la Compilación de Derecho civil especial de Cataluña;

Resultando que el Registrador informó que los hechos sobre los que recae el presente recurso, como se desprende claramente del documento calificado, del Auto de declaración de herederos abintestato de don José Guinó Ruhí y de la escritura de partición de la herencia de doña Teresa Ruhí Monserrat, obrante todos en este expediente, son los siguientes: Doña Teresa Ruhí Monserrat, propietaria de un resto de la finca rústica denominada *Camp Gran*, sita en el término de Castellfullit de la Roca, falleció el 21 de noviembre de 1952 en estado de viuda, y bajo tes-

tamento en el que instituyó herederos universales a sus dos hijos, don José y don Juan Guinó Ruhí, y legó lo que por legítima les correspondiera a sus nietos don José y don Jaime Planas Guinó, hijos de su premuerta hija doña Antonia Guinó Ruhí, habiendo fallecido a su vez, en 7 de marzo de 1961, don José Guinó Ruhí, en estado de casado con doña Pilar Pastor Sanz sin dejar descendencia y sin haber otorgado disposición alguna de última voluntad, por lo que, por Auto del Juzgado de Primera instancia número 7 de Barcelona, con fecha 4 de septiembre de 1972, fueron declarados herederos abintestato del mismo, en cuanto a una mitad de la herencia, su hermano don Juan Guinó Ruhí y en cuanto a la otra mitad, por partes iguales, sus sobrinos don José y don Jaime Planas Guinó; que en el citado Auto se dice que el causante estaba casado con la referida doña Pilar sin que en la parte dispositiva se aluda a los derechos que confiere a la viuda el artículo 250 de la Compilación civil catalana; que por escritura autorizada por el Notario de Barcelona don Juan María López Chornet, el 28 de noviembre de 1972, don Juan Guinó Ruhí y don José y don Jaime Planas Guinó procedieron a la partición de la herencia de su madre y abuela, respectivamente, doña Teresa Ruhí Monserrat, integrada únicamente por el resto de finca antes referido, y de su hermano y tío, también respectivamente, don José Guinó Ruhí, integrada por la mitad indivisa del resto aludido de la mencionada finca, que le pertenecía como heredero de su madre; que en pura doctrina no es correcto hablar en el presente caso de partición de dos herencias, sino más bien de una sola, la de doña Teresa Ruhí Monserrat, en la que los otorgantes concurren con un doble carácter: como herederos legitimarios de su madre y abuela y en virtud del llamado derecho de transmisión y reconocido por el artículo 258 de la Compilación, como sucesores de un heredero que falleció sin haber aceptado ni renunciado a la herencia deferida a su favor; que en dicha escritura se adjudicó a don Juan Guinó Ruhí cuarenta y cuatro, noventa y seis avas partes indivisas de la finca por su partición en la herencia de su madre y veintidós, noventa y seis avas partes por la participación en la herencia de su hermano, y a don José y don Jaime Planas Guinó, cada uno de ellos, cuatro noventa y seis avas partes indivisas como legitimarios de su abuela y once noventa y seis avas partes como herederos de su tío; que en esta escritura no compareció doña Pilar Pastor Sanz, silenciándose, al hablar del fallecimiento de don José Guinó Ruhí, todo lo referente a su estado civil y sobrevivencia de su consorte; que presentada dicha escritura en el Registro, junto con el testimonio del Auto referido de declaración de herederos, se practicó la inscripción 5.<sup>a</sup> de la finca, a favor de los interesados en la proporción indicada "sin perjuicio del usufructo que sobre las cuarenta y cuatro noventa y seis avas partes que constituyen la herencia de don José Guinó Ruhí, corresponden a su viuda, Pilar Pastor Sanz, con arreglo al artículo 250 de la Compilación del Derecho civil especial de Cataluña", consignándose igual salvedad en la nota puesta al pie de la escritura; que por instancia de 18 de abril de 1973, don Juan Guinó Ruhí solicitó la cancelación de la inscripción en cuanto al derecho de usufructo de la viuda, alegando que es de naturaleza personal no



inscribible y que aun cuando se considerase de carácter real sólo se podía haber mencionado, siendo esta referencia cancelable al amparo del artículo 98 de la Ley Hipotecaria; que el primero de los argumentos del recurrente, que estima de carácter personal el derecho concedido al cónyuge superviviente sobre los bienes del premuerto por el artículo 250 de la Compilación, no resiste la más ligera crítica, pues el usufructo, según el artículo 467 del Código civil, es un señorío que se ejercita directamente sobre la cosa, característica fundamental del derecho real, ya sea de origen legal o convencional y tenga un carácter puramente patrimonial o revista interés familiar o sucesorio; que el usufructo que contempla el artículo 250 de la Compilación catalana es de claro carácter sucesorio y ofrece como característica sobresaliente la de que surge sólo en el supuesto de sucesión abintestato, condicionado además a la circunstancia de que el difunto consorte no le hubiera otorgado alguna disposición por causa de muerte en codicilo o en capítulo matrimonial; que cuando la sucesión se defiere por testamento el derecho de usufructo del cónyuge viudo no llega a nacer; que el hecho de que tal usufructo sea incompatible con la cuarta marital da lugar a que la viuda pueda optar entre uno y otro beneficio, pero no convierte al mismo en un simple derecho personal; que mayor interés que la cuestión de la naturaleza del repetido derecho tiene, bajo un punto de vista práctico, la de si debe ser consignado o no por el Juez en el Auto de declaración de herederos abintestatos; que si el artículo 250 de la Compilación catalana dice que si el viudo o viuda adquirirá por ministerio de la Ley el usufructo de referencia, parece que no ofrece duda que tal derecho del cónyuge viudo deberá consignarse explícitamente en el auto declarativo; que no constituye obstáculo para ello los condicionamientos a que se encuentra sujeto su nacimiento, puesto que el anexo segundo del Reglamento Notarial, regulador del Registro General de Actos de Ultima Voluntad, dispone en su artículo 3.º que en el mismo se tomará razón de todo acto relativo a la expresión o modificación de la Ultima Voluntad; que, en consecuencia, si de la certificación de dicho registro que necesariamente debe ser aportada en el procedimiento de declaración de herederos, resultara la existencia de codicilo o capitulación matrimonial, podrá el Juez exigir la presentación de los mismos y a su vista, según contengan o no disposición patrimonial a favor del cónyuge sobreviviente, determinar si procede o no hacer la pertinente declaración del derecho usufructuario correspondiente; que, sin embargo, la desgraciada redacción del artículo 154 de la Compilación catalana ha venido a introducir la confusión en esta materia, ya que una interpretación literal de dicho precepto llevaría, en contra de los razonamientos expuestos, a una solución contraria a la que defiende, que queda descartada, no obstante, en una interpretación sistemática defendida por los más competentes tratadistas; que en la práctica, cuando los herederos abintestato son hijos o descendientes, no suelen plantearse problemas, ya que al otorgarse la correspondiente escritura de partición suele concurrir la viuda o se le reconocen sus derechos, pero cuando los herederos son parientes colaterales, como la afinidad es un lazo parental mucho más débil que la consanguinidad y en ocasiones más que un lazo

que une es una barrera que separa, frecuentemente no se hace en el Auto de declaración de herederos reserva o salvedad alguna en favor del viudo; que en estos casos suele exigirse en la práctica registral o la renuncia a su derecho por el cónyuge viudo o el reconocimiento del mismo por parte de los herederos; que es lo que se insinuaba al final de la nota recurrida cuando dice que rige para esta cancelación la regla general del artículo 82 de la Ley Hipotecaria, con lo que se invitaba a la viuda a consentir la cancelación de su derecho de usufructo ya inscrito; que cuando no existe acuerdo entre los interesados, sólo caben a juicio del informante dos posturas, la primera consistente en practicar la inscripción a favor de los herederos sin consignar ninguna reserva a favor del cónyuge viudo, que podría tener su apoyo en algunos preceptos hipotecarios pero que entrañarían un grave peligro para el cónyuge sobreviviente, y la segunda, que parece más razonable, de otorgar protección al derecho usufructuario del viudo mediante la aplicación al mismo del artículo 15 de la Ley Hipotecaria, considerándolo al efecto como legitimario en base, principalmente, a los artículos 122 y 250 de la Compilación; que aun cuando se considere que el derecho de usufructo del artículo 250 no es un derecho legitimario, puede llegarse a la misma conclusión si le es aplicado dicho artículo 15 de la Ley Hipotecaria mediante la llamada "interpretatio iuris" o investigación integradora del derecho; y que, finalmente, aun en el caso de entenderse que no cabe esta aplicación analógica del artículo 15 de la Ley Hipotecaria, resulta que el derecho de usufructo de doña Pilar Pastor Sanz, cuya cancelación se pretende, figura inscrito en el Registro, no mencionado, y la inscripción haya sido bien o mal extendida está bajo la salvaguardia de los Tribunales y produce todos sus efectos mientras no se declare su inexactitud en los términos establecidos en la Ley;

Resultando que el Presidente de la Audiencia confirmó la Nota del Registrador por razones análogas a las expuestas por este funcionario y el recurrente se alzó de la decisión presidencial insistiendo en sus anteriores argumentos;

*Doctrina.*—“Considerando que en este expediente se plantea la cuestión de si podría cancelarse la denominación por el recurrente “mención” de un derecho de usufructo al amparo del artículo 98 de la Ley Hipotecaria, o si, por el contrario, habrá de mantenerse en los libros del Registro al asiento practicado por tratarse de una inscripción, tal como sostiene el funcionario calificador, y regir en consecuencia para este tipo de cancelaciones el principio general contenido en el artículo 82 de la misma Ley”;

“Considerando que la rigurosa prohibición contenida en el artículo 154 de la Compilación de Cataluña de formular en las declaraciones de herederos abintestato reservas o salvedades de los derechos que la Ley atribuye “a cualquiera de los cónyuges” en la sucesión del otro, y que de haber sido consignadas se tendrán por no puestas, tiene su fundamento como pone de relieve la doctrina en la peculiar naturaleza de los derechos del cónyuge viudo en esta región, y especialmente en el caso de la cuarta marital —artículo 151—, dentro de cuyo Capítulo V se encuen-



tra incluido el precepto y que trata de evitar que se atribuya al supérstite el carácter de heredero forzoso, tal como en la sucesión del difunto lo venía sosteniendo reiteradamente para la viuda la jurisprudencia del Tribunal Supremo, y por esta circunstancia algún autor catalán entiende que sólo es aplicable dicho artículo 154 en el caso de la cuarta marital, y no en el supuesto que se contempla en el artículo 250 de la misma Compilación, lo que no parece exacto dado los claros términos en que aparece redactado aquel precepto, que se refiere a la sucesión recíproca de los dos esposos, y si hubiese querido limitarlo solamente a la cuarta marital hubiese indicado únicamente "a la viuda";

"Considerando que este artículo 250 confiere al viudo o viuda en la sucesión intestada de su difunto consorte, y en las circunstancias que el propio artículo señala, un derecho de usufructo variable desde la mitad hasta la totalidad de la herencia. inspirado como apuntan algunos comentaristas, en el "Usatge Vidua" —aunque ciertamente distinto, por lo que constituye una novedad de la Compilación—, y muy similar, en el caso de que sea total, a la viudedad universal reconocida por los derechos aragonés y navarro, en donde predomina sobre todo otro carácter, el de función con sus deberes y facultades, dada la regencia que se tiene sobre el patrimonio familiar, y que atribuye a la viuda la dignidad de "senyora majora, poderosa i usufructuaria";

"Considerando que en el caso concreto debatido se presentó en el Registro de la Propiedad una escritura de liquidación de dos herencias y adjudicación del único bien en la que como únicos interesados intervenían los herederos testamentarios de la primera causante y los herederos ab-intestato de uno de sus hijos, sin comparecer ni atribuírsele derecho alguno a la viuda de este último, escritura a la que se acompañaron los documentos pertinentes, entre ellos el Auto de declaración de herederos ab-intestato, en el que de acuerdo con el artículo 154 de la Compilación no se formulaba ninguna reserva ni salvedad del derecho que a la viuda le correspondía legalmente, y tal escritura provocó, una vez calificada por el Registrador, bajo su responsabilidad, y con las facultades que le atribuye el artículo 18 de la Ley Hipotecaria, la inscripción a favor de los respectivos herederos y la consignación del derecho de usufructo a favor de la viuda, que ahora se pretende cancelar";

"Considerando que planteada la cuestión exclusivamente en estos términos, y sin entrar en el que podría haber sido planteamiento fundamental de si este usufructo universal debería de haber tenido o no acceso al Registro, hay que hacer constar que la aplicación del artículo 98 de la Ley Hipotecaria exige como presupuesto ineludible que el asiento a cancelar contenga un derecho personal no asegurado especialmente o que se trate de una mención, circunstancias que no concurren en el presente caso, ya que el usufructo discutido no ofrece duda su trascendencia real, y de otra parte, el asiento realizado no reúne los requisitos necesarios para su tratamiento como mención, al no ser una mera noticia de un derecho del que se ha tomado nota en un asiento, sino que se ha practicado como pone de manifiesto el Registrador una propia y verdadera inscripción, y este asiento está bajo la salvaguardia de los Tribunales, conforme

al artículo 1 de la Ley, y produce todos sus efectos mientras no se declare su inexactitud o consienta la cancelación su titular, de acuerdo con el artículo 82 o, en su caso, mediante la sentencia firme de que habla el mismo artículo”;

“Esta Dirección General ha acordado confirmar el Auto apelado y la nota del Registrador.”

### *Consideraciones críticas*

En la presente Resolución vienen a plantearse una serie de problemas que no todos se resuelven y que puede muy bien ser debido a que el enfoque inicial del recurso no matiza suficientemente la razón o esencia del punto clave que puede decidir soluciones acordes o discordes. Me refiero, por supuesto, a la actuación registral de la constatación del “usufructo viudal” catalán, cuya naturaleza, repercusión y efectos puede generar diversas discusiones. Creo que esta actuación es la que pudo o debió de enjuiciarse, pues de ella depende toda la serie sucesiva de problemas que surgen inevitablemente.

Entiendo que la problemática del caso pudo o debió plantearse en una doble disyuntiva: ¿Debió el Registrador hacer constar el usufructo viudal en la inscripción o debió prescindir de dicha constatación a pesar de que legalmente parece reconocerse? Las consecuencias del caso son ya derivadas, pues si se hizo constar la referencia al usufructo se plantea en el campo de la proyección el efecto que la misma puede tener frente a tercero el carácter real o personal de la referencia y la importante repercusión que en orden a la cancelación de dicha referencia pueda tener en relación con el artículo 98 de la Ley Hipotecaria.

No creo que las líneas directrices del recurso hayan ido por estos derroteros y menos, por supuesto, las conclusiones a que por razones procesales de petición resuelvan un recurso importante para solucionar una situación práctica que ha de darse con frecuencia en la región catalana.

Afrontemos el comentario dividiendo la materia en esa doble proyección de obligación o no de constatación del usufructo viudal y efectos que produce una vez hecho constar en el cuerpo de la inscripción tal circunstancia.

#### *A) Obligación o no de su constatación*

Salvando las posibles distancias que pueden existir entre el derecho de los reservatarios a que determinados bienes queden afectos a la reserva que la Ley establece y el derecho de usufructo que la Ley concede al viudo o viuda en Cataluña, conforme a la vigente Compilación, es evidente que la situación a efectos registrales puede ser similarmente contemplada.

Juegan fundamentalmente dos artículos de la vigente Compilación que ponen a prueba una actuación registral. El artículo 250 de la Compilación catalana viene a disponer que “El viudo o viuda a quien su difunto consorte no le hubiese otorgado disposición alguna por causa de



muerte en codicilio o en capitulación matrimonial, adquirirá por ministerio de la Ley libre de fianza en la sucesión abintestato de éste el usufructo de la mitad de la herencia...". Los hechos demuestran que estábamos ante una sucesión abintestato, que había existido una declaración judicial y que la situación se encuadraba en la vigente normativa de la Compilación. Esta, como hemos visto, reconoce al viudo o viuda un derecho en usufructo de cuantía distinta según los herederos que concurren. Lo que ya no se determina es si este derecho —ya veremos luego su naturaleza— puede o no ser protegido por la institución registral. Pero la legislación se lo reconoce.

Junto al artículo 250 de la Compilación se hace necesario traer a colación el 154, conforme al cual, "En las declaraciones judiciales de herederos abintestato no se formularán reservas (fijaros que he traído intencionadamente la equiparación inicialmente apuntada entre reservas y legítima del viudo), ni salvedades de los derechos que la Ley atribuya a cualquiera de los cónyuges en la sucesión del otro, y de consignarse se tendrán por no puestas".

Quizá la letra o el espíritu, pues vaya usted a saber quién le puso letra a ese espíritu, de esta última disposición, pueda ser interpretada en el sentido de que no es preciso que en la declaración abintestato se haga referencia a los derechos del viudo o viuda, ya que la ley lo establece claramente. Si la ley los establece claramente el auto judicial no precisa mencionarlos —pues deben entenderse vigentes— y si se contraría esta disposición debe entenderse la referencia como no puesta. Trasladando esta interpretación al Registro la cosa parece más clara que el agua: si los derechos los establece la ley no es preciso que consten en el Registro, pero si constasen, se tendrían por no puestos... ¿Es esto posible?

Creo que esto no es admisible. Una cosa es el mandato que el legislador envía a los Jueces y Tribunales en ese artículo 154 y otro es el comportamiento que en orden a la publicidad registral debe observar el Registrador. Se argumentará, con ciertos fundamentos, que si el auto declarativo y la escritura basada en él nada decía respecto a los derechos del viudo o viuda, nada debería haber consignado el Registrador en el asiento que ha extendido. Así lo entiende la parte recurrente alegando la Resolución de 19 de septiembre de 1881, según la cual las inscripciones registrales deben ajustarse a los modelos oficiales, y aunque ese ajustarse no implique una absoluta identidad, tampoco permite una total libertad en la forma de redactar los asientos. Ciertamente es que, conforme a las normas sobre circunstancias de las inscripciones, el Registrador debe hacer una especie de extracto del título sin añadir ni quitar lo que sea imprescindible para que surta sus efectos la inscripción y no incurra en nulidad.

Pero entiendo que el artículo 154 de la Compilación, que parece en principio referido a la cuarta marital, pero que luego al hablar de viudo o viuda enlaza su doctrina con la del 250 regulador del usufructo viudal, es un mandato dirigido al Juez, pero no al Registrador. Una cosa es el "auto" de declaración de herederos abintestato y otra la práctica de una

“*inscripción*”. El problema es si ese mandato, de rechazo, afecta al Registrador en la extensión del asiento.

Y aquí es donde creo que deben entrar en juego la doctrina de las reservas hereditarias. Sabido es que tanto el juego de la llamada reserva lineal, de fácil descubrimiento en la escrituras de transmisiones “*mortis causa*”, como en el de la reserva clásica del segundo o ulterior matrimonio, era una práctica usual hacerlo constar en las inscripciones como gravamen “*inducido*”, aunque nada dijese el título, limitándose a especificar la situación de hecho que hacía nacer el derecho. Es decir, el Registrador, obrando en nombre de la legalidad vigente daba rango de derecho real afectante a una reserva que el título no contenía expresamente.

Todos conocemos la redacción vigente del artículo 265, párrafo 2.º, del Reglamento Hipotecario: “En tanto los reservistas no hagan constar expresamente el carácter reservable de los bienes, los Registradores se abstendrán de asignarles este carácter al practicar los correspondientes asientos; y a efectos registrales no serán suficientes, para reputarlos reservables, los datos e indicaciones que resulten de los documentos presentados o de anteriores inscripciones”.

LA RICA, en sus “Comentarios al Nuevo Reglamento Hipotecario” (Madrid, 1949, págs. 294 y ss.) entendía que dicha práctica registral se basaba de una parte en que el Registro reflejaba los supuestos necesarios para deducir la existencia o el nacimiento de la reserva del artículo 811 del Código civil y que de otra parte los autos judiciales consignaban como fórmula de estilo esa frase “sin perjuicio, en su caso, de la reserva establecida en el artículo 811 del Código civil”. Pero la doctrina que se mantiene en el nuevo artículo 265 del R. H. es producto de una jurisprudencia que trata de aclarar posiciones en orden a la disponibilidad de los bienes y a su carácter reservable.

Dice dicho autor que “La jurisprudencia desvaneció dichas dudas y, con buen sentido jurídico, se opuso, tanto a que el Registrador se produzca por conjeturas o deducciones basadas en la procedencia de los bienes, como a que haga constar de oficio la calidad de reservables. La Resolución de 29 de diciembre de 1931 declaró que la reserva del artículo 811 del Código civil sujeta los bienes a que afecta a una condición resolutoria, consistente en que al fallecimiento del ascendiente reservista vivan parientes dentro del tercer grado pertenecientes a la línea de procedencia; y para que tal condición pueda surtir efectos hipotecarios y perjudicar a tercero es indispensable que los bienes estén cualificados expresamente como reservables en el Registro. Y, como consecuencia, añade, que “mientras esto no conste realizado, no es admisible que el Registrador, por conjeturas más o menos verosímiles, establezca la presunción de ser reservables determinados bienes, porque aquella cualidad no depende exclusivamente de la procedencia inmediata de los bienes en el patrimonio del descendiente, ni del título adquisitivo por parte del ascendiente que se supone reservista, sino también de la existencia de parientes dentro del tercer grado en la línea de procedencia y aun de otras circunstancias cuya apreciación no corresponde al Registrador, y, en consecuencia, aquella cualidad sólo puede establecerse eficazmente a los fines



hipotecarios por declaración del reservista, por acuerdo de los interesados o por providencia judicial, en uso de las facultades privativas de los Tribunales de Justicia”.

He querido transcribir las razones o fundamentos de la nueva redacción dada al precepto del Reglamento Hipotecario para poner de relieve las diferencias existentes en los supuestos contemplados. Al principio —y también en la letra del artículo 154 de la Compilación— parece que los derechos de viudo y viuda en usufructo y en cuarta marital pueden ser una especie de “reservas” a los que no puede aludir la resolución judicial abintestato, pero a diferencia de estas que se inducen de unas circunstancias de hecho y se condicionan por otros requisitos, aquí son derechos ciertos que en casos determinados concede la ley y que no es preciso inducirlos.

De todas formas, la doctrina del artículo 265 del R. H. hubiera podido ser una buena argumentación para poner en serio aprieto a la Dirección General en orden a la actuación del Registrador al hacer constar la legítima de la viuda en el cuerpo de la inscripción. Hubiera habido que forzar mucho la analogía del supuesto, aunque opino que, en última instancia, el carácter excepcional del supuesto impide hacer extensiva la norma a casos no previstos en ella.

#### B) *Naturaleza y efectos que produce*

Partiendo de una actuación correcta por parte del Registrador y en la cual sería difícilísimo, por no decir imposible, buscar una responsabilidad, pues no hay precepto prohibitivo que se viole con su conducta, se hace preciso saber de una parte la naturaleza del derecho que se publica y los efectos que esta publicidad tienen.

Los conceptos que se enumeran para encuadrar el usufructo de que estamos tratando son diversos, pues de una parte se habla de un derecho real, de otra de un derecho personal, para más adelante afirmarse que se trata de una mención registral y, por último, se especula sobre la construcción del mismo a base de una semejanza con la viudedad aragonesa.

Considero que en ese gran intento de poder ganar un recurso son ciertamente admisibles toda clase de artilugios que puedan llevar al ánimo del que decide la conveniente convicción de construcciones admisibles, pero en el presente caso el sostenedor del recurso demostraba desconocer el carácter real del usufructo, que, en sus diversas fórmulas y clases, siempre ostenta el carácter real o, como dice el Registrador en el informe de su nota, un señorío que se ejercita directamente sobre la cosa, característica fundamental del derecho real, ya sea de origen legal o convencional, y tenga un carácter puramente patrimonial o revista interés familiar o sucesorio. No deja de ser claro a este respecto el artículo 2 de la L. H. al hablar o enumerar una serie de derechos inscribibles y terminar con esa coletilla —que tanto contradice el “*numerus clausus*”— sobre “*otros cualesquiera reales*”. De no haber sido un “derecho de usufructo” podría haberse planteado la disyuntiva de encuadrarle en una de

las dos categorías real o personal que doctrinalmente se distinguen. No creo que un derecho de usufructo que se concede a la viuda (o viudo), que es variable en su cuantía y que en su efectividad puede transformarse en una acción para reclamar la "cuarta marital" (por ser incompatible con ésta, conforme al artículo 250 de la Compilación) pueda configurarse como personal. Pero aun admitiendo que ese derecho al usufructo que se constituirá o efectivizará en el momento de la decisión del cónyuge y pueda estar condicionado a dicha concreción, nunca puede permitirse que ello sea un argumento para negarle protección registral, es más, creo que aquí reside el gran argumento que permite configurar a ese usufructo como un derecho real que grava provisionalmente la herencia en la parte que legalmente le corresponda hasta tanto la viuda preste su afirmativa aceptación (¿derecho pendiente de aceptación?) o se decida por la cuarta marital, en cuyo caso puede pedir anotación preventiva del derecho a la misma. Y se me ocurre preguntar, ¿si la cuarta marital es derecho, sólo renunciable después de la muerte del marido, que puede tener acceso al Registro, cómo el usufructo vidual no va a tenerlo?

La novedad que la Compilación establece, con raíces en el "Usatge Vidua", permite a la Dirección General encontrar similitudes y analogías de este derecho con la viudedad aragonesa y navarra. Esta opinión esta mediatizada indudablemente por la afirmación hecha por Porcioles al defender en las Cortes el proyecto de Compilación, pero acerca, sin duda, la construcción del derecho que regula el artículo 250 de la Compilación a esa especie de derecho de regencia que parecen ofrecer los usufructos establecidos en capitulaciones matrimoniales y en testamento, que configuran a la viuda como "senyora majora, poderosa i usufructuaria". La solución, sin embargo, no está lo suficientemente clara dentro de la doctrina catalana, pero sería práctico haberlo resuelto en este caso ante la inevitable práctica que en esa región puede ofrecer. No obstante, ya bastante ha hecho la Dirección con mantener esa afección de los bienes hereditarios en tanto la viuda no se pronunciase y prestase su consentimiento para la cancelación.

Tampoco creo que esa referencia que en el fondo de la inscripción se hace del usufructo pueda ser considerada como una verdadera *mención*. Menciones se titulan las que el artículo 15 de la Ley Hipotecaria regula para proteger los derechos legitimarios catalanes y nadie se ha atrevido a incluirlas en el artículo 98 de la Ley Hipotecaria. La verdadera mención, según nos enseñó ROCA SASTRE, es la referencia simple de un derecho que pudiendo haber sido inscrito especialmente no lo está, pero sí aparece mencionado, aludido, en el asiento de inscripción de la finca a la cual parece afectar. Tampoco creo que pueda ser considerada como indebida la actuación del Registrador, ya que a la especie de principio general de que los derechos reales, para que puedan afectar a tercero y para que no sean considerados como menciones, deben estar inscritos "*especialmente*", hay que tener también en cuenta un artículo reglamentario que no suele ser utilizado por la práctica registral. Me estoy refiriendo al artículo 192 que permite que el usufructo y la nuda



propiedad consten inscritos a favor de personas distintas (cosa necesaria, pues si no habría consolidación de derechos) en "un solo asiento" o "en varios" y que viene completado por el artículo 188 del mismo, en el cual a efectos de cancelación de gravámenes "que sólo estén mencionados" en las inscripciones o anotaciones de fincas, refuerza esa especie de *constitución mencionada* de un derecho simultáneo al de la nuda propiedad. Dice LA RICA que si en estos casos el usufructo no estuviera mencionado en la inscripción de la nuda propiedad ésta no podría convertirse en dominio pleno, dada la imposibilidad de acreditar en el Registro el hecho de la consolidación por desconocerse el titular del derecho de usufructo. No se trata de verdaderas menciones, ya que aquí el derecho se constituye en el mismo título inscribible, sin que simplemente se relacionen como en el caso de la mención.

Ante ello es preciso concluir que en estos casos viene a ser igual la fórmula utilizada, pues es lo mismo que se diga: inscribo la nuda propiedad de esta finca a favor de Don y el usufructo a nombre de Don, que se emplea la fórmula: inscribo el dominio de la presente finca a nombre de Don, que figura gravado con el usufructo a favor de Don, conforme al artículo 250 de la Compilación catalana.

Verdaderamente, que ni el Registrador de la Propiedad ni la Dirección utilizan este argumento para respetar lo inscrito. El Registrador aduce criterios analógicos en cuanto la situación del viudo a que se refiere el artículo 250 de la Compilación es muy semejante a la de los legitimarios del artículo 15 de la Ley Hipotecaria. La Dirección se limita a afirmar que el usufructo estaba "inscrito" y no mencionado, con lo cual elimina la aplicación del artículo 98 de la Ley Hipotecaria.

Verdaderamente que nosotros tenemos que llegar a la misma conclusión, pues dicho artículo 98 permite la cancelación de tres clases de cosas que figuren indebidamente en el Registro: los derechos personales, las menciones de derechos susceptibles de inscripción separa y especial y los legados no legitimarios. Hemos ido tratando de deslindar la figura del usufructo viudal a que se refiere el artículo 250 de la Compilación y hemos visto, según nuestra opinión, que no estamos ni ante un derecho personal, ni ante una verdadera "mención". No hemos afrontado el tercer supuesto de "legados no legitimarios", porque aunque esa atribución legal que al cónyuge le concede el artículo 250 de la Compilación catalana pudiera configurarse como situación de "legado ex lege" es evidente que le faltaría el sucesivo apoyo que justifica la cancelación: que no hubiese sido anotada preventivamente esta situación y, como antes vimos, sólo la cuarta marital tiene esa posibilidad registral.

No han faltado autores, como por ejemplo, TIRSO CARRETERO (Comentario a esta misma Resolución, en "Revista Crítica de Derecho Inmobiliario", núm. 506, 1975, pág. 145) que alude a esa posibilidad y que incluso relaciona el supuesto con la antigua anotación a favor del cónyuge viudo que concedía la Ley de 1909 y que fue suprimida en la reforma de 1944-46. Lo que realmente busca o persigue el artículo 98 de la Ley Hipotecaria es evitar las citas —anteriormente muy frecuentes— de derechos y obligaciones que no tienen oponibilidad frente a terceros si no

se aseguran debidamente y la mención de derecho o de legados no legitimarios que al haber podido inscribirse o anotarse expresamente, sólo figuran relacionados en el cuerpo de la inscripción. Pero el usufructo viudal del artículo 250 de la Compilación carece de la posibilidad de acceder al Registro si no es mediante la actuación del Registrador, hasta tanto se decida si efectivamente persiste en el usufructo u opta por la cuarta marital y pide su correspondiente anotación preventiva de su derecho, conforme al artículo 153 de la Compilación.

Por supuesto que, entendido así el problema, resulta lógica la postura de la Dirección al estimar que lo inscrito está bajo la salvaguardia de los Tribunales y sólo mediante la intervención de éstos o el consentimiento de la viuda a través del artículo 82 de la L. H. puede llegarse a esa pedida cancelación. En el fondo es lo que venía a decir el Registrador en su informe: "que es lo que se insinuaba al final de la nota recurrida cuando dice que rige para esta cancelación la regla general del artículo 82 de la Ley Hipotecaria, con lo que se invitaba a la viuda a consentir la cancelación de su derecho de usufructo inscrito" ya que los herederos ni habían pedido su posible renuncia anticipada, ni habían reconocido su derecho en el acto particional.

**COMPRAVENTA.—NO ES INSCRIBIBLE UNA ESCRITURA DE COMPRAVENTA OTORGADA POR EL JUEZ EN REBELDÍA DEL DEUDOR, CUANDO EXISTE UNA ENAJENACIÓN ANTERIOR A LA ANOTACIÓN EN QUE SE BASA EL DERECHO DEL SEGUNDO ADQUIRENTE, AUNQUE LA PRIMERA TUVIESE ACCESO POSTERIOR AL REGISTRO. (Resolución de 16 de octubre de 1974, *Boletín Oficial del Estado*, de 24 de octubre 1974.)**

*Hechos.*—Resultando que en 30 de junio de 1970 don José María Ciller Cuadrado y su esposa doña Angeles Lloréns Jaén, propietarios de una finca urbana sita en la ciudad de Elche, barrio de Carrús, inscrita en el Registro de la Propiedad de aquella localidad al tomo 1.122, libro 201, del Salvador, folio 22, finca número 13175, la vendieron en escritura pública autorizada por el Notario de Dolores don José Fernández Ventura a don Manuel Sepulcre y su esposa doña Juana Boix Canales, si bien no fue presentada dicha escritura en el Registro de la Propiedad hasta fecha posterior; que en 27 de agosto de 1970, el Juez de Primera instancia e instrucción número 2 de Alicante, en juicio ejecutivo seguido por el Banco Exterior de España contra el citado Sr. Ciller Cuadrado y esposa, embargó la mencionada finca haciéndose la anotación de embargo en 29 de octubre de 1970 y en la misma fecha se expide certificación de cargas en la que la finca sigue inscrita a nombre del señor Ciller; que en 29 de marzo de 1971 se presenta en el Registro de la Propiedad la escritura por la cual el señor Sepulcre Díez y su esposa habían comprado tal finca al señor Ciller y la escritura se inscribe, que en 26 de febrero de 1972 se había llevado a cabo la subasta de la misma a virtud de acuerdo tomado en el juicio ejecutivo que se seguía por el Banco Exterior de España contra el señor Ciller, y una vez celebrada se adjudica



a don José María Oscariz Susaeta, quien en el mismo acto la cede a doña Angeles Alonso Rubín; que en 28 de abril de 1972 el señor Juez de Primera instancia número 2 de Alicante, por rebeldía del ejecutado señor Ciller y de su esposa, otorga escritura de compraventa ante el Notario de Alicante don Jaime Pintos y Vázquez Quirós en favor de la mencionada señora Alonso;

Resultando que presentada en el Registro segunda copia de dicha escritura fue calificada con nota del tenor literal siguiente: "Denegada la inscripción del precedente documento por aparecer la finca a nombre de los consortes don Manuel Sepulcre Díez y doña Juana Boix Canales, personas distintas del demandado";

Resultando que don José María Oscariz Susaeta, en nombre de doña Angeles Alonso Rubín, interpuso recurso gubernativo contra la anterior calificación y alegó: "Que si bien la finca cuya titularidad se cuestiona fue vendida en escritura pública por el señor Ciller a los señores Sepulcre Díez con anterioridad a la anotación de embargo decretada judicialmente, la fecha de presentación de la escritura otorgada en el Registro de la Propiedad es muy posterior a dicha anotación de embargo e incluso a la expedición de la certificación de cargas, haciéndose constar que el ejecutado señor Ciller fue declarado en rebeldía por no haber comparecido en ningún momento del procedimiento y los nuevos titulares no solicitaron exhibición de los Autos en Secretaría; que es fundamental en este recurso centrar la figura del llamado "tercer poseedor" como aquel que después de tomada la anotación preventiva de embargo adquiere la finca o derecho real sin estar personalmente obligado por el crédito asegurado por la anotación, y así, el artículo 38 de la Ley Hipotecaria presupone este concepto de tercer poseedor al decir "cuando después de efectuada en el Registro alguna anotación preventiva de las establecidas en los números segundo y tercero del artículo 42, pasasen los bienes anotados a poder de un tercer poseedor", e igualmente el epígrafe del artículo 143 del Reglamento Hipotecario habla de "tercer poseedor de bienes inmuebles" no siendo este concepto privativo de las hipotecas, sino que por asimilación a éstas se extiende también a los terceros adquirentes de bienes anotados preventivamente de embargo; que el artículo 38, 5 de la Ley Hipotecaria dispone que cuando los bienes anotados preventivamente de embargo hayan pasado a tercer poseedor, se observarán las mismas reglas del artículo 38, 4 de la propia Ley y este precepto dispone que "cuando se persigan bienes hipotecados que hayan pasado a ser propiedad de un tercer poseedor, se procederá con arreglo a lo dispuesto en los artículos 134 y concordantes de esta Ley" y dicho precepto dispone: "si antes de que el acreedor haga efectivo su derecho sobre la finca hipotecada pasare ésta a manos de un tercer poseedor, éste, acreditando la inscripción de su título, podrá pedir que se le exhiban los Autos en Secretaría y el Juez lo acordará sin paralizar el curso del procedimiento, entendiéndose con él las diligencias ulteriores como subrogado en el lugar del deudor"; que el artículo 143 del Reglamento ha venido a completar el anterior precepto al disponer que dicha citación sólo deberá ser llevada a cabo cuando el tercer poseedor hubiere inscrito su derecho con.

anterioridad a la expedición de la certificación de cargas" y concluye el citado artículo 143 en su párrafo 3.º: "Llegado el caso de enajenación judicial de la finca o derecho, si el tercer poseedor, compareciendo o no en el procedimiento, no hubiere desamparado los bienes, la escritura se otorgará por el mismo o, en su defecto, en nombre de éste, por el Juez..."; y que este es exactamente el supuesto que nos ocupa en el presente recurso, con la circunstancia de que ese tercer poseedor que ha cerrado el Registro a doña Angeles Alonso Rubín, en ningún momento mostró actividad alguna en el procedimiento judicial de apremio sobre la finca y, además, inscribió su derecho en momento muy posterior al de expedición de la certificación de cargas;

Resultando que el Registrador informó: que se denegó, en efecto, la inscripción de la citada escritura por aparecer inscrita la finca a nombre de los consortes don Manuel Sepulcre Díez y doña Juana Boix Canales, personas distintas del demandado, es decir, personas distintas de quien en la referida escritura figuraba como transmitente representado; que al proceder así no se hacía otra cosa que obedecer a lo que prescribe el artículo 17 de la vigente Ley Hipotecaria, máxime cuando el título cuya inscripción se pretende es de fecha posterior a aquel que ya aparece registrado y con el que resulta incompatible; que coincide con lo expuesto en el artículo 20 de la misma Ley Hipotecaria y que los razonamientos indicados en el escrito del recurso, al no considerar los preceptos transcritos, se sitúan al margen de lo que constituye la base legal en que se apoya la nota recurrida, en la que se ratifica pidiendo la desestimación del referido recurso;

Resultando que el Presidente de la Audiencia confirmó la Nota del Registrador por razones análogas a las expuestas por este funcionario;

*Doctrina.*—“Considerando que con posterioridad a la nota de la expedición de la certificación de cargas a que hace referencia el artículo 143 del Reglamento Hipotecario y en virtud de procedimiento de apremio seguido contra el ejecutado por el titular de una anotación de embargo, se había inscrito en el Registro de la Propiedad una escritura de compraventa otorgada antes de la fecha del embargo, y en la que el deudor había enajenado a una tercera persona la finca que después fue objeto de traba, por lo que la cuestión que plantea este expediente es la de dilucidar si esta inscripción de dominio supone un obstáculo para que tenga acceso al Registro la escritura calificada en la que se enajena la misma finca por el Juez en rebeldía del deudor a favor del que resultó adjudicatario en el procedimiento”;

“Considerando que el recurrente fundamenta su pretensión, de ser procedente la inscripción, en lo dispuesto en el artículo 38 de la Ley Hipotecaria en su párrafo último cuando equipara el tercer poseedor de bienes hipotecados por lo que habrían de serle de aplicación a quien se hallase en la primera de estas situaciones indicadas las normas contenidas en el artículo 134 y concordantes de la Ley Hipotecaria para los segundos, y en consecuencia —y como resultado final— proceder a la cancelación de todas aquellas inscripciones verificadas después de expedida la certificación de cargas prevenidas en el artículo 1.489 de la Ley de Enjuici-



ciamiento Civil, a que hace referencia el artículo 143 del Reglamento Hipotecario, entre la que se encuentra la de dominio del actual titular registral, y que al ser cancelada dejaría el camino expedito para la inscripción del título del recurrente”;

“Considerando que frente a la anterior aseveración del apelante, el actual titular registral no goza de la condición de tercer poseedor de bienes embargados, pues para que así fuera, el título de adquisición del inmueble debería de ser de fecha posterior al embargo practicado, lo que no sucede, sino que, por el contrario, adquirió el inmueble con anterioridad a la extensión de la práctica de la anotación —aunque inscribió su título después de extendida ésta—, por lo que no cabe la aplicación del párrafo último del artículo 38 de la Ley Hipotecaria con las obligadas consecuencias que del mismo se derivarían”;

“Considerando, por el contrario, que el problema sustantivo planteado aparece resuelto en el artículo 44 de la Ley Hipotecaria en su remisión al artículo 1.923-4.º del Código civil a través de la interpretación de reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo —entre otras, las Sentencias de 21 de febrero de 1912 y 29 de noviembre de 1962— juntamente con la de este Centro Directivo —Resolución de 9 de noviembre de 1955— al declarar la preferencia que sobre las anotaciones preventivas de embargo tienen los actos dispositivos anteriores hechos por el titular registral, aunque la inscripción de estos actos haya tenido lugar después de practicada la anotación”;

“Considerando que al no ser procedente que se cancele la inscripción hecha a favor del primer comprador, surge un obstáculo para que pueda inscribirse la segunda escritura de compraventa hecha a favor de la adjudicataria, que tiene su fundamento en el artículo 20 de la Ley Hipotecaria, todo ello sin perjuicio del derecho de los interesados conforme al artículo 66 de la misma Ley, de acudir a los Tribunales para ventilar y contender entre sí acerca de la validez o nulidad de sus respectivos títulos, o de la preferencia de sus derechos”;

“Esta Dirección General ha acordado confirmar el Auto apelado”;

### *Consideraciones críticas*

Hay casos o supuestos que podríamos calificarlos “de libro”, es decir, que vienen en los libros. Muchas veces se oyen comentarios que el libro tal o el libro cual no suele solucionar el caso concreto que vas buscando, pues es evidente que si el derecho es para la vida y la vida ofrece tal cúmulo de situaciones complejas, es difícilísimo que en un libro puedan encerrarse todos los supuestos que la vida presenta. Pero hay casos que, sin embargo, están solucionados. Vienen en los libros. Este que es objeto de la presente Resolución, está “tradicionalmente” estudiado en casi todos los tratados de Derecho Hipotecario, e incluso de civil, al estudiar el problemático artículo 1.923 del Código civil en relación con el 1.927 y su íntima conexión con el 44 de la Ley Hipotecaria.

De ahí que asombre un poco al comentarista de esta Resolución el hecho de haberse planteado el caso, pues si bien se hace por otros caminos

distintos de los habituales, la solución que al mismo había de darse estaba clara desde un comienzo, sobre todo cuando no se aprovechó la alegación de una discutidísima Resolución que no aparece en los "vistos" del recurso. Como la materia estaba tratada abundantemente por la doctrina, por ejemplo, MORELL Y TERRY ("Comentarios a la Legislación Hipotecaria", tomo III, 1928, pág. 97), ROCA SASTRE ("Derecho Hipotecario", tomo II, 1968, pág. 911), HERMIDA LINARES ("El principio de prioridad", Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, 1952, pág. 879), CHINCHILLA RUEDA ("Temas hipotecarios: la legitimación del titular inscrito", Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, 1957, págs. 358 y ss.), GAYOSO ARIAS ("Nociones sobre legislación hipotecaria", 1918, tomo II, pág. 310), MOLINA RAVELLO ("De la llamada tercería registral", Rev. Cr. Dr. Inm., 1958, pág. 60), RAMOS FOLQUÉS ("La anotación preventiva de embargo en los casos de disconformidad entre realidad y Registro", R. Dr. Priv., 1951, pág. 56), MAZUELOS CARMONA ("Apuntes sobre las anotaciones de embargo y algunos de sus problemas", Rv. Cr. Dr. Inm., 1956, pág. 711), LA RICA Y ARENAL (Meditaciones hipotecarias. El principio de prioridad y las inscripciones retrasadas", Rv. Cr. Dr. Inm., 1958, pág. 780) y —permítaseme esta autocita— CHICO ORTIZ Y BONILLA ENCINA ("Apuntes de Derecho Inmobiliario registral", tomo II, 1968, pág. 200) podía haber intentado el recurrente alguna vía de penetración más que haber incurrido en la torpeza de pretender que el adquirente de finca embargada, adquirida antes de la anotación y no después, debe estimarse como "tercer poseedor". La Dirección le contesta que el tercer poseedor es figura que aparece por transmisión "posterior", sin que el hecho de la falta de inscripción —al no ser ésta constitutiva— de esa adquisición pueda estimarse como análogo. Con ello se elimina la aplicación del artículo 38, párrafo último, de la L. H.

No obstante, el recurrente no iba muy descaminado y había algo que rondaba el concepto de tercer poseedor y de tercería de dominio. Y aquí es donde puede estar la clave en la que podemos centrar el comentario de esta Resolución: para que el adquirente anterior —que inscribe posteriormente— pueda tener preferencia sobre un crédito garantizado con una anotación de embargo ¿basta simplemente el juego de los artículos 44 de la Ley Hipotecaria y 1.923 del Código civil o, le es exigible una actuación de diligencia empleando el sistema defensivo del párrafo 3.º del artículo 38 de la L. H. con su tercería de dominio? Al lado de este problema me gustaría aclarar, o intentar aclarar, cómo se debe proceder registralmente en orden a la extensión del asiento y el arrastre de "cargas".

