

ANUARIO DE DERECHO CIVIL

TOMO XXXI
FASCICULO II



ABRIL-JUNIO
MCMLXXVIII

ANUARIO DE DERECHO CIVIL

Director

FEDERICO DE CASTRO Y BRAVO
Catedrático de la Universidad de Madrid

Consejo de Redacción

AMADEO DE FUENMAYOR CHAMPIN
Catedrático de Derecho civil

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

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

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

LUIS LOPEZ ORTIZ
Magistrado del Tribunal Supremo

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

RAFAEL NUÑEZ LAGOS
Notario de Madrid

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

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

JUAN VALLET DE GOYTISOLO
Notario de Madrid

Secretario:

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

SUMARIO

Páginas

Estudios monográficos

ENCARNA ROCA TRÍAS: <i>El Código Civil como supletorio de los derechos nacionales españoles</i>	227
ANTONIO CABANILLAS SÁNCHEZ: <i>La recepción de la obra</i>	287

Estudios de Derecho Extranjero

JORGE A. CARRANZA: <i>Una nueva causa de daño resarcible. El terrorismo. Ensayo de soluciones jurídicas</i>	315
---	-----

Vida Jurídica

Noticias:

- In Memoriam. El profesor Francisco Elias de Tejada y Spínola, por Juan Vallet de Goytisolo* ...

339

Dictámenes:

- Dictamen sobre competencia del Consejo de Administración para el estampillado de acciones con objeto de que salgan a la luz las que reiteradamente no comparecen a las convocatorias de Junta general de la Sociedad Recreativa de N. y otros extremos, por José Luis de los Mozos.*

343

Bibliografia

Libros

361

- ACADEMIA MATRITENSE DEL NOTARIADO:** *Estudios*, por R.—BADE-
NES GASSET, RAMON: *Las fundaciones de Derecho privado, doctrina
y textos legales*, por R.—Comentarios a la reforma del Código Civil.
El nuevo título preliminar del Código y la Ley de 2 de mayo de 1975,
por R.—Estudios jurídicos en homenaje al profesor Federico de Castro,
por R.—FERNANDEZ-VICTORIO Y CAMFS: *El control externo de la
actividad financiera de la administración pública*, por José Bonet Cor-
reá.—FUNDACION GENERAL MEDITERRANEA: *Patronato para ayu-
da de subnormales*. Dirección general de Servicios Sociales. Estudio
para la reforma de los preceptos del Código Civil relativos a la tutela,
por R.—GARCIA CANTERO, GABRIEL: *El divorcio*, por Rafael Na-
varro Valls.—LUCES GIL, F.: *El nombre civil de las personas natura-
les en el ordenamiento jurídico español*, por Eduardo Serrano Alonso.
Libro homenaje a Ramón María Roca Sastre, por R. D.—QUINTANA
CARLO, IGNACIO: *La responsabilidad del transportista aéreo por da-
ños a los pasajeros*, por J. M. León González.—SANTORO PASSARE-
LLI: *Liberta e autoriza nel diritto civile altri saggi*, por R.

Revista de revistas

A cargo de José Ramón Antón Riesco

384

Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado

A cargo de José María Chico Ortiz

399

Jurisprudencia

I Sentencias Comentadas

1. Compraventa con pacto de retro, equilibrio de las prestaciones, por Luis Ignacio Archederra Aranzadi
 2. El pago de los gastos necesarios y útiles de un poseedor ante las alteraciones monetarias, por José Bonet Correa

441

452

460

II. Sentencias

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 XXXI
FASCICULO II

ABRIL-JUNIO
MCMLXXVIII



**PUBLICACIONES DEL INSTITUTO NACIONAL DE
ESTUDIOS JURIDICOS**

S E R I E 1.^a

PUBLICACIONES PERIODICAS

N U M E R O 2

ANUARIO DE DERECHO CIVIL

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



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

ESTUDIOS MONOGRAFICOS

El Código civil como supletorio de los Derechos Nacionales Españoles

ENCARNA ROCA TRIAS

Profesor Agregado de Derecho civil

I.—ANTECEDENTES HISTÓRICOS DEL PROBLEMA.

A) Aragón

En Aragón, el problema del Derecho supletorio se puede plantear en los mismos términos en que se plantea originariamente en Cataluña después de la Constitución de Jaime I, de 1251, que repudiaba la aplicación en Cataluña de los derechos canónico y romano. Así en los Feros de Huesca se lee en el proemio lo siguiente: «ubi auteri dicti Fori non suffecemnt, ad naturalem sensum vel aequitatem recurratur», expresión muy parecida a la que se utilizará en la constitución catalana (1).

La mayoría de los historiadores están de acuerdo en afirmar que la razón de ser de las palabras contenidas en el proemio transcrita radicaba en la repudiación por parte de los nobles de la penetración de un sistema jurídico totalmente contrario al sistema feudal, que por otra parte, hubiese sido aceptado por los

(1) La Constitución de Jaime I se encuentra en el volumen 3, lib. 1, Tít. 8 de las de Cataluña, y dice: "Encara statuim ab Consell dels sobre-dits, que de leys Romanas, o Góticas, drets, e decretals en causas seculars no sien rebudas, admesas, judicadas, ne allegadas, ne algu legista gos en Cort secular advocar, sino en causa propia, axi que en la dita causa no sien allegadas leys, o drets sobre-dits, mas sien fetas en tota causa secular allegations segons los usatges de Barcelona, e segons las appro-vadas costumas de aquell loc, ahont la causa sera agitada, e en defalliment de aquells, sie proceit, segons seny natural, los Jutges encara, en las causas seculars no admeten legistas Advocats, axi com dessus es dit".

La coincidencia de fechas entre la constitución catalana (1251) y los Feros de Huesca (1247), nos hace pensar en una corriente paralela en materia de Derecho supletorio entre Aragón y Cataluña. De todos modos no puede interpretarse, como se ha querido hacer, la expresión *seny natural* como equivalente a Derecho natural y menos tal y como hoy lo entendemos, puesto que la concepción de Derecho natural en los autores de la época distaba mucho de la actual. Basada en una elaboración muy evolucionada de esta idea e influencia por las distintas corrientes doctrinales que han intervenido en esta formación.

reyes, que veían en él un reforzamiento de su poder. Sin embargo, la Compilación de Huesca tiene una clara influencia romana y así dice Lalinde (2) que «Jaime I probablemente hubiera dado entrada al Derecho romano, renacido entonces en Europa... sobre todo en la medida en que procediendo aquél de un Imperio favorecería el poder político del Rey, pero no se ha atrevido a oponerse a la voluntad del grupo social dominante».

Volviendo a la fórmula que se utilizaba en el proemio de los Fueros de Huesca y que no fue ni ampliada ni derogada por disposiciones posteriores de los Reyes aragoneses, se planteó el problema de su aplicación práctica. Modernamente, como veremos más adelante, los autores aragoneses han querido ver en esta expresión un precedente histórico de la aceptación en Aragón de lo que hoy denominamos principios generales del Derecho, pero no hay que olvidar que en la época en que se promulga la Compilación de Huesca no se pensaba en principios generales, por ser éstos una creación del iusnaturalismo racionalista. Por ello son perfectamente lógicas las distintas versiones que se han dado a lo largo de la historia, acerca del Derecho que se debe aplicar en defecto de fuero. Aparte de esto, la versión romanceada de este proemio no coincide exactamente con el original latino; así se dice «e si por ventura en alguna cosa el fuero non abastasse, que fuese juggedado lealmiente por naturales sesos de buenos omnes e leales» (3). Según Lalinde, cuando Vidal de Canelles explica esta fórmula reconoce que al juzgar los jueces se han de auxiliar por los Derechos y las leyes, términos con los que en la época se conocían los derechos romano y canónico (4).

La realidad es que la ambigüedad de la fórmula abre el camino a toda clase de interpretaciones, porque, como dicen Savall y Penen, aunque el precepto parece que está dictado en contra del creciente romanismo de la época, «sólo sirvió para arraigar más y más la influencia de los Derechos civil y canónico» (5). Los autores aragoneses posteriores a la Compilación de Huesca y anteriores al Decreto de Nueva Planta, de 1711, pueden dividirse

(2) LALINDE ABADÍA, *Los fueros de Aragón*, Zaragoza, 1976, pág. 61.

(3) *Los fueros de Aragón según el manuscrito 458 de la Biblioteca Nacional de Madrid*, publicados por Gunnar Tilander. Lund. 1937, pág. 3.

(4) LALINDE, ob. cit., pág. 62.

(5) SAVALL y PENEN. Discurso preliminar a la edición de los *Fueros, observancias y actos de Corte del Reino de Aragón*, Zaragoza, 1866, Tomo I. pág. 7, la cita completa dice lo siguiente: «El día 6 de enero de 1247 se sanciona el Fuero de Huesca, estableciéndose entonces, que en los casos donde el fuero no bastase, hubiera de estarse a la que aconsejase el buen sentido, precepto que parece dictado en odio al predominante romanismo de la época, y que, sin embargo, sólo sirvió para arraigar más y más la influencia de los Derechos civil y canónico».

De la misma opinión parece ser LALINDE cuando dice que «el Derecho romano se afianza en esta época como ordenamiento supletorio cuando la cuestión no aparece regulada en el ordenamiento foral». Ob. cit., página 136.

entre aquéllos que repudiaban la aplicación del Derecho romano y aquellos otros que identificaban la expresión del proemio de los Fueros con el Derecho romano, el canónico o con ambos a la vez.

Entre los autores que rechazan la aplicación en Aragón del sistema romano, podemos citar al más antiguo de los juristas aragoneses, Antic de Bages, quien afirmaba que el Derecho romano no se aplicaba en Aragón, pero a continuación decía: «nec accipiuntur ir Aragonia sive sunt accepte, nisi quatenus foris non contradicunt et usibus Aragoniae». De lo aquí transcrita no aparece, sin embargo demasiado claro, cuál es el sentido que deba darse a las palabras de este autor, puesto que si bien más adelante afirmaba que «ideo dictae romanae leges, non ligant Hispaniam», antes había dicho que «aliquando recurrir ad rationem scriptam in legibus romanorum, non tamen ut leges, sed tamquam rationen scriptam» (6).

No encontramos otro autor aragonés que se pronuncie en el mismo sentido que el que acabamos de citar, porque si bien Molino entiende que en Aragón los fueros se consideran derecho común, añade que el *ius commune* no se aplica sino cuando falta disposición concreta en el fuero (7) y lo mismo podemos decir de Portoloes, quien rechaza la alegación del Derecho romano en Aragón cuando existe disposición relativa al caso que se debate en el Fuero y añade que cuando los estatutos hablan de Derecho común debe entenderse que se refiere a los fueros aragoneses que en este Reino se consideran Derecho común (8).

(6) ANTIC DE BACES. Citado por MARTON Y GAVIN en el prólogo a los *Tratados de sucesiones intestadas y de Los consortes en la misma cosa y fideicomiso legal, según los fueros de Aragón*, Zaragoza, 1888, pág. LXIX, “ius romanum in Aragonia non accipitur nec habetur pro ratio, nec dicte leges romanas ligant Hispania, nec accipiuntur in Aragonia sive sint accepte, nisi quatenus foris non contradicunt et usibus Aragonia”. “Aliquando recurrir ad rationem scriptam in legibus romanorum, non tamen ut leges, sed tanquam rationem scriptam; sed fori Aragonum dicunt ad naturalem sensum hominum et non ad leges esse recurrentum quae odiosae sunt Regibus Hispaniae, quia superioratem imperii romani non moverunt cum ipsi sint Imperatores et succedant Gotis, quibus data fuit Hispania libera, sine subjectione imperii romani, et ideo Gotis primam legem quam in Hispania condiderunt, sic statuerunt, ut qui legem romanorum allegaret, morte, periret, et ideo dictae romanae leges, non ligant Hispaniam”.

(7) MOLINO, *Repertorium, fororum, et observatarum Regni Aragonum*, Zaragoza, 1585, 3.^a edición. Voz Fori Aragonum, pág. 155, donde dice: “Fori Aragonum ubi deciunt, recurrentum est ad naturalem sensum; id est ad rationem scriptam. Vide in prohemio primo fororum in fine... Vide bonum tex iuxta glo, in c. consuetudo prima distinctione, quia deficiente lege, recurrentum est ad rationem naturalem”.

Fol. 127, comentando la aplicación de la *exceptio non numerata pecunia* en Aragón, dice: “Unde ex que venditor renunciavit dictae exceptioni non refert, urtum confessus fuisse recipisse pretium vel non. Non obstat, quod dictum est de correctione iuris communis: quia in Aragonia fori habentur pro iure communi. Unde in hoc Regno numquam est recurrentum ad ius commune, nisi ubi forus deficit”.

(8) PORTOLÉS, *Scholia sive annotationes ad repertorium Michaleis*

Por ello, creemos necesario pasar a estudiar los autores que identifican esta *ratio scripta* con el *ius commune*. Molino entiende que en defecto de fuero, debe recurrirse al sentido natural, que identifica con la *ratio scripta*. De aquí podría deducirse, como se ha hecho posteriormente, que Molino aludía sólo a lo que actualmente conocemos con el nombre de «principios generales del Derecho», pero creo que un análisis detenido de la obra de este autor nos ha de llevar a la conclusión de que dicho autor identifica la *ratio scripta* con el Derecho romano, cosa nada extraña debido a las ideas de la época. Lo decimos porque al comentar la aplicación en Aragón de la *exceptio non numerata pecunia*, entiende Molino que sólo se debe recurrir al *ius commune* cuando el Fuero no contenga disposición expresa sobre el caso debatido (9) y esta línea, iniciada al parecer por este jurista, es recogida por otro autor que le sigue en sus apreciaciones, como Bardaxi, quien opina que en defecto de Fuero sólo debe recurrirse *ad sensum naturalem, ut ibi dicitur, idest ad ius scriptum, in quo magis elucet ius* (10): esta última observación hace pensar que dicho autor tenía presente el Derecho romano cuando se refería al *ius scriptum*.

En el mismo sentido se pronuncia Sesse, entendiendo que cuando el Fuero habla de equidad o razón natural, se refiere al *ius commune* y cita en su apoyo la opinión de Bardaxi (11), pero

Molini, Zaragoza, 1587, núm. 13. Et dum hic. Mol. fol. 156, col. 1 in pri. afferet foros in hoc Regno, esse ius commune et leges dici, afferendum est idem in alias provinciis fieri, idemque de iure procedere: advertit Io. Lup Cagnol. Bal qui omnes affirmant, statuta alicuius Regni vel loci, si ibidem observantur, ibidem pro iure commune recte dici posse”... y añade en el núm. 14 que “quoniam statutum loquens de iure communi, intelligendum est loqui de iure communi nobis, et huic Regno magis propinquuo et proprio, no autem de iure communi Romano, magis remoto et extra-neo”.

(9) MOLINO, ob. cit., Voz Fori Aragonum. Véase la nota 7.

(10) BARDAXI, *Commentarii in quatuor Aragonensium fororum libros*, Zaragoza, 1592, págs. 209-210, dice: “... Iurant iudices servari foros, et tan ordinarios, quam decisiores causarum, et eis defficientibus solum licet recurrere ad sensum naturalem, ut ibi dicitur, idest ad ius scriptum in quo magis elucet ius, et sensus naturalis”. Aquí el autor utiliza la expresión *ius scriptum* en el sentido de *ius commune*, como se desprende de todo contexto de la obra. Esta identificación no era rara, dado que también los juristas catalanes se habían encontrado con la misma dificultad en una época anterior. Así podemos citar a MIRES, en su *Apparatus super constitutionibus curiarum generalium Cathaldniae*, Barcelona, 1621, segunda edición, quien opina refiriéndose a la *aequitas*, que regía como Derecho supletorio, que “idest ius commune in quantum continent aequitatem, et bonam rationem”. Vol. II, coll. VIII, cap. II número 30, pág. 162.

(11) Josepho SESSE, *Decisionum Sacri Senatus Regii Aragonum, et curiae domini iustitiae Aragonum Causarum civilium*, Zaragoza, 1624. Decis 432. Tomo IV, núms. 9-10. “Quid quod quamvis praedicta iuris dispositio non extaret ita communium omnium placito recepta. esset in Regno intrepide recipienda, cum in contrarium non extit foralis dispositio, quae praedictis deroget, nam ut habetur in proemio Regis Iacobi, ubi fori non suficerent, ad naturalem sensum vel aequitatem recurrentum est,

quien realmente exaltó la aplicación en Aragón del Derecho romano fue Aniñón, quien al estudiar las sucesiones intestadas, entendía que los aragoneses en defecto de sus leyes propias, acudían siempre a las romanas (12), pero aclarando siempre que el juez debe juzgar conforme al Derecho, puesto que concluye que su opinión no se contrapone en modo alguno a lo que se establecía por Jaime I en los Fueros.

Pero no parece que haya sido tan sencilla la cuestión ni que se haya limitado a la simple aceptación o repudiación por unos y otros de la aplicación del Derecho romano, entendido como Derecho común, puesto que en la misma época que los autores anteriores (siglos XV-XVI), Portolés, al comentar la obra de Molino, dice que, aunque este último autor considerase al *ius commune* como supletorio del aragonés, esta conclusión no es demasiado acertada y considera que se debe recurrir al canónico, puesto que es más equitativo y por tanto, más adecuado a la expresión del proemio de los fueros, pero tampoco rechaza la idea de la aplicación del Derecho romano, al que debería recurrirse cuando no sea suficiente el canónico (13). Lissa, citado por Fairen, además de recordar que Baldo dijo haber oído a sus discípulos que en

hoc est ad naturalem sensum vel aequitatem recurrentum est, hoc est ad ius commune maiore ratione, et aequitatem sussultum ut ex pluribus ad interpretationem prædictorum verborum, notat Bardaxi... et nostris exornat Monter...".

En la decisión 404, al hablar de la redención de los censos, tiene frases parecidas, citando a Molino.

(12) ANIÑÓN, en *Tratado de sucesiones intestadas conforme a las leyes de Aragón*, 1.^a edición, Zaragoza, 1671. Se utiliza normalmente la traducción inserta en el libro de Martón y Gavín citado en la nota 6. En la página 21 de la traducción puede leerse lo siguiente: "Denominanse las leyes entre nosotros Fueros, porque aquel Fuego de las sucesiones no habla de este orden, y por consiguiente, siendo deficientes nuestras leyes, estos suceden conforme a las romanas... Puesto que los aragoneses usan de tal Derecho, que cuando faltan sus leyes acuden a las romanas, y que esta aseveración no carece de dificultad, ni ha sido decidida ni expuesta por otros, juzgo conveniente insistir algún tanto sobre ella. No parece que se opone el precitado fero que llama ab intestato a los más próximos, tomada en sentido natural la afirmación de aquel comparativo, conforme al precepto del rey Jaime I de este nombre, que en su proemio de los Fueros, quiso que los jueces, al interpretar sus disposiciones, siguiesen estrictamente el sentido natural, como también lo quiso Baldo en la ley última del Código. *De his qui veniam aetatis impetrarunt*".

(13) PORTOLÉS, ob. cit. Voz *Forus*. Tomo I, núm. 2, dice "Sed hic quaesitum vidi, num in hoc Regno deficiente foro. potius ad ius canonum, quasi magis aequum, an vero ad ius civile romanorum recurrentum sit. In qua receptus est, imprimis ad ius canonicum recurrentum esse, ex quo illud magis iuri divino inheret et propterea primo loco illud sequendum est, et eo deficiente ad ius civile recurri poterit".

LALINDE, por su parte, dice que esta dualidad de opiniones de los autores aragoneses no hace "sino reconocer doctrinal o teóricamente lo que ha impuesto la práctica forense de los siglos anteriores, en especial el XVI y el XVII, donde lo corriente es que las normas forales se hayan invocado conjuntamente con las normas romanas y canónicas, aunque reconociendo su primacía". Ob. cit., pág. 136.

Aragón se juzgaba según el Derecho común, decía que cuando había deficiencia en las leyes y costumbres del país, se seguía el Derecho de los romanos, no como ley que emana de un poder constituido, sino en atención a hallarse en él revelada la equidad (14).

Este era el panorama del derecho aragonés, en relación con los supletorios, cuando en 1707 se produce un hecho que comportará importantes consecuencias en el problema que estamos estudiando: Felipe V deroga todos los fueros y privilegios del Reino de Aragón y dispone que a partir de aquel momento pasará a regirse por las leyes de Castilla, a las que se refiere nombrándolas «las más loables y plausibles de todo el universo» (15), aunque cuatro años más tarde, en 1711, al organizar la Audiencia de Zaragoza ordenaría que en las causas civiles se debía proceder con arreglo a las leyes de Aragón (16). Esta nueva disposición planteó un grave problema de interpretación, lo que hace

(14) LISSA, en su *Tyrcinum Jurasprudentiae forensis, seu animadversiones Theorico-practicæ iusta Foros Aragonum, in IV libros Institutionum Iuris imperatoris Iustiniani*, Zaragoza, 1703, sin embargo, sigue admitiendo, a principios del siglo XVIII, la supletoriedad del Derecho romano en Aragón, porque en él se halla contenida la equidad.

(15) Se halla contenido en la Novísima Recopilación. Libro III, título III ley 1. Decreto de 29 de junio de 1707, que dice: "Considerando haber perdido los Reynos de Aragón y de Valencia, y todos sus habitadores por el rebelión que cometieron, faltando enteramente al juramento de fidelidad que me hicieron como a su legítimo Rey y Señor, con todos los fueros, privilegios y exenciones y libertades que gozaban, y que con tan liberal mano se les habían concedido así como por mí como por los Reyes mis predecesores, particularizándolos en esto de los demás Reynos de esta corona; y tocándose el dominio absoluto de los referidos Reynos de Aragón y de Valencia, pues a la circunstancia de ser comprendidos en los demás que tan legítimamente poseo en esta Monarquía, se añade ahora la del justo derecho de la conquista que de ellos han hecho últimamente mis armas con el motivo de su rebelión: y considerando también, que uno de los principales atributos de la soberanía es la imposición y derogación de leyes, las cuales con la variedad de los tiempos y mundanza de costumbres podría yo alterar, aun sin los graves y fundados motivos y circunstancias que hoy concurren para ello en lo tocante a los de Aragón y Valencia; he juzgado por conveniente (así por esto como por mi deseo de reducir todos mis Reynos de España a la uniformidad de unas mismas leyes, usos, costumbres y Tribunales, gobernándose igualmente todos por las leyes de Castilla tan loables y plausibles en todo el universo) abolir y derogar enteramente, como desde luego soy por abolidos y derogados, todos los referidos fueros, privilegios práctica y costumbres hasta aquí observadas en los referidos Reynos de Aragón y Valencia; siendo mi voluntad, a que éstos se reduzcan a las leyes de Castilla, y al uso, práctica y forma de gobierno que se tiene y ha tenido en ella y en sus Tribunales sin diferencia alguna en nada...".

(16) Libro III, título II, auto X de los Autos acordados que aparece posteriormente en la Novísima Recopilación, Lib. 5, tít. 7, Ley 2, donde se dice que "en la Sala civil ha de juzgar los pleitos civiles, que ocurrieren según las leyes municipales de este Reino de Aragón, pues para todo lo que sea entre particular, i particular, es mi voluntad se mantengan, queden i observen las referidas leyes municipales, limitándolas sólo en lo tocante a los contratos, dependencias, i casos, en que Yo interviniere con cualquiera de mis vasallos, en cuyos referidos casos i dependencias ha de juzgar la expresada Sala de lo Civil según las Leyes de Castilla".

que siga sin saberse en Aragón en esta época a qué derecho debe recurrirse en defecto de fuero. Máximo exponente de este confusionismo que se produce fue Franco de Villalba, cuya obra merece un comentario extenso, por las vacilaciones que se notan en ella.

Franco de Villalba, en la primera edición de su obra sobre los Fueros y observancias del Reino de Aragón, publicada en 1727, doce años después del Decreto de Nueva Planta de Aragón, al comentar el proemio de los Fueros, recoge la cita de Sessé y concluye que en defecto de fuero debe recurrirse al Derecho canónico, porque refleja mejor la equidad y que después debe recurrirse al *ius civile*, pero no habla para nada del Derecho castellano, puesto que para Villalba *ius civile* es Derecho romano, o mejor aún, *ius commune*. Esta opinión aparece repetida en diversos pasajes de la misma edición de su obra, por ejemplo, cuando comenta el Fuero de *solutionibus*, donde dice que ante un supuesto no contemplado por el Fuero debe recurrirse al Derecho canónico, que se adecúa mejor a los principios que rigen las leyes aragonesas y porque en su mayor parte es derecho godo y como en el prefacio de su obra se había ocupado en resaltar la genealogía goda de los reyes aragoneses, esta afirmación le conviene para justificar la aplicación del Derecho canónico (17). Nótese que Franco de Villalba no utiliza al Derecho canónico en este pasaje como máximo exponente de la equidad, como él mismo lo había hecho en el comentario al proemio de los Fueros, sino que se basa en un razonamiento puramente político para fundamentar la aplicación de un derecho extraño; el razonamiento es el siguiente: el Derecho aragonés tiene un origen godo, el Derecho canónico, en su mayor parte, es asimismo godo y como, en defecto de fuero, hay que aplicar el Derecho que mejor se adecúe a las necesidades de Aragón, éste será siempre el Derecho canónico,

(17) FRANCO DE VILLALBA, *Fororum atque observantiarum Regni Aragonum*, 1.^a edición, Zaragoza, 1727. En el *Praefatio* de su obra afirma, después de citar el Decreto de Nueva Planta aragonés, que en las causas civiles se debe observar el Derecho propio de Aragón y cuando comenta la expresión del proemio de los Fueros de Huesca, dice que debe recurrirse al Derecho canónico en los siguientes términos: "Nota insuper, quod primo recurrentum est ad ius canonicum, tamquam magis aequitatis amicum, et postea ad ius civile, ut praeter D. Reg. Sesse et alias Practicos Regni, optime quidem differit Re. Cortiada" ... y añade: "Id ipsum in Castella procedit, ut constat ex late tradit a Montalvo, Olea, etc."

Lo mismo repite en el comentario al Fuero *De solutionibus*. Libro VIII, página 604, donde se pronuncia en el sentido siguiente: "Cum ergo in casu legis non expressae, primo ad Ius canonicum Aragonenses recurrere debeamus ut omnibus notum est, ex illatione textualis Proaemii D. R. Iacobii: et etiam ut magis consonum, et familiari cum nostris originalibus, aut legalibus principiis, ex illa recondita seu non vulgari notitia. nempe: quod ius canonicum ex maxima parte Gothicum est ut testatur Eruditus, Laur. Valla...: hinc proinde resultat, ut ad praesentis casus adaequatam, et magis iustam resolutionem: Id dumtaxat quod ius canonicum aperte decernit in dict. cap. relatum, utique servare, et adimplere debemus".

por razón de la igualdad del origen de sus disposiciones. Que este es un razonamiento puramente político nos lo demuestran sus últimas palabras en el comentario al proemio donde se justifica la aplicación del *ius commune* en Aragón con la expresión *id ipsum in Castella procedit*, citando en su apoyo a Montalvo y Olea, entre otros.

Pero Franco de Villalba publica en 1743 una segunda edición de su obra que contiene muchas contradicciones. Así, manteniendo prácticamente inalterado el comentario al proemio de los Fueros y afirmando, en consecuencia, que debe recurrirse al Derecho canónico como primer supletorio y en su defecto, al civil (18), al comentar el fuero IV *De communi dividundo* se plantea la cuestión de cuál debe ser la norma que regule la comunidad hereditaria en Aragón, si el Derecho común o las leyes de la provincia más cercana y concluye que en la actualidad, debe recurrirse a las leyes de Castilla, porque en las materias no reguladas en los Fueros, existe un precepto del Rey de que sólo se observen estas leyes (19); pero en otro pasaje de esta misma edición vuelve a su antigua idea de que se debe recurrir al Derecho canónico en aquello que los Fueros no regulan (20).

Realmente sorprende esta afirmación esporádica de Franco de Villalba, que está en contradicción con el contexto de su obra. Frente a ella, las reacciones de los autores aragoneses posteriores son dispares demostrando por otra parte, un conocimiento sólo parcial de la obra de Villalba; algunos, como Marton y Gavin, la encuentran normal (21), otros, como Dieste, se preguntan cuál es la disposición a que se refiere Villalba y que no cita y repudian

(18) En la segunda edición de su obra, que lleva por título *Fororum at observantiarum Aragoniae Codex, sive ennodata methodica compilatio, iure civile, ac canonico fulcita, legibus Castellae conciliata et omnigena eruditio contexta*, publicada en Zaragoza en 1743, el comentario al proemio de los Fueros es el mismo que en la primera edición, por lo que se refiere a los Derechos canónico y romano, por este orden, como supletorios del Derecho aragonés (página 2) y en el Comentario al fuero *De solutionibus*, aparecen las mismas expresiones que acabamos de transcribir (2.^a edición, tomo II, pág. 306).

(19) Comentario al Fuero IV *De communi dividundo*. Tomo I, página 361 de la segunda edición. “Sed quando de condominio successionis. vel Haereditario tantummodo censeri valeat in Aragonia: tamen (in hoc) vel ad ius Commune recurendum, vel ad Leges Provintiae proximiottis, et nunc ad Leges Castellae, non solum uti Vicinioris; sed quia in his quae per Foros non moderantur, praeceptum Principis habemos ut solummodo illas observare liceat”.

(20) 2.^a edición, Tomo II, pág. 104, dice: “Maxime in Aragonia”, ubi istud ius recurendum est, in omnibus ommissis per Foros”. Se está refiriendo al Derecho canónico.

(21) MARTÓN Y GAVÍN, ob cit., pág. LXXI, dicen: “Como no podía por menos que suceder, aunque más o menos forzadamente, creándose prácticas, intereses y precedentes; la opinión se familiarizó o se habituó a tratar más de cerca y conocer más a fondo la legislación general española, y quedó iniciada la tendencia a considerarla como preferente derecho supletorio de Aragón.”

su afirmación (22). Una inteligente explicación de la opinión de Villalba la encontramos en Otto (23), quien dice que al restablecer Felipe V, en 1711, la legislación derogada por el Decreto de 1707, no derogó éste de modo expreso, por lo cual concluye que siguió rigiendo el Derecho de Castilla tal y como se había establecido en 1707 y añade que «si bien puede suponerse que tales leyes, si cedieron desde 1711 su lugar a los Fueros en todo aquello sobre que los mismos contienen prescripciones, subsisten todavía en lo demás, de suerte que el Derecho común, único vigente en aquel período de cuatro años, vino desde la restauración a ocupar un lugar secundario, a llenar el vacío que dejaron éstos» y aludiendo a Franco de Villalba dice que la seriedad del cargo que ocupaba hace pensar que no haría una declaración de tal índole tan a la ligera, concluyendo Otto que el *preceptum principis* a que alude en el comentario al Fuero IV sería el recopilado de la Novísima, en el libro 5, tit 7, ley 2.

Pero, si bien este razonamiento es jurídicamente perfecto, hay que decir que a veces estas cuestiones tienen una razón menos científica; lo decimos porque contemporáneamente a Franco de Villalba, la obra del catalán Potau es modificada al tratar del problema de las fuentes del Derecho civil catalán y se le obliga a colocar al margen una nota en la que se dice que en defecto del Derecho propio de Cataluña se debe recurrir al principio (24) y ello lo explica Dou porque al pedirse al Consejo licencia para publicar esta obra, se concede con la condición de que se introdujera al margen esta nota a la que hemos hecho referencia (25). Si comparamos ambos supuestos es porque en el caso del autor aragonés podría haberse producido una intervención semejante, ya que en realidad resulta muy extraño que un autor se contradiga de esta manera y tan a menudo a lo largo de su obra. Al recuperarse los fueros en el ámbito civil, se recupera asimismo el proemio que reconocía como derecho supletorio la equidad. Con ello vuelven a plantearse los mismos problemas que se habían producido antes del Decreto de 1711; por ello, Villalba adopta una postura ecléctica en el comentario al proemio, adoptando el Derecho canónico como supletorio, y en su defecto, el romano. No hay ninguna disposición que imponga la supletoriedad del Derecho castellano, pero la afirmación de Villalba podría haber sido fruto bien de una imposición de la censura, bien de un razonamiento propio que

(22) DIESTE y JIMÉNEZ, *Diccionario del Derecho civil aragonés*, Madrid, 1869, voz "Derecho supletorio", pág. 176.

(23) Nicolás de OTTO, *Derecho supletorio de Aragón*, RGLJ, tomo 2, año 1868, pág. 335. Véanse asimismo *Elementos de Derecho civil aragonés*, Barbastro, 1924, págs. 19-20.

(24) POTAU, *Articuli iuris in duas distributi partes*, Barcelona, 1759, número 177, pág. 59.

(25) DOU I DE BASSOLS, *Instituciones del Derecho público general de España, con noticia del particular de Cataluña, y de las principales reglas de gobierno en cualquier estado*, Madrid, 1800, Tomo I, núm. 59, pág. 79.

le llevara a concluir la necesidad práctica de un derecho supletorio más sistemático que los derechos romano y canónico. De todos modos, hay que decir que la vigencia, durante cuatro años, del Derecho castellano, la inseguridad acerca del Derecho supletorio propio, la reciente repudiación a nivel del Estado, de la aplicación del Derecho romano, la mayor facilidad práctica en la consulta de las leyes y que, en realidad el tiempo del derecho romano había pasado ya, hacen que la opinión de Villalba tenga un eco importante en la doctrina posterior. Así, Jordán de Asso y De Manuel, en el prólogo de su obra, dicen que en la práctica el Derecho aragonés se conforma con el común y Antonio Pérez afirmaba que en defecto de Ley en el Derecho aragonés se debe acudir al Derecho de Castilla y no al romano (26).