#### A) *Derecho de preferencia*

Hace tiempo TIRSO CARRETERO, en un comentario a una Resolución en la que se planteaba un problema de prioridad, me "retaba" a que estudiase el problema de la prioridad "sustantiva" en relación con la formal o "cronológica" del Libro Diario. Tampoco creo que sea esta la ocasión para ello, pero sí debo advertir que en el caso concreto que yo defendía



no existía esa posible "prioridad sustantiva" que en éste y en otros existe. Bien claramente regula este principio el artículo 17 de la Ley Hipotecaria: "Inscrito o anotado preventivamente en el Registro cualquier título traslativo o declarativo del dominio de los inmuebles o de los derechos reales impuestos sobre los mismos, no podrá inscribirse o anotarse ningún otro de igual o anterior fecha que se le *oponga o sea incompatible...*". Para que un derecho no pueda inscribirse o anotarse es preciso que "*sustantivamente*" se oponga al inscrito o sea incompatible con él, pues si no lo fuera sí se permitiría la inscripción o anotación.

Esto es precisamente lo que aclara esa posibilidad de inscribir títulos "anteriores", cuando el Registro refleja una situación que aparentemente es incompatible con aquéllos. Formalmente sí lo es, pero sustantivamente no. El artículo 44 de la Ley Hipotecaria al remitirse en materia de preferencias al artículo 1.923 del Código civil, perfectamente deja claro que las anotaciones de embargo sólo son preferentes frente a créditos posteriores, no anteriores, a la anotación.

Lo explica MORELL Y TERRY magistralmente: "Si la anotación extendida en el Registro en los casos de los números 2, 3 y 4 del artículo 42 (se está refiriendo a la Ley de 1909), no da preferencia respecto a créditos anteriores a la anotación, según la regla general sentada en el artículo 1.923, 4.º del Código, tampoco puede merecer esa preferencia con relación a los derechos reales sobre los mismos inmuebles constituidos con anterioridad, aunque se hallen inscritos, ni, por tanto, con relación al dominio de esos mismos bienes". En apoyo de estas afirmaciones van acumulando sentencias del Tribunal Supremo, entre las que destaco la de 2 de marzo de 1910, la de 20 de octubre de 1908, la de 21 de febrero de 1912, la de 26 de marzo de 1909, etc. Ahora bien, si seguida la ejecución obtuviese el acreedor ejecutante la adjudicación de la finca a su favor, o se adquiriese por un tercero en pública subasta, y se inscribiese la venta o la adjudicación, las circunstancias cambiarían por completo. En tales casos, el derecho personal asegurado por la anotación se ha convertido en un derecho real inscrito y recobran su imperio los artículos 17, 20 y 23 (de la citada Ley de 1909). Ya no puede inscribirse o anotarse ningún otro título o documento de fecha anterior o posterior por el que se grave o transmita por el anterior dueño la propiedad de las fincas, ya que existe un tercero con título inscrito que perjudica a cuantos funden su derecho en documentos no registrados...

Creo que este pequeño deslinde de lo que es la prioridad sustantiva y formal, puede valer para emprender en su día una andadera de mayores vuelos. La doctrina así reflejada tiene referencia concreta en la Resolución de la Dirección General citada en los "vistos", cuya fecha es de 9 noviembre de 1955 y que decía: "El comprador goza de preferencia sobre el acreedor, pues como declaró la Sentencia de 21 de febrero de 1912, el embargo no obtiene preferencia sobre las enajenaciones otorgadas antes de la fecha de la anotación aunque hayan sido inscritas con posterioridad, y la adjudicación recaída en procedimiento seguido exclusivamente contra el titular registral anterior no es inscribible por oponerse a ella el artículo 20 de la Ley Hipotecaria". Criterio este que viene a ser re-

forzado por el considerando cuarto de la resolución comentada que hace expresa referencia a la citada. Criterio que igualmente refuerzan las sentencias aludidas y otras posteriores (29 noviembre de 1962, por ejemplo) que citan los vistos.

Pero al lado de esta doctrina es preciso traer a colación la Resolución de 24 de junio de 1944 que dice todo lo contrario. Anotado preventivamente un embargo por falta de pago de un Impuesto de Sucesiones, se presenta una escritura de venta otorgada por la causante de la sucesión con anterioridad al embargo, se dispone que prosiga el embargo y que la venta que se realiza de la finca sea inscrita, sin perjuicio de que el adquirente anterior tenga en su mano la posibilidad de la acción reivindicatoria ejercitable ante los Tribunales de Justicia. Todo ello se basa en la idea del "castigo" que se impone al titular registral que "con su inactividad permitió que las mismas (fincas) continuasen, como si en verdad la finca siguiera formando parte del caudal relicto...". Anoto que firma la Resolución el que entonces era Director General, José María Porcioles.

Esta Resolución altera, por así decirlo, la doctrina antes expuesta sobre la prioridad "sustantiva", dando preferencia a la prioridad "formal", condenando una falta de actividad basada en la "voluntariedad" de la inscripción, tratando de transformar lo que no pasa de ser una "inscripción estimulada" por una "inscripción diligente" que hubiera evitado trámites indebidos a un Agente ejecutivo al servicio de Hacienda. Pero esta doctrina que, por ser aislada y quizá dictada en un momento que así aconsejaba hacerlo, no es tan peligrosa como la que mantienen ciertos autores de los ya citados, entre ellos, LA RICA, que precisan que para que la inscripción posterior a una anotación de embargo basada en una escritura anterior sea preferente al crédito anotado, se hace necesario que el titular de la misma plantee la "tercería de dominio" a que alude el párrafo 3 del artículo 38 de la L. H. antes de la adjudicación o venta en pública subasta de la finca embargada, pues en otro caso sólo le queda reservada la acción reivindicatoria. Es decir, esa preferencia que como un derecho puro parece deducirse del artículo 44 de la Ley Hipotecaria y 1.923 del Código civil, se condiciona con una actuación de diligencia que se impone al titular del derecho prioritario "sustantivamente".

A pesar del indudable buen criterio y el prestigio que rodean al hipotecarista citado, mi opinión es totalmente contraria. Creo que el derecho que el artículo 44 de la L. H. y el 1.923 del Código civil establece en el orden "prioritario sustantivo" es un derecho puro, neto, no condicionado al cumplimiento posterior de cualquier requisito, pues basta la inscripción no para que entre en funciones (pues si no se inscribe sigue manteniéndose esa prioridad), pero sí para evitar que la prioridad formal relegue a un posterior acto, cual puede ser la acción reivindicatoria o el juicio declarativo, el que el derecho resplandezca. Menos mal que al consultar, al hilo de estas notas, la obra de ROCA SASTRE en la edición citada, veo con satisfacción que ésta es su opinión, apoyada en la doctrina que emana de la Resolución de 1955.



B) *Modo de proceder registralmente*

La anotación preventiva de embargo no ha de ser obstáculo registral para que pueda practicarse la inscripción de dominio basada en un título anterior a la misma, siempre que no se trate de créditos preferentes de los que señala el artículo 1.923 del Código civil. Es decir, que el Registrador debe en todo caso averiguar el contenido del Registro para saber cuál es el crédito que asegura la anotación preventiva y caso de que la misma sólo tenga preferencia frente a créditos posteriores a ella, aunque se haya expedido certificación de cargas, deberá proceder a extender el asiento solicitado.

Cuestión a discutir es si el Registrador debe "arrastrar" en el capítulo de cargas la anotación de embargo subsistente cuando practica la de dominio a favor del adquirente anterior. F. CABALEIRO, en el comentario que hace a esta misma Resolución ("Rev. Cr. Dr. Inm., núm. 506, 1975, pág. 154), mantiene la tesis de que debe "arrastrarse la carga", sin que en base de "razones de claridad" de los asientos del Registro o "por un encomiable paternalismo" pueda "apreciar por sí y ante sí la preferencia de fechas y proceder a prescindir de la anotación anterior inscribiendo la finca en concepto de libre".

A mi entender —con todos los respetos que me produce esta opinión— esto es totalmente contradictorio con todo lo que llevamos dicho. Si el Registrador "se atreve" a practicar la inscripción de dominio "a pesar" de la anotación preventiva de embargo y sobre la base de un título anterior, es que ha "calificado" por sí y ante sí la preferencia que otorga el artículo 44 de la Ley Hipotecaria y el 1.923 del Código civil, pues de lo contrario se hubiera abstenido de la práctica y hubiese puesto una nota denegatoria y suspensiva. Si lo ha hecho es porque ha juzgado y determinado la preferencia. Y si esta preferencia es pura y no sujeta a ningún condicionamiento es claro que se antepone a la anotación preventiva de embargo. Sería ilógico, por ello, "arrastrar una carga" que no es preferente. Por eso estimo que el recto proceder del Registrador en plena actuación de su función calificadora es no reflejar en el cuerpo de la inscripción la anotación preventiva de embargo que, en su día, caducará, será cancelada o renunciada por quien corresponda.

No llego, porque ya no me atrevo, a decir que la cancele, por aquello de que los asientos del Registro están bajo la salvaguardia de los Tribunales, pero alguna Sentencia de las citadas, concretamente la de 21 de febrero de 1912, así lo disponía, pero sí mantener la opinión anterior, pues reflejar en la sección de cargas esta anotación tiene el grave peligro de que cuando la escritura de venta o adjudicación de la finca en pública subasta llegue al Registro tendría un apoyo suficientemente claro para poder inscribirse sin dejar entrar en juego plenamente el artículo 20 de la Ley Hipotecaria, ya que si bien la finca figura inscrita a favor de persona distinta de la que se sigue el embargo, en la sección de cargas se dice que la misma figura gravada con el embargo precedente y no debe olvidarse el juego de la doctrina del artículo 103 del Reglamento Hipotecario que complementa la doctrina del artículo 20 de la L. H.

No creo que sea admisible lo del paternalismo de la función, pues aquí lo que se está dilucidando es una preferencia sustantiva, tratando de evitar a toda cosa que una prioridad formal elimine preceptos tan claros como el 44 L. H. y 1.923, tan repetidos en este nuestro comentario. Claro, que cada uno en su "parcela hipotecaria" puede proceder como entienda la legislación, y tratar de unificar criterios resulta muy difícil cuando entran en funciones de una parte la responsabilidad individual y de otra la forma de entender la extensión y límites en que debe moverse una función tan difícil cual es la de la calificación.

**PRELACIÓN DE CRÉDITOS.—ADJUDICADA LA FINCA EMBARGADA EN PROCEDIMIENTO DE APREMIO ADMINISTRATIVO A FAVOR DEL ESTADO Y EN PROCEDIMIENTO JUDICIAL AL ACREEDOR HIPOTECARIO, LA INSCRIPCIÓN DE LA PRIMERA ADJUDICACIÓN REALIZADA CORRECTAMENTE Y CON TODOS LOS PRESUPUESTOS LEGALES, NO PUEDE QUEDAR ALTERADA A TRAVÉS DE ESTE RECURSO GUBERNATIVO, SIN PERJUICIO DE LAS ACCIONES QUE EN DEFENSA DE SUS DERECHOS CORRESPONDAN A LOS INTERESADOS, O DE QUE UNA VEZ PRESENTADOS EN REGLA NUEVOS DOCUMENTOS SE PROCEDA A UNA NUEVA CALIFICACIÓN. (Resolución de 22 noviembre de 1974. *Boletín Oficial del Estado* de 5. diciembre 1974.)**

*Hechos.*—Resultando que en los Autos de juicio ejecutivo seguido en el Juzgado de Primera instancia de Ecija con el número 64/67, a instancia del Banco Español de Crédito, sucursal de Ecija, contra los cónyuges don Emilio Morente Reyes y doña Josefa Carmona Sánchez, aparece que éstos reconocieron deber al Banco un millón ochocientas seis mil ciento veintiocho pesetas, que se obligaron a devolver solidariamente en tres plazos con los intereses y gastos correspondientes, constituyendo una hipoteca voluntaria sobre varias fincas urbanas y aceptando el Banco, en escritura otorgada en Madrid, ante el Notario don Alfonso de Miguel, el reconocimiento de deuda y constitución de hipoteca otorgada unilateralmente por los cónyuges; que los deudores no abonaron en su día las cantidades convenidas; que por Auto de 13 de septiembre de 1967 se acordó despachar mandamiento de ejecución contra los bienes del citado matrimonio requiriéndoles el pago y de no efectuarlo procediendo al embargo; que el 3 de octubre de 1967 se procedió por el Juzgado al embargo de varias fincas, entre las que figuran una casa situada en la avenida de Portugal, antes Cruz Verde, y Colón de esta ciudad de Ecija, número 23 antiguo y 37 moderno, con una superficie de 216 metros y 90 milímetros cuadrados; que en cumplimiento de lo anterior y por providencia de 6 de octubre de 1967 se acordó librar mandamiento al Registro de la Propiedad para que tenga lugar la anotación preventiva de embargo de los bienes referidos, siendo declarados en rebeldía los demandados; que posteriormente adicionó el anterior mandamiento, haciéndose constar que el crédito base de esta ejecución a favor del Banco Español de Crédito está garantizado con hipotecas y que los bienes hipotecados son los mismos que han sido embargados; que el 13 de diciembre del mismo año el Re-



gistrador de la Propiedad, en cumplimiento de un mandamiento judicial expidió certificación comprensiva de los gravámenes a que están afectas las fincas señaladas, embargadas a los deudores, en la que aparece que la finca señalada anteriormente, situada en la calle Avenida de Portugal, número 37 moderno, aparece gravada con las siguientes cargas: 1.<sup>a</sup> Con la hipoteca a favor del Banco Español de Crédito. 2.<sup>a</sup> Con un embargo a favor de la Hacienda Pública, decretado en expediente de apremio que instruye la recaudación de contribuciones de esta zona contra don Emilio Morente Reyes y su esposa, por el concepto de urbanas, impuesto industrial, cuota de beneficios y tráfico de empresas, en los años 1965 y 1966, por la que fue embargada esta finca y dos más. 3.<sup>a</sup> Con el embargo a favor del Banco Español de Crédito, que queda descrito; que por providencia de 14 de febrero de 1970 se acordó sacar a subasta los bienes embargados, siendo adjudicados al Banco Español de Crédito; que en la escritura de venta autorizada por el Notario don Juan García Vargas con el número 481 de su Protocolo, el día 12 de mayo de 1971, se dio posesión de los citados bienes a la citada Entidad Bancaria; que a solicitud del ejecutante y en cumplimiento de lo dispuesto en los artículos 79, 2 y regla decimoséptima del 131 de la Ley Hipotecaria, así como en el artículo 175, regla 2.<sup>a</sup> y 206, 2 de su Reglamento, el señor Juez decretó la cancelación total de las inscripciones de hipoteca y anotaciones de crédito o derechos no preferentes con que aparecían las fincas citadas, librando mandamiento en tal sentido al señor Registrador de la Propiedad;

Resultando que presentado en el Registro el anterior documento, fue calificado con nota del tenor literal siguiente: "Practicadas, con la excepción que se dirá, las cancelaciones que se ordenan en el precedente mandamiento, a los tomos, libros, folios, fincas e inscripciones que se fijan en los cajetines puestos al margen de la descripción de cargas a cancelar. DENEGADA la cancelación que se ordena en el número sexto, por lo que respecta a las inscripciones y anotaciones practicadas con posterioridad a la expedición de la certificación de cargas, en razón a los siguientes argumentos: Primero. De la inscripción 16.<sup>a</sup> de la finca número 2.165, o sea, una casa situada en la calle Rosales, número veinticuatro. De la inscripción 7.<sup>a</sup> de la finca número 2.166, o sea, una casa situada en igual calle, número veintidós. De la inscripción 6.<sup>a</sup> de la finca número 5.150, o sea, un pedazo de terreno, hoy solar, en la avenida de Portugal, sin número. De la inscripción 6.<sup>a</sup> de la finca número 3.343, o sea, una parcela de terreno sobrante de la vía pública, hoy casa sin número, en la misma Avenida de Portugal; porque las mismas fueron practicadas a favor del Banco Español de Crédito, S. A., en virtud de escritura pública otorgada en Oficio por razón del procedimiento que motiva el mandamiento ahora presentado y, por tanto, no obstante los términos amplios y sin exclusión del número sexto calificado, no caben estén las mismas incluidas en el mismo, ya que ello equivaldría a ir en contra de actos propios ya consolidados. Segundo: Respecto de la inscripción 19.<sup>a</sup> de la finca número 948, o sea, una casa situada en la Avenida de Portugal, número treinta y siete, por figurar inscrita a nombre del Estado, con fecha 20 de julio de 1970, en virtud de expediente de apremio seguido por la Re-

caudación de Contribuciones de esta zona, en providencia dictada el 27 de marzo de 1967 porque: a) Dicha inscripción se practicó a favor del Estado con antecedente en la anotación preventiva de embargo letra B, de fecha 8 de abril de 1967, la cual es anterior, y por tanto preferente, a la anotación preventiva de embargo letra C practicada a favor del Banco Español de Crédito, S. A., que motivó la posterior ejecución y consiguiente escritura de venta a favor de dicho Banco. b) No resulta que el procedimiento fuera notificado oportunamente a la representación del Estado, requisito este esencial, ya que tal anotación era, entre otros conceptos, por débitos de contribución urbana, y tiene el carácter de crédito singularmente privilegiado y, por tanto, garantizado con hipoteca legal, notificación preceptiva con arreglo al artículo 1.490 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. c) Siendo la inscripción a favor del Estado motivada por ejecución de crédito singularmente privilegiado, el mismo el preferente incluso a la hipoteca a favor de BANESTO, origen en vía ejecutiva del mandamiento ahora presentado y, por tanto, es totalmente improcedente la cancelación que se ordena, en vista de los artículos 1.923 del Código civil y concordantes de la Ley y Reglamento Hipotecario, rectamente interpretado por la fundamental Resolución de los Registros y del Notariado —Dirección General— de 24 de junio de 1939;

Resultando que el nombrado Procurador, en la representación que ostentaba, interpuso recurso gubernativo contra la anterior calificación y alegó: que sólo se recurre contra el apartado segundo de la nota, concretamente respecto a la inscripción 19.<sup>a</sup> de la finca 948, de la casa situada en la Avenida de Portugal, número 37, de Ecija; que si bien la inscripción de dominio de dicha finca a favor del Estado se practicó en función de la nota preventiva de embargo de fecha de 8 de abril de 1967, siendo por tanto anterior a la anotación preventiva de embargo del Banco, el señor Registrador no tiene en cuenta que el crédito base de la ejecución se encontraba garantizado, con hipoteca de 31 de octubre de 1963 y que por tanto los bienes embargados eran los mismos que los hipotecados; que para asegurar el Estado la percepción de los impuestos, los artículos 37 y 38 del vigente Estatuto de recaudación y el referido artículo 194 de la Ley Hipotecaria, establecen una prelación a favor de la Hacienda Pública, para el cobro de la última anualidad corriente y de la última vencida, de las contribuciones que recaigan directamente sobre los inmuebles en concurrencia con cualquiera otros acreedores o terceros adquirentes, aunque hayan inscrito su derecho en el Registro de la Propiedad, pero cuando se trate de anualidades anteriores o de otras contribuciones o impuestos asegurados con hipoteca legal expresa, no afectarán a quienes hayan inscrito su derecho con anterioridad; que el expediente administrativo se siguió por débitos no sólo de contribución urbana, preferente respecto a terceros, sino por otros débitos como Tráfico de Empresas, Cuota por Beneficios y Contribución Industrial, que no deben gozar de la misma preferencia y que aunque el procedimiento administrativo terminó con la adjudicación de la finca al Estado tal adjudicación no debe ser utilizada para eludir el cumplimiento de las obligaciones anteriores del deudor, garantizadas con un derecho real de hipo-



teca en fase de ejecución; que ejecutado el crédito hipotecario que figura como preferente en la certificación de cargas, de las fincas adjudicadas al Banco, procede de acuerdo con el artículo 113, número 17, de la Ley Hipotecaria, así como los artículos 175 y 206 del Reglamento Hipotecario, la cancelación de todas las inscripciones posteriores a la de la hipoteca; que siempre quedará a salvo el derecho de la Administración para el ejercicio de las acciones civiles o administrativas que hagan efectivo el crédito preferente que dio lugar al expediente; y que el segundo motivo de la nota del señor Registrador, letra B, del apartado 2.º, incurre en un contrasentido, pues el citado artículo 1.490 de la Ley de Enjuiciamiento Civil sólo se refiere a las segundas o posteriores hipotecas, como razón de equidad, para que puedan nombrar peritos e intervenir en el evalúo, a fin de que puedan cobrar si sobra alguna cantidad en el remate, razón por la cual deben ser notificados, pero que en un crédito preferente no existen estos motivos;

Resultando que el Registrador informó que mantenía en todos sus extremos la nota recurrida; que es indudable que la anotación preventiva a favor del Estado es de fecha anterior a la practicada a favor de BANESTO, siendo inexacta la afirmación del recurrente que estima la preferencia de su representado por tratarse de la ejecución de una hipoteca de fecha 31 de octubre de 1963, ya que los bienes embargados eran los mismos hipotecados; que hay que tener en cuenta que para el cobro de sus créditos el acreedor hipotecario aparte de los procedimientos estrictamente hipotecarios, goza de la acción personal dimanada del crédito mismo, la cual podrá ejercitar bien en el procedimiento ordinario que corresponda según cuantía, bien en procedimiento ejecutivo si el crédito reclamado lleva aparejada ejecución; que en el caso presente resulta claro que lo que se ejercita es la acción personal y no la hipotecaria al decirse textualmente: "así resulta de un mandamiento que por duplicado se expidió en esta población con igual fecha que aquella providencia, por el Juez y refrenda el Secretario, haciendo constar que lo reclamado en el procedimiento tiene su origen en la escritura de crédito hipotecario a que se refiere la anterior inscripción 15 y nota puesta a su margen...", lo cual equivale a afirmar que no se está procediendo a la ejecución de una hipoteca, sino a un crédito personal que es el mismo que figura garantizado con la hipoteca a favor de BANESTO; que por ello no cabe alegar la preferencia de la misma sobre el crédito a favor de la Hacienda Pública; que en cuanto a la falta de notificación del Estado, no olvida el informante que la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de mayo de 1903 y la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 23 de noviembre de 1912 determinaron que no se hallan en el supuesto del artículo 1.440 de la Ley de Enjuiciamiento Civil los que hubieren obtenido una anotación o embargo preventivo en su calidad de acreedores personales; pero hay que tener en cuenta que aquí el Estado no es un mero acreedor personal, sino que mediante la anotación preventiva está haciendo saber a todos que ha puesto en movimiento toda una hipoteca legal privilegiada, por lo cual se impone la notificación del citado artículo 1.490 de la Ley de Enjuiciamiento Civil; que la inscripción

a favor del Estado se ha practicado en virtud de ejecución de crédito que goza de la llamada hipoteca legal, como es el precedente de la Contribución urbana, siendo indiferente que al mismo tiempo se ejecutaran otros créditos a favor del Estado por razones de contribuciones e impuestos que no gozan de tal hipoteca legal; que la existencia de un sólo impuesto que goce de la hipoteca legal es suficiente para prejuzgar la denegación de la cancelación solicitada; y así la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 24 de julio de 1939 al resolver un caso similar determinó que “no es inscribible el auto de adjudicación de un inmueble, dictado en procedimiento judicial sumario para hacer efectivo el crédito garantizado hipotecariamente, si dicho inmueble figura inscrito a favor del Estado en virtud de adjudicación acordada en procedimiento de apremio administrativo seguido para hacer efectivo débitos por los conceptos de urbana, utilidades e industrial, en el cual, del embargo decretado se había tomado anotación a favor del Estado con anterioridad a la nota marginal acreditativa de la expedición de la certificación de cargas”; que el artículo 130 del Estatuto de Recaudación de 29 de diciembre de 1948 en su artículo 130, 2.º, 1.º establece que “la Hacienda tiene derecho de absoluta preferencia para el cobro de la anualidad corriente al ser inscrito el derecho hipotecario... y el de la última vencida... cualesquiera que fuera la fecha de tal inscripción” y en el párrafo 2.º, 4.ª del mismo artículo “todos los descubiertos por devengos posteriores a la anualidad corriente o en que tuvo lugar la inscripción del Derecho hipotecario tienen el carácter de débitos ordinarios o regulares, y por tanto, serán responsables de ellos; el acreedor hipotecario, si en defecto del deudor o sus causahabientes deseara hacer uso de su derecho a librar la finca...”; y que los documentos presentados, de éstos, ni del Registro resulta que BANESTO haya hecho uso del derecho de librar la finca mediante el pago de las anualidades adeudadas, por lo que hay que deducir que la cancelación denegada sólo hubiera podido practicarse ni se hubiera acreditado que en tiempo y forma la parte recurrente liberó la finca mediante el pago de las cantidades que por razón de la misma se adeudaban a la Hacienda Pública;

Resultando que el Juez que intervino en el procedimiento informó; Que no hay duda que la anotación preventiva de embargo a favor del Estado es anterior y por tanto preferente a la anotación preventiva de embargo a favor del Banco Español de Crédito, pero lo que no resulta del Registro es que sea esta segunda anotación la que motivó la posterior ejecución y consiguiente escritura de venta a favor de dicho Banco, como hace constar el Registrador en su nota y explica en el informe, antes bien, lo que resulta del Registro es todo lo contrario, es decir, que este concreto inmueble queda especialmente afectado, en virtud del embargo, a la satisfacción del mismo crédito, de tal modo que lo que consta en la anotación preventiva extensa pone en relación dicha anotación con la inscripción de hipoteca; que era necesario hacerlo así, ya habiendo optado el acreedor hipotecario por la vía del juicio ejecutivo de la Ley de Enjuiciamiento Civil, era preceptivo el embargo, según el artículo 1.447 de esta Ley y su anotación en el Registro de la Propiedad, a tenor



del artículo 1.453 de la misma y artículo 43 de la Ley Hipotecaria; que por ello se hizo constar en la anotación preventiva del embargo que "lo reclamado en el procedimiento tiene su origen en la escritura de crédito hipotecario a que se refiere la anterior inscripción 15 y nota puesta al margen"; que si del Registro resulta que el crédito era el mismo, así como el bien hipotecado y embargado, idéntico el deudor y el propietario hipotecante, que a su vez coincide con el ejecutado, no hay base registral alguna para decidir que lo que se ejercita es la acción personal; que el artículo 1.490 de la Ley de Enjuiciamiento Civil dispone la notificación del procedimiento sólo a los titulares de segundas o posteriores hipotecas, y en esta situación no se encuentra el Estado, cualesquiera que sea el contenido que se asigne a la anotación preventiva de embargo a favor del mismo; que si la preferencia debe establecerse entre la inscripción de hipoteca y la anotación preventiva de embargo a favor del Estado, no hay duda de que aquélla, por ser anterior a ésta goza de superior rango; que la posible preferencia de la anotación preventiva sobre la inscripción de hipoteca sólo puede derivar de la naturaleza del crédito que se garantiza mediante el embargo, es decir, que se trate del crédito singularmente privilegiado a que se refiere el primer párrafo del artículo 194 de la Ley Hipotecaria y 271 de su Reglamento, y de la anotación preventiva de embargo no resulta, que se estaba ejecutando un crédito que reuniera los requisitos exigidos por tales preceptos; y que en el Registro de la Propiedad no aparece la preferencia indudable del crédito del Estado, no en su totalidad ni en parte, respecto al crédito hipotecario, por lo cual se entiende que la situación debe resolverse a favor del acreedor hipotecario que es el único cuya situación registral está clara, sin perjuicio de que el Estado obtenga la satisfacción de su crédito, mediante el ejercicio de las acciones correspondientes;

Resultando que remitido el expediente para informe a la Delegación Provincial de Hacienda el Abogado del Estado informó que un hecho importante, desconocido por el señor Registrador al evacuar su informe, era que BANESTO había satisfecho los créditos tributarios preferentes, según consta en el expediente administrativo y que era muy difícil distinguir entre acción personal y acción real cuando coinciden deudor y propietario de finca hipotecada;

Resultando que el Presidente de la Audiencia revocó la nota del Registrador por razones análogas a las expuestas por el recurrente;

*Doctrina.*—“Considerando que en este expediente habrá de resolverse la cuestión tal como aparece planteada en el momento de la interposición del recurso, sin que puedan tomarse en cuenta, de acuerdo con el artículo 117 del Reglamento Hipotecario, motivaciones posteriores, como es la unión del expediente de anulación de adjudicación de la finca discutida al Estado, del que no ha tenido conocimiento el Registrador al extender la calificación;

“Considerando que seguidos dos procedimientos de apremio—judicial uno, y administrativo el otro—contra el mismo titular registral se ha producido una doble adjudicación de la finca embargada, en un caso a favor del acreedor hipotecario, y en el otro, a favor del Estado que ha

inscrito ya su adquisición, y sin que la cuestión discutida pueda centrarse exclusivamente en el principio de prioridad, al afectar a problemas más complejos, puestos de manifiesto en los respectivos informes de los interesados;”

“Considerando que los hechos a destacar en el presente expediente son los siguientes: 1) en 31 de octubre de 1963 se inscribe la hipoteca constituida por los deudores a favor del acreedor hipotecario, que es el Banco Español de Crédito; 2) en 8 de abril de 1967 se anota el embargo a favor de la Hacienda Pública por una serie de contribuciones no satisfechas; 3) en 6 de octubre de 1967, se anota el embargo a favor del acreedor hipotecario que ha iniciado el Juicio ejecutivo regulado en la Ley de Enjuiciamiento Civil ante la falta de pago de su crédito hipotecario; 4) en 13 de diciembre de 1967 se expide la certificación de cargas a que hace referencia el artículo 1.489 de dicha Ley en donde se hace constar por orden cronológico la existencia de la hipoteca a favor del Banco, el embargo a favor de la Hacienda Pública, y el último embargo a favor del Banco; 5) en 20 de julio de 1970 se practica la inscripción de dominio a favor del Estado, como consecuencia del procedimiento de apremio; y 6) en 12 de mayo de 1971 se autoriza por el Juez en nombre de los deudores rebeldes la escritura de compraventa al Banco Español de Crédito;”

“Considerando que no sólo disposiciones legales sustantivas, sino también procesales y administrativas y no siempre concordantes regulan el complejo asunto discutido, en donde destacan como puntos claves a examinar el de la naturaleza privilegiada o no de los créditos a favor de la Hacienda Pública, y el derivado de la circunstancia de haber optado el acreedor hipotecario, para hacer efectivo el cobro de su crédito, entre los varios posibles, por el procedimiento de apremio regulado en los artículos 1.481 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil.”

“Considerando que el Estado goza con arreglo al artículo 194 de la Ley Hipotecaria y 130 del Estatuto de Recaudación de 1948— en vigor en el momento en que sucedieron los hechos— una preferencia sobre los bienes de los contribuyentes para el cobro de los impuestos, que tiene el carácter de hipoteca legal y anterior a todas las otras que pudieran existir, aunque estén ya inscritas, siempre que se refiera al importe de la anualidad corriente y de la última vencida y no satisfecha de las contribuciones que directa e individualmente recaen sobre los inmuebles, pero no respecto de créditos que no ostenten esa cualidad, ya que entonces la prelación no afectará a quienes hubiesen inscrito su derecho con anterioridad a la inscripción de la referida garantía;”

“Considerando que en el caso examinado no se trata exclusivamente de un crédito singularmente privilegiado con la hipoteca preferente a que se refiere el artículo 194 de la Ley Hipotecaria, pues junto al mismo se han englobado otros créditos que carecen de tal privilegio, sin que se haya delimitado con claridad los límites de una y otra garantía, por lo que en principio no parece que deba extenderse a la totalidad una preferencia que sólo corresponde a una parte, con la ineludible consecuencia de extinguir una hipoteca anterior no preferente y que de no ser por



aquella circunstancia, según las disposiciones hipotecarias vigentes, debería de subsistir;"

"Considerando que el procedimiento judicial sumario en la regla 5.<sup>a</sup> del artículo 131 de la Ley Hipotecaria ordena la notificación de la existencia del procedimiento a todos los titulares de cargas o derechos reales constituidos con posterioridad a la inscripción de la hipoteca que garantiza el crédito del actor y antes de la expedición de la certificación registral de cargas, con lo que se logra que todos los interesados tengan conocimiento de la situación, y puedan defender sus intereses incluso mediante el pago y subsiguiente subrogación en los derechos del acreedor;"

"Considerando que, por el contrario, el procedimiento del juicio ejecutivo no contiene una norma similar a la regla 5.<sup>a</sup> del artículo 131 de la Ley Hipotecaria antes indicada, ya que el artículo 1.490 de la Ley de Enjuiciamiento Civil sólo ordena la notificación a los acreedores de segundas y posteriores hipotecas, sin que se hallen comprendido aquellos que hubiesen obtenido anotación de embargo, y por ello seguramente en el caso concreto de este expediente, no se hizo la notificación al titular de la misma, que era la Hacienda Pública, aunque podría haberse pensado que al tratarse en parte de un crédito singularmente privilegiado con carácter de hipoteca tácita, pudiera entenderse incluido, a efectos de la notificación, dentro de la norma legal, todo lo cual ha motivado que al no tener conocimiento de la existencia de la ejecución, no interviniera en defensa de sus intereses en la forma señalada en los artículos 1.490 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil;"

"Considerando que de todo lo expuesto, y teniendo además en cuenta que la anotación preventiva de embargo a favor de la Hacienda Pública es anterior a la fecha de la anotación de embargo realizada a favor del acreedor hipotecario y a la nota marginal de expedición de la certificación de cargas en el procedimiento ejecutivo; que el acreedor hipotecario tuvo conocimiento de la existencia del procedimiento de apremio administrativo, por habérselo notificado, según resulta del expediente, y que realizada correctamente la inscripción a favor del Estado no cabe en la forma planteada, que en el recurso gubernativo puede ser modificada la situación existente, sin perjuicio de las acciones judiciales o administrativas que los interesados pueden ejercitar, o de que por la presentación en regla de nuevos documentos, como los anunciados por el Abogado del Estado en su informe, se proceda a una nueva calificación,"

"Esta Dirección ha acordado revocar el Auto apelado, y confirmar la nota del Registrador."

### *Consideraciones críticas*

Esta Resolución—apenas comentada por la doctrina—creo que está dictada más en función de un final que se adivina feliz que en el rigorismo legal a que un conjunto de preceptos y unas actuaciones poco lógicas obligarían a sujetarse. En la emisión de un informe que hace el Abogado del Estado de la Delegación Provincial de Hacienda respectiva se dice que el acreedor que parece perjudicado en todo este proceso, esto es, el

Banco Español de Crédito, había satisfecho los llamados créditos tributarios preferentes y la asistía un acto anulatorio de adjudicación de la finca discutida al Estado, lo cual viene a reponer en el orden lógico hipotecario la situación que se complica inexplicablemente por una serie de actuaciones. Claro está que si esto se advierte en el primer considerando de la Resolución queda ésta ya sin la garra suficiente para penetrar en la serie de problemas que hubieran podido plantearse si de verdad no hubiera sucedido el último hecho relatado del que —por no tener conocimiento el Registrador— no cabe ser tenido en cuenta en el recurso, conforme la doctrina del artículo 117 del Reglamento Hipotecario.

Entiendo que si todo ello ha tenido o tendría un final feliz, el intérprete no debe excudarse de afrontar, o por lo menos apuntar, una serie de cuestiones que parecen aflorar tanto en los informes emitidos como en parte de los considerando de la Resolución. Pudieran ser estos problemas los siguientes: prioridad y preferencia; acción ejercitada por el acreedor hipotecario y notificaciones a realizar.

#### *A. Prioridad y preferencia*

En el juego del principio de prioridad formal de presentación y orden de despacho de documentos juega también, como en otra resolución comentada en esta tanda que ahora publico, la llamada preferencia sustantiva que establece en determinados casos la Ley. Por el juego conocido del artículo 194 de la Ley Hipotecaria, 130 (del Estatuto de Recaudación de 1948) y 37 y 38 (del Reglamento General de Recaudación de 14 de noviembre 1968), el Estado goza de preferencia excluyente para el cobro de los impuestos que gravan las fincas directamente por el importe de la anualidad corriente y la última vencida y no satisfecha. Es decir, que aunque un acreedor hipotecario tenga inscrita su hipoteca como primera sobre una determinada finca, siempre existirá un acreedor prioritario, cual es el Estado, para el cobro del impuesto citado y la cantidad dicha.

Lo curioso del presente caso es que esta preferencia estatal se quiere hacer prevalecer sobre una hipoteca “por impuestos que no recaen directamente sobre la finca”, salvo en una parte, agrupándose en la ejecución de débitos por tráfico de empresas, cuota por beneficios y contribución industrial que no gozan de la citada preferencia. Es decir, la acumulación que se hace de todos esos débitos —justificable desde un punto de vista de procedimiento como economía procesal— no puede tener la trascendencia de anteponerse totalmente a una hipoteca vigente y primera. Las razones por las cuales se hizo no constan, pero sí había una alusión a esta circunstancia en el escrito del recurrente. Y es curioso que el vigente Reglamento de Recaudación admite en su artículo 106 la acumulación de cuantos débitos tenga el interesado en la misma Zona al iniciarse el expediente por los distintos conceptos tributarios. Esta acumulación resulta sumamente peligrosa, pues a la hora de la ejecución —así englobados todos los débitos— cobran preferencia, es decir vienen a violar un principio de prioridad en aras de una economía procedimental.



Entiendo que en este caso lo procedente hubiera sido la especificación en el mandamiento de embargo de la cantidad que por cada impuesto se ejecutaba, para que luego en la adjudicación pudiese el Registrador denegar parcialmente la misma, pero el artículo 122 del Reglamento de Recaudación, en su apartado d), y como circunstancia de los mandamientos sólo habla del importe total del débito que se persiga”, aunque al añadir “concepto o conceptos a que corresponda” podría perfectamente exigírsele ese inevitable desglose, máxime cuando el artículo en el apartado dicho termina contraponiendo “el importe total del débito” al “importe total de la responsabilidad”. Nada de esto parece que se exigió por el Registrador actuante, quizá porque en su visión del siguiente problema no conectó la hipoteca con el procedimiento ejecutivo.

La Dirección General, sin embargo, apunta claro sobre el problema, ya que dice que junto al crédito privilegiado se han englobado otros créditos que carecen de esos privilegios, “sin que se hayan delimitado con claridad los límites de una y otra garantía, por lo que, en principio, no parece que deba extenderse a la totalidad una preferencia que sólo corresponde a una parte”. Lo curioso del caso es que, como luego resulta que todo se soluciona o se va a solucionar bien, nada vuelve a decir sobre el tema y da por buena la situación creada.

#### B. *Acción ejercitada*

Realmente todos hemos estudiado que de un crédito garantizado con hipoteca surgen dos acciones claramente deslindadas: la *acción personal* que se dirige contra el deudor de pedir al Juez una sentencia “condenatoria” contra el obligado y una *acción real* que se dirige contra los bienes hipotecados para ejecutar sólo éstos y que procesalmente se concreta en la obtención de una suma de dinero mediante la enajenación forzosa de la finca gravada. Creo que ambas discurren por caminos completamente opuestos y que conociendo la forma operativa bancaria se hubiese optado en el presente supuesto por el ejercicio de una acción personal con responsabilidad sobre la totalidad de los bienes de los deudores, en vez de ejecutar la hipoteca por cualquiera de los procedimientos que la Ley admite.

Quizá en la elección de procedimientos no estuviera muy diligente o muy preciso el Banco (aunque pudiera haber tenido sus razones), pero lo cierto es que sería muy de desear que se hubiera precisado que la elección del procedimiento no vinculaba por supuesto la caracterización de la acción. De todos es conocido que para el ejercicio de la “*acción real*” hipotecaria pueden utilizarse los procedimientos declarativo ordinario, el ejecutivo ordinario, el judicial sumario y el extrajudicial.

De todos esos procedimientos se utiliza el “*ejecutivo ordinario*” que regulan los artículos 1.429 y siguientes de la LEC y no creo con consistencia la argumentación del Registrador para entender que la acción ejercitada fuera la “personal”, pues esa relación que el mandamiento judicial contiene al crédito hipotecario, a la escritura en que se contiene y a la inscripción que lo ampara no puede ser más clara, aparte que si

examinamos la decisión judicial ésta no es “condenatoria”, sino “ejecutiva”, desembocando en el otorgamiento de la escritura pública en rebeldía...

Este artilugio de la acción personal —cosa que negó el Juez que intervino en el procedimiento— no debió nunca alterar las prioridades, ni las prelación. Primero estaba la hipoteca, luego la anotación preventiva a favor del Estado, que parcialmente se anteponía a la hipoteca en la parte de crédito que resultaba preferente y luego otra anotación preventiva de embargo, consecuencia de la ejecución hipotecaria y preceptuada por el artículo 1.490 de la LEC, que, por supuesto, era preferente a la anterior por tratarse de un crédito de fecha superior, conforme al artículo 44 de la L. H. y 1.923 del C. c.

La Dirección General, aunque no lo diga expresamente, deja inducir de sus palabras que de “acción personal” no existe nada en este conjunto complejo y discutido. En el cuarto considerando es curioso que la Dirección se refiera no a “acciones” ejercitables por el acreedor hipotecario, sino a “procedimientos”, aclarando que éste optó “por el procedimiento de apremio regulado en los artículos 1.481 y siguientes de la LEC”.

### C. Notificaciones

Dentro de la nota del Registrador juega también el problema de las “notificaciones” que como tema de su calificación le vale para denegar la orden de cancelación que el mandamiento judicial ordena en base de la ejecución hipotecaria para todas las inscripciones posteriores a la nota marginal de expedición de certificación de cargas que figuraba en el Registro.

Al no haberse notificado expresamente a la Hacienda o representación del Estado, por ser titular de un crédito singularmente privilegiado, es defecto que el Registrador estima y que, según su opinión, viola lo dispuesto en el artículo 1.490 de la LEC.

La Dirección dedica a este punto dos considerandos, pues era preciso señalar y destacar cómo la letra del precepto que el Registrador invoca no dice nada de la notificación a los acreedores preferentes, sino que se limita a señalar que es preciso notificar a los acreedores de segundas o posteriores hipotecas, sin que se hallan comprendidos los que hayan obtenido anotación de embargo y hemos quedado que el Estado no era preferente de los otros débitos fiscales. No es preciso confundir este precepto con el artículo 131 de la L. H., en el cual sí se ordena que la notificación se haga “a todos” los titulares de cargas o derechos reales constituidos con posterioridad a la inscripción de hipoteca.

Aun admitiendo que se tratase de “acreedor hipotecario” de carácter tácito y preferente, es evidente que la notificación no hubiera sido necesaria, pues si la letra del artículo 1.490 no miente, sólo a los titulares de “segundas o posteriores hipotecas” se hará la notificación. Todo en base del artículo 132, 2 de la Ley Hipotecaria que declara subsistentes las que sean preferentes y del artículo 175, 2 del Reglamento Hipotecario que se refiere a la purga o liberación de las cargas de inferior rango o posterior-



res, entre las cuales —como apuntan ROCA basándose precisamente en el artículo 1.490 de la LEC— no deben ser consideradas las *hipotecas segundas* o posteriores a cuyos titulares siempre es preciso notificar.

Lo único que no concuerda muy bien, en materia de notificaciones, es la que se hace al acreedor hipotecario por el Agente ejecutivo en base de la anotación preventiva de embargo, aunque esta actitud de no comparecer en el expediente administrativo quizá demuestre la creencia que el acreedor hipotecario tenía de ser preferente registralmente.

**COMPRAVENTA.** ES INSCRIBIBLE LA ESCRITURA DE COMPRAVENTA OTORGADA POR LA COMISIÓN DE ACREEDORES DE UNA SOCIEDAD MERCANTIL EN SUSPENSIÓN DE PAGOS, CON FACULTADES PARA ELLO Y DE ACUERDO CON LO ESTABLECIDO EN EL CONVENIO DE SUSPENSIÓN. (Resolución de 27 de noviembre de 1974, *Boletín Oficial del Estado* 17 diciembre 1976).