En el siglo XIX vuelve a renacer la polémica, que se había acaecido en el siglo anterior. Así, La Peña, Gil Bergés, Naval e Hinojosa entendieron, con Villalba y la jurisprudencia del Tribunal Supremo, que el Derecho supletorio en Aragón era el castellano (27) y el propio Congreso de jurisconsultos aragoneses así lo

(26) JORDÁN DE ASSO y de MANUEL, *Instituciones del Derecho civil de Castilla*, 5.^a edición, Madrid, 1792. Proemio, sin paginar. En la página CXXVI de la Introducción, después de citar el proemio de los Fueros, dicen: "Por el primer principio es constante que en Aragón no deben gobernar, ni decidir las Leyes Romanas, aunque también reyna el defecto de citar textos y Autores extraños entre los Escritores Regnícolas".

Antonio PÉREZ Y LÓPEZ, en su *Teatro de la Legislación universal de España e Indias*, Madrid, 1791, después de decir que en Aragón tiene gran aceptación el Derecho romano, añade: "bien es verdad que en defecto de ley particular de estas provincias no debe recurrirse al romano, según quieren algunos autores; sino al Real de Castilla" (Prólogo, pr. 18, páginas XI y XII).

(27) Emilio LA PEÑA, *Recopilación por orden de materias de los Fueros y Observaciones vigentes en el antiguo Reino de Aragón*, Zaragoza, 1880, págs. 1-2, quien dice que "no existiendo ya en el Reino la institución del Justiciazgo, hase introducido como Derecho supletorio el de Castilla, según se establece en las sentencias del Tribunal Supremo de 17 de octubre de 1864 y 18 de septiembre de 1865". GIL BERGES, en el prólogo de la obra anterior, pág. XIV, dice: "¿No hemos quedado ya definitiva e irrevocablemente tras la larga y empeñada disputa, en que el Derecho de Castilla es supletorio del Aragonés? Los jurisconsultos, con grandecontentamiento de los que no nos acordábamos a la vaguedad de las palabras *ad naturalem sensum*, a que en defecto de precepto expreso, remitía el Proemio de la Compilación, así lo entienden y defienden, los juzgadores así lo estiman y aplican". NAVAL SCHMID, *Compilación articulada del Derecho foral vigente en Aragón*, Zaragoza, 1881, pág. 24, coloca en cuarto lugar en el orden de prelación de fuentes del Derecho aragonés "como derecho supletorio y en lo que aquellas disposiciones fueren deficientes, debe recurrirse a la legislación de Castilla, según la jurisprudencia del Tribunal Supremo". HINOJOSA MENJOULET, *Tratado científico sobre el Derecho civil, común y foral de España*, Granada, 1883, Tomo I, pág. 240, también coloca al Derecho castellano en el orden de prelación de fuentes del Derecho aragonés.

La discrepancia en este punto es puesta de relieve por Benito GUTIÉRREZ en sus *Códigos o estudios fundamentales sobre el Derecho civil español*, 1.^a edición, Tomo VI, Madrid, 1874, pág. 35.

OTTO, en su *Derecho supletorio*, cit., dice que "atendiendo a lo que ya

estimó (28). Otros autores se muestran indecisos acerca de cuál debe ser el supletorio, como Dieste (29) y Gómez de la Serna (30), aunque este último se inclina por el Derecho romano. Pero son Franco y Guillén quienes al parecer inician una corriente más moderna, devolviendo su verdadero sentido a las palabras del proemio de los Feros de Huesca y dicen que «en falta de fuero se ha de recurrir a la equidad natural (*ad naturalem sensum*)» (31). De Blas recoge esta opinión, aunque lo coloca por detrás del derecho castellano (32) y más modernamente otros autores aragoneses se han encargado de poner de relieve lo que, según ellos, se habría querido decir realmente con la expresión del proemio de los Feros de Huesca, que sería el recurso a los principios generales del Derecho. Así, Lorente Sanz y Martín Ballesteros dicen que aunque con el proemio de los fueros lo que se quiso fue simplemente aludir a lo que vulgarmente se entiende por equidad, no fue posible evitar el recurso a unos cuerpos legales sistematizados por lo que hubo «un derecho supletorio recibido», independiente de la regla de Jaime I, aunque su conclusión es que los legisladores

sucede en la jurisprudencia de los tribunales y sobre todo del Supremo de Justicia, puede sentarse como indudable e inconcuso que en defecto de Fero se debe estar en Aragón al Derecho común de España, llamado de Castilla.

(28) Conclusión 6.^a, Tema 1 de la Conclusiones aprobadas por el Congreso de juristas aragoneses, celebrado en Zaragoza en 1880, donde se afirma que después de formado el Código civil aragonés, deberá acudirse al Derecho general para suplir sus deficiencias.

(29) DIESTE. Ob. cit., págs. 176 y ss.

(30) GÓMEZ DE LA SERNA y MONTALBÁN, *Elementos del Derecho civil y penal de España*, 13 edición, Madrid, 1881, pág. 201, donde dice que “no hay conformidad entre los autores respecto al Derecho que en Aragón ha de considerarse como supletorio: unos suponen que debe ser el canónico, otros el de Castilla, y otros opinan que el romano; cuya opinión es la que nos parece apoyada en más sólidos fundamentos”. Véase asimismo la nota 2 de la misma página.

(31) FRANCO Y LÓPEZ, Luis y GUILLÉN Y CARABANTES, Felipe, *Instituciones de Derecho civil aragonés*, Zaragoza, 1841, pág. 9 y nota de la misma página.

En la obra *Derecho y jurisprudencia de Aragón en sus relaciones con la legislación de Castilla, por dos abogados del Ilustre Colegio de Zaragoza*, publicada en esta ciudad en 1865 se dice que “la equidad natural abandonada a la razón individual sería la desigualdad en la aplicación del Derecho y frecuentemente degenerarían en escandalosos abusos... y porque habiendo aceptado el mismo Don Jaime en sus Compilaciones, teorías de leyes godas, canónicas y romanas, no es lógico suponer que su intención fuera la de recurrir a la equidad o buen sentido antes que a las legislaciones que en algunos puntos le sirvieron de modelo” (pág. 66), por lo que admiten la supletoriedad de la equidad sólo en defecto de legislación positiva.

(32) DE BLAS Y MELENDO, *Derecho civil aragonés ilustrado con la doctrina de los autores forales con el Derecho común y con la jurisprudencia aragonesa del Tribunal Supremo*, 1.^a edición. Madrid, 1873, págs. 28-30, donde después de alegar todas las doctrinas de los autores aragoneses en la materia, en la prelación de fuentes, después de los Feros y las Compilaciones, cita al “sentido natural o equidad”.

aragoneses se adelantaron en siglos a los del Código civil (33), aunque estuviesen muy alejados de lo que más tarde fue una creación de la escuela iusnaturalista.

Realmente, la identificación de la equidad con el Derecho natural no es exclusiva de los autores aragoneses del siglo XIX, puesto que en la observancia *De fide instrumentorum*, libro 2, número 16 se dice que el juez debe juzgar según la carta, «a no ser que en la misma se contenga algún imposible o *contra el derecho natural*», con lo que se reforzaba el papel del Derecho natural en Aragón. Pero, ¿qué es lo que se quiere decir realmente cuando se habla en esta observancia de Derecho natural? Si es cierto lo que dice Lacruz de que las *observantias Regni Aragonum* son el producto de un Derecho propio y un Derecho importado (34), tendríamos que deducir que cuando esta Observancia que hemos citado se refiere al Derecho natural, lo hace en el mismo contexto en que trabajará el catalán Mieres, para quien el *ius naturale* es el Derecho romano y la afirmación no resulta tan disparatada, por cuanto bastantes siglos más tarde el propio Domat identificará, en la más pura tradición, el Derecho romano, con el *ius naturale* (35). Si ello fuese así, la equidad del proemio de los Fueros podría identificarse con el Derecho natural de las Observancias aragonesas y ambas expresiones podrían reconducirse al *ius commune*. Teniendo en cuenta las opiniones de los juristas de la época sería entonces plenamente cierta la interpretación que dieron a las palabras del texto legal, identificando la equidad con el Derecho romano.

De lo expuesto hasta aquí creemos que se puede concluir que en el problema del Derecho supletorio del aragonés hay que distinguir tres períodos: los autores anteriores al Decreto de Nueva Planta de 1711 dudan entre aceptar como supletorio el Derecho romano; o bien rechazar su aplicación y admitir la supletoriedad del canónico. A partir de 1711, por razones no aclaradas plenamente (36) se inicia un movimiento que preconiza la aceptación del Derecho castellano como supletorio, lo que viene con-

(33) LORENTE SANZ y Luis MARTÍN BALLESTERO, *La norma en el ordenamiento jurídico aragonés*. Ponencia de la III Semana de Derecho aragonés. Jaca 1944, págs. 41 y ss. Véanse especialmente los párrafos 45 y 46 de esta obra. En el mismo sentido SANCHO IZQUIERDO en *La equidad y el sentido natural en los fueros*. A.D.A. Tomo IV, 1947-48, pág. 19, donde dice que "hoy no cabe ni pensar en que con ellas se aluda al Derecho romano, sino al Derecho natural". Véase como resumen de lo dicho en esta materia el trabajo de FAIRÉN GUILLÉN, *El Derecho aragonés desde el Decreto de Nueva Planta hasta el Código civil*. R.D.P., 1945.

(34) LACRUZ, *Los derechos forales*. "Estudios de Derecho civil". Barcelona, 1958, pág. 20.

(35) DOMAT, *Les loix civiles dans leur ordre naturel*. París, 1777, página XXV, dice: "Ainsi on voit dans le Droit Romain que, comme la plupart des matiers qui s'y trouvent de notre usage, sont des loix naturelles".

(36) DELGADO ECHEVERRÍA, *El Derecho aragonés. Aportación jurídica a una conciencia regional*. Zaragoza, 1977, págs. 32 y ss.

firmado por la doctrina del Tribunal Supremo (37). En el siglo XIX, por influencia clara de las doctrinas iusnaturalistas, se tenderá a identificar la expresión el proemio de los Fueros de Huesca con lo que hoy denominamos principios generales del Derecho.

B) *Vizcaya*

Vizcaya se incorpora a la corona de Castilla en 1379. Ello no significa que por este hecho se derogasen los fueros propios de Vizcaya, sino que siguió vigente el Derecho propio que finalmente, fue confirmado por la ley de 25 de octubre de 1839 (38). El derecho supletorio del vizcaíno fue siempre el castellano y así la disposición contenida en la ley 3 del título XXXVI del Fuero establecía que «ordenaban e ordenaron que ningún juez que resida en Vizcaya, ni en la dicha Corte e Cancillería, ni en el Consejo real de su alteza, ni en otro cualquiera, en los pleitos que ante ellos fueren de entre los vizcaínos sentencien, determinen ni libren por otras leyes ni ordenanzas algunas, salvo por las leyes de este Fuero de Vizcaya (los que por ellas se puedan determinar), y los que por ellas no se pudieren determinar, determinen por las leyes del Reyno e Pragmáticas de su Alteza».

Ahora bien, debido a la dualidad de legislaciones existentes en Vizcaya y que ha dado lugar a los artículos 1, 2 y 3 de la vigente Compilación del Derecho civil foral de Vizcaya y Alava, hay que aclarar que en las villas, el Fuero no había regido nunca, puesto que se consideraban extrañas al Señorío (39) y así concluye Fairén que el Derecho de Castilla venía a regir con carácter de principal en las villas y de supletorio de primer orden en la Tierra llana (40).

Los autores vizcaínos están totalmente de acuerdo con esta afirmación, que recoge Lecanda en su breve Memoria acerca de las instituciones vascas cuando, quizá justificando esta brevedad, afir-

(37) Sentencias de 7 y 24 marzo 1859, 19 diciembre 1864, 2 junio y 12 diciembre 1865, 9 octubre 1869 y 19 abril 1870.

(38) La ley de 25 octubre 1839, confirmando los Fueros de Vizcaya y Navarra, dice lo siguiente: "Art. 1º: Se confirman los fueros de las Provincias Vascongadas y de Navarra sin perjuicio de la unidad constitucional de la Monarquía.

Art. 2º: El Gobierno, tan pronto como la oportunidad lo permita, y oyendo antes a las provincias Vascongadas y a Navarra, propondrá a las Cortes la modificación indispensable que en los mencionados fueros reclame el interés de las mismas, conciliado con el general de la Nación y de la Constitución de la Monarquía, resolviendo entre tanto provisionalmente y en la forma y sentido expresados, las dudas y dificultades que pueden ocurrir, dando de ello cuenta a las Cortes". Colección legislativa, tomo XXV, pág. 491.

(39) Véase al respecto la voz *Derecho civil de Vizcaya*, debida a AREITO Y MENDIOLEA, en "Nueva Enciclopedia Jurídica", págs. 307 y ss. Véase asimismo la obra de Adrián CELAYA, *Vizcaya y su fuero civil*, publicado en Pamplona en 1965, especialmente págs. 85 y ss.

(40) FAIRÉN GUILLÉN, *El Fuero del Señorío de Vizcaya en lo civil durante los siglos XVIII y XIX*. R.G.L.J., 1946, tomo I, pág. 303.

ma que «la legislación de Vizcaya es más sencilla que otras, porque está reducida a sus fueros propios, y tiene como único horizonte, a falta de ellos, el Derecho común» (41). En el mismo sentido se pronuncia Antiñano (42) y con posterioridad al Código lo hacen Jado, Hormaeche, Garrán y Mosso, García Royo, Astorqui y Celaya (43).

El Tribunal Supremo no ha encontrado especiales dificultades a la hora de determinar el derecho supletorio del vizcaíno y así las sentencias de 2 de marzo 1861, 28 junio 1862, 31 diciembre 1864, 2 julio 1885, entienden que de acuerdo con la ley 3.^a del título XXXVI del Fuero «cuando no hay ley foral por la que pueda resolverse algún pleito sobre bienes raíces, se determine por las del presente Reino» (sentencia 2 marzo 1861).

La aplicación del Derecho castellano proviene de dos factores importantes: la temprana incorporación del Señorío de Vizcaya a la Corona de Castilla es el primero de ellos, uno de cuyos efectos será la ley 3.^a del título XXXVI de los Fueros. En este sentido podría compararse la ley citada con la 6.^a, título 2, libro I del Fuero general de Navarra: en efecto, esta última disposición, promulgada en 1576, parece obedecer a una reacción antecastellana, según opina Lalinde (44), ocasionada después que en 1575 Martínez de Olano defendiera la aplicación en Navarra del cuerpo de las Partidas; pero en Vizcaya ocurre exactamente lo contrario, ya que partiendo de que no existe recepción del *ius commune*, es lógica la llamada a las leyes castellanas, como derecho supletorio, después de la incorporación a la corona de Castilla.

El segundo factor que contribuye a la supletoriedad del Derecho castellano en defecto del Fuero está en la dualidad de legislaciones existentes en Vizcaya. No es este el lugar adecuado para estudiar las razones de esta dualidad, sino que nos limitamos a ponerla de relieve (45), señalándola, además, como una de las causas que facilitan la supletoriedad del derecho castellano, ya que, al aplicar en las villas el Derecho de Castilla se producía una influencia directa de este sistema jurídico sobre la Tierra llana, cuya

(41) LECANDA, *Memoria sobre las instituciones civiles de Vizcaya*. Incluida en el volumen sobre Derecho civil de Vizcaya. Madrid, 1886, pág. 7.

(42) ANTIÑANO Y ZURICALDAY, *El Señorío de Vizcaya histórico y foral*. Barcelona 1885, pág. 331.

(43) JADO Y VENTANA, *Derecho civil de Vizcaya*. Bilbao, 1900, páginas 219-220. HORMAECHE, *Leyes civiles de Vizcaya*. Bilbao 1891, pág. 3. GARRAN Y MOSO, *El sistema foral de Navarra y provincias Vascongadas*, Pamplona 1935, pág. 154. GARCÍA ROYO, *Foralidad civil de las provincias Vascongadas*, Vitoria 1952, tomo I, págs. 61 y ss. ASTORQUI ZABALA, *Manual del Derecho civil foral de Vizcaya y Alava*. Bilbao 1959, pág. 13, y CELAYA, *El Derecho foral de Vizcaya en la actualidad*, Bilbao 1970, página 58.

(44) LALINDE, *El sistema normativo navarro*. AHDE, tomo XL, 1970, páginas 85 y ss.

(45) Las razones acerca de la dualidad de legislaciones podemos encontrarlas en el artículo de la Enciclopedia Jurídica cit. en nota 39, página 325.

organización eminentemente rural, iba cediendo paulatinamente frente a la influencia de las villas, influencia que debió manifestarse, sin duda alguna, en la ampliación del campo de actuación del Derecho por el que se regía. Así, la provisión de la ley 3 del título XXXVI del Fuero significa, a nuestro modo de ver, una ampliación notable de la influencia del Derecho castellano en el resto del país, regido por el Fuero, incluso a pesar de las terminantes declaraciones de dicha ley y de las sanciones que imponía a quién no respetara sus disposiciones.

Respecto al Derecho civil vizcaíno hay que destacar un hecho altamente significativo: Vizcaya conserva su régimen administrativo hasta bien entrado el siglo XIX, opinando algunos autores que subsistió en toda su integridad hasta la ley de 21 julio 1876 (46), pero en cambio, no existe prácticamente legislación civil. Es decir, que existiendo fuentes materiales de producción del Derecho, no existen fuentes formales, al revés de lo que ocurriría en Aragón o Cataluña, donde la abolición de los órganos políticos de producción del Derecho comportaría la decadencia del sistema civil. Los vascos se han preocupado siempre más de su organización administrativa que de su derecho privado y las razones de esta tendencia son difíciles de descubrir. Así no utilizaron su organización política para desarrollar jurídicamente la sociedad vasca y se limitaron a acoger, casi sin reservas el ordenamiento civil castellano. Si a ello unimos el hecho de que el Derecho civil vizcaíno parece estar poco basado en la costumbre, a la que Celaya concede poco valor como fuente formal de este ordenamiento (47) y que ningún civilista vasco considera como tal, llegaremos a la conclusión de que en Vizcaya el problema del Derecho civil ha sido siempre tangencial: el Derecho contenido en el Fuero es más propio de una sociedad rural que de una sociedad más evolucionada y por ello, el Derecho castellano, más dinámico, fue impo-

(46) La ley de 21 julio 1876 decía lo siguiente: "Art. 1º: Los deberes que la Constitución ha impuesto a todos los españoles de acudir al servicio de las armas cuando la ley los llama, y de contribuir en proporción a sus haberes a los gastos del Estado, se extenderán, como los derechos constitucionales se extienden, a los habitantes de las provincias de Vizcaya, Guipúzcoa y Alava, del mismo modo que a los demás de la Nación.

Art. 2º: Por virtud de lo dispuesto en el art. anterior, las tres provincias referidas quedan obligadas desde la publicación de esta ley a presentar, en los casos de quintas o reemplazos ordinarios o extraordinarios del ejército, el cupo de hombres que les correspondan con arreglo a las leyes.

Art. 3º: Quedan igualmente obligadas desde la publicación de esta ley las provincias de Vizcaya, Guipúzcoa y Alava, a pagar en la proporción que les corresponde y con destino a los gastos públicos, las contribuciones, rentas e impuestos ordinarios y extraordinarios que se consignen en los presupuestos del Estado.

Art. 4º.....

Como puede comprobarse, este texto no habla para nada del régimen foral, que legalmente había desaparecido en 1839, pero que no se había sustituido hasta entonces.

(47) CELAYA, *Ob. ult. cit.*, págs. 58-59.

niéndose, sobre todo por su aplicación en las villas, como un ámbito de influencia mucho mayor que en el campo o Tierra llana.

C) Cataluña

Con el estudio de la problemática del Derecho supletorio en Cataluña entramos en el ámbito de aquellos Derechos nacionales que reciben el *ius commune* y lo adoptan como supletorio en defecto del propio: estos derechos territoriales son los correspondientes a Cataluña, Navarra y Baleares.

En Cataluña es evidente la temprana recepción del Derecho romano, lo que provoca que Jaime I prohíba la alegación en juicio de «leyes romanas o góticas, drets e decretals», «axi que en la dita causa no sien allegadas leys, o drets sobredits» (48). Esta alusión a *leys* o *drets* hay que entenderla siempre como *derecho romano*, cuya aplicación se proscribía no tanto por su contenido, sino por tratarse de un sistema cuyos principios no convenían a la nobleza feudal de la época (49). Juntamente con esta prohibición, sin embargo, Jaime I proporcionaba a los juristas un remedio para solucionar las lagunas que necesariamente habrían de producirse una vez consultados los Usatges y las costumbres y, tal como había hecho en 1247 con la Compilación de Huesca, reconoce como remedio integrador del sistema catalán el sentido natural, diciendo: «e en defalliment de aquells, sie proceit, segors seny natural». El paralelismo entre esta disposición y lo establecido en el proemio de la Compilación de Huesca es evidente; lo que ya no resulta igual es el posterior desarrollo que ambas disposiciones sufrieron en sus respectivos ámbitos de aplicación, ya que, así como en Aragón ni se modifica ni se amplía la declaración de los Fueros de Huesca y los autores aragoneses deben efectuar verdaderos equilibrios para justificar la admisión de uno o de otro sistema jurídico a fin de poder cubrir las lagunas que presentaba la propia legislación, en Cataluña, como dice Sobrequés, esta disposición prohibitiva de Jaime I fue letra muerta y el Derecho común se introdujo a través de la puerta del *sensum naturale* y la *equitat i bona raó* establecidos como fuente integradora, ya que para los juristas catalanes, formados la mayoría de ellos en Bolonia, el *ius commune* y el *sensum naturale* eran una misma cosa y, en consecuencia, el derecho común acabó por imponerse (50). Esto hará decir a Pons Guri que más que fuente supletoria, el Derecho común fue la base principal del sistema jurídico cata-

(48) Volumen 3, lib. 1, tít. 8 de las Constitucions i altres Drets de Catalunya, transcrita en la nota (1).

(49) FONT RIUS, *Las fuentes históricas de la Compilación*, R.J.C., 1960, pág. 401. Véase asimismo SOBREQUES VIDAL, *Història de la producció del Dret català fins al Decret de Nova Planta. Llibre del II Congrés Juridic català*. Barcelona 1972, pág. 94.

(50) SOBREQUES VIDAL, *Ob. cit.*, pág. 95.

lán, que las Constituciones y disposiciones reales no hacían más que completar (51).

La aplicación indirecta del Derecho romano cesó cuando, en 1409, Martín I el Humano, en las Cortes celebradas en Barcelona, dicta un Capítol de Cort donde se reconoce que «en aquella millor forma que fer se deja, segons Usatges de Barcelona, e Constitucions, e Capitols de Cort de Cathalunya, Usos, Costums, Privilegis, Immunitats, e Libertatos de quiscuna conditió, e de las Universitats, e dels singulars de aquellas, dret comú, equitat e bona rahó» (Vol. 1, lib. 1, tít. 38, ley 2). En este capitol cabe destacar varios puntos interesantes: por una parte, la introducción de dos elementos nuevos, que no figuraban en la disposición de Jaime I, que son la enumeración de las distintas formas de legislación en Cataluña (Constitucions, Capitols, etc.), la referencia clara al *Dret comú* y por otra parte, el mantenimiento de los términos *equitat e bona rahó*, que ya no podrán referirse exclusivamente al Derecho común, porque se admite en la ley de una forma expresa. Por esto mismo, afirma Vallet que Mieres identificará el Derecho romano con el Derecho natural (52).

Pero el Derecho catalán volverá a ordenar sus fuentes integradoras cuando en 1599, Felipe II, en el capítulo XL de las Cortes de Barcelona, señala el orden de prelación de fuentes del Derecho catalán (que iba a ser el definitivo), excluyendo la equidad de una forma expresa, cuando dice que los pleitos «no les pugan decidir, ni declarar per equitat» (53). En esta constitución aparece un nuevo

(51) PONS GURI. Voz *Constituciones de Cataluña* en “Nueva Encyclopedie Jurídica”. Tomo V. Barcelona 1953, pág. 237.

(52) Véase VALLET DE GOYTISOLO, *Las fuentes del Derecho según el "Apparatus super constitutionibus curiarum generalium Cathaloniae"* de Tomás Mieres. Libro-homenaje a Ramón M.ª Roca Sastre. Vol. 1º, Madrid, 1976, págs. 418-462.

Sin embargo, el propio MIERES parece entender que la equidad es el último recurso a que debe acudirse en defecto del Derecho común y por tanto, no puede identificarse con él. MIERES considera, en definitiva, que la equidad y la buena razón sirven no tanto como fuentes directas del Derecho, sino, en último término, para corregir los defectos de las leyes romanas, haciéndolas más humanas. Así, por ejemplo, dice: “El hic intellige dret comú, scilicet, omne ius canonicum vel civile Romanum, prout est in corpore iuris clausum; licet in eo sint quaedam iura specialia... Et quia hic dicit equitat, i bona raho: dico quod sit ius canonicum, et civile in aliquo casu reperiantur contraria, vel contrari, debet servari illud quod maiore, continet aequitatem et rationem; nec quod casu admitterem opinionem illorum, qui dicunt leges deberent servari in foro saeculari, et canones in foro Ecclesiae: quia hic non curamus de legibus et canonibus, nisi in quantum sunt rationabilia”. MIERES. *Ob. cit.*, parte 2 collatio 8, cap. 2, núms. 41, 42 y 43.

(53) Constitución 1, tít. 30, lib. 1, vol. 1 de las de Cataluña, que dice: “Axi be statuim, y ordenam ab loatio, y aprobatio de la present Cort, que los Doctors del Real Consell hajan de decidir, y votar les causes ques portaran en la Real Audientia conforme, y segons la dispositio dels Usatges, Constitutions, y Capitols de Cort, y altres drets del present Principat, y Comtats de Rossello, y Cerdanya, y en los casos que dits Usatges, Constitutions, y altres drets faltaran, hajan de decidir les dites causes segons

elemento: la doctrina de los autores como fuente de integración del Derecho Catalán y que parece sustituir en este siglo las referencias a la equidad y al sentido común; ello puede deducirse de la propia constitución cuando dice: «y que sia regulada (parece que se refiere a la equidad) y conforme a las reglas del Dret comú, y que aportan los Doctors sobre materia de equitat». Parece deducirse de ahí que la equidad se identifica con la doctrina de los doctores, por lo que debemos concluir que a partir de este momento en el Derecho catalán, la doctrina científica se identificará con la equidad y por ello será fuente del Derecho. Pero aparte de añadir un nuevo elemento en las fuentes de integración del Derecho, esta Constitución establece una verdadera prelación, que se acerca ya mucho a las fórmulas utilizadas en la actualidad: después de la mención al Derecho propio de Cataluña, se dice que cuando éste contenga una laguna, las causas deberán decidirse por las disposiciones del Derecho canónico (54), «y aquell faltant del Civil» con lo que se concreta mejor la expresión *dret comú*, que se había utilizado en la Constitución de Martín el Humano rechazándose la aplicación del *ius commune* en bloque, a la vez que se distingue entre Derecho romano y Derecho canónico, otorgándose una primacía a este último en el orden de prelación de fuentes.

Sin embargo, aquí no interesa tanto el estudio de la citada Constitución, sino poner de relieve el problema que se plantea en relación al Derecho supletorio a partir del Decreto de Nueva Planta. El artículo 56 del citado Decreto establecía que «en todo lo demás, que no está prevenido en los capítulos antecedentes de este Decreto, mando, se observen las Constituciones, que antes había en Cataluña, entendiéndose que son establecidas de nuevo por este Decreto, y que tienen la misma fuerza y vigor, que lo individualmente mandado en él» (55). El problema del Derecho

la dispositio de Dret canonie, y aquell faltant del Civil, y Doctrines de Doctors, y que no les pugan decidir, ni declarar per equitat, sino que sia regulada, y conforme a les regles del Dret comu, y que aportan los Doctors sobre materia de equitat".

(54) FONTANELLA, en su obra *Decisiones Sacri Regii Senatus Cathaloniae*. Ginebra 1735, señala la supletoriedad del Derecho canónico en los siguientes párrafos. Decisión 3, núm. 5: "quo Senatui, et Senatoribus injungitur judicare, primum juxta jus municipale, deinde, ea deficiente, juxta jus canonicum". Decisión 431, núm. 9: "...est particularis hujus Provintiae in qua legem habemus praincipientem debere Judices illius judicare in primis secundum jus municipale, deinde secundum jus canonicum, et postremo secundum ius civile, juxta cap. 40, cur. anni 1599". También encontramos esta referencia en RIPOLL, *Variae iuris resolutiones, multis divisorum Senatum decisionibus illustrae*. Lyon, 1630, cap. 7. núm. 6, donde dice: "talis confessio valit saltim de iure Canonice (quod, ut iam supra dixi, ante omnia in hoc Cathaloniae principatu est observandum, deficiente constitutione)...".

(55) El número 56 del Decreto de Nueva Planta, corresponde a la numeración original. Pero cuando el Decreto se incorpora a la Novísima Recopilación, sufre una alteración, porque se suprime algunos artículos

supletorio en Cataluña se plantea a partir de esta disposición, no por una razón científica, sino puramente política: en efecto, según el tenor de la disposición del Decreto de Nueva Planta, se volvían a poner en vigor *todas* las Constituciones de Cataluña y, entre ellas, la de 1599, que establecía el orden de prelación de fuentes, incluyendo como Derecho supletorio en Cataluña al Romano. Pero ésta, que era la única interpretación posible, se vio interferida por razones de política jurídica, llevadas a cabo a partir de Felipe V y que se centraron en la campaña llevada a cabo a lo largo de todo el siglo XVIII contra la alegación en los pleitos de leyes romanas y contra su enseñanza en las Universidades. Teniendo en cuenta que España estaba ya unificada administrativamente a partir del reinado de Felipe V, era lógico el planteamiento de la duda sobre si regía en Cataluña, aunque fuera como Derecho supletorio, un cuerpo de leyes, cuya alegación en juicio, había sido reiteradamente prohibida por los Monarcas castellanos y confirmada por Felipe V (56). El problema se plantea, pues, a nivel científico, puesto que si bien, la opinión común de los autores catalanes es la de que en defecto de la legislación propia de Cataluña, debe aplicarse el derecho canónico y en su defecto, el civil romano, hay ciertas interferencias que hacen dudar de esta aplicación.

En primer lugar podemos citar la obra de Cristóbal de Potau,

y otros se refunden; aparece entonces con el número 46, que es el que comunmente se cita.

Véase la obra de FONT i SOLSONA, *Notes històriques sobre el Decret de Nova Planta*. Barcelona 1933.

(56) Esta prohibición, sin embargo, no es específica de Castilla, porque en Cataluña, en 1422, la Reina María, que presidía las Cortes de Barcelona como lugarteniente de su esposo Alfonso IV, aprueba una ley en la que se fustiga a los abogados de la época por citar sólo las leyes romanas y así dice: "Assats es cosa ridiclosa als juristas qui volem exercir Offici de judicatura, o de advocatio en Catalunya, e no poc damnosa als litigants, ignorar las leys de la terra, per ço statium, ordenam, volem, e manam, que quisconjurista qui volra usar dels dits Officis de judicatura, o de advocatio en lo Principat de Cathalunya, ans que sien admesos en aquells, o en algu de aquells, hajan, e sien tenguts haver algu los Usatges de Barcelona, Constitutions, e Capitols de Cort de Catalunya, segons, las quals, ans de tots altres drets ha esser jutjat dins lo Principat, e si algu dits juristas no havent las ditas leys, presumira advocar, o jutjar, aquell aytal volem incorrer pena de sinquanta liuras, la meytat guanyadora al fisc, laltra meytat al accussador: Volents en la present Constitutio esser compresos los juristas, qui de present advocan, o jutjan, si dins spay de sis mesos primer vinents no haran las ditas leys de la terra". (Vol. 1.^o, lib. 2, tít. 4, cons. 1 de las Constitucions i altres drets de Catalunya).

Comentando esta disposición, MIERES advierte al juez que debe juzgar según las leyes de la tierra y que en último caso, debe recurrirse al Derecho común, es decir, a las leyes romanas y al Derecho canónico, según la equidad y la buena razón y añade que no se debe juzgar según los ejemplos que proporcionan los autores, sino según las leyes. Véase MIERES, *Ob. cit.*, Collatio X, cap. XIX in totum, págs. 426-429. *Maria Regina in curia Barcinonae*.

cuya censura planteó un problema muy interesante (57). Potau escribe su obra en 1679, es decir, antes del Decreto de Nueva Planta; por ello, la prelación de fuentes que cita es la de la Constitución de 1599. Pero al publicarse la obra de Potau, en 1759, aparece una anotación al margen, imposición de la administración central, que señala que después de las disposiciones del Decreto de Nueva Planta, es obligatorio recurrir al Príncipe, en defecto del Derecho propio (58). Sin embargo, es perfectamente demostrable que esta nota puesta al margen de la obra de Potau por obra y gracia del Senado Supremo de Castilla, no pasa de ser una mera opinión personal de los que formaban parte de esta institución, puesto que en 1782, Carlos III, en una Real cédula, declara exentos de cargos concejiles y otros privilegios a ciertos catalanes, con el siguiente razonamiento: «a fin de que viviendo en Castilla gocen de las exenciones personales, concedida por la expresada ley final del tít. 1, lib. 5 de la Recopilación a los padres de seis hijos varones y de ningún modo en Cataluña, ni en otra parte, donde se gobieren por fueros y práctica diversa». Hay que advertir que la distinta regulación catalana a que se alude en la Real cédula citada es la contenida en C.10.32.24 y que se refiere a un problema de derecho público y no de derecho privado (59). Por otra parte, otra Real cédula de 2 de octubre de 1785 plantea, sin solucionarlo, el problema del Derecho supletorio en Cataluña, limitándose a afirmar que las leyes de la Recopilación de Castilla no eran extrañas en la Audiencia de Cataluña, aunque, como contrapartida, afirmaba que Felipe V mandó guardar las constituyentes.