*Hechos.*—Resultando que el 24 de agosto de 1973 la Sociedad Anónima FRANCO ESPAÑOLA DE NUTRICION ANIMAL (SAFENA) vendió a GARCIA GALLEGO, S. A., en escritura pública autorizada por el Notario de Sevilla don José Bono Huerta, una fábrica de piensos y material industrial de su propiedad; que esta transmisión la efectuó SAFENA de acuerdo con la Comisión Liquidadora nombrada en el Convenio de Suspensión de pagos existentes entre aquélla, cuando es denominada PIENSOS ROYGA, S. A., y sus acreedores, aprobado por el Auto del Juez de Primera Instancia de Carmona, con fecha 9 de diciembre de 1970; que dicho acuerdo plasmado en documento de 18 de agosto de 1973 fue adoptado por los respectivos representantes de los miembros de la Comisión Liquidadora inscrita en el Registro Mercantil; que la referida Comisión Liquidadora, dada la difícil situación económica de SAFENA, acordó, de conformidad con sus acreedores y con la Entidad suspensa la venta de los bienes realizables, entre los que se encontraba la fábrica de piensos y maquinaria que fueron vendidos al mejor postor; que en el citado Convenio de suspensión de pagos aparecen entre otros los siguientes acuerdos: Quinto: No cumplidos por “Pienso Royga, S. A.”, algunos de los plazos, porcentajes y moratorias que se determinan en los apartados precedentes, habrá lugar a la venta de sus bienes en cuanto fuere preciso hasta completar el pago de los créditos pendientes, con arreglo a las siguientes normas: 1) Nombramiento de una Comisión Liquidadora, compuesta de tres miembros designados entre los acreedores, y otros tres sustitutos para los casos de renuncia, ausencia, incapacidad, imposibilidad o cualquier otro motivo, de los primeramente designados. 2) El período de liquidación se abrirá automáticamente desde el momento en que el incumplimiento se produzca, bastando para ello que la Comisión designada notifique por conducto notarial a la Entidad deudora que inicia el desempeño de sus funciones. Sin embargo, cuando sólo queden pendientes de pago los porcentajes correspondientes a los créditos particulares que se posponen, pertenecientes a don Rafael Rodríguez Fernández y “Sarb Española, S. A.”, la Comisión no comenzará sus

funciones ni se entrará en período de liquidación, hasta que no reciba notificación de los titulares de dichos créditos, cursada notarialmente, comunicando su decisión en este sentido. 3) Recibida la notificación por la Comisión Liquidadora, deberá la Entidad suspensa, en el plazo de los siguientes cinco días hábiles, ponerse al corriente en el pago de las sumas pendientes, o proceder al otorgamiento de poder notarial irrevocable a favor de los miembros de la Comisión, bastante para que dos de ellos actuando mancomunadamente puedan enajenar a título oneroso los bienes muebles e inmuebles de la Sociedad. Transcurrido este plazo sin que la Entidad suspensa verifique el pago o lleve a cabo el apoderamiento de que se habla en el apartado anterior, se considerará incumplido el Convenio y quedarán los acreedores en libertad de ejercitar las acciones que conjunta o separadamente les competan. 4) La Comisión Liquidadora tendrá las más amplias facultades para la venta de los bienes de la Sociedad, sin otras limitaciones que las siguientes: a) Sólo en último lugar procederá a la enajenación de la fábrica, sita en Carmona, carretera de Alcalá, kilómetro 2,2. b) En todo caso, notificará a la Entidad deudora el precio y condiciones de la Operación proyectada, concediéndole un plazo no inferior a un mes para que ésta presente un comprador que mejore la oferta. Efectuada la venta de cualquiera de los bienes, los titulares de los créditos que hayan instado reclamación ejecutiva y trabado embargo sobre ellos, se obligan a proceder a su cancelación a costa de los deudores, especialmente si se tratase de anotaciones preventivas sobre bienes inmuebles, prestando desde ahora su consentimiento a dicha cancelación y respondiendo de los daños y perjuicios que puedan originarse a la Entidad deudora o a los acreedores si llegado ese momento y requerido por una u otros no prestase la actividad jurídica necesaria al efecto. 5) Las cantidades que obtengan con la venta de los bienes serán distribuidas por la Comisión Liquidadora proporcionalmente a la cuantía inicial de los créditos, comenzando por los preferentes y las costas; debiendo la Comisión abrir una cuenta corriente de una entidad bancaria, cuya disposición será mancomunada mediante la firma de dos de sus miembros. La distribución de dichas sumas deberá efectuarla la Comisión en el plazo de quince días a partir del momento en que obre en su poder. 6) La Comisión podrá decidir en cada caso sobre la conveniencia de que los documentos, públicos y privados, de venta se otorguen directamente por la Entidad deudora, quedando ésta desde ahora obligada a prestar su consentimiento y firma. 7) La Comisión Liquidadora sólo se entenderá válidamente constituida para adoptar sus acuerdos cuando concurren a ella la totalidad de sus miembros. Los acuerdos deberán adoptarse por unanimidad, pudiendo delegarse en otro miembro de la Comisión la asistencia a cada una de las reuniones que se celebren. La Comisión celebrará reuniones periódicas bimestrales, en el domicilio de la Sociedad suspensa o en cualquier otro que designen sus miembros. Los acuerdos adoptados por la Comisión se recogerán en un libro de Actas, que serán firmadas por los asistentes en la propia reunión o en la siguiente. 8) El miembro de la Comisión que deje de asistir, por sí o por Delegado, a dos reuniones consecutivas o cuatro alternas, cesará.



como tal, ocupando su lugar el primero de los designados como sustitutos. 9) Podrá la Comisión asesorarse de profesionales del Derecho y Agentes de la Propiedad Inmobiliaria y realizar la publicidad que estimare conveniente para el éxito de su misión, siendo a cargo de la Sociedad deudora los gastos que con ello se originen. 10) Los miembros de la Comisión percibirán por su gestión liquidadora el uno por ciento sobre el producto bruto de los bienes cuya venta realice, dividiéndose entre los mismos por iguales partes la cantidad así obtenida. 11) Sin perjuicio de las facultades expresadas en orden a la liquidación de los bienes sociales, compete también a la Comisión el decidir las reclamaciones de los acreedores respecto a la Sociedad o de ésta frente a aquéllos en orden a la cuantía y naturaleza de los créditos sometidos a discusión o que deriven de las vicisitudes futuras de las relaciones crediticias actualmente vigentes. A este respecto, la Comisión examinará las pruebas que le fueren presentadas por ambas partes y ponderará las alegaciones que se le hicieren, resolviendo la mayoría de votos de sus miembros y con carácter firme y definitivo la cuestión de que se trate. Será aplicable a ello, si alguna de las partes lo pidiere, la Ley de Arbitraje, considerándose desde ahora designados como árbitros de equidad los comisionados, señalándose un plazo de treinta días para otorgar la escritura de compromiso, ante el señor Notario, Decano de Sevilla, contados a partir desde el momento que cualquiera de las partes requiera a la otra notarialmente. Sexto: Durante el período de cumplimiento del Convenio podrá la Entidad deudora, sin intervención de la comisión designada, proceder a la venta de los bienes sociales, con entera libertad de precio y condiciones, pero deberá destinar su importe al pago de los créditos, con cargo a la anualidad corriente y sucesivas, si excediese de la primera. La presente disposición no se aplicará a la fábrica sita en el kilómetro 2,5 de la carretera de Alcalá, necesitando para su venta consentimiento de la Comisión Liquidadora, salvo que su precio fuese suficientemente para pagar el resto de los créditos pendientes, ya que en este último supuesto podrá la Entidad deudora efectuar su enajenación sin limitación de clase alguna. Necesitará también el consentimiento de la Comisión Liquidadora para cualquier acto de gravamen sobre sus bienes inmuebles”.

Resultando que presentada en el Registro primera copia de la escritura de compraventa mencionada, fue calificada con nota del tenor literal siguiente: “Denegada la inscripción del precedente documento por observarse los siguientes defectos: 1) Falta de justificación en forma documental pública, del carácter con que interviene don Andrés Cuesta Martín, en nombre y representación de la Sociedad Anónima Franco Española de Nutrición Animal. 2) Falta de justificación en forma pública del carácter con que intervienen los señores Márquez Suárez, López Díaz y Jiménez de León Sotelo, integrantes de la Comisión Liquidadora. 3) Falta de justificación en forma documental pública, del carácter con que don Sebastián García Rodríguez en nombre y representación de “García Gallego, S. A.”. 4) Falta de inscripción en el Registro Mercantil de esta última Sociedad. 5) Falta de cumplimiento de los apartados quinto y sexto del Convenio acordado entre la Sociedad Anónima Franco Española de Nutrición Animal y sus

●

acreedores, aprobado por auto del Juez de Primera Instancia de este Partido el 9 de diciembre de 1970.

El defecto número cinco tiene la consideración de insubsanable, por lo que no procede anotación preventiva, que tampoco se ha solicitado”.

Resultando que el nombrado Procurador en la representación que ostentaba, interpuso recurso gubernativo contra el último defecto de la anterior calificación y alegó: Que con la misma fecha presenta la documentación que considera suficiente para subsanar los defectos señalados con los números 1, 2, 3 y 4 de la nota calificadora; que el objeto de reclamación del recurso es el señalado en la misma con el número 5, considerado como insubsanable, que se refiere a la falta de cumplimiento de los apartados quinto y sexto del Convenio entre SAFENA y sus acreedores; que si bien a primera vista parece que el señor Registrador ha señalado con claridad y precisión los defectos en que se basa esa calificación denegatoria, al acudir a los apartados citados del Convenio, resulta que el apartado quinto contempla la fase de incumplimiento, por parte de la Entidad suspensa, de plazos, porcentajes, moratorias y de la venta de sus bienes para el pago de los créditos pendientes, estableciendo las normas por las que se ha de regir aquélla, las cuales se encuadran en doce subapartados, insertándose a su vez, en algunos de éstos varias reglas; que por otra parte el apartado sexto regula la fase de cumplimiento estableciendo a su vez las normas por las que se ha de regir ésta; que en consecuencia, ni se señalan clara y precisamente cuáles son los concretos defectos, ni tampoco los motivos de la calificación; que esta defectuosa redacción de la nota, que contraviene las normas contenidas en los artículos 106 y 127 del Reglamento de la Ley Hipotecaria, deja a la parte recurrente en situación de indefensión al ignorar cuál es el hipotético defecto considerado como insubsanable; que en este sentido se pronuncia la Dirección General de los Registros en su Resolución de 24 de diciembre de 1948, al afirmar que “las notas calificadoras, deben ser redactadas en forma clara y precisa, sin ambigüedades, oscurecimientos o generalidades que puedan inducir a error o causar indefensión a quien de buena fe las impugna”; que esa falta de claridad y precisión de la nota del calificador se pone de manifiesto al configurar el defecto como falta de cumplimiento de los apartados quinto y sexto, ya que al referirse el quinto al caso de incumplimiento y el sexto al de cumplimiento del Convenio, no es posible que simultáneamente se infrinja lo dispuesto en uno y otro apartado, por lo que existe, pues, una evidente y formal incongruencia; que si el Registrador hubiera encontrado un defecto claro, insubsanable, debería denunciarlo concretamente en su nota y no hacer una referencia vaga e incluso incongruente a dos apartados del Convenio, ya que esta referencia indiscriminada presupone la violación del principio de legalidad registral contenido en los artículos 18 de la Ley Hipotecaria y 98 del Reglamento; que en este sentido la Dirección General de los Registros y del Notariado ha declarado reiteradas veces que: “la calificación hipotecaria no se puede apoyar en meras presunciones ni en hechos por tratarse de circunstancias negativas —declaración del Contador-Partidor de no haber tenido conocimiento



de su nombramiento— no son demostrables en el procedimiento registral, en el que las manifestaciones de los contadores, no desvirtuadas eficazmente, ni siquiera impugnadas por los interesados han de producir sus efectos (Resolución de 12 de abril de 1951), y que “como reiteradamente ha declarado este Centro al interpretar el artículo 18 de la Ley, dichos funcionarios calificarán la legalidad de los documentos presentados por lo que resulte de los asientos del Registro” (Resolución de 22 de diciembre de 1956); que suponiendo que la referencia de incumplimiento del Convenio, aluda a una hipotética prohibición absoluta de enajenar por parte de la entidad suspensa, debe señalar que los apartados quinto y sexto del mismo no establecen, ni lógicamente pueden establecer, tal carácter de prohibición, y que únicamente prevén la intervención en determinados casos de la Comisión Liquidadora nombrada a fin de garantizar los legítimos intereses de los acreedores de la entidad suspensa, y hubiese ido en contra de esos mismos intereses establecer una regla impedidora de ventas, cuyo producto íntegro va a ser objeto de reparto proporcional entre los acreedores de la Sociedad suspensa; que los términos de la escritura cuya inscripción se ha denegado evidencian que la transmisión convenida en ella se ha realizado con el riguroso cumplimiento de las reglas establecidas en el Convenio; que los tres representantes de la Comisión Liquidadora nombrada en el Convenio intervienen directamente en el otorgamiento para mayor garantía de los acreedores, la venta se formaliza por el representante de la Entidad deudora y las cantidades procedentes de la venta se destinan al reparto proporcional entre los acreedores; que de acuerdo con lo ya expuesto es evidente que no existe incumplimiento del Convenio en cuanto a la transmisión efectuada por la Entidad suspensa; que de existir algún defecto rebasaría los límites de la función calificadora el decidir sobre el cumplimiento o no de un Convenio, cuando en ese caso la denuncia de defectos no puede partir de asientos registrales, ya que la simple lectura de las normas contenidas en los apartados quinto y sexto, que se dicen abstractamente incumplidas, ponen de manifiesto que la efectiva aplicación de la mayoría de aquéllas no tiene reflejo registral, por lo que no puede ser comprobable su concreto cumplimiento, y por ello la legalidad o no de la actividad de la Entidad suspensa y de la Comisión Liquidadora han de dirimirse, hipotéticamente, en un procedimiento judicial instado por persona interesada en el que sea factible si se han respetado o no las normas del Convenio; que, no obstante, si partiendo de la interpretación estricta del Convenio y a la vista de los asientos registrales se considerara la existencia de un posible defecto formal en el otorgamiento de la escritura o en su contenido, éste sería siempre subsanable, ya que se basaría en hechos no acreditados debidamente en aquéllas o en el cumplimiento o no de algún trámite, circunstancias susceptibles de convalidación;

Resultando que el Registrador informó: Que de conformidad con el artículo 116 del Reglamento Hipotecario se ratifica en los defectos observados, bajo los números 1 a 4 en la nota recurrida, aun cuando según declaración del recurrente no son objeto de reclamación, quizá debido a la errónea creencia de que tales defectos han quedado subsanados me-

diante la presentación en el Registro de dos instancias suscritas una de ellas por don Sebastián García Rodríguez y la otra por don José Bono Huerta, Notario autorizante de la escritura objeto del presente expediente, a las que acompaña diversos documentos; que en relación con el defecto número 5 de la nota que es objeto de reclamación manifiesta que no ha estampado en la misma "falta de cumplimiento simultáneo de los apartados quinto y sexto", sino que tan sólo se ha referido a falta de cumplimiento, que, naturalmente, lo será de uno de los apartados, pero no de los dos a la vez; que ha tenido en cuenta para su calificación lo que resulta de la escritura, sus documentos complementarios, y los asientos del Registro, según lo ordenado en el artículo 18 de la Ley Hipotecaria; que ni la una ni los otros contienen elementos de juicio para afirmar si la Entidad sujeta a suspensión de pagos está cumpliendo el Convenio con sus acreedores o bien lo está incumpliendo, y simplemente en la nota afirma que no se ha respetado el Convenio, ni con las normas dictadas para el caso de cumplimiento ni con las del supuesto incumplimiento; que en consecuencia la nota carece de la incongruencia que se le imputa, ratificándose el informante en el defecto observado; que discrepa de la afirmación del recurrente al atribuir a la nota falta de precisión, ya que si en efecto el apartado quinto del Convenio tiene once subapartados del artículo 5.º, ni podía distinguir entre los inexistentes del artículo 6.º por la simple razón de que ambos han sido vulnerados en bloque; que de la escritura presentada, de sus documentos complementarios y de los asientos del Registro, se deduce que se ha hecho caso omiso, en su totalidad, del procedimiento establecido para la enajenación de bienes, y no se ha justificado el cumplimiento de ninguno de los trámites establecidos cuando era a los otorgantes del documento a los que incumbía dicha justificación; que para estas afirmaciones se atiende estrictamente a los documentos presentados y asientos registrales vigentes en el momento de redacción de la nota; que es doctrina reiterada de la Dirección General de los Registros y del Notariado que la calificación registral ha de fundarse en los datos vigentes en el momento en que se produce, y que en los recursos gubernativos no pueden discutirse hechos producidos o documentos presentados con posterioridad; que, en consecuencia, la nota carece de la imprecisión que se le imputa; que el Registrador informante se ha abstenido de afirmar que existiera una prohibición absoluta de enajenar; que se ha violado totalmente el Convenio y así no se ha justificado en forma que deba aplicarse el punto 5.º del mismo y consiguientemente, no se ha justificado el cumplimiento de los puntos 2 y 3 del tantas veces citado apartado quinto del Convenio; que lo mismo puede afirmarse de los fundamentalísimos puntos 4 y 5 del repetido apartado quinto; que, por el contrario, los pactos contenidos en la escritura objeto del presente recurso, representan una violación tajante de las cláusulas del Convenio, como es la retención por la Sociedad compradora de seis millones quinientas mil pesetas, con los fines que se indican, lo que está en manifiesta contradicción con el punto 5.º del apartado quinto, y aunque la estipulación está redactada con gran oscuridad, de ella resulta que desde luego ni la cantidad que se obtiene con la venta es distribuida por



la Comisión Liquidadora conforme a lo ordenado, ni se justifica claramente que la compañía compradora obtenga, en cuanto acreedora de la vendedora, el mismo trato que los restantes acreedores sociales, extremo este sustancial en toda suspensión de pagos; y que, en resumen, la violación del apartado quinto (y en su caso del sexto) del Convenio celebrado entre la Entidad suspensa y sus acreedores cae bajo la sanción de nulidad, por oponerse a la Ley de 26 de julio de 1922, en especial a sus artículos 1.º y 17;

Resultando que el Presidente de la Audiencia confirmó la nota del Registrador por razones análogas a las expuestas por dicho funcionario;

*Doctrina.*—“Considerando que en este expediente solamente se ha de examinar la cuestión relativa al quinto y último defecto, único sobre el que se ha recurrido, y que hace referencia a la falta de cumplimiento del Convenio acordado entre la Sociedad declarada en suspensión de pagos y sus acreedores, lo que motiva que el Registrador en su informe califique de que “el negocio jurídico es nulo de pleno derecho por contradecir los artículos 1 y 17 de la Ley de 26 de julio de 1922”;

“Considerando que la suspensión de pagos, por ser un proceso de eliminación, tiene por objeto evitar la ejecución general de carácter mercantil del suspenso mediante la formalización de un convenio entre el deudor y los acreedores en el que se aplazan o rebajan los créditos existentes, convenio que al tener que ser aprobado por el juez es configurado por los autores como un negocio jurídico complejo, al estar integrado por factores contractuales y procesales, y que —según reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo— debe ser cumplido como los demás contratos mercantiles, y en tanto subsista quedan las partes obligadas a cumplirlo en todo su contenido y extensión”;

“Considerando que si la falta de cumplimiento del Convenio fuera debida a la conducta del suspenso, el artículo 17 de la Ley de 26 de julio de 1922 en su último párrafo establece como sanción la rescisión del suscrito Convenio a solicitud de cualquiera de los acreedores, con la subsiguiente declaración de quiebra del deudor ante el Juez que hubiera conocido de la suspensión, guardando en cambio silencio la Ley cuando hubieren sido los acreedores quienes lo hayan incumplido”;

“Considerando que en el presente caso y de acuerdo con lo pactado en el apartado quinto del Convenio había de procederse a la venta de los bienes de la Entidad suspensa con las garantías que en favor de la misma se habían establecido, lo que ha tenido lugar a través de la escritura calificada, en donde, además de la comparecencia de los miembros de la Comisión Liquidadora y el comprador —tal como preveía el Convenio—, al haberse añadido la presencia del deudor se ha dado una garantía plena al acto realizado, que hace innecesario el cumplimiento de las limitaciones impuestas a la mencionada Comisión, pensadas exclusivamente para el supuesto en que el suspenso no interviniera personalmente en la operación de venta de sus bienes”;

“Considerando que no parece exista tampoco vulneración del Convenio al haberse pactado en la escritura la cláusula de retención de parte del precio por la Sociedad compradora con la finalidad de satisfacer el

importe de las cargas inscritas o anotadas y asumir la obligación de satisfacer los créditos de los acreedores preferentes titulares de las mismas, que conservan íntegramente su garantía, por lo que es de natural consecuencia que su importe sea retenido de la cantidad líquida a percibir por el vendedor”;

“Considerando que el asegurarse que al precio de la venta se le ha dado por la Comisión Liquidadora que actúa en nombre de los acreedores el destino fijado en el Convenio y se ha distribuido en proporción al importe de su respectivos créditos, tal como señala una de sus cláusulas y aparece recogido en la escritura discutida, excede de las facultades de calificación, pues es un acto posterior a la propia venta, independiente por otra parte de la voluntad del deudor, por lo que no tendría aplicación el último párrafo del artículo 17 de la Ley de Suspensión de Pagos, y que en último término afectaría a las relaciones entre los miembros de la Comisión Liquidadora y los acreedores que los nombraron, pero no a la validez de la compraventa realizada”;

“Considerando que, a mayor abundamiento, en un supuesto similar al planteado en este recurso, el Tribunal Supremo, en Sentencia de 22 de diciembre de 1911, tiene declarado que mientras no se indique de una manera expresa en el juicio correspondiente la nulidad de los actos realizados por la Comisión de Acreedores no pueden negarse virtualidad a todos aquellos que aparezcan otorgados por quienes ostenten facultades para hacerlos”;

“Esta Dirección ha acordado revocar el Auto Apelado”.

### *Consideraciones críticas*

El problema de la suspensión de pagos, como situación intermedia entre la gestión normal del comerciante y la quiebra del mismo, no es nítida del todo frente a dos problemas que íntimamente se relacionan con la misma: el problema fiscal de una parte y el registral de otra. Todos sabemos, porque así lo dice la Ley de Suspensión de Pagos de 26 de julio de 1922, que presentados los documentos precisos ante el Juez Competente para que sea declarada la situación de suspensión, el Juez decreta a través de una providencia la misma y esta providencia se anotará, además de en el Juzgado, en los Registros Mercantil y de la Propiedad donde estén inscritos los inmuebles del suspenso (artículo 4).

Recuerdo con auténtica tristeza la primera suspensión de pagos que se produjo en mi distrito hipotecario y la presentación de la providencia que, previamente, y antes de inscribirla, había que liquidarla o declararla no sujeta o exenta. Ese asunto provocó en mí la publicación de un comentario en el “Boletín de Información del Colegio Nacional de Registradores”, defendiendo la “necesidad” de liquidar dicha providencia. La publicación y la tesis produjo cierto revuelo dentro de los encargados de la liquidación y los criterios se dividieron y eso que existía —aparte de las razones que yo daba— una Resolución del Tribunal Económico Administrativo de 23 de marzo de 1972 en la que claramente se consideraba el acto como liquidable. Confieso que mi postura era inevitable, pues de



haber opinado lo contrario, como el acto excedía de la cuantía que exigía la aprobación de la Abogacía del Estado, la solución hubiera sido la contraria y de esa forma un tanto contradictoria logré la aprobación de una exención después de muchas incidencias y de un recurso interrumpido. Por supuesto, aquella providencia de suspensión de pagos nunca más la vi aparecer por el Registro. La inscripción siempre es voluntaria.

Si cuento todo esto es porque a la hora de enfocar el problema central de esta Resolución veo que se parte o parece partirse de la anotación de suspensión y de la inscripción del convenio que el suspenso celebró con sus acreedores y que aprobó por medio de auto el Juez. Parece que así es, aunque recientemente he tenido otro asunto registral en el que apoyándose en un "convenio" que se dice existente se trata de hacer constar en el Registro una cesión gratuita a favor de un Ayuntamiento. Lo curioso del caso es que ni la providencia ordenando la situación de suspensión, ni el auto aprobatorio del convenio, se acompañan al documento, ni figuran inscritos en el Registro. Y la razón de esa falta de constatación registral debe de estar en el trámite previo de la liquidación, pues si prevalece mi criterio de liquidación es lógico que el documento trate de ocultarse para no hacer más gravosa la situación del suspenso.

Los hechos de esta Resolución no especifican mucho sobre estos problemas y creo que el punto central en que el juego de la solución gira es un problema de calificación, ya que el Registrador entiende que no se cumplen los términos del convenio y que el acto en sí debe ser considerado como nulo y no inscribible.

Parece ser que de la letra del convenio el suspenso estaba incumpliendo una primera fase de los "plazos, porcentajes y moratorias" establecidos, pero basándose precisamente en ese incumplimiento se arbitraba el sistema de venta, y por lo que al bien cuestionado se refiere, con intervención de la Comisión Liquidadora y el deudor.

La tesis de la Dirección General, basándose precisamente en la doble intervención de Comisión y deudor es que no queda incumplido el convenio, cuyas normas están dictadas para el caso en que este último no intervenga, pues su presencia y consentimiento elimina esa serie de limitaciones que parecen surgir del convenio en la discutida regla quinta.

Más trascendencia tiene a nuestro entender el problema del límite de la calificación, pues el Registrador no conforme con señalar este incumplimiento escriturario, prolonga su decisión a una serie de actos posteriores que, conforme al artículo 17 de la Ley de Suspensión de Pagos, sólo a los acreedores compete. La base de esta "inducción" de incumplimiento reside en esa cláusula pactada en la escritura en la que la Sociedad compradora retiene parte del precio con la finalidad de satisfacer los créditos de los acreedores preferentes y en otra cláusula de la misma escritura en la que se fija el destino de la cantidad obtenida por la venta.

Ambos supuestos caen fuera de la calificación, pues el primero, según la Dirección, no vulnera el convenio, ya que la retención de parte del precio es lógica si sobre el adquirente pesa la responsabilidad del pago de las cargas y anotaciones preferentes, debiendo entregar al vendedor la cantidad líquida que debe ser objeto de ulterior destino. El ir persi-

guiendo, con prolongación del acto inscrito, el destino del precio percibido es salirse, por así decirlo, "del folio registral". La imagen puede ser semejante, con las naturales diferencias, de la donación con finalidad determinada, que de ser incumplida puede quedar sin efecto. El negocio es perfecto, lo que sucede es que puede quedar anulado, revocado, etc., si el cumplimiento del fin queda en una fase posterior sin efecto.

Es más, la Dirección hace una precisión muy interesante a este respecto, pues elimina de su actuación al artículo 17 de la Ley de Suspensión de Pago y la intervención de los acreedores, ya que aquí no hay verdadero incumplimiento por parte del deudor, sino de la Comisión Liquidadora, que al no dar el destino debido al precio obtenido concedería acción a los acreedores para dirigirse contra dichos actos, pero no contra la compraventa realizada, que es perfecta y válida.

Creo que los razonamientos de la Dirección son lo suficientemente claros y contundentes para no insistir en un comentario que nada añadiría a esa doctrina. Además, como señala la misma Dirección, existe una presunción de validez de los actos realizados por la Comisión mientras no se indique en forma judicial lo contrario, según disponía la Sentencia de 22 de diciembre de 1911.

**MANDAMIENTO JUDICIAL.—NO ES INSCRIBIBLE UN AUTO DE ADJUDICACIÓN DE UNA FINCA DECRETADO POR EL JUEZ EN PROCEDIMIENTO EJECUTIVO, CUANDO EXISTE UNA ENAJENACIÓN ANTERIOR A LA ANOTACIÓN EN QUE SE BASA EL DERECHO DEL SEGUNDO ADQUIRENTE.** (Resolución de 13 de diciembre de 1974. *Boletín Oficial del Estado*, de 27 de diciembre 1974.)

*Hechos.*—Resultando que en virtud del juicio ejecutivo promovido por Cerámica Terras, S. A., contra don Jaime Gomís Artigues por razón del impago de unas letras de cambio, se expidió por el juzgado de Primera Instancia de Mataró número 1 mandamiento de embargo con fecha 8 de junio de 1972 sobre la finca siguiente, inscrita a nombre del ejecutado: Casa Torre, sita en San Ginés de Vilasar, en la Urbanización Santa María, con frente a la calle Doctor Fleming y otro frente a la calle Gaudí, inscrita en el Registro de la Propiedad de Mataró al tomo 1.178, libro 63 de San Ginés de Vilasar, folio 95 vuelto, finca 1.740, inscripciones 2.<sup>a</sup> y 3.<sup>a</sup>; que dicho mandamiento se presentó en el Registro de la Propiedad el 14 de junio de 1972, y se extendió la correspondiente anotación de embargo el 20 de septiembre del mismo año; que con posterioridad al mandamiento y un día antes de efectuarse la presentación de éste en el Registro, el ejecutado señor Gomís vendió a doña Teresa Requena Lázaro la finca en cuestión, mediante escritura pública autorizada por el Notario de Premiá de Mar, don Rafael Gimeno, con fecha 13 de junio de 1972; que la inscripción registral de la mencionada venta se efectuó el 2 de octubre de 1972, con fecha de asiento de presentación de 29 de septiembre anterior; que prosiguiendo el procedimiento el Juzgado ordenó al Registro la expedición de la certificación de cargas que afectan a la finca, prevenida en el artículo 1.489, 1.º, de la Ley de Enjuiciamiento Civil, siendo expedida con fecha 21 de octubre de 1972, señalándose en la mis-



ma una serie de cargas y en su último apartado la existencia de una nota marginal de fecha de 2 de octubre del mismo año, al margen de la inscripción 5.<sup>a</sup>, de afección de la finca al impuesto de plusvalía por la transmisión de Jaime Gomís a favor de doña Teresa Requena, pero sin que en ninguna parte de la mencionada certificación se relacione que la finca haya sido enajenada por don Jaime Gomís a la compradora; que por Auto de Julio de 1973 el Juzgado acuerda adjudicar a Cerámica Terras, S. A., la finca embargada, así como la cancelación de las cargas y gravámenes constituidos con posterioridad a la anotación de embargo a favor de la Sociedad anotante, pero al no indicarse nada acerca de la cancelación de las posibles inscripciones posteriores de dominio, por otro Auto adicional de 30 de enero de 1974, se ampliaba el anterior, acordando la cancelación de todas las inscripciones y anotaciones constituidas con posterioridad a la anotación de embargo; y que ya antes, en 7 de septiembre de 1973 y en cumplimiento del primer Auto citado, se expidió mandamiento al Registrador para que procediera a la cancelación de la anotación de embargo trabado;

Resultando que presentados en el Registro los anteriores Auto y mandamiento fueron calificados, respectivamente, con notas del tenor literal siguiente: "DENEGADA la adjudicación de finca a que se refiere el precedente Auto, al cual se acompaña otro ampliatorio de fecha 30 de enero del actual año, por pertenecer tal finca a doña Teresa Requena Lázaro, persona distinta del ejecutado don Jaime Gomís Artigas, cuya señora la adquirió por venta que le otorgó este último, en escritura autorizada por el Notario de Premiá de Mar, don Rafael Gimeno, a 13 de junio de 1972, que motivó la inscripción 5.<sup>a</sup> de la finca número 1.740, al folio 97 vuelto, del tomo 1.178, libro 63 de San Ginés de Vilasar, cuya inscripción de fecha 2 de octubre de 1972, es anterior a la nota acreditativa de expedición de cargas, ordenada en el artículo 143 del Reglamento Hipotecario y puesta en fecha 21 de octubre de 1972, al margen de la anotación de embargo, letra A, de dicha finca, obrante al folio 96 vuelto, del citado tomo 1.178 del archivo".

"NO PRACTICADA la cancelación que se ordena en el precedente mandamiento por haberse denegado la inscripción del auto de referencia, en el que se decreta tal cancelación";

Resultando que el nombrado Procurador en la representación que ostentaba interpuso recurso gubernativo contra la anterior calificación y alegó: que el Juzgado de Primera Instancia número 1 de Mataró embargó a don Jaime Gomís la finca ya descrita, con fecha 7 de junio de 1972; que el embargado, con posterioridad, es decir, con conocimiento del embargo, vendió la finca a su madre política, doña Teresa Requena, por escritura de 13 de junio de 1972; que la compradora adquirió la finca, sin duda sabiendo que había sido embargada, por cuanto es la madre de la esposa del vendedor; que la transmisión de dominio es posterior al embargo según las indicadas fechas; que el mandamiento de anotación de embargo fue presentado en el Registro el día 14 de junio de 1972 y la anotación se extendió en 20 de septiembre del mismo año; que la escritura de compraventa a favor de doña Teresa Requena se presentó en el

Registro el 29 de septiembre de 1972, fecha posterior a la presentación del mandamiento y a la anotación de embargo; que la inscripción de esta escritura de compraventa se extendió el día 2 de octubre de 1972; que civilmente, el embargo a favor de Cerámica Terras, S. A., es anterior a la venta hecha a doña Teresa Requena y que hipotecariamente la anotación del embargo a favor de dicha sociedad es anterior a la inscripción de dicha escritura de venta; que cumpliendo lo ordenado por el señor Juez, el Registrador expidió la certificación de cargas a que se refiere el artículo 1.489, número 1, de la Ley de Enjuiciamiento Civil; que en dicha certificación no aparece que la finca hubiese sido enajenada por don Jaime Gomís con posterioridad a la anotación de embargo a favor de Cerámica Terras, S. A., ni la clase de título, fecha y lugar de la escritura, así como el Notario autorizante, domicilio y circunstancias de la adquirente, y por tanto mal podía hacerse en dicho juicio ejecutivo la notificación del artículo 143 del Reglamento Hipotecario; que la calificación denegatoria se basa en este artículo 143 por haber una inscripción de dominio a favor de doña Teresa Requena anterior a la expedición de certificado de cargas; que el referido artículo 143 del Reglamento Hipotecario, así como de sus concordantes, el 126 y el 134 de la Ley Hipotecaria, son preceptos aplicables a juicios en que se reclamen créditos hipotecarios, sea juicio ejecutivo o procedimiento judicial sumario, que no es el caso de autos, pues no se persiguen bienes hipotecados, sino que se trata de juicio ejecutivo para la efectividad del importe de letras de cambio protestada por falta de pago; que doña Teresa Requena no hace uso de su derecho en el procedimiento y éste no se le comunica porque no hay precepto legal alguno que a ello obligue, toda vez que no se trata de juicio en que se persigan bienes hipotecados; que el artículo 71 de la Ley de Enjuiciamiento Civil dice que los bienes inmuebles o derechos reales anotados podrán ser enajenados o gravados, pero sin perjuicio del derecho de la persona a cuyo favor se haya hecho la anotación; que las resoluciones de 4 de noviembre de 1915 y 4 de julio de 1919 vienen a confirmar el contenido de este artículo, al igual que la Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de junio de 1951;

Resultando que el Registrador informó: que ha de considerar la fecha de 7 de junio como la del decreto del embargo por el señor juez, pero no en cuanto a los efectos de la anotación preventiva de embargo; que la anotación de embargo se extendió el 20 de septiembre de 1972, pero en realidad, de acuerdo con el artículo 24 de la Ley Hipotecaria, se considera como fecha de la anotación la del asiento de presentación, y como el mandamiento ordenando la anotación lleva fecha 8 de junio y fue presentado en el Registro a las doce horas del día 14 de junio de 1972, será esta última la fecha que tenga que considerarse como la de anotación preventiva del embargo; que la certificación de cargas ordenada por el mandamiento tenía que limitarse, según los artículos 229 y 233 de la Ley Hipotecaria, 1.489 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y 353 del Reglamento Hipotecario, a las cargas y gravámenes de la finca, y que en los apartados de la certificación donde se exponen las cargas y gravámenes cronológicamente, al llegar a su apartado séptimo señala la exis-



tencia de una nota marginal de fecha 2 de octubre de 1972 de afección al impuesto de plusvalía por la transmisión de Jaime Gomís a favor de doña Teresa Requena; que ésta es la última transmisión inscrita antes de librar la certificación de cargas, por lo que doña Teresa Requena es la titular de la finca al expedirse la certificación: que su domicilio, según el artículo 353 del Reglamento Hipotecario, sólo se expresará si constare, lo que no ocurre en este caso; que los datos de título, fecha, lugar y Notario autorizante de la escritura no se pidieron en la providencia de 14 de octubre de 1972, que se limitaba a ordenar la certificación del número 1 del artículo 1.489 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y que la certificación de títulos está prevista en la misma Ley en su artículo 1.493; que la interpretación que hace el recurrente de los artículos 143 del Reglamento Hipotecario y 134 y 126 de la Ley Hipotecaria para pretender demostrar que se trata de preceptos aplicables solamente a juicios en que se reclamen créditos hipotecarios, no puede aceptarse en forma alguna, ya que olvida lo dispuesto en el artículo 38, párrafo 5.º, de la Ley Hipotecaria, que es tan claro que no se necesita alegar criterios de jurisprudencia o doctrinales; que el recurrente, aunque distingue la fecha del embargo de la inscripción de la anotación preventiva en el Registro, confunde sus efectos al olvidar los artículos 1.923 del Código civil y 44 de la Ley Hipotecaria, que señalan una preferencia, que no es más que una lógica consecuencia de la naturaleza constitutiva de la garantía, similar a la hipoteca, que tienen las anotaciones de embargo, como sustitutivas de las antiguas hipotecas judiciales; que las Resoluciones de 4 de noviembre de 1918 y 4 de julio de 1919, así como la Sentencia de 12 de junio de 1951, que cita el recurrente, no hacen al caso, por referirse a supuestos de anotación de demanda; que la regla general del artículo 71 de la Ley Hipotecaria es incuestionable, pero también lo es que nuestra legislación no deja totalmente desplazado a los que, posteriormente a la anotación, inscriben sus títulos de adquisición, y les ofrece ciertas defensas y garantías que son las que representan los artículos 38, 134 y 126 de la Ley Hipotecaria y el 143 del Reglamento Hipotecario que recoge íntegramente la Resolución de 9 de noviembre de 1955, al decir "conforme al artículo 71 de la Ley Hipotecaria la venta ha de entenderse sin perjuicio de los derechos del anotante, pero la situación jurídica creada por la enajenación suscrita obligaba a seguir el procedimiento contra los adquirentes subrogados en lugar del vendedor, para que pagaran, desampararan la finca o ejercitaran los derechos correspondientes y no procede inscribir el auto de adjudicación sin que conste que haya sido hecho el requerimiento, notificación ni audiencia de los terceros poseedores"; que el recurrente reconoce que no hubo notificación; que es criterio general basado en los artículos 1.923 del Código civil y 44 y 20 de la Ley Hipotecaria que el que haya adquirido la finca antes de anotado preventivamente el embargo, no está afectado por dicha anotación, una vez inscrito su título de adquisición anterior; que la Sentencia de 21 de febrero de 1912 dice: "el embargo no tiene prelación sobre las enajenaciones otorgadas antes de la fecha de la anotación aunque hayan sido inscritas con posterioridad y la adjudicación recaída en procedimiento se-

guido exclusivamente contra el titular registral anterior, no es inscribible por oponerse a ella el artículo 20 de la Ley Hipotecaria"; que la misma doctrina mantiene la Sentencia de 14 de diciembre de 1968 y las Resoluciones de 9 de noviembre de 1955 y 20 de diciembre de 1966; y que las notas denegatorias se pusieron en su día de acuerdo con el cotitular del Registro, lo mismo que el presente informe;

Resultando que el Juez sustituto del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción número 1 de Mataró en que se tramitó el procedimiento informo: que el ejecutado don Jaime Gomís vendió la finca a doña Teresa Requena en escritura pública autorizada por Notario el día 13 de junio de 1972, un día antes de la anotación preventiva de embargo; que el contrato de compraventa surte sus efectos desde el momento del otorgamiento de la escritura (artículo 277 de la Compilación del Derecho civil de Cataluña en relación con el artículo 1.462 del Código civil); que el mandamiento ordenando la anotación preventiva fue presentado en el Registro el día 14 de junio de 1972 debiendo considerarse esta fecha de presentación como la de la anotación preventiva; que la anotación del embargo en el Registro es constitutiva, es decir, que hasta que se anota no existe en el mundo jurídico; y que cuando se dictan los Autos de 24 de julio de 1973 y 30 de enero de 1974 adjudicando la finca a Cerámica Terras, S. A., el Registro debía denegar y denegó su inscripción, puesto que desde el día 13 de junio de 1972 la finca ya no era propiedad del deudor embargado;

Resultando que el Presidente de la Audiencia confirmó la nota del Registrador por razones análogas a las expuestas por el funcionario calificador, y teniendo en cuenta que los efectos de la compraventa de la finca mediante escritura pública se producen desde la fecha del otorgamiento de ésta (13 de junio de 1972), en cuyo momento la señora Requena adquirió la propiedad de conformidad con el artículo 609 del Código civil, así como la posesión de la misma, según el artículo 20 de la Ley Hipotecaria, que rige en materia de anotación cuando la persona afectada por un procedimiento ejecutivo figure en el Registro como titular de los bienes objeto de la ejecución, y que la anotación de embargo supone una garantía a favor del acreedor, que obtiene tal anotación de rango preferente sobre los actos dispositivos otorgados con posterioridad a la fecha de la propia anotación y no en cuanto a los anteriores, puesto que, a pesar de que tal clase de anotaciones surten los efectos propios de la hipoteca, sin embargo, respecto a los actos dispositivos anteriores, aunque no estén registrados, no actúan los artículos 32, 34 y 37 de la Ley Hipotecaria, y por ello el acreedor a favor del cual se anote el embargo no goza del beneficio de la fe pública registral, ni puede rechazar un título de transmisión anterior no inscrito, como se desprende del artículo 44 de la expresada Ley; que en cuanto a la nota puesta en el mandamiento judicial referente a la cancelación, acordada por Auto de 30 de enero de 1974, de todas las inscripciones y anotaciones constituidas con posterioridad a la anotación de embargo es de ver si, habiéndose efectuado la inscripción de la compraventa a favor de la señora Requena, en 2 de octubre de 1972 —con fecha de presentación el 29 de septiembre an-



terior— con anterioridad a la fecha en que se expidió la certificación de cargas, que fue en 21 de octubre de 1972, se producen en los casos objeto del recurso los efectos prevenidos en el artículo 147 del Reglamento Hipotecario; que al respecto es de observar, de un lado, que en la certificación del Registrador se hizo constar la existencia de una nota marginal referente a la afección al impuesto de plusvalía por la transmisión de la finca por parte del señor Gomís a favor de la señora Requena, y de otro que, alegando el recurrente que no hizo uso del derecho que le concede el artículo 134 de la Ley Hipotecaria (al que se remite el 143 del Reglamento) sin que se le haya debido comunicar al posterior adquirente a los efectos del artículo 126 de la Ley, por entender que no precisaba tal comunicación en un juicio ejecutivo, ha de sostenerse que la citación del tercer poseedor a los efectos de tal precepto ha de ser cuando hubiere inscrito su derecho con anterioridad a la expedición de la certificación de cargas, y es de aplicación al juicio ejecutivo, conforme a lo preceptuado en el párrafo quinto del artículo 38 de la Ley Hipotecaria, por todo lo cual, la negativa del Registrador a inscribir el Auto de adjudicación no contraviene los preceptos legales;

*Doctrina.*—Considerando que es doctrina reiterada tanto del Tribunal Supremo como de este Centro Directivo —este último en reciente Resolución de 16 de octubre de 1974— la de que la anotación preventiva de embargo sólo otorga preferencia sobre los actos dispositivos que han tenido lugar con posterioridad a la propia anotación, pero no en cuanto a los anteriores al embargo anotado otorgados por el mismo deudor, y ello aunque no se hubiesen registrado dichos actos, en base a lo dispuesto en los artículos 1.923 del Código civil y 44 de la Ley Hipotecaria”;

“Considerando que el caso discutido presenta en cuanto al supuesto de hecho la diferencia con la mayor parte de los que con anterioridad fueron sometidos a debate, de que la escritura de compraventa otorgada por el deudor fue autorizada no antes de que se decretara el embargo por el Juez, como normalmente venía sucediendo, sino en el período intermedio comprendido entre este último acto procesal y la anotación del correspondiente mandamiento en el Registro de la Propiedad, por lo que procederá examinar si la anterior doctrina es también aplicable en este supuesto concreto”;

“Considerando que parece adecuado que si el acreedor al iniciar el procedimiento para el cobro de su crédito y obtener la declaración de embargo sobre los bienes del deudor y que tal embargo haya de recaer precisamente sobre los que éste posea en ese momento por figurar en su patrimonio, no deberían de excluirse aquellos inmuebles de los que haya dispuesto a continuación y antes de que incluso, aun contando con toda la celeridad posible —por razones materiales de tiempo— sea presentado el mandamiento en el Registro, sin embargo, ante preceptos legales tan categóricos como los ya citados artículos 1.923 del Código civil y 44 de la Ley Hipotecaria y la misma naturaleza jurídica del embargo, obligan a concluir, como ya lo tienen declarado, entre otras, las Sentencias de 21 de febrero de 1912 y 14 de diciembre de 1968 “que es innecesario tomar en cuenta la fecha del embargo, porque éste no puede pro-

ducir efectos contra terceros hasta que no se le ha dado publicidad por medio de su anotación en el Registro”;

“Considerando que, en consecuencia de lo expuesto, no cabe la aplicación de los artículos 38 de la Ley y 143 de su Reglamento, como ya declaró la mencionada Resolución de 16 de octubre de 1974, que solamente tiene lugar cuando “después de efectuada en el Registro alguna anotación preventiva de embargo” pasasen los bienes anotados a poder de un tercer poseedor, ni cabe la inscripción del Auto —tal como en sus respectivos informes lo indican el funcionario calificador y el Magistrado-Juez que intervino en el procedimiento, así como el Auto presidencial —al aparecer el inmueble inscrito a nombre de persona distinta del deudor— transferente por oponerse a ello el artículo 20 de la Ley Hipotecaria”;

“Considerando que con independencia de todo lo expuesto sería muy conveniente que cuando se solicite en procedimiento de apremio, de conformidad con lo establecido en el artículo 1.489 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, la certificación de cargas del inmueble embargado, no sólo se hiciere constar por el Registrador las hipotecas, anotaciones de embargo y demás gravámenes de la finca, sino también su actual titular registral de dominio, por la trascendencia que esta circunstancia puede tener en la marcha del procedimiento seguido, y que supondría un aspecto más de la colaboración que a Jueces y Magistrados debe prestarse por los Registradores de la Propiedad en aras de una mayor eficacia del superior principio de justicia”;

“Considerando, por último, que de acuerdo con el artículo 66 de la Ley, los interesados pueden acudir a los Tribunales para ventilar entre sí acerca de la validez o nulidad del último título de dominio inscrito, sin que esté dentro de las facultades de calificación que al Registrador confiere el artículo 18 de la misma Ley el entrar en el fondo de esta cuestión”;

“Esta Dirección ha acordado confirmar el Auto apelado y la nota del Registrador”.