(57) POTAU, *Ob. cit.*, pág. 59. dice: "Quae enim sententiae (ne dicam opinio), quod exceptio rei iudicatae est peremptoria, iuri communi, et communi Doctorum, et Senatum voto est conformis, ut ex d.1.exceptiones 53 ff. de except., cap. 1 de litis contest, in 6 fatetur Carleval dicta disputatio 5, núm. 23. Et nos in Cathalonia ab ea sententia non licet re cedere cum per iura patriae in cap. 40 Const anni 1599 caveatur deficientibus patriae iuribus, iudicandum fore secundum ius Canonicum, et in defectum iuris Canonici, secundum ius civile, meritissimus jurisprudentiae parens D. Michael de Cortiada decis 24, núm. 185...".

(58) La nota que se obligó poner al margen de la edición de 1759 dice lo siguiente: "Haec autem procedebant iure veteri, atamen iure novo ad Principum recurrentum est. et servari debent ea quae statuta sunt Regio Philipi V, die 16 januari anno 1716 sive auto acordado decimosexto tit. 2, libr. 3, Collectiones Regiarum Constitutionum Hispaniae idemque observari opportet in his quae in hoc opere dicta sunt de ritibus, et stilo Audientiae veteris Cathaloniae quae ad novam formam poenitus redacta fuit, et hic iure utimur".

Esta redacción se parece mucho a la de FRANCO DE VLLALBA en la obra y lugar que citamos en el texto, lo que nos confirma la impresión de que ambas aclaraciones se deben a sendas intervenciones de la censura de la época.

MUJAL I DE GIBERT, en su obra *Annotationes bene multis indicatis fontibus, ex quibus aquam haurire liceat*, publicada en Cervera en 1781, reproduce esta anotación, cuando se pregunta si la constitución de 1599 sigue vigente en Cataluña.

(59) C. 10.32.24. Si quis decurio pater sit tredecim liberorum, honoratissimae munerum quieti donetur.

ciones, como derecho nuevo establecido por él. Comentando esta Real cédula, Dou deduce varias consecuencias: 1.^a Que en la nueva Recopilación se contienen muchas leyes posteriores al Decreto de Nueva Planta y que implícitamente Dou considera aplicables en Cataluña, puesto que considera que tienen fuerza de ley y de derecho «no sólo supletorio, sino derogatorio», y 2.^a, que el Rey conserva las regalías propias, una de las cuales es «arreglar nuestra legislación», pero tampoco queda claro que en esta obra la opinión del autor sobre la citada problemática (60).

Realmente en Cataluña se planteaba, en relación a este punto, un problema distinto al que se produjo en Aragón después del Decreto de Nueva Planta de 1711. Aquí no se produce una derogación expresa del Derecho anterior, como había ocurrido en 1707 en Aragón, sino que en un mismo acto, se deroga y restablece de nuevo el Derecho propio de Cataluña en lo no previsto por el Decreto, que, de acuerdo con lo dispuesto en la Real cédula de Carlos III, parece exceder del simple ámbito del Derecho privado. Por ello hay que dejar bien sentado que en Cataluña no rigió nunca el Derecho civil castellano, como ocurrió en Aragón. Por otra parte, Felipe V no eliminó nunca expresamente la aplicación de la constitución de 1599, porque no se oponía para nada a lo que a lo largo del texto del Decreto de 1716 se preveía y aún más, se adecuaba claramente a la solución de las lagunas que el propio Decreto contemplaba, cuando decía: «en lo demás que no está prevenido en los capítulos antecedentes de este decreto», puesto que es evidente que no se regulaba nada en concreto respecto al Derecho supletorio.

Todo lo dicho hasta aquí no obsta para que algunos autores castellanos del siglo XVIII, obedeciendo a esta prohibición de alegación del Derecho romano, dijeran que en defecto de ley particular en Cataluña «no debe recurrirse al Romano, según quieren algunos autores, sino al Derecho Real de Castilla» (61).

Esta era la situación a lo largo de todo el siglo XVIII, pero después de la Guerra de la Independencia, en 1815 se elevó una con-

(60) DOU Y DE BASSOLS, *Ob. cit.*, págs. 80-83. Sin embargo, aunque Dou no se manifiesta muy claramente en favor de la supletoriedad del Derecho romano en esta parte de su obra, al hablar de las penas por delitos en Cataluña, en el tomo VII, pág. 203, dice que en Cataluña se aplican las derivadas del Derecho romano y que “esto debe tenerse muy en cuenta en este Tratado y sobre todo lo que se ha dicho en el capítulo 3.^o de las Preliminares sobre ser el Derecho civil de los romanos supletorio en esta provincia y la influencia también de él en la legislación de Castilla, que se confirma en esta parte por la concordancia de unas leyes con otras y por la aplicación oportuna de las de los romanos”.

Hay que tener en cuenta también que en 4 de abril de 1724, es decir, ocho años después del Decreto de Nueva Planta, el Consejo de Castilla, respondiendo a una consulta de la Real Audiencia de Cataluña, le indica que las recientes disposiciones sobre dotes no son aplicables al Principado. Véase en este sentido Archivo de la Corona de Aragón. Autos acordados de 1724, fol 11-12.

(61) ANTONIO PÉREZ Y LÓPEZ. *Ob. y lugar cits.*, nota 26.

sulta al Supremo Consejo, sobre cuál debía de ser el Derecho supletorio en Cataluña, ya que parece que existía una notable picaresca entre los litigantes, que se acogían al Derecho que más les convenía, según los casos. La polémica que planteó la consulta citada fue muy bien resumida por Vives i Cebria, en los siguientes términos: «Se elevó la consulta al Supremo Consejo, y S. A. mandó que la audiencia informase previo su dictamen del colegio de abogados, y después en falta de dicho colegio, previo dictamen de una comisión, que se compuso de don Francisco Tomás Ros, don Juan de Balle y don Juan Besora. Esta opinó que no debía hacerse novedad en la ley única de este título; pero sobrevinieron luego los disturbios de 1820, y nada se resolvió.

Posteriormente, el señor Canciller don Ramón Lázaro de Dou acudió a S. M. para que se dignase hacer una declaración sobre el particular. Y habiéndose pedido nuevamente informe a la Real Audiencia, oyó ésta a todos los Ayuntamientos de cabezas de partido y casi todos unánimemente manifestaron la necesidad o utilidad de la observancia de la ley única de este título (Lib. 1, tít. 30, vol. 1 de las Constituciones), apoyando la opinión del canciller.

Y en vista de todo, la opinión del señor Fiscal fue en substancia, que se declarase que ante todas las cosas debían observarse las disposiciones posteriores al Decreto de nueva planta y las que contiene dicho decreto; y que en falta de éstas debía estarse a lo dispuesto en la ley única de este título; y que no eran leyes en Cataluña las de Partidas y recopilación anteriores al decreto de nueva planta; excepto en cuanto a los procedimientos de los juzgios respecto a los cuales podría igualarse la provincia de Cataluña con las demás del Reino; con este dictamen se conformó el Real acuerdo.

Y si bien se dice haber algunos señores formando voto particular se dice también que fue proponiendo uno que ni los procedimientos debían uniformarse, y tres que sería útil que S. M. declarase que debían observarse en esta provincia las leyes generales del reino» (62).

Los párrafos más importantes del dictamen de Dou son los siguientes: después de citar las Reales cédulas que antes hemos citado, dice que «No se negará en absoluto que hay alguna variedad en el punto referido de derecho supletorio, con motivo de una cédula expedida en 27 de noviembre de 1778 que no parece oponerse a la ley 8, tít. 2, lib. 10 de la Novísima Recopilación, pero prescindiendo de ésta, el mismo Fiscal habla de que los Jueces que vienen de fuera sólo pueden hallar en libros de este país el Derecho de Cataluña, y sólo dice que hay variedad

(62) VIVES I CEBRIÁ, *Traducción al castellano de los Usatges y demás derechos de Cataluña que no están derogados o no son notoriamente inútiles*, Barcelona 1832. Tomo I, págs. 95 y ss. En este mismo lugar VIVES afirma que la cuestión del Derecho supletorio había sido un problema meramente académico durante el siglo XVIII y que nunca se había planteado la cuestión práctica.

de opiniones en cuanto al derecho supletorio entre los letrados; no es mucha cosa en que haya variedad de opiniones; el punto de la dificultad parece que sólo debe consistir en la solidez de ellas, o en la falta de fuerza para convencer, debiéndose añadir para lo mismo, que se ha dicho hasta ahora los motivos siguientes.

El primero consiste en que todos los escritores están de acuerdo en orden a que las leyes se hagan en cuanto sea posible con la consideración de seguir el genio y práctica de los súbditos.

El segundo, en que siendo corto el número de Jueces que han de venir de estas provincias respecto de la población de sus súbditos, y por otra parte, cada uno de ellos autorizado para administrar justicia con una larga carrera y título del Rey, es más fácil instruirse ellos con los libros, que ya se dice haber en el país, que no el que novecientas mil almas que habrá en Cataluña deban mudar sus costumbres y práctica.

En tercer lugar, si el Derecho de Cataluña no tuviese formado un capítulo relativo al derecho supletorio, o autorizada alguna constitución que la contuviese sin haberse derogado, sería él ciertamente imperfecto, faltando una cosa principal, que ya tiene la legislación de Castilla y los cuerpos regulares de Europa. La nueva planta de gobierno en Cataluña, como se intitula la ley, no tendría las ramas que debe tener. Su conclusión es la que sigue: «Tenemos pues, con lo dicho en varias partes de la nueva planta, aprobados, en cuanto no haya derogación con alguno de sus capítulos, las constituciones que antes había en Cataluña; aprobado el gobierno político de las ciudades, villas y lugares, aprobadas las penas, las probanzas, la práctica y las costumbres del país. Tenemos todo esto y casi en los mismos términos confirmado en la cédula de 8 de enero de 1775 y en la de 1782, que es la ley 8, tít. 2, lib. 10 de la Novísima Recopilación, y tenemos también, por otra parte, el reconocimiento, que hace el Fiscal, de la Constitución de Cataluña, impugnándose casi todo lo que se contiene en este párrafo; tanta repetición de Constituciones, de práctica de costumbres y de naturales en diferentes leyes, no parece que pueda dejar de obedecerse por la débil razón de que diez, veinte o treinta Jueces que deben venir de fuera han de instruirse con libros del país.

La utilidad de lo que contiene la Constitución de Cataluña relativa al Derecho supletorio debe formar una séptima razón si se tienen presentes dos circunstancias; la primera es que las regalías de V. M. en este Principado están en su observancia igual o superior a la de otras provincias, por cuyo motivo no hay riesgo alguno en cuanto al Derecho supletorio que previene la Constitución; la otra es el modo con que en el día se discurre por muchos con el ardiente deseo de novedad...» (63).

(63) BIENVENIDO OLIVER, *Estudios históricos sobre el Derecho civil en Cataluña*. Madrid-Barcelona 1867, donde reproduce todos los documentos oficiales relativos a la discusión a que se alude en el texto. Por su parte,

Esta discusión habida a nivel oficial, hace que algún autor se pronuncie acerca de la conveniencia de aceptar como supletorio el Derecho castellano. Ello es claro en Oliver, cuya enemiga hacia el Derecho catalán le hace pronunciarse en contra del dictamen de Dou y de la aceptación que tuvo en Cataluña; ahora bien, en todos los dictámenes que se pronunciaron en este punto parecen mezclarse dos temas, que también aparecen mezclados en Aragón: el problema procesal, con la agilización de los procesos y la modernización de las formas procesales y el problema puramente civil; por ello, al citar Oliver el informe del magistrado don Miguel de Castells en favor de la conservación del Derecho supletorio canónico y romano, mezcla ambos problemas (64), lo que le hace llegar a conclusiones falsas. Cabe concluir, en consecuencia, que

OLIVER añade lo siguiente: "La omisión del Cuerpo del Derecho canónico y del civil romano no puede ser casual; por el contrario, creemos que fue muy estudiada, y así lo hace presumir con evidencia el haberse dispuesto que en cada Sala de Justicia existiese un ejemplar de la nueva Recopilación Este Código carecía de objeto en el Tribunal Superior si las leyes de Castilla anteriores a Felipe V no debían observarse en Cataluña, y no es posible atribuir a los Magistrados que entendieron en la redacción de las Ordenanzas, y al Monarca que las aprobó, disposiciones vacías de sentido". (Pág. 57).

Como resumen de esta discusión puede consultarse BROCA I MONTACUT, *Historia del Derecho de Cataluña y exposición de las instituciones de Derecho civil del mismo territorio en relación con el Código civil y la jurisprudencia*. Barcelona 1914. Págs. 424 y ss.

(64) El informe del Magistrado don MIGUEL DE CASTELLS decía lo siguiente: "Que siendo una máxima general recomendada por los sabios, acreditada por la experiencia y reconocida por el señor fiscal en su dictamen que para establecer una cosa nueva y separarse de las leyes y costumbres a que un pueblo está connaturalizado, debe ser evidente la utilidad, se proponga igualmente en el informe que *no se haga novedad en el modo de sustanciar los pleitos civiles*.

El uniformar en esta parte la práctica de Cataluña con la de Castilla no produciría a los moradores de este Principado las ventajas que se suponen, ni les haría más felices, antes al contrario, les privaría de sus leyes con que por espacio de siglos han sido felizmente gobernados, antes y después de haberlas confirmado el señor don Felipe V, de gloriosa memoria, y les sujetaría a otras que hasta ahora no han conocido.

... Leyes son compiladas en el Código municipal las que arreglan la sustanciación de los pleitos, lo mismo que las que arreglan los contratos y demás concernientes al derecho privado de los particulares de esta provincia, y si se observasen religiosamente las primeras no se experimentarían las arbitrariedades y abusos que han excitado el celo del señor Fiscal...

Además no debe perderse de vista que en algunas causas de naturaleza no privilegiada, las leyes relativas a su sustanciación tienen un íntimo enlace con el objeto esencial del mismo pleito, como sucede en las de desahucio o desocupo de casa, y si en ellas se cumpliese puntualmente lo prevenido en la Real Pragmática de Pedro III, (ley 4.^a, tít. 7, lib. 4, 2.^o volumen) y se pensase a los letrados que separándose de esta ley, que es lo que siempre ha regido en Cataluña, quieren, por miras de interés privado, introducir la práctica de otras provincias y aplicarla a semejantes disputas, no se harían algunas de éstas como se hacen en el día, muy duraderas e interminables...".

Verlo completo en la citada obra de OLIVER, págs. 144-146.

la opinión general de los autores del siglo XIX parece orientada en Cataluña a distinguir ambos aspectos: es unánime, por una parte, la tendencia a conseguir una uniformidad en el Derecho procesal; en cambio, también parece unánime la tendencia a considerar vigente, en materia de derecho supletorio del civil, la Constitución de 1599 y, en consecuencia, aplicar los ordenamientos romano y canónico en defecto de disposición propia del Derecho catalán. Todo ello con una advertencia: también parece unánime la opinión en no aplicar la citada constitución en su integridad y por ello se suprime en todos los dictámenes que se produjeron en esta cuestión la última fuente de las enumeradas en la constitución de 1599, o sea, la doctrina de los autores, representativa de la equidad.

Después de esta polémica hay que decir que el problema del derecho supletorio del catalán queda definitivamente zanjado por la sentencia del Tribunal Supremo de 25 mayo 1845, que proclama la vigencia en Cataluña de los ordenamientos romano y canónico como Derecho supletorio, tesis que se ha reproducido reiteradamente en la jurisprudencia después de la publicación del Código civil (65).

D) *Navarra*

Navarra podemos incluirla dentro del grupo de países en los que rigió el Derecho común, presenta sin embargo, una recepción tardía: en efecto no es hasta 1576 en que se promulga un Decreto donde se admite que a falta de Fuenro, debe juzgarse por el Derecho común (66).

La fundamentación de esta recepción tardía del *iustitia communis* en Navarra ha sido objeto de interpretaciones de distinto signo; los autores navarros han entendido, tradicionalmente, que la expresión «como siempre se ha acostumbrado» que aparece en el texto de la súplica de la ley que reconoce la supletoriedad del Derecho común pone de relieve la existencia de una práctica consuetudinaria de aplicación del *iustitia communis*, que recibe su reco-

(65) Pueden consultarse las siguientes sentencias: 12 junio 1894, 3 diciembre 1895, 3 febrero 1896, 16 enero 1897, 29 y 31 marzo 1892, 14 enero 1899, 8 julio 1892, 2 diciembre 1898, 1 marzo 1902, 13 mayo 1902, 14 febrero y 4 diciembre 1903, 9 abril y 8 junio 1904, 16 mayo 1918, 16 enero 1912, 10 y 13 junio 1914, 7 julio y 2 diciembre 1915, 23 noviembre 1917, etc. Pueden consultarse en la obra de PUIG FERRIOL, *El Derecho civil catalán en la jurisprudencia*. Volúmenes II, I.^o, III y V.

(66) Cortes de Pamplona de 1576. Ley 9 del cuaderno primero, inserta en el Libro 1, tít. 2 ley IV de la Novísima Recopilación de las leyes de Navarra, que dice: "Item, suplicamos a V. Magestad que en cuanto decidir y sentenciar las causas y pleitos, a falta del Fuenro, y leyes de este Reino, se juzgue por el Derecho común, como siempre se ha acostumbrado.

DECRETO.—Visto el sobredicho capítulo, por contemplación de los dichos tres estados; ordenamos y mandamos, que se haga como el Reino lo pide".

nocimiento oficial en 1576 (67); pero últimamente, Lalinde, basándose en que «la raíz popular de un ordenamiento no se cohonesta bien con la recepción del Derecho común, que es un ordenamiento de profesionales», deduce que la disposición de 1576 obedece a una reacción antecastellana y que «la afirmación de que siempre se había acostumbrado no tiene ningún valor, pues es una justificación no probada y aun siendo cierta, el *siempre* para una generación, pueden ser cincuenta años» (68). En apoyo de esta opinión, Lalinde señala la incompatibilidad entre el Derecho navarro y el romano, la ausencia de focos universitarios que lo propagaran y la de una verdadera ciencia jurídica que lo elaborara (69).

Sea cual fuese la opinión más acertada sobre la materia, lo cierto es que a pesar de la tajante declaración de la ley de 1576, no todos los autores navarros coincidieron en identificar el Derecho común con el romano y así Martínez de Olano entendía que esta expresión debería identificarse con el Derecho de Castilla, puesto que pudiendo el Rey imponer por la fuerza el Derecho que tuviese por conveniente, debía hacerlo en Castilla (no debe olvidarse que Navarra en esta época se había ya incorporado a Castilla), con la legislación castellana como supletoria; porque a falta de derecho propio, debería aplicarse la del país vecino, como diría más tarde Franco de Villalba al justificar la

(67) En este sentido se pronuncian SALINAS, *Derecho civil de Navarra*, tomo I, Pamplona 1971, pág. 223; AIZPÚN, *Ideas generales de las instituciones del Derecho civil navarro*, DFN, I, pág. 5.

(68) LALINDE ABADÍA, *El sistema normativo navarro*. AHDE, tomo XL, 1970, pág. 105. En contra de la teoría de la recepción del Derecho romano en Navarra, pero señalando como causa la de evitar la influencia del Derecho aragonés se pronuncia COVIÁN Y JUNCO en su obra *El Derecho civil privado de Navarra y su codificación*. Madrid, s/f, pág. 33. LALINDE dice que los foralistas navarros justifican la recepción del Derecho romano entre los siglos XIII al XV alegando que el fundamento se encuentra en que en el siglo XIII aparece alegada en los documentos navarros la *exceptio non numerate peniae*. Frente a esto alega dicho autor que no se trata de documentos numerosos y los que hay se refieren a personas importantes, dado que uno es una escritura entre Pedro II de Aragón y Sancho VII de Navarra, de los que el primero introdujo el Derecho romano en Cataluña; se alega también que una institución, y precisamente de derecho de obligaciones, no es suficiente para calificar un fenómeno de recepción, para concluir que una intensa recepción medieval en Navarra sólo podrá ser admitida cuando se observe la romanización en otros aspectos más peculiares, como el régimen económico-matrimonial, el régimen de bienes o la sucesión. Véase LALINDE, *Ob. cit.*, páginas 106-7.

(69) En favor de la tesis de LALINDE podría alegarse la opinión de los autores tradicionales de Navarra. Así, por ejemplo, el título que ARMENDÁRIZ da a su Recopilación de leyes de Navarra es el siguiente: *Longissiman additio, deficientibus legibus Regni, an sit iudicadum secundum ius civile, vel canonicum, vel secundum fueros generales, vel particulares, vel secundum leges Tauri, vel Partitarum, vel secundum dieta Sanctorum tam in foro ecclesiastico, quam civili, vel in terrie Imperii, et in Regno Aragonum*. Publicada en 1614 y más tarde OLANO justificará la aplicación del Derecho castellano en Navarra. Ello significa que no debía ser tan segura esta recepción del Derecho romano.

aplicación en Aragón del Derecho castellano (70). Esta opinión de Olano, cogida expresamente por Antonio Pérez le hará decir que en Navarra no se aplica el Derecho romano como supletorio, sino el Derecho de Castilla (71). Sin embargo, esta opinión aparece aislada en el contexto del Derecho navarro, puesto que parece probado que cuando la ley de 1576 se refiere a Derecho común, lo hace en la terminología de la época, es decir, identificándolo con el Derecho romano (72), a pesar de la incompatibilidad entre éste y la legislación navarra señalada por Lalinde. El Tribunal Supremo ha reconocido asimismo la vigencia del Derecho romano en Navarra en sentencias de 4 mayo 1863, 15 junio 1865, 21 marzo 1867, 9 marzo 1871, 17 abril 1873, 9 abril 1884, 16 febrero 1887, etc.

La ausencia de un Decreto de nueva planta para Navarra hace que no exista problema sobre la aplicación del Derecho castellano, puesto que su sistema de fuentes permanece intacto hasta la publicación del Código civil, dada la confirmación que de los Fueros de Navarra se hace en la ley de 1839, juntamente con los de Vizcaya. Sin embargo, en este punto debemos destacar una diferencia esencial entre el Derecho vizcaíno y el de Navarra, dado que en este último país las Cortes promulgaron numerosas leyes civiles, cosa que, como hemos dicho, no ocurrió en Vizcaya.

(70) MARTÍNEZ DE OLANO, *Concordia et nova reductio antinomiarum iuris communis*. Burgos 1575. En el prefacio de su obra dice: "Ius commune in Regno Navarraiæ non habere vien, nec auctoritatem leges (pár. XIII) en el párrafo XXIV dice: "Et cum leges Regni Castellæ sint nostri Catholici Regis, et ipse, si vellet, posse eas dare Navarris, iutissime que sint, et hac sola ratione ius commune ipsi sequentur, quodi ustum eis videatur, quis quaequo non videt maiori et incomparabili ratione ius Regni nostri sequi et amplecti eos debere".

(71) Antonio PÉREZ cita a su favor las obras de Armendáriz y Martínez de Olano. También FERNÁNDEZ ELFAS, en su *Novísimo tratado histórico-cofilosófico del Derecho civil español*. 2.^a edición, Madrid 1880, tomo I, afirma "la Novísima Recopilación en el cuerpo de Derecho vigente hoy en Navarra en una parte del Derecho civil, toda vez que en lo demás se rige el Reino por las leyes generales de la Nación" (pág. 233).

(72) Así opinan YANGUAS MIRANDA, *Diccionarios de los fueros del Reino de Navarra*. San Sebastián 1828, pág. 307. La obra publicada en la colección "Legislación foral de España. Derecho civil vigente en Navarra". Madrid 1888, pág. 49. MARICHALAR Y MANRIQUE, *Historia de los Fueros de Navarra, Vizcaya, Guipúzcoa y Alava*, segunda edición, 1868, edición facsímil, publicada en San Sebastián en 1971, págs. 140-41. ALONSO, *Recopilación y comentarios de los Fueros y leyes del antiguo Reino de Navarra*. Vol. 1.^o, 1.^a edición, Pamplona 1848. Reedición publicada en 1964, pág. 54. LACARRA, *Instituciones de Derecho civil navarro*. Reedición en Pamplona, 1965, pág. 51, aunque afirma que "la Ley de Partida era invocada con frecuencia en el foro de Navarra y también por el Tribunal Supremo en defecto del romano, pero últimamente le negó valor legal para esta provincia". COVIÁN, *Ob. cit.*, págs. 34 y ss. ECHAIDE, *Apuntes sobre la aplicación del Código civil en Navarra*. Pamplona 1891, pág. 18. SANCHO TELLO, *Lecciones de Derecho civil foral*. Valencia 1896, pág. 13. SALINAS, *Ob. cit.*, pág. 223 y LALINDE, aunque este último esté disconforme en cuanto al origen de la supletoriedad.

E) Mallorca

Mallorca pertenece a aquel grupo de países españoles donde ha regido hasta la respectiva Compilación, el Derecho romano; pero si bien en Cataluña y Navarra existe una confirmación positiva de ésta vigencia, la ausencia de una disposición concreta en Mallorca hace que existan serias dudas acerca de si se aplicaba el Derecho romano en el momento de la Codificación, o bien, se aplicaba el Derecho catalán.

Parece probado que al conquistar Jaime I las islas Baleares, les concede los Usatges de Barcelona (73); ahora bien, Pascual y González entiende que ello ocurrió sólo en el orden penal, y que no existiría una disposición semejante en el orden civil, por lo que con la disposición de Jaime I se estaría reconociendo implícitamente «la vigencia de otro derecho preexistente que colmaría el vacío» (74). Derecho que identifica con el romano, que no había dejado de regir en las Islas por pertenecer éstas al Imperio Bizantino al tiempo de la confección del *Corpus iuris*.

Sin embargo, Pedro IV de Aragón, el 22 de junio de 1365, sanciona el que se ha llamado Privilegio de San Felíu de Guixols, donde se equiparan los mallorquines a los catalanes con las siguientes palabras: «sian hauts e reputats per catalans e puxan alegar així com a indubitat catalans de oficis e beneficis del nostre principat de Catalunya... e es hagen de alegar e observar las constitutions generals de Catalunya, privilegis e usatges de la ciutat de Barchinona» (75). La aplicación del Derecho catalán en

(73) Jaime I el Conquistador, en 1248, *Constitucions e ordenacions del Regne de Mallorca, segles XIII-XV*. Recogidas por Antoni Pons. Mallorca 1932. En el capítulo XIV de la Carta de Franqueza dice: "Plets de injuries, en dans en nafres fetes, sia ennentat segons los usatges de Barcelona".

(74) PASCUAL Y GONZÁLEZ, *Derecho civil de Mallorca*, Mallorca 1951, págs. 19 y ss.

(75) Se contiene en el Libre de San Pere, folio 162; citado por PONS. *Constitucions*, I, p. LXXXIV.

Jaime II, en la confirmación de la carta de franquicia hecha por su padre, establece las siguientes disposiciones.

14. "Propter honorem et utilitatem civitatis et insulae et burgensium ibidem habitantium, additur quod super quaestionibus habendis a delinquentibus procedatur secundum usaticos Barchinonae.

31. "Quod ad ferendas sententias iudices regii et curiae bajuli, vicarii et locomenentis, tam civitatis quam aliarum locorum, vocent quilibet octo probos viros idoneos, inter quos si potest fieri, duo sint iuris periti, qui jurent consilium dare secundum consuetudines et libertates insulae, et his deficientibus, juxta usaticos Barchinonae in casibus stabilitis, et in deficiientibus istorum secundum ius commune".

Reformas e correccions fetas per Jaime II Rey de Mallorca als privilegis del Conqueridor son pare otorgats al Regne, annullant los instants de que en aquest acte no's fa memoria. Dado en 1299.

Puede consultarse en QUADRADO, *Privilegios y franquicias de Mallorca, cédulas, capítulos, estatutos, órdenes y pragmáticas otorgadas por los Reyes de Mallorca, de Aragón y de España*, S. XII-XVII, Palma 1894.

las Islas Baleares parece quedar confirmada por una constitución de Jaime II en 1291, contenida en las Constitucions i altres drets, que dice: «Lo noble infant en Pere mentre sie Procurador de Cathalunya, e los altres Procuradors de Cathalunya, e de las ditas Illas que aquí avant hajan Consellers, e Jutges Cathalans en los fets de Cathalunya, e del Regna de Mallorca, de las ditas Illas, e no altres, persço com los Cathalans saben mils las costumas, e las observanças de Cathalunya e de las ditas Illas» (vol. 1.^o, lib. 1, tít. 68, const. 2); en esta disposición, la última frase, además de significar la existencia de unas costumbres propias, en conjunto parece querer indicar que se enviaban jueces catalanes a Mallorca, porque conocían mejor las costumbres de Cataluña y de dichas Islas, era porque se aplicaba en ellas idéntico derecho que en el Principado (75 bis).

Para los autores mallorquines estas disposiciones que acabamos de citar no parecen tener demasiada importancia, pero para autores más imparciales, como Elías de Tejada y Lalaguna es notoria en ellas una clara influencia de la legislación catalana en la organización social de las Baleares. Elías de Tejada opina que «la legislación mallorquina fue calcada sobre el espíritu abiertamente popular de Cataluña»; aunque añade que «el nuevo Derecho mallorquín es un Derecho inspirado en el de Cataluña», reconoce que es «de cuño diferente: los separa nada menos que el abismo del Derecho feudal» y que en Mallorca los Usatges «extienden por la isla su sombra protectora, al punto de que en el Archivo general de Mallorca se conservan alguno de los mejores ejemplares llegados hasta nosotros, la realidad nueva supera la de la Cataluña continental» (76). Lalaguna, a su vez, después de demostrar con abundantes citas la aplicación del Derecho catalán en Mallorca, concluye: «Para nuestro tema (la enfiteusis), la vigencia formalmente reconocida de los Usatges como Derecho supletorio tiene menos importancia que el hecho social de su general aplicación durante más de dos siglos, desde la Conquista hasta que se destierra su autoridad como derecho supletorio con el triunfo del Romanismo por el privilegio de Gaeta, concedido por Alfonso V el Magnánimo el 17 de junio de 1493, a petición de los jurados de Mallorca» (77).

Sin embargo, los autores mallorquines alegan, en contra de esta tesis, que cuando Jaime II confirma la Carta de Franqueza

(75 bis) MIERES, *Ob. cit.*, tomo II, collatio 10, capítulo VI, núm. 5, página 371 dice que las leyes y constituciones de Cataluña obligan en la Isla de Mallorca y también en la de Menorca y a los ibicencos. Comenta el capítulo de las Cortes de la Reina María como lugarteniente de su esposo Alfonso.

(76) ELÍAS DE TEJADA y GABRIELLA PERCOPO, *Historia del pensamiento político catalán. Mallorca y Menorca clásicas*. Madrid 1963, págs. 24-25.

(77) LALACUNA, *La enfiteusis en el Derecho civil de Baleares*. Pamplona 1968, pág. 51. Aunque con algunas reservas es también la opinión de SÁNCHEZ ROMÁN, *Estudios de Derecho civil*. Madrid, 1899, tomo I, segunda edición, págs. 479-480.

otorgada por su padre Jaime I, declaraba que a falta de privilegios especiales de Mallorca, debería aplicarse el Derecho común, expresión que debe identificarse en la época con el Derecho romano (78), aunque se olvidan de advertir que en la propia Carta, Jaime II lo coloca como supletorio de segundo grado, puesto que antes había declarado como principal supletorio a los Usatges.

Parece, pues evidente, que antes del Privilegio de Gaeta, el Derecho catalán se aplicaba en Mallorca, lo que hace afirmar a Sureda que «la primera fuente de nuestro Derecho positivo está constituida por la Carta de repoblación y disposiciones posteriores de nuestros Monarcas, y la segunda, en concepto de Derecho supletorio, por las Constituciones de Cataluña y los Usatges de la ciudad de Barcelona» (79).

Ahora bien, una clara reacción anticatalana (80) hace que los Jurados de Mallorca pidan a Alfonso V el Magnánimo, en 1439, que declare la independencia formal del Reino de Mallorca y mande que «e en res en lo mon sia sotmés al Principat de Catalunya ne a la observancia de llurs constitucions, ne usatges», sin señalar, al mismo tiempo, un derecho supletorio. Con esta disposición se eliminaba la aplicación del Derecho civil catalán, que antes habían establecido Jaime I y su hijo Jaime II, suponiendo la entrada del Romanismo, como reconoce Elías de Tejada (81). Un autor clave en el contexto mallorquín, como lo es Ripoll niega la aplicación del Derecho catalán en la isla y dice que «todo hace creer que en el inmenso vacío que se observaba en el Reino respecto de la legislación verdaderamente civil se acudió siempre al Derecho canónico y al romano que era el Derecho universal y al que con más facilidad podía llegarse como supletorio», lo cual considera probado por la ausencia de escrituras que se refieren al Derecho catalán (82). En favor de su tesis alega que el contenido de la Compilación de Canet y Mesquida alude a la aplicación del Derecho canónico y a falta del mismo, del Derecho común, pero hay que tener en cuenta que esta Compilación se confeccionó por encargo que recibieron los autores en 1662, lo cual lleva a la conclusión de que no es argumento válido, por cuanto en 1439 se había abolido la aplicación del Derecho catalán en Mallorca.

Es por tanto, a partir de la promulgación del Privilegio de Gaeta que entraría como supletorio el Derecho común, dado que al suprimirse el catalán, resulta lógica la aplicación de un Derecho universal, como lo llama Ripoll y la mayoría de autores mallorquinos.

(78) Véase la confirmación de la carta de Franquicia por Jaime II en la nota 73. Sobre este tema puede consultarse SUREDA, *Existencia y fuentes de la legislación foral de Mallorca*. R.D.P., 1913, pág. 37.

(79) SUREDA, *Ob. cit.*, pág. 35.

(80) LALINDE, *Ob. cit.*, pág. 105.

(81) ELÍAS DE TEJADA y GABRIELLA PERCOPÓ, *Ob. cit.*, pág. 28.