### *Consideraciones críticas*

La gran semejanza que el caso contemplado en esta Resolución tiene con la de 16 de octubre de 1974, comentada en este mismo número, nos va a ahorrar muchos prolegómenos, ya que a lo único que nos vamos a referir es a las posibles diferencias de hechos que pudieran haber provocado un distinto criterio.

La normativa general es que, conforme a lo que disponen los artículos 44 de la Ley Hipotecaria en relación con el 1.923 del Código civil, las anotaciones preventivas de embargo sólo gozan de preferencia frente a créditos posteriores, no a los anteriores aunque se hagan constar posteriormente en el Registro. Es decir, frente al criterio de la prioridad formal foral vence en estos casos la preferencia sustantiva.

Realmente es sintomática la letra empleada por la Ley Hipotecaria y el Código civil, ya que hablan de “anotación”, no de “embargo” y ahí es donde está la clave para solucionar el presente caso. Aquí la enajena-



ción de los bienes embargados se produce entre el acto del embargo y la práctica de la anotación preventiva.

Y esta es la argumentación primordial que utiliza el recurrente. Creo que, frente al resto de la doctrina, defendimos en nuestra obra ("Apuntes de Derecho Inmobiliario Registral") que la anotación de embargo nunca podría considerarse como "*constitutiva*", pues el embargo, como tal acto judicial, existía, lo que pasaba es que si no se inscribía no podía perjudicar a tercero y ese perjuicio no se producía sino desde que se presentaba para su correspondiente práctica registral. Ni más ni menos que lo que sucede con las escrituras notariales, salvo las que se refieran a hipotecas.

De ahí, aun admitiendo la existencia del embargo como acto judicial, el mismo no puede tener preferencia sobre actos que son posteriores al mismo pero anteriores a su anotación. La letra de la Ley —repetida en la hipotecaria y en el Código civil— es lo suficientemente expresiva para que ahora pueda torcerse su interpretación. Esta es la conclusión a la que llega la Dirección al afirmar en el último inciso del tercer considerando: que es innecesario tomar en cuenta la fecha del embargo, porque éste no puede producir efectos contra terceros hasta que se le ha dado publicidad por medio de su anotación en el Registro. Consecuencia de ello es la inaplicación de los artículos 38 de la L. H. y 143 del R. H., así como la entrada en funciones del artículo 20 para impedir en su momento la inscripción de la adjudicación que con motivo del embargo se haga de la finca cuestionada.

En el anteúltimo considerando la Resolución hace una alusión a la certificación de cargas y dominio que debe expedirse para dar cumplimiento al artículo 1.489 de la LEC y 353 del Reglamento Hipotecario que a dicho precepto se remite. Destaco esta referencia, no por haberse incumplido por parte del Registrador la constatación en la certificación del actual titular de la finca, sino porque en este juego de preceptos se viene a reforzar mi tesis de que el Registrador al calificar la escritura de compraventa anterior a la anotación de embargo la dio preferencia y no arrastró la carga de la anotación preventiva de embargo, que al no ser preferente a la vigente inscripción no debió nunca incluirse en la certificación. Creo que *en la "certificación"* es donde debió reflejarse esa situación y aclarar en la misma que pese a la existencia de la anotación de embargo, la única y vigente inscripción era la practicada posteriormente a dicha anotación o señalar, como dice el artículo 353 del Reglamento Hipotecario, el nombre y apellidos y domicilio del titular registral de la finca o derecho, aclarando que dicha inscripción no estaba afectada por la anotación de embargo en base del cual se solicita la certificación.

No debe olvidarse de todas formas, que la exigencia de la constatación del nombre y apellidos y domicilio del titular registral se pide por el Reglamento Hipotecario en base de la figura del *tercer poseedor*, por la referencia que al artículo 143 del mismo Reglamento se hace y hemos quedado, al comentar la otra Resolución de 16 de octubre, que este adquirente ahora contemplado no puede ser "*nunca*" tercer poseedor. Quizá sobre esa base el Registrador omitió dicha circunstancia.

# JURISPRUDENCIA

## I. SENTENCIAS COMENTADAS

### 1. DECLARACION UNILATERAL DE VOLUNTAD

*(Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de octubre de 1975)*

#### I. *Los hechos*

El dueño de una casa en La Coruña demanda a los dueños del solar colindante por los daños y perjuicios ocasionados a causa de las excavaciones y obras realizadas para la construcción de un edificio en dicho solar, sin las debidas medidas precautorias. Daños consistentes en "repises" (1), desplomes, desplazamientos y grietas, acompañados de desmoronamientos, pérdida de verticalidad, descensos de sus anteriores rasantes y sucesiva ruina del edificio del actor. La demanda se basa, primero, en el incumplimiento de un documento de 28 de septiembre de 1967 que dice así: "Ratificando por medio de esta carta, lo que hemos convenido, estamos conformes, en concepto de dueños del solar y obra colindante por la izquierda... en repararle todos los daños y perjuicios producidos o que se produzcan por consecuencia de dichas obras, habiendo de adoptar las medidas precisas para que no se aumente los repises habidos en su casa, cuidando de reparar los desperfectos, de hacer desaparecer las grietas y pintar las habitaciones y paredes en que se encuentran". Carta cuyo texto podemos conocer por estar recogido en el considerando tercero de la sentencia del Tribunal Supremo; y se nos dice también (en el considerando quinto) que ella tuvo lugar por "la amenaza del interdicto". En segundo lugar, se ejercita una acción de responsabilidad derivada de la culpa o negligencia, documentada por una serie de dictámenes técnicos, acta y declaraciones.

El Juez de Primera Instancia dictó sentencia, declarando la validez del documento de 28 de septiembre de 1967. La Audiencia Territorial de La Coruña declaró que el dicho documento obliga a los demandados a reparar cumplidamente los daños y perjuicios que se produjeron con motivo de la obra.

Contra esta sentencia se formaliza recurso de casación apoyado en los siguientes motivos: 1.º, infracción del artículo 1.089 del Código civil y doctrina legal que niega que las declaraciones unilaterales de voluntad sean fuente creadora de obligaciones; 2.º, infracción del artículo 359 de

---

(1) No se ha encontrado este término en los diccionarios consultados.



la Ley de Enjuiciamiento Civil al no contener declaración sobre la prescripción de la acción, alegada en el escrito de dúplica; 3.º, infracción del artículo 1.968, que establece la prescripción de la acción que se ha ejercitado; 4.º, infracción del artículo 359 de la Ley de Enjuiciamiento Civil; sobre las que se insiste, alegando que las sentencias deben ser claras, precisas y congruentes.

## II. *La sentencia del Tribunal Supremo*

1. Los seis primeros considerandos de esta sentencia han sido dedicados a la exposición de los supuestos de hecho del pleito y a su desarrollo procesal. Los considerandos séptimo y octavo tratan de la cuestión central y decisiva de la calificación de la relación jurídica existente entre las partes y, atendiendo al primer motivo del recurso, se trata de la cuestión de la eficacia obligacional de las declaraciones unilaterales de voluntad. Los considerandos noveno al decimotercero exponen las razones para no dar lugar a los motivos dos al cuatro del recurso. Se consideran improcedentes las pretensiones y excepciones alegadas en ellas por no haber sido *formuladas oportunamente* (2), ya que no lo fueron hasta el escrito de dúplica; en su consecuencia, la alegación de la prescripción se rechaza como cuestión nueva y, con ello, la posibilidad de censurar de incongruencia la sentencia de instancia. El considerando trece rechaza el motivo cuarto del recurso por no señalar el concepto en que haya podido cometerse la infracción. Desestimados todos los motivos, se condena en costas al recurrente.

El estudio detallado de la sentencia aquí hecho, se limita a los considerandos séptimo y octavo, por ser éstos los que pueden tener especial valor doctrinal. Para mayor claridad de la exposición se transcriben primero los dichos considerandos y después de cada uno se agregan las glosas o comentarios que su lectura ha suscitado.

### 2. *Texto del considerando séptimo de la sentencia*

“Considerando: que este recurso plantea el interesante problema de la fuerza vinculante de la declaración unilateral de voluntad que, según los recurrentes, resuelven negativamente la norma y jurisprudencia invocada; pero con relación a él, cabe destacar: Primero: Que el principio clásico de las fuentes de las obligaciones, recogido en el artículo mil ochenta y nueve de nuestro Código civil, ha sido sustituido modernamente por el que reduce a dos dichas fuentes, a saber, la voluntad —admitiendo también en éste la voluntad unilateral—, y la Ley. Segundo: Que los ordenamientos legislativos y la doctrina científica de nuestra Patria admiten varios casos de obligaciones creadas por la voluntad unilateral, citándose por los autores, como ejemplo de ello, los artículos mil

---

(2) En el texto de la sentencia están subrayadas estas dos palabras.

trescientos treinta y mil ochocientos ochenta y siete del Código civil, los quinientos ochenta y siete y quinientos ochenta y nueve del Código de Comercio, las denuncias de los contratos y las obligaciones incorporadas a los títulos de crédito, a los que podemos añadir la aceptación y repudiación de herencia que la doctrina científica configura como declaraciones unilaterales de voluntad no recepticia, y cuya eficacia obligacional proclama nuestro Código en el artículo novecientos noventa y siete, y ha sancionado la jurisprudencia en multitud de sentencias, entre las cuales cabe citar las de veintitrés de abril de mil novecientos veintiocho, seis de marzo de mil novecientos cuarenta y cuatro, veintitrés mayo mil novecientos cincuenta y cinco y dieciocho septiembre mil novecientos setenta y cinco. Tercero: Que ya muchos Códigos modernos admiten, en ciertos casos, la eficacia obligacional de la promesa unilateral; y Cuarto: Que aunque alguna sentencia de este Tribunal la negó eficacia —sentencias veinticinco abril mil novecientos veinticuatro y veintiuno junio mil novecientos cuarenta y cinco— otras, en cambio, se la reconocieron —sentencias treinta y uno octubre mil novecientos veinticuatro, diecisiete octubre mil novecientos treinta y dos, diez enero mil novecientos cuarenta y seis, cinco mayo mil novecientos cincuenta y ocho y tres noviembre mil novecientos sesenta y dos— e incluso se la reconoce la de primero de diciembre de mil novecientos cincuenta y cinco, que invocan los recurrentes.”

### 3. *Comentario al considerando séptimo*

#### a) *El artículo 1.089 del Código civil*

El Tribunal Supremo se encara aquí, de nuevo (3) con un motivo de casación en el que se alega violación del artículo 1.089 del Código civil. Ahora lo rechaza, en primer lugar, por considerar que el “principio tradicional de las fuentes de las obligaciones” ha sido modernamente superado por una doctrina que las reduce a la voluntad y a la ley (4).

Con ello, el Tribunal Supremo toma partido otra vez en una vieja polémica doctrinal. Séame permitido hacer una pregunta previa: ¿es apropiado a su alta y peculiar función dejarse arrastrar por los recurrentes a esta discusión? Contestarla puede tener su utilidad. Me parece conviene distinguir los cometidos propios respectivamente de la labor expositiva de los teóricos y los de la tarea de quienes han de aplicar el Derecho.

Separación no fácil, aunque necesaria. La dificultad nace de que, a veces, en un mismo texto legal se encuentran juntamente, al lado de las reglas de valor normativo, otras sin más finalidad y alcance que el de

---

(3) Ultimamente lo hiciera en la sentencia de este mismo Tribunal, de 30 de septiembre 1975, en su tercer considerando, recogido en este ANUARIO, en sentencias comentadas, XXIX, II, (abril-junio) 1976, p. 569.

(4) Enunciada ya por FERRÁNDIZ, *Una revisión crítica de la clasificación de las fuentes de las obligaciones*, en este ANUARIO, XVI-I (enero-marzo, 1958), p. 136.



facilitar el manejo y conocimiento de los textos, de enunciar o explicar el orden de los preceptos, su clasificación en títulos, capítulos y rúbricas.

El descuido consistente en no distinguir las disposiciones de valor normativo de aquellas otras de carácter explicativo o teórico, encuentra posiblemente su origen en la recepción del Derecho romano. En los textos que nos han llegado, no se ha sabido siempre distinguir aquellos que deciden cuestiones jurídicas, de estos otros destinados a la docencia. Aquí está, a nuestro parecer, la causa remota del valor normativo atribuido al citado artículo 1.089.

La finalidad docente de la *Instituta* de Gayo, puede explicarnos el que utilice el instrumental dialéctico recibido de la ciencia griega, para ofrecer una visión global de las clases de obligaciones, según su origen y naturaleza. Condición profesoral de Aquilio Gayo que le llevará a destacar ("*Summa divisio*") y hasta exagerar ("*omnis enim obligatio*") la importancia de las dos principales causas de obligaciones, el contrato y el delito (G. 3, 89) (5). Esa misma condición de maestro será la que le lleve a precisar y corregir lo así dicho y a llamar la atención sobre la existencia de otras causas de obligaciones indeterminadas y no clasificables ("*ex variis causarum figuris*", D. 4, 7, 1, pr.). Probablemente serían también unos docentes bizantinos quienes enseñan que esas varias figuras podían clasificarse por su analogía a los contratos ("*quasi ex contractu*") y a los delitos ("*quasi ex maleficio*") (J. 3, 13 (14) 2).

La doctrina antigua recoge esta última clasificación de las fuentes de obligaciones, bajo la autoridad del texto justiniano (6). No parece que se le atribuyera entonces valor normativo ni carácter exhaustivo; al menos, según los datos por mí conocidos. Desde el Renacimiento, ella será sometida a examen crítico por los autores.

Vinnio, después de considerar los diversos textos romanos, concluye con la que será la opinión común diciendo que si bien el contrato y el delito son las causas más generales, ordinarias y principales, existen algunas otras extraordinarias y singulares, no designadas con nombre cierto y tampoco sometidas a reglas ciertas (7).

La dirección iusnaturalista plantea la cuestión de las causas de las obligaciones civiles de Derecho privado ya de un modo "filosófico". La que expone Heineccio en sus obras, razonando así: la obligación es un vínculo de derecho, el derecho lo establece la ley; lo que puede hacerlo

(5) La división central señalada por Gayo, se encontraba ya en la que estableciera Aristóteles (Ética a Nicomaco, 1113 a) entre las obligaciones de origen voluntario (ekausia) e involuntario (akousia). La probable utilización de lo dicho por Aristóteles, de modo directo o indirecto, se ha venido señalando repetidamente desde antiguo; así, VINNIO, *Institutionum imperialium commentarium* (1642). 3,14,2, ed. Venetiis, 1740, II, p. 658; TORRES Y VELASCO, *Institutiones Hispanae, practico-theorico commentatae*, Matriti, 1735, pp. 356-357; SCHULZ, *Classical Roman Law*, Oxford, 1951, § 799, p. 468.

(6) Especialmente el de la *Instituta*. El de Modestino (D. 44,7,52), cuando se le cita será para criticar la clasificación que hace

(7) Loc. cit; también TORRES Y VELASCO, loc. cit. Comp. DONELLO, *Commentariorum de Iure Civili*, 12, 4 y 5, ed. Francoforti, 1595, II, páginas 14 y sig. y 18 y sig.

“amesos”, naciendo inmediatamente de ley, o “emesos”, mediante la intervención de algún hecho (“ex facto obligationis”). Estos pueden ser hechos lícitos (contrato y cuasi contrato) e ilícitos (delito y cuasi delito). Respecto de las obligaciones “ex lege”, precisa que son las aludidas por Gayo, como resultantes “ex varii causarum figuris”, y pone como ejemplos la obligación de alimentos del hijo y la “actio ad exhibendum” (8).

El movimiento codificador no podía cambiar el significado propio de una clasificación, fuera esta o no la de las obligaciones. En el Código civil francés no se encuentra una disposición especial en la que se enumeren las causas de las obligaciones consideradas; se limita a regularlas ordenadamente (9). El prurito sistematizador propio de los codificadores se manifiesta en los Códigos que siguen el modelo francés, comenzando por el Código civil holandés (1830, 1838), en el que se insertó, dentro de la redacción tomada del Código francés, un artículo para decir que todas las obligaciones nacen del contrato o de la ley (art. 1.269). Los Códigos posteriores del grupo latino, salvo excepción (p. ej., la del antiguo Código portugués), dedican algún artículo a la enumeración de las causas o fuentes de las obligaciones, presidiendo los siguientes artículos en las que ellas se regulan. A tal efecto, se recogen con más o menos acierto alguna de las clasificaciones usuales en la doctrina de los autores (10). Recibidas en los Códigos, se potencia con ello el interés de la cuestión y las discusiones sobre cuál sea la clasificación mejor y más exacta (11).

(8) *Antiquitatum romanarum iurisprudentiam illustratum syntagma*, 3,14,3, en *Opera omnia*, Genevae, 1747, IV, 2, p. 423; *Elementa iuris secundum ordinem Institutionum*, 3,14, § 771, *Opera omnia*, V, 1, p. 203; nota a VINNIO, loc. cit., p. 658. GROCIO, incidentalmente, indica que las obligaciones nacen del pacto, del delito o de la ley, a la que hay que referir el cuasi contrato y el cuasi delito, *De jure belli ac pacis*, II, 2, § 1; con criterio más personal, respecto al Derecho innato y al Derecho legal, distingue las obligaciones nacidas del acto propio y de la culpa, *Inleydinge tot de Hollanse Regts-gelertheit*, III, 1, ed. Amsteldam, 1706, pp. 183 y sig.

(9) El título III del libro tercero trata de los contratos o de las obligaciones en general, y el IV de las obligaciones que se forman sin convenio, las que resultan de la ley, los cuasi contratos, delitos o cuasi delitos (art. 1.370). Es lo que hiciera DOMAT en los libros I y II de *Les loix civiles dans leur ordre naturel*, 1694. POTHIER trata primero de los contratos como causa más frecuente de las obligaciones (sect. I) y después de las otras causas de las obligaciones: cuasi contratos, delitos y cuasi delitos, ley (sect. II), *Traité des obligations*, Oeuvres, 1818, III, § 123, p. 81.

(10) Este origen teórico lo declara VELEZ SAARFIELD, en su nota al artículo 449 del C. c. argentino, recogiendo un largo texto de ORTOLAN y citando a MERCADÉ.

(11) FERRÁNDIZ, *Una revisión crítica de la clasificación de las fuentes de las obligaciones*, en este ANUARIO, XI-I (enero-marzo, 1958), pp. 115-146, y obras allí citadas; BONET, *Fuentes de las obligaciones*, R. D. N., 55 (enero-marzo, 1967), pp. 9-43; HERNÁNDEZ GIL, *Derecho de obligaciones*, 1960, pp. 209-219. En general, todos los tratadistas al ocuparse de las obligaciones; recientemente, DÍEZ PICAZO, GULLÓN, *Instituciones de Derecho civil*, 1973, I, pp. 351-353; LACRUZ, *Elementos de Derecho civil*, II, 1977, pp. 71-75. Además de las referencias a Derechos extranjeros en las obras citadas, cabe añadir lo que el vigente Código italiano dice en su art. 1.173: “Fuentes de las obligaciones. Las obligaciones derivan del con-



Nuestro Código civil no es una excepción; se separa del Código francés y del Proyecto de 1851 y sigue el ejemplo de algún Código hispanoamericano y del Código italiano de 1865, señalando cinco fuentes de las que nacen obligaciones.

En un primer tiempo, como antes de la Codificación, la clasificación de las obligaciones según su fuente se considera por la doctrina sólo desde el punto de vista teórico o "científico". El influjo de la Escuela de la Exégesis y hasta el del pandectismo hace pensar en que habría que atribuir cierto valor normativo a cada término, a cada definición o clasificación usada por el legislador. Así, desde el momento en que se habla por los autores de la voluntad unilateral como fuente de obligaciones, queda abierta la interrogante de si existe alguna otra fuente de obligaciones además de las mencionadas en el artículo 1.089.

b) *El artículo 1.089 y la declaración de voluntad*

El nuevo enfoque dado a la interpretación del artículo 1.089 lleva consigo el que se estime decisiva la enumeración que se haga de las fuentes de las obligaciones, pues de ella dependería considerar como tal a la declaración unilateral de voluntad (12).

Tal modo de plantear la cuestión es inexacta, y no sólo por el valor desmesurado atribuido a dicha clasificación.

Ante todo y en primer lugar, el valor obligatorio de la declaración de voluntad, en general no depende de su inclusión o exclusión de una clasificación o enumeración. Su rechazo tiene un fundamento más hondo y antiguo, resulta de la estructura misma del sistema jurídico vigente, tal y como ha sido conformado por una tradición jurídica ininterrumpida.

La palabra *dada* vincula, mas sólo en virtud del *coger* la palabra; mientras la palabra no es cogida el promitente es libre de recogerla y retractarse. La promesa obliga sólo cuando sea aceptada, rogada o exigida (13). Doctrina heredada por los romanistas del Derecho romano (14),

---

trato, del hecho ilícito o de otro acto o hecho idóneo para producir obligaciones en conformidad al ordenamiento jurídico". Intento de superar críticas; muestra también abiertamente su carácter teórico y su carencia de valor normativo.

(12) MUCIUS SCAEVOLA critica al Código por no atender a la declaración unilateral de voluntad. *Código civil*, XIX, ed. 1902, p. 328. Sobre la eficacia del art. 1.089, además de los citados en nota anterior, los *Estudios de adaptación* de PÉREZ GONZÁLEZ y ALGUER al *Derecho de obligaciones* de ENNECERUS, ed. 1954, II-1, p. 141; ROCA SASTRE, PUIG BRUTAU, *Estudios de Derecho privado*, s.d., I, p. 207; PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho civil*, ed. 1959, I, 2, pp. 61 y sig.; PUIG PEÑA, *Tratado de Derecho civil español*, IV-1, pp. 124 y sig. También de especial interés, LOSECAAT VERMEER, *Asser's Handleiding*, III, *Verbintenisserecht*, I, ed. 1939, pp. 51 y sig., sobre Derecho extranjero.

(13) La valoración canónica de la promesa se limita al foro de la conciencia y supone la sumisión a la jurisdicción eclesiástica, la que podía incluso dispensar la promesa hecha bajo juramento.

(14) WINDSCHEID, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, § 304, ed. 1873, p. 154; BRINZ, *Lehrbuch der Pandekten*, 1879, II, 1, § 248, p. 141; man-

afirmada por los autores de la dirección yusnaturalista o influenciados por ella y mantenida por la doctrina posterior de un modo general y constante (15).

Es verdad que Siegel pretendió demostrar que en el Derecho germánico la promesa unilateral era reconocida como especial fuente de las obligaciones; pero esta teoría, aunque hizo mucho ruido, fue considerada inadmisibles tanto respecto al antiguo Derecho como al vigente alemán (16). Su consecuencia más visible ha sido que el Código civil alemán (§ 305) y siguiéndole los nuevos Códigos italiano (art. 1.987), griego (art. 361) y portugués (art. 457) hayan creído conveniente decir de modo expreso que la promesa unilateral no tiene eficacia obligatoria fuera de los casos especialmente admitidos por la Ley (17).

Sentado que la declaración unilateral no es fuente de obligaciones, excepto cuando una norma se refiere a ella expresamente, resulta superfluo utilizar al mismo efecto el argumento de que tal declaración no se la menciona en la enumeración de fuentes hecha por el artículo 1.089. Esta omisión manifiesta sólo que los redactores del Código civil no la tuvieron en cuenta, porque seguían la doctrina tradicional que no la admitía o bien porque no pensaron en dicha declaración.

En segundo lugar, importa decir que la insistencia con la que en estas notas se advierte de la falta de valor normativo del artículo 1.089, tiene una otra finalidad más amplia que la de su aplicación a las declaraciones unilaterales: la de señalar lo vano y peligroso del método de

tenida por ellos después de enunciada por SIEGEL su teoría sobre el general valor vinculante de la declaración unilateral (*Das Versprechen als Verpflingungsgrund im heutigen Recht*, Berlín, 1873).

(15) GROCIO, *De iure belli ac pacis*, II, 11, §§ 14-16, ed. Amsteldami, 1735, I, pp. 405-406; HEINECCIO, *Praelectiones academicae in Hugonis Grotii de iure belli ac pacis*, en loc. cit., Roberati, 1746, pp. 425-426; PUFENDORF, *Le droit de la Nature et des Gens*, trad. BARBEYRAC, III, 6, § 15, Amsterdam 1754, II, p. 123; POTHIER, loc. cit. § 4, p. 5.

(16) Sobre uno y otro Derecho, puede verse el excelente estudio crítico de GIERKE, *Deutsches Privatrecht*, III. *Schuldrecht*, 1927, § 185, páginas 310 y sig.

Fuera de Alemania tuvo cierto eco la teoría de Siegel. El único autor que con verdadera autoridad la apoyó fue DEMOGUE, *Traité des obligations*, I. *Sources des obligations*, I, §§ 18-21, pp. 50-63. Hizo, en todo caso, una importante reserva, diciendo que "la promesa obligatoria debe ser obligatoria solamente en la medida en que la psicología pública lo exige", p. 57. SALEILLES, buen conocedor del Derecho y de la doctrina alemana, y quien diera a conocer en los países latinos la teoría de Siegel, hubo de citar también el § 305 del B. G. B. que la desecha, disposición que justifica por los peligros prácticos que encierra el admitir lo propuesto por Siegel. *Étude de la théorie générale de l'obligation*, 3.<sup>a</sup> ed. París, 1925, § 142, p. 149. Según la opinión común, "de existir obligaciones por acto unilateral tales actos no pueden ser más que excepcionales y tipificados" ("nommés"). MARTY RAYNAUD, *Droit civil*, II, 1, *Les obligations*, § 319, p. 281.

(17) Los códigos alemán y griego, entienden al contrato como la fuente normal de las obligaciones.



utilizar las clasificaciones y definiciones de los textos legales para obtener consecuencias jurídicas prácticas.

Con tanto o mayor motivo carecen de valor, respecto de una admisión indiscriminada de la declaración unilateral como fuente de obligaciones, cualquier clasificación elaborada por los autores, aunque se la considere superadora de la del artículo 1.089. Se tratará siempre de otro ensayo teórico sin valor vinculante.

Además, decirnos que el principio clásico de las fuentes de las obligaciones ha sido sustituido modernamente por el de su reducción a la voluntad y a la ley, no puede significar que toda y cualquier voluntad—incluyendo así la declarada unilateralmente— sea fuente de obligaciones.

Esta teoría simplificadora es incompleta. La voluntad, en el sentido de acto, puede ser fuente de obligaciones, como también ciertos hechos; actos y hechos pueden originar obligaciones sólo cuando son tenidos en cuenta por las normas a tal efecto. Ni la voluntad ni la ley pueden ser aislada o separadamente fuente de obligaciones.

Dicho modo de razonar, lógicamente, lleva consigo a que se sustituya la tipología docente de origen romano (útil para la enseñanza) por una descripción de la norma en cuanto fuente de obligaciones. La norma consiste, en efecto, en un supuesto de hecho a la que se atribuye una consecuencia jurídica; así, la ley tampoco es por sí misma fuente de obligaciones, hará falta que exista el hecho que ha de poner en marcha el mecanismo normativo.

### c) *El artículo 1.089 en la doctrina del Tribunal Supremo*

El valor que desde siempre viene dándose a las sentencias de nuestro más alto tribunal, se acrecienta con razón en aquellos casos en los que el silencio de la ley hace necesario recurrir a la doctrina; la que tiene entonces la misión de descubrir e interpretar los principios que informan el ordenamiento jurídico.

En el estudio de las sentencias del Tribunal Supremo, y para decantar de ellas la doctrina jurisprudencial, ha de cuidarse el separar de un lado lo que son dichos de carácter teórico con los que se adornan los considerandos y del otro lo que constituye el fundamento decisorio del fallo. Los meros dichos tienen la autoridad propia de los magistrados, doctos en Derecho, como la que puedan tener—ni menos ni más— la de los más ilustrados autores. La doctrina jurisprudencial, la que ha de considerarse que en su caso completa el ordenamiento jurídico, no se extiende fuera de lo que constituye la “ratio decidendi” del fallo; no tienen, por tanto, tal valor las disgresiones teóricas, los “obiter dicta”, las consideraciones hechas a mayor abundamiento.

La delimitación de lo que constituye en verdad la doctrina jurisprudencial, aunque bien conocida, se olvida con frecuencia; olvido que es constante respecto de las declaraciones unilaterales de voluntad, lo que puede observarse también en relación al artículo 1.089 del Código.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de abril 1924 es citada

como prueba de una interpretación favorable al carácter exhaustivo de la enumeración de las fuentes de las obligaciones hecha en el citado artículo 1.089. En efecto, en su tercer considerando se dice que “las obligaciones *no pueden tener otra causa u origen de las que nacen o deben su existencia que las determinadas por el legislador*, o sea: la ley, los contratos, los cuasi contratos y los actos u omisiones ilícitos o en los que intervenga cualquier género de culpa o negligencia, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1.809 (sic) del Código civil” (18).

Se trataba de la eficacia de un documento privado en el que José María hace constar que debe 25.000 pesetas a Consuelo, que habrán de pagarse por los herederos de José María a su fallecimiento y antes de todo otro pago. Los herederos niegan la existencia de tal deuda. La representación de Consuelo (menor de edad, hija de una servidora de José María) alega, primero, que lo debido lo es a consecuencia de un préstamo y, después, dirá que lo es por liquidación de cuentas con los padres de Consuelo. El Tribunal Supremo entiende que el Tribunal sentenciador ha obrado correctamente al declarar, conforme a las pruebas aportadas, “la inexistencia del contrato, de la obligación unilateral y de los aludidos negocios entre el finado don José María... y la familia de la actora...”. En el pleito no se discutió la cuestión de la eficacia de las declaraciones unilaterales y se le decide considerando haber una simulación y no resultar probada la existencia de una causa. La referencia al artículo 1.089 no era, por tanto, necesaria para fundamentar la decisión; se hace a mayor abundamiento.

En la Sentencia de 25 abril 1928 el Tribunal Supremo dice que no existe obligación exigible que no se derive de uno de los orígenes consignados en el artículo 1.089 del Código civil”; pero, habrá de tenerse en cuenta que se trataba de reclamar lo que se pretendía indebidamente cobrado (por un alguacil a Cía. Ferrocarriles Andaluces) y a virtud de un fallo ejecutorio, por lo que se hubo de denegar el recurso en razón de que “sólo sería susceptible del recurso extraordinario de revisión si se dieran los requisitos necesarios al efecto y fuese planteado en debida forma”.

La Sentencia de 1 de diciembre de 1955 se desembarazaba del anterior planteamiento de la cuestión en base al artículo 1.089, diciendo que la declaración unilateral de voluntad, como creadora de obligaciones, no está admitida por la legislación española y ello “no tanto por obra de la enumeración que contiene el artículo 1.089”, sino por otras consideraciones (19).

---

(18) El subrayado es nuestro. S. T. S. 12 marzo 1924, en su último considerando, se dice que para exigir el pago se requiere anteceda una obligación, y como éstas nacen de la ley, de los contratos y cuasi contrato y de los actos y omisiones en que intervenga culpa o negligencia, se requiere que la obligación esté preestablecida en alguna forma de nacimiento. Se trata de pedir una mayor indemnización por ocupación indebida de unos terrenos.

(19) La eficacia reconocida a la declaración de voluntad se justifica en que no está dirigida a crear una obligación “ex novo”, sino a poner al descubierto una “situación preexistente”, la de una simulación.



En fin, las Sentencias de 13 noviembre 1962 y de 30 septiembre 1975, dicen que "aun cuando el artículo 1.089 del Código civil no enumera las declaraciones unilaterales de voluntad entre las fuentes productoras de las obligaciones, tampoco contiene ninguna norma que las prohíba explícita y terminantemente" (20); por lo que entiende que no las excluye.

La sentencia objeto de este comentario viene a reconocer, aunque de modo indirecto, el carácter puramente doctrinal del artículo 1.089, al considerarlo superado modernamente por la teoría que reduce las fuentes de las obligaciones a la voluntad y a la ley. Modo de razonar que, por otra parte puede pensarse que incurre en la misma confusión frente a la que insistentemente se trata de advertir en estas notas, la de atribuir carácter normativo a las clasificaciones doctrinales, ya estén recogidas en la ley o bien se encuentren en los libros de los autores.

d) *El artículo 1.090*

El Tribunal Supremo, teniendo en cuenta la opinión de "algunos sectores de la doctrina científica" (21) y al esfuerzo constructivo hecho por ésta, sobre la base de algunas disposiciones del Código civil y del Código de comercio que se enumeran (22) y cuya cita aumenta con el tiempo (23), viene a admitir que aunque de modo muy excepcional la declaración de voluntad puede ser fuente de obligaciones (24). La sentencia ahora comentada, por su parte, nos dice que "los ordenamientos legislativos y la doctrina científica de nuestra Patria, admiten varios casos de obligaciones creadas por la voluntad unilateral", y recoge la cita de varios artículos de los Códigos civil y mercantil, siguiendo a los autores a los que alude.

Los supuestos que en las citadas sentencias se mencionan están todos regulados expresa y concretamente en una disposición legal. Son, por tanto y según el criterio clasificatorio seguido por las mismas sentencias, obligaciones resultantes de la ley y no de la voluntad (25).

Las obligaciones derivadas de la ley están sometidas a lo mandado

---

(20) El texto citado es el de 1975; el de 1962 es igual salvo alguna palabra menos. La S. de 15 febrero 1966 dice no haber podido alegarse infracción del art. 1.089 por limitarse éste a "enumerar, de forma no exhaustiva, las fuentes de las obligaciones".

(21) S. 21 junio 1945.

(22) S. 1 diciembre 1955, que cita los arts. 1.330 y 1.887 C. c., las obligaciones incorporadas a los títulos de comercio, la pública promesa y otras instituciones similares.

(23) Así, en segunda sentencia en casación de 13 noviembre 1962 y en S. T. S. 30 septiembre 1975 (en este ANUARIO, XIX-II), (abril-junio), 1976, p., 569), citas que aumentan todavía en la sentencia comentada, con la referencia a la aceptación y repudiación de herencia.

(24) Comp.: S. T. S. 1 diciembre 1955, 5 mayo 1958, 13 noviembre 1962, 1 diciembre 1975.

(25) Las obligaciones resultantes de la aceptación de la herencia, especialmente consideradas por la sentencia comentada, como nacidas de la ley, derivan también de actos que no son declaraciones de voluntad, artículos 1.000 y 1.002 C. c.

por el artículo 1.090 del Código civil. Este artículo, sin precedentes en nuestro Derecho (26) y sin claras concordancias en las legislaciones anteriores al Código (27), refleja el criterio liberal expresado en la regla "nulla obligatio sine lege" (28). En contraste con las otras disposiciones del título I del libro IV del Código, tiene un evidente carácter normativo; e impone una interpretación estricta respecto de aquellas obligaciones que tengan a la ley por fuente directa, excluyendo así su extensión por interpretación analógica.

Es innegable que las leyes, en varias disposiciones, en las citadas por las sentencias referidas y en otros muchos casos, atienden a declaraciones unilaterales de voluntad, como causa de obligaciones para los declarantes. De la existencia de tales casos específicos, de ella sola, no es posible deducir que otras declaraciones unilaterales no consideradas en las leyes, aunque de modo excepcional o especial, sean también fuentes de obligaciones. Cualquier duda que sobre ello pueda existir queda disipada por el artículo 1.090.

La sentencia comentada dice que "muchos códigos modernos admiten, en ciertos casos, la eficacia obligacional de la promesa unilateral". Ello es cierto, más tales códigos —al menos los que me han sido dado conocer— lo hacen de modo coincidente a lo que resulta de la aplicación del citado artículo 1.090 (29). Según ellos, la promesa unilateral de voluntad sólo tendrá eficacia obligacional en los casos expresamente establecidos por la ley. Es decir, que son fuente de obligaciones las declaraciones unilaterales de voluntad tipificadas por la ley, pero no lo son las no tipificadas o atípicas (30). De modo semejante, la letra y espíritu del artículo 1.090 impiden que se extienda la eficacia de las declaraciones unilaterales de voluntad fuera de los casos especialmente considerados en las leyes.

El alcance del artículo 1.090 —conviene aclarar— está también limitado por su letra, no se refiere más que a las obligaciones nacidas de la ley, entendida ésta en su sentido estricto; es decir, no se refiere a las obligaciones que tengan su origen en la costumbre o en los principios generales del Derecho (31). Lo que explica y justifica que en nuestro ordenamiento se admitan como causa de obligaciones, p. ej., las obligaciones naturales, el enriquecimiento injusto, el otorgamiento de poder, la

(26) Aparece en el Anteproyecto, 1882-1888, art. 1.107.

(27) Corresponde, según MANRESA al § 5.º del art. 1.395 del C. c. de Guatemala, *Comentarios al Código civil español*, ed. 1900, VIII, p. 19; artículo recogido en MUCIUS SCAEVOLA, *Código civil*, ed. 1902, XIX, página 304.

(28) En la *Declaración des droits de l'homme et du citoyen* se declaraba "Tout ce que n'est pas défendu par la loi ne peut être empêché et nul ne peut être contraint à ce qu'elle n'ordonne pas". Regla que inspira al Código civil francés y en general a los del grupo latino.

(29) Así, en los códigos citados en nota 17.

(30) Comp. lo dicho en este ANUARIO XXIX-II (abril-junio 1976), página 571 y nota 36.

(31) La doctrina anterior al Código, al enumerar las fuentes de las obligaciones, distinguen de las nacidas de la ley aquellas derivadas de la equidad o del Derecho natural.



constitución de persona jurídica y su dotación, la promesa de recompensa a persona indeterminada.

e) *La jurisprudencia sobre la declaración unilateral*

El considerando comentado termina diciendo que, aunque un par de sentencias negaron eficacia a la declaración unilateral de voluntad, otras muchas, por el contrario, se la reconocieron.

No parece necesario examinar aquí ahora el contenido de las referidas sentencias, pues ellas han sido ya estudiadas en este ANUARIO con la debida atención. De tal examen ha podido llegarse a la conclusión de que lo que dichas sentencias califican de declaración unilateral de voluntad no es la misma figura que aquella a la que así viene llamando la generalidad de la doctrina de los autores. Por eso, quizá, algunas sentencias hablan de contrato unilateral y negocio jurídico unilateral. Siendo de destacar que esta terminología peculiar de nuestra jurisprudencia se manifiesta en que para la eficacia obligacional de las llamadas por ella declaraciones unilaterales de voluntad, se requiere que aquellos a quienes fueran dirigidas las hayan aceptado, o bien que previamente las hayan solicitado o exigido. Además, se exige que la obligación así contraída tenga, o se presuma tener, causa lícita (32).

De esta manera, la jurisprudencia del Tribunal Supremo, hasta ahora ha venido resolviendo los casos que se le han presentado conforme al espíritu del sistema de nuestro ordenamiento jurídico. Aunque lo haya hecho utilizando unos términos que han podido y pueden producir confusión.

4. *Texto del considerando octavo*

“Considerando que a lo expuesto aún cabría añadir: Primero: Que no parece muy ortodoxo calificar de declaración unilateral de voluntad, a la aludida carta, si se tiene en cuenta que en ella los demandados manifiestan que “*ratificándole... lo que hemos convenido, estamos conforme en... repararle cumplidamente todos los daños y perjuicios...*”; Segundo: Que en realidad esa carta parece más bien constituir una oferta de los demandados, a la que ellos mismos dicen quisieron dar cumplimiento; y Tercero: Que aunque, contra lo que queda razonado, se pudiera admitir que esa carta no creaba obligación alguna, aun ese supuesto —que se rechaza— tampoco el motivo podría tener éxito, porque generalmente el recurso tenía que enfrentarse y destruir la parte dispositiva de la sentencia, y, en el caso de autos, el fallo condenatorio se apoya, no sólo en la meritada carta, sino también en el resultado de otras pruebas, resultado que no fue desvirtuado y ni siquiera combatido, por lo

---

(32) Sobre todo ello, este ANUARIO, XXIX-II (abril-junio) 1976, páginas 572 y sig.

que tendría que permanecer incólume, debiendo por tanto mantenerse el aludido fallo condenatorio por guardar subsistentes las demás afirmaciones fácticas que le sirven de apoyatura”.

##### 5. Comentario al considerando octavo

Este considerando tiene escaso valor doctrinal, dado lo indefinido de su redacción. Se ha creído conveniente insertarlo, ello no obstante, porque posiblemente ayude a mejor entender la posición del juzgador respecto a la cuestión de las declaraciones unilaterales.

Ante todo muestra que lo dicho en el considerando séptimo, sobre dichas declaraciones, no alcanza valor de doctrina jurisprudencial; las elucubraciones en él recogidas sobre su eficacia obligacional se confiesa no haber sido utilizadas para decidir el pleito entablado.

Comienza el considerando con la crítica del primero de los motivos del recurso, destacando lo poco ortodoxo de calificar de declaración unilateral de voluntad la contenida en el documento de 28 de septiembre de 1967. Señala al efecto que, en su carta, los demandados dicen ratificar lo que habían *convenido* con el actor. Es decir, que no se trata de una declaración unilateral. El juzgador continúa señalando que parece haber una oferta de los demandados a la que ellos mismos quisieron dar cumplimiento. Con estas palabras poco expresivas parece aludirse a una oferta convenida con el actor.

Todavía queda más en la sombra el criterio del juzgador, al decirnos que la sentencia de instancia se apoya no sólo en la meritada carta, sino también en otras pruebas (la de los daños y perjuicios) no combatidas siquiera por el recurso.

Para completar el estudio de la cuestión planteada, puede no ser inútil la búsqueda de la calificación más apropiada para la carta del 28 de septiembre, teniendo en cuenta los hechos conocidos; ya que situaciones semejantes a la por ella creada se presentan repetidamente en la práctica.

La carta, por ella misma, muestra que se está ante un reconocimiento de deuda y de una promesa de cumplimiento de dicha deuda; se da a conocer su origen (un convenio) y se expresa su causa (reparar daños y perjuicios (33)). Documento que supone la fijación de unos tratos (establecer los términos convenidos) y su documentación (ponerlos por escrito). Con el mismo se origina en beneficio del actor la “*relevatio ab onere probandi*”, basada en la “*contra se pronuntiatio*”, cuya verdad se presume, salvo prueba en contrario.

Los hechos que se dan por probados permiten inducir que la citada carta fue exigida por el actor y firmada por los demandados, ante la

---

(33) No se plantea aquí, por tanto, la cuestión del carácter abstracto del reconocimiento de deuda; sobre ella, CASTRO, *El negocio jurídico*, §§ 369 y sig., pp. 302 y sig.; sobre el requisito de la causa en las declaraciones unilaterales, este ANUARIO, XXIX-II (abril-junio, 1976), p. 574 y citados en su nota (45).



amenaza por parte de aquél de ejercitar la acción interdictal por obra nueva, lo que podría ocasionar la paralización de las obras de la casa que estaban construyendo los demandados. Se está, pues, ante una fórmula compromisoria mediante la cual se abandona el propósito de interponer el interdicto, a cambio de un reconocimiento de daños y perjuicios y de la consiguiente promesa de su reparación.

Esta figura, vulgarmente denominada "arreglo", "compromiso", "avenencia", "fórmula transaccional" y "liquidación definitiva", es de uso constante en la práctica. No encaja exactamente en el contrato típico de transacción tipificado en el Código civil, mas no habrá duda en admitir su eficacia como negocio atípico (art. 1.255) y también no la cabrá sobre su afinidad con la transacción, dado su fin de sustituir por otra cierta una situación dudosa o controvertida (34).

C. B.

---

(34) La S. 25 enero 1957 considera como negocio jurídico innominado, atípico complejo o mixto el que tiene por finalidad evitar diferencias y establecer las bases para el aprovechamiento de una servidumbre de aguas.

## 2. NOTA A LA SENTENCIA DE 4 DICIEMBRE 1975.— DONACION DE INMUEBLES DISIMULADA BAJO LA FORMA DE COMPRAVENTA.

La Sentencia de 4 diciembre 1975 vuelve sobre el tema de la nulidad de donación encubierta bajo la forma de contrato de compraventa, supuesto de simulación relativa en que convergen normas e intereses de diverso carácter.

En instancia se declararon simuladas, nulas y sin efecto jurídico unas escrituras de compraventa formalizadas entre la actora y los cónyuges demandados sobre la venta a estos últimos de la nuda propiedad de ciertos bienes inmuebles. Interpuesto recurso de casación, el Tribunal Supremo no da lugar al mismo. Interesa recoger los considerandos primero y sexto.