(82) RIPOLL, *Memoria sobre las instituciones del Derecho civil de las Baleares*. Palma 1885, pág. 9.

nes (83), pero creemos que es un error anticipar esta aplicación a los tiempos en que Mallorca formaba parte del Imperio bizantino, como quiere demostrar Pascual y González y la razón nos parece evidente: entre el Imperio bizantino y la conquista por Jaime I transcurren muchos años de dominación árabe y durante este período, ¿cuál era el Derecho que se aplicaba? (84), puesto que si la tesis de Pascual y González fuese cierta deberíamos concluir que en España estuvo siempre vigente el Derecho romano,^a a pesar de la dominación visigoda y de la posterior dominación árabe y creo que esto es insostenible.

El Decreto de Nueva Planta de Mallorca, de 28 noviembre 1715, establecía en su artículo 13 que «en todo lo demás, que no está comprendido en este decreto, es mi voluntad y mando, se observen todas las Reales pragmáticas y privilegiados con que se gobernaba antiguamente la Isla y Reyno de Mallorca, menos en las causas de sedición y crimen de lesa Magestad» (85). Este decreto, en opinión de los autores mallorquines no modificaba el Derecho vigente, sino que a través de la disposición que acabamos de transcribir, no hacía más que confirmarlo (86); en consecuencia, es opinión unánime que hasta la publicación del Código civil, está vigente en Mallorca como Derecho supletorio el Derecho romano e incluso esta vigencia se extiende después de la publicación del Código civil. Así, la sentencia de 12 noviembre 1872 dice: «Considerando que una de esas legislaciones especiales, derivaba en su mayor parte del Derecho romano, es la del antiguo Reino de Mallorca, la cual recibió nueva confirmación por el decreto llamado de nueva planta, expedido por el Rey Don Felipe V en 28 de noviembre de 1716, que forma la ley 1.^a, tít. 10, libro 5 del mencionado Código (La Novísima Recopilación) estableciendo que en todo lo que no esté comprendido en el mismo se observan todas las prácticas y privilegios con que se gobernaba antiguamente la isla de Mallorca...». Pero podemos decir que los autores mallorquines no se plantean una duda que se nos ha planteado en la lectura del texto del Decreto de Nueva Planta de la Audiencia de Mallorca: ¿cómo puede decirse que este decreto mantenga la vigencia del Derecho romano como supletorio del propio, cuando su aplicación no está recogida en ningún privilegio ni pragmática de las que se aluden en el citado Decreto de Nueva Planta? Es quizá por esta razón que en la publicación del Código civil, se re-

(83) Los autores mallorquines se inclinan unánimemente por la consideración del Derecho romano como derecho supletorio. Así, RIPOLL, *Ob. cit.*, pág. 9; SUREDA, *Ob. y lugar cits.*; MASCARÓ Y ALBERTY, *Ensayos jurídicos sobre el Derecho foral en Mallorca*. Palma 1896, pág. 9; BALLESTER, *El Apéndice de Baleares*, “Revista de Menorca”, tomo XX, 1925, pág. 67 y PASCUAL Y GONZÁLEZ, *El Derecho romano como supletorio de la Compliación de Derecho civil de Baleares*. RJC 1960, pág. 156.

(84) SUREDA, *Ob. cit.*, nota 2, pág. 12.

(85) *Novísima Recopilación*. Libro 5, tít. 10, ley 1.

(86) Así, SUREDA, *Ob. cit.*, pág. 38 y PASCUAL Y GONZÁLEZ, *Derecho civil*, *cit.*, pág. 34.

dacta el artículo 13 del antiguo Título preliminar en el sentido de declarar al Código único supletorio del Derecho mallorquín. De todos modos, reconozco la poca eficacia práctica de esta pregunta, por cuanto se ha admitido normalmente la aplicación del Derecho común en Baleares, no como Derecho propio, como intenta demostrar Pascual, sino como supletorio. En el intento del autor citado por demostrar la vigencia del Derecho romano como propio, juegan un papel muy importante razones de política jurídica, que pueden resumirse en la necesidad de los mallorquines de identificarse como pueblo independiente, lo que hace que se sienta la necesidad de eliminar un elemento a esta independencia, como sería la aplicación del Derecho catalán. De todos modos, el Derecho propio de Mallorca se circunscribía, antes del Decreto de Nueva Planta a pocas materias y éstas eran preferentemente de Derecho administrativo, procesal y penal; en materia civil podían distinguirse varios tipos de instituciones: las propias, reguladas por costumbres, las que en mayor o menor grado recibían influencia catalana, ya fuese por aplicación directa del Derecho catalán, ya porque se tratase de instituciones con una común raíz romana, como la enfiteusis y, por último las reguladas por el Decreto romano como la sucesión intestada. Sobre estas materias, a partir del privilegio de Gaeta y por una práctica forense, se aplicará el Derecho propio de Mallorca y en su defecto el común, aunque el propio Ripoll reconozca que en todo lo demás «impere la ley común que sin cortapisas alguna viene aplicada diariamente por los Tribunales» (87).

Este breve examen del conjunto de los Derechos supletorios de los nacionales españoles nos puede llevar a interesantes conclusiones. Todos los derechos territoriales gozaban, hasta la publicación del Código civil de un sistema completo de fuentes formales, basado, eso sí, en la heterointegración, cosa muy propia de la época. Pero este mismo recurso a un cuerpo superior de leyes, sea el Derecho romano o el castellano (como ocurría en Vizcaya), pone en evidencia este carácter de ordenamiento completo que tenían todos los ordenamientos civiles españoles y que hacía que no pudieran ser considerados como privilegios o leyes especiales que regulen aspectos parciales de las relaciones jurídicas que se producen en una sociedad. La previsión de unas fuentes propias de integración y el normal recurso al Derecho romano hace que cada uno de estos sistemas tenga una coherencia interna evidente, coherencia que se verá rota cuando, en 1889, el Código civil se autonombra derecho supletorio de estos ordenamientos, que en realidad, no lo necesitaban.

Además esta coherencia resultará asimismo rota por la puesta en marcha de la maquinaria administrativa de un Estado centralizador, como lo es el creado a partir de Felipe V, por lo que

(87) RIPOLL, *Ob. cit.*, pág. 12.

todas las leyes dictadas a partir de los Decretos de Nueva Planta sean leyes generales para todo el Estado, siendo como eran, en principio, derecho castellano. Ello traerá consigo los tremendos problemas de aplicación a las regiones con un ordenamiento civil propio, de leyes completamente incompatibles con sus sistemas jurídicos, como ocurrió con la Ley de Mostrencos (88) y si bien es cierto que otras leyes, como la de 1870 sobre matrimonio civil, proclamaron su total respeto hacia los derechos nacionales (89), lo que es absolutamente cierto es que las leyes procesales, los Códigos de comercio (90) y la Ley Hipotecaria partían de bases completamente distintas a aquéllas que organizaron el proceso, el comercio y la propiedad en las nacionalidades españolas, dergando las disposiciones propias sobre estas materias y provocando unos tremendos problemas de adaptación, que aún todavía duran.

II. LA DIRECCIÓN DEL DERECHO SUPLETORIO EN EL PERÍODO DE LA CODIFICACIÓN.

En el período de la Codificación, el problema de la supletoriedad se plantea desde dos puntos de vista distintos: por una parte se examina desde el punto de vista de la necesidad de unificar el Derecho civil en España, lo que lleva a la conclusión de que un primer paso para ello es la proclamación del futuro Código civil como único supletorio de los derechos nacionales subsistentes una vez promulgado el citado Código. Por otra parte, desechada esta idea por antipolítica, la persistencia en la necesidad de unificar el Derecho hace que se llegue a la imposición de un nuevo derecho supletorio a los derechos nacionales, lo cual comporta un total y absoluto absurdo, como luego veremos.

La primera posibilidad es la que expresaba Alonso Martínez en el Proyecto de Ley de Bases de 1881, en cuya base 17 se tolera la conservación de los derechos territoriales, siempre que éstos

(88) Véase, aparte de la discusión en los autores catalanes, la obra de GIL BERGES, *Los mostrencos en el Tribunal Supremo, o sea, Estudio sobre la vigencia de las instituciones forales españolas en materia de sucesiones intestadas*. Zaragoza 1920 y las sentencias del Tribunal de Casación de la Generalitat de Catalunya de 26 de julio de 1935, 16 mayo 1936 y 28 mayo 1936.

(89) El art. 1º de la Ley de 18 de junio 1871, que publica la de Matrimonio civil, decía que "El Gobierno publicará como ley provisional el proyecto de la de Matrimonio civil presentado a las Cortes sin perjuicio de las alteraciones que las mismas tuvieran por conveniente hacer en él en su discusión definitiva, y sin perjuicio además de lo que se dispone por el Derecho foral vigente respecto a los efectos civiles de matrimonio en cuanto a las personas y bienes de los cónyuges y de sus descendientes".

(90) El primer Código de comercio de 1829, sustituía todo el sistema catalán de Derecho marítimo, contenido en el Libro del Consulado de mar, cuya vigencia se conservaba expresamente en el art. 57 del Decreto de Nueva Planta.

acepten como único supletorio el futuro Código civil. Así se decía: «Para aproximarse a la uniformidad de la legislación en todo el Reino, se trasladarán al Código civil en su esencia, las instituciones forales que por su índole pueden y deben constituir con ventaja común, el derecho general de los ciudadanos españoles... En consecuencia con lo dispuesto en párrafos anteriores, con la publicación del Código civil quedarán derogados los Códigos romanos y las Decretales en las provincias donde hoy se aplican como derecho supletorio». Esta idea de pacto sobre la conservación del derecho nacional, a cambio de admitir como único supletorio al Código aparece claramente expresada en la Exposición de Motivos de este proyecto cuando Alonso Martínez dice que «a aquellas instituciones jurídicas que en cada provincia de régimen foral deban conservarse por ahora, a condición de que aquel Código constituya en adelante su derecho supletorio, en lugar de las Decretales y Códigos romanos».

Siendo reprobable la idea expresada en estos párrafos transcritos, sin embargo, resulta jurídicamente mucho más viable que la que más tarde se plasmó en la Ley de Bases de 1888, originada en el Proyecto de Silvela, de 1885, porque resulta jurídicamente absurdo creer que existiendo ya un derecho supletorio, que teóricamente cierra el sistema, pueda introducirse uno nuevo, puesto que este último no tendría posibilidad de ser aplicado, ya que se lo impediría la actuación del supletorio anterior.

El Proyecto de 1881 no llega a discutirse, pero hay que poner de relieve alguna intervención de los representantes catalanes en defensa de la subsistencia del derecho supletorio propio. Así, el Senador Marqués de Monistrol, presenta al Senado una Exposición de la Academia de Jurisprudencia y legislación de Barcelona y de los propietarios de fincas rústicas y urbanas de Cataluña, en la que se pone de relieve la necesidad de conservar el derecho supletorio propio de Cataluña (91).

Pero en una nueva legislatura, se plantea de nuevo el problema de la Codificación. El propio Rey en el discurso de la corona de 20 de mayo de 1884, resaltaba la necesidad de codificar el «Derecho de Castilla», pero sin aludir naturalmente, a otras cuestiones técnicas. Quien plantea un nuevo estilo en la consideración oficial de los derechos nacionales es Silvela, entonces Ministro de Gracia y Justicia, quien propone una fórmula de transacción con los representantes de las denominadas regiones forales en el artículo 5.^º del Proyecto de Ley de Bases, presentado el 7 de enero de 1885 al Senado. Dicho artículo decía lo siguiente: «En las provincias y territorios en que subsiste derecho foral seguirán por ahora en vigor las leyes, fueros y disposiciones legales, usos y costumbres y doctrina que en la actualidad constituyen excepción del derecho común de Castilla,

(91) Sesión del Senado de 28 de marzo de 1882. "Diario de sesiones", núm. 78, pág. 1460 y sesión de 16 de marzo de 1882, "Diario", núm. 100, pág. 2034.

de suerte que no sufra alteración su régimen jurídico actual por la publicación del Código, teniendo éste tan sólo el carácter de derecho supletorio en aquellas cuestiones en que no sean aplicables el Derecho romano y el Canónico». En cuanto a la explicación que se daba en la Exposición de Motivos del Proyecto de ley en cuestión, hay que decir que se intentaba suavizar esta imposición, por cuanto se decía que en la aplicación como supletorio del Código «no es de temer tampoco dificultad grave, pues las instituciones y materias en las que el actual derecho supletorio completa la legislación foral positiva, son bien conocidas y estudiadas y el Código tendrá muy escaso empleo, quedando sólo como doctrina que pueda resolver algún caso raro, puesto que el pensamiento de la ley no es alterar nada de lo existente, substituir ninguna fórmula legal o consuetudinaria que hoy se respete o aplique por otra distinta, sino llenar algún vacío, suplir alguna deficiencia en aquello que no contradigan el régimen actual; no se trata, pues, de que desaparezcan el Derecho romano y las Decretales en cuanto ellos completan instituciones forales o desenvuelven en armonía de principios su sentido, sino de que el nuevo cuerpo legal se admita también para suplir los vacíos que esas legislaciones no hayan llenado ya». Pero no es la redacción del artículo 5.^º que hemos transcrita más arriba, la que pasa a la discusión del Senado, sino la que propone la Comisión nombrada al efecto para el estudio de la ley de Bases, cuya simple redacción sería muy discutida y más ampliada. Decía el artículo 5.^º del Proyecto redactado por la Comisión del Senado que «las provincias y territorios en que subsiste derecho foral, lo conservarán por ahora en toda su integridad, sin que sufra alteración su actual régimen jurídico por la publicación del Código, que regirá tan sólo como supletorio» (92). Sobre esta redacción, pues, se plantea la discusión en el Senado, en los siguientes términos: podemos decir que los senadores se hallan divididos entre los partidarios de conservar el régimen jurídico de los derechos nacionales *íntegro*, es decir, con su propio derecho supletorio, y los que se muestran partidarios de introducir el Código civil, porque así se irá logrando paulatinamente la unificación del Derecho civil en España. Incluso dentro de los miembros de la propia Comisión senatorial dictaminadora, que había redactado el artículo 5.^º conservando la integridad del régimen foral, se observa que la tendencia es a suprimir este régimen.

Coronado, Catedrático de Derecho romano, después de decir que el que se denomina Derecho común de Castilla no es tal, sino que Derecho común sólo puede decirse del Derecho romano, concluye que «así como ya quiero y deseo, y creo que será un bien,

(92) Proyecto presentado por la Comisión del Senado el 14 de febrero de 1885. Estaba compuesta por Fco. Cárdenas, presidente. Manuel Silvela, Salvador de Albacete, Manuel Colmeiro y Benito Gutiérrez, secretario.

quede un derecho común supletorio al que pueda acudirse en defecto de las disposiciones legales del nuevo Código que se forma, así también creo debe quedar un derecho supletorio de la legislación foral, y que si merece respeto ese derecho foral y hay consideraciones de gran peso hoy por hoy, para conservarlo *se deje como supletorio en esas provincias el que realmente lo es, el Derecho romano*. Así lo han pedido los catalanes y no pueden menos de pedirlo las demás provincias que se encuentran en este caso» (93). Evidentemente se manifiesta a favor de la conservación de los ordenamientos romano y canónico como supletorio el Senador catalán Maluquer, apoyando el proyecto del Ministro de Gracia y Justicia en contra del de la Comisión, porque señala que «no conteniéndose como Derecho supletorio el romano ni el canónico, con cuya supresión se echa abajo, se mata por completo el Derecho foral de Cataluña». Silvela, por su parte, tranquiliza a Maluquer cuando, con una cierta ironía y empleando el catalán afirma que «se deja por ahora en toda su integridad el actual régimen jurídico de las provincias que tienen legislaciones especiales. Por manera que, si en esas provincias rigen como supletorios el Derecho canónico y el romano, no por ser canónico o romano, sino por estar en las tradiciones jurídicas de esas provincias, quedarán allí rigiendo» y continúa diciendo de forma muy clara que «en este artículo que tanto ha alarmado a S.S. entendemos dejar en toda su integridad las instituciones de que gozan provincias y conservarles su régimen foral sin alteraciones de ninguna especie. ¿Tienen como supletorio el Derecho canónico y el romano? Pues continúan teniéndolos, porque en respecto a la traducción y a los intereses de estas provincias, seguirán rigiendo supletoriamente, si bien no como legislación extranjera, porque no puede admitirse que una parte de España tenga derecho a regirse por una legislación extranjera; pero si los usos y costumbres de Cataluña, por ejemplo, la admiten vigente, toda vez que si la dejamos su régimen jurídico y ese Derecho supletorio, forma parte de él, claro es que ha de continuar» (94).

En las palabras de Silvela se plantea una cuestión que ciertamente no debía tener más importancia que la puramente teórica, puesto que no la encontramos en ningún sitio más: la consideración de la legislación romana y canónica como legislación extranjera. Esta afirmación de Silvela se basa en la distinción de que si el Derecho supletorio romano y canónico se aplicaba como derecho extranjero, entonces la soberanía española no lo podía admitir, porque hubiera supuesto el reconocimiento de la ingerencia de una soberanía extranjera en la ordenación de las relaciones jurídicas de una parte de los ciudadanos españoles; pero que si

(93) Sesión del Senado de 20 de febrero de 1885. "Diario de sesiones", núm. 67, págs. 1258-59.

(94) Sesión de 20 de febrero de 1885. "Diario de sesiones", núm. 67, pág. 1268.

ello se basaba en la aceptación por el ordenamiento jurídico catalán de la supletoriedad de estos ordenamientos, esta aceptación los convertía en derechos nacionales y, en consecuencia, podían ser aplicados sin ningún recelo. Silvela en esta argumentación, olvidaba dos cosas: habían pasado ya los tiempos en que el Derecho romano se consideraba el Derecho de un sistema político concreto, como era el Sacro Imperio romano-germánico, que, por otra parte, no había incorporado nunca a su Corona los territorios españoles; pero además, olvidaba las constantes decisiones de las Cortes catalanas que declaraban supletorios del Derecho catalán el romano y el canónico. Esta aplicación no se basaba, pues, en usos y costumbres, como decía Silvela, sino en normas positivas concretas.

El Senado aprueba, pues, aunque con muchos votos en contra, el mantenimiento de la aplicación de los Derechos canónico y romano como supletorios, siempre que para aquellas materias no reguladas por éstos, se aplique el futuro Código civil. Esta es la argumentación que se utiliza en la Exposición de Motivos del dictamen de la Comisión del Congreso, relativo al proyecto de Ley de Bases presentado por el Senado (95) que dice textualmente: «Cree la Comisión que el Gobierno de S.M. guiado por los importantes estudios de los que le han precedido y por incessantes trabajos de la Comisión general de Codificación y de sus individuos correspondientes, ha conciliado ambas tendencias, pues si, por una parte, el proyecto de Código civil respeta en toda su integridad el régimen jurídico de las provincias forales, como al mismo tiempo adopta en puntos de derecho muy controvertidos soluciones intermedias, y acepta por base de algunas instituciones el principio de libertad de contratación, y regulariza aquellas otras que no presenten diferencias esenciales entre las legislaciones que rigen en España, no cabe duda de que así prepara por medios prudentes y adecuados la unidad de derecho, de la que sólo las relaciones comunes y la mutua conveniencia han de ser con el transcurso del tiempo, eficaces e interesados agentes.

No hará, pues, el Gobierno de S.M. en virtud de tales principios, variación alguna en el régimen general vigente en algunas provincias del Reino, respetando así en tiempo y ocasión en que la unidad y aún la uniformidad van, como forzadamente, imponiéndose, lo que es digno de respeto como rasgo de individualidad vigorosa y característica en aquellos pueblos y razas que vienen desde hace siglos, para nuestra común fortuna, participando en la obra gloriosísima de la unidad nacional».

En consecuencia, según este proyecto de Ley de Bases, el ar-

(95) Proyecto de Ley de Bases dictaminado por la Comisión del Congreso en 6 de junio de 1885. Dicha Comisión estaba compuesta por Alonso Martínez como presidente, Germán Gamazo, Rafael Conde y Luque, Manuel Durán y Bas, Rodríguez de San Pedro, Canalejas y Santiago de Liniers, como secretario.

título 5.^º quedaría redactado de la siguiente forma: «Las provincias y territorios en que subsiste Derecho foral, lo conservarán por ahora en toda su integridad, sin que sufra alteración su actual régimen jurídico por la publicación de este Código, que regirá tan sólo como derecho supletorio en defecto del que lo sea en cada una de aquéllas por sus leyes especiales. El Título preliminar del Código civil en cuanto establezca los efectos de las leyes y de los estatutos y las reglas generales para su aplicación, será obligatorio para todas las provincias del Reino».

En esta redacción aparece un elemento nuevo que no surgía en las anteriores leyes de Bases, que es la consideración de una parte del futuro Código como de aplicación general y directa, como lo sería el Título preliminar «en cuanto determina los efectos generales de las leyes y de los estatutos» y las reglas generales para su aplicación. Ya veremos en otro apartado que esta aclaración se introduce de nuevo en la redacción de la Ley de Bases por la Comisión del Congreso encargada de redactar el dictamen, pero el hecho de que aparezca supone la introducción de un elemento nuevo en favor de la progresiva introducción del Código civil en las legislaciones forales, sumando en la obligatoriedad de que se recurriera a él como supletorio.

En el Congreso, durante la legislatura 1884-85, se plantean discusiones en torno al mantenimiento del derecho supletorio propio de los derechos territoriales y concretamente, el importante voto particular de Alonso Martínez en contra de lo establecido en el artículo 5.^º del proyecto de Ley de Bases, presentado en el Congreso el 8 de junio de 1885, firmado por el propio Alonso Martínez, Germán Gamazo y José Canalejas. El texto del voto particular diría lo siguiente: «Los Diputados que suscriben, individuos de la Comisión elegida por el Congreso para dar dictamen sobre el proyecto de ley de bases para la publicación de un Código civil, profundamente convencidos de que el interés de la Codificación civil disminuye, si no desaparece, mediante las soluciones que propone la mayoría de la Comisión, con el sentimiento de discrepar de sus dignos y repetibles compañeros, tienen el honor de someter a la aprobación del Congreso el siguiente Voto particular sobre el artículo 5.^º del proyecto de ley aprobado definitivamente por el Senado, facultando al Gobierno para publicar un Código civil. Artículo 5.^º Sin perjuicio de lo que se dispone en la Base 1.^a, en las provincias en que subsiste derecho foral se conservarán por ahora en toda su integridad aquellas instituciones que por estar muy arraigadas en las costumbres no puedan suprimirse sin afectar hondamente a las condiciones de la propiedad o al estado de la familia.

En consecuencia, con la publicación del Código civil quedarán derogados los Códigos romanos y las Decretales en las provincias en que hoy se aplican como derecho supletorio».

El paralelismo entre este voto particular y la base 17 del Pro-

yecto de Ley de bases de 1881 es evidente: Alonso Martínez seguía pretendiendo suprimir una parte del sistema de los derechos nacionales españoles para introducir como derecho supletorio un cuerpo extraño (éste sí verdaderamente extranjero para el derecho territorial de que se tratase), cuya aplicación debería ir dirigida a conseguir la unidad jurídica en materia civil, por una vía indirecta; conservando los árboles, se pretendía destruir el bosque, es decir, conservando formalmente algunas instituciones forales, se pretendía destruir el sistema, ya que no otra cosa hubiese sucedido de suprimir los ordenamientos supletorios, introduciendo el Código civil.

El problema de los legisladores de la época era la consideración de los ordenamientos canónico y romano como verdaderos derechos extranjeros y de ahí todo el empeño de Silvela en demostrar que no lo eran y así en el discurso que, como Ministro de Gracia y Justicia, pronuncia en el Congreso el 13 de junio de 1885, antes de la discusión de los votos particulares de Alonso Martínez y Durán y Bas, vuelve a remarcar lo que anteriormente había dicho ya en el Senado y refiriéndose concretamente al voto particular de Alonso Martínez le dice que cuando se realice la codificación del Derecho foral, «en esa codificación se comprenderá todo lo que haya de Derecho romano y de Derecho canónico vivo y existente en la vida jurídica actual de esas provincias, y desaparecerán, por tanto, como Derecho supletorio canónico y el Derecho romano, y quedará únicamente el Código foral en lo que represente las diferencias de! Código general en todo lo demás», pero además añade que cuando se produzca, no existirá ningún problema de derecho supletorio, puesto que «se habrá incorporado y quedará estando al lado de ese derecho indígena la parte de derecho romano y de derecho canónico que constituyen con él un solo todo, mas no con el propósito que sería verdaderamente funesto para aquellas provincias, de mutilarlo sólo por el diferente origen de sus leyes y de sus preceptos, que aceptado por aquellas provincias, aunque lleven el nombre de Derecho romano y de Derecho canónico, son verdaderamente Derecho indígena y Derecho foral libremente aceptado, no mutilando lo que al fin y al cabo representa un todo orgánico y armónico» (96).

El discurso de Silvela plantea en realidad muchos más problemas de los que parece querer resolver; en efecto, si tenemos en cuenta que en los derechos territoriales españoles no todos aceptaban al *ius commune* (romano-canónico) como derecho supletorio, sino que existía el grave problema del Derecho aragonés, que sólo por aproximación lo admitía (lo cual justificará la actitud de Gil Bergés que ya expondremos), podríamos decir que en algunos sistemas territoriales sí eran Derecho extranjero los ordena-

(96) Sesión del Congreso de 13 junio 1885. "Diario de sesiones", número 172, pág. 5037.

mientos romano y canónico, porque su legislación positiva no los había refrendado como supletorios, como había ocurrido en Cataluña y Navarra. Por otra parte, las afirmaciones de Silvela, dirigidas a demostrar la unidad interna de los sistemas forales, conducen a otra conclusión, que suponía un grave peligro para la substancia de estos sistemas una vez publicado el Código civil: ello era que se considerase que las disposiciones positivas autóctonas y los supletorios reconocidos por estas disposiciones positivas formaban un todo orgánico, de tal manera que subsistía así el derecho supletorio propio de los derechos territoriales no como un elemento integrador del sistema, sino formando parte del mismo e introduciendo a continuación el elemento integrador, que era el Código civil (97). Con esta concepción se conseguía algo totalmente inadmisible; la supletoriedad del Código en segundo grado que no hubiera tenido razón de ser si se hubiese continuado considerando a los supletorios como verdaderos supletorios y no como partes integrantes del sistema. Sólo puede existir un único Derecho supletorio, ya que su misión es cubrir las lagunas que se den en el ordenamiento suplido, integrándolas con las normas del supletorio, así es imposible que existan lagunas, porque el Derecho supletorio tiene como misión integrar el sistema, evitando que éstas existan. El ordenamiento supletorio evita que existan lagunas y por ello decimos que es imposible que exista un supletorio de segundo grado, ya que las lagunas se hallarán siempre cubiertas con el supletorio anterior. Lo que ocurrió con esta introducción del Código civil en el segundo grado de supletoriedad es que se introdujeron instituciones que habían permanecido totalmente desconocidas en el sistema nacional de que se tratase, so pretexto de que el supletorio de primer grado no decía nada de ellas y, por tanto, existía una laguna que había que cubrir: así ocurrió en Cataluña, por ejemplo, con el testamento ológrafo, las reservas trocales del artículo 811 C. c. o los retractos de colindantes.

Pero sigamos con la discusión parlamentaria de la ley de Bases del Código civil; el diputado Rodríguez de San Pedro, en la discusión del voto particular a que hemos hecho referencia, despué

(97) SILVELA, en sesión del Congreso de 16 junio 1885, "Diario de sesiones", núm. 174, pág. 5085, dice las siguientes palabras, que confirman nuestra interpretación en el texto: "¿Por qué los jurisconsultos y los hombres todos que se ocupan de las cuestiones de Cataluña muestran un empeño decidido en que se respete su derecho supletorio, canónico y romano, y no le siguen los jurisconsultos aragoneses y navarros? Pues es por la sencilla razón de que en el Derecho de Cataluña esta legislación supletoria no merece verdaderamente este nombre; es porque la mayor parte de las disposiciones del Derecho canónico y del Derecho romano forman un todo completo, un todo armónico, y el desmembrarlo constituye una verdadera mutilación en aquellas leyes; al paso que en el aragonés no ocurre nada de esto, sin que pueda tacharse ni a los jurisconsultos ni a los hombres que de estos particulares se ocupan en Navarra, de menos celosos, de menos interesados por sus fueros, ni de menos entusiastas por ellos que los catalanes" y sigue diciendo que "lo que unas y otras provincias defienden y mantienen es la integridad de la vida jurídica".

de establecer que existen dos codificaciones paralelas, la del Código civil y la de los derechos nacionales, que no pueden ser llevadas al mismo ritmo, dice que, al plantearse este punto, si bien existe en la Comisión el deseo de que todas las legislaciones forales tengan el mismo supletorio, es decir, el futuro Código civil, «apreciando la cuestión bajo el punto de vista de la realidad y del estado histórico actual de esas mismas legislaciones forales, no han podido menos de reconocer que allí existen el Derecho canónico y el Derecho romano, y que verdaderamente carecerían de sentido y explicación en la actualidad muchas de las instituciones forales, si no encontrasen su autorizado comentario en las disposiciones del Derecho canónico y del Derecho romano» (98).

El voto particular lo defiende Gamazo el cual, después de equivocarse al hablar del Derecho supletorio del catalán (99) y de establecer cuáles son los distintos supletorios en los distintos derechos territoriales (100) entiende que debe unificarse el Derecho suple-

(98) Sesión del Congreso de 13 junio 1885. "Diario de sesiones", número 172, pág. 5038.

(99) GAMAZO dice en su discurso que poco tiempo después del Decreto de Nueva Planta, "el rey Carlos III resolvía una cuestión nacida precisamente del decreto de su padre y la resolvía declarando que el Derecho supletorio de la legislación foral en Cataluña era el Derecho español, el Derecho de la Península". Suponemos que se debe aludir al problema planteado por DOU en su obra sobre Derecho público, acerca de la aplicación de la Ley del C. 10.32.24 y a la que nos hemos referido más arriba; pero la cita de GAMAZO es tendenciosa, puesto que precisamente Carlos III resuelve lo contrario de lo que se dice en el discurso. En realidad todo el discurso en defensa del voto particular que había presentado conjuntamente con ALONSO MARTÍNEZ es tendencioso, puesto que se utilizan en él verdades, que pueden demostrarse históricamente en forma contraria a la utilizada en el discurso. Sin embargo, el propio discurso demuestra el profundo conocimiento del autor sobre la materia, aunque la ofrezca tergiversada. Sesión y diario cits., pág. 5040.

Para que pueda comprobarse la idea de GAMAZO sobre el Derecho foral, reprodumos un fragmento de su discurso: "Lo que no se ha dicho nunca, lo que nadie ha pensado es, señores diputados, que se pudiera por unas Cortes españolas, en una forma más o menos directa, al concluir el siglo XIX, proclamar como legislación de España un Código escrito a retazos por la autoridad eclesiástica en un idioma extraño, en la mayor parte de las cosas inútil para los asuntos civiles, y otro Código en que amontonaron las sentencias de muchos sabios en un idioma también extraño y de pocas personas conocido. No, a nadie se le ha ocurrido y nadie lo podía esperar; contra esto se subleva mi conciencia, y contra esto creo ha de sublevarse también la ciencia y la rectitud del señor Ministro de Gracia y Justicia, aunque crea, engañado por un espejismo que yo procuraré desvanecer, que todo lo que hace lo exigen las necesidades de la vida, confundiendo, a mi modo de ver, dos cosas que son completamente distintas: la vida y la preparación para la muerte; la afirmación del principio del Derecho y la abdicación completa del Derecho". Diario y sesión cit., pág. 5041.

(100) En la sesión de 16 junio 1885 (diario núm. 74), GAMAZO da muestras de conocer el tema a fondo, por cuanto habla de Derecho supletorio del vasco, cuando dice que con el art. 5.^o de la Ley de Bases "se entendía que derogábamos el Derecho castellano para todos sus efectos; es decir, para la región que disfruta ese Derecho como único y para la región que lo aplica como supletorio" (pág. 5080).

torio de los forales y pide que «desaparezca el Derecho supletorio, que desde luego no haya más Derecho supletorio que el de la Nación». El propio Gamazo utiliza argumentos demasiado partidistas para basar sus afirmaciones y así después de decir que en Aragón y Vizcaya va a existir otro Derecho supletorio distinto a partir de la publicación del Código civil, puesto que al ser el Derecho castellano supletorio en estos ordenamientos, quedaba sustituido por el nuevo Código, formula un razonamiento en el que se halla implícita una declaración de privilegio para ciertas regiones y así dice que para Aragón y Vizcaya «concluirá el Derecho supletorio, mientras que se mantiene ese Derecho supletorio, Derecho extraño además en Cataluña y Navarra». Esto no es cierto en absoluto, puesto que lo que ocurrió en Aragón y Vizcaya no era que el Derecho supletorio concluyera, sino que siendo como era el Derecho castellano supletorio en estos ordenamientos (con dudas en Aragón, como hemos visto), quedaba sustituido por el nuevo Código (101). Esta última afirmación enlaza con el voto particular de Gil Bergés el 19 de junio de 1885, en el que se pedía que se declarase la aplicación inmediata del Código civil en Aragón y así pedía que el artículo 7.^º de la Ley de Bases se redactase en la forma siguiente: «No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, el Código civil empezará a regir como supletorio en Aragón al mismo tiempo que en las provincias no aforadas». Este voto particular podría haber conducido a un grave problema, porque podría haberse interpretado en el sentido de la renuncia al régimen foral por parte de Aragón; por ello Alonso Martínez, después de hacer un repaso a todos los supletorios de los Derechos nacionales (102), propone la siguiente redacción, que pasó prácticamente a ser la definitiva: «No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, el Código civil empezará a regir en Aragón al mismo tiempo que en las provincias no aforadas, en cuanto no se oponga a aquellas disposiciones forales y consuetudinarias que actualmente están vigentes» (103); con ello se salvaba el problema de la posible renuncia

(101) El argumento utilizado es el siguiente: “consideración que sería igualmente decisiva a mis ojos para mantener el Derecho de Castilla como supletorio en Aragón y Vizcaya, puesto que mantenemos el Derecho canónico y romano en Cataluña y Navarra; porque no veo que sean ciertamente más armónicos el Derecho romano y el Derecho canónico con el Derecho foral de Cataluña y Navarra, que lo son el Derecho nacional y el Derecho foral de Aragón y de Vizcaya. Seamos, pues, lógicos; lo uno o lo otro: si ese argumento de que desarmonizamos el conjunto no basta para detenernos ante la derogación del Derecho supletorio en Aragón y en Vizcaya, tampoco debe ser causa de que nos detengamos en la derogación del Derecho canónico y del Derecho romano en Cataluña y Navarra”. “*Diario de sesiones*”, núm. 74, pág. 5083. La falsedad del argumento salta a la vista y no requiere más explicaciones que la aportada en el texto.

(102) Sesión de 19 junio 1885. “*Diario de sesiones*”, núm. 177, página 5280.

(103) Esta redacción, plenamente aceptada en la legislatura 1884-85, es matizada en la legislatura 1888-89 por el propio GIL BERGES, quien dice que “Aragón ha manifestado siempre tendencia a acercarse en cuanto

a la formalidad, puesto que sólo se aplicaría el Código civil como supletorio en lo que no se opusiese al régimen jurídico aragonés (104).

Alonso Martínez es plenamente consciente de que en algunos puntos de España el Código civil empezará a regir directamente como Derecho supletorio y así, en la legislatura de 1887-88, cuando se aprueba definitivamente el proyecto de Ley de Bases en el Congreso dice lo siguiente: «Tengo la opinión de que publicado el Código civil, aunque por de pronto no hayan de regir la mayor parte de sus artículos en las regiones forales, cuando vean un Código sencillo, especie de cartilla de los derechos y deberes que tienen los ciudadanos españoles, así respecto de la familia como de la propiedad y de la contratación, por la fuerza de las cosas, ese Código se irá imponiendo a las regiones forales. Pero ocurre además que dentro del proyecto de ley aprobado por el Senado y por el Congreso, y que es materia de debate, hemos dado una solución razonable a la cuestión; hemos fijado un plazo de cuatro años para traer leyes especiales a estas regiones forales, y cuando se hagan estas leyes el Código civil, el Derecho común será el Derecho supletorio en las provincias de régimen foral. Aparte de que en Aragón y Vizcaya empezará a regir como supletorio desde el momento mismo de su publicación» (105).

Pero resulta altamente significativo observar que incluso aprobada la Ley de Bases, cuyo artículo 5.^º mantenía la integridad del sistema, aceptando el Derecho supletorio propio de los sistemas nacionales, se sigue hablando en los Cuerpos legislativos de este problema. Ello arranca ya del texto de la Exposición de Motivos del dictamen de la Comisión del Senado, encargada de estudiar la adecuación del texto articulado del Código civil a lo dispuesto en la Ley de Bases. En dicho texto se decía: «Reconoce la Comisión como todo el mundo, la necesidad imperiosa de metodizar y unificar la legislación diluida en Código, y compilaciones y leyes sin cuento; lamenta, o por lo menos alguno de sus miembros lamenta, que esta obra no resulta positiva y real, una vez que se dejan subsistentes las llamadas legislaciones forales, cuya conveniencia total no considera debida y suficientemente demostrada,

sea posible a la unificación del Derecho. Con este fin patriótico tuve el honor en 1885 de presentar una enmienda, por encargo de las corporaciones, enmienda que luego fue artículo y que conmigo suscribieron otros compañeros. ¿Sabéis para qué? Para que el futuro Código rigiera allí inmediatamente en cuanto se compadeciera con las disposiciones *forales y consuetudinarias*, actualmente vigentes, respetadas ya por el art. 5.^º en toda su integridad". Sesión de 2 abril de 1889. Congreso. "Diario de sesiones", núm. 84, pág. 2247.

(104) Sobre la interpretación de las discusiones parlamentarias en este punto puede consultarse el trabajo de JERÓNIMO LÓPEZ, *La conservación de los regímenes forales y las leyes generales anteriores al Código civil*. ADC 1951, pág. 184.

(105) Sesión del Senado de 14 abril 1888. "Diario de sesiones", número 86, pág. 1741.

cuyo mantenimiento no lo estima provechoso a los fines sociales ni adecuado a los sanos principios de la política del derecho» (106) y en otras intervenciones esporádicas se hace referencia a esta supletoriedad de Derechos canónico y romano, con preferencia al Código civil, como en el discurso de Hernández de la Rúa, en el Senado, contestando a Maluquer (107), el de Paso y Delgado, refiriéndose al Derecho supletorio en Navarra (108) y el de Durán y Bas (109).

Evidentemente, la conservación de los supletorios propios de cada uno de los derechos nacionales, va ligada al problema de la conservación de la integridad del sistema y así, sin referirse directamente al Derecho supletorio, sí que existen numerosas alusiones al mantenimiento de esta integridad, ya en la discusión de la Ley de Bases (110), pero quizás de forma más rotunda una vez

(106) Exposición de Motivos del dictamen de la comisión de la Ley de Bases para la publicación del Código civil. Apéndice núm. 1 al «Diario de sesiones del Senado», núm. 305, pág. 406. La comisión estaba formada por Telesforo Montejo y Robledo como presidente, Vicente Romero y Giron, Vicente Hernández de la Rúa, Nicolás de Paso y Delgado, José de Aldecoa, José de la Torre García de Villanueva, secretario.

(107) HERNÁNDEZ DE LA RÚA, en sesión del Senado de 9 de febrero de 1889, «Diario de sesiones» núm. 41, pág. 614, dice refiriéndose a este punto que «ya las constituciones catalanas parten del Rey Felipe V, que es el que estableció allí, si bien no la unificó en un mismo y sólo cuerpo; de manera que son tantas las fuentes del derecho, cuando son tantos los libros que hay que consultar, cuando hay que ir al Derecho canónico, cuando hay que estudiar el Derecho romano, ¿qué es lo que, en suma, produce este cúmulo de legislaciones para poder venir al verdadero conocimiento del derecho? Pues una gran confusión».

(108) PASO Y DELGADO. Sesión del Senado de 15 febrero 1889. «Diario de sesiones», núm. 46, pág. 723, contestando algunas dudas planteadas por el senador navarro Escudero, dice: «Decía S. A., ¿será el Derecho supletorio de Navarra este Código civil? ¿Es que dice el Código en su artículo 12 que en defecto de leyes forales entra el Código civil general como supletorio? No; terminantemente se dice que conservarán en toda su integridad sus fueros las indicadas provincias, sin que sufra alteración su actual régimen jurídico por la publicación de este Código, el cual regirá como supletorio. ¿Cuándo? ¿En qué forma? En defecto del que lo sea allí, en defecto del Derecho supletorio que tengan esas provincias.

Sí, por ejemplo, tiene Navarra como Derecho supletorio el romano; si esa o cualquier otra provincia tiene las Decretales, este Derecho supletorio lo seguirá siendo, y sólo en defecto de él, del supletorio, será admitido el Código con tal carácter.”

(109) La actuación de DURÁN I BAS en las discusiones parlamentarias de la Ley de Bases, en la legislatura 1884-85 y en el texto articulado del Código civil, siendo ya senador, en la legislatura 1888-89 son altamente importantes. Sus discursos en este último período están recogidos en el libro *Colecció dels discursos pronunciats per... en defensa de la legislació civil catalana en lo Senat y en lo Congrés ab motiu de la presentació a les Corts del Codic civil de 1889*. Barcelona 1891.

(110) Es importante citar en este punto el discurso de DURÁN I BAS en defensa del voto particular formulado en contra de las ideas de Gamazo. Ciertamente, la primera parte de su discurso, pronunciado el 18 de junio de 1885, constituye un alegato contra la codificación, de la que no se mostraba partidario DURÁN I BAS, como digno seguidor de la escuela histórica del Derecho, mezclando además el problema con la idea

publicado el texto articulado del Código civil, por cuanto muchas veces sus disposiciones destruían esta integridad. Así la discusión en el Senado la empieza Maluquer quien dice que si bien es cierto que el artículo 5.^o de la Ley de Bases proclama el respeto a la legislación foral, estas legislaciones no se respetan principalmente por lo que se refiere al antiguo artículo 15 (111). Pero la discusión se vuelve más agria cuando Luis Silvela afirma que las únicas legislaciones españolas que a partir de la publicación del Código civil no tendrán a éste como formando parte de su sistema jurídico son las de Cataluña y Navarra, «porque son las únicas provincias forales que no aceptan el Código ni como supletorio» (112). Silvela planteaba en este discurso un problema altamente interesante, que dio lugar a pocas discusiones, pero que fue más tarde hábilmente aprovechado por Borrell i Soler para fundamentar la subsistencia del derecho anterior, alegando que no había sido modificado por el Código civil. El argumento de Silvela es el siguiente: cuando el artículo 12 C. c. dice que se mantiene al régimen anterior a la publicación de este Código, hay que entenderlo en el sentido de que este régimen jurídico era el que tenían al publicarse la Ley de Bases, que no comprendía únicamente sus fueros, sino que se incluían todas las leyes que estaban vigentes al publicarse la citada Ley de Bases, como Minas, Aguas, etc. (113). En realidad este es un problema poco tratado o tratado de una forma muy superficial. Cuando se contesta a Silvela, Aldecoa le dice que el Código civil incorpora en su articulado las leyes especiales, que rigen en toda España, *no como leyes forales, sino como leyes de Derecho común* (114). Este punto no se discutió.

política de la Codificación; la segunda parte de su discurso, pronunciado el 18 de junio del mismo año ("Diario de sesiones" núm. 176, págs. 5183 y ss.), defiende las legislaciones forales en base a los siguientes argumentos: "Yo propongo que el régimen jurídico de cada provincia foral se formule no puramente en lo diferencial, sino en todo lo que como diferencia es característico y base de cada régimen, y junto a ello, en una otra forma todo lo que ha de observarse para el complemento de dicho régimen, cual sucede hoy, para que tenga la correspondiente unidad sistemática cada legislación especial en los respectivos territorios forales". Como consecuencia de ello propone una codificación propia para cada Derecho nacional: "Sin duda allí donde se encuentre completa homogeneidad entre lo general y lo especial, no hallo dificultad en que en lugar de trasladarlo a una ley foral se hagan meras referencias; ... en mi propósito entra que se fije íntegramente el régimen jurídico propio de cada provincia foral sin bastardías ni deficiencias y sobre todo, sin contradicciones en las tendencias o espíritu... que no aparezca subalternizado, si el verbo se me permite, el régimen foral al régimen general, sino en que aparezca cada régimen íntegro para cada provincia o región".

(111) Senador José MALUQUER. Discurso pronunciado el 9 de febrero de 1889. Recogido en el libro de los discursos citado, págs. 23 y ss.

(112) Sesión de 29 febrero 1889. "Diario de sesiones" núm. 49, página 794.

(113) Sesión del Senado de 14 febrero 1889. "Diario de sesiones", número 45, pág. 698.

(114) ALDECOA, por la Comisión del Senado. Sesión de 19 febrero 1889, "Diario de sesiones", núm. 49, pág. 802.

más en el Senado, pero fue planteado de nuevo en el Congreso, en el discurso del catalán Vilaseca (115) y que había sido objeto de controversias en Cataluña, en relación a la Memoria de la Academia de Jurisprudencia y Legislación (116).

La transcripción de estos puntos de la discusión parlamentaria viene a demostrar que, tras una pretendida voluntad de conserva-

(115) VILASECA, en sesión del Congreso de 2 abril 1889, dice lo siguiente sobre este punto: "Nos vamos a encontrar, publicado el Código, con leyes especiales derogadas en absoluto y con leyes especiales subsistentes. Quizá la solución se ofrezca clara y sin dificultad por lo que toca a los territorios de Derecho común. Respecto de las leyes derogadas se habrá de estar exclusivamente a lo que disponga el Código sobre las materias de que ellas se ocupan respecto de las declaradas subsistentes, éstas, en cuanto sean deficientes, quedarán supliditas por el Código por lo que dispone el art. 16 y en cuanto resulten modificadas, bien modificadas estarán, ya que el Código es una ley posterior.

Pero ¿qué va a suceder en las provincias que quedan sujetas al régimen foral y sobre todo en Cataluña?...

A mi juicio, respecto de las subsistentes, en los territorios de Derecho foral, toda vez que allí se las impuso como de aplicación general, y como de aplicación general han sido observadas, habrán de seguir rigiendo, pero sin las modificaciones del Código, porque esas modificaciones se introducen en títulos que no son aplicables a las provincias y territorios de derecho especial. ... Resultado de lo manifestado: una doble legislación desde 1.^o de mayo próximo, sobre puntos y materias respecto de las cuales ha habido hasta ahora una legislación uniforme, completamente uniforme, en todo el Reino".

En cuanto a las leyes derogadas por el Código, dice: "algunas leyes especiales que han sido derogadas en absoluto por el art. 1976, como son las de matrimonio civil, gracia y sacar y otras. Estas desaparecen por completo de la esfera del Derecho común, y de éstas se ha dicho que ni siquiera como Derecho supletorio pueden ser invocadas.

¿Sucedrá lo mismo en las provincias y territorios en que se declara subsistente el Derecho foral?

Esto sostienen muchos, y esto además sería lo racional, porque no se comprende que un cuerpo, siquiera sea un cuerpo legal, esté muerto y esté vivo al mismo tiempo. Además sería ilógico, porque si esas leyes se dictaron como generales, ya que como generales desaparecen, es consiguiente que desaparezcan para todos. Y sería legal también, perfectamente legal, porque el art. 12, tantas veces citado, ha dicho que en las provincias y territorios en que subsiste Derecho foral se mantenga en toda su integridad; y como esas leyes no han constituido Derecho foral, sino general, aunque ese art. 12 habla asimismo de régimen jurídico, bien puede decirse que ese régimen jurídico no puede ser otro que el foral.

Pero ¿es así como se entenderá? Yo temo que no; y temo que no y lo voy a decir francamente, porque constituyendo el art. 1976 un precepto legal que no está contenido en la parte del Código declarada subsistente para las provincias de Derecho foral, se puede sostener que la derogación que se hace ese artículo no ha de tener aplicación en las provincias y territorios de ese derecho, y que en éstos han de quedar subsistentes las leyes especiales que para el resto de España se declaran derogadas. Resultará que esas leyes especiales se tendrán como formando parte del régimen jurídico de esas provincias y territorios y no podrá acudirse al Código como Derecho supletorio, porque encontraremos derecho principal bien definido, con lo cual el Código ha de quedar excluido".

Verlo en el Libro de los discursos, cit., págs. 302-305.

(116) A ella se alude claramente en el discurso transscrito en la nota anterior.

ción de los sistemas forales, latía la idea de unificar el Derecho civil, con la progresiva implantación del Código civil, que empezaría rigiendo como supletorio, para ir integrándose en la vida jurídica de las regiones y acabar por ser el único Derecho civil vigente en España. Las regiones con Derecho civil propio lo irían postergando, según esta idea, para adoptar al Código civil, que en aquellos momentos representaba un ideal más perfecto y avanzado de leyes que las que podían aportar los Derechos nacionales.

III. CONSECUENCIAS POSTERIORES DE LA CODIFICACIÓN.

Al entrar en vigor el Código civil, la declaración de su artículo 12 C. c. produjo una de las crisis más agudas por las que han pasado los derechos nacionales desde el Decreto de Nueva Planta. Hemos dicho ya que el antiguo artículo 12 reconocía la subsistencia del sistema de fuentes legales propio de cada uno de los derechos nacionales, pero introduciendo como supletorio un cuerpo totalmente extraño e incluso contradictorio muchas veces, con el sistema de cada uno de ellos. Por otra parte, la ausencia de codificación de los derechos forales, dado que nunca se llevó a cabo la pretendida codificación en Apéndices, salvo en Aragón, comportaba una dificultad nada despreciable en conocer cuál debía ser el derecho aplicable en cada una de las regiones.

Pero la introducción del Código civil como derecho supletorio trajo consigo un problema todavía más agudo: ya hemos puesto de relieve cómo resulta totalmente absurdo introducir un nuevo derecho supletorio, porque la existencia de unos cuerpos integradores elimina totalmente la posible existencia de lagunas de la ley y por tanto, no se necesita más de un supletorio. Ello comportó que se introdujeran en los sistemas forales instituciones verdaderamente desconocidas en dichos sistemas, que repugnaban a su coherencia interna y que, en algunos casos, han acabado por incorporarse a las Compilaciones, como si de derecho propio se tratara. Ello ocurrió, por ejemplo, con la reserva troncal del artículo 811 C. c., recogida hoy en el artículo 272 de la Compilación catalana, con el testamento ológrafo, que tampoco se conocía en derecho catalán, que sólo aceptaba el *parentum inter liberos* del Derecho romano o con los retractos de colindantes, que se aplicaron, por constituir un avance técnico en esta materia, en opinión de los expertos.

Ello nos lleva a preguntarnos varias cosas: ¿cuál era el régimen jurídico existente en Cataluña y en el resto de las regiones forales al promulgarse el Código civil? y además, ¿en qué ocasiones era lícito utilizar la supletoriedad del Código por no hallarse la institución regulada en los derechos regionales de que se tratase o regulada deficientemente? La respuesta a estos interrogatorios debía ser consecuencia de un punto previo de partida, puesto

que si consideramos que los derechos regionales son sistemas completos que viven en pie de igualdad con el Código civil llegaremos a la conclusión de que en contadas ocasiones podía haberse producido la introducción masiva de las instituciones codificadas, bajo el pretexto de que no estaban reguladas o lo estaban deficientemente en los derechos de que se tratase; pero si se parte de la idea de la excepcionalidad de los derechos territoriales, como parece partirse en casi todas las sentencias del Tribunal Supremo y en las obras de los juristas castellanos, es lógico llegar a concluir que el Código debía siempre actuar como supletorio, dado el escaso número de instituciones que componían el panorama jurídico en las regiones.

Limitándonos a Cataluña, por sernos más conocido el problema, cabría decir que el Derecho civil catalán, a la hora de la entrada en vigor del Código civil, estaba compuesto por varios tipos de normas: por una parte, su derecho propio, contenido en las *Constitutions i altres drets de Catalunya*, vigente en virtud de lo dispuesto en el artículo 56 del Decreto de Nueva Planta. Pero este derecho propio, al contrario de lo que se cree por la mayoría de los autores, no había quedado desprovisto totalmente de evolución, ya que, por una parte, el uso de la costumbre *praeter y contra legem* y, por otra, la potestad legislativa de los Monarcas del siglo XVIII (117), le había proporcionado un medio de evolución, que realmente se vio truncado después de las Cortes de Cádiz y de la conclusión de legislar de manera uniforme para toda España. Después de la Guerra de la Independencia, los reyes españoles promulgan leyes uniformes para todo el territorio, leyes que recibirán el nombre de generales y que tendrán la virtud de modificar las normas propiamente forales sobre algunas materias. Es conocida la polémica en torno a la Ley de Mostrencos, de 1835 (118) y la referencia que en la Ley de Matrimonio civil de 1871 se hace a la conservación del régimen foral sobre aquella materia. Por tanto, las leyes generales, en tanto que leyes generales y porque, además, modificaban la legislación civil propia en algunos puntos, formaban parte del régimen jurídico de las regiones. La incidencia de las leyes generales ya fue altamente perturbadora para la

(117) · Según BROCA, los reyes posteriores a Felipe V dictaron disposiciones especiales para Cataluña y así cita una pragmática de Fernando VI, de 9 de julio de 1750, relativa a la reducción de pensiones en los censales y de los censos redimibles, extendiendo a Cataluña otra pragmática dada en 1705 para Castilla y León; una real cédula de 27 de febrero de 1742, sobre la retención *pro creditis*; la Real provisión de 26 de noviembre de 1736, relativa a los testamentos autorizados ante párroco; una Real resolución de 13 de marzo de 1753 estableció reglas para la regulación de los testamentos nuncupativo y cerrado en poder del notario, derogando el *Recognoverunt* en algún punto y otras que cita. Véase *Historia del Derecho de Cataluña, especialmente del civil, y Exposición de las Instituciones del Derecho civil del mismo territorio en relación con el Código civil de España y la jurisprudencia*. Barcelona 1914, págs. 433 y ss.

(118) Véase sobre el mismo, lo dicho en la nota 88.

subsistencia y coherencia interna del sistema catalán o vasco, etc., pero en este orden podía decirse que como leyes generales, se aplicaban de forma uniforme en todo el territorio español, y en lo que ellas no recogían, actuaba como derecho supletorio el propio de aquel territorio donde debieran aplicarse. Pero la vigencia del Código civil plantea además, un nuevo problema. Supuesto que el régimen jurídico de las regiones se componía del derecho general y de su propio derecho, que actuaba siempre como supletorio del anterior cuando debería aplicarse en las regiones, ¿qué ocurrirá a partir de la publicación del Código civil? Porque, por una parte, el Código vendrá a sustituir muchas veces las leyes generales que estaban vigentes a su entrada en vigor, pero en otras, como la Hipotecaria, la de Minas, Aguas, etc., se limita a recoger en su articulado los principios generales que las informan, como si se tratase de unas bases, dejando el desarrollo ulterior a la ley ya existente, de manera que el Código no deroga estas leyes, sino que las deja subsistentes. Pero a partir de este momento y, después de la declaración del antiguo artículo 16 C. c. el supletorio de esta legislación, por otra parte bastante abundante, será el propio Código, olvidando que en muchas ocasiones habrá que acudir a ciertas instituciones reguladas de forma distinta en el Código y en las legislaciones de que se trate. Es cierto que no puede decirse, como lo hace Borrell i Soler (119) que el sistema catalán esté compuesto por la legislación general y por las instituciones propias, por cuanto las leyes generales, formando parte del sistema catalán por ser generales, sin embargo no forman el sistema peculiar de Cataluña. El hecho de que deban aplicarse en Cataluña no las foraliza, por decirlo así. Pero también es cierto que no puede aplicarse un régimen distinto a los catalanes cuando se trata de aplicar una ley general o una institución de derecho propio: así no puede medirse la capacidad de un modo distinto si la examinamos porque debemos aplicar la Ley Hipotecaria, o si debemos aplicar una institución de la Compilación. Por esta razón, creo que la promulgación del Código civil vino a romper esta coherencia interna, por cuanto su artículo 12 proclamaba su supletoriedad en relación a la legislación especial, excluyente de los derechos forales cuando hay que aplicarlos integrando las leyes especiales.

Lo que acabamos de decir nos lleva a otras consideraciones: supuesto que el régimen propio de las regiones lo formaba la legislación general y sus propias instituciones, ¿es cierto totalmente que el Código civil respetaba la integridad de este sistema? El problema lo ponía de relieve ya que Maluquer en su discurso en el Congreso el 20 de marzo de 1889 (120) y es absolutamente cierto que después el Tribunal Supremo admitió que el Código civil había

(119) BORRELL I SOLER, *El Còdich civil a Catalunya*. Barcelona 1904, pág. 56.

(120) MALUQUER I VILADOT. Discurso pronunciado en el Congreso en 20 de marzo de 1889. Recogido en el Libro de los discursos cit., pág. 257.

derogado todos los preceptos de las leyes generales que habían sido incorporados a su articulado y que por ello era aplicable el Código civil y no la Ley general (121).

La problemática de la aplicación del Código en defecto de leyes generales sigue viva después de la publicación del Código civil. Así la Academia de Jurisprudencia y Legislación de Barcelona, en su dictamen publicado en 1895 (122), entendía que el régimen jurídico de Cataluña que se conserva *por ahora* en el artículo 5.^º de la Ley de Bases y en el artículo 12 del Código civil estaba formado, como había dicho ya Luis Silvela en el Senado, por todas las leyes que regían hasta la publicación de dicho Código, amén de las peculiares disposiciones catalanas. También Borrell i Soler entendía que las leyes generales posteriores al Decreto de Nueva Planta

(121) Así, por ejemplo, la sentencia de 20 de marzo de 1893, referida a una sucesión intestada en Cataluña, a la que declara aplicable la Ley de Mostrencos, la de 3 de febrero de 1896 que dice que "si bien el régimen jurídico que existía en Cataluña en materia de enfiteusis al publicarse el Código civil era el establecido por las disposiciones de carácter general contenidas en la Ley de señoríos de 3 de mayo de 1823, mandada observar de nuevo en 2 de febrero de 1837, y en la Real Cédula de 17 de enero de 1805, a la que expresamente se refirió dicha ley, cuyos amplios efectos han sido determinados por la jurisprudencia, y entre cuyas disposiciones resalta el principio de la redimiblidad de los expresados censos, es por lo mismo evidente que a semejante estado *ha venido a sustituir el del Código aplicable a Cataluña*, según el art. 12 del mismo, en todo aquello que había dejado ya de constituir su régimen foral especial".

Asimismo la sentencia de 16 enero de 1897 dice que "según reiterada jurisprudencia de este Supremo Tribunal, el párrafo 2.^º del art. 12 del Código civil, que declara subsistente el Derecho foral en su integridad, no ha alterado absolutamente en nada las condiciones y extensión del expresado derecho en cuanto fue modificado por las leyes de carácter general, siendo igualmente aplicables a las provincias y territorios en que aquél subsiste las variaciones introducidas en estas leyes".

También la resolución de 15 de noviembre de 1899, relativa a un problema de disposición de bienes dotales inestimados, dice que "el Tribunal Supremo, al interpretar el art. 1.976 del expresado Código en sus relaciones con el art. 12 del mismo, ha sentado en repetidas sentencias, y especialmente en las de 3 de diciembre de 1895, 3 de febrero de 1896 y 9 de abril de 1898, la doctrina de que "las instituciones de derecho regidas exclusivamente por la legislación común cuando se publicó el Código civil en territorios en que rigen disposiciones forales, están sometidas a las prescripciones de dicho Código como ley general".

(122) Academia de Jurisprudencia y Legislación, *Régimen jurídico de Cataluña después de la publicación del Código civil*, R.J.C., 1895, especialmente página 97, donde se dice: "porque real y positivamente, la idea a que el legislador alude, es la de conservación de la legislación civil o del régimen jurídico (usa también indistintamente una u otra frase) de aquellas provincias o territorios que debiendo distinguirse con uno u otro nombre se han apellidado forales"; en la página 95 había dicho que no existe en Cataluña el Derecho general y el Derecho foral, porque "nada importa que al dictarse para Cataluña unos preceptos estos mismos preceptos se dictaran a un tiempo para otros territorios; no por esto estos preceptos dejaban de constituir menos el Derecho de Cataluña que aquellos otros preceptos que en otros tiempos exclusivamente para Cataluña fueron dictados; al combinarse, y al engranar con las demás instituciones de nuestro suelo, formaban el conjunto del Derecho civil de Cataluña."

no habían sido sustituidas por el Código (123), si bien para Martí i Miralles, el régimen jurídico catalán estaba formado sólo por la legislación propia y las leyes generales habían sido derogadas por el Código civil, por lo que había que aplicarle en esta materia (124); por su parte, Brocà dice que «nadie ha dudado de que el Código civil dejó subsistentes las disposiciones dadas especial y directamente para Cataluña con posterioridad al Decreto de Nueva Planta, las generales que el mismo Código declara subsistentes y aquéllas que, versando sobre materias no reguladas en él, ni remotamente puede pensarse que fueron derogadas. Respecto de las generales cuya materia ha sido objeto de las disposiciones del Código civil, dividiéronse las opiniones», cita en este sentido la sentencia del Tribunal Supremo de 31 de marzo de 1892, relativa a Navarra, que dice que si en materia de tutelas y curadurías se aplicara el Código civil, éste no sería supletorio sino derogatorio, porque el artículo 12 excluye terminantemente la aplicación de todo el contenido del mismo cuerpo legal, salvo lo que de un modo taxativo consigna; en contra, cita la circular del Fiscal del Tribunal Supremo, de 28 de abril de 1893, quien dice que el artículo 12 C. c. «llevó a la legislación de Cataluña un elemento del que antes carecía; llevó el Derecho civil general, el castellano, a ocupar un lugar, siquiera el último en el orden de prelación de sus códigos» (125), de lo que deduce Borrell i Soler que en sustitución de las leyes generales hipotéticamente derogadas, deberían entrar en las demás disposiciones propias y sobre todo las supletorias del Derecho catalán aplicables al caso, antes de tener que recurrir al Código civil (126).

El problema de la supletoriedad del Código es tratado de una manera muy superficial por los proyectos de Apéndice catalanes al Código civil, limitándose aquí sólo a los publicados después del Código. El Proyecto de la Academia de Derecho (127), hace

(123) BORRELL I SOLER, *Ob. cit.*, pág. 67.

(124) MARTÍ I MIRALLES, *Estudio sobre el artículo 12 del Código civil*. Barcelona 1901, págs. 39 y ss.

(125) BROCA, *Ob. cit.*, pág. 488.

(126) BORRELL I SOLER, *Ob. cit.*, pág. 63.

(127) Academia de Derecho de Barcelona. *Proyecto de Apéndice al Código civil para Cataluña*. Barcelona 1896. Art. 1.^º: Ahora bien, en la exposición que precede al articulado, los autores del citado proyecto ponen de relieve que «el Código civil irá acentuando la introducción de preceptos en pugna con el Derecho catalán constituido, ora dejando, lo que es más grave aún, a las sutilezas de la crítica y a las veleidades de la jurisprudencia la determinación del régimen jurídico que había de conservarse en Cataluña durante el período, más o menos largo, de transición que mediare desde la publicación del Código a la del Apéndice, ha dado al problema caracteres de conflicto inmediato» (pág. 13). Claramente preveía, además, la desaparición de la vigencia del segundo párrafo del antiguo artículo 12, cuando se decía que «Una vez publicado el Apéndice, cesará ya de estar en vigor el párrafo 2.^º del art. 12, cuya redacción, dando pie a interpretaciones y críticas, ha venido a aumentar la perturbación anárquica producida en el Derecho catalán, hasta el punto de no saberse con fijeza cuál sea el régimen jurídico vigente» (pág. 22).

extensivo a Cataluña el Código civil, con lo que está reconociendo el carácter excepcional del Derecho catalán; Almeda no se refiere a él en su proyecto (128); en cambio, Romani y Trías i Giro rechazan de plano la aplicación en Cataluña del Código civil, siquiera sea como supletorio. Dado que en el artículo 7.^º del Anteproyecto admitían la aplicación *in totum* del Título preliminar del Código civil, debían especificar qué es lo que se entendía en Cataluña por principios generales del Derecho (129) y así, en el artículo 8.^º del citado Anteproyecto establecían que «para la aplicación de los principios generales de Derecho, establecida en el artículo 6.^º del Código civil, se observará la siguiente prelación: 1.^º las reglas establecidas en este Apéndice y aplicables a casos análogos al dudoso; 2.^º las establecidas en la opinión científica o en las legislaciones españolas o extranjeras, en casos iguales o análogos; 3.^º el Derecho canónico comprendido en las cuatro compilaciones del *Corpus iuris canonici*; 4.^º el Derecho romano comprendido en las compilaciones del *Corpus iuris civilis*» (130).

(128) ALMEDA y TRÍAS i DOMENECH, *Anteproyecto de Apéndice del Derecho catalán al Código civil*. Barcelona, s/f.

(129) ROMANÍ i PUIGDENGOLAS y TRÍAS i GIRO, *Anteproyecto de Apéndice al Código civil para el Principado de Cataluña*. Barcelona 1903. En el prólogo del citado anteproyecto, los autores introducen una serie de novedades hasta aquel momento realmente impensadas. Así, se dice que “se elimina de este contenido (del Derecho civil catalán) el art. 12 del Código civil, pues desde el momento en que en Cataluña rijan los Apéndices, cesa ya el imperio solamente interino o transitorio de las disposiciones de este artículo, las cuales quedan sustituidas por el artículo 7.^º de este Apéndice”. El art. 7.^º establecía que “son aplicables a Cataluña las siguientes disposiciones del Código civil: 1.^a Las que en este Apéndice se declaran especialmente aplicables. 2.^a El título preliminar, excepto el art. 12, cuya disposición queda sustituida en Cataluña por las disposiciones del presente Apéndice. 3.^a Las disposiciones del Título IV, libro 1.^º, excepto en su sección 4.^a”.

Pero además, se rechaza la aplicación del Código civil como Derecho supletorio, basándose en la necesidad de dar fijeza al derecho aplicable y así lo justifican de la siguiente forma: “La Comisión, en este punto, respondiendo a esta misma tendencia, ha creído que daba fijeza a su derecho y orientación a los Tribunales que han de aplicarle, señalando taxativamente y una a una todas las disposiciones del Código civil aplicables al Principado de Cataluña. Fueras de ellas los tribunales ya sabrán que a las relaciones jurídicas regulables por la ley catalana no cabe aplicar otras, y esta concreción notablemente el trabajo de los juzgadores y les conquistará seguramente grandes prestigios ante la opinión pública, pues hoy, en la incertidumbre en que vive el Derecho catalán, cada nueva aplicación del Código civil al Principado de Cataluña la recibe la opinión como empeño de los tribunales en imponer el régimen del Derecho castellano” (pág. 21).