Primer considerando: “Que son hechos que estima acreditados la sentencia recurrida a través de la valoración conjunta y análisis de las pruebas practicadas: Primero. La autenticidad del documento privado de 25 junio 1970, acompañado a la demanda (obstante actualmente al folio 219 de autos). Segundo. La imposibilidad en que se hallaba el matrimonio demandado de tener la suficiente capacidad económica para adquirir los inmuebles relacionados en las escrituras de compraventa autorizadas por el Notario de Alicante don J. P. L., en 16 junio 1970, bajo los núms. 638 y 639 de su Protocolo. Tercero. Que las referidas escrituras fueron simuladas siendo la finalidad de las mismas crear la apariencia de una compraventa, evitando con ello los gastos que originaría una transmisión hereditaria, sin haber mediado precio alguno, sujeta a la condición resolutoria de que si la actora superaba la enfermedad que padecía en el momento en que firmaron las escrituras referidas y el documento privado de 25 junio 1970, que complementa aquéllas, a instancia de la donante y actora la reintegraría la nuda propiedad transmitida en aquellas escrituras; y Cuarto. Que la demandada ha negado en todo momento la existencia de una donación encubierta, manteniendo por el contrario la realidad de la compra”.

Sexto considerando: “Que en el motivo cuarto se denuncia la aplicación indebida del art. 633 del Código civil, en consonancia con el artículo 1.280 del propio cuerpo legal; independientemente de que pudiera reputarse cuestión nueva, ya que la parte demandada y recurrente, ha negado en todo momento en la instancia la existencia de una donación encubierta, manteniendo la realidad de la compra, ha de desestimarse también por-



que frente a la tesis de la parte recurrente la jurisprudencia de esta Sala en relación con la simulación relativa, en S. de 22 febrero 1940, estableció que la recta aplicación del artículo 1.276 del Código civil exige en los negocios simulados, o sea, con causa falsa, se justifique la verdadera y lícita en que se funda el acto que las partes han querido ocultar y el cumplimiento de las formalidades impuestas por la Ley, lo que ratifica la S de 23 noviembre 1971, y la de 23 junio 1953 manifiesta que si bien al amparo del artículo 1.276 del Código civil puede admitirse los negocios disimulados, es necesario se justifique la causa verdadera y lícita en que funden el acto que las partes han querido ocultar y el cumplimiento de las formalidades previstas, doctrina rigurosa que ha de ser especialmente aplicable en materia de donaciones puras y simples, cuando constan en una escritura en que se hace figurar una compraventa, que es nula en cuanto falta el precio y no puede servir de donación por no resultar probada su existencia en la manera y forma que exige el artículo 633 del Código civil, supuesto que se da en el caso presente, doctrina confirmada, entre otras, por las SS. de 29 octubre 1956, 7 octubre 1958, y en el caso de autos es de estimar también que siendo la finalidad perseguida, cual sostiene la sentencia recurrida, la defraudación fiscal, creando una apariencia de compraventa para evitar los gastos que originaría una transmisión hereditaria, finalidad que no puede menos de reputarse ilícita, por integrar una defraudación con lucro de la parte y daño para el erario público, tiene declarado reiteradamente esta Sala, como recoge la S. de 2 octubre 1972, que los fines o móviles perseguidos que pueden afectar a la eficacia del acto, en cuanto actúan a modo de causa o finalidad impulsiva determinante del mismo, supone la mediación de una causa, que no puede por menos de calificarse de ilícita cuando es contraria a las leyes, con expreso quebranto del acto jurídico rozando la moral, cuya consecuencia es la nulidad radical del acto, conforme determina el artículo 1.276 del Código civil, y en lo que hace referencia a la invocación relacionada del artículo 1.280 del propio Código, es inoperante a los fines que se invoca, pues con independencia de que las formalidades de las donaciones están reguladas por preceptos específicos, el artículo 1.280 citado no contiene una exigencia "ad solemnitatem" ni tiene otro alcance que el señalado en el artículo 1.279 del mismo Código".

Al Supremo le habría sido suficiente para rechazar el motivo cuarto de casación reputar cuestión nueva la alegación de que la compraventa encubría una donación, expresamente consignado en el párrafo final del primer considerando, pero aun haciendo tal salvedad se adentra en el estudio de la validez o nulidad de la donación disimulada para ratificar la doctrina recogida en las sentencias que cita. No obstante, la línea seguida por el Tribunal Supremo no ha sido tan uniforme como parece deducirse de la resolución copiada, aunque los supuestos llegados a manos del Alto Tribunal variaran tanto en sus elementos fácticos como en la forma de plantearlos dentro de la estrecha vía del recurso de casación.

En una síntesis muy simplificadora cabría agrupar los problemas surgidos al socaire de la donación de inmuebles encubierta bajo compraventa en tres apartados: validez o nulidad de la donación disimulada a

tenor de la exigencia de forma impuesta por el artículo 633 del Código civil, legitimación de los herederos para pedir la declaración de simulación y efectos de la simulación relativa declarada. Aunque de poco, excepto a fines didácticos y expositivos, sirve la clasificación, pues las consecuencias de la solución sostenida para cualquiera de los términos se mezclan inmediatamente con la solución hallada para otro en el terreno de la praxis; así, admitida la nulidad de la donación, si negamos legitimación para pedirla al heredero voluntario obtenemos una conclusión semejante a quien mantenga la validez; admitido que únicamente el legítimo pueda impugnar la simulación, ¿le cabe solicitar la nulidad de la donación encubierta o sólo la reducción en lo que dañe su legítima?

La Sentencia de 4 diciembre 1974 trata del primero de los problemas y estima nula la donación disimulada por defecto de forma.

I. Los elementos formales de la donación de inmuebles.—La donación viene ya de antiguo sometida a restricciones cuyo fundamento se encuentra, principalmente, en la necesidad de proteger al donante. En el Derecho romano —dice Bonfante (1)— las donaciones estaban sujetas a un régimen muy riguroso; la “lex Cincia de donis et muneribus”, del año 204 a. de C., prohibía las que excedían de determinado límite, salvo las que tuvieran lugar entre ciertas personas, como los parientes, pero por ser una ley de las llamadas imperfectas, pues no declaraba nula la donación, su eficacia resultó asegurada por medios procesales. Al caer en desuso la “lex Cincia”, en la época greco-romana, apareció un nuevo régimen, ya de carácter formal: declaración de la voluntad de donar ante la Curia de la ciudad o el presidente de la provincia, redacción por escrito y transcripción en los registros públicos (“insinuatio”) (2). Justiniano exige sólo la insinuación para las donaciones superiores a 500 sueldos.

En el Derecho hispano, aparte restricciones de carácter cuantitativo y personal (Fuero Real, Leyes de Toro, Partidas, Novísima Recopilación), se requirió por la Ley 9, Título IV de la Partida 5.<sup>a</sup>, la insinuación para las donaciones que excedieran de 500 maravedises de oro, con limitadas excepciones.

En el Código civil español la donación de inmuebles precisa (art. 633) escritura pública, en la que se expresen: 1) individualmente los bienes donados; 2) el valor de las cargas que deba satisfacer el donatario, extremo referible a las onerosas mencionadas en el artículo 622; 3) la aceptación del donatario, que puede también hacerse en escritura separada.

Única interpretación posible del artículo 633, despojándose de prejuicios, es la literal, según la cual la voluntad de donar y la aceptación han de hacerse ante funcionario investido de fe pública. El carácter sustancial o “ad solemnitatem” de la escritura pública en la donación de inmuebles resulta de las expresiones usadas por el Código civil. La doctrina

(1) *Instituciones de Derecho Romano*, trad. de Bacci y Larrasa, 3.<sup>a</sup> edición, Madrid, 1965, pág. 543.

(2) ARIAS RAMOS, *Derecho Romano*, 4.<sup>a</sup> ed., pág. 107.



jurisprudencial al declarar que el artículo 1.279 no modifica el principio de libertad de forma establecido en el 1.278 lo hace basándose en que aquel precepto parte de la validez del contrato (“...los contratantes podrán compelerse recíprocamente a llenar aquella forma desde que hubiese intervenido el consentimiento y demás requisitos necesarios para su validez”), de lo cual deduce que la obligación de llenar la forma es una más de las derivadas del contrato, sin que precise que su cumplimiento preceda a las otras; pero, por el contrario, el artículo 633 dice “para que sea válida la donación de inmuebles, ha de hacerse en escritura pública...”. El contraste de las expresiones es bien claro: en un caso a la validez se añade la forma, en el otro la forma es requisito de la validez.

El Tribunal Supremo insiste en el valor esencial que la escritura tiene en la donación de inmuebles frente a la norma general de los artículos 1.278 y siguientes del Código civil (SS. de 25 junio 1966, 13 mayo 1963, además de las que luego se citarán a propósito de la simulación).

Si se busca la razón de que la donación se califique de contrato solemne (3), la S. de 13 mayo 1963 recuerda la naturaleza gratuita del contrato que, al ser hecho “sin ninguna premia”, en el inolvidable lenguaje de las Partidas, impone ciertas precauciones para que “la nobleza o bondad del corazón” que la determinan no se vea en ciertos propósitos o manifestaciones que no revelen de manera auténtica la voluntad de donar; en la de 7 de octubre 1958 se alude a que las precauciones formales son explicables cuando se trata de contratos definitivamente gratuitos. Lo cual parece indicar que la forma se establece como protección al donante, para obligarle a una detenida consideración sobre un acto que extrae un valor de su patrimonio sin contraprestación; algo más envuelve la exigencia; contra la gratuidad de un acto existe una cierta presunción legal por el peligro que puede suponer a los intereses familiares y de los acreedores; incluso el donatario se ve inmerso en una situación más endeble que de ser onerosa su adquisición (S. 3 marzo 1932) (4). Destaca Roca Sastre (5) cómo “la insinuación de donaciones desapareció con la invasión bárbara, y reaparece con la nueva recepción del Derecho romano. Pero en algunos países fue recibida como un cambio total de motivación finalista. Se conservó el instrumento o mecanismo de la insinuación en sí, pero trastocando su función: no sirvió, como en Roma, de medida de “control” del espíritu de liberalidad —que por producirse muchas veces en tono desordenado provocaba empobrecimientos ocasionales exagerados—, sino como un recurso destinado a evitar posibles perjuicios a los acreedores”.

II. Los requisitos del contrato disimulado.—Cuando en la simulación relativa se pone de manifiesto el contrato aparentado y el realmente que-

---

(3) PLANIOL Y RIPERT, en *Tratado Práctico de Derecho Civil Francés*, trad. de Díaz Cruz, Habana, 1946, T. V., pág. 364, dicen que “la solemnidad es ilógica e ineficaz”, “supervivencia del antiguo recelo hacia las liberalidades”.

(4) DE CASTRO, *El negocio jurídico*, pág. 285; BARASSI, *Instituciones de Derecho Civil*, trad. de García Haro, Vol. II, pág. 453.

(5) *Derecho Hipotecario*, 6.<sup>a</sup> ed., T. II, p., 694, nota 1.

rido, el punto más interesante es la determinación de los requisitos del segundo para que tenga validez y la influencia de la ficción empleada sobre los elementos del contrato disimulado. Este debe reunir los elementos personales, reales y formales propios de su naturaleza, conclusión a la que se llega por la idea, que parece elemental, de que la simulación no puede servir para conseguir indirectamente lo que no podría realizarse de forma directa. Capacidad, aptitud en el objeto y solemnidades de acuerdo con su naturaleza son exigencias ineludibles.

En la compraventa que disimula donación, la eficacia de ésta depende de la concurrencia de los requisitos de los artículos generales sobre contratación y de los especiales del artículo 633 del Código civil.

Es de trascendencia suma observar el cambio que opera el artículo 1.276, a cuyo amparo se viene por la jurisprudencia española admitiendo la simulación (6); la causa se presume (art. 1277), pero demostrada la falsedad de la causa que se expresó habrá que probar la existencia de otra verdadera y lícita, es decir, quien frente a la nulidad del negocio simulado mantenga que encubre otro no expresado pechará con la carga de la prueba (7). Claramente lo expresa el Tribunal Supremo: S. 3 marzo 1932 (para que el contrato disimulado produzca efectos es necesario "que se justifique no sólo la concurrencia de los indispensables elementos personales de capacidad y consentimiento, así como la existencia del objeto en que han de apoyarse las relaciones obligatorias o reales ciertamente concertadas, sino también la causa verdadera y lícita en que se funde el acto que las partes han querido ocultar"); S. 22 febrero 1940; S. 8 mayo 1964 ("exige la prueba de la concurrencia de una causa real o jurídicamente protegible en el contrato disimulado"); S. 1 diciembre 1964; y más terminante aún la S. 22 noviembre 1963 al declarar que "la alegación y prueba de la causa verdadera y lícita, con arreglo al artículo 1.276, cuando el Tribunal haya estimado la falta de la consignada en el contrato por aplicación de los artículos 1.261 y 1.264, corresponde a quien sostiene su virtualidad y eficacia".

III. El requisito de la forma.—Celebrada una donación de inmuebles y disimulada por compraventa en documento privado, queda fuera de toda duda la nulidad; la venta es inexistente por falta de un elemento esencial como es la causa y radicalmente nula la donación por carencia de forma "ad solemnitatem" (S. 17 febrero 1966).

Mas en el caso de celebrarse por escritura pública surge la cuestión, reiteradamente llevada a decisión judicial, de la validez del acto gratuito. La forma pública observada, ¿basta para dar por cumplida la exigencia del artículo 633 del Código? Las declaraciones consignadas en la escritura pública, ¿son suficientes para que se entienda que el ánimo de liberalidad y la aceptación constan de la manera que tal precepto requiere?

La consideración de tales interrogantes sin prejuicio alguno impone,

---

(6) La doctrina se inclina por eliminar la simulación del ámbito de los vicios de la declaración de voluntad y la lleva al campo de la causa.

(7) DE CASTRO, *El negocio jurídico*, págs. 350 y 352.



a la vista del texto legal, una rotunda respuesta negativa (8). El artículo 633 exige que la donación conste en escritura pública, lo que equivale a decir que ante Notario debe manifestarse la voluntad liberal del donante como elemento esencial (causa, artículos 1.261 y 1.274). Al documentarse una compraventa y encubrirse una donación de inmuebles se sustraen a la fe pública la constancia del "animus", y a la calificación notarial el conocimiento cierto de los hechos en que basarse (9). Al declarar las partes que venden y compran no puede decirse en manera alguna que consta en la escritura que donan y aceptan. La forma "ad solemnitatem" se incorpora de tal modo al negocio que se coloca en un plano de igualdad a los restantes elementos, con el mismo valor sustancial, pero envolviéndolos con el significado de ser la única manera de expresarse cada uno de ellos.

En segundo lugar, el valor probatorio del documento (art. 1.218 del Código civil) se ve limitado a la declaración que en él se hubiere realizado y al hecho que motiva su otorgamiento, en todo caso referidos a la compraventa, que es lo constatado en la escritura por el Notario; argumento recogido por la S. de 19 octubre 1959 ("...ni tampoco consta la aceptación auténtica de la donación por parte de los supuestos donatarios, pues en el contrato de compraventa sólo aceptan ésta y la escritura cumple los requisitos de este contrato y de ello da fe el Notario autorizante, pero no los de la donación, siendo distintas las consecuencias jurídicas de uno y otra...").

Opinión contraria mantiene Vallet de Goytisolo (10), para lo cual parte de negar a la donación en nuestro Código civil el concepto de contrato y de que la forma exigida por el artículo 633 se refiera al contrato de donación. "El Código civil —dice— no sitúa la donación entre los contratos, sino entre los modos de adquirir la propiedad, en el título II del libro III, y la define en el artículo 618 diciendo que "es un acto de liberalidad por el cual dispone gratuitamente de una cosa en favor de otra, que la acepta", centrándolo en la palabra "dispone", esto es, como acto traslativo de una cosa o derecho. Los artículos 632 y 633 elevan a forma de las donaciones lo que para la compraventa significa el cumplimiento de la obligación de entregar la cosa vendida, conforme a los artículos 1.462 y 1.464, es decir, el modo con valor "traditorio". "La "forma de la donación no es, pues, la forma de un contrato típico, sino la forma traditoria que en ella es necesaria formalmente para consumar el acto de liberalidad, y sin la cual no pasa de ser un simple proyecto. El requisito de forma no se refiere al "animus donandi" y al "accipiendi" ni

---

(8) Distinta es la solución en otras legislaciones por la existencia de un precepto expreso: Cód. italiano, art. 1.414, pár. 2.º; Cód. portugués, art. 241, ap. 2; Cód. alemán, parág. 117, ap. 2.

(9) Reglamento Notarial, arts. 145, 157, 176, 193. Vid. NÚÑEZ LAGOS, *Estudios sobre el valor jurídico del documento notarial*, AAM del Notariado, V. I., págs. 452 y sig.

(10) *Las donaciones de bienes inmuebles disimuladas, según la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, ADC, julio-septiembre 1972, págs. 712 y siguientes; *Limitaciones de Derecho sucesorio a la facultad de disponer*, T. I., *Las Legítimas*, pág. 1196.

a la causa liberal, sino a la realidad de la transmisión". Esta versión discrepa de la mayoría de la doctrina, que estima contrato la donación (11) y exige la constancia del consentimiento en documento público, así como de la jurisprudencia (SS., entre otras, de 13 mayo 1963 y 25 junio 1966).

IV. Jurisprudencia del Tribunal Supremo.—Tras este breve repaso de lo que parece la doctrina más conforme con el Código civil, examinemos el criterio del Tribunal Supremo. Las resoluciones a continuación recogidas son, exclusivamente, las que plantean y resuelven el problema de la nulidad o validez de la donación de inmuebles encubierta bajo compraventa desde el punto de vista del cumplimiento o incumplimiento de la forma; se eliminan las que amparan la nulidad en cualquier otro motivo, como ilicitud de la causa, fraude, etc.

A) Sentencia 3 marzo 1932: Donación pura y simple: Nula.—La primera sentencia que enfoca de manera directa el problema relativo a la forma de la donación disimulada es la de 3 marzo 1932, centro de referencia, aceptándola o rectificándola, de otras posteriores. El pleito se entabló entre vendedora (en realidad, donante) y compradora (en realidad, donataria), y el Supremo declara la admisibilidad de los negocios disimulados al amparo del artículo 1.276 del Código civil siempre que "se justifique no sólo la concurrencia de los indispensables elementos personales de capacidad y consentimiento, sino también la causa verdadera y lícita en que se funde el acto que las partes han querido ocultar y el cumplimiento de las formalidades que la ley exigiría a quienes actuaran paladinamente". Obsérvese que la capacidad de los intervinientes y el objeto resultan en la mayor parte de los casos de la misma escritura, no así la causa de la donación ("animus donandi") encubierta. En cuanto a la forma, es interesante destacar la no exención de su observancia por el hecho de acudir a una vía indirecta, que recuerda la frase de Ferrara (12): "Se opondrá al estribillo acostumbrado de que cabe hacer indirectamente lo que puede hacerse de modo directo, pero esto aquí no viene a cuento, porque lo que cabe hacer directamente es la donación por acto público, no la mera donación, y el disfraz no puede servir para eximirse de una norma imperativa. La simulación de ese modo, dejaría de ser un medio indirecto de realizar lo que está permitido en vía directa, y se convertiría en un procedimiento para dar eficacia a lo prohibido manifestamente".

La doctrina anterior, según la sentencia, "ha de ser especialmente impuesta, con arreglo a la tradición española, en el campo de las donaciones puras y simples de inmuebles" por las razones que expresa de su naturaleza y de la necesidad de proteger los intereses puestos en juego.

---

(11) Vid., últimamente, LALAGUNA, *Los arts. 623 y 629 del Cód. civil y la naturaleza de la donación*, RDP, abril 1964, pág. 275; DE LOS MOZOS, *La donación en el Cód. civil y el problema de su naturaleza jurídica*, RDP, septiembre 1971, pág. 803.

(12) FERRARA, *La simulación en los negocios jurídicos*, trad. de Atard y de La Fuente, 1931, pág. 251.



En el tercer considerando, después de recoger el contenido del artículo 633, aplica lo ya expuesto al caso de autos, y dice que "aunque con tales preceptos no se cierre el paso a toda donación que pretenda llevarse a cabo en un instrumento público de compraventa, los intereses más arriba mencionados no quedan a salvo si los elementos jurídicos que integran el acto disimulado y en especial el acuerdo de voluntades sobre la gratuidad, alcance y condiciones de la transferencia no son puestos de relieve de una manera indiscutible y auténtica". Las frases copiadas son suficientes para entender el criterio del Tribunal Supremo: es nula la donación de inmuebles porque sus elementos no constan en escritura pública, ya que en ésta sólo constan los elementos de la compraventa. En el considerando cuarto añade nuevas aclaraciones, a mayor abundamiento: "Que esos indispensables requisitos no se pueden estimar cumplidos en el presente caso, sobre todo al tener en cuenta la falta de concordia que se observa entre las manifestaciones de la demandante... y las de la demandada..., pues mientras la primera asegura en el pleito que el convenio encubierto por la escritura de 30 de octubre de 1924 fue una donación condicional, con la obligación en... de repartir más tarde los bienes entre ellas y sus hermanos, la última no sólo niega la existencia de tal donación, sino que afirma que lo convenido fue una compraventa cuyo precio satisfizo en los meses y cantidades respectivas que señala, de todo lo cual claramente se desprende que la escritura antes citada es nula en cuanto a la venta que manifiesta, por falta de precio, y no sirve como donación por no resultar probado la existencia de la misma, del modo y forma que exige el artículo 633 antes citado".

En el considerando quinto niega exista aceptación: "Que tampoco resulta probado en esta "litis" el requisito de la aceptación auténtica, señalado también como esencial por el artículo 630 del expresado Código civil, puesto que ante la actitud de doña..., asegurando que sólo existe la compraventa, no puede entenderse que vale para el caso la aceptación de la compra que figura en la escritura; como por lo mismo no puede ser tenida por aceptación presunta las gestiones para el pago de Derechos reales, inscripción en el Registro, etc."

Por lo fundamental de esta sentencia, la que volverá a citarse ulterior y reiteradamente, conviene puntualizar varios extremos deducidos de su redacción: 1.º Que su doctrina la refiere el Tribunal Supremo de forma muy especial a las donaciones puras y simples; 2.º) Que a ellas aplica con todo rigor el artículo 633 en cuanto al requisito de la constancia en escritura pública, en la que debe figurar el acuerdo sobre la gratuidad.

B) Sentencia de 22 febrero 1940: Donación pura y simple: Nula.— La Sentencia de 22 febrero 1940 es de tono más terminante. Después de la declaración de incongruencia por basar la Audiencia su fallo en la validez de una donación disimulada bajo la compraventa por nadie alegada (13), añade: que "la recta aplicación del citado precepto —artículo

---

(13) En igual sentido, SS. 8 mayo 1964, 29 enero 1965, 14 diciembre 1967 y 22 enero 1969; en otras sentencias se niega exista incongruencia en supuestos idénticos, S. 19 enero 1950.

lo 1.276 del Código civil— exige que en los negocios disimulados, o sea, con causa falsa, se justifique la verdadera y lícita en que se funde el acto que las partes han querido ocultar y el cumplimiento de las formalidades impuestas por la ley”, y tras citar la S. de 3 marzo 1932 concluye que “una escritura en la que consta una compraventa es nula cuando falta el precio y no puede servir como donación por no resultar probada su existencia del modo y forma que exige el artículo 633 del Código civil, ni constar la aceptación auténtica, que es también requisito esencial según el artículo 630 del mismo cuerpo legal”.

C) Sentencia de 12 julio 1941.—Suele citarse esta sentencia entre las que anulan la donación disimulada por infracción del artículo 633, pero, en realidad, si bien cita la doctrina de las Sentencias de 3 marzo 1932 y 22 febrero 1940, declara la nulidad por ilicitud de la causa ya que el donante pretendía eludir los artículos 806, 807 y 808 del Código, referidos a los derechos legitimarios de los hijos.

D) Sentencia de 29 enero 1945: Donación remuneratoria: Validez.—La Audiencia dictó sentencia que contiene las siguientes declaraciones: 1.º) Que el contrato de compraventa es inexistente por simulación; 2.º) Que encubría otro de donación; y 3.º) Que la acción para su posible anulabilidad prescribió a la muerte del donante.

El Tribunal Supremo, en ponencia de don Celestino Valledor, parte de haber quedado firme el pronunciamiento de la recurrida en cuanto declara inexistente la compraventa y reduce la casación al tema de la validez y eficacia del contrato de donación encubierto. Dice: “La Sala de instancia examinó, estimando que, bajo el disfraz de la compraventa, los contratantes se propusieron realizar una donación, en la que hubo ánimo de liberalidad, concreción de objeto y fin lícito de recompensar a la donataria los servicios y atenciones para con la donante durante una larga convivencia, sin asomo de defraudación a legitimarios o acreedores; pero comoquiera que, a juicio del Tribunal Supremo “a quo”, la escritura pública de compraventa no sirve para la pretendida donación, la cual requiere para su validez que ante la presencia notarial el donante exprese “sin disfraz” la voluntad de donar y el donatario la de aceptar “explícitamente” la liberalidad, estima el juzgador de instancia que el contrato disimulado adolece de “vicios esenciales” que hubieran podido motivar su invalidación si oportunamente se hubiera ejercitado la acción que autoriza el artículo 1.300 del Código civil y, al no haberla ejercitado durante los cuatro años siguientes a la celebración del contrato, se declara, en la parte dispositiva de la sentencia recurrida, la existencia de la donación, con todos sus efectos legales”.

En el segundo considerando entra a examinar la naturaleza y efectos de la simulación absoluta y relativa; con respecto a ésta, dice que “al ser levantado el velo de la ficción y enfrentarse el juzgador con la intención seria de celebrar otro contrato, cobra todo su vigor la voluntad interna, que actúa con plena eficacia si es reveladora de la concurrencia de los requisitos esenciales del negocio jurídico que se ha querido realizar, y en este aspecto entran en juego y aprovechan los actos de los contratantes, siquiera hayan sido efectuados de modo indirecto o a tra-



vés de una voluntad aparente o falsamente declarada sin móvil fraudulento, porque entonces basta el acto interno para purificarlos y hacerlos surgir a la vida del Derecho". El último párrafo viene a recoger la doctrina francesa de la distinción entre requisitos de fondo y de forma, la que es cierta, pero que no puede llevar a la conclusión de que la observancia de los primeros elimine la necesidad de los segundos, al depender la existencia de la donación de la concurrencia simultánea de ambos según exige la ley (14); como se ha dicho antes, disimulada la donación bajo una compraventa en escritura pública, no consta en ésta la donación misma, que es lo requerido por el artículo 633 del Código español.

En el considerando tercero deja a salvo la doctrina de las Sentencias de 3 marzo 1932, 22 febrero 1940 y 12 julio 1941, que dice no pretende rectificar por existir diversidad de hechos enjuiciados: "si en el presente se opera sobre donación perfecta, según se dirá después, en aquellos otros casos se ofrecieron a examen de la Sala donaciones, unas veces con causa ilícita y otras en forma condicional, con retractación oportuna del donante". De las sentencias relacionadas, la de 12 julio 1941, en efecto, declara la nulidad de la donación encubierta por estimar ilícita la causa, pero las otras dos resuelven directamente la nulidad por falta de forma según el artículo 633.

En el cuarto considerando sienta la validez de la donación encubierta, en contra de lo sostenido por la Sala de instancia: "la aplicación de la precedente doctrina al caso de autos lleva a la conclusión de que si la compraventa encubrió una donación con causa lícita y verdadera, según estima la sentencia recurrida, sin impugnación de este aspecto en el recurso, y si, además, resulta que tanto el "animus donandi" como la aceptación y la designación de la cosa inmueble donada se hicieron constar, sin móvil fraudulento que ni siquiera fue alegado, en escritura pública de fingida compraventa, que sirve para amparar la voluntad interna de liberalidad y la de aceptación, el contrato realmente celebrado reviste los caracteres de una donación perfecta e irrevocable, porque concurren todos los requisitos de fondo y forma exigidos por los artículos 1.261 y 633, en relación con el 1.276 y con el 1.258 del Código civil".

En el quinto considerando aclara el Supremo las dos equivocaciones de la Sala de Instancia en cuanto ésta afirmó "la carencia de requisitos esenciales de la donación por falta de escritura pública en que sin disfraz se expresase el consentimiento para donar y para aceptar, lo que equivaldría a negar la eficacia que en nuestro Derecho puede tener en sí mismo el negocio encubierto", y en cuanto "estima que la donación carente de requisitos esenciales puede ser purificada si en tiempo oportuno no se ejercita la acción de anulabilidad" por ser en tal caso imprescriptible la acción.

E) Sentencia de 19 enero 1950.—También esta sentencia suele incluirse entre las que resuelven el problema de la donación encubierta bajo compraventa. Pero leídos los motivos de casación y los considerandos del

---

(14) FERRARA, ob. cit., pág. 236 y también pág. 253; F. DE CASTRO, *La simulación y el requisito de la donación de inmuebles*, ADC, 1953, página 1003.

Supremo, se advierte que no trata de la aplicación del artículo 633 del Código, sino que, exclusivamente, deniega el recurso por inexistencia de incongruencia y por imprescriptibilidad de la acción.

F) Sentencia de 23 junio 1953: Donación pura y simple: Nula.—Reitera la doctrina de las Sentencias de 3 marzo 1932 y 22 febrero 1940, “especialmente aplicable en materia de donaciones puras y simples cuando consta en una escritura en que se hace figurar una compraventa, que es nula en cuanto falta el precio y no puede servir de donación por no resultar probado su existencia en la manera y forma que exige el artículo 633 del Código civil”. No se probó que la donación obedeciese al propósito de remunerar servicios y ayudas económicas recibidas y que serían prestadas al figurado vendedor.

G) Sentencia de 31 enero 1955.—Carece de interés a los efectos de la presente nota por la intervención de un documento privado en que se hace constar “la condición reversiva afectante a la donación”. Dice: “es obvio que lo dispuesto en el artículo 633 del Código civil al exigir para que la donación de cosa inmueble sea válida que se haga en escritura pública, sólo parcialmente aparece cumplida, pues el pacto reversional se reflejó únicamente en documento privado, lo que impide dar validez y eficacia a la donación”.

H) Sentencia de 29 octubre 1956: Donación “mortis causa”: Nula.—Tampoco ofrece interés esta doctrina al limitado objeto de la presente nota, reducida a las donaciones “inter vivos”. No obstante, se copia el párrafo más significativo. Acerca de la simulación relativa sienta que “tiene por efecto la nulidad del negocio aparente, pero como la simulación no se agota en la simple producción de la apariencia, sino que ésta sólo es un medio para ocultar un negocio verdadero que se concluye entre las partes, la ineficacia de la forma externa simulada no obstaculiza la validez eventual del negocio verdadero encerrado; la demostración de la simulación hace desaparecer la relación fingida que media entre las partes con el fin de enmascarar, pero deja intacta la relación verdadera que las partes han concluido secretamente, la cual será eficaz en cuanto reúna las condiciones necesarias para su existencia y validez”. Reitera luego la doctrina de las Sentencias de 3 marzo 1932, 22 febrero 1940 y 23 junio 1953, y establece que la donación “mortis causa” encubierta no adolecía de nulidad relativa, sino que era inexistente por falta del requisito esencial de forma.

I) Sentencia de 5 noviembre 1956: Donación pura y simple: Nulidad.—Ratifica las Sentencias de 3 marzo 1932, cuya doctrina copia, 22 febrero 1940, 23 junio 1953 y 29 octubre 1956.

J) Sentencia de 16 noviembre 1956: Donación remuneratoria: Validez.—En el motivo primero del recurso de casación se denuncia infracción de los artículos 622 y 633 del Código civil por no darles la debida aplicación, ya que al estimar la Sala de instancia que el contenido de la escritura es una disimulada donación y no una compraventa, debió tener presente que los aludidos instrumentos públicos carecen de los requisitos de fondo y forma que taxativamente exigen los preceptos legales citados para que pueda estimarse eficaz el contrato de donación. El Supremo



rechaza el motivo porque “al razonar así el recurrente parece olvidar que la jurisprudencia al estudiar el tema de los negocios disimulados —simulación relativa— en que la divergencia entre la apariencia del acto y su real contenido no implica una ausencia total de voluntad y de acto real, sino una mera ocultación de un negocio verdadero querido así por las partes bajo la falsa apariencia de un negocio fingido, viene declarando que la ineficacia de la forma externa simulada no es obstáculo para la posible validez del negocio disimulado que contiene, en tanto éste sea lícito y reúna, a más de los requisitos de fondo generales, los que correspondan a su naturaleza especial, y en casos como el presente de tan cualificados matices es de ineludible aplicación la doctrina de la Sentencia de 29 de enero de 1945 referente asimismo a un caso de donación remuneratoria en méritos de la cual si los otorgantes utilizaron para su convenido negocio la forma de escritura pública y consta la aceptación de los fingidos compradores y reales donatarios, como por cierto con el empleo de ese mismo verbo se consigna en las escrituras debatidas en este pleito, no acusada la ilicitud del convenio ha de estimarse el negocio donación perfecta y no infringió el juzgador de instancia al dejar de aplicarlos los citados artículos 622 y 633 del Código civil...”.

K) Sentencia de 5 octubre 1957: Donación pura y simple: Nulidad.— El tema se alude sólo incidentalmente al no haberse planteado en el recurso. “El tribunal sentenciador estimó nula la donación que contenía el contrato subyacente en la escritura de 24 de junio de 1949 por dos razones: una, porque dicho negocio jurídico no contenía para su eficacia como tal los requisitos que exige la ley, precisamente el artículo 633 en relación con el 630 del Código civil, debiéndose añadir a la opinión del juzgador que tales requisitos son esenciales para la validez de la donación, habiendo declarado la jurisprudencia con reiteración casi unánime que es necesario el cumplimiento de las formalidades impuestas por la Ley, el cual ha de ser especialmente exigido con rigor cuando se trata de donaciones encubiertas (S. de 12 de julio de 1941) (15), y la segunda razón, por la ilicitud e inmoralidad de la causa, y omitiendo en el recurso por completo la impugnación, ni aun siquiera alusión a la primera razón del pronunciamiento, formula el recurrente...”.

L) Sentencia de 7 octubre 1958: Donación simple: Nulidad.—El Tribunal “a quo” declaró la nulidad de dos escrituras afirmando que “ambos documentos encubren un proceso de simulación por obra del cual doña J. R. V., proponiéndose hacer donación universal de sus bienes en provecho de su nieto don A. O., y con indudable perjuicio de sus seis hijos, les despojó de todos sus derechos legitimarios mediante el arbitrio de enajenarlos aparentemente a don D. A. P. (padre político del A.), quien a su vez los transmitió por una simulada permuta al verdadero y querido destinatario; maquinación ilícita determinante de la nulidad que se decreta y que no sólo priva de validez a los contratos simulados, sino también a la donación subyacente, carente de causa y que además

---

(15) La S. de 12 julio 1941, como ya vimos, declara la nulidad de la donación encubierta por ilicitud de la causa al realizarse con el propósito de burlar los derechos legitimarios de los hijos.

no resulta hecha ni aceptada por el modo expreso en escritura pública, con infracción del artículo 633 del Código civil". Interesa recoger la doctrina de esta sentencia.

"Que sin negar la existencia de una corriente doctrinal a cuyo tenor la donación encubierta bajo la forma de cualquier otro contrato será válida a condición de que en el que sirvió de máscara al contrato subyacente se guarde aquel requisito de forma, lo que en cierto modo ha tratado de justificarse, ligando en cada caso por un esfuerzo interpretativo el tenor conjunto de la declaración y contradecación, lo cierto es que la tesis que la sentencia mantiene no sólo tiende a evitar las consecuencias gravísimas que, obrando de otra suerte, puede determinar el "fraus legis", acentuando además las precauciones formales, explicables cuando se trate de negocios definitivamente gratuitos, sino que se conforma con la posición que en este punto adopta la legislación patria y más concretamente el Código civil, pues no sólo en el artículo 633, que la Sala ha aplicado rectamente, extrema hasta el rigor los requisitos de forma que, aparte de la escritura pública de donación de inmuebles, han de concurrir (descripción de los mismos, expresión de cargas, aceptación en forma auténtica), sino que en otros preceptos se revela esa misma tendencia (arts. 1.137, 1.321, 1.328, 1.139), dando claramente a entender la voluntad inequívoca de rodear determinados negocios de un rigor formal que aleje los peligros del fraude, pero que además sean un freno eficaz contra la tendencia, ya morbosa, al empleo de la simulación, que casi siempre tiende a lograr por un camino, por lo menos tortuoso, lo que siguiendo una senda normal no podría alcanzarse de otro modo". "Que en esas elementales consideraciones se inspiró la jurisprudencia del Tribunal Supremo, contenida, entre otras, en las S. de 3 enero 1932, cuya doctrina recogieron después de ella las de 22 febrero 1940, 12 julio 1942, en fecha más próxima la de 23 de junio de 1953, que, rectificando en cierto modo la de 29 de enero de 1945 en cuanto autorizaba una interpretación más clara del artículo 633, en el supuesto de que la donación encubierta tuviese una causa lícita y verdadera y no una maquinación ilícita, mantuvo la que ya puede reputarse clásica y constante doctrina de este Tribunal, contribuyendo así, en aras de la seguridad jurídica, a la necesaria uniformidad de la interpretación". En el penúltimo considerando remacha la nulidad de la donación encubierta "por falta de todos los requisitos de forma que garantizan su eficacia".

M) Sentencia de 15 enero 1959: Donación pura y simple: Validez.— Después de señalar los efectos de la simulación absoluta y de la relativa, añade: "Que es doctrina de esta Sala, reiteradamente manifestada, que si bien al amparo del artículo 1.276 del Código civil puede admitirse la validez de los negocios disimulados, es necesario que se justifique la "causa verdadera y lícita" en que se funda el acto que las partes han querido ocultar, y el "cumplimiento de las formalidades prescritas", doctrina rigurosa que ha de ser especialmente aplicada en materia de donaciones puras y simples, cuando constan en una escritura en que se hace figurar una compraventa, que es nula en cuanto falta el precio, y para que sirva de donación ha de resultar probada su existencia en la manera y for-



ma que exige el artículo 633 del Código civil". "Esto sentado, carece de base el presente recurso, ya que el motivo primero... llega a las mismas conclusiones que el juzgador de instancia, la simulación de las compraventas... por falta de precio, y el motivo segundo en que al amparo igualmente del número primero del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil denuncia la violación de los artículos 633 y 636 del Código civil, tampoco puede prosperar frente a las declaraciones del Tribunal "a quo" (considerando tercero), expresivas de que en el testamento del señor S. P., éste instituye a su esposa heredera universal "en pleno dominio" y autorizándola a disponer "libremente" de los bienes por actos "inter vivos", "sin limitación alguna" y de ello se infiere que su voluntad era prohibir únicamente la libre disposición de los bienes por actos "mortis causa", por lo que es obvio que le está permitido hacer donaciones "inter vivos", puras o condicionales, ya que de hacerlas no contravenía prohibición alguna que le fuera impuesta por el testador, por lo que si otorga una compraventa y ésta encubre una donación con causa lícita y verdadera, y resulta el "animus donandi" y la aceptación en la misma escritura, el contrato reviste los caracteres de una donación perfecta e irrevocable, declaraciones que no han sido combatidas eficazmente, en cuanto envuelven una interpretación del aludido testamento, con la imprescindible alegación del artículo 675 del Código civil, y en cuanto afirman la concurrencia de los requisitos exigidos por la Ley para la validez de las donaciones...".

N) Sentencia de 11 febrero 1959: Donación pura y simple: Nulidad. El artículo 1.276 del Código civil "al admitir la posibilidad de que sea válido un contrato en que se expresa una causa falsa si se probase que estaba fundado en otra verdadera y lícita, establece una excepción que como tal ha de ser aplicada con carácter muy restringido, sin que pueda dársele una amplitud que dentro de él pudiera originar el dejar sin efecto principios capitales que informan la teoría de la contratación en nuestro Derecho, amparando con una habitualidad que sale de su órbita situaciones que rozan o están dentro de los ilícitos, razones que son de tener en cuenta más acusadamente cuando se trata de contratos de compraventa que se dice encubren una donación, pues claramente se advierte cuán fácilmente se burla el rigor formal exigido por el artículo 633 del Código civil, que requiere una auténtica manifestación de voluntad, y en estos principios se inspira la doctrina jurisprudencial sin vacilaciones, ya que la que se invoca responde a un supuesto de especial aplicación que ya recoge el artículo 1.276 del Código civil; pero de todas suertes, en este caso falta el requisito exigido por el artículo 634 del mismo Código, por no constar en forma alguna que la donante se haya reservado en plena propiedad o en usufructo lo necesario para vivir en un estado correspondiente a sus circunstancias... faltando el ánimo de donar toda vez que no se ha acreditado sino que, por el contrario, se prueba que no existió ni la liberalidad puede tener el alcance de traspasar todos sus bienes a otra persona".

O) Sentencia de 31 marzo 1959: Nulidad.—De un modo incidental, al tratar de la legitimación, dice que por ser "un contrato simulado, que

de entenderse que encubría una donación, ni podía ser válido por su forma...".

P) Sentencia de 19 octubre 1959: Nulidad.—Esta sentencia recayó en pleito sobre rescisión por lesión en Cataluña.

"Si bien es cierto que este precepto —el artículo 1.276 del Código civil— admite como excepción la validez de los contratos cuando en ellos se exprese una causa falsa siempre que encubra otra verdadera y lícita, no cabe desconocer que no tiene un carácter de generalidad que permita admitir la simulación como normal, cuando las partes pueden adoptar la forma contractual que la Ley previene para la institución que regula, a menos que por este medio se pretenda obtener un fin ilícito que la ley no ampara; por ello, y para evitarlo, la doctrina jurisprudencial, ya clásica exige un prudente rigor en el cumplimiento de las formalidades y requisitos que el Código requiere para el contrato que se dice encubierto, pues, de otra suerte, se daría el caso de que pudiera hacerse por modo indirecto lo que directamente no podría efectuarse, rigor por tanto mayor cuando se sostiene la existencia de una donación por el sólo dicho de uno de los contratantes..., y dentro de los requisitos que para la donación de inmuebles exige el artículo 633 del Código civil, se omite el usufructo de las fincas vendidas... ni tampoco consta la aceptación auténtica de la donación por parte de las supuestas donatarias, pues en el contrato de compraventa sólo aceptan ésta y la escritura cumple los requisitos de este contrato y de ello da fe el Notario autorizante pero no los de la donación, siendo distintas las consecuencias jurídicas de uno y otra...". Añade que la sentencia no desconocía que en la donación onerosa está comprendida la denominada donación mixta, como es la venta de una cosa por menos de su valor, hecha con el carácter de semidonación, y la llamada compraventa amistosa, en la cual se contiene también un contrato oneroso, pero como la posición del recurrente en el pleito fue negar que se entregara precio alguno, mal puede en el recurso variar la posición, y además refiriéndose a un contrato tildado de simulado "habrían de cumplirse en él los requisitos formales exigidos por el artículo 633, que en su párrafo primero impone implícitamente si la donación fuese onerosa, que se exprese el valor de las cargas que debe satisfacer el donatario, expresión aquí omitida...".

Q) Sentencia de 9 diciembre 1959: Nulidad.—Según dice el segundo considerando de la Sentencia de 9 diciembre 1959, dos son los fundamentos esenciales de la sentencia recurrida para declarar la plena nulidad del contrato de donación subyacente en el simulado de compraventa: no haberse probado la licitud de la causa, y no haberse observado "los requisitos formales de la aceptación de la donación de bienes inmuebles, que preceptivamente determinan los artículos 629 y siguientes, y más concretamente el 633 del citado Cuerpo legal, requisitos formales que si son exigibles siempre en las donaciones puras y simples, con mayor razón lo han de ser en las encubiertas que, por serlo, no pueden gozar de privilegio sobre aquéllas conforme viene declarando la constante jurisprudencia de esta Sala". Después de rechazar los motivos del recurso referentes al primero de los fundamentos, expresa: "a mayor abunda-



miento, que aunque así no fuera y tuviera que prosperar alguno de los motivos del recurso alegado, siempre resultaría que la oposición a la demanda no podría prosperar y, en todo caso, en la sentencia de instancia tendría que declararse nula la donación de referencia por no haberse acreditado el cumplimiento del requisito formal de la aceptación mediante escritura pública y durante la vida del donante...”:

R) Sentencia de 19 diciembre 1960: Nulidad.—La sentencia de instancia declara la nulidad por simulación absoluta y en el recurso se pretendió que la compraventa envuelve una donación encubierta. El Supremo dice que “si se tiene en cuenta que la simulación declarada es de carácter absoluto por carencia de causa, hay que llegar a la conclusión de que los contratos a que se contrae el litigio son nulos por inexistencia, sin contenido obligacional, y por tanto nada más que con una fingida realidad que no podría producir el efecto de transferir los bienes sólo aparentemente vendidos, y por tanto no podía transmitirlos tampoco como si los contratos encubrieran negocios disimulados implicativos de donación, que en todo caso precisaría probar su existencia en la forma que prescribe el artículo 633 del Código civil”.