(130) La justificación de esta enumeración de fuentes se hace en el prólogo de la siguiente forma: “La Comisión ha creído de su deber concretar el uso de los principios generales de derecho admitidos como fuente supletoria en el art. 6.^º del Código civil. Disposición análoga establecida en la ley de introducción del Código civil de Italia se ha prestado en dicho país a diferentes interpretaciones, y respetables jurisconsultos entienden que a título de principios debieran aplicarse los del Derecho romano como legislación algún tiempo universal y base aún de las legislaciones euro-

En este sentido también Permanyer, redacta, en su Proyecto de Apéndice al Código civil un segundo párrafo del artículo 6.^º en el que se dice que «cuando no haya ley exactamente aplicable al punto controvertido, se aplicará la costumbre del lugar y, en su defecto, los principios generales del Derecho, especialmente los de la Legislación Romana y los fundados en la doctrina de los autores basada en la misma» (131). A su vez el Apéndice de Derecho catalán de 1930 contenía dos disposiciones fundamentales en la materia, se trata de los artículos 1 y 3, cuyo texto era el siguiente: Artículo 1.^º: «En Cataluña regirán en materia de Derecho civil los preceptos de este Apéndice como expresión del régimen jurídico especial de su territorio a los fines previstos en el artículo 12 del Código civil; y sólo en defecto de tales preceptos, o de costumbre que los complete o supla, se aplicarán como Derecho supletorio, las disposiciones del Código y de las leyes de carácter general que modifiquen o adicionen el propio Código en materias no reguladas en este Apéndice» y el artículo 3.^º establecía que «en todos los casos en que para la aplicación de este Apéndice aparezca incompatibilidad entre sus preceptos y los del Derecho común que puedan entenderse aplicables como supletorios, deberá acudirse y estarse a las disposiciones que han regido según la ley única, tít. 30, lib. 1, vol. 1.^º de las Constituciones de Cataluña» (132). Este último artículo respondía a una metodología

peas. Y en España la tendencia del Tribunal Supremo a rechazar los recursos fundados en la infracción de los principios generales de Derecho, prueba también las vacilaciones de los funcionarios del poder judicial en la concreción de esta fuente. No hay duda, por otra parte, de que una vez admitida debe ajustarse al criterio y espíritu del Derecho a que se aplique como supletoria, y de ahí, una vez admitida la conveniencia de esta concreción, reconocida también la necesidad de realizarla dentro de cada legislación y con arreglo al espíritu general que respectivamente las informe. He aquí porque la Comisión ha regulado este punto, y porque ha dado entrada a los elementos canónico y romano que integraron por algunos siglos el Derecho común europeo y fueron especialmente la base del catalán» (págs. 21-22).

(131) PERMANYER i AYATS, *Proyecto de Apéndice al Código civil*. Barcelona 1915.

(132) *Apéndice de Derecho catalán al Código civil. Proyecto formulado antes de la promulgación del Código, por el eminent jurisconsulto don Manuel Durán i Bas. Revisado y completado, después de información pública, por la actual Comisión, constituida de acuerdo con el R. D. de 24 de abril de 1899*. Barcelona 1930. En la introducción se dice lo siguiente, después de reconocer la necesidad de fijar el régimen jurídico de Cataluña: «Era necesario que, abans de resumir en el text d'un Apéndix tot el que resta vigent d'aquestes fonts de dret, d'origen tan divers o de contingut tan complexe, quedés ben clar, en primer lloc, que el Codi civil i les lleis generals que el complementen regiran como a dret supletori, no directament de les Constitucions, sino del dret que dintre de Catalunya ha estavingut dret propi como a supletori d'aquelles, i en segon lloc, que per interpretar el contingut i suplir les possibles deficiències de l'Apéndix, es té de donar preferència a les fonts del nostre dret propi per damunt de tot altre text legal.

Aquest és el criteri que la Comissió desenrotlla amb la màxima cla-

muy grata a Martí i Miralles quien entendía que con la Codificación no debía hacerse tabla rasa del Derecho anterior y así, en una conferencia pronunciada en Valencia justificaba este sistema comparándolo con el utilizado por el vigente *Codex iuris canonici*, con lo que se conservan las legislaciones anteriores, «tanto en el concepto de fuente supletoria, como en el de fuente interpretativa» (133). El Proyecto de 1956 recogía en buena parte lo establecido en el de 1930 y así en el artículo 6.^º se decía: «Si no obstante lo prevenido en el artículo anterior, las disposiciones a que se refiere resultaren obscuras o insuficientes, se aclararán o completarán per la costumbre local o territorial y, en su defecto, por el Código civil y por las leyes de carácter general que las modifiquen o adicionen. Estas leyes se aplicarán también a las anteriores civiles no reguladas en la Compilación».

La importancia de la regulación que preveía el Proyecto de 1956 residía en este *artículo anterior* citado en el artículo 6.^º, que establecía el procedimiento interpretativo e integrador de las normas del Derecho catalán contenidas en la Compilación; el artículo 5.^º decía lo siguiente: «Las normas de esta Compilación se interpretarán e integrarán por los textos originarios y conforme al siguiente orden prelativo:

- 1.^º *Constitucions i altres Drets de Catalunya*, texto de 1704.
- 2.^º *Corpus iuris canonici* y legislación canónica recibida posteriormente.
- 3.^º *Corpus iuris civilis*.
- 4.^º Doctrina común y constante de los autores de Derecho catalán, canónico y romano.
- 5.^º Opiniones de aquellos autores aceptadas en Sentencias de la Antigua Audiencia Real de Cataluña o del Tribunal Supremo de Justicia» (134).

redat que ha pogut en el Títol primer del projecte. L'article 3 estableix como a regla d'aplicació de l'Apèndix que sempre que hi hagi incompatibilitat entre un dels seus preceptes i un altre del dret comú que es cregui aplicable como a supletori, s'estarà a les disposicions que han estat vigents segons la llei única, tit. 30, lib. I, vol. I de les Constitucions de Catalunya i que són totes les fonts del nostre dret propi” (pág. 19).

(133) MARTÍ I MIRALLES, *El Derecho civil de Cataluña en sus relaciones con el llamado “Derecho común”*. Conferencia leída en el Colegio de Notarios de Valencia el 12 de mayo de 1934. La Notaría, 1934, págs. 12-18.

(134) La doctrina del Tribunal Supremo se mostró contraria a aceptar la doctrina de los autores como fuente del Derecho, a pesar de la declaración de la Constitución de 1599. Entre otras, podemos citar las sentencias siguientes: 12 noviembre 1894, 16 abril 1898, 19 febrero 1898, 20 diciembre 1899, 2 febrero de 1900, 17 de marzo de 1927. La de 29 de noviembre de 1927 repudiaba las “opiniones de los comentaristas, por respetables que sean que contribuirán, como contribuyen con sus decisiones a ilustrarla (la jurisprudencia), pero no a formar doctrina”. La de 18 de enero de 1930 dice que “las opiniones de los tratadistas o jurisconsultos

El orden de este artículo es muy parecido a lo que en 1973 dispone la Ley 1.^a, párrafo segundo de la Compilación de Navarra (135). Hay que tener en cuenta, además, que el proyecto de Compilación de 1956 no contiene disposiciones finales y, por tanto, no aparece aquí la disposición final segunda, que declara supletorio del catalán al Código civil.

Hoy, dadas las disposiciones de las diversas compilaciones en este sentido, es indudable el carácter supletorio del Código civil; ya Castro había dicho que «la condición de último Derecho supletorio hace del Código civil el único Derecho supletorio de los Derechos forales con carácter de verdadero derecho común y de continuador del anterior Derecho común patrio» (136). Pero si bien es indudable que hoy el Código civil es el único supletorio de los derechos nacionales españoles (137), no es, sin embargo, de aplicación indiscriminada, porque la mayoría de las Compilaciones han incluido en sus artículos una disposición que priva la aplicación de esta supletoriedad cuando vaya en contra de los principios generales del Derecho de que se trate. Si esta disposición hubiera estado contenida en el anterior artículo 12 C. c. se hubiese evitado quizá esta aplicación indiscriminada del Código que provocó la introducción de instituciones verdaderamente desconocidas en el sistema de los derechos de cada región. Hoy, el

sólo constituyen doctrina legal a tenor de lo dispuesto en la Constitución única, tit. 30, libro I de las del Principado, y según la sentencia de este Tribunal de 4 mayo 1859, cuando apareciese su conformidad, y la aplicación constante por los Tribunales del territorio, conformidad y aplicación que se deben justificar". La sentencia de 22 diciembre 1943 exige la prueba de la opinión de los tratadistas, lo que se exige asimismo en la de 12 de mayo de 1947. Véanse, en sentido parecido, las sentencias de 17 de marzo de 1927, 31 octubre 1953, 11 noviembre del mismo año y 7 de julio de 1955.

La doctrina del Tribunal de Casación de la Generalitat razonó muchas veces en base a las doctrinas de los tratadistas y autores de Derecho catalán y del *ius commune*: así las de 8 de octubre de 1936 y 8 y 22 de marzo de 1937, aunque la de 16 de mayo de 1936 no la reconoce como fuente del Derecho, en base a las aclaraciones del Tribunal Supremo, pero dice que ello no será obstáculo para que sea tenida en cuenta y consideración por los tribunales, sino por la fuerza que por sí misma no tiene, como elemento orientador.

(135) La Ley 1.^a, párrafo 2.^º, de la Compilación de Navarra, dice que "como expresión del sentido histórico y de la comunidad del Derecho privado foral de Navarra, conservan rango preferente para la interpretación e integración de las leyes de la Compilación, y por este orden: las leyes de Cortes posteriores a la Novísima Recopilación; la Novísima Recopilación; los Amejoramientos de Fuenro; el Fuenro General de Navarra; los demás textos legales, como los fueros locales, el Fuenro reducido, y el Derecho romano para las instituciones o preceptos que la costumbre ó la presente Compilación hayan recibido del mismo".

(136) CASTRO, *Derecho civil de España*. Madrid, 1955, pág. 284.

(137) Además de la disposición contenida en el art. 12, 2 C. c., las Compilaciones aceptan expresamente esta supletoriedad. Así, las disposiciones finales de las Compilaciones de Vizcaya y Alava, Cataluña, Baleares y Galicia, el art. 1, 2 de la Compilación de Aragón y la Ley 6.^a de la Compilación de Navarra.

nuevo artículo 13.2 C. c. repite el mismo principio que el antiguo artículo 12. Díez Picazo y Gullón critican esta repetición, que consideran fuera de lugar (138), por creer que en la actualidad ningún sistema civil español reclama como supletorio otro derecho que no sea el contenido en el Código civil. En cambio, Cossío dice que la redacción del artículo 13.1 C. c. es perfectamente coherente con ciertas compilaciones que mantienen «la plenitud de sus propias fuentes, y admiten la aplicación del Código civil, únicamente como fuente supletoria de segundo grado» y se refiere concretamente a las compilaciones aragonesas y navarra (139).

Creo que después de la promulgación de las Compilaciones hay que dar un significado distinto a la declaración del artículo 13.1 C. c. En efecto, el antiguo artículo 12 limitaba la auto-proclamación del Código civil, considerándole supletorio de segundo grado; hoy las Compilaciones han sustituido sus propios derechos supletorios por las normas en ellas contenidas y todas ellas reclaman como supletorio al Código civil y así el artículo 13.2 C. c. debe interpretarse en el sentido de que el Código se reconoce como supletorio, no después de los Derechos supletorios específicos, que no existen, sino por detrás del sistema de fuentes propias de los derechos regionales.

¿Cómo se organiza en Cataluña esta supletoriedad del Código civil dejando aparte aquellos casos en que la Compilación se remite a artículos determinados del Código (140) en cuyo caso, éstos actúan como Derecho catalán y no como derecho supletorio y

(138) DÍEZ PICAZO y GULLÓN BALLESTEROS, *Sistema de Derecho civil*. Madrid 1976, pág. 96.

(139) Cossío, *El Derecho común y los derechos especiales en el nuevo Título preliminar del Código civil*. "Ciclo de conferencias sobre el nuevo Título preliminar del Código civil". Barcelona 1975, pág. 35.

(140) DELGADO dice que en este caso debe entenderse como si se hubiera reproducido letra a letra el artículo citado del Código civil, porque lo que se ha querido declarar vigente es precisamente el contenido normativo encerrado en el guarismo de que se trate. *Fuentes del Derecho civil catalán* en particular la compilación y la legislación común. Llebre del II Congrés, cit., pág. 170. Esto plantea el problema de saber cuál sea la redacción a la que la Compilación se refiere: si la vigente en el momento de publicarse la propia Compilación, o si las sucesivas modificaciones del artículo en cuestión afectan al Derecho catalán, entendiéndose que la Compilación se refiere al texto del artículo vigente en el momento de aplicarse la citada disposición. El anteproyecto de 1956 decía en su artículo 6.2 que "siempre en esta Compilación se citen artículos del Código civil, se entenderá que en su redacción actual quedan incorporados a la misma". Esta locución desapareció en la actual Compilación pero, por las razones que damos en el texto, creemos que debe entenderse que es la redacción vigente en el momento de promulgarse la Compilación y así opina también DELGADO.

En este mismo sentido ROCA SASTRE distingue las normas generales de remisión de la Compilación, entre las que coloca el art. 1.^º y la disposición final 2.^a y las normas especiales de remisión, que son las que se remiten a artículos concretos del Código civil, distinguiendo entre ellas las puras y las condicionales. Véase su trabajo *Los elementos componentes de la Compilación* en "Comentarios a la Compilación del Derecho civil especial de Cataluña". Barcelona 1961, págs. 25 y ss.

como tal deben ser interpretados y aplicados (como ocurre con el artículo 320 Comp. que acoge al 1.625 C. c.), hay que estudiar aquellas situaciones en que el Código civil actúa como verdadero derecho supletorio.

Hay distintas posibilidades: a) Podría decirse que en ciertas materias, como la relativa a la normativa vigente sobre obligaciones y contratos y derechos reales, el Código civil es, por naturaleza, el derecho supletorio del catalán, porque acogería el mismo sistema que el *ius commune*, a través, como dice Figa Faura, de Pothier y del Código napoleónico (141). Pero para afirmar esto tan rotundamente hay que estudiar el origen de las normas en ambos ordenamientos. El Derecho catalán estaba formado por normas propias emanadas de la legislación dictada en Cortes y por el *ius commune* romano-canónico. El Derecho castellano, recogido en el Código civil, estaba formado por normas de Derecho autóctono, recogidas en las sucesivas Recopilaciones y un cuerpo de Derecho supletorio, las Partidas, formado por el Derecho romano en el estado evolutivo de la época en que fueron redactadas. Cuando se codifica el Derecho castellano (142), adopta en ciertas materias el modelo francés; lo había hecho ya el Proyecto de 1851 y lo hace también el Código civil en 1889. Pero la pregunta que se nos plantea, es si tenemos de considerar que el Código civil recoge el *ius commune* y por ello es supletorio natural del catalán, cuando sabemos que se basa en el modelo francés, es si el Código de Napoleón recoge a su vez el *ius commune*. Estudiando el origen respectivo de las normas hay que matizar la afirmación de Figa Faura y decir que el Código civil no es derecho supletorio del catalán por contener la misma normativa que en materia de obligaciones y contratos y derechos reales existía en el *ius commune* (que regía en Cataluña y que vendría así sustituido sin traumas por el Código civil), sino por imposición de la Ley de Bases de 1888. El Código, utilizando el mismo material proporcionado por el Derecho romano, lo incorpora a través de una interpretación distinta a la del Derecho catalán y sin olvidar que se trata siempre de *ius commune*, el Código lo incorpora a través de la interpretación *more gallico*, que es la utilizada por Pothier (143), al paso que el Derecho catalán,

(141) FIGA FAURA, *El nuevo Título preliminar del Código civil y el Derecho catalán*. "Documentación jurídica", núm. 4, 1974, pág. 279. Antes había llegado a una conclusión parecida en su trabajo *La Compilación en sus conexiones con el Código civil*, "Comentarios de la compilación del Derecho civil especial de Cataluña". Barcelona 1961, pág. 112.

(142) Es significativa en este punto la lectura de las Concordancias de GARCÍA GOYENA al Proyecto de 1851 y las que destaca PEÑA Y BERNALDO DE QUIRÓS, en *El Anteproyecto del Código civil español*. Madrid 1965.

(143) Que POTHIER es un autor que interpreta el *ius civile more gallico* nos lo demuestra su propio biógrafo M. La Trosne cuando, comentando las Pantectas de Pothier dice que el autor introduce notas aclaratorias en los pasajes difíciles, que la mayoría de las veces ha obtenido en Cujacio y la diferencia que establece entre la glosa de Acursio y los comentarios de Alciato. Véase págs. 30 y 32 del *Eloge Historique de*

salvo los autores de la escuela de Cervera, no tuvo nunca una tradición interpretativa en este sentido y siguió aplicando el Derecho común a través de la Glosa y los autores que lo interpretaban *more italicico* (144). Podría haber ocurrido que ambos ordenamientos hubiesen llegado a las mismas soluciones en esta materia, a no ser porque en 1716 se cegaron las fuentes de producción del Derecho civil catalán. Lo que realmente resulta difícil es afirmar la identidad de planteamiento y soluciones por razón de su origen entre las normas de estos dos ordenamientos y creo que la aceptación de las ramas del Código en materia de obligaciones y contratos y derechos reales como supletorias del Derecho catalán fue una corrupción cómoda de los juristas posteriores al Código, que carecía de una base científica, puesto que el Derecho catalán no carecía de normas sobre la materia, al tener todas las que la doctrina del *ius commune* había elaborado sobre la base de la aplicación práctica de los textos romanos.

b) Ni que decir tiene qué en otras materias, la supletoriedad del Código es todavía mucho más forzada, como ocurre, por ejemplo, con el derecho de acrecer, la rescisión de los contratos, etc., ya que al tener una regulación distinta en el Derecho catalán, no puede acudirse al Código civil para suplir los vacíos que tenga la regulación catalana (145). En otros supuestos hay que plantearse, como lo hace Figa, una situación análoga como la que puede darse en Derecho internacional privado, con la llamada institución desconocida, ya que no puede decirse que dado que el Derecho catalán no regula la prescripción ordinaria y el Código civil sí lo hace, debe acudirse al Código para suplir este vacío, porque con esta conclusión se llegaría a una aplicación indiscriminada del Código, introduciendo instituciones extrañas al sistema del Derecho catalán (146).

c) Hay otros casos en que la propia Compilación llama a los preceptos del Código civil para que suplan sus deficiencias; así ocurre, por ejemplo, en el artículo 52 Comp. que remite la regulación de la sociedad de gananciales, pactada en Cataluña en capitulaciones matrimoniales, a la normativa del Código civil. Pero aun en este caso, no puede aplicarse sin más esta normativa, dado que hay que contrastar los preceptos del Código con los principios generales del Derecho civil catalán y aplicar solamente aquéllos que no se opongan a la propia Compilación y a los principios ge-

M. Pothier, por M. LE TROSNE, publicado como prólogo en el Tomo I de las "Obras completas de Pothier". París 1825.

(144) FIGA FAURA, "Mos Italicus" y los juristas catalanes. AAMN. Tomo XX. Madrid 1976, pág. 292, reconoce esta misma influencia.

(145) Algunas contienen instituciones realmente desconocidas en el Derecho catalán, como la mejora, que no pueden introducirse en un sistema que las rechaza; otras instituciones deben asimismo rechazarse, porque responden a principios distintos, así ocurre con la rescisión por lesión en Derecho catalán y la de los arts. 1.290 y ss. del Código civil.

(146) FIGA FAURA, La Compilación en sus conexiones, cit., págs. 119 y ss.

nerales que la informan (147). Esta es, además, la conclusión a que se llegó en el II Congrés Jurídic Català (148).

d) Por último, puede ocurrir que haya que aplicar el Código civil o las leyes especiales por falta de un precepto expreso en Cataluña que regule la materia de que se trate, como sucede con los arrendamientos urbanos, propiedad intelectual e industrial, legislación hipotecaria, etc. En estos casos, tanto el Código civil como las leyes especiales rigen como derecho supletorio siempre que no se opongan al espíritu del Derecho catalán. Por ejemplo, en materia de usucapión *secundum* o *contra tabulas*, reguladas en los artículos 35 y 36 L. H. hay que tener en cuenta el tipo de usucapión que se adopta en el artículo 342 Comp.

Pero antes que recurrir al Derecho supletorio, el jurista catalán debe agotar la jerarquía de fuentes que le proporciona el artículo 1 C. c. (aplicable en Cataluña, como Derecho supletorio, por falta de norma compilada) e incluso aplicar por analogía los preceptos de la Compilación, en virtud de lo dispuesto en el artículo 4.1 C. c. En este punto debemos plantearnos la cuestión de si es posible aplicar analógicamente preceptos de un Derecho foral en otro Derecho foral o para una cuestión no resuelta en el Código civil. Según alguna teoría, existirían unos principios generales del Derecho civil que estarían presentes en todos los ordenamientos vigentes en España, aunque expresados en forma distinta o no expresados (149); si esto fuese así, sería permitido aplicar analógicamente preceptos de un sistema a otro, porque constituirían la materialización de aquel principio que está flotando en el ordenamiento civil español. Esta conclusión es en

(147) PARA MARTÍN, *Comentario al Capítulo I del Título III de la Compilación de Derecho civil especial de Cataluña sobre disposiciones generales relativas al régimen económico conyugal*. R.J.C., núm. 1974, página 493 y en donde destaca la validez del pacto que ampliaría el consentimiento uxorio para otros supuestos que los previstos en el art. 1.413 C. c., cuando se pacta en Cataluña un régimen de gananciales y también del supresivo de la administración del marido, que considera válido en el sistema catalán, debido a la inexistencia de la autoridad patrimonial del marido y de la posición de igualdad de los cónyuges en el aspecto patrimonial.

(148) La conclusión 17, de la Sección 1.^a del II Congrés Jurídic català decía: "Les normes objecte de la remissió, o per virtut de la remissió mateixa, constitueixen et Dret català, i, per a operar legítimament com a Dret supletori, caldrà que s'apliquin d'acord amb l'esperit i els principis del sistema en que s'integren.

En conseqüència, l'aplicació del Dret supletori no s'ha de realitzar automàticament ni amb rigidesa, sinó amb l'adecuada flexibilitat, talment que no en resultin contrariades les normes compilades ni els principis generals del Dret català i de la tradició que els empara.

Caldrà curar especialment: els problemes de qualificació, el distint significat que un precepte del Codi civil pot tenir quan sigui aplicat com a part del Dret català i la coherència del Sistema del Dret Català i dels principis que l'informaren".

(149) Véase LÓPEZ JACOSTE, *Los principios generales de la Codificación foral*. R.C.D.I., 1956, pág. 624 y VALLET DE GOYTISOLO, *La esencia y principios del Derecho civil foral*. R.J.C., número extraordinario, 1970.

parte cierta y en parte falsa, porque, si bien es cierto que existen principios generales de Derecho que están presentes en todos los sistemas, también lo es que lo están en todos los ordenamientos jurídicos civiles, no sólo españoles, sino también en los extranjeros y no aplicaremos por analogía un precepto francés que lo contenga como máxima expresión positivizada de este principio además de que llegar una conclusión de este tipo indica la confusión entre la *analogía legis* y la *analogía iuris*. No podríamos hacerlo nunca a través de la primera porque no se produce entre normas del mismo ordenamiento ni podríamos utilizar la *analogía iuris* porque no se aplica el principio general, sino la expresión positivizada en este principio. El criterio expresado en esta formulación supone un intento de acercar los ordenamientos regionales al Código civil, pero creo que supone también un intento de unificación del Derecho civil español, como lo supone también la supletoriedad, impuesta, del Código civil. El estudio de los problemas que plantea la supletoriedad del Código hace patente la veracidad de nuestra afirmación de que ello supone la rotura de la coherencia interna del sistema catalán.

Por otra parte, esta declaración de supletoriedad supone la consideración del Código como un cuerpo más perfecto de normas, cuando únicamente es un cuerpo más extenso y puede hacer llegar a la conclusión de que el Código civil es un sistema superior por ser completo, frente a las Compilaciones, que serían sistemas imperfectos, por ser incompletos. Esta heterointegración a que se somete a los sistemas regionales (150) resulta claramente discriminatoria y es posible que gozaran de mayor coherencia interna antes de la promulgación de las respectivas Compilaciones, que en la actualidad.

Pero aún existe una última cuestión importante a considerar: cuando acudimos al Código civil para que actúe como Derecho supletorio en Cataluña, lo estamos incorporando al sistema jurídico catalán, una de cuyas fuentes es el Código, como antes lo fueron los Derechos romano y canónico. Por ello es un reflejo del sistema la disposición final 2.^a de la Compilación, que no pretende excluir la aplicación del Código cuando no sea estrictamente necesario, sino adaptar su normativa al sistema catalán, pensado para una base social distinta. Por ello hay que decir también que cuando hay que buscar un Derecho supletorio a otras materias jurídicas distintas, como el Derecho laboral, el administrativo, el mercantil, etc., hay que acudir al Derecho catalán, que proporcionará las normas necesarias para solucionar el problema, a través suyo o de su supletorio, el Código civil, por lo que éste entrará formando parte del sistema jurídico catalán y no podrá aplicarse cuando sus preceptos sean contrarios a los principios generales catalanes.

Sólo así se puede conseguir la absoluta igualdad entre uno y otro ordenamiento.

(150) Excepto en Aragón y en Navarra con su propio sistema de fuentes.

La recepción de la obra

ANTONIO CABANILLAS SÁNCHEZ

Profesor de Derecho Civil de la Universidad Autónoma de Madrid

SUMARIO: I. Introducción.—II. El concepto y las características de la recepción de la obra.—III. La verificación de la obra.—IV. La aprobación de la obra.—V. Las modalidades de recepción de la obra: 1.^a La recepción expresa y la recepción tácita. 2.^a La recepción definitiva y la recepción provisional. 3.^a La recepción total y la recepción parcial.—VI. Los efectos de la recepción definitiva.—VII. Los efectos de la recepción provisional.—VIII. La importancia de la recepción definitiva para configurar las diversas responsabilidades de los constructores por la ejecución viciosa de la obra.

I. INTRODUCCIÓN

En el año 1889, fecha de la publicación del Código civil, la técnica de construcción era totalmente diversa a la de hoy día. Este hecho determina que la normativa de nuestro Código civil sobre las obras por ajuste o precio alzado (cfr. artículos 1.588 a 1.600) trate escasamente los numerosos problemas jurídicos que suscita la actual técnica de construcción (1). Entre estos problemas, hay que situar los referentes a la recepción de la obra, que, si bien es contemplada por los artículos 1592 y 1598, no ha sido disciplinada por nuestro Código civil de una manera adecuada.

Ante esta situación legal, hemos tenido muy en cuenta la práctica usual y la doctrina de nuestro Tribunal Supremo. La interpretación de la normativa del Código civil sobre las obras por ajuste o precio alzado se ha hecho con un espíritu progresivo en cuanto lo han permitido los principios básicos del ordenamiento positivo español. Seguimos una interpretación marcadamente finalista, tratando de adecuar en la medida de lo posible la normativa del Código civil, inalterada, como dijimos, desde 1889, a la situación actual de la técnica de construcción. Así lo aconseja ade-

(1) *Vid. DÍEZ-PICAZO Experiencias jurídicas y Teoría del Derecho*, Barcelona, 1973, págs. 300 y ss., que estudia el cambio social y la evolución jurídica, contemplando el cambio tecnológico y sus consecuencias jurídicas.

más el artículo 3 del nuevo Título Preliminar, al decir que las normas se interpretarán según la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente a su espíritu y finalidad.

En este estudio, analizamos básicamente la problemática jurídica que plantea la recepción de las obras privadas. Sin embargo, hemos considerado de interés exponer sucintamente la problemática de la recepción de las obras públicas. En la ley de Contratos del Estado, aprobada por Decreto de 8 de abril de 1965, y en el Reglamento General de Contratación, aprobado por Decreto de 28 de diciembre de 1967, se disciplina ampliamente la recepción de las obras públicas.

También queremos destacar, que la regulación del Código civil sobre las obras por ajuste o precio alzado se concreta principalmente a la construcción de obras inmobiliarias (2). Esto motiva dificultades para aplicarla a las obras mobiliarias. Por esta razón, este estudio se refiere preferentemente a la recepción de las obras inmobiliarias, aunque, con las debidas matizaciones, cabe entender que lo afirmado es aplicable a todo tipo de obras.

II. EL CONCEPTO Y LAS CARACTERISTICAS DE LA RECEPCION DE LA OBRA

La doctrina discute vivamente acerca de lo que debe entenderse por recepción de la obra. Un sector de la doctrina alemana (3) sostiene que la recepción, al igual que sucede en la compraventa, significa simplemente que el comitente (4) se hace cargo material de la obra construida.

Algún autor (5) considera indispensable una toma material, y, por consiguiente, niega la posibilidad de la recepción en los casos en que el comitente estaba ya en posesión de la obra.

Contra estas tesis, la mayor parte de la doctrina (6) afirma que en la práctica el uso idiomático entiende por recepción

(2) Así lo destaca GULLÓN, *Curso de Derecho Civil. Contratos en especial. Responsabilidad extrancontractual*, Madrid, 1972, pág. 261.

(3) HECK, *Grundriss des Schuldrechts*, 1929, págs. 347 y ss.; TITZE, *Bürgerliches Recht, Recht der Schuldverhältnisse*, 1948, pág. 175, y SIBER, *Schuldrecht*, 1931, pág. 337 (citados por LARENZ, *Derecho de Obligaciones*, tomo 2º, Madrid, 1959, Trad. esp. por SANTOS BRIZ, pág. 318).

(4) El término «comitente» no aparece en la normativa de nuestro Código Civil sobre las obras por ajuste o precio alzado, que menciona al dueño o propietario de la obra (cfr. arts. 1.593, 1.594, 1.595 y 1.598). En puridad, parece más adecuado hablar de comitente, que será quien encarga la ejecución de la obra, que puede ser o no propietario de la misma (GULLÓN, op. cit., pág. 262).

(5) Vid. ENNECKERUS-LEHMAN, *Tratado de Derecho Civil. Derecho Civil. Derecho de Obligaciones*, Tomo 2º, Volumen 2º, Barcelona, 1966, Trad. esp. por PÉREZ GONZÁLEZ, ALGUER y otros, pág. 531.

(6) LARENZ, op. cit., pág. 318; RUBINO, *L'appalto*, volumen 7º, tomo 3º, del Trattato di Diritto civile italiano, dirigido por VASALI, Torino, 1958, pá-

—cuando se trate de un inmueble o de instalaciones arquitectónicas o técnicas— algo diferente, a saber, el asentimiento del comitente a la prestación del constructor, manifestado en relación con un examen previo o con un acto de prueba o una declaración consistente en que considera que la obra realizada es en lo esencial conforme al contrato, que no tiene objeciones fundamentales que hacer. Y que cuando la naturaleza de la obra excluye su entrega al comitente, lo cual será excepcional, o cuando el comitente se ha hecho cargo de la obra con anterioridad al momento que se fijó para su entrega, la aprobación de la misma equivaldrá a su recepción (7).

En este sentido se pronuncia también la jurisprudencia. La sentencia de nuestro Tribunal Supremo de 14 de octubre de 1968 declara: «La doctrina más generalizada ... entiende que la entrega de la obra es cosa distinta de la recepción, la cual viene constituida por el acto o la manifestación del propietario, reconociendo que la obra ha sido ejecutada correctamente» (considerando 3.º).

La sentencia del Tribunal Supremo de 14 de julio de 1933 se refiere a la aprobación y recepción definitiva de la obra (considerando 2.º).

La sentencia de 8 de octubre de 1974 de la Corte de Casación francesa afirma que la recepción no es sólo la entrega de la obra; sino también la aprobación por el dueño del trabajo ejecutado (8).

Teniendo presentes estas consideraciones, y, sobre todo, lo que disponen los artículos 1592 y 1598 del Código civil, que claramente se refieren a la recepción de la obra, ésta puede ser definida como aquel acto jurídico por cuya virtud se entiende aprobada y recibida la obra construida».

La aprobación de la obra construida es el contenido esencial de la recepción (9). Precisar en qué consiste la aprobación es imprescindible para comprender el significado de la recepción.

ginas 404 y ss.; MAZEAUD, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, tomo 2.º, París, 1968, pág. 84; SANTOS BRIZ, *El contrato de ejecución de obra y su problemática jurídica*, en la «Revista de Derecho Privado», 1972, pág. 394; DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, *Sistema de Derecho Civil*, volumen 2.º, Madrid, 1976, pág. 338; DE LA CÁMARA MINGO, *Tratado práctico del derecho referente a la construcción y a la arquitectura. Derecho civil básico. Los contratos relacionados con la construcción*, volumen IV, Madrid, 1964, pág. 601; HERRERA CATENA, *Responsabilidades en la construcción. Responsabilidad decenal de técnicos y constructores*, Granada, 1974, páginas 32 y ss., y SCHMALZL, *Die Haftung des Architekten und des Baunmers*, München, 1972, pág. 141.

(7) ENNECKERUS-LEHMAN, op. cit., pág. 531, y SANTOS BRIZ, *Derecho Civil. Teoría y práctica. Tomo IV. Derecho de Obligaciones. Los contratos en particular*, Madrid, 1973, pág. 359.

La sentencia de nuestro Tribunal Supremo de 14 de octubre de 1968 admite que la recepción puede anticiparse a la entrega de la obra, cuando el comitente admite ya la reconoció y encontró conforme (considerando 3.º).

(8) Esta sentencia es comentada por Maurice-André FLAMME y Philippe FLAMME, *Le contrat d'entreprise, 10 ans de jurisprudence (1966-1975)*, Bruxelles, 1976, pág. 31.

(9) DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, op. cit., pág. 337.

Antes de aprobar la obra construida, lo lógico y lo usual es que el comitente la examine detenidamente. Por esta razón, consideramos que es necesario analizar también la problemática que suscita la verificación de la obra construida por el comitente.

III. LA VERIFICACION DE LA OBRA

La verificación consiste en el conjunto de operaciones, que tienen por objeto comprobar si la obra construida es conforme a las reglas del arte de la construcción (10), y a lo estipulado en el contrato de obra.

Algunos autores estiman que la verificación es una obligación del comitente. El constructor tiene derecho a que la obra sea comprobada, pues en su virtud se libera de ulteriores responsabilidades (11).

A nuestro juicio, la verificación no puede configurarse como una obligación del comitente. El único interés del constructor reside en que la obra construida sea aprobada, haya sido o no verificada. En rigor, la verificación es una facultad del comitente que forma parte del contenido del derecho de crédito, cuya titularidad ostenta éste.

Nuestro Código civil no contempla la verificación. No obstante, pueden establecerse sus características, teniendo presente la práctica usual y lo dispuesto en algunas disposiciones legales (12).

A) ¿Cómo se efectúa la verificación? El arquitecto director o el técnico que ha intervenido en la dirección de la obra (13) está obligado a asesorar al comitente en la verificación (14). Esta obligación se fundamenta en las siguientes razones:

(10) Las reglas del arte son los criterios generales que la técnica dicta para un determinado género de trabajo. Estas reglas deben ser observadas, aunque en el contrato suscrito entre el comitente y el constructor no hayan sido expresamente determinadas. Su aplicación deriva directamente de la ley y de los usos profesionales (art. 1.258 del Código Civil).

El constructor debe atenerse a las reglas del arte que estén vigentes en la época en que la obra es construida.

(11) PUIG PEÑA, *Compendio de Derecho Civil, volumen 4.º*, Pamplona, 1974, página 212.

(12) En el marco de las obras públicas, la situación legal es distinta. El artículo 192 del Reglamento General de Contratación del Estado contempla la verificación.

(13) Nótese que nos referimos exclusivamente al arquitecto o técnico que se encarga de la *dirección* de la obra. El que cumple una función de control y vigilancia de los trabajos de construcción.

Queda excluido el arquitecto proyectista y, en general, todo técnico que se encarga de la realización del proyecto.

(14) En este sentido se pronuncian SANTOS BRIZ (op. cit., pág. 346), y BOUBLI, *La responsabilité des architectes, des entrepreneurs et autres locateurs d'ouvrages*, París, 1971, págs. 20-21.

DE LA CÁMARA MINGO (op. cit., págs. 503-504) precisa que al cumplir el arquitecto-director la misión de asesorar al comitente en el momento de

1.^a Es conforme a la ley, los usos profesionales y la buena fe (cfr. artículo 1258 del Código civil), que el arquitecto director o el técnico que ha intervenido en la dirección de la obra asesore y aconseje al comitente en la verificación.

Según el Decreto de honorarios de 1 de diciembre de 1922, la dirección de la obra comprende las certificaciones correspondientes a las recepciones provisional y definitiva.

El Decreto de 23 de diciembre de 1972 delimita la fase de control como «la que atiende a la inspección, vigilancia y verificación cualitativa y cuantitativa de la construcción» (párrafo 5.^o del preámbulo).

Esta obligación del arquitecto director o del técnico que ha intervenido en la dirección de la obra, fue señalada por la Comisión que elaboró el estudio-informe sobre los derechos y las obligaciones que los arquitectos, los constructores y los aparejadores por encargo del Consejo Superior de los Colegios de Arquitectos de España (15).

2.^a La misión fundamental del arquitecto director o del técnico que interviene en la dirección de la obra radica en controlar la ejecución de los trabajos de construcción (16). Esta misión de control adquiere su máximo exponente en el momento en que se procede a la verificación de la obra.

3.^a Es muy difícil que un profano en el arte de la construcción pueda apreciar por sí solo todos los vicios que presente la obra construida, sobre todo, si es inmobiliaria. Como afirma De la Cámara Mingo (17), muchos de los vicios o defectos que pasan inadvertidos al propietario (comitente) pueden ser observados por el arquitecto director.

4.^a La verificación de la obra puede requerir la realización de determinadas pruebas (18), dirigidas a comprobar la buena construcción de la obra. Es fácil comprender que estas pruebas solamente pueden ser efectuadas por un técnico en el arte de la construcción.

B) Como consecuencia lógica de esta obligación de asesoramiento del arquitecto director o del técnico que ha intervenido en

la recepción del edificio, al mismo tiempo que asegura el fiel cumplimiento del contrato por parte del constructor suele evitar litigios cumpliendo de mediador entre ambas partes.

(15) La Comisión estuvo formada por los señores CENDOYA, PUEYO, IZPIZA, LIESA DE SUS, ADROER y GUERRA SAN MARTÍN. Vid. *Estudio-Informe sobre las atribuciones del Arquitecto, del Aparejador y del Constructor en las obras de arquitectura*, Madrid, 1970, págs. 42 y 95.

(16) Según FERNÁNDEZ COSTALES, *El contrato del arquitecto en la edificación*, Madrid, 1977, pág. 157, la dirección de los trabajos comporta el control de los trabajos realizados.

(17) DE LA CÁMARA MINGO, op. cit., págs. 602-603.

(18) Así, por ejemplo, el control de resistencia del suelo y de los materiales.

la dirección de la obra, éste debe comunicar al comitente todos los vicios o defectos que aprecie al verificar la obra construida.

La sentencia de la Casación francesa de 16 de diciembre de 1970 (19) establece la responsabilidad del arquitecto por no comunicar al comitente la existencia de determinados vicios que presentaba la obra construida.

C) La verificación puede consistir en un simple control visual de la dimensión y de la estructura de la obra construida; o bien, pueden ser efectuados ensayos para asegurar el normal funcionamiento de la misma (20). Este control puede ser cualitativo o cuantitativo. Es cualitativo, cuando se examina la calidad o calidad exigida por las partes o que se presumen queridas por ellas. Es cuantitativo, cuando tiene por objeto controlar el número y las dimensiones de la unidad de medida de que consta el trabajo hecho, para comprobar si corresponden o no a los estipulados (21).

D) La duración de la verificación es materia de pacto entre el comitente y el constructor. Pero, ¿qué sucede cuando éstos no han pactado nada al respecto? Debemos acudir al artículo 1258 del Código civil para solucionar este problema. La duración de la verificación debe ser conforme a la buena fe y los usos profesionales de la construcción. El comitente debe comunicar el resultado de la verificación al constructor de manera diligente. La diligencia está en relación con el género y la importancia de los trabajos de construcción (22).

E) ¿Cuáles son las consecuencias jurídicas que motiva la demora injustificada del comitente en comunicar al constructor el resultado de la verificación de la obra entregada, a pesar del requerimiento de éste? Este problema no aparece contemplado de forma específica por nuestro Código civil. Sí, en cambio, en el Código civil italiano de 1942, cuyo artículo 1666 dispone: «La verificación debe ser hecha por el comitente, apenas el empresario le pone en condiciones de poderla efectuar. Si, no obstante, haberse hecho la invitación por el empresario, el comitente retrasa el proceder a la verificación sin justo motivo, o bien no comunica el resultado dentro de un breve plazo, la obra se considera aceptada».

Según Fernández Costales (23), este artículo es muy interesante, si bien no señala nítidamente si la solución que impone puede acogerse en el derecho español.

Nosotros pensamos que nada se opone a ello. Se cumplen

(19) Comentada por BOUBLI, op. cit., pág. 117.

(20) *Vid.* la nota 18.

(21) DE LA CÁMARA MINGO, op. cit., pág. 601.

(22) No parece aplicable el artículo 1.128 del Código Civil, ya que la verificación no es una obligación del comitente; éste no es un deudor.

(23) FERNÁNDEZ COSTALES, op. cit., página 196.

todas las condiciones exigidas por nuestra jurisprudencia (24) y doctrina (25) para que el silencio opere como declaración de voluntad.

IV. LA APROBACION DE LA OBRA

La aprobación de la obra es la declaración de voluntad del comitente por la que pone de manifiesto que la obra construida es conforme a las reglas del arte de la construcción y a lo estipulado en el contrato de obra.

Normalmente, es la conclusión de la verificación. La verificación puede concluirse en una declaración negativa sobre la adecuación de la obra construida a las reglas del arte de la construcción y a lo convenido en el contrato de obra, y en este caso no hay aprobación; y puede concluir, en cambio, en una declaración positiva, reconocimiento de que la obra fue construida debidamente. En esto consiste propiamente la aprobación.

Para que la aprobación sea plenamente eficaz, no ha de sufrir el comitente ningún vicio que invalide su consentimiento (error, dolo, violencia e intimidación) (26). En relación con el dolo, señala Soinne (27), con acierto, que las maniobras fraudulentas de los arquitectos o constructores tendentes a engañar al comitente, son constitutivas de dolo y que toda intención que tenga por objeto ocultar el verdadero estado de la construcción, materializada en actos concretos, será sancionada con la nulidad del proceso de recepción.

La aprobación puede ser expresa y tácita. La aprobación es expresa cuando se presenta bajo la forma de una declaración por cuya virtud el comitente hace saber al constructor su conformidad con la obra construida. En el ámbito de las obras inmobiliarias, es frecuente que en el pliego de condiciones se haga constar que la

(24) La sentencia del Tribunal Supremo de 14 de junio de 1963 declara que el silencio puede ser considerado como una declaración de voluntad contractual, cuando, dada una determinada relación entre dos personas, el modo corriente de proceder implica el deber de hablar, ya que si el que puede y debe hablar no lo hace, se ha de reputar que consiente en aras de la buena fe. El silencio puede ser considerado como declaración en todos aquellos casos en que la buena fe impone el deber positivo de manifestación de una repulsa (*qui siluit cum potuit et debuit loquere consentire videtur*), doctrina acogida por las Sentencias de 24 de noviembre de 1943 y 24 de enero de 1957 (considerando 2º).

(25) *Vid.* DE CASTRO, *El negocio jurídico*, Madrid, 1971, págs. 69 y ss., y DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos...*, I, pág. 106.

(26) En este sentido, DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, *Sistema...*, II, pág. 338; FERNÁNDEZ COSTALES, *op. cit.*, págs. 205 y 206, y HERRERA CATENA, *op. cit.*, volumen I, págs. 155-156.

(27) SOINNE, *La responsabilité des architectes et entrepreneurs après la reception des travaux*, I, París, 1969, pág. 292.

La Sentencia de 27 de noviembre de 1973 de la Casación francesa declara la nulidad de la recepción por fraude (esta Sentencia es examinada por FLAMME-FLAMME, *op. cit.*, pág. 32).

aprobación ha de efectuarse de manera expresa mediante acta y con la comparecencia del comitente, del constructor y del arquitecto.

La aprobación es tácita cuando es deducida de actos o hechos que implican inequívocamente la conformidad del comitente con la obra construida.

Conviene, sin embargo, insistir sobre la prudencia con que hay que interpretar los actos e incluso el silencio del comitente. Como dice Bricmont (28), con frecuencia, éste no construye nada más que una vez en la vida, por lo que ignora las iniciativas que es necesario tomar, y sería muy loable que el constructor o el arquitecto le comunicasen la conveniencia de una recepción expresa, con el fin de disipar las dudas o mal entendidos que nacen de un prolongado silencio.

Los principales supuestos que pueden implicar una aprobación tácita, son los siguientes:

1.^º El recibo de la obra construida sin reservas y su subsiguiente utilización. Así, por ejemplo, cuando el comitente realiza diversos trabajos sobre los preexistentes o arrienda la obra construida.

Este supuesto ha sido reconocido por nuestro Tribunal Supremo en algunas sentencias. La sentencia de 26 de noviembre de 1956 afirma que el receptor en el momento oportuno no rechazó el género, sino que consintió su instalación y así bastante tiempo después, una vez terminada la obra completamente, al serle reclamado el pago de lo suministrado (considerando 3.^º).

La sentencia de 17 de diciembre de 1964 se pronuncia sobre el tema de las obras recibidas y aceptadas sin protesta, declarando que la recepción de la obra ha de ser siempre a satisfacción del propietario, con los efectos, si así se conviene, que prevé el artículo 1598 del Código civil, por lo que, cuando las obras se reciben y aceptan sin protesta, el contratista queda exento de responsabilidad, salvo en el caso del artículo 1591, y el propietario está obligado a pagar su precio en los términos convenidos (considerando 2.^º).

La sentencia de 25 de noviembre de 1966 declara que sentado por el Tribunal como base de su afirmación que el demandante vigiló de modo personal, diariamente, la ejecución de las reparaciones del buque, durante todo el tiempo que éstas duraron, sin poner objeción alguna a la realización de tales obras y modificaciones del proyecto, ello implica la aceptación tácita, en cuanto a la ejecución de aquéllas ajenas al proyecto, corroborada por la recepción sin protesta de las obras realizadas (considerando 1.^º).

Es interesante consultar las numerosas sentencias de la juris-

(28) BRICMONT, *La responsabilité des architecte et entrepreneur*, Bruxelles, 1971, pág. 76.

prudencia francesa y belga, que reconocen como fuente de recepción tácita el arrendamiento de la obra entregada (29).

El hecho de que el comitente se haya hecho cargo de la obra antes de que sean terminados los trabajos de construcción, no tiene por qué implicar su aprobación tácita. Así lo señala la sentencia de 14 de julio de 1933, al decir que no es posible considerar como recepción y aprobación definitiva de la obra el hecho material de que se abriese al culto la Iglesia y se habilitase el Convento en 15 de agosto de 1927, no estando terminada la torre en la obra de hojalatería y cristalería, pues eso sólo justifica el deseo de la inauguración, pero no demuestra la recepción y aprobación definitiva (considerando 2.º).

2.º El silencio del comitente a la propuesta del constructor para que proceda a la recepción definitiva, cuando se ha pactado la provisional y se ha cumplido el plazo de garantía convencional.

3.º Como ya hemos puesto de relieve, la demora injustificada del comitente en comunicar al constructor el resultado de la verificación de la obra construida y entregada, a pesar del requerimiento del constructor, puede comportar que la obra se entienda tácitamente aceptada.

4.º El pago del precio sin reservas.

La doctrina (30) entiende que este acto implica una aprobación tácita de la obra construida, haya sido o no ejecutada por piezas o por medida.

El argumento fundamental parece ser la presunción del artículo 1592 del Código civil: «El que se obliga a hacer una obra por piezas o por medida, puede exigir del dueño que la reciba por partes y que la pague en proporción. Se presume aprobada y recibida la parte satisfecha».

Como se ve, nuestro Código civil establece una presunción *iuris tantum* (31) de que el comitente ha aprobado la parte de la obra entregada, cuando paga el precio al constructor. Así, pues, hemos de concluir que si el comitente no destruye dicha presunción, el pago del precio entraña la aprobación y recibo de la obra (recepción definitiva).

(29) *Vid.* las Sentencias citadas por SOINNE, *op. cit.*, volumen I, pág. 516; DELVAUX, *Traité juridique de bâtisseurs*, tome I, Bruxelles, 1968, págs. 170-171, y BRICMONT, *op. cit.*, pág. 78.

(30) DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, *Sistema...*, II, pág. 338; HERRERA CATENA, *op. cit.*, I, pág. 56; FERNÁNDEZ COSTALES, *op. cit.*, pág. 198, y SCHMALZL, *op. cit.*, pág. 141, nota 241.

(31) Esta presunción es *iuris tantum*, toda vez que las presunciones establecidas por la ley pueden destruirse por la prueba en contrario, excepto en los casos en que aquella expresamente lo prohíba (Cfr. artículo 1.251, párrafo 1.º del Código Civil). Y el artículo 1.592 no lo prohíbe.

En este sentido se ha pronunciado el Tribunal Supremo en la Sentencia de 23 de junio de 1964: «Los artículos 1.592 y 1.593 no contienen en modo alguno normas de Derecho necesario, sino simplemente reglas interpretativas de la voluntad tácita de las partes...; que el artículo 1.592 sienta una mera presunción *iuris tantum*» (considerando 2.º).

Nuestra jurisprudencia sigue esta línea. Las sentencias de 14 de julio de 1933 y 20 de noviembre de 1959 admiten implícitamente la posibilidad de que el pago del precio motive la aprobación tácita de la obra. También la jurisprudencia francesa y belga conceptúan al pago del precio sin reservas como un caso de recepción tácita (32).

Las cantidades abonadas a cuenta del precio o los adelantos que hiciere el comitente no implican conformidad alguna con la obra, sino que constituyen una simple facilidad de pago para la reposición de fondos del constructor. Así lo establece la sentencia de 20 de noviembre de 1959.

Los pagos a cuenta, que sólo son debidos si se hubieren pactado, no hacen presumir la aprobación de la obra ni, por tanto, que el constructor haya cumplido fielmente sus obligaciones hasta ese momento. Estos pagos son meramente provisionales. Llevan implícita la condición de que el comitente puede negarse a recibir la obra si el constructor no ha cumplido con arreglo a lo pactado en el contrato (33).

La aprobación de la obra puede ser pura y simple y bajo reserva. La aprobación es bajo reserva cuando el comitente conserva la facultad de hacer efectiva la responsabilidad del constructor, por la existencia de determinados vicios aparentes que han de ser subsanados por éste.

En Francia, un decreto de 27 de diciembre de 1967 distingue entre la recepción con reservas y la recepción pura y simple. La jurisprudencia francesa considera que la recepción (aprobación) deja subsistir la responsabilidad, cuando las reservas han sido hechas, aunque los trabajos de construcción hayan sido pagados (sentencia de 9 de noviembre de 1964). (34).

Hemos visto hasta ahora que la facultad de aprobar la obra construida corresponde al comitente, pero existen dos casos mencionados por el artículo 1598 del Código civil, que presentan importantes peculiaridades. El primer caso tiene lugar cuando se inserta en el contrato de obra la denominada «cláusula a satisfacción del propietario», y el segundo caso cuando se designa a un tercero para aprobar la obra construida.

El párrafo 1º del artículo 1598 del Código civil contempla la citada cláusula. ¿En qué consiste la cláusula a satisfacción del propietario? ¿Cuál es su significado? A nuestro juicio, esta cláusula no determina que la aprobación de la obra construida quede al arbitrio o capricho del comitente. Ello iría en contra de lo dispuesto por el artículo 1256 del Código civil. Precisamente, para

(32) *Vid.* BRICMONT, *op. cit.*, pág. 78, notas 48, 49 y 50, y FLAMME-FLAMME, *op. cit.*, pág. 31.

(33) DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, *Sistema...*, II, pág. 336, y DE LA CÁMARA MINGO, *op. cit.*, págs. 616-617.

(34) *Vid.* BOUBLI, *op. cit.*, pág. 118, y CANTELAUBE, *La responsabilité décennale des entrepreneurs en droit public français*, París, 1966, pág. 57.

eludir este inconveniente el artículo 1598 del Código civil establece como supletorio el juicio pericial (35).

Esta cláusula confiere al comitente (propietario) la facultad de aprobar la obra construida, pero estableciendo que cuando exista un desacuerdo entre éste y el constructor se entienda reservada la aprobación al juicio pericial correspondiente.

Si el desacuerdo se produce, el constructor y el comitente están obligados a desarrollar la actividad necesaria para que se nombre al perito y decida.

Han surgido dudas en la doctrina acerca de la naturaleza y de las reglas a que debe ajustarse este juicio pericial. De la Cámara Mingo (36) desecha su equiparación al mero dictamen de peritos, dictamen que —como medio de prueba previsto en el artículo 1215 del Código civil— es revisable y sujeto a censura por el juez, que lo apreciará según las reglas de la sana crítica, sin estar obligado a sujetarse al informe de dichos peritos (artículo 1243 del Código civil y 632 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

Por el contrario, de los términos concisos y tajantes empleados en el Código debe inferirse que estamos en presencia de un verdadero juicio de peritos, o sea, decisión obligatoria pronunciada por personas expertas en la obra de que se trate. Designados dichos peritos, dictarán éstos su decisión dentro del término que el juez les señale; juicio que, precisamente, recaerá sobre los puntos en que existe el desacuerdo.

Fernández Costales (37) piensa que la finalidad del artículo 1598 es implantar una cláusula compromisoria implícita entre las partes, si bien éstas podrían renunciar a ella de forma expresa.

Estimamos que el profesor Díez-Picazo (38) es el autor que con mayor acierto analiza el problema planteado. Según Díez-Picazo, lo primero que a simple vista se observa es que hay un desacuerdo entre las partes. Se habla en el artículo 1598 de «falta de conformidad» del propietario con la obra entregada.

Lo que convendría diagnosticar es, si este desacuerdo, si esta discordia, reviste los caracteres de un litigio. Para verificarlo no existe otro camino que contrastar la realidad con el concepto científico de litigio. En otro lugar se ha dicho ya que el litigio, jurídicamente considerado, supone un doble conflicto: un conflicto de intereses y un conflicto sobre la tutela jurídica de estos

(35) La Sentencia de 14 de octubre de 1968 declara en relación con el artículo 1.598 que la principal obligación del empresario es la ejecución de la obra convenida con las características adecuadas a su fin, para que pueda ser estimada «de recibo», es decir, que reúna las condiciones de aptitud e idoneidad normales, quedando esta declaración supeditada a la resolución judicial si surge discrepancia entre las partes acerca de ella (considerando 2.º).

(36) DE LA CÁMARA MINGO, *op. cit.*, pág. 604.

(37) FERNÁNDEZ COSTALES, *op. cit.*, págs. 189-191.

(38) DÍEZ-PICAZO, *El arbitrio de un tercero en los negocios jurídicos*, Barcelona, 1957, págs. 93 y ss.

mismos intereses. ¿Existe también el conflicto sobre la tutela jurídica? Si el propietario (comitente) rechaza la obra, parece que es porque cree tener derecho a otra cosa. Pero, ¿hay en este discordar, por creer tener derecho a otra cosa, un auténtico litigio? Parece que no. El problema que se lleva al perito es previo a la litis: es simplemente la adecuación de lo cumplido con lo convenido o contratado.

Otra cuestión de gran interés que se hace necesario examinar es la de la eficacia de la intervención pericial. ¿Qué finalidad y qué efectos produce esta intervención? Según el artículo 1598 del Código civil, se reserva al juicio pericial la aprobación de la obra. Ha surgido un conflicto entre el constructor de la obra que la ha entregado y el comitente que no se encuentra conforme con ella. El perito interviene para juzgar —juicio pericial es la frase que emplea la ley— sobre la discordia. Al juzgar, el perito decide sobre un punto de hecho: la aprobación de la obra, su adecuación a lo convenido. Su decisión tiene una eficacia semejante a la que se producía en el caso anterior. El perito decide y su decisión influye en la situación jurídica de las partes. Si el perito aprueba la obra, el contrato se entiende cumplido. Si, por el contrario, la desaprueba, queda incumplido. La consecuencia de esta declaración de incumplimiento será la facultad que, en general, se atribuye en estos casos, es decir, la opción entre la reclamación de cumplimiento o la resolución (artículo 1124 del Código civil).

Estas indudables consecuencias jurídicas de la decisión del perito no bastan para conferir a su función carácter de arbitraje. Para que exista arbitraje se precisa un litigio. El posible desacuerdo de las partes en torno a la prestación convenida, no reviste carácter litigioso. El litigio precisa un conflicto sobre la tutela jurídica. La aprobación o la desaprobación de la prestación es previa al litigio. La aprobación o desaprobación es una actividad que necesariamente se realiza en cumplimiento de toda obligación. Es una actividad negocial que normalmente realizan las partes, pero que puede ser encomendada a un tercero (en este caso, el perito), que actúa como arbitrador.

El párrafo 2º del artículo 1598 del Código civil contempla el otro supuesto: la aprobación de la obra construida se confía al arbitrio de un tercero. Este supuesto es distinto del anterior, pues mientras la actividad pericial es supletoria, es decir, sólo procede cuando las partes (comitente y constructor) están en desacuerdo sobre si la obra ha sido o no bien construida, en cambio, el tercero designado simplemente sustituye al comitente a la hora de aprobar o no la obra construida.

Díez-Picazo (39) califica este supuesto como «arbitrio de aprobación», que se caracteriza por ser un juicio de aprobación o desaprobación del cumplimiento.

(39) DÍEZ-PICAZO, *El arbitrio...,* pág. 154.

¿Qué sucede si el tercero no puede o no quiere actuar? En opinión de Manresa (40) y Fernández Costales (41), se estará a lo que decida el tercero, pero si éste no pudiere o no quisiere hacerlo, considera que también procederá el juicio pericial.

Mucius Scaevola (42) disiente acertadamente de esta opinión. Si las partes no se pusieren de acuerdo en el modo de suplir la deserción del tercero que designaron, habrá de ser el juez quien, por sentencia, resuelva.

La determinación de la naturaleza jurídica de la aprobación es un problema muy controvertido. Se cuestiona si la aprobación es o no un negocio jurídico. En contra de la opinión dominante en la doctrina (43), estimamos que la aprobación no es un negocio jurídico.

La tesis defendida por la doctrina mayoritaria presupone un concepto subjetivista de negocio jurídico que debe considerarse como superado. Efectivamente, la aprobación puede ser considerada como un negocio jurídico si por negocio jurídico se entiende una o varias declaraciones de voluntad productoras de efectos jurídicos. La configuración negocial de la aprobación, sin embargo, no es admisible si en materia de negocio se admite una concepción objetiva o preceptiva, y por negocio jurídico se entiende una autónoma reglamentación de intereses, pues en la aprobación, en cuanto tal, dicha reglamentación no existe.

En puridad, la aprobación es un acto debido jurídicamente, porque si la obra ha sido correctamente construida, el comitente debe aprobarla.

V. LAS MODALIDADES DE RECEPCION DE LA OBRA

Teniendo presente la normativa de nuestro Código civil sobre las obras por ajuste o precio alzado y de la Ley de Contratos del Estado, la doctrina de nuestro Tribunal Supremo, los usos de la construcción y la labor de la doctrina científica, podemos señalar las siguientes modalidades de recepción: la recepción expresa, la recepción tácita, la recepción definitiva, la recepción provisional, la recepción total y la recepción parcial.

(40) MANRESA, *Comentarios al Código Civil*, tomo X, volumen 2º, Madrid, 1969, pág. 737.

(41) FERNÁNDEZ COSTALES, *op. cit.*, pág. 192.

(42) MUCIUS SCAEVOLA, *Código Civil concordado y comentado*, tomo XXIV, parte 2.ª, Madrid, 1951, pág. 184.

(43) RUBINO, *op. cit.*, pág. 421; GIANNATASSIO, *op. cit.*, pág. 260, y MOROZZO DELLA ROCCA, *L'appalto nella giurisprudenza*, Padova, 1972, pág. 240.

SOINNE (*op. cit.*, volumen I, págs. 300 y ss.) sostiene que la aprobación es una convención.

1. La recepción expresa y la recepción tácita.

Estas dos modalidades de recepción aluden a las clases de aprobación de la obra construida por el comitente. La recepción expresa es el resultado de una declaración de voluntad del comitente. La recepción tácita es deducida de actos que implican necesariamente una aprobación. Nos remitimos a lo referido anteriormente sobre la aprobación.

2. La recepción definitiva y la recepción provisional.

En la práctica es habitual que, antes de procederse a la recepción definitiva, se lleve a cabo la recepción provisional (44), que, como indica su nombre, es una auténtica recepción (45), semejante a la recepción definitiva, aunque, como es lógico, con determinadas diferencias, que seguidamente vamos a exponer.

1.^a La recepción provisional no es contemplada, ni siquiera indirectamente, por nuestro Código civil. Esto determina que el comitente y el constructor han de convenir expresamente la dualidad de recepciones (la provisional y la definitiva). Si falta este convenio, sólo procederá la recepción definitiva. En cambio, la necesidad de ésta es incuestionable, ya que, como afirma Gullón (46), de la misma manera que en toda prestación, para que se entienda ejecutada correctamente, el acreedor necesita que se ajuste expresamente a lo pactado, en el contrato de obra se impone el examen de la misma: su verificación y aprobación. Y ello no sólo por la práctica usual (artículo 1258), sino por el propio artículo 1592, del cual se extrae como consecuencia la necesidad de aquella verificación (47).

2.^a La recepción definitiva y la recepción provisional tienen un diferente fundamento y cumplen, en consecuencia, diferentes finalidades.

La recepción definitiva determina que el constructor ha cumplido, en principio, correctamente sus obligaciones. Queda liberado de toda responsabilidad, salvo en lo relativo a los vicios ocul-

(44) La recepción provisional tiene lugar cuando la obra está terminada o a falta de meros detalles, y suele efectuarse seis meses o un año antes de la recepción definitiva.

(45) DEKKERS (*Precis de droit civil belge*, volumen II, Bruxelles, 1954, página 659), y DE PAGE (*Traité élémentaire de droit civil*, volumen IV, Bruxelles, 1951, núm. 885, pág. 913) sostienen que la recepción provisional no es una auténtica recepción. No es más que una puesta de la cosa o del trabajo a disposición del comitente a fines de verificación.

(46) GULLÓN, *Curso de Derecho Civil. Contratos en especial y responsabilidad extracontractual*, Madrid, 1972, pág. 270.

(47) El panorama es diferente en el marco de las obras públicas, ya que el artículo 54 de la Ley de Contratos de Estado (modificado por la Ley de 17 de marzo de 1973) dispone que «la recepción provisional de las obras tendrá lugar dentro del mes siguiente a su terminación».

tos (48). En cambio, la recepción provisional es una garantía convencional (49), que tiene por objeto de comprobar si el constructor ha ejecutado bien los trabajos de construcción.

3.^a Los efectos que derivan de la recepción definitiva y de la recepción provisional son lógicamente diversos. Más adelante los expondremos ampliamente.

3. La recepción total y la recepción parcial.

Cuando el comitente aprueba y recibe la totalidad de la obra construida, se está en presencia de una recepción total; en cambio, cuando el comitente aprueba y recibe una o varias partes de la obra construida, que presentan una propia individualidad y autonomía, la recepción es parcial.

A nuestro juicio, es indiscutible la admisibilidad de la recepción parcial en el derecho español (50). En el marco de las obras públicas, los artículos 54 de la Ley de Contratos del Estado y 171 y 180 del Reglamento General de Contratación del Estado así lo reconocen. En el marco de las obras privadas, debemos llegar a idéntica conclusión. Lo dispuesto en el artículo 1592 del Código civil es una clara prueba de ello, y, además, el artículo 1169 del mismo texto legal, que sienta el principio de indivisibilidad del pago, facultando al acreedor para rechazar el cumplimiento parcial, admite la posibilidad del pago o cumplimiento parcial, si así lo pactan expresamente el acreedor y el deudor.

¿En qué casos procede la recepción parcial? En tres casos: 1.^º Cuando el comitente y el constructor lo hayan pactado en el momento de la celebración del contrato de obra. 2.^º Cuando el comitente y el constructor lo acuerden durante la ejecución de la obra. 3.^º Cuando la obra sea por piezas o por medida, a no ser que el constructor renuncie a su derecho a recibir por partes la obra (cfr. artículo 1592 del Código civil).

La recepción parcial, al igual que acontece con la recepción total, puede ser definitiva y provisional. Sólo procederá la recep-

(48) *Vid.* el epígrafe donde establecemos los efectos jurídicos de la recepción definitiva.

(49) La generalidad de los autores consideran a la recepción provisional como una garantía convencional (*SOINNE, op. cit.*, volumen II, pág. 530, y *DE LA CÁMARA MINGO, op. cit.*, págs. 608-609).

La doble recepción representa para el comitente una protección complementaria, ya que dispondrá de un tiempo de garantía con la posibilidad de que, llegado éste, rehúse la recepción definitiva.

(50) En el Derecho francés y en el Derecho italiano se admite expresamente la recepción parcial. *Vid.* los artículos 1.791 del Código Civil francés y 1.666 del Código Civil italiano de 1942. En relación con este artículo, son interesantes las observaciones de RUBINO, *Commentario del Codice Civile*, a cura de SCIALOJA e BRANCA, libro 4.^º *Delle Obbligazioni. Dell'appalto*, artículos 1.655-1.677, Bologna-Roma, 1973; GIANNATASSIO, *L'appalto*, tomo XXIV, volumen 2.^º, del Trattato di Diritto Civile e commerciale de CICU-MESSINEO, Milano, 1967, pág. 256.

ción parcial provisional, cuando así lo acuerden el comitente y el constructor. A nuestro entender, el artículo 1592 del Código civil sólo se aplica en el supuesto de recepción parcial definitiva, porque, como ya vimos, la recepción provisional no es contemplada por nuestro Código civil (51).

VI. LOS EFECTOS DE LA RECEPCION DEFINITIVA

La determinación de los efectos jurídicos que derivan de la recepción definitiva de la obra, es una de las cuestiones más debatidas en la doctrina y que plantea más problemas. Esto se debe principalmente a las grandes dificultades que presenta la exégesis de los artículos del Código civil que se refieren a las obras por ajuste o precio alzado.

A nuestro juicio, la recepción definitiva de la obra produce los siguientes efectos jurídicos:

1.º La recepción definitiva libera al constructor de toda responsabilidad frente al comitente, salvo en el caso de que la obra construida presente vicios ocultos.

Según se desprende de la normativa del derecho de obligaciones, el interés del comitente queda satisfecho, y, en principio, se produce la liberación del constructor, cuando la obra construida es aprobada y recibida (recepción definitiva). Ciertamente, la recepción definitiva implica el reconocimiento por el comitente de que el constructor ha cumplido correctamente sus obligaciones. Sin embargo, una larga tradición, que se remonta al derecho romano, determina que el constructor debe responder después de aprobada y recibida la obra construida, si ésta presenta vicios que no han podido constatarse en el momento de la recepción definitiva (vicios ocultos) (52). Nuestro legislador consagró esta tradición en el artículo 1.591 del Código civil (53).

(51) En cambio, la recepción parcial provisional es regulada en el marco de las obras públicas por los artículos 54 de la Ley de Contratos del Estado, y 171, párrafo 3.^o, y 180 del Reglamento General de Contratación del Estado.

(52) En el *Codex Theodosianus* (XV, 1, 24) existe una Constitución de los emperadores GRACIANO, VALENTINIANO y TEODOSIO, dictada en el año 385, que pasó al *Codex Justinianus* (VIII, 11, 8), en la que se dispuso que los curadores de obras públicas y sus herederos eran responsables de los vicios que surgieran durante quince años a contar desde su terminación.

En el Derecho Histórico español las leyes 21, título 32, de la partida 3.^a y 16, título 8 de la partida 5.^a, que guardan un evidente paralelismo con el precedente romano, hicieron responsable al constructor durante el plazo de quince años después de que fuera terminada la obra, si se mueve o derrumba a consecuencia de su deficiente construcción.