S) Sentencia de 10 octubre 1961: Nula.—“Que la simulación relativa—existente cuando las partes realizan aparentemente un determinado acto, queriendo y llevando a cabo otro distinto— encuentra su encaje en el artículo 1.276 del Código civil, que, después de establecer el principio de nulidad de los contratos en los que se hace expresión de una causa falsa, deja a salvo el caso de que estén fundados en otra verdadera y lícita, por lo que el negocio simulado es nulo como falta de causa verdadera y el disimulado, o sea, el realmente querido, será válido si es lícito y reúne, además, los requisitos que corresponden a su naturaleza especial, doctrina recogida por la jurisprudencia, la que para la validez de los negocios disimulados exige, no sólo la justificación de la causa verdadera y lícita en que se funde el acto que las partes han querido ocultar, sino también el cumplimiento de las formalidades impuestas por la ley, doctrina rigurosa que siempre ha sido proclamada por esta Sala, cual revelan las Sentencias de 3 marzo 1932, 22 febrero 1940 y 12 julio 1943, entre otras; y si bien la Sentencia 29 enero 1945 pareció sentar un criterio menos rigorista, esta Sala volvió a su doctrina clásica y constante en la de 23 junio 1953, exigiendo el cumplimiento de las formalidades prescritas para la validez del negocio jurídico disimulado, lo que se reitera en las de 7 junio 1955, 29 octubre y 5 noviembre 1956, 5 octubre 1957, 7 octubre 1958 y 11 febrero 1959, doctrina que es consecuencia del repetido artículo 1.276, con arreglo al cual el negocio realmente querido será válido si se basa en una causa verdadera y lícita y se observan los requisitos que para la eficacia del negocio disimulado se exigen, pues lo contrario supondría la posibilidad de burlar aquéllos, con las graves consecuencias que puede determinar el “*fraudem legis*”. “Que el contrato de donación es en nuestro Código eminentemente formal, no en el sentido de exigir una forma esencial, sino como requisito necesario para la validez de la donación de cosa inmueble, ya que ha de hacerse en escritura pública, con expresión individual de los bienes donados y

consignándose en ella o en otra separada la aceptación del donatario, porque el artículo 633 del Código civil requiere una auténtica manifestación de voluntad que no puede ser suplida por otros medios, dado que tales requisitos se exigen para la validez del negocio, por lo que todos ellos, sin excepción, han de cumplirse para su eficacia y efectividad, y por ello, para que una donación encubierta o disfrazada de venta sea válida como contrato subyacente o disimulado es necesario el cumplimiento de las formalidades expuestas, pues lo contrario implicaría burlar el rigor formal exigido por el repetido artículo 633 e introducir la duda e incertidumbre en el acuerdo de voluntades sobre la gratuidad, alcance y condiciones de la donación, cuando deben ser puestos de relieve de una manera indiscutible y auténtica". "La sentencia recurrida estima que la escritura de compraventa... es simulada, encubriendo un contrato de donación que califica de válido y eficaz, pero como no consta en aquélla el "animus donandi", ni la aceptación de la donataria, ni aun se hizo en escritura pública, pues la otorgada fue para amparar a un contrato que se declara nulo, es claro que al no cumplirse las formalidades legales... se estima el recurso.

T) Sentencia de 20 octubre 1961: Nula.—Resuelve un caso de donación encubierta por ilicitud de la causa, aunque incidentalmente menciona el requisito formal: "habiendo tenido por objeto —la compraventa simulada— privar de su legítima a los otros dos hijos... y como ello constituye una causa ilícita, la donación encubierta no ya solamente por defectos de forma, en relación con el artículo 633 de dicho Código, sino por el vicio sustancial, ha de considerarse, aun dentro de los límites de la legítima, nula e ineficaz...".

U) Sentencia de 1 diciembre 1964: Donación onerosa: Nula.—En esta sentencia enfoca el Tribunal Supremo el caso de una escritura pública que envuelve donación onerosa. Tras sentar los requisitos para la validez del contrato disimulado y de la donación onerosa, declara la nulidad de la última. "Que la simulación relativa, en cuya doctrina se basa la sentencia impugnada para declarar la validez de la donación onerosa que aprecia, consiste en una divergencia consciente entre la voluntad manifestada y la interna para producir un negocio distinto del exteriorizado, teniendo su encaje adecuado en el artículo 1.276 del Código civil, en que, después de establecer el principio de nulidad de los contratos en los que se hace expresión de una causa falsa, deja a salvo el caso de que estén fundados en otra verdadera y lícita, por lo que, con arreglo a dicho precepto, el contrato simulado es nulo por carecer de causa verdadera, y el disimulado será válido si es lícito y reúne, además, los requisitos que corresponden a su naturaleza especial, doctrina rigurosa que siempre ha sido exigida por la jurisprudencia, contenida en las sentencias que se citan en la de 10 octubre 1961, declaratoria de que, para que pueda admitirse la validez del negocio disimulado, es necesario que se justifique la causa verdadera y lícita en que se funda el acto que las partes han querido ocultar, y el cumplimiento de las formalidades impuestas por la ley para evitar la posibilidad de burlarlas, por lo que el problema planteado queda reducido a determinar si la donación apreciada como



contrato subyacente reúne o no las condiciones necesarias para su existencia y validez". "El contrato de donación, sea puro y simple u oneroso o modal, no se rige por el principio de autonomía de la voluntad que consagra como regla general el artículo 1.278 del Código civil, sino que tiene sus normas propias contenidas en el artículo 633 de dicho Cuerpo Legal, el que categóricamente ordena que para que sea "válida" la donación de cosa inmueble ha de hacerse en escritura pública, expresándose en ella individualmente los bienes donados y el valor de las cargas que deba satisfacer el donatario, con lo que se sanciona que el requisito de forma es imprescindible para su validez, y al requerir, como contrato, el acuerdo de voluntades, se exige con machacona reiteración la aceptación del donatario mediante una auténtica manifestación de voluntad, que no puede ser suplida por otros medios, dado que el artículo 630 del dicho Código prescribe que el donatario debe, "so pena de nulidad", aceptar la donación; aceptación que puede hacer en la misma escritura o en otra separada, debiendo en este caso notificarse en forma auténtica al donante para que quede obligado desde la perfección del vínculo (arts. 629 y 630), requisitos todos ellos que son indispensables para la validez y eficacia de la donación y cuyo cumplimiento no es posible soslayar". "Que la sentencia impugnada declara que la escritura de compraventa de 8 abril 1960 es simulada y se otorgó para encubrir una donación onerosa válida y lícita, declaración que, con arreglo a la doctrina expuesta, no puede prosperar, porque en tal escritura no consta el "animus donandi", ni las cargas impuestas al donatario, ni la aceptación de éste, ni se observó el requisito de forma exigido con carácter imprescindible, dado que la escritura pública otorgada fue para amparar a un contrato que se declara nulo, por lo que esta inobservancia de los requisitos legales hace que el contrato disimulado no pueda estimarse válido...".

V) Sentencia de 13 mayo 1965: Nula.—Recayó esta sentencia en un caso de compraventa de bienes troncales en Vizcaya. Se recogen los dos considerandos de interés. "Que la Sala sentenciadora declara acreditado, no sólo la inexistencia, por falta de precio, de la compraventa consignada en la escritura de 18 diciembre 1945, sino que la misma fue la fórmula jurídica adoptada por sus otorgantes para llevar a cabo una donación, que es nula por inobservancia de requisitos formales y por prohibirlo la Ley XVIII del Título XX del Fuero de Vizcaya, sin que los demandados hayan podido adquirir los bienes por prescripción, y contra tal categóricas declaraciones se interpone el presente recurso, en el que, en su motivo primero..., se denuncia la violación del artículo 1.276 y la interpretación errónea de los artículos 629 y 633 del Código civil y del precepto formal que invoca, porque, según el recurrente, ni la ausencia de requisitos formales hace inválida la donación, ni la hecha de bienes troncales a los no tronqueros es nula de modo absoluto sino relativo, ni la acción de nulidad puede ejercitarla el supuesto donante". "Que, por la aplicación del artículo 1.276 del Código civil para la admisión de la validez del negocio disimulado es necesario que se justifique la causa verdadera y lícita en la que se basa el acto que las partes han querido ocultar, y, además, el cumplimiento de las formalidades impuestas por la Ley, nin-

guno de cuyos requisitos aparecen acreditados, pues el Tribunal "a quo" afirma sin impugnación en el recurso, que el móvil de la supuesta donación fue el propósito ilícito de burlar la prohibición contenida en la Ley XVIII del Título XX del Fuero de Vizcaya y recogida en el artículo 10 de la vigente Compilación, de no disponer de los bienes troncales nada más que a favor de los parientes tronqueros, móvil que el juzgador eleva a la categoría de causa, y como declara que ésta, por ilícita, no existe, tal declaración, no impugnada, lleva consigo la inexistencia del contrato; por otra parte, como la donación es eminentemente formal, exige su validez el cumplimiento de los requisitos del artículo 633 del Código civil, los que se han omitido en el caso que se resuelve, omisión que impide reconocer eficacia a la supuesta donación disimulada, cual tiene declarado desde siempre la jurisprudencia, contenida, por citar sólo las más recientes, en las Sentencias de 10 octubre 1961 y 1 diciembre 1964..."

X) Sentencia de 16 octubre 1965: Donación remuneratoria: Validez. Se copian los párrafos de interés. "...2.º Que aun cuando se estuviera en presencia de un "pretio viliare facta", como parecen apuntar la sentencia que se impugna y los propios recurrentes, no se originaría la invalidez radical del contrato, según se expresa en las resoluciones de esta Sala de 4 mayo 1950, 10 julio 1954 y 27 mayo y 27 noviembre 1961, por no ser indispensable en nuestro ordenamiento positivo la existencia de adecuación entre ese elemento integrante del pacto y el verdadero valor de la cosa enajenada, y mucho menos la necesidad de que el vendedor hubiera de obtener lucro alguno (S. 27 febrero 1954); y 3.º Que, en último término, aun dando por sentado, a efectos polémicos, que la escritura litigiosa encubriera una donación remuneratoria disimulada, no se llegaría a conclusión distinta de la acabada de exponer, porque no siendo el parentesco de los demandantes con el vendedor de los comprendidos en el artículo 807, y estando la obligación discutida morfológicamente representada con arreglo a lo dispuesto en el 633, ni esa escritura pugna con precepto legal de ninguna clase, ni sirve de soporte para la obtención de una nulidad amparable en el artículo 4 del Código civil, según se desprende del 1.276 (SS. de 25 mayo 1944 y 22 marzo 1961), por cuyas razones el Tribunal de instancia no violó los preceptos que se invocan..."

Y) Sentencia de 14 mayo 1966: Nula.—Parte esta sentencia de la doctrina ya proclamada en sentencias anteriores, según la cual el artículo 1.276 del Código civil decreta la nulidad de los contratos en los que se hace expresión de una causa falsa, pero deja a salvo el caso de que estén fundados en otra verdadera y lícita, por lo que el negocio simulado es nulo y el disimulado será válido si es lícito y reúne además los requisitos que corresponden a su naturaleza especial, citando, entre otras, las Sentencias de 10 octubre 1961, 1 diciembre 1964 y 13 mayo 1965, declaratorias de que "para que pueda admitirse la validez del negocio disimulado es necesario que se justifique la causa verdadera y lícita en que se funda el acto que las partes han querido ocultar y el cumplimiento de los requisitos que para su eficacia exige la Ley, pues lo contrario supondría la posibilidad de burlarlos, con las graves consecuencias que puede determinar el "fraudem legis...". Recuerda luego el carácter for-



mal del contrato de donación de inmuebles, y concluye: "La sentencia recurrida declara que el contrato de compraventa otorgado en escritura de 27 agosto de 1957 es simulado, encubriendo otro de donación que califica de válido y eficaz, no puede prosperar, porque como en tal escritura no consta el "animus donandi", ni la aceptación de los donatarios, ni se observó el requisito de forma exigido con carácter imprescindible, dado que la escritura pública otorgada fue para amparar un contrato que se se declara nulo, es evidente que la inobservancia de los requisitos legales hace que el contrato disimulado no pueda estimarse válido...".

Z) Sentencia de 20 octubre 1966: Validez.—Copiamos el considerando de interés. "Que los tres motivos del recurso se amparan todos ellos en el núm. 1.º del artículo 1.692 de la Ley Procesal Civil, sin plantear, por tanto, cuestiones ajenas a las que dicho precepto legal previene, por lo que la eficacia de éstos queda limitada a la existencia de los vicios que se denuncian, estando el primero referido a violar la sentencia, por aplicación indebida, el artículo 1.276 del mismo Cuerpo Legal, incurriendo en evidente infracción formal, al acumular dos conceptos que tienen propia sustantividad o independencia, lo que bastaría para hacer perecer dicho motivo; en el segundo se acusa la aplicación indebida del artículo 1.274 del Código civil, y en el último la violación, por no aplicación del artículo 1.275 del precitado Cuerpo Legal, y partiendo de que resuelto por la sentencia el tema fundamental, por la aplicación del artículo 1.276 que no es visiblemente objeto de impugnación, todos los preceptos que se citan han de ser conjuntamente contemplados ya que el artículo 1.274 declara como causa en los contratos de pura beneficencia la mera liberalidad del bienhechor y si el siguiente niega efecto a los contratos con causa ilícita, es en el 1.276 del Código civil en el que, por la existencia de otra verdadera y lícita, queda desvirtuado el efecto anulatorio a que conduciría la expresión de una causa falsa en el contrato, y centrado en último supuesto el tema ha de señalarse, que si la doctrina de esta Sala reconoce que la afirmación de la inexistencia de precio en el contrato de compraventa, supone la falsedad de la causa, y no determina por sí la presunción de que ésta fue otra de liberalidad que le convierta en uno de donación, cuando aparte de aquella declaración se dan elementos positivos que conducen al juzgador a reconocer el "animus donandi" y la realidad de un contrato de donación, dotado de todos los requisitos que le hacen eficaz, esto determina la existencia de una causa verdadera y lícita, que da lugar, por la aplicación del mencionado defecto legal, a la plena validez del contrato, salvándole la consecuencia anulatoria que habría de determinar la falsedad de la causa figurada, y así, la Sentencia de 29 de enero de 1945 dice que si la compraventa encubrió una donación como causa lícita y verdadera, según estima la sentencia recurrida, y resulta el "animus donandi", así como la aceptación que los adquirentes hicieron, sin móvil fraudulento, el contrato reviste el carácter de donación perfecta e irrevocable, porque concurren todos los requisitos exigidos por el Código civil; se da, por tanto, un negocio disimulado, pero válido, por cuanto implica la mera ocultación del negocio verdadero bajo la falsa apariencia de otro fingido, conforme a la Sentencia de 25 mayo

1944, doctrina que reitera la de 19 enero 1950, al afirmar que la donación que el contrato figurado como compraventa encubría fue perfectamente válido y eficaz, en tanto no perjudicara los intereses legitimarios de la parte actora, como se declara de manera no controvertida eficazmente en este caso, y todo ello ha de llevar a rechazar la existencia de las infracciones legales que el recurso denuncia...”.

A') Sentencia de 22 abril 1970: Nulidad.—La sentencia de instancia declaró que la escritura de compraventa encubría un negocio disimulado de donación condicionado a que los demandados cumplieran ciertas obligaciones y revocó la donación por incumplimiento de las condiciones. El Supremo no dio lugar a la casación, y en el cuarto considerando dice: “...aunque se acogiesen los razonamientos de dichos motivos alusivos a que no ha existido donación, conclusión a la que cabe llegar también conforme a la doctrina constante de esta Sala, según la cual, a virtud de lo dispuesto en el artículo 633 del Código civil, no ha podido existir donación al faltar el requisito esencial de la aceptación, ello nos conduciría, partiendo de los hechos que se dan como probados, a proclamar la nulidad absoluta del acto realizado, con idénticas consecuencias a que llegaron las dos instancias”.

B') Sentencia de 28 febrero 1974.—No llega a entrar en el examen del artículo 633 porque estima la falta de “animus donandi” en la donación encubierta, pero, tras el razonamiento, añade que la desestimación del motivo no supone “desconocer la doctrina de las sentencias de esta Sala invocadas en el recurso, en las que, cuando el “animus donandi” es manifiesto, incluso se dan por cumplidos los requisitos formales del artículo 633 del Código civil, en cuanto a expresión de voluntad del donante y aceptación del donatario a través de la escritura simulada, en los casos de simulación relativa; pero, como queda dicho, en el presente caso se trata de un supuesto totalmente diferente de los aludidos por aquellas sentencias...”.

V. Del estudio de la jurisprudencia se desprende una línea irregular en la consideración de la donación “inter vivos” disimulada bajo compraventa en escritura pública. No obstante, predomina la declaración de su nulidad por incumplimiento del artículo 633, salvo reducidos supuestos de donación remuneratoria, en los que se aprecia una inclinación hacia la corriente doctrinal que elimina del puro juego de los preceptos de la donación la que, como dice nuestro Código, se hace a una persona por los servicios prestados al donante, siempre que no constituyan deudas exigibles; en este sentido son definitivas las palabras de Federico de Castro (16): “Dada la analogía de la causa remuneratoria con la causa onerosa, habrá de entenderse que los negocios con causa remuneratoria siguen el mismo régimen que los negocios de título oneroso y que, por tanto, no estarán sometidos para su validez a los requisitos de forma de las donaciones”.

(16) *El negocio jurídico*, pág. 270. Vid., también, últimamente, GARCÍA HIRSCHFELD, *La donación modal y el “negotium mixtum cum donatio-ne”*, Pretor, abril-junio 1976.



VI. La Sentencia de 4 diciembre 1975, origen de la presente nota, reitera el criterio de la nulidad de la donación encubierta por infracción del artículo 633, incidiendo en la doctrina mayoritaria anterior, pero añade un argumento, acaso por las peculiaridades concretas, que probablemente no alcanzará futura consagración; es el que se refiere a la finalidad defraudatoria fiscal "creando una apariencia de compraventa para evitar los gastos que originaría una transmisión hereditaria", lo cual lleva al Supremo a estimarla productora de la nulidad radical del acto, en contraste con conocidas resoluciones de gran laxitud en la apreciación del incumplimiento de los deberes tributarios, independizándolos de los efectos sustantivos.

FRANCISCO CAPÓN REY

### 3. EL PRINCIPIO DE LA RELATIVIDAD DEL CONTRATO Y SUS EXCEPCIONES; EFICACIA DEL APLAZAMIENTO DE PAGO DEL PRECIO NO GARANTIZADO ESPECIALMENTE Y OTRAS CUESTIONES.

(Comentarios a la Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de abril de 1975)

#### I) Antecedentes

Aparecen éstos claramente sintetizados en el primer considerando de la propia sentencia, de la que los tomamos, transcribiéndolos casi literalmente:

1.º) Por escritura pública de 6 de junio de 1972, completada por otra del 12 del mismo mes y año, las actuales recurridas vendieron a la entidad E.T.H.C.A. dos parcelas de terreno propiedad de aquéllas, sitas en el término de L., por un precio, respectivamente, de 1.250.000 y 1.800.000 pesetas, de las que parte se pagaría —como en efecto se pagó— dentro del mes del otorgamiento, quedando el resto aplazado por cinco años con la expresa estipulación de que, respecto de lo que quedaba por pagar, “las vendedoras no tendrán más acción que la personal contra la sociedad compradora, pero sin que al impago se le dé carácter resolutorio de este negocio jurídico”. 2.º) Al propio tiempo, la compradora se obligaba a construir en otra parcela propiedad de una de las vendedoras, un chalet amueblado con las correspondientes acometidas, de categoría no inferior a 600.000 pesetas, así como a efectuar a su costa los trabajos de instalación de las acometidas de agua y electricidad en otra parcela perteneciente a la otra vendedora, concediéndose además a una de éstas el derecho a la concesión de un establecimiento de bombonería en la zona a urbanizar y consignándose expresamente que “*las obligaciones contraídas están comprendidas en la contraprestación que incumbe a la compradora*”, todo lo cual, salvo la concesión últimamente mencionada, tuvo constancia en la inscripción que se realizó en el Registro. 3.º) También por escritura pública de 15-12-65, cuando faltaban por abonar las cantidades aplazadas —concretamente 600.000 y 400.000 de cada una de las parcelas— y estaban sin cumplir las obligaciones no dinerarias, la sociedad compradora vendió a su vez las dos parcelas a la entidad que ahora figura como recurrente, sin que en esta escritura se hiciese referencia a las obligaciones pendientes, aunque la segunda compradora consultó el Registro de la Propiedad antes de decidirse a la adquisición. 4.º) Las primitivas vendedoras tuvieron conocimiento de dicha transmisión cuando, después de transcurridos más de los cinco años pactados en el contrato de 1962, trataron de hacer efectivo su total cumplimiento entablado la pertinente



acción judicial a la que contestó la demandada dando noticia de la venta efectuada, que fue causa del inicio del litigio que originó estas actuaciones que, aunque se solicitó, no pudo acumularse al anterior, y en el que la actual recurrente se opuso alegando el carácter personal de la acción intentada, no pudiendo considerarse afectada por las obligaciones de esa índole contraídas por su causante; pretensión actora que, sin embargo, prosperó en ambas instancias aunque no de modo coincidente, porque la sentencia recurrida la estimó totalmente, es decir, tanto por lo que se refiere a las obligaciones dinerarias como a las no dinerarias, mientras que la de primer grado había excluido estas segundas.

El Tribunal Supremo casa la sentencia de la Audiencia y en la primera de sus sentencias establece la doctrina que se contiene en los extractos que, seguidamente, se expresan:

## II) Doctrina

*Relatividad de los contratos: Principio general y excepciones. Acción personal y efectos no resolutorios.*—De los artículos 1.091 y 1.257 Código civil se desprende que nuestro sistema proclama el principio de la relatividad de los contratos o, más exactamente, de sus efectos, que no son sino las obligaciones que de ellos nacen, con lo que se quiere significar que, a diferencia de lo que ocurre con los derechos reales cuya eficacia es frente a todos, “erga omnes”, aquí es meramente relativa, como relativas son las obligaciones, con sujetos concretos, específicos y determinados; y si bien es cierto que la regla no es absoluta, puesto que el mismo artículo 1.257 en su párrafo segundo permite las estipulaciones a favor de terceros y, como después se dirá, existen casos en que pueden repercutir los efectos obligacionales en persona que no intervino en la celebración del pacto, no lo es menos que son excepcionales y que en cuanto derogatorios del principio general, deben analizarse con suma cautela y criterio restrictivo, partiendo siempre, por supuesto, del contrato específico de que se trate; y dado que en el que ahora se contempla se dice textualmente que el incumplimiento de las obligaciones aplazadas que incumben al comprador sólo producirán acción personal, sin que lleve consigo efecto resolutorio del negocio jurídico, hay que concluir que las partes quisieron aplicar en concreto el principio genérico antes reconocido, excluyendo toda eficacia de carácter real que pudiera afectar a tercero y marginándole de las consecuencias del posible incumplimiento.

*La “cesión del contrato” y sus modalidades como excepción al principio de relatividad de los contratos en Derecho español vigente.*—La posibilidad de excepcionar el principio de relatividad del contrato encarnada en la figura conocida con el nombre de “cesión del contrato” solamente puede verificarse en el Derecho español vigente a través de un triple procedimiento: bien extinguiendo las obligaciones anteriores por empleo de la novación propia o extintiva, bien modificándola si se utiliza el mecanismo

de la delegación puramente acumulativa, que autoriza "a sensu contrario" el artículo 1.204 del Código civil, a consecuencia del cual el acreedor o deudor nuevos quedan acumulados o unidos a los precedentes, o bien pactando la sucesión sin extinguir las obligaciones que igualmente permite el propio precepto, puesto en relación con el 1.203; supuesto éste de sucesión propiamente dicha que aparece reconocido, por lo que al crédito se refiere, con las formas de cesión de créditos (artículos 1.526 y siguientes del Código) y de la subrogación o pago con subrogación (artículos 1.209 y siguientes del mismo Cuerpo legal), y, por lo que afecta al lado pasivo, con la *asunción de deudas a título particular o privativo*, construida doctrinalmente en nuestro Derecho al amparo del número segundo del artículo 1.203 en conexión con el 1.204 y 1.205, todos ellos del Código civil, según se evidencia en las Sentencias de 22-2-46, 10-2-50 y 6-6-61, entre otras.

*Carácter de la asunción. Significado de la consulta del Registro de la Propiedad por el nuevo comprador.*—La asunción debe ser expresa, con constancia de una específica declaración de voluntad en ese sentido de parte del asuntor, así como del conocimiento y consentimiento del acreedor, no siendo admisible en forma tácita o presuntiva, sin que en el presente caso concorra ninguna de aquellas voluntades, ni sea posible deducir la primordial de querer asumir de la actuación de la entidad recurrente al consultar el Registro de la Propiedad puesto que, por el contrario, allí pudo constatar que las discutidas obligaciones eran de carácter personal.

*El principio "nemo plus iuris..." como excepción posible al principio de relatividad de los contratos.*—Si bien es cierto que existen hipótesis modernamente admitidas en que ciertas obligaciones nacidas de un contrato pueden afectar a un tercero que no fue parte del mismo cuando lo que a este se transmite es un derecho que, como consecuencia del pacto anterior, está limitado, no pudiendo ser transferido sino con estas limitaciones en virtud del principio "nemo plus iuris ad alium transferre potest quam ipse habet", lo que supone, como es lógico, una repercusión obligacional de un contrato respecto de persona que no intervino en el mismo que no podrá adquirir sino aquello que se le pudo transmitir (hipótesis y doctrina que la ampara, que han tenido reflejo especialmente en las Sentencias de 17-12-59 y 9-2 y 5-10-65), no es menos cierto que en el caso concreto no puede decirse que se esté en presencia de alguna de tales hipótesis, ya que sus circunstancias difieren de las de las sentencias mencionadas, pues en la primera compraventa se produjo una transmisión incondicionada del derecho de propiedad del inmueble discutido, que no pudo decirse ni disminuido ni limitado por la concurrencia de unas obligaciones de carácter estrictamente personal —por voluntad espontánea y libremente manifestada de los contratantes— no vinculadas al mismo y que sólo personalmente podrían ser reclamadas de aquel que se obligó a su cumplimiento.

*Eficacia del aplazamiento del pago del precio no garantizado especialmente.*—El principio de la relatividad del contrato no puede quedar desvirtuado por el hecho de que la primitiva operación de compraventa fuese



inscrita en el Registro de la Propiedad con todos los particulares que la rodearon, es decir, la existencia de un aplazamiento en cuanto al precio, así como de unas obligaciones no dinerarias que incumbían al en su día comprador, justo porque esta constancia registral pone indubitadamente de relieve que dichas obligaciones que quedan pendientes durante cinco años, eran de índole personal, concediendo sólo una acción de esta clase y sin que su incumplimiento implicase la resolución del contrato y ello porque el artículo 11 de la Ley Hipotecaria dispone que “la expresión del aplazamiento del pago conforme al artículo anterior no surtirá efectos en perjuicio de tercero, a menos que se garantice aquél con hipoteca o se dé a la falta de pago el carácter de condición resolutoria explícita”, ninguna de cuyas dos exigencias concurren en el caso que se examina, en que la hipoteca no fue constituida y se excluyó expresamente la posibilidad resolutoria, quedando por tanto desprovisto de los requisitos necesarios para poder repercutir frente a terceros adquirentes el pago aplazado, en su calidad de simple obligación personal a la par que las restantes —no dinerarias— que también figuraban en la inscripción de referencia; careciendo todas ellas, desde el punto de vista de su titularidad activa, es decir, en cuanto a derechos, de la categoría de gravámenes, en virtud de lo dispuesto en el artículo 98 de la propia Ley Hipotecaria, por no haber sido anotados preventivamente dentro del plazo legal, por lo que con razón fue también denegada la anotación preventiva de la demanda inicial del procedimiento origen de estas actuaciones, encaminadas a solicitar su cumplimiento.

### III) *Comentario*

A modo de indicación previa, quiero iniciar este breve comentario aclarando que el mismo no tiene por objeto discutir o recortar el acierto de nuestro Tribunal Supremo en el fallo de la sentencia —acierto que, para mí, está fuera de duda—, sino, más bien, hacer ciertas reflexiones sobre determinados pasajes de los razonamientos de la propia sentencia en los que por arrastre, sin duda, del primer contrato de venta determinante del pleito, quedan desdibujados ciertos conceptos que creo merecen, por su interés e importancia práctica, quedar esclarecidos.

Para facilitar la tarea, comentaremos uno a uno y por el mismo orden los seis extractos en que hemos recogido la doctrina de la sentencia.

A) *Relatividad de los contratos: Principio general y excepciones.— Acción personal y efectos resolutorios.*

No ofrece la menor duda —y así lo proclama claramente la sentencia que comentamos— que nuestro Derecho vigente, como ya lo hiciera el Derecho tradicional, acoge, como regla general, el llamado principio de la relatividad de la eficacia de los contratos (para simplificar, principio de la relatividad del contrato), el cual, partiendo de la vieja idea del contrato como “res inter alios acta” implica que aquél no puede desplegar efectos

en la esfera jurídica de terceros, ni a favor ni en contra, "nec prodest nec nocet", y cuya formulación positiva explícita está plasmada en el artículo 1.257, 1.º, del Código civil, cuyo primer inciso comienza diciendo que "los contratos sólo producen efecto entre las partes que los otorgan...", palabras estas que, relacionadas con el artículo 1.091 del propio Código, a cuyo tenor "las obligaciones que nacen de los contratos tienen fuerza de ley entre las partes contratantes...", dan al referido principio un contorno aparentemente muy rígido, relegando el contrato a la categoría de algo estrictamente personal de quienes lo pactaron y, por tanto, irrelevante para todos los que no son parte en el mismo.

Ahora bien, esa rigidez del aspecto personal o relativo —relativo a las personas de los contratantes, que no otra cosa quiere decir la locución "relatividad de la eficacia del contrato"— es, como decíamos y según una opinión doctrinal muy generalizada, más aparente que real, pues aparte de que la eficacia normal de los contratos rebasa el ámbito puramente personal de quienes lo establecieron para trascender, en su caso, dentro de ciertos límites (1), a sus respectivos herederos (textualmente lo sanciona así el propio artículo 1.257, 1.º, del Código civil, que, en definitiva, no hace sino trasladar a este precepto la médula del fenómeno hereditario tal y como, con profundo sabor romanista, lo refleja el artículo 661 del Código civil, al decir que "los herederos suceden al difunto por el hecho sólo de su muerte en todos los derechos y obligaciones"), es de advertir que carecería de todo realismo atribuir al principio de la relatividad del contrato un carácter tajante y absoluto, pues lo cierto es que, como dice DÍEZ PICAZO (2), el contrato, una vez realizado, penetra en el mundo de la realidad jurídica y se instala en él y, en consecuencia, los tratos que en lo sucesivo se realicen tienen que contar con los ya realizados y fundarse en ellos. Lo cual es tanto como admitir una cierta eficacia de unos contratos en otros, o sea, reconocer una virtual incidencia en la esfera de los terceros ajenos al contrato, bien sea de forma indirecta o refleja, lo cual supone una eficacia genérica y normal, pero muy difuminada, bien sea de una manera frontal, equivalente a una eficacia directa en la esfera de quienes no fueron parte en el contrato, la cual sólo puede darse en los casos excepcionales en que una norma jurídica así lo ampare y en la medida, siempre prudente, en que lo ampare.

En consecuencia, es frecuente admitir que el principio de la relatividad de los contratos no es impermeable a las excepciones, antes bien, además de la hipótesis especial de la estipulación en favor de tercero que aparece aludida y regulada en el párrafo segundo del propio artículo 1.257

---

(1) "Salvo, en cuanto a éstos (los herederos) —dice el artículo 1.257, 1.º, inciso 2.º, del C. c.— el caso en que los derechos y obligaciones que proceden del contrato no sean transmisibles, o por su naturaleza, o por pacto, o por disposición de la ley", precepto este que, a su vez, armoniza con el artículo 659 del Código civil que, delimitando el ámbito objetivo de la herencia, expresa que ésta "comprende todos los bienes, derechos y obligaciones de una persona, que no se extingan por su muerte", lo cual contribuye a paliar la amplitud con que se manifiesta el artículo 661 del Código civil.

(2) *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, Madrid, 1970, p. 265.



del Código civil, la doctrina, tras de constatar la existencia del principio, suele perfilar su alcance a través del análisis de una gama más o menos extensa de excepciones de las que, en realidad, sólo pueden reputarse verdaderas las que conllevan efectos directos, ya sean constitutivos, modificativos, declarativos o extintivos, en la órbita de personas ajenas al contrato. Lo cual, ciertamente, no es fácil ni frecuente.

No es este el lugar ni el momento idóneo para analizar críticamente cuáles sean esas excepciones, sobre alguna de las que hemos de insistir más adelante por imperativo del texto de la sentencia que comentamos, y si verdaderamente merecen el concepto de excepciones al principio de la relatividad del contrato. Bástenos, por ahora, destacar su existencia e insistir en la prudencia con que necesitan ser tratadas y admitidas para no desvirtuar el repetido principio, postura esta que es la adoptada por nuestro Tribunal Supremo cuando dice dentro del primero de los considerandos extractados de la Sentencia de 25-4-75 que “si bien es cierto que la regla no es absoluta, puesto que el mismo artículo 1.257, en su párrafo 2.º, permite las estipulaciones a favor de terceros y... existen casos en que pueden repercutir los efectos obligacionales en persona que no intervino en la celebración del pacto, no lo es menos que son excepcionales y que en cuanto derogatorios del principio general, deben analizarse con suma cautela y criterio restrictivo, partiendo siempre, por supuesto, del contrato específico de que se trate”.

Menos convincentes son, sin embargo, las palabras que siguen a la frase transcrita, según las cuales, “dado que en el contrato que ahora se contempla se dice textualmente que el incumplimiento de las obligaciones aplazadas que incumben al comprador sólo producirán acción personal, sin que lleve consigo efecto resolutorio del negocio jurídico, hay que concluir que las partes quisieron aplicar en concreto el principio genérico antes reconocido, excluyendo toda eficacia de carácter real que pudiera afectar a tercero y marginándole de las consecuencias del posible incumplimiento”.

Y digo que tales palabras del Tribunal Supremo son menos convincentes, no porque a través de ellas se llegue a una conclusión inaceptable, no, sino simplemente, porque en ellas se barajan algunas ideas —concretamente las de acción personal, efecto resolutorio y eficacia real— que, tal como se presentan, pueden inducir a confusión, si bien es verdad que ésta sería imputable más que a la propia sentencia, al contrato debatido en ella, en cuyo texto, recordémoslo, existe una cláusula en la que los contratantes, respecto de las cantidades aplazadas en la primera compraventa estipularon expresamente que “las vendedoras no tendrán más acción que la personal contra la sociedad compradora, pero sin que al impago se le dé el carácter resolutorio de este negocio jurídico.

Tal y como se expresa el contrato, y después reproduce la sentencia transcribiendo aquél, pudiera pensarse que acción personal y efecto resolutorio son ideas que operan en campos distintos, es decir, que el efecto resolutorio no entra en el marco de los efectos personales del contrato ni queda amparado, por tanto, por la acción personal que para los supuestos de incumplimiento de las obligaciones recíprocas sanciona el artículo

1.124 del Código civil, reforzado por el 1.504 del mismo Código, tratándose de venta de bienes inmuebles.

Lo cual es inexacto, porque una cosa es que el efecto resolutorio no trascienda a terceros en caso de incumplimiento de los primitivos contratantes, bien por no haberse pactado las garantías especiales que exige la legislación hipotecaria —sobre las que luego volveremos— que dotan a la acción resolutoria de eficacia real “erga omnes”, bien, como en el presente caso, por haberse excluido expresamente el efecto resolutorio incluso “inter partes”, y otra cosa es que el repetido efecto resolutorio no sea uno de los efectos personales característicos del contrato de compraventa, como productor de obligaciones recíprocas, que, precisamente por ello, hace muy dudosa la viabilidad de esa exclusión convencional, e induce a pensar que el pacto contemplado en la sentencia iba dirigido no tanto a excluir la resolución entre las partes en caso de incumplimiento del comprador —pensemos en el virtual desamparo de las vendedoras si, por cualquier causa, fuese imposible el cumplimiento— como a excluir, en palabras del Tribunal Supremo, “toda eficacia real que pudiera afectar a tercero, marginándole de las consecuencias del posible incumplimiento”. Y es que, a mi juicio, y no creo con ello sostener ninguna opinión aventurada, entre las partes que establecieron el contrato de compraventa, y a pesar de haber excluido el efecto resolutorio, ese efecto resolutorio hubiera seguido teniendo virtualidad y amparado por la acción personal en el supuesto de que hubiera ocurrido la doble circunstancia del incumplimiento de la parte compradora y de que ésta no hubiera transmitido las fincas vendidas a un tercero.

Por todo lo dicho, aun insistiendo en nuestra creencia de que en principio son aceptables las conclusiones del Tribunal Supremo en este considerando de la sentencia y, por supuesto, en el fallo final, creo que para llegar a ellas hubiera sido conveniente ciertas matizaciones sobre el alcance de la cláusula por la que las partes excluyen el efecto resolutorio del contrato en caso de incumplimiento.

B) *La cesión del contrato y sus modalidades como excepción al principio de relatividad de los contratos en Derecho español vigente*

Ya he dicho anteriormente que no es mi propósito, ni lugar adecuado este breve comentario a una sentencia concreta, analizar con detenimiento las excepciones al principio de la relatividad de los contratos. De ahí que pasemos por alto el estudio pormenorizado del concepto “cesión del contrato” y del acierto de incluir dentro del mismo las tres figuras, sumamente enjundiosas, a las que alude la sentencia que comentamos: la novación propia o extintiva y la novación modificativa en su doble vertiente de la delegación acumulativa y de la asunción de deuda a título particular.

En cambio, si queremos llamar la atención sobre el hecho de que el Tribunal Supremo considera que la posibilidad de excepcionar el principio de la relatividad del contrato encarnada en la figura conocida con el nombre de cesión del contrato *solamente* puede verificarse en el Dere-



cho español vigente a través de algunas de las tres figuras mencionadas. Palabras éstas, de nuestro alto Tribunal, de las que pueden deducirse las siguientes afirmaciones:

1.<sup>a</sup> Que la cesión del contrato, en general, constituye una excepción al principio de la relatividad.

2.<sup>a</sup> Que la cesión del contrato no se agota en las tres figuras jurídicas mencionadas, y

3.<sup>a</sup> Que solamente éstas, y no otras especies del género "cesión del contrato", tiene la virtualidad de actuar como excepción al principio de la relatividad.

Dejando de un lado la segunda de tales afirmaciones—por ser tangencial a nuestro comentario—, parece oportuno puntualizar en qué medida son aceptables las ideas básicas que laten en las otras dos, las cuales, para simplificar, pueden reconducirse a una sola, a saber: la cesión del contrato verificada a través de la novación extintiva, la delegación cumulativa o la asunción de deuda, presupone una excepción al principio de la relatividad del contrato.

Debemos entender que tal afirmación del Tribunal Supremo tiene por base un doble fundamento: por un lado, el que proporciona la consideración abstracta, o sea, desligada del caso concreto, de que la cesión del contrato operada a través de cualquiera de los tres procedimientos antedichos tiene la virtualidad de trasladar la eficacia del contrato establecido entre determinadas personas, a otra u otras que no fueron parte en él y que, por virtud de la cesión, asumen, en términos generales, los efectos, es decir, el contenido de derechos y obligaciones, del contrato cedido, lo que, en definitiva, equivale a romper el cerco de su eficacia "inter partes" o relativa y hacerla trascender a terceras personas. Y, por otro lado, de cara al caso concreto contemplado por la sentencia, puede pensarse que el Tribunal Supremo ha sentado la afirmación de referencia, precisamente para llegar a la conclusión de que al no haberse producido entre las partes implicadas en el pleito (recuérdese que éstas son las vendedoras de las fincas, la primera sociedad compradora y una segunda sociedad que compró las fincas a la anterior), una verdadera cesión del primitivo contrato de venta, todavía pendiente de cumplimiento, articulada a través del cauce novatorio, extintivo o modificativo que hubiera exigido el consenso de las primitivas vendedoras, la eficacia de dicho contrato de venta se agota entre las partes que lo establecieron, resplandeciendo así con toda su pureza el tan repetido principio de la relatividad de la eficacia del contrato.

De estos dos fundamentos que, intuitivamente, atribuimos a la sentencia comentada, vamos a descartar el segundo, no ya porque conduce a un resultado justo —insistimos de nuevo en que el fallo final del caso nos parece plenamente acertado—, sino porque es consecuencia o corolario del anterior, el cual, a mi juicio, es el que merece una breve puntualización. En efecto, creo que es, cuando menos, dudosa la idea de que la llamada "cesión del contrato", polarizada o no en determinados expedientes novatorios, constituya una genuina excepción al principio

de la relatividad de aquél, y ello por la sencilla razón que el traslado de los efectos del primitivo contrato a terceras personas que no fueron parte en él, no dimana del propio contrato, es decir, no se trata de que éste por sí mismo pueda operar, "ab initio" o "a posteriori", desplegando sus efectos directos en la esfera jurídica de terceras personas que resultarían así vinculadas por un contrato ajeno, a la manera como lo resultan los herederos, sino que ese posible traslado de la eficacia directa del contrato es obra de la propia cesión contractual—con todo su juego de aceptaciones y consentimientos de los interesados en el antiguo contrato—la cual, con independencia de la posibilidad de alterar de una u otra forma los efectos del contrato cedido, se convierte así en exigencia que, a la vez, es obstáculo para que pueda considerarse auténticamente excepcionado un principio, el de la relatividad, cuyas posibilidades de encontrarle excepciones hay que matizarlas mucho para que resulten aceptables (3).

C) *Carácter de la asunción. Significado de la consulta del Registro de la Propiedad por el nuevo comprador.*

Omitimos todo comentario a este extracto de parte de uno de los Considerandos de la sentencia, toda vez que el punto que mayor interés puede suscitar en orden a nuestro propósito, está relacionado con la constancia registral del pacto por el que se excluye el efecto resolutorio en caso de incumplimiento quedando limitada a una acción personal a favor de las vendedoras, sobre la cual, además de lo dicho anteriormente, volveremos más tarde.

D) *El principio "nemo plus iuris..." como excepción posible al principio de la relatividad del contrato.*

De nuevo vuelve el Tribunal Supremo en el considerando que corresponde al epígrafe extractado, a situarse en dos planos distintos: el de las opiniones doctrinales más o menos abstractas que han podido tener refrendo jurisprudencial en otras sentencias, y el del caso concreto contemplado por la que ahora comentamos.

Por lo que respecta al primero de dichos planos, el Tribunal Supremo acoge con cierta cautela las corrientes de opinión que ponen de manifiesto la existencia de determinadas hipótesis en las que "ciertas obligaciones nacidas de un contrato pueden afectar a un tercero que no fue parte del mismo, cuando lo que a éste se transmite es un derecho que, como consecuencia del pacto anterior, está limitado no pudiendo ser transferido sino con estas limitaciones en virtud del principio "nemo iuris ad alium tranferre potest quam ipse habet", lo que supone, como es lógico, una repercusión obligacional de un contrato respecto de persona

---

(3) Apurando este argumento podría llegarse a la conclusión de que ni siquiera la estipulación a favor de tercero tiene virtualidad bastante para excepcionar el principio de la relatividad dado el papel que en ella juega la aceptación del tercero para la plenitud de efectos.



que no intervino en el mismo que no podrá adquirir sino aquello que se le pudo transmitir". Ni que decir tiene que tales hipótesis aparecen aludidas como una posible manifestación más de excepción al principio de la relatividad del contrato, si bien el propio Tribunal Supremo se cuida de destacar su inoperancia en el caso concreto, dadas las peculiaridades de éste, en el que "se produjo una transmisión incondicionada del derecho de propiedad del inmueble discutido, que no pudo decirse ni disminuido ni limitado por la concurrencia de unas obligaciones de carácter estrictamente personal—por voluntad espontánea y libremente manifestada de los contratantes—no vinculadas al mismo y que sólo personalmente podían ser reclamadas de aquel que se obligó a su cumplimiento".

Pues bien, también aquí queremos hacer alguna observación destinada en lo esencial a destacar en qué medida puede resultar inexacto hablar de que el principio "nemo plus transferre aliquid potest quam ipse habet" puede excepcionar de alguna forma el de la relatividad del contrato.

En efecto, cuando mediante un contrato establecido entre dos personas, A y B, se pacta una o varias obligaciones a cargo de una de ellas, por ejemplo, A, especialmente proyectada hacia un bien o derecho de su patrimonio, y el correlativo derecho a favor de B, una de dos: o a ese derecho, si reúne los caracteres y requisitos estructurales para ello se le dota del carácter de real, refrendado con la intervención de la institución registral, o no. En el primer caso, nos hallamos en presencia de un gravamen real (por ejemplo, un derecho de servidumbre constituido en favor de una finca perteneciente a B sobre otra propiedad de A), que, sin género de dudas, vincula a los contratantes, pero que también trasciende a terceros adquirentes en el supuesto de que A transmita su derecho de propiedad. Ciertamente que por la propia naturaleza de la situación creada entre A y B, si A transmite su derecho a C, éste no puede adquirir más de lo que A le puede transmitir, es decir, el derecho de propiedad sobre la finca limitado o gravado con el derecho de servidumbre a favor de B, pero en modo alguno puede decirse que el contrato por el que se constituyó la servidumbre a favor de B despliega sus efectos directos en favor de C hasta que éste, por virtud de un nuevo contrato con A, adquiere el mismo derecho que A tenía y en las mismas condiciones que lo tenía. Es decir, que la incidencia sobre C del contenido jurídico económico, con todo su haz de derechos y obligaciones, de la servidumbre que en lo sucesivo va a operar en favor de C, no es efecto del primitivo contrato por el que aquélla se constituyó—mejor dicho, y precisando más, no es efecto exclusivo del contrato constitutivo de la servidumbre—, sino efecto del nuevo contrato traslativo de la propiedad de la finca de A, que opera, eso sí, sobre una realidad preconstituida, la existencia del derecho de servidumbre, que, en la medida en que existía, afecta al nuevo adquirente.

Queda así, a mi juicio, desdibujada, cuando no totalmente desvanecida la idea de que el principio "nemo plus..." supone una excepción al de la relatividad del contrato en la órbita de los derechos reales. Pero no otra cosa ocurre en el campo de los meros derechos personales o de

obligación. Si, en el ejemplo mencionado, la obligación establecida a cargo de A no reúne los requisitos estructurales, cualquiera que sea la causa, necesarios para que el correlativo derecho a favor de B ostente la categoría de derecho real, "erga omnes", o éste no despliega su eficacia como tal por falta de la oportuna publicidad registral (recordemos aquí, sin necesidad de entrar en más detalles, el juego de la fe pública registral plasmado en el artículo 34 de la Ley Hipotecaria), caben, a su vez, dos posibilidades en el supuesto de que A transmita su derecho a C: o bien aquél hace conocer a éste el contenido limitado del derecho que le transmite, en cuyo caso queda bien patente que el efecto limitativo del primitivo contrato entre A y B no despliega sus efectos sobre C sino en la medida en que éste lo conoce y acepta en su nuevo contrato, lo que excluye una verdadera excepción al principio de la relatividad, o bien, no se le hace conocer ese contenido limitado ni éste se le impone como consecuencia de una eficacia real, inexistente por hipótesis, operada a través de la publicidad del Registro, supuesto en el que, con más motivo, resulta irrelevante para C la limitación que afectaba al derecho transmitido por A y, en consecuencia, cobra plena virtualidad del principio de la relatividad del contrato.

E) *Eficacia del aplazamiento del pago del precio no garantizado especialmente*

Para terminar nuestro comentario a la sentencia de 25-4-75, hagamos una última y también breve referencia al tema aludido en el epígrafe del extracto de este considerando final, especialmente proyectada hacia la situación registral que contempla la propia sentencia y que, por cierto, suscita alguna perplejidad.

Recordemos, ante todo, que los primitivos contratantes —vendedoras y primera sociedad compradora— estipularon un contrato de venta de dos fincas con parte del precio aplazado y con obligación a cargo de la sociedad compradora de realizar determinadas edificaciones en otra parcela propiedad de las vendedoras. Pues bien, para garantizar el cumplimiento de tales obligaciones pudieron haberse seguido dos vías: una, la de no prever ninguna garantía específica, confiando así la defensa de los intereses de la vendedora al juego de las normas generales previstas por nuestro ordenamiento jurídico para el caso de incumplimiento de las obligaciones recíprocas, es decir, el artículo 1.124 del Código civil, que, en síntesis, contempla la doble posibilidad de, o bien exigir el cumplimiento, o bien provocar la resolución del contrato traslativo, con indemnización, en su caso, de daños y perjuicios; efecto resolutorio en este último que, en principio y como regla general, sólo actúa "inter partes", sin afectar a terceros adquirentes que hayan podido traer causa del primer comprador, pues para ello hubiera sido necesario recurrir a la segunda vía, a saber: la que prevé el artículo 11 de la Ley Hipotecaria (en relación con los demás concordantes de la propia Ley y el art. 1.504 del Código civil) que, como ya sabemos, establece que "la expresión del aplazamiento del pago... no surtirá efectos en perjuicio de tercero, a menos que se garantice aquél



con hipoteca o se dé a la falta de pago el carácter de condición resolutoria explícita”.

En el caso concreto, las partes intervinientes en el primer contrato de venta no siguieron ninguna de ambas vías, ni la del aseguramiento especial mediante el juego de las garantías reales, ni la del mero silencio, equivalente a dotar al contrato de una pura eficacia interna o personal. Mejor dicho, no se limitaron a silenciar las garantías previsibles para caso de incumplimiento, sino que, todavía más, redujeron éstas, al menos en apariencia, pactando expresamente la exclusión del efecto resolutorio. Y aunque ya dije antes que, a mi juicio, el alcance de esta exclusión, correctamente interpretada la cláusula pertinente, no puede ser otro sino el de la exclusión del efecto resolutorio que pudiera pretenderse frente a terceros adquirentes, lo cierto es que la cláusula aparece en el contrato y en la sentencia no existe traza de una interpretación concorde con la que yo insinúo.

De todas maneras no quiero insistir en este aspecto y prefiero plantear la cuestión en otros términos, esto es, prefiero hacer algunas observaciones acerca del si y el cómo debe reflejar el Registro de la Propiedad el tan repetido pacto, lo cual es tanto como tratar de su trascendencia frente a terceros en el caso de que se produzca la doble circunstancia de que el pacto se inscriba y de que se produzca una nueva transmisión de las fincas vendidas.

Que el Registro debe reflejar el aplazamiento de pago de parte del precio y la obligación asumida por la sociedad compradora de realizar ciertas construcciones está fuera de duda, precisamente porque todo ello forma parte de las condiciones de la primera venta según se estipuló expresamente en la escritura diciendo que “las obligaciones contraídas están comprendidas en la contraprestación que incumbe a la compradora”. Por lo demás, ello es consecuencia obligada de lo previsto en el artículo 10 de la Ley Hipotecaria conforme al cual “en la inscripción de los contratos en que haya mediado precio o entrega de metálico, se hará constar el que resulte del título, así como la forma en que se hubiere hecho o convenido el pago”.

Más dudosa es, en cambio (yo diría que incluso improcedente), la constatación registral del pacto que reduce a una pura acción personal la posible defensa del interés de las vendedoras ante el incumplimiento de la sociedad compradora y excluye la resolución del contrato. Y ello, porque el artículo 51, 6.º, del Reglamento Hipotecario, tras de establecer que “para dar a conocer la extensión del derecho que se inscriba se hará expresión circunstanciada de todo lo que, según el título determine el mismo derecho o limite las facultades del adquirente, copiándose literalmente “las condiciones suspensivas, rescisorias, resolutorias y revocatorias establecidas en aquél”, añade con gran contundencia que “no se expresarán en ningún caso las estipulaciones, cláusulas o pactos que carezcan de trascendencia real”. A mi entender, si el Reglamento Hipotecario prohíbe expresar los pactos que carezcan de trascendencia real, resulta obligado concluir, con plenitud de razones, que deben quedar incursos en la prohibición aquellos pactos que, como el de nuestro caso, tratan ex-

presa e inequívocamente de privar de trascendencia real a los derechos que se reserva el transmitente para el caso de incumplimiento

Cierto es que, a fin de cuentas, la cuestión, tanto en términos generales como de cara al caso concreto debatido en la sentencia, carece de relevancia práctica, toda vez que aunque se admita la improcedencia de inscribir el pacto, éste, de hecho, se inscribió, quedando así bajo la salvaguardia de los Tribunales (artículo 1.º de la Ley Hipotecaria), y que nuestro Tribunal Supremo, discrepando de los criterios de las dos instancias precedentes, incluso se apoya en la constancia registral del pacto para reforzar el punto de vista de la parte recurrente, es decir, la segunda sociedad compradora o subadquirente, que argumentaba a su favor invocando, entre otras razones, los pronunciamientos del Registro, los cuales habían sido objeto de especial consulta previa, y la vinculación puramente personal que, en consecuencia, ligaba a las vendedoras y la primera sociedad compradora.

Cierto es, también, que la sentencia pudo haber aludido a este punto y haber sentado, o mejor dicho, reforzado doctrina jurisprudencial sobre la no inscribibilidad de este tipo de cláusulas contractuales especialmente dirigidas a excluir la trascendencia real de ciertos pactos, pero como, en último término, el fallo hubiera sido presumiblemente el mismo, damos aquí por terminado este comentario a la sentencia no sin antes decir que, con toda lógica, la misma ni siquiera se ocupa de algo por demás evidente, es decir, que en la inscripción de la venta hecha por la primera sociedad compradora a la segunda sociedad, se omitió toda referencia a las obligaciones personales asumidas por aquélla frente a sus vendedoras y a la forma tan endeble de asegurarlas pues tal referencia aparece decididamente prohibida por el inciso final del artículo 51, 7.º del Reglamento Hipotecario conforme al cual “en ningún caso se indicarán los derechos expresados en el artículo 98 de la Ley —se refiere a los derechos meramente personales— ni los aplazamientos de precio no asegurados especialmente”.

ANGEL LUCINI CASALES

*Notario excedente*

*Letrado de la Dirección General de los:  
Registros y del Notariado*



## II. SENTENCIAS

A cargo de Jesús DIEZ DEL CORRAL, Juan de Dios DOVAL DE MATEO, Gabriel GARCIA CANTERO, Angel LUCINI CASALES, José PERÉ Y RALUY, Ricardo RUIZ SERRAMALERA.

### I. DERECHO CIVIL

#### 1. Parte General

1. **PRESCRIPCIÓN EXTINTIVA: CULPA EXTRA CONTRACTUAL: CÓMPUTO DEL PLAZO: "DIES A QUO": INTERPRETACIÓN DEL ART. 1.969 C. c.:** *Si bien es cierto que según el art. 1.969 C. c. el tiempo para la prescripción de toda clase de acciones cuando no haya disposición especial que otra cosa determine, se contará desde el día en que pudieron ejercitarse, no lo es menos que una reiterada doctrina jurisprudencial viene interpretando este precepto en el sentido de referirlo a la posibilidad de hacerlo, por lo que sólo deben ser tenidas en cuenta las condiciones o circunstancias personales del titular del derecho. (Sentencias de 17 de agosto 1934 y 22 marzo 1971.)*

**INFLUENCIA DEL SOBRESIMIENTO PENAL Y DEL ALTA DE SANIDAD:** *Si bien se decretó el sobreseimiento de las diligencias previas seguidas en orden a la responsabilidad penal, posteriormente, y dentro de dichas actuaciones, se incluyó el dictámen de sanidad respecto a la lesionada, extremo éste verdaderamente esencial a los efectos de iniciación del término de prescripción, ya que es doctrina reiterada (SS. de 19 abril 1972 y 16 junio 1965) que la acción ejercitada está reservada para cuando fueran conocidos los efectos totales de las lesiones sufridas por la actora, precisamente hasta la fecha en que fue dada de alta de tales lesiones, pues esta diligencia médica es la que las describe minuciosamente, así como las deformidades y defectos que le quedaron y el tiempo en que tardó en curar.*

**EFFECTO INTERRUPTIVO DE LA DEMANDA DE POBREZA:** *Desde el alta de sanidad hasta la presentación de la demanda se comprendía un lapso de tiempo superior al año, pero habiendo sido presentadas las demandas de pobreza se había producido una interrupción del plazo prescriptivo, de conformidad con el art. 1.973 C. c., al haberse hecho constar en ella el objeto del litigio que se proponía entablar la parte actora, por todo lo cual es obvio que no había transcurrido el plazo de prescripción establecido en el art. 1.968 (Sentencia de 9 de junio de 1976: ha lugar).*

## 2. Derecho de la persona

1. LICENCIA MARITAL: *No puede prosperar el motivo que denuncia la violación del art. 62 del C. c., en su redacción anterior a la reforma, porque para ello sería menester que constase la falta de licencia del marido de la compradora para la adquisición a título oneroso de que se trata, falta que ni está admitida por las partes ni figura entre los hechos fijados formalmente por los juzgadores de instancia, y porque, en todo caso, la recurrente no estaría legitimada para esgrimir la nulidad del contrato por la supuesta falta de esa licencia, ya que según el texto a la sazón vigente del art. 65 del propio Código, "solamente el marido y sus herederos podrán reclamar la nulidad de los actos otorgados por la mujer sin licencia o autorización competente".*

NORMAS FISCALES Y CASACIÓN: DEFECTOS DEL RECURSO: INADMISIÓN: *Tampoco puede prevalecer el motivo que denuncia "la infracción por violación de la Ley de Reforma Tributaria de 6 de abril de 1967; a) Porque es constante la doctrina de esta Sala conforme a la cual la vulneración de las normas con carácter fiscal no puede servir de fundamento a un recurso de casación; y b) Porque, en todo caso, el motivo se hallaría comprendido en el núm. sexto del art. 1.729 de la L.E.C., a cuyo tenor constituye causa de inadmisión del recurso la circunstancia consistente en que al alegar la infracción de una ley que contenga varias disposiciones, no se cite concretamente la disposición o artículo que se suponga infringido. (Sentencia de 10 de mayo de 1976; no ha lugar.)*

2. TÍTULO NOBILIARIO: ÚLTIMO POSEEDOR LEGAL: REQUISITOS: *Según reiterada jurisprudencia, "último poseedor legal" es aquel poseedor administrativo de una merced nobiliaria del cual pretenden derivar su derecho a sucederle todos los que litigan aspirando a dicho título; es un concepto relativo que se predica en cada litigio con vista del derecho que en él alcaen los contendientes, quedando a salvo el derecho del poseedor civilísimo óptimo e, incluso, el mejor derecho genealógico que sobre dichos contendientes pueda ostentar cualquier tercero que pertenezca al linaje titulado; por tanto, para que merezca este concepto el último poseedor administrativo de una merced es necesario que los litigantes que aspiren a su sucesión, pretendan derivar su derecho a ella, precisamente, de ese último poseedor administrativo —supuesto en que litiguen entre sí hijos y descendientes de él—; en todos los demás casos no coinciden el concepto de último poseedor administrativo con el de último poseedor legal, y hay que acudir a otro poseedor administrativo en quien concurra, además, la calidad de ser el titular de quien los litigantes deriven su derecho a la merced. (Sentencia de 19 junio 1976; no ha lugar.)*

3. PERFECCIÓN DEL NEGOCIO JURÍDICO: DECLARACIÓN UNILATERAL Y ACEPTACIÓN DE ÉSTA POR UN TERCERO: CONCURSO DE OFERTA Y ACEPTACIÓN: *La declaración unilateral de voluntad, una vez que es aceptada por aquel a quien iba dirigida, adquiere fuerza vinculante para quien la emitió (se-*



*gún, entre otras, se indicó en las SS. de 31 octubre 1924, 17 octubre 1932, 21 junio 1945, 1 enero 1946, 5 junio 1958 y 13 noviembre 1962), que quedó obligado a su cumplimiento en virtud de lo establecido en los artículos 1.091, 1.254, 1.258 y 1.278 del C. c., por existir el concurso de voluntades que el art. 1.262, en relación con los anteriores preceptos y en especial con el núm. 1 del 1.261, exige para la validez y eficacia de los negocios jurídicos.*

**RIGOR FORMAL DE LA CASACIÓN: INFRACCIÓN DE LEY O DOCTRINA LEGAL: REQUISITOS PARA ACEPTAR EL RECURSO:** *Dado el rigorismo formal que impera en nuestro Ordenamiento positivo respecto al recurso de casación establecido por el art. 1.692 de la LEC, se hace preciso, para no contravenir lo dispuesto en el 1.720 de la misma Ley, que quien lo interponga exprese en cada uno de los motivos que le sirven de fundamento, no sólo el párrafo del referido art. 1.692 en que se ampara, sino también el precepto o doctrina que estime infringido y el concepto en que lo haya sido —violación, interpretación errónea o aplicación indebida (S. de 21 agosto 1970 y 1 febrero 1971). (Sentencia de 14 de junio de 1976; no ha lugar.)*

**4. COMPRAVENTA: RATIFICACIÓN DE LO ACTUADO POR MEDIO DE SIMPLE "NUNTIUS" O MANDATARIO VERBAL:** *Sentado en primera instancia que el documento suscrito por las partes es un contrato de compraventa en el que actuó, juntamente con el que aparece como comprador, un hijo político del demandado como vendedor, bien se estimase como simple "nuntius", portador o mensajero, pero instrumento de transmisión de la voluntad de éste, o de verdadero mandatario, cuyo mandato recibió de su mandante en forma verbal, es lo cierto que todo lo actuado por el mismo, en cualquiera de los supuestos, fue ratificado por aquél en cuyo nombre actuaba, mediante el cobro de un talón nominativo representativo de la primera entrega del precio pactado.*

**COMPRAVENTA: SEÑAL Y PARTE DEL PRECIO: ARRAS PENITENCIALES:** *Habiendo llegado el juzgador de 1.ª Instancia a la conclusión de que la entrega de 50.000 ptas. lo fue como señal y parte del precio, y no como arras penitenciales, aplicando en consecuencia la norma interpretativa de los contratos no puede prevalecer la interpretación, subjetiva e interesada que hace el recurrente para afirmar ser otra la intención de los contratantes.*

**COMPRAVENTA: GESTIÓN DE NEGOCIOS AJENOS: RATIFICACIÓN:** *Si bien es cierto que el Juzgador de 1.ª instancia no deja de contemplar la gestión de negocios ajenos como otro posible supuesto de actuación del hijo político del demandado, al concertar con el actor el contrato de compraventa, lo es para concluir, al igual que se hizo con los otros supuestos, que en su caso, la ratificación de los hechos por el que como tal gestor intervino en el negocio jurídico, por el demandado, le vincula al cumplimiento del mismo. (Sentencia 17 mayo 1976; no ha lugar.)*

5. SUBSISTENCIA DEL PODER EXTINGUIDO: SU FUNDAMENTO: CONFIANZA EN LA APARIENCIA: PROTECCIÓN A TERCEROS DE BUENA FE: *El Código civil en su art. 1.738, lleva en sí, en supuestos determinados, cierta protección especial de los terceros adquirentes, encaminada a evitar que la inexistencia o la extinción del derecho del transferente pueda perjudicar al tercero, y así, dicho precepto defiende a éste sobre la base de una especie de protección de la "confianza en la apariencia frente a la realidad jurídica", constituyendo dicha norma una excepción al principio general conforme al cual el error invalida de derecho el consentimiento, que se encuentra justificada por razones de equidad, ya que en caso de desconocimiento por terceros de buena fe de la revocación del "poder" sólo cabe imputar al poderdante el riesgo en la creencia del mismo, que sólo él ha creado, y por eso la buena fe de aquéllos es en estos casos fundamento suficiente por sí solo para que sean protegidos.*

MANDATO Y PODER: RELACIONES ENTRE PARTES Y FRENTE A TERCEROS: *El "mandato" constituye una relación que afecta a mandante y mandatario, en tanto que el "poder" es relación que afecta a terceros, por lo que ha de concluirse que siendo aquél una relación jurídica basada en la confianza que entre sí tienen los que conciertan, y a la que es completamente extraño el tercero, la regla general es que éste desconozca las vicisitudes que puedan influir en su desenvolvimiento. (Sentencia de 3 de julio de 1976; no ha lugar.)*

NOTA.—La cuestión que se plantea en el presente recurso —dice literalmente el primer considerando de la sentencia extractada—, se centra en determinar si el contrato de compraventa origen del litigio tiene o no validez, al haber sido otorgado, cuando el poder que amparaba al representante del vendedor estaba revocado con conocimiento del mandatario, ignorándolo el comprador, habiéndose resuelto por las sentencias de instancia la improsperabilidad de la acción de nulidad ejercitada por el mandante y dueño de la finca, dado que el tercero adquirente ha de ser protegido en su buena fe según determina el artículo 1.738 del C. c.

6. CONFESIÓN DE COMPRAR PARA OTRO LA MITAD INDIVISA DE UNA FINCA: DIFERENCIA CON LA ESTIPULACIÓN A FAVOR DE TERCERO: *No puede prosperar la alegada violación del art. 1.257, puesto que aquí no se trata de una oferta o de una reserva de derechos a favor de tercero, que exige para su eficacia la aceptación del tercero, sino de una confesión expresa de doña..., cuya autenticidad no se ha puesto en duda ni en el pleito ni en el recurso, aunque no se digan las causas a que responda, de que la mitad de la finca comprada por ella pertenece a la misma, siendo la otra mitad de sus cuñados. (Sentencia de 21 de junio de 1976; no ha lugar.)*

NOTA.—Por sendas cartas, anterior y posterior a la escritura de venta en la que figuraba como única compradora doña..., ésta reconocía claramente que la mitad del piso adquirido pertenecía a sus cuñados y éstos fueron los que reclamaron tal propiedad contra los herederos de la compradora.



### 3. Derechos reales

1. LITISCONSORCIO PASIVO NECESARIO: DEFECTO DEL RECURSO: *No basta denunciar su infracción, si se incurre al hacerlo en la falta de precisión y claridad que exige el art. 1.720 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.*

LITISCONSORCIO PASIVO NECESARIO: EMPLAZAMIENTO POR EDICTOS: *Queda perfectamente constituida la relación jurídico-procesal cuando han sido emplazados de modo personal y directo todos los que pudieron serlo y los demás, entre los que se encuentran los ausentes y causahabientes a que se alude, mediante edictos, medio legal autorizado cuando no se conoce por el actor el domicilio o circunstancias, sin que tampoco se haya justificado la necesidad de emplazamiento al Ministerio Fiscal en relación con la existencia de personas que pudiesen motivarlo.*

LITISCONSORCIO PASIVO NECESARIO: PERSONA JURÍDICA: *Carece de todo sentido, siendo improcedente, la pretensión de que una demanda dirigida contra una sociedad anónima tenga que serlo también contra todos y cada uno de los socios, pues demuestra un total desconocimiento de lo que legalmente significa la persona jurídica, incluso en el artículo 35 del Código civil.*

INCONGRUENCIA: *No puede haberla cuando la sentencia recurrida, en plena conformidad con lo solicitado en la demanda, declara la nulidad de la venta originaria, así como de todas las transmisiones y adquisiciones posteriores que traen causa de aquélla, ya sean compraventas o aportaciones a una sociedad, que como muy bien dice el Tribunal "a quo", dado su carácter traslativo y oneroso, pueden incluirse perfectamente dentro del término genérico de "enajenación".*

TERCERO HIPOTECARIO: ARTICULO 207 LEY HIPOTECARIA: *Obtenida la primera inscripción por la compradora a través del procedimiento inmatriculador del artículo 205 de la Ley Hipotecaria, no puede surtir efectos respecto de terceros hasta después del transcurso de dos años, es decir, en este caso a partir de 1962, por lo que no pueden quedar protegidos los segundos compradores de aquélla cuyos títulos accedieron al Registro en 1961.*

PRINCIPIO DE PRIORIDAD Y TERCERO NO PROTEGIDO DEL ARTÍCULO 207: *No pueden tener aplicación los artículos 17, 24 y 25 de la Ley que consagran el principio de prioridad, en cuanto se alega que la anotación preventiva de demanda fue de fecha posterior a los títulos de los subadquirientes, pues tales artículos sólo podrían beneficiar a favor del que fuese verdadero tercero hipotecario protegido.*

ALCANCE DEL ARTÍCULO 302 DEL REGLAMENTO HIPOTECARIO: *Este artículo se refiere sólo a las inscripciones que se practiquen en virtud de documento público anterior a 1 de enero de 1909, y no puede aplicarse al caso*

presente, en el que la primera inscripción lo fue en virtud de una escritura de compraventa de 1959, sin que a estos efectos pueda ser tenida en consideración la fecha del título anterior del vendedor.

**PRUEBA DE PRESUNCIONES:** *Es reiterada la doctrina de esta Sala de que el enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano entre el hecho demostrado y el que se trata de deducir, que efectúe el Juzgador, debe prevalecer sobre el que pretenda interesadamente la parte litigante, a menos que se acredite que es ilógico, absurdo o contraviene alguna norma legal.*

**PRESUNCIÓN DE BUENA FE:** *La presunción contenida en los artículos 1.950 y 433 del Código civil y 34 de la Ley Hipotecaria no puede prosperar cuando ha quedado desvirtuada por la declaración de mala fe proclamada por la Sala sentenciadora y no atacada con éxito por vía adecuada. (Sentencia de 20 de mayo de 1976; no ha lugar.)*

**2. USURA: CONSECUENCIAS PENALES: SU DISTINCIÓN CON LA ESFERA CIVIL: EXISTENCIA DE TERCEROS:** *En el ámbito penal, el delito de usura queda agotado desde que el contrato de préstamo o el que ocupe su lugar, cuando es encubierto, se concierta, que es cuando el propósito de lucro ilícito se consuma por el prestatario, y solamente eso es lo que está llamada a sancionar la sentencia penal, sin que en las consecuencias penales o civiles inherentes pueda incluir dicha sentencia a personas distintas de las que aparezcan como participantes en el delito, aunque ello no quiere decir que si algún tercero no ha sido inculcado en el delito de usura sus títulos se purifiquen de toda posible consecuencia de la sentencia penal, ya que en la vía civil no se ventila propiamente un problema de culpabilidad, sino de simple consecuencia del conocimiento de una situación determinada en relación con unos bienes que se adquieren de quien posee un título deleznable, que es en lo que consiste la mala fe, o del desconocimiento de dicha situación que encarnaría la buena fe indispensable para que pueda acogerse un adquirente a título oneroso a la protección dispensada por la ley al tercero hipotecario.*

**TERCERO REGISTRAL: EXISTENCIA DE MALA FE: ES INDIFERENTE QUE LA COMPRA SE HUBIERA VERIFICADO ANTES DE LA SENTENCIA QUE CONDENA LA USURA:** *El hecho de haberse efectuado el contrato de compraventa antes de iniciarse el procedimiento penal por usura es indiferente a los efectos de la buena fe que requiere el art. 34 de LH, ya que si se tiene conocimiento de unos hechos, que luego dan lugar a una denuncia y a una condena por usura, el tercero no puede alegar buena fe, aunque no haya incurrido en participación delictiva. El conocimiento de la situación extraregstral y de la posibilidad de que sea anulado el título del transmitente, determinan el riesgo que tiene el tercero de que pueda afectarle la anulación del título de quien le transmitió los bienes.*



**LITIS CONSORCIO PASIVO NECESARIO: APRECIACIÓN DE OFICIO:** Según la jurisprudencia (que puede concretarse, entre otras, en las SS. de 30 de mayo de 1969, 14 de junio de 1969 y 26 noviembre 1970), los Tribunales pueden de oficio apreciar la excepción de "litis consorcio" pasivo necesario cuando el fallo puede afectar a una parte que no ha sido convocada al juicio, en atención al principio de que nadie puede ser condenado sin ser oído. (Sentencia de 22 de marzo de 1976; no ha lugar.)

3. **ERROR DE HECHO EN LA APRECIACIÓN DE LA PRUEBA:** No puede servir de base para lograr la casación cuando tal error se basa en una certificación municipal, que fue tenida en cuenta por la Sala sentenciadora y cuyo contenido, además, no se opone de modo evidente a los hechos declarados en la sentencia sobre adquisición del dominio por usucapión.

**PRUEBA DE PRESUNCIONES:** No puede haber violación del art. 1.253 del Código civil, cuando el Tribunal "a quo" no acudió exclusivamente a tal tipo de prueba para fundar su fallo, sino que se inspiró en el conjunto de elementos de juicio unidos al proceso, y cuando, además, su deducción no resulta en modo alguno absurda, ilógica ni inverosímil.

**OBJETO DEL CONTRATO: ZONA MARÍTIMO-TERRESTRE:** El objeto del contrato ha de estar dentro del comercio de los hombres y de esta cualidad se hallan excluidas las zonas marítimo-terrestres, por pertenecer al dominio público y ser legalmente inalienables, pero esta prohibición sólo subsiste cuando los bienes de que se trate no hubiesen sido desafectados por el Ministerio de Hacienda (arts. 20 y 61 de la Ley de 15 de abril de 1964) o cuando los bienes no hubieran pasado al dominio de los particulares con anterioridad a las disposiciones mencionadas.

**OBJETO CIERTO DEL CONTRATO: FALTA DE AUTORIZACIÓN ADMINISTRATIVA:** Acreditado que los vendedores disfrutaron de los bienes en concepto de dueños, pública, pacífica e ininterrumpidamente por tiempo superior al exigido, incluso, para la usucapión extraordinaria, que la transmisión a los compradores únicamente quedó sometida al cumplimiento de determinados cánones administrativos y que tal estado de hecho fue consentido por el actor con antelación, al menos, superior a treinta años, hay que concluir que los contratos son válidos por concurrir en ellos los requisitos del art. 1.261 del Código.

**APROBACIÓN DEL CONTRATO POR ORGANISMO PÚBLICO:** Los contratos civiles entre particulares no pierden su naturaleza por el hecho de que recaigan sobre objetos de interés general y queden sometidos a la aprobación del Organismo público competente, lo cual no pasa de ser un requisito complementario que no afecta a la perfección, sino, en todo caso, a la consumación de los contratos, como ha declarado la S. de 7 de junio de 1966. (Sentencia de 5 de marzo de 1976; no ha lugar.)

4. **ERROR DE HECHO EN LA APRECIACIÓN DE LA PRUEBA: DOCUMENTOS AUTÉNTICOS:** *No pueden invocarse a estos efectos los mismos documentos que fueron objeto de análisis en la resolución impugnada, pues esta circunstancia les priva de virtualidad a tales fines.*

**PRUEBA PERICIAL:** *Su valor probatorio, aunque se trate de un dictamen escrito, no se regula por lo dispuesto en los arts. 1.218, 1.225 y 1.228 del C. c., sino por el art. 1.243, que remite al 632 de la Ley Procesal, el cual deja la apreciación de tales informes a la facultad discrecional de los Tribunales de instancia.*

**DEFECTO DEL RECURSO:** *Constituye defecto formal la denuncia por violación, en el mismo motivo, de preceptos tan distintos entre sí, como los 675, 1.281 y 1.261 del C. c., con lo que se contraviene lo dispuesto en el art. 1.720 de la Ley Procesal, en relación con el art. 1.729, núm. 4.º.*

**ACCIÓN REIVINDICATORIA:** *Para su éxito es preciso que se acredite, en el proceso en que la misma sea ejercitada, la existencia de un título legítimo de dominio en el reclamante, la identificación de la cosa que se pretende reivindicar y la posesión o detentación de la misma por parte de la persona o personas contra quienes se dirija la demanda, y la apreciación de la realidad de estas circunstancias, como cuestión de hecho que es, está encomendada a los Tribunales de instancia.*

**MONTES VECINALES EN MANO COMÚN: IMPRESCRIPTIBILIDAD:** *Si bien tales bienes tienen el carácter de imprescriptibles, según la Compilación gallega y hoy el artículo 2.º de la Ley de 27 de julio de 1968, no menos cierto es que el monte reivindicado en este proceso no gozó de dicha naturaleza, porque ni se hace constar en el recurso que fuera calificado como tal por el Jurado Provincial, a que se refiere el párrafo 3.º del artículo 1.º de la indicada Ley, ni se ha acreditado en la sentencia recurrida que figurase inscrito en el inventario de bienes municipales del Ayuntamiento demandado.*

**MONTES VECINALES EN MANO COMÚN: USUCAPIÓN:** *Con anterioridad a la Compilación no existía precepto alguno que declarase la imprescriptibilidad de tales montes; por el contrario, la posibilidad de usucapirlos mediante la posesión de treinta años fue reconocida por multitud de disposiciones administrativas, por sentencias contencioso-administrativas y por sentencias de esta Sala e, incluso, por el art. 4.º de la Ley de Montes de 8 de junio de 1957.*

**USUCAPIÓN: JUSTO TÍTULO:** *Aun cuando los títulos acompañados pudieran tener algún defecto originario, cosa aquí no acreditada, serían suficientes para prescribir con arreglo al art. 1.957 del C. c., por no ser indispensable para ello su absoluta validez, dado que de otra forma sobraría el instituto de la prescripción: SS. de 30 de noviembre de 1919 y 30 de marzo de 1943.*



**USUCAPIÓN: POSESIÓN Y TIEMPO:** *La posesión de los actores se han llevado a cabo con "animus rem sibi habendi", en la forma exigida por los arts. 430, 1.941 y 1.942, y las cuestiones referentes al tiempo que ha durado la posesión, su falta de interrupción y concepto de dueño del poseedor son de hecho y de la libre apreciación de la Sala sentenciadora.*

**POSEEDOR DE MALA FE: GASTOS NECESARIOS:** *Aunque la repoblación del monte constituye un gasto necesario para el Patrimonio Forestal, no cabe olvidar que el derecho a resarcirse de tales gastos y de retener la finca hasta su total reintegro, lo concede el párrafo 1.º del art. 453 del C. c. al poseedor de buena fe, es decir, a aquel que, conforme al art. 433, ignore que en su título o modo de adquirir exista vicio que lo invalide, y aquí el Tribunal "a quo", a quien incumbe la apreciación de estos hechos, ha afirmado la mala fe de los reconvinientes.*

**INCONGRUENCIA:** *Habiéndose solicitado en la demanda se condenara a los demandados a indemnizar el importe de los frutos producidos o debidos producir desde que se acordó la inclusión de la finca en el Catálogo, y habiéndoseles condenado al abono de dichos frutos desde el tiempo en que los demandantes estuvieron desposeídos de la parcela expresada, es indudable que se incurre en incongruencia por "ultra petita", con infracción del art. 359 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, al igual que ocurre al ordenar excluir del Catálogo de Montes de Utilidad Pública la parcela reivindicada "en la forma que se determina en el plano o croquis número 18", puesto que lo entrecomillado no se solicitó en la súplica de la demanda. (Sentencia de 28 de junio de 1976; ha lugar en parte.)*

5. **COSA COMÚN: INDIVISIBILIDAD:** *La indivisibilidad a que se refieren las normas contenidas en los arts. 401 y 404 de nuestro C. c., no es la material o física, que siempre cabe en todas las cosas, sino la indivisibilidad jurídica, que es aquella que, al realizarse físicamente, hace inservibles a su uso, las fracciones resultantes —art. 401—, o produce un desmerecimiento de la cosa —art. 404—. (Sentencia de 3 de marzo de 1976; no ha lugar.)*

6. **PROPIEDAD HORIZONTAL: ELEMENTOS COMUNES: OBRAS EN EL SUBSUELO:** *Al establecerse en los estatutos una cláusula —cuya interpretación ahora se discute— conforme a la cual se faculta a los propietarios para dividirlos y agruparlos entre sí y establecer comunicación entre ellos "sin afectar a soportes, pilares ni demás partes, como comunes..." es evidente que el subsuelo no puede, como elemento común, ser modificado sin autorización de la comunidad.*

**NULIDAD DE PRECEPTOS ESTATUTARIOS:** *Cualquier copropietario puede solicitar de la autoridad judicial la declaración de nulidad de un precepto estatutario contrario a la Ley.*

**ABUSO DEL DERECHO:** *No se da el abuso de derecho alegado en el 5.º y último motivo porque éste no puede existir cuando se ejercita un derecho que ha sido desconocido y vulnerado, como en el presente caso lo ha sido por los recurrentes. (Sentencia de 13 de mayo de 1976; no ha lugar.)*

**7. PROPIEDAD HORIZONTAL: APROBACIÓN DE ESTATUTOS: FALTA DE CONSENTIMIENTO UNÁNIME POR FALTA DE NOTIFICACIÓN A UN COPROPIETARIO QUE SE AUSENTE DURANTE LA JUNTA:** *Si bien es cierto que los términos literales del artículo 16 de la LPH hacen referencia a la notificación a los condueños que no hayan asistido a la Junta, es evidente que cuando uno de ellos se ausenta antes de su terminación, ha de constar acreditado que tuvo conocimiento de lo acordado con anterioridad al momento de su ausencia, por haberse llegado a la aprobación del acuerdo, no sólo en principio, sino en los términos literales de su enunciado o articulado, si se trata de los Estatutos, pues sobre este conocimiento completo o perfecto opera la exclusión de la exigencia de la notificación posterior de que conoció lo acordado por el mero hecho de haber asistido a las discusiones previas al acuerdo.*

**IMPUGNACIÓN DE ACUERDOS: PLAZOS:** *Visto que no consta que la demandante tuviera conocimiento exacto y completo de lo acordado, hasta el requerimiento notarial realizado a su instancia y consiguiente diligencia de exhibición de libros de actas en 28 de agosto de 1973, celebrado el acto de conciliación en 8 de septiembre siguiente y presentada la demanda en 6 de noviembre del mismo año, aquél produjo el efecto de interrumpir la prescripción según determina el artículo 479 de la LEC, si va seguido de la presentación de la demanda en el plazo de dos meses siguientes, supuesto que se da en el caso de autos.*

**LIMITACIONES ESTATUTARIAS AL DERECHO DE PROPIEDAD SINGULAR DEL CONDUEÑO: CONSENTIMIENTO UNÁNIME:** *De conformidad con la doctrina sentada en la Sentencia de 2 de junio de 1970, caso de gran analogía al presente, no conteniendo el título constitutivo de la PH regla alguna estatutaria sobre el destino que pudiera darse a los pisos, el acuerdo combatido (destino obligatorio de los pisos a vivienda y limitación del número de huéspedes a tres por vivienda) implica una modificación de aquel título y el establecimiento de una regla de tal clase, para cuya validez se requiere la unanimidad conforme a la norma primera del artículo 16 de la LPH, en relación con el núm. 4 de la misma Ley, con lo que de ningún modo se quiere decir que los ocupantes de esos locales, gocen de la más omnímoda libertad para dedicarlos a las actividades indicadas u otras que resulten dañosas para la finca, inmorales, peligrosas, incómodas o insalubres, sino que únicamente en estos supuestos queda restringida esa libertad en virtud del contenido del artículo 7, párrafo tercero de la propia Ley, que si resultare efectivamente infringida, podrá dar lugar a la aplicación de lo estatuido en el artículo 19 de la misma. (Sentencia de 21 de mayo de 1976; ha lugar.)*



8. COSA COMÚN: DIVISIBILIDAD O INDIVISIBILIDAD: CUESTIÓN DE HECHO O DE DERECHOS *Las afirmaciones sobre la divisibilidad o indivisibilidad de la cosa común, no son un hecho, sino un concepto valorativo, deducible de unos hechos, eso sí, incommovibles, si no se combaten con éxito por el cauce adecuado.* (Sentencia de 11 de junio de 1976; ha lugar.)

9. COSA COMÚN: NULIDAD RADICAL DE LA VENTA VERIFICADA SIN EL CONSENTIMIENTO DE UNO DE LOS CONDUEÑOS: *Cada comunero tiene la plena propiedad de su parte, que libremente podrá enajenar, y dado que en el caso presente lo que se enajenó no fue, lo que pudiera corresponderles en la finca, sino que lo hicieron sobre todo su derecho sobre ella; es decir, vendieron toda la finca en un acto de disposición total sin contar con la voluntad de uno de los condóminos, de ello deriva necesariamente la nulidad radical del contrato, de conformidad con lo preceptuado en el artículo 397 del C. c., según el cual ninguno de los condueños puede sin consentimiento de los demás hacer alteraciones en la cosa común, y no cabe duda alguna que la compraventa llevada a cabo en aquellas condiciones, constituye una de las mejores y más importantes alteraciones que puede sufrir la finca en relación con los derechos de los condueños de la misma, pues así como en el artículo 398 establece que los actos de administración se regirán por el sistema de mayoría, en cambio el 397, que regula los de "disposición", han de estar sometidos al principio de la "unanimitad".* (Sentencia de 23 de junio de 1976; no ha lugar.)

NOTA: En el mismo considerando que se acaba de extractar se contiene una síntesis de los hechos que dan lugar a esta sentencia, las cuales, por su claridad transcribimos a continuación: 1.º Que se hizo figurar en el contrato de compraventa, a uno de los demandados, que no intervino en el mismo, aunque la madre de éste expresó en el documento que actuaba en nombre de aquél; 2.º Que dicho demandado no ratificó el contrato, ni expresa ni tácitamente. 3.º Que el requerimiento notarial relacionado con dicho demandado no implica un reconocimiento completo del contrato celebrado. 4.º Que el acto de disposición efectuado por la madre en nombre de su hijo no fue consentido por éste. 5.º Que lo mismo la madre—usufructuaria de la finca— como los otros demandados—nudos propietarios—vendieron, no la cuota que pudiera corresponderles al terminar la proindivisión, sino todo su derecho sobre la cosa común.

10. ACCIÓN REIVINDICATORIA: REQUISITOS: IDENTIFICACIÓN DE LA FINCA REIVINDICADA: *Habiéndose establecido por una copiosa jurisprudencia que son requisitos esenciales para el éxito de la acción reivindicatoria que otorga el artículo 348 del C. c. los de justo título de dominio a favor del actor, identificación de la finca objeto de ésta, y que ella sea detentada y poseída por el demandado, cabe afirmar que el segundo de los requisitos señalados tiene un doble aspecto: por una parte, el de fijarse, con claridad y precisión, la situación, cabida y linderos de la finca, de modo que no pueda dudarse cuál es la que se reclama—identificación documental expresada en la demanda, consecuente a los títulos en que la acción se basa—, y por otra, que de modo*

*práctico se acredite, en el juicio, que el terreno reclamado es aquel al que el primer aspecto de la identificación se refiere; debiendo señalarse que la decisión del Tribunal sentenciador sobre este extremo, tiene el carácter de "hecho", que sólo puede ser combatido en casación, al amparo del núm. 7.º del artículo 1.692 de la LEC, por haber incurrido aquél, al fijar tal afirmación, en error de hecho o de derecho en la estimación de las pruebas. (Sentencia de 8 de abril de 1976; no ha lugar.)*

11. REIVINDICACIÓN DE COSA MUEBLE: TRANSMISIÓN DE LA POSESIÓN EN GARANTÍA DE UN PRÉSTAMO: PROPIETARIO DESCONOCIDO: *No pueden prosperar los motivos del recurso amparados en el núm. 1.º del artículo 1.692 de la LEC, que denuncian la interpretación errónea de los artículos 434, 464 y 609 y la violación del artículo 438, todos ellos del Código civil, pues tienen su fundamento en una adquisición a título de dueño de quien tenía facultad para transmitir la propiedad de las joyas objeto de la litis, mas olvida el recurrente que su transmitente no fue nunca dueño de la cosa, la cual solamente en garantía de un préstamo, esto es, sin ánimo de transmitir la posesión civil, le fue entregada a aquél, sin que aparezca la existencia de título alguno por el que su propietario, aunque como ya se indicó, lo sea persona no identificada, le transmitiese la propiedad de la misma, por lo que el recurrente no fue sino un simple depositario o detentador. (Sentencia de 25 de marzo de 1976; no ha lugar.)*

12. ACCIÓN REIVINDICATORIA: REQUISITOS: ES INNECESARIA UNA ACCIÓN PREVIA DE DESLINDE: *Aunque es cierto que para el ejercicio de la acción a que se refiere el artículo 348 del C. c. es indispensable la determinación de la totalidad de la cosa reivindicada; o sea, su completa identificación "in situ", esta determinación no ha de confiarse necesariamente a un previo juicio de deslinde cuando de los datos que suministre el título, en virtud del cual se reivindica, se puede llegar a la perfecta identificación del inmueble reivindicado... como sucede en el caso de estar perfectamente delimitados tres de sus linderos y expresar el título cuál es la cabida de la finca.*

DOCUMENTO AUTÉNTICO EN CASACIÓN: VALOR DE LOS DICTÁMENES PERICIALES: *La instancia tiene libertad para interpretar las pericias en relación con el resto de la prueba, y esos dictámenes no poseen calidad de documentos auténticos a efectos de casación. (Sentencia de 13 de octubre de 1976; no ha lugar.)*

13. COSA JUZGADA: *El acatamiento a la autoridad de la cosa juzgada, como expresan las SS. de 7 julio 1943, 26 noviembre 1964 y 18 abril 1969, entre otras, supone la afirmación de la eficacia definitiva que la ley confiere a la sentencia firme que estima o desestima una pretensión; y esto lo hace en términos tan absolutos que, contra su "verdad", no cabe contraponer otra que no sea la ganada en las espe-*



cialísimas circunstancias que dan paso al juicio de revisión; fijándose en cuanto a su contenido los límites de dicha eficacia, según el artículo 1.252 C. c., en cuanto a la relación material que existe entre el asunto fallado y el que se trata de acometer de nuevo a conocimiento de los tribunales, en las tres clásicas identidades de los elementos personales, reales y causales.