GREGORIO LÓPEZ afirmó el carácter complementario de ambas leyes, haciendo el comentario de la ley 21, título 32 de la partida 3.^a, a propósito de la ley 16, título 8 de la partida 5.^a. Justifica de esta manera la extensión de la norma romana referida a las obras públicas para hacerla aplicable a los contratos privados: «quae licet loqui videantur in operibus publicis, et ita ivi Doct, intelligunt; tamen idem videtur in aedificiis privatis ex ratione

La subsistencia de la responsabilidad del constructor por presentar la obra construida vicios ocultos, aun habiendo tenido lugar la recepción definitiva, se fundamenta en razones de justicia y equidad. No es justo que el constructor se exonere totalmente de responsabilidad después de recibida la obra construida, porque la complejidad de la técnica de construcción motiva una gran dificultad para poder precisar en el momento de la verificación la existencia de todos los vicios que pueda presentar la obra construida, y lo que es todavía más difícil, sus consecuencias dañinas (54).

Numerosos tipos de vicios no pueden revelarse más que con el uso de la obra; así, por ejemplo, los vicios de insonorización, los vicios en la instalación de la calefacción o la refrigeración, que se apreciarán en las épocas de frío o calor, los vicios en la techumbre, que se manifestarán en el período de lluvias, etc..

Nuestra jurisprudencia acepta esta doctrina. La sentencia de 17 de diciembre de 1964 declara: «Cuando las obras se reciben y aceptan sin protesta, el contratista queda exonerado de responsabilidad, salvo en el caso del artículo 1591» (considerando 2.º).

Como consecuencia de todo lo dicho, cuando la obra construida presente vicios que pudieron ser apreciados al procederse a la recepción definitiva, no hay razones que justifiquen la exoneración de responsabilidad del constructor. Este responderá si el vicio se patentiza con posterioridad a la recepción definitiva, tanto si es determinante de ruina (en los términos de los artículos 1591 y 1909 del Código civil) como si no lo es (de acuerdo con la normativa general del derecho de obligaciones y lo dispuesto en el artículo 1902 del Código civil).

2.º Como consecuencia lógica del efecto que acabamos de señalar, el constructor no responde si la obra construida presenta

praedictarum legum, cum praesumantur, intra dictum tempus opere dirupto, vicio magistri corruisse; que ratio ita militat in privatis, sicut in publicis; unde in dubio, si non constet de casu fortuito ex quo opus corruit vel quod alias accidit sine sua culpa, tenebitur magister intra dictum tempus».

Los precedentes inmediatos de nuestro Código Civil siguen análogo criterio. El artículo 1.532 del Proyecto de 1851 y el artículo 47 del título del arrendamiento del Anteproyecto de 1882-1888 declaran que «el arquitecto o empresario de un edificio responde durante diez años, si se arruinase por vicio de la construcción o del suelo».

(53) La mayor parte de los ordenamientos europeos adoptan esta solución. *Vid.* los artículos 1.792 y 2.270 del Código Civil francés, 1.669 del Código Civil italiano de 1942 y 1.225 del Código Civil portugués de 1966.

(54) Este es el fundamento de la responsabilidad decenal, establecida por el artículo 1.591 del Código Civil. En los trabajos preparatorios del Código de Napoleón se justificó la responsabilidad decenal en la dificultad de conocer el estado de una edificación, como no sea con el transcurso del tiempo; en que el comitente es, normalmente, un profano en el arte de la construcción, siendo muy difícil que pueda descubrir los vicios al verificar la obra, y en la seguridad pública (BERANGER, TREILHARD y TRONCHE, cuyo parecer menciona BRICMONT, *op. cit.*, págs. 81 y 82).

vicios aparentes en el momento de la recepción definitiva, que no han sido denunciados diligentemente por el comitente.

Nuestro Código civil, a diferencia de otros Códigos civiles (55), no establece específicamente este efecto. Sin embargo, la mayor parte de la doctrina (56) considera que el constructor se exonerá de responsabilidad si el comitente no denuncia diligentemente los vicios que son aparentes (57) antes de proceder a la recepción definitiva. Disienten de esta opinión mayoritaria García Cante-

(55) *Vid.* el Código Civil italiano de 1942, artículos 1.667 y 1.669; el Código suizo de las Obligaciones, artículo 370; el Código Civil portugués de 1966, artículo 1.219, y el Código Civil francés, artículo 1.646.

(56) VALVERDE, *Tratado de Derecho Civil español*, tomo 3.^º, Valladolid, 1926, pág. 486; NART, *Contrato de obra y empresa*, en la Revista de Derecho Privado, 1951, pág. 823; PÉREZ GONZÁLEZ y ALGUER, *Anotaciones al Tratado*, de ENNECCERUS, *Derecho de Obligaciones*, tomo 2.^º, Barcelona, 1966, pág. 535; DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, *Sistema...*, II, pág. 339; CADARSO, *op. cit.*, pág. 159, etc.

(57) Los vicios aparentes son aquellos defectos que presenta la obra construida, que pueden ser apreciados mediante un examen atento y cuidadoso.

Los vicios que son conocidos por el comitente, con independencia de que objetivamente deban considerarse ocultos, han de ser tratados como vicios aparentes.

Entendemos que es aplicable analógicamente el artículo 1.484 del Código Civil, que establece valiosos criterios para precisar las características de la apariencia del vicio. Del examen de este artículo deducimos los siguientes criterios: a) que el vicio aparente es un defecto manifiesto; b) que el defecto manifiesto es aquel que está a la vista del sujeto que examina la cosa. En sentido inverso, el defecto oculto será aquel que no sea cognoscible por la simple contemplación de la cosa (Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de enero de 1970); c) que si el comitente es un facultativo o por razón de su oficio debiera fácilmente conocer la existencia de los vicios, no será el constructor responsable de los mismos, si el comitente no los denuncia.

El adversario «fácilmente» es muy elocuente, ya que determina que si el averiguamiento de los vicios es difícil, aunque el comitente sea un facultativo o perito, responderá el constructor, si aquél actuó con la normal diligencia al examinar la obra construida.

La jurisprudencia francesa une a la cualidad de facultativo la presunción *iuris tantum* de conocimiento del vicio que presenta la obra inmobiliaria (SOINNE, *op. cit.*, tomo I, pág. 400, nota 107, recoge las Sentencias francesas que se pronuncian en este sentido).

Creemos que no hay base en nuestro Derecho para entender que rige esta presunción.

CADARSO (*op. cit.*, pág. 159) entiende que no es aplicable por analogía el artículo 1.484. Señala que no cabe hablar aquí (se refiere al artículo 1.591) de vicios aparentes u ocultos en el sentido de que de ellos se habla al tratar de la compraventa. De una parte, los vicios de construcción determinan la responsabilidad decenal más en cuanto vicios latentes que en cuanto vicios ocultos. De otra parte, el carácter oculto habría que referirlo en todo caso no sólo al vicio, sino también a sus consecuencias.

Este autor no tiene en cuenta la indudable «identidad de razón» (artículo 4, 1 del nuevo Título Preliminar) existente entre el artículo 1.484 y el supuesto que estamos analizando. Nótese además que el artículo 1.553 establece que son aplicables al contrato de arrendamiento las disposiciones sobre saneamiento contenidas en el título de la compraventa.

ro (58), Herrera Catena (59), De la Cámara Mingo (60), Fernández Hierro (61) y Fernández Costales (62).

A nuestro juicio, la opinión mayoritaria en la doctrina es acertada. El constructor se exonera de responsabilidad, si el comitente no denuncia los vicios aparentes antes de proceder a la recepción definitiva. Fundamentamos esta opinión en los siguientes argumentos:

a) Si el comitente observa que la obra construida presenta determinados vicios, debe denunciarlos diligentemente, porque así lo exigen los principios de diligencia y de autorresponsabilidad (63). Con acierto señala Díez-Picazo (64) al tratar, con carácter general el problema de la prestación defectuosa: «No debe olvidarse —dice— que sobre todo acreedor pesa la carga de llevar a cabo un examen diligente y puntual de la prestación ejecutada por el deudor. En principio, el acreedor debe descubrir y conocer los vicios o defectos de la prestación cuando éstos se encuentran manifiestos o aparentes, así como aquellos otros que no pueden pasar desapercibidos a una persona mínimamente diligente. Hay, pues una clara aplicación de los principios de diligencia y de autorresponsabilidad, si el acreedor aceptó sin reserva ni protesta

(58) GARCÍA CANTERO (*La responsabilidad por ruina de edificios ex artículo 1.591 del Código Civil*, en el ANUARIO DE DERECHO CIVIL, 1963, pág. 1104) fundamenta su opinión en que el artículo 1.591, párrafo 1.^o del Código Civil, está desvinculado de toda conexión con el contrato de obra.

(59) HERRERA CATENA (op. cit., I, página 92 a 101) sostiene que el constructor no se exonera de responsabilidad si el comitente no denuncia el vicio determinante de ruina (ruinógeno, según este autor), que es aparente en el momento de la recepción definitiva, pero, en cambio, sí exonera de responsabilidad si el vicio aparente no es determinante de ruina (no ruinógeno).

En relación con su primera afirmación, alega los siguientes argumentos: 1.^o Carecemos de un precepto equivalente al artículo 1.667 del Código Civil italiano de 1942. 2.^o El texto y las concordancias del artículo 1.591 autorizan la indistinción entre el vicio oculto y el vicio aparente. 3.^o El criterio de la responsabilidad, basado en la función desempeñada (y no en el contrato suscrito), postula la no distinción entre el vicio oculto y el vicio aparente. 4.^o El contractualismo del párrafo 2.^o del artículo 1.591 no constituye obstáculo para postular la no distinción entre el vicio oculto y el vicio no aparente. 5.^o Los argumentos de Derecho extranjero pueden aplicarse en nuestro Derecho.

(60) DE LA CÁMARA MINGO, op. cit., pág. 610.

(61) FERNÁNDEZ HIERRO (*La responsabilidad civil por vicios de construcción*, Deusto, 1976, pág. 85) estima que el Código Civil (artículo 1.591) no distingue al establecer la responsabilidad decenal entre vicios aparentes y vicios ocultos. No da relevancia al vicio aparente.

(62) FERNÁNDEZ COSTALES (op. cit., pág. 204) afirma que si los vicios aparentes afectan a la solidez y estabilidad de la edificación, el arquitecto no se vería liberado de responsabilidad.

(63) La aplicación general de estos principios ha sido reconocida por la doctrina más autorizada: DE CASTRO, *El negocio jurídico*, Madrid, 1971, página 363; DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos...*, I, pág. 691; BETTI, *La teoría general del negocio jurídico*. Trad. esp. por MARTÍN PÉREZ, Madrid, s. f., págs. 124-125.

(64) DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos...*, pág. 691.

alguna una prestación que él conocía que era defectuosa o cuyo carácter defectuoso debió diligentemente descubrir».

b) Nuestro Código civil y, en general, nuestro ordenamiento jurídico concede relevancia a los vicios aparentes. Así lo prueban los artículos 1484, 1485, 1487, 1488 y 1553 del Código civil; 306, 342 y 345 del Código de comercio; y 56 de la Ley de Contratos del Estado y 175 del Reglamento de Contratación del Estado (65).

c) La seguridad pública exige que el comitente denuncie diligentemente los vicios aparentes. Un vicio no determinante de ruina puede devenir determinante de ruina con el transcurso del tiempo. Si el comitente denuncia el vicio aparente con diligencia, éste puede ser subsanado por el constructor u otro técnico, evitándose de esta manera la ruina de la obra, que normalmente es causante de funestas consecuencias. Es fácil comprender que una obra inmobiliaria, que esté aquejada por un vicio determinante de ruina, constituye un grave peligro social, ya que puede ocasionar daños irreparables tanto a las personas como a las cosas, como ha puesto de relieve la Fiscalía del Tribunal Supremo en la Circular de 1 de diciembre de 1965.

d) Como ha señalado Rubino (66), la denuncia del vicio aparente por el comitente tiene el fin de que el constructor sea prontamente puesto en condiciones para hacer las oportunas comprobaciones en la obra, que pasado un cierto tiempo pueden no ser posibles; y de otra parte, tiene la finalidad de ponerle en situación de eliminar rápidamente los vicios, lo cual puede ser técnicamente muy difícil con el transcurso del tiempo.

Este argumento se apoya en la consideración de que todo acreedor tiene la carga de facilitar la liberación del deudor. El acreedor —dice Díez-Picazo (67)— ha de realizar todo aquello que en su mano esté a fin de que el deudor pueda no sólo cumplir, sino también liberarse de la deuda (68).

e) El comitente que observa algún vicio al verificar la obra construida, debe denunciarlo diligentemente, pues, si a pesar de ello la aprueba y recibe, habrá que presumir que le parece bien, aunque objetivamente no haya sido correctamente construida.

En este sentido, afirman Pérez González y Alguer (69) que la conformidad del comitente con la obra realizada libera al cons-

(65) Los artículos 56 de la Ley de Contratos del Estado y 175 del Reglamento General de Contratación del Estado se refieren exclusivamente a la ruina de la obra por vicios ocultos.

(66) RUBINO, *op. cit.*, pág. 281.

(67) DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos...*, I, pág. 366.

(68) Esta es una carga o deber accesorio impuesta por el principio de la buena fe, y forma parte del contenido del contrato por el cauce del artículo 1.258 del Código Civil. Sobre el significado de estas cargas o deberes accesorios del acreedor, vid. DÍEZ-PICAZO, *La doctrina de los propios actos*, Barcelona, 1963, pág. 141, y *Fundamentos...*, I, págs. 364 y ss., y LARENZ, *Derecho de Obligaciones*, I, Trad. esp. por SANTOS BRIZ, Madrid, 1958, págs. 154 y ss.

(69) PÉREZ GONZÁLEZ y ALGUER, *op. cit.*, págs. 535-536.

tructor de su obligación y puede significar una renuncia por parte del comitente a las pretensiones que le correspondieran.

3.^º El plazo de garantía decenal tiene como punto de partida la fecha en que se produjo la recepción definitiva de la obra construida.

El artículo 1591 del Código civil dispone: «El contratista de un edificio que se arruinase por vicios de la construcción, responde de los daños y perjuicios si la ruina tuviere lugar dentro de diez años, contados desde que se concluyó la construcción; igual responsabilidad, y por el mismo tiempo, tendrá el arquitecto que la dirigiere, si se debe la ruina a vicio del suelo o de la dirección.

Si la causa fuere la falta del contratista a las condiciones del contrato, la acción de indemnización durará quince años.»

No existe acuerdo en la doctrina al determinar el momento en que la construcción ha de entenderse concluida. Se han propugnado tres soluciones: en el momento de la terminación material de la obra (70); en el momento de la entrega o puesta a disposición de la obra (71), y en el momento en que la obra ha sido aprobada y recibida por el comitente (recepción definitiva) (72).

A nuestro entender, la obra se entiende concluida cuando es aprobada y recibida (recepción definitiva) por el comitente. Esta interpretación se basa en los siguientes argumentos: a) El tenor literal del artículo 1591 del Código civil no es un obstáculo insalvable, pues en todo caso cabe cuestionar si la norma habla de conclusión de la construcción en un sentido puramente material, como circunstancia de hecho, o bien en un sentido jurídico. Porque, en este último sentido, se debe advertir que la construcción es, precisamente, contenido de la prestación a que, por el contrato de obra, viene obligado el constructor (73); b) Como hemos dicho, el plazo decenal tiene un marcado carácter de garantía. Constituye un tiempo de prueba de la buena ejecución de los trabajos de construcción. Una vez cumplido este plazo, el constructor se exonerá de responsabilidad.

Este carácter exoneratorio hace necesario que el momento a partir del cual comienza a transcurrir dicho plazo esté perfectamente determinado. Pero, esto no será posible, si dejamos reducido el concepto de conclusión de la obra a lo puramente material.

(70) En este sentido, FERNÁNDEZ HIERRO, *op. cit.*, pág. 145, y GARCÍA CANTERO, *op. cit.*, pág. 1107.

(71) GARCÍA GOYENA (*Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español*, Zaragoza, 1974, pág. 802), al comentar el artículo 1.532 del Proyecto de 1851, dice que los diez años se cuentan desde la entrega de la obra.

De igual parecer es DE LA CÁMARA MINGO, *op. cit.*, pág. 548.

La Sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo de 26 de octubre de 1971 se refiere a la entrega (considerando 3.^º).

(72) CADARSO, *op. cit.*, págs. 348-349; HERRERA CATENA, *op. cit.*, volumen I, páginas 47-48, y FERNÁNDEZ COSTALES, *op. cit.*, pág. 385.

(73) CADARSO, *op. cit.*, pág. 346.

Indudablemente, la fecha de terminación material de la obra plantea extraordinarias dificultades de prueba; c) La conclusión de la construcción no debe quedar al arbitrio del constructor. El comitente ha de comprobar si realmente la obra ha sido terminada totalmente. Precisamente, ésta es una de las finalidades que cumple la verificación.

Esta es la principal razón que nos ha inclinado a no estimar que la entrega, entendida como puesta en poder o a disposición del comitente de la obra construida, es el punto de partida del plazo de garantía decenal. Sólo cuando el comitente comprueba que la obra ha sido terminada, puede, en rigor, entenderse concluida; d) Anteriormente afirmamos que la recepción definitiva libera al constructor de toda responsabilidad, salvo en el caso de que la obra construida presente vicios ocultos. La doctrina ha tenido en cuenta esta circunstancia para justificar que el plazo de garantía decenal comienza a correr en el momento de la recepción definitiva. En este sentido afirma Laurent (74), que los motivos por los que el legislador ha prolongado la responsabilidad del arquitecto resuelven implícitamente la dificultad. Según el derecho común, la responsabilidad del arquitecto cesaría con la recepción de los trabajos; es porque esta recepción no cubre los vicios ocultos que pueden encontrarse en las construcciones, por lo que el legislador mantiene la responsabilidad del arquitecto durante diez años; esta, responsabilidad sobrevive, como se dice, a la verificación de los trabajos, porque la verificación de los vicios ocultos es imposible. ¿Cuándo puede saberse si existe un vicio? Es en el momento de la recepción, si el vicio es aparente, la recepción lo cubre; si el vicio es oculto, la responsabilidad subsiste. Es, pues, a partir de la recepción cuando el plazo de diez años debe transcurrir; e) Los argumentos expuestos ponen de manifiesto que la tesis que defendemos, es la única que protege de manera adecuada al comitente. Este ha de tener conciencia clara de que el plazo de garantía decenal ha comenzado a transcurrir. No podemos, por consiguiente, dejar a la incertidumbre y a la voluntad del constructor, el comienzo del citado plazo.

Cuando la recepción de la obra ha sido parcial (cfr. artículo 1592), el punto de partida de la garantía decenal debe ser fijado en la fecha de cada una de las recepciones. Así lo ha entendido la jurisprudencia francesa (sentencia de 5 de mayo de 1970) (75).

4.^º La recepción definitiva de la obra construida determina que el comitente debe abonar al constructor el precio convenido.

El artículo 1599 del Código civil establece que, en defecto de pacto o costumbre, el precio de la obra debe pagarse al hacerse la entrega. Sin embargo, el artículo 1592, que se refiere a las obras por piezas o por medida, dispone, como ya vimos, que se presume

(74) LAURENT, *Principes de Droit Civil*, tomo XXVI, Bruselas, 1878, pág. 73.

(75) BOUBLI, op. cit., pág. 164, comenta esta jurisprudencia.

aprobada y recibida la parte satisfecha (76). Parece que, como dicen Díez-Picazo y Gullón (77), no basta la materialidad de la entrega o puesta a disposición, sino que la obra sea recibida por el comitente al ser conforme con la que se proyectó (78).

Esta solución es lógica. Téngase en cuenta que el contrato de obra genera una auténtica relación jurídica sinalagmática, lo que determina que el comitente puede negarse al pago del precio, si la prestación ejecutada por el constructor es defectuosa en virtud de la *exceptio non adimpleti contractus* (cfr. artículo 1124 del Código civil) (79). Así lo ha entendido la doctrina y la jurisprudencia francesa y belga (80), que admiten la invocación por el comitente de la *exception d'inexecution*, que es inherente a los contratos sinalagmáticos. Si bien, señalan Flamme y Flamme (81), no es extraño que el comitente alegue la existencia de vicios inexistentes para negarse a pagar el precio convenido.

En relación con el arquitecto, es de aplicación el decreto de honorarios de 1 de diciembre de 1922, que establece que, salvo pacto expreso entre las partes, los honorarios correspondientes al proyecto serán exigibles a los ocho días siguientes a la entrega del mismo, y los devengados por la dirección de la obra o ejecución técnica, se abonarán por terceras partes, al mediar la obra, al terminarla y al presentar la liquidación final.

Pensamos que la recepción definitiva sólo produce los efectos señalados. No obstante, algunos autores atribuyen además a la misma otros importantes efectos jurídicos. Se dice que la recepción definitiva determina la transferencia del riesgo (82) y de la propiedad de la obra construida al comitente (83).

No podemos compartir este punto de vista. Según disponen los artículos 1589 y 1590 del Código civil, el riesgo se transmite al comitente en el momento en que el constructor le entrega

(76) GARCÍA GOYENA (op. cit., págs. 802-803) señala que las obras pagadas se tienen por aprobadas y entregadas: *ipsa operis impleito in partes divisa est ex contractu*.

(77) DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, *Sistema...*, II, pág. 336.

(78) También piensan así: FERNÁNDEZ COSTALES, op. cit., pág. 205, y DE LA CÁMARA MINGO, op. cit., pág. 512. Y nuestro Tribunal Supremo: Sentencia de 10 de diciembre de 1974 y 17 de diciembre de 1964.

(79) Con carácter general, afirma DÍEZ-PICAZO, (*Fundamentos...*, I, pág. 552), si la ejecución de la prestación es defectuosa, el demandado puede oponerse y rehusar el cumplimiento de la contraprestación, en tanto que no sean rectificados los defectos.

(80) *Vid.* FLAMME-FLAMME, op. cit., págs. 29-30.

(81) FLAMME-FLAMME, op. cit., pág. 30.

(82) FERNÁNDEZ COSTALES, op. cit., pág. 204; DE LA CÁMARA MINGO, op. cit., página 512; PUIG PEÑA, op. cit., pág. 212, y MÓ, *El contrato de construcción privada*, Buenos Aires, 1959, pág. 88.

(83) CANTALAUDE, op. cit., pág. 147. En nuestro Derecho, CASTÁN (*Derecho Civil español, común y foral. Derecho de Obligaciones. Las particulares relaciones obligatorias*, Tomo IV, Madrid, 1977, pág. 440), y MANRESA (op. y vol. citados, págs. 705-706), explican lo establecido por los artículos 1.589 y 1.590, que atribuyen el riesgo del perecimiento de la obra, diciendo que responden a la regla *res perit domino*, con lo cual vienen a aceptar el efecto señalado.

la obra construida. Es decir, cuando ésta ha sido terminada y se encuentra en su poder o a su disposición.

Observamos que los artículos 1589 y 1590 establecen la mora del comitente en recibir la obra construida. No cabe duda de que, como señala Díez-Picazo (84), la mora del comitente comienza a partir del momento en que, habiendo rematado al obra el constructor, la misma ha sido puesta a disposición de aquél en el lugar convenido. Del texto del artículo 1590 del Código civil se deduce que se sanciona al *dominus operis* (el comitente) en cuanto que se retrasa en recibir la obra a que tiene derecho, y no por dejar de cumplir una hipotética obligación de aceptar la obra.

Ya en el año 1874, escribe Gómez de la Serna (85), que si terminada la obra y avisado el comprador para que la reciba, hubiese tardanza de éste, suyo será el peligro por accidente y sin culpa del arquitecto.

Si el constructor pone a disposición del comitente la obra construida en el tiempo y lugar fijado, y éste se retrasa en hacerse cargo material de la misma, son de aplicación los artículos 1589 y 1590 (ha existido morosidad en recibirla por parte del comitente).

Creemos que la tardanza del comitente en proceder a la verificación de la obra o en emitir el resultado de la misma sin justos motivos, a pesar del requerimiento del constructor, sólo motiva que la obra se entienda tácitamente aceptada.

La interpretación teleológica de los citados artículos justifica plenamente que el riesgo sea soportado por el comitente a partir del momento en que la obra ha sido puesta a su disposición. Es sencillo comprender esto, si tenemos en cuenta que la entrega o puesta a disposición presupone los siguientes hechos: a) el constructor ha cumplido la obligación de entregar la obra construida en el tiempo y lugar fijado; b) el comitente ha adquirido un poder de control sobre la obra construida; c) la obra ha dejado de estar bajo la guarda y el control del constructor; d) la razón de que el constructor soporte el riesgo del perecimiento fortuito de la obra hasta que la entregue al comitente, reside en que su prestación es de resultado (86). Si la obra ha sido terminada en el plazo establecido y correctamente construida, no cabe duda de que el resultado ha sido logrado. En caso de que la misma haya sido entregada al comitente y que, antes de ser aprobada (87), perezca

(84) DÍEZ-PICAZO (*Fundamentos...*, I, pág. 856) señala que surgen dificultades cuando el *dominus operis* además de recibir la obra debe aprobarla, con lo cual este autor diferencia el recibo de la obra y su aprobación.

En parecidos términos se pronuncian, SOTO NIETO (*El caso fortuito y la fuerza mayor*, Barcelona, 1965, pág. 271) y MUCIUS SCAEVOLA (op. cit., pág. 83).

(85) GÓMEZ DE LA SERNA, *Elementos de Derecho civil y penal de España*, tomo 2º, Madrid, 1874, pág. 318.

(86) DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos...*, I, pág. 856, y GULLÓN, *Curso de Derecho Civil. Contratos...*, pág. 264.

(87) Entre la entrega o la puesta a disposición de la obra construida y su

por un evento fortuito, ¿es lógico que el constructor soporte el riesgo de su perecimiento? Pensamos que la respuesta sólo puede ser negativa.

En rigor, la verificación y la aprobación de la obra tiene pleno sentido en relación con los vicios que pueda presentar la obra entregada; no, en cambio, respecto a la transferencia del riesgo al comitente.

Desde luego, la recepción definitiva de la obra no determina que se transmita su propiedad al comitente. En puridad, a medida que se va levantando la obra, pertenece con todo su valor al propietario del terreno (el comitente), según el principio romano de que el edificio cede al suelo (*superficies solo cedit*), admitido por nuestro Código civil (artículos 358 y siguientes).

Además, lleva razón Mucius Scaevola (88) cuando escribe que alienta desde el primer instante de la perfección del contrato de obra un germen de propiedad que estorba al imaginado dominio del constructor, hasta el punto, que si terminada la cosa aquél no quisiera entregarla a quien se la encargó, podrá ser compelido a la entrega, y si principiada la obra desiste de ella, quedará sujeto a indemnizar los daños que de su omisión se deriven (89).

VII. LOS EFECTOS DE LA RECEPCION PROVISIONAL

En esta cuestión existe también una gran disparidad en la doctrina. Vamos, por tanto, a examinar cómo debe resolverse.

1º La recepción provisional es el punto de partida del plazo de garantía convencional. El comitente podrá controlar durante el mismo la solidez y el funcionamiento de la obra.

2º Algunos autores (90) entienden que la recepción provisional exonera de responsabilidad al constructor respecto a los vicios aparentes, que no han sido denunciados diligentemente por el comitente.

No puede aceptarse esta solución. Como señala Herrera Catena (91), que acepta el parecer de Sánchez Fontáns, la recepción

aprobación, suele mediar un lapso de tiempo, necesario para que el comitente pueda comprobar si aquélla se ajusta a las reglas del arte de la construcción y a lo convenido en el contrato de obra.

(88) *MUCIUS SCAEVOLA*, op. y vol. citados, pág. 82.

(89) Ha de tenerse en cuenta un criterio de utilidad social: el mantenimiento y conservación de una obra que es socialmente útil, y la búsqueda de una situación final clara y segura, eludiendo la coexistencia de complicados derechos concurrentes (DÍEZ-PICAZO, *La modificación de las relaciones jurídico reales y la teoría de la accesión*, en la Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, 1966, pág. 848).

(90) André DELVAUX, op. cit., pág. 176; DELSAUT, *Droits et obligations professionnels des entrepreneurs de travaux*, Bruxelles, 1918, pág. 230, y SPOTA, *Tratado de locación de la obra*, Buenos Aires, 1952, pág. 545.

(91) HERRERA CATENA, op. cit. volumen I, págs. 41-42; SÁNCHEZ FONTANS, *El contrato de construcción*, volumen I, Montevideo, 1953, pág. 315. En igual

provisional, en materia de obras privadas, no cubre los vicios aparentes, pues, desde el momento en que las partes estipulan una doble recepción y un plazo de garantía, debe entenderse que el comitente se reserva el derecho de examinar la obra, durante ese tiempo y de hacer efectiva la responsabilidad del constructor por cualquier clase de vicios que en ella se noten.

Cabe admitir, sin embargo, la posibilidad de una cláusula contractual estableciendo que los vicios aparentes no originadores de ruina fueran cubiertos por la recepción provisional, siquiera dicha cláusula desvirtuaría el sentido de la recepción provisional.

3.^º Un sector de la doctrina francesa y belga atribuye a la recepción provisional efectos jurídicos que nosotros hemos atribuido a la entrega y a la recepción definitiva. Se estima que la recepción provisional es el punto de partida del plazo de garantía decenal (92) y que determina la transferencia del riesgo del perecimiento fortuito de la obra al comitente (93).

Entendemos que la recepción provisional no produce estos efectos jurídicos, por las razones anteriormente señaladas. En puridad, sólo si la recepción provisional coincidiese con la entrega de la obra sería acertado entender que motiva la transferencia del riesgo al comitente. Sin embargo, lo usual es que la entrega de la obra tenga lugar antes de que se produzca la recepción provisional.

VIII. LA IMPORTANCIA DE LA RECEPCION DEFINITIVA PARA CONFIGURAR LAS DIVERSAS RESPONSABILIDADES DEL CONSTRUCTOR POR LA EJECUCION VICIOSA DE LA OBRA

El análisis de la responsabilidad civil del constructor frente al comitente y frente a los terceros perjudicados por presentar vicios la obra construida, ha de efectuarse en función de la recepción definitiva (94).

La justificación de esta conclusión reside en que nuestro Código civil no dispensa un idéntico régimen jurídico a los vicios que se manifiestan antes y después de la recepción definitiva.

sentido, DÍEZ-PICAZO-GULLÓN, *Sistema*, II, pág. 338, y CANTELAUBE, op. cit., página 147.

(92) Jean DELVAUX, *Droits et obligations des entrepreneurs des travaux*, Bruxelles, 1934, n.^o 163 (citado por André DELVAUX, op. cit., pág. 178, nota 4); FLAMME-LEPAFFE, op. cit., núm. 491, y DE LA CÁMARA MINGO, op. cit., pág. 609.

(93) André DELVAUX, op. cit., pág. 178, FLAMME-LEPAFFE, *Le contrat d'entreprise*, Bruxelles, núm. 491; MONTMERLE, *Commentaire pratique du cahier des clauses et condition générales imposées aux entrepreneurs des travaux de Ponts et Causeés*, París, 1951, tomo II, pág. 349, y BONNEAU, *Juris Classeur Administratif*, fascículo 521, núm. 219 (citados por CANTELAUBE, op. cit., pág. 81).

(94) Como vimos, la recepción definitiva es el punto de partida del plazo de garantía decenal, y determina la aplicación de los artículos 1.591 y 1.909, si la ruina se produce durante el mismo.

Con anterioridad a la misma, se aplica el régimen general de la responsabilidad contractual (cfr. artículos 1101 y 1124), si el perjudicado es el comitente; y el régimen jurídico de la responsabilidad extracontractual (cfr. artículo 1902), si el perjudicado es un tercero.

Con posterioridad a la recepción definitiva, es preciso determinar si el vicio es determinante de ruina o no determinante de ruina. En el primer caso, se aplica el artículo 1591, si el perjudicado es el comitente, y el artículo 1909, si el perjudicado es un tercero (95). En el segundo caso, se aplica el régimen general de la responsabilidad contractual (artículos 1101 y 1124), si el perjudicado es el comitente, y el régimen jurídico de la responsabilidad extracontractual (artículo 1902), si el perjudicado es un tercero.

Teniendo en cuenta lo que acabamos de decir, pueden establecerse las siguientes responsabilidades del constructor por presentar vicios la obra:

A) La responsabilidad del constructor por presentar la obra un vicio determinante de ruina, que es denunciado por el comitente o el tercero perjudicado antes de procederse a la recepción definitiva.

B) La responsabilidad del constructor por presentar la obra un vicio no determinante de ruina que es denunciado por el comitente o el tercero perjudicado antes de procederse a la recepción definitiva.

C) La responsabilidad del constructor por presentar la obra un vicio determinante de ruina, que es denunciado por el comitente o el tercero perjudicado con posterioridad a la recepción definitiva.

Hay que distinguir dos hipótesis: a) Si el vicio determinante de ruina es denunciado por el comitente o el tercero perjudicado durante el denominado plazo de garantía decenal (cfr. artículos 1591 y 1909).

b) Si el vicio determinante de ruina es denunciado por el comitente o el tercero perjudicado una vez transcurrido el plazo de garantía decenal.

D) La responsabilidad del constructor por presentar la obra un vicio no determinante de ruina, que es denunciado por el comitente o el tercero perjudicado con posterioridad a la recepción definitiva.

(95) La expresión «dentro del tiempo legal», que aparece en el artículo 1.909, alude al plazo de garantía decenal, establecido por el artículo 1.591. Así se deduce del Proyecto de 1851, cuyo artículo 1.903 (precedente inmediato del actual artículo 1.909) se remitía expresamente al «tiempo que fija el artículo 1.532» (precedente inmediato del actual artículo 1.591).

El análisis del régimen jurídico de cada una de estas responsabilidades, es necesario para comprender en toda su dimensión la problemática jurídica que suscita la ejecución viciosa de la obra por el constructor (96).

(96) Nuestra doctrina todavía no ha realizado este examen de una manera detenida. En general, se ha ocupado casi exclusivamente de establecer el régimen jurídico de la responsabilidad decenal. Destacan en este punto los amplios estudios de GARCÍA CANTERO, CADARSO, HERRERA CATENA y SANTOS BRIZ (*«La responsabilidad civil*, Madrid, 1970, págs. 563 y ss), citados en este estudio.

Estando este estudio