REQUISITOS: "CAUSA PETENDI": IDENTIDAD ENTRE LA ACCIÓN REIVINDICATORIA Y LA DE DESLINDE: *La finalidad de la acción reivindicatoria y la de deslinde es la misma cuando, por falta de acuerdo entre las partes, esta última se ejercita judicialmente, pues entonces el ejercicio de una acción de deslinde que no lleva implícita la reivindicación de lo comprendido dentro del perímetro deslindado, carece de sentido; como también carece de eficacia y de prosperabilidad la acción reivindicatoria en la que no se intente o se consiga el deslinde; o sea, la identidad del bien reivindicado. En el presente caso, mediante el ejercicio de la acción de deslinde sólo se trata de identificar lo que en el anterior proceso reivindicatorio no se hizo por negligencia de la propia parte, pudiendo haberse hecho, o al menos intentado; no se trata, por tanto, del ejercicio de una acción reservada en el juicio anterior, sino de una verdadera reiteración; sólo en los casos excepcionales a que se refiere el artículo 1.796 LEC, en el juicio de revisión, es posible ofrecer la prueba que faltó en un primer juicio, pues, de lo contrario, las sentencias no serían definitivas. (Sentencia de 30 de junio de 1976; no ha lugar.)*

Sobre las relaciones entre cosa juzgada y revisión civil, véase la Tesis Doctoral de DOVAL MATEO, *La revisión civil* (San Sebastián, octubre 1976), pp. 102 ss. Para este autor, no sólo la revisión no es un mero medio de ataque a la cosa juzgada, sino una garantía de eficacia de la misma.

Para Castán, la facultad de deslinde y amojonamiento se integra dentro de los derechos de individualización de la cosa, que se diferencian de los de posesión excluyente y reivindicación, si bien ambos conjuntamente constituyen las facultades de exclusión (*Derecho civil español, común y foral*, II-1.º, 10.ª ed., Madrid, 1971, pp. 127 y ss.). La doctrina de esta sentencia se establece sólo a efectos de la cosa juzgada.

14. TERCERÍA DE DOMINIO: REQUISITO: *Para que pueda prosperar la tercería de dominio, se exigen los mismos requisitos que para el éxito de la acción reivindicatoria: Título legítimo de dominio en favor del tercerista, identificación de la cosa que se pretende reivindicar, y que ésta fue afectada mediante embargo a una ejecución de responsabilidad ajena al tercerista.*

TÍTULO DEL TERCERISTA: CONTRATO DE ARRENDAMIENTO: INTERPRETACIÓN: *El título de propiedad en que pretenden basar su pretensión los terceristas (hoy recurrentes), es un contrato de arrendamiento cele-*

brado por aquéllos como propietarios arrendadores con la sociedad arrendataria (luego embargada), en una de cuyas estipulaciones se establece que "la Sociedad arrendataria no podrá hacer obras de modificación o transformación en todo o en cualquiera de sus partes en la fábrica arrendada, sin permiso de los arrendadores y que cualquiera reforma o transformación que en méritos de tal permiso pudiera practicar, quedaría en beneficio de la propiedad, sin derecho a indemnización" cláusula que fue interpretada por la sentencia recurrida en el sentido de que la reversión en favor de la propiedad se refiere a las obras y mejoras hechas no en la finca arrendada en su totalidad, sino en la fábrica, expresión que no puede entenderse más que en su literal sentido, una edificación con la maquinaria correspondiente para dedicarla al proceso industrial de la fabricación de harina, por todo lo cual no se halla justificado en modo alguno que las edificaciones embargadas y que son objeto de tercería, afecten a modificación alguna en la primitiva edificación que constituía la fábrica. (Sentencia de 26 de octubre de 1976; no ha lugar.)

15. APROVECHAMIENTOS DE PASTOS, LEÑAS Y OTROS: INEXISTENCIA DE COMUNIDAD Y DE RETRACTO: Dado que, según resulta probado en la sentencia recurrida, las comunidades de vecinos demandantes, ahora recurrentes, ostentan la titularidad de facultades de aprovechamientos meramente limitadas de la propiedad que pertenece exclusivamente a otra persona (concretamente la facultad de pastorear, talar, aprovechar leñas y esquilmos), ello excluye la existencia no sólo de la verdadera comunidad de bienes según definición del artículo 392 del C. c., esto es, de aquella forma de propiedad en la que todo es de todos y para toda clase de usos y derechos, sino también en el sentido más estricto en que pudiera entenderse copropietarios a efectos de retracto, a todos los que tuvieran sobre la cosa derechos dominicales, aunque fuera con separación unos de otros. (Sentencia de 26 de junio de 1976; no ha lugar.)

16. APROVECHAMIENTO DE AGUAS SUBTERRÁNEAS: LIMITACIONES: La jurisprudencia del T. S., reiterada en numerosas sentencias, entre las que pueden citarse las de 30 junio 1973 y 8 octubre 1970, ha tenido que recordar que los derechos reconocidos por el artículo 23 de la Ley de Aguas de 13 junio 1899 a los propietarios de terrenos, de alumbrar y aprovecharse de las aguas subterráneas que existan bajo la superficie de sus fincas, no son absolutos, ya que están subordinados a los derechos de explotación preexistentes, al condicionar aquella facultad a que no se distraigan o aparten aguas públicas o privadas de su corriente natural, teniendo en cuenta que no sólo se prohíbe el perjuicio consumado, sino que incluso atiende a su prevención cuando amenazare peligro de que se produzca.

ABUSO DE DERECHO: NO SE PUEDE APLICAR DE OFICIO: Como se ha dicho reiteradamente por el T. S., el abuso de Derecho es una institución de equidad para la salvaguardia de los intereses que todavía no alcanzan protección jurídica, y sí en los derechos, que son intereses que ya tienen dicha protección, por ser renunciables no se permite en nuestro sistema



procesal, de jurisdicción rogada, la protección judicial oficiosa sin empeñarlo la parte por medio de la acción, con mayor motivo no podrá estimarse de oficio cuando de simples intereses se trate. (Sentencia de 26 de abril de 1976; no ha lugar.)

17. SUSTANCIAS MINERALES: MÁRMOL: INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 3.º DE LA NUEVA LEY DE MINAS: Con arreglo a los criterios de hermenéutica legislativa contenidos en el artículo 3.º del Código civil, después de su última reforma, las canteras de mármol no pueden ser incluidas en el apartado c) del artículo 3.º de la nueva Ley de Minas de 21 de julio de 1973.

En efecto: a) atendiendo al sentido propio de las palabras (interpretación literal o gramatical) resulta que el objeto cuya catalogación se discute, según se ha visto, es el de una cantera de mármol, el cual, como dice el Diccionario de la Real Academia Española y al margen de sus indiscutibles posibilidades artísticas que también concurren en otras piedras, es "una piedra caliza, compacta y cristalina, susceptible de buen pulimento", que gramaticalmente permite incluirlo en el segundo de los supuestos contemplados en el apartado a) del artículo 3.º de la Ley, excluyendo su inclusión en el c) referido expresamente a los "yacimientos minerales y reservas geológicas no incluidos en los anteriores...", pues por su propia entidad ni se trata de un yacimiento mineral propiamente dicho, ni es, por sí, un recurso geológico no incluido en el apartado a); b) teniendo en cuenta los antecedentes históricos y legislativos (interpretación histórica), aparece que las piedras calizas —a la que como se ha visto gramaticalmente pertenece el mármol— fueron siempre catalogadas como "rocas", a la manera como hizo el Decreto-Ley de Bases de 29 de diciembre de 1868 (art. 2.º), la Ley de 23 de septiembre de 1939 (art. 2.º) y la también Ley de 19 de julio de 1944 (art. 2.º, sección A) de acuerdo con las cuales la exposición de motivos de la actual Ley de 1973 dice que en la Sección a) se incluyen la mayoría de los que se denominan "rocas", y c) porque del contexto de la Ley (interpretación sistemática) se desprende claramente que el régimen que el recurrente pretende aplicar a su favor está legalmente reservado para aquellos que ostenten un título de propiedad con el que no puede equipararse el que nació —como en el caso presente según el sistema característico de las antes llamadas "rocas"— de una simple relación arrendaticia que, de suyo, no transfiere sino el mero goce y uso de la cosa arrendada por tiempo determinado que nunca puede ser título adquisitivo de la propiedad ni concretamente justificar el ejercicio de una facultad que sólo a ésta está reservada. (Sentencia de 14 de febrero de 1976; no ha lugar.)

18. USURUCTO: MAL USO DE LA COSA: ENTREGA DE LA COSA AL PROPIETARIO: Cuando las fincas se encuentran abandonadas, con faltas de podas y replanteos, causando una descapitalización de las mismas, es de aplicación el artículo 520 del C. c., privando al usufructuario de la administración de los bienes. (Sentencia de 30 de septiembre de 1976; no ha lugar.)

19. **SERVIDUMBRE DE CONDUCCIÓN ELÉCTRICA: ALTERACIÓN EN LA FORMA DE PRESTARLA:** *No puede prosperar el motivo que denuncia la violación de los artículos 348 y 543 del C. c., al amparo del artículo 1.692, 1.º de la LEC, puesto que expresamente se razona por el Juzgador de 1.ª instancia, lo que debe entenderse por propiedad, y lo que para la misma significa la existencia de una servidumbre que la grave y cómo la existente en favor de la actora, de paso de tendido eléctrico, desde su toma, en la línea de los demandados, y a través de su finca, tanto lo fuera en forma subterránea o aérea, el cambio de un sistema por otro no significaba alteración de la misma, ni mayor onerosidad para el predio sirviente.*

**DEFECTOS DEL RECURSO: INCONGRUENCIA:** *La congruencia no implica necesariamente la conformidad entre lo pedido y lo resuelto en sus términos literales, sino la relación íntima y racional entre ambos, de tal suerte que se falle sobre el mismo objeto, bien concediendo todo o en parte lo solicitado, o denegando la pretensión. (Sentencia de 5 de abril de 1976; no ha lugar.)*

20. **INTERPRETACIÓN DE CONTRATO: ARRENDAMIENTO DE LARGA DURACIÓN CON DERECHO DE EDIFICACIÓN SUPERFICIARIO:** *La interpretación hecha por la Sala en el sentido de que se trata de un contrato atípico y complejo con el carácter indicado no es ilógica ni absurda y debe prevalecer sobre la particular que hace el recurrente, entendiéndose que el contrato discutido envuelve una donación.*

**ACTOS PROPIOS:** *Los actos propios de la parte recurrente al reconocer reiteradamente su condición de arrendatario demuestran la inexistencia de "animus donandi", así como de una aceptación de la supuesta donación.*

**REDENCIÓN DEL DERECHO DE SUPERFICIE:** *Otorgado el contrato discutido con posterioridad a la promulgación del Código civil, no le es aplicable lo dispuesto en el artículo 1.611, párrafo tercero.*

**EXPROPIACIÓN PARCIAL DE LA FINCA SUJETA A ESE ESPECIAL GRAVAMEN:** *No es aplicable tampoco lo establecido para el censo en el artículo 1.631, párrafo 2.º, en relación con el 1.655, párrafo primero, ambos del Código civil, puesto que ese especial derecho de superficie sólo existe sobre el terreno en que fueron levantadas edificaciones. (Sentencia de 18 de mayo de 1976; no ha lugar.)*

#### 4. Obligaciones y contratos

1. **CLÁUSULA PENAL: INTERPRETACIÓN:** *A tenor de lo que se establece por la doctrina legal, las cláusulas penales, dado su carácter primitivo, deben interpretarse restrictivamente.*



INTERPRETACIÓN DE LOS CONTRATOS: FACULTAD DE LOS TRIBUNALES: *Es doctrina jurisprudencial constante y reiterada que ha de prevalecer la interpretación llevada a cabo por el juzgador sobre la particular o interesada de las partes, a menos que se demuestre que aquélla es ilógica, absurda o contraviene un precepto de la Ley.* (Sentencia de 21 de abril de 1976; no ha lugar.)

2. COBRO DE LO INDEBIDO: *Se trata de un cobro indebido en cuanto que concurren los requisitos exigidos en el artículo 1.895 C. c., porque se recibió una cosa que no había derecho a cobrar y porque se entregó indebidamente por error, el cual se presume—según el artículo 1.891—cuando se entrega cosa que nunca se debió, y sin que esta presunción haya sido desvirtuada con el procedimiento que permite el propio artículo, pues el receptor no probó que la entrega se hubiese hecho a título de liberalidad o por otra justa causa, al no lograr demostrar los alegatos que hizo de un pretendido arrendamiento ni de un crédito a su favor, que hubieran podido amparar su actitud de negarse a devolver lo recibido cuando se le requirió para hacerlo.*

MALA FE DEL "ACCIPIENS": *La declaración de mala fe en el receptor se basa en su mala fe procesal declarada por la sentencia del Juzgado, así como en la apreciación conjunta de hechos, entre los que figuran la retención por el hoy recurrente de lo que sabía era indebido y los actos posteriores de disposición y gravamen de los demás copartícipes en la propiedad del inmueble; tal declaración de mala fe conlleva la condena, no sólo a restituir, sino al abono de los intereses legales, cuando, como en este caso ocurre, se trata de capitales.* (Sentencia de 30 junio 1976; no ha lugar.)

3. ERROR DE HECHO: CONFESIÓN JUDICIAL: *El error de hecho ha de resultar de documento auténtico y es evidente, también, que la confesión judicial no es prueba documental, sino de índole personal, por la parte litigante que la presta.*

INTERESES LEGALES POR MORA: ILIQUIDEZ: *No puede prosperar el motivo que denuncia la infracción, por inaplicación de la doctrina sentada en diversas sentencias acerca de la necesidad de la liquidez de la deuda para imponer el pago de los intereses legales por razón de mora, ya que todas las sentencias que se citan establecen el supuesto de iliquidez, incompatible con la mora, cuando para determinar la cuantía de los intereses, equivalente de la indemnización derivada de deudas de dinero, incumplidas por mora, sea necesario promover juicio sobre tal extremo, que no es el de autos, ya que la fijación del importe de los mismos se puede efectuar mediante una simple operación aritmética.* (Sentencia de 26 de marzo de 1976; no ha lugar.)

4. CONTRATO A FAVOR DE TERCERO: CONCEPTO: *En sentido técnico, contrato a favor de tercero es el celebrado válidamente entre dos personas*

*pero dirigido a atribuir un derecho a una tercera persona que no ha tomado parte en su conclusión, razón por la cual no es necesario que la estipulación a favor de tercero, a que se refiere el art. 1.257 del C. c., aparezca explícita cuando ocurre. (Sentencia de 7 de junio de 1976; ha lugar.)*

5. **ELEVACIÓN A ESCRITURA PÚBLICA DE DOCUMENTO PRIVADO DE COMPRAVENTA: CONSTITUCIÓN PREVIA DEL RÉGIMEN DE PROPIEDAD HORIZONTAL: INEXISTENCIA DE LITIS CONSORCIO PASIVO NECESARIO:** *Si la operación de compraventa del piso litigioso concertada en documento privado entre el demandante por una parte, y el demandado y su esposa, por otra, debidamente representados por el hijo de ambos, mediante el correspondiente poder, lleva en sí, una "perfección" completa de aquella transmisión, de conformidad con lo regulado en el artículo 1.450 del C. c., es obvio, que para llevar a cabo todas las operaciones que afectan a su "consumación" —concretamente la constitución del régimen de P. H. y la elevación a Escritura pública del documento privado— no se requiere en el presente caso la intervención de otras personas —"litis consorcio" pasivo— pues, por una parte, los efectos de la declaración jurídica de voluntad que supone el contrato entre las partes contratantes, sólo a ellos afectaría su cumplimiento, y por otra, porque la acción que se ejercita en el escrito inicial, lleva en sí el cumplimiento de un contrato cuya validez no se ha discutido. (Sentencia 20 de abril de 1976; no ha lugar.)*

**NOTA:** El litis consorcio pasivo a que se refiere la Sentencia es el invocado por la parte demandada en orden a la constitución del régimen de Propiedad Horizontal, como consecuencia del fallecimiento del primitivo propietario y vendedor del piso, a quien le suceden sus dos hijos y herederos.

6. **PROHIBICIÓN DE COMPRAVENTA EN SUBASTA JUDICIAL DEL JUZGADO:** *Es aplicable la prohibición del artículo 1.459, número 5.º, del Código, aunque por razón del reparto no corresponda la competencia al Tribunal donde el comprador presta sus servicios, puesto que donde la ley no distingue no cabe distinguir y estando establecida la prohibición en beneficio de los litigantes y del buen nombre de la justicia existen las mismas razones morales respecto de los funcionarios todos que prestan sus servicios en tribunales de la misma jurisdicción.*

**ARTÍCULO 1.459, NÚMERO 5.º: BIEN LITIGIOSO:** *Tiene evidentemente este concepto, puesto que los bienes embargados en juicio ejecutivo adquieren por tal embargo dicho carácter y el juicio ejecutivo es litigio, de acuerdo con su concepto científico. (Sentencia de 2 de julio de 1976; no ha lugar.)*

7. **CONTRATO DE COMPRAVENTA O SUMINISTROS SUCESIVOS: FIJACIÓN DEL PRECIO: APLICACIÓN DE LOS USOS COMERCIALES:** *Aunque debe tenerse como cierto el precio de las cosas fungibles cuando se señala el que tengan en determinado día o mercado, no puede ser aplicable esta determinación cuando se comprueba que en el contrato se fijó un precio uniforme para*



todos los suministros, ya que para ser de aplicación a las compraventas o suministros sucesivos los usos de comercio es preciso que no exista pacto sobre la materia.

**PRUEBA DE PRESUNCIONES:** Cuando la presunción del juzgador no es disparatada ni tiene falta de lógica debe prevalecer, como reiteradamente declara la jurisprudencia (S. de 23 junio 1962), aun cuando quepa alguna duda sobre su exactitud (SS. de 23 junio 1965 y 13 marzo 1960). (Sentencia de 26 de junio de 1976; no ha lugar.)

**8. COMPRAVENTA DE SOLAR: CUMPLIMIENTO DE CLÁUSULA DE NO ELEVAR MÁS PLANTAS: ÍNDOLE CIVIL:** El presente pleito se sigue entre particulares y se dirige la demanda a obtener el cumplimiento de lo convenido en escritura pública en orden a que la construcción a realizar debía estar destinada exclusivamente a vivienda, con altura máxima de planta baja y un piso; no ha resultado acreditado por el cauce del núm. 7.º del artículo 1.692 L.E.C. que el Plan General de Ordenación de C. contenga disposición alguna contraria a lo convenido en dicha escritura; por ello la acción ejercitada es de naturaleza civil cuyo conocimiento compete a la jurisdicción ordinaria en virtud del art. 51 L.E.C. y del art. 2.º, apartado A) de la Ley de 27 diciembre 1956, sin que deba ventilarse en la contencioso-administrativa por no encajar en el art. 1.º de la Ley últimamente citada, ni en el 222 de la Ley del Suelo de 1956 al no discutirse en el pleito ningún acuerdo adoptado en virtud del "jus imperii" por cualquiera de los órganos de la Administración, aunque ésta hubiera podido intervenir en algún aspecto (SS. de 21 noviembre 1905 y 12 junio 1940), y al gozar la primera de fuerza atractiva para llevar a su ámbito la preferencia en el conocimiento de los casos que se estimen dudosos, según se declaró en la S. de la Sala especial del T. S. de 26 junio 1943, y en las de esta Sala de 15 febrero 1956 y 1.º febrero 1966.

**ACTOS PROPIOS:** El hecho de que la parte actora haya podido incumplir sus compromisos con los compradores primitivos de parcelas, aparte de no estar probado, ni tiene significación ni eficacia jurídica contraria a la acción ejercitada en estos autos, ni da lugar a derechos y obligaciones con influencia en la estipulación contractual que se impugna, por lo que aquella actuación no merece la calificación de actos propios. (Sentencia de 8 de junio de 1976; no ha lugar.)

**9. CULPA EXTRA CONTRACTUAL: DAÑOS POR INUNDACIÓN DEL LOCAL ARRENDADO: INDETERMINACIÓN DE SU IMPORTE: FIJACIÓN PRUDENCIAL EN EJECUCIÓN DE SENTENCIA:** Se declara probado que el día de autos el local arrendado por la actora en el inmueble de la comunidad de propietarios demandados, estaba inundado por el agua, debido al reventón de una tubería, elemento común del inmueble, anegándose los fabricados de la industria que quedaron inservibles; tales hechos revelan la existencia de un daño sufrido por la actora, esto es, una desventaja patrimonial consistente en la diferencia entre el estado de su patrimonio antes y después de la inun-

dación; por lo que debe acogerse el recurso por falta de aplicación del art. 1.902 C. c., sin que a ello sea obstáculo que, en el sentir de la misma Sala, no sea dable determinar en la sentencia definitiva la cantidad líquida a que asciende el importe de los daños y perjuicios experimentados por la demandante, ni establecer las bases con arreglo a las cuales deba hacerse la liquidación, pues a ello provee el art. 360 L.E.C., que lo encomienda al órgano encargado de la ejecución haciendo uso de su facultad prudencial. (Sentencia de 26 de mayo de 1977; ha lugar.)

· En la segunda sentencia del T. S. se sienta que “conforme a la moderna jurisprudencia de esta Sala, la culpa extracontractual se presume”, declaración que no deja de sorprender por su generalidad.

## 5. Arrendamientos especiales

1. ARRENDAMIENTO DE TEMPORADA: CALIFICACIÓN: *la frase “temporada de verano o cualquier otra” guarda relación, no con el plazo simplemente cronológico por el que se pacta la duración del contrato, sino por la finalidad a que vaya encaminado, determinante de su utilización, aunque no se aluda expresamente, pero que, del contexto del contrato, se deduzca que fue la causa de su celebración.*

CASACIÓN: INTERPRETACIÓN DE CONTRATOS: *La determinación de si un contrato de arrendamiento es de temporada o no, es problema de interpretación del contrato en orden a su calificación, siendo al efecto desestimable el recurso en que no se citan con precisión y claridad los preceptos que se estiman infringidos si, aunque se alude a la interpretación errónea, ésta viene referida a la del contrato y no a la de los correspondientes preceptos legales. (Sentencia de 30 de junio de 1976; no ha lugar.)*

2. ARRENDAMIENTOS: OBLIGACIONES DEL ARRENDATARIO: REPARACIONES NECESARIAS: PACTOS: *Si bien es cierto que, de conformidad con el artículo 1.554 del Código civil, es obligación del arrendador la de efectuar, en la cosa objeto del contrato, durante el arrendamiento, las reparaciones necesarias a fin de conservarla en estado de servir para el uso a que ha sido destinado, es igualmente indudable que, en virtud de pacto, pueden recaer sobre el arrendatario, además de las obligaciones suyas, las consignadas en la norma citada.*

CASACIÓN: APLICACIÓN INDEBIDA: *Para que pueda estimarse el recurso por el concepto de aplicación indebida es absolutamente necesario que se acredite debidamente la no realización del supuesto legal. (Sentencia de 6 de octubre de 1976; no ha lugar.)*

3. CONTRATOS COMPLEJOS Y ATÍPICOS: EXCLUSIÓN DE LA LAU: *Al no tratarse de un simple contrato locativo, sino de un contrato complejo y*



*atípico, aunque ello no suponga quitarle su carácter principal de arrendamiento, tal circunstancia lo excluye de la legislación especial de arrendamientos.*

**PROCESOS ARRENDATICIOS:** *Declarada la complejidad del contrato es acertado el procedimiento de mayor cuantía aplicado y no el verbal.*

**CASACIÓN: ERROR DE HECHO: DOCUMENTO AUTÉNTICO:** *Las actuaciones y resoluciones judiciales no constituyen documento auténtico a efectos de casación.*

**CASACIÓN: FORMALISMO: MEZCLA DE CONCEPTOS:** *Al denunciarse en el recurso "violación por aplicación indebida", se mezclan dos conceptos de infracción incidiendo con ello en causa de inadmisión y, en su caso, de desestimación. (Sentencia de 3 de junio de 1976; no ha lugar.)*

## 6. Derecho de familia

**1. ERROR DE HECHO EN LA APRECIACIÓN DE LA PRUEBA: DEFECTO DEL RECURSO:** *En tal caso la interpretación de la Sala sólo puede ser combatida, no por el cauce del número séptimo, sino por el ordinal primero del artículo 1.692, y no pueden ser aducidos como documentos auténticos, a los efectos de la casación, los mismos que han sido examinados y ponderados por el Tribunal de Instancia.*

**TERCERÍA DE DOMINIO EJERCITADA POR LA MUJER: BIEN PRETENDIDAMENTE PARAFERNAL:** *La afirmación de la Sala de Instancia, como resultado de la valoración conjunta de la prueba, de que el bien es ganancial ha de prosperar al no haber sido atacada adecuadamente.*

**PRESUNCIÓN DE GANANCIALIDAD DEL ARTÍCULO 1.407:** *Conforme a este artículo y a la doctrina de esta Sala, contenida, entre otras, en las SS. de 19 de diciembre de 1957 y de 24 de noviembre de 1960, salvo prueba expresa de la exclusiva propiedad de uno de los cónyuges, no se puede desplazar la presunción legal que favorece el carácter común de los bienes del matrimonio. (Sentencia de 5 de octubre de 1976; no ha lugar.)*

**NOTA:** Es lástima que, seguramente por la defectuosa e incompleta formulación de los motivos del recurso, el Tribunal Supremo no haya tenido ocasión de tener en cuenta un dato fundamental, que hubiera podido hacer variar el resultado del pleito, cual era la situación de separación de hecho entre los esposos. En efecto, en esta situación, el marido había concertado un préstamo de elevada cuantía y, por incumplimiento de su obligación, el acreedor procedió a embargar una finca inscrita como presuntivamente ganancial y que había sido comprada por la mujer antes de la reforma, sin licencia marital y al amparo de los artículos 169 del Reglamento Notarial y 94 del Reglamento Hipotecario. En la escritura la mujer manifestaba que el dinero del precio procedía de la venta de otra finca heredada de su padre.

Si ya con anterioridad a la reforma de 1975 la doctrina buscaba toda clase de soluciones para ampliar las facultades de la mujer casada en los casos de separación de hecho (ver por todos: MANUEL DE LA CÁMARA ALVAREZ, *La separación de hecho y la sociedad de gananciales*, A.D.C., 1969, fascículos I y II), es indudable que hoy, aun con mayores razones, hay que reconocer a la mujer, en estas situaciones de separación, un ámbito de poder amplio, incluso sobre bienes presuntivamente gananciales, teniendo en cuenta, por ejemplo, la nueva formulación sobre la potestad doméstica que proclama el artículo 66 del Código. Y en todo caso parece claro que la presunción legal del artículo 1.407 no puede tener la misma fuerza en estas situaciones anormales del matrimonio que la que debe desplegar en los casos de convivencia normal.

J. D. C.

2. DERECHO DE ABOLORIO EN ARAGÓN: MODERACIÓN EQUITATIVA: *La facultad de moderar equitativamente este derecho, concedida a los Tribunales por el art. 149 de la Compilación, equivale a examinar en cada caso las circunstancias que en él concurren, impidiendo que la institución sirva a otros fines que aquellos para los que fue establecida.*

DEFECTO DEL RECURSO: *Al atacarse por la vía del ordinal séptimo del art. 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento civil la conclusión sentada en una presunción, se siguió, en contra de lo reiteradamente sentado por esta Sala, un cauce equivocado puesto que debió serlo por el número primero.*

ABUSO DE DERECHO: *La denuncia de la aplicación indebida de la doctrina legal sobre el abuso del derecho olvida que las sentencias citadas exigen todas ellas un interés perfectamente lícito y una pretensión formal, condiciones que en modo alguno se dan en la pretensión contenida en la acción ejercitada. (Sentencia de 9 de enero de 1976; no ha lugar.)*

## 7. Derecho de sucesiones

1. TESTAMENTO EN CATALUÑA: NULIDAD POR VIOLENCIA: *Aunque en el motivo se alega la infracción por esta causa del art. 673 del C. c., nada se razona respecto de los hechos de los que pudiera inferirse la existencia de la violencia, por lo que tal motivo no puede prosperar.*

NULIDAD POR DOLO O FRAUDE: *Ha de rechazarse también la infracción del art. 673 alegada en este motivo, puesto que los argumentos que se invocan están en contra de los hechos que proclama la sentencia impugnada e, incluso, supone contradicción con los argumentos aducidos en el primer motivo, aparte de que constituyen una alegación nueva no hecha oportunamente y que no tienen entrada en casación.*

INTERPRETACIÓN DE TESTAMENTO: ARTÍCULO 675 CÓDIGO CIVIL: *La invocación de que la institución de heredero hecha en favor de doña... la hacía el testador por la circunstancia que él consideraba cierta de ser su hija natural y no por ser hija de su segunda esposa, es también una cuestión nueva y que tiende, además, a que prevalezca la exégesis sub-*



jetiva y particular del recurrente, sobre la objetiva e imparcial realizada por el Juzgador, el cual concluyó que el reconocimiento de paternidad natural contenido en el testamento no suponía la existencia de relaciones adulterinas del causante, en vida de su primera esposa, sino sólo envolvía el propósito de beneficiarla por consecuencia del afecto nacido en la prolongada convivencia, de modo que el reconocimiento de paternidad fue sólo un medio para el logro de su propósito.

**CAUSA FALSA EN LA INSTITUCIÓN:** *La violación que se denuncia del artículo 767 del C. c. constituye también una cuestión nueva y, además, se apoya en unas afirmaciones contrarias a las que proclama, como se ha indicado, la sentencia recurrida.*

**DEFECTO DEL RECURSO:** *Lo es invocar el art. 673 del C. c. sin indicar el motivo o concepto de su infracción, como exige el art. 1.720 de la Ley Procesal, aparte de que tal artículo no contiene una norma valorativa de prueba, sino que regula la interpretación y esta función intelectual del juzgador sólo se puede atacar por la vía del número 1.º del art. 1.692. (Sentencia de 10 de junio de 1976; no ha lugar.)*

**2. LITIS CONSORCIO NECESARIO: DEMANDA DE LEGÍTIMA EN CATALUÑA:** *El artículo 129 de la Compilación ordena de forma taxativa que para determinar el valor de la legítima hay que tener en cuenta el valor del "relictum" y el valor del "donatum", cantidades ambas que forman el haber partible y que no puedan fijarse con ausencia de ninguno de los legitimarios, por lo cual es forzoso declarar que existe un litis consorcio pasivo necesario entre varias personas, de las cuales no todas están en el proceso; que está irregularmente constituida la relación jurídico procesal y que hay que abstenerse de fallar sobre el fondo del litigio. (Sentencia de 15 de marzo de 1976; no ha lugar.)*

**3. DIVISIÓN DE COMUNIDAD: INCONGRUENCIA POR "ULTRA PETITIA":** *La incongruencia, a efectos del art. 359 de la LEC, consiste por lo general en la discrepancia o divergencia entre lo solicitado por los contendientes en la súplica de los escritos iniciales del pleito y el contenido de la parte dispositiva de la sentencia que le ponga fin y no en la mera disconformidad entre aquellas pretensiones y los razonamientos jurídicos que sirvan de premisa a la última, por lo cual no es de estimar que se haya cometido dicho vicio "in judicando" por "ultra petita", cuando, como aquí sucede, la parte actora solicitó en el pedimento segundo de su demanda la declaración de que a su madre pertenecía la mitad de la casa litigiosa, y a los restantes litigantes la otra mitad de tal inmueble "sin perjuicio de los derechos usufructuarios de aquella", como viuda del causante, y la resolución impugnada acordó en su fallo que tal bien tiene el carácter de ganancial y pertenece a la sociedad de este nombre en estado de liquidación, integrada por la totalidad de los actuales litigantes (pronunciamiento primero), condenando a los demandados a liquidar la referida sociedad (pronunciamiento tercero) porque con esa decisión, y pese a lo*

que se expresa con no mucha fortuna en el séptimo considerando de la sentencia de primer grado, aceptado por la Audiencia, no se desconoció por ésta el usufructo legal de la esposa del de "de cuius", al no haberse hecho manifestación alguna en tal sentido, sino que tal derecho, como todos los derivados de la sociedad legal de gananciales, quedó pendiente de lo que se acordase al practicar la liquidación ordenada en el indicado pronunciamiento tercero de la resolución que se impugna.

**CONFESIÓN JUDICIAL: SU VALOR PROBATORIO:** *Es desestimable el motivo del recurso en el que se pretende poner de relieve el error de derecho en la apreciación de la prueba y la infracción por no "no aplicación" del art. 1.232 del C. c. que se dice cometida por el Juzgador de instancia, porque, ni en la sentencia recurrida se desconoce el valor probatorio que ese artículo otorga a la prueba de confesión judicial, ni la eficacia en juicio de ésta es superior a la de los restantes medios enumerados en el artículo 1.215 del indicado Cuerpo Legal, en conjunción con los cuales debe ser apreciada.*

**DEFECTOS DEL RECURSO: EL CONCEPTO DE NO APLICACIÓN: CUESTIÓN NUEVA:** *Tampoco es viable el motivo del recurso, acogido al núm. 1 del artículo 1.692 de la L.E.C., no sólo porque no expresa cuál sea el párrafo del art. 839 del C. c. que estima vulnerado, con lo que contraviene la reiterada doctrina de esta Sala, ni porque la "no aplicación" de un precepto no figura entre los conceptos de infracción indicados en el núm. 1 del referido art. 1.692, sino, muy especialmente, porque, al fundamentarse el motivo en las circunstancias de que el Tribunal "a quo", ha desconocido el derecho de usufructo correspondiente a la madre de la actora, sobre los bienes que componían el as hereditario de su esposo, y de que, además, no procedió a la sustitución de ese derecho real por la entrega a su titular de un capital en efectivo, como previene el art. 839 del C. c., no tiene presente que las afirmaciones contenidas en el primero de estos extremos son de todo punto disconformes con lo que se acuerda en la sentencia impugnada, y que el problema planteado en el segundo, no se suscitó durante el período expositivo del pleito, en el que para nada se aludió a semejante sustitución, ni al artículo 839 que la regula, por lo que su alegación en el estado actual de las actuaciones constituye una "cuestión nueva" encajable en el núm. 5 del artículo 1.729 de la L.E.C. y determinante de su desestimación en esta fase decisoria. (Sentencia de 17 de mayo de 1976; no ha lugar.)*

## II. DERECHO MERCANTIL

1. **IMPUGNACIÓN DE ACUERDOS DE UNA SOCIEDAD ANÓNIMA: CÓMPUTO DEL PLAZO:** *Este Tribunal Supremo, corrigiendo desviaciones anteriores, ha declarado en S. de 30 de enero de 1974 —cuya doctrina hoy se ratifica, como se ha ratificado en fechas posteriores— que el cómputo de los cua-*



renta días establecido en el art. 68 de la L.S.A., siguiendo la regla genérica aplicable en principio a toda clase de prescripciones o caducidades, debe empezar a contarse desde el día siguiente a aquél en en que se adoptaron los acuerdos, sin incluir el día en que fueron tomados.

**INTERPRETACIÓN DE LAS LEYES:** *Esta conclusión tiene su apoyo en los cuatro criterios que en materia hermenéutica suelen utilizarse y hoy aparece corroborada por el texto del art. 5.º del Código, en su redacción por la Ley de 17 de marzo de 1973 y tal como se razona en su Exposición de Motivos. (Sentencia de 25 de mayo de 1976; ha lugar.)*

### III. DERECHO PROCESAL

**1. JURISDICCIÓN CIVIL Y CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA: ÁMBITO DE ACCIÓN: CARÁCTER ATRACTIVO DE LA PRIMERA:** *Encaminada la acción a obtener la declaración de que, conforme a lo pactado entre las partes, no se puede construir en el solar objeto del litigio más que edificios destinados a viviendas y no a explotaciones industriales o de comercio es indudable que, al no haberse acreditado que en el Plan General de Urbanización aprobado se contuviera disposición contraria a lo estipulado en el pacto, la acción ejercitada es de índole exclusivamente civil y correspondiente a la jurisdicción ordinaria, sin que deba ventilarse en lo contencioso-administrativa, al no discutirse en el pleito ningún acuerdo adoptado, en virtud del "ius imperii", por cualquiera de los órganos de la Administración, aun cuando ésta hubiera podido intervenir en algún aspecto, y al gozar la primera, como fuente y raíz de todas las jurisdicciones, de fuerza atractiva para llevar a su ámbito la preferencia, en los casos que se estimen dudosos, según ya se declaró en SS. de 26 junio 1943, 15 febrero 1956 y 1 febrero 1966.*

**CASACIÓN: DEFECTOS FORMALES DEL RECURSO:** *Es defectuoso el recurso que no expresa cuál es el número del artículo que se estima vulnerado; también constituye defecto hacer la cita general del art. 1.091 del C. c. sin completarlo con la de las disposiciones que acrediten que la Sala "a quo" interpretó mal el tenor obligacional del contrato, o se equivocó al estimar que su cumplimiento se ajustó o no al mismo.*

**CASACIÓN: IMPUGNACIÓN DEL VALOR PROBATORIO DE DOCUMENTO PRIVADO:** *El art. 1.225 del C. c. no es susceptible de servir de fundamento a los recursos comprendidos en el núm. 1 del art. 1.692 de la L.E.C. por referirse al valor probatorio de los documentos privados. (Sentencia de 5 de junio de 1976; no ha lugar.)*

**2. LITIS CONSORCIO PASIVO NECESARIO:** *Si bien es cierto que esta Sala tiene declarado con reiteración que para decretar la nulidad —o inexistencia— de los contratos es preciso que sean parte en el proceso, como*

*demandantes o demandados, todos los interesados en el vínculo contractual que se pretende romper, no es lo menos que, este Tribunal, inspirándose en lo declarado en la S. de 8 de mayo de 1963, recaído en un recurso de injusticia notoria, tiene también establecido que es innecesario traer al pleito a aquellas personas que, aun estando implicadas en la relación jurídica material, han demostrado de manera formal y fehaciente su aquiescencia a determinados reconocimientos que de ellos pretendían, aunque tal aquiescencia hubiera sido prestada antes y fuera del proceso en un acto de conciliación celebrado con avenencia.*

**INEXISTENCIA DEL CONTRATO POR FALTA DE CAUSA: INNECESIDAD DE INTERPRETACIÓN: DEFECTOS DEL RECURSO:** *Afirmada la inexistencia jurídica de un negocio y no desvirtuada la misma en el recurso, resulta totalmente superfluo ocuparse de la interpretación de las cláusulas de dicho negocio, en contra de lo que se pretende en el motivo, que alega la violación por inaplicación de los arts. 1.281, 1.282 y 1.283 del C. c., máxime cuando de la exégesis pretendida no se obtiene dato alguno que contradiga la falta de causa, falta que constituye el verdadero soporte del fallo recurrido. (Sentencia de 25 de junio de 1976; no ha lugar.)*

**3. NATURALEZA DE LA ACCIÓN JUDICIAL EJERCITADA: SU CALIFICACIÓN JURÍDICA:** *Según una copiosa jurisprudencia, que por conocida no es necesaria citar, el nombre que las partes asignen a las acciones que ejerciten es inoperante a efectos de resolución, pudiendo calificarlas con nombre diferente el juzgador, con tal de que sean respetados los hechos en que se funden, que hayan sido probados en el juicio. (Sentencia de 7 de octubre de 1976; no ha lugar.)*

**4. PRUEBA DE PERITOS: APRECIACIÓN DE SU VALOR:** *Remitido el valor de la prueba de peritos por el art. 1.243 del C. c. a las disposiciones de la LEC, cuyo art. 632 dispone que los Jueces y los Tribunales apreciarán la prueba pericial según las reglas de la sana crítica, la jurisprudencia ha declarado con reiteración que las reglas aludidas no constan en precepto legal alguno que pueda invocarse como infringido en casación, quedando en definitiva sometida la prueba pericial a la discrecional apreciación del Juzgador de instancia, y así lo confirman las SS. de 7 junio 1930, 13 diciembre 1934, 25 noviembre 1935, 19 diciembre 1943, 3 mayo y 4 julio 1947, 21 abril y 15 diciembre 1950, 10 mayo 1960, 24 octubre 1961, 10 mayo 1968, 14 octubre 1971, etc., etc.*

**ERROR DE HECHO EN LA APRECIACIÓN DE LA PRUEBA: SU ADMISIÓN EN CASACIÓN:** *Para que proceda el recurso de casación al amparo del núm. 7.º del art. 1.692 de la LEC, por error de hecho en la apreciación de las pruebas, es indispensable que la sentencia que se impugne haya estimado como cierto lo contrario de lo que conste en documentos o acto auténticos que patenten la evidente equivocación del juzgador, y cuando los documentos invocados como auténticos son los mismos que el Tribunal tuvo en cuenta y examinó para formar su convicción, no puede ofrecer duda*



que conforme a la constante doctrina del Tribunal Supremo no cabe aducirlos en casación, pues lo contrario equivaldría a sustituir por la interpretación que de su contenido hace el recurrente, el siempre más objetivo y ponderado de la Sala sentenciadora. (Sentencia de 18 de mayo de 1976; no ha lugar.)

5. EJECUCIÓN DE SENTENCIA: RECURSO DE CASACIÓN: MOTIVOS: *Contra las resoluciones que dicten las Audiencias en los procedimientos para la ejecución de las sentencias no se da más recurso de casación que el de infracción de ley, y únicamente por las causas excepcionales previstas en el art. 1.695 de la LEC, pero no el de quebrantamiento de forma, como tiene desde antiguo y repetidamente declarado el Tribunal Supremo, entre otras, en las SS. de 23 junio 1883, 9 diciembre 1898 y 16 junio y 1 julio de 1899, a menos que el incidente que surja en la ejecución tenga el alcance o trascendencia de un juicio declarativo, como ocurre con las tercerías.* (Sentencia de 27 de septiembre de 1976; no ha lugar.)

6. DESAHUCIO: MEJORAS EXISTENTES EN LA FINCA: APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 1.604 DE LA LEC: *Existiendo plantaciones incorporadas a la finca por el que fue su arrendatario, el art. 1.604 de la LEC, a pesar de formar parte de este Código procesal tiene un indudable carácter sustantivo, contiene y regula no sólo el título por el que puede reclamarse la indemnización, sino también las normas para su avalúo o determinación de la cuantía.* (Sentencia de 23 de junio de 1976; no ha lugar.)

7. COSA JUZGADA: REQUISITOS: FALTA DE IDENTIDAD EN EL OBJETO: *Si bien nada cabe objetar en orden a la identidad de los litigantes, no puede decirse lo mismo respecto a las cosas u objeto de cada pleito y a la razón de pedir, pues mientras en el primero se ejercitaba una acción de reclamación de daños y perjuicios causados en una finca del actor, ante la falta de riego por no poder utilizar el agua de su propiedad, usurpada por el demandado al conectarla con la traída al Municipio, en éste es objeto de "litis" la reclamación de daños y perjuicios, consistentes en los intereses legales, correspondientes a la cantidad en la que se valoraron las aguas propiedad del actor y vendidas al demandado, y que se dice corresponder al tiempo transcurrido desde que el Ayuntamiento venía utilizándolas hasta que por éste fue pagado el precio señalado en tal valoración.*

INTERESES DE DEMORA: CANTIDAD LÍQUIDA: APLICACIÓN ANALÓGICA DEL ARTÍCULO 56 LEY EXPROPIACIÓN FORZOSA: *Si bien la obligación de abonar intereses de demora no surge sino de cantidad líquida, el Tribunal aplicó por analogía, con base en el art. 4.º del C. c., la norma contenida en el art. 56 de la Ley de Expropiación Forzosa, aplicación que, cualquiera que pudiera ser el criterio de esta Sala, ha de ser respetada al no ser atacada precedentemente.* (Sentencia de 25 junio 1976; no ha lugar.)

Quizá el tema más interesante de esta sentencia sea el referido a la utilización de la analogía por el Tribunal *a quo*. Se trataba de una com-

praventa civil de aguas realizada entre un particular y un Ayuntamiento. El vendedor reclama una indemnización de daños y perjuicios, cifrada en el abono del interés legal, a partir de la utilización efectiva de las aguas por el Ayuntamiento, la cual fue anterior a la valoración pericial de las aguas. ¿Es posible aplicar por analogía el art. 56 de la Ley de Expropiación Forzosa? Según este precepto “cuando hayan transcurrido seis meses desde la iniciación legal del expediente expropiatorio sin haberse determinado por resolución definitiva el justo precio de las cosas o derechos, la Administración expropiante culpable estará obligada a abonar al expropiado una indemnización que consistirá en el interés legal del justo precio hasta el momento en que se haya determinado, que se liquidará con efectos retroactivos, una vez que el justiprecio haya sido efectuado”. La actuación del Ayuntamiento en este caso ha sido calificada por las sentencias de instancia de “patente mala fe” al obstaculizar la valoración de las aguas por un período de ocho años desde que tomó posesión de las mismas; por otra parte, entre la venta y la expropiación forzosa se ha señalado con frecuencia, por la doctrina y la jurisprudencia, la existencia de una razón de analogía. Con todo, no cabe olvidar que la ley aplicada tiene el carácter de ley especial con relación al Código civil, y ha observado De Castro que las normas de aquella clase tienen su ámbito “limitado por su especialidad, no pudiendo exceder de él mediante el artificio de la analogía, aunque dentro de ese espacio, sí podrá jugar la analogía” (*Derecho civil de España*, I, 2.<sup>a</sup> ed., Madrid, 1949, p. 483). En la reforma del Título Preliminar no se alude, sin embargo, a las leyes especiales en el art. 4.2. si bien significativamente el apartado siguiente recoge el carácter general del Código civil con relación a “otras leyes”, incluidas, por tanto, las administrativas, lo que parece inducir indirectamente la no aplicación analógica de dichas leyes especiales. El Tribunal Supremo no ha entrado en el tema por falta de impugnación adecuada. (G.G.C.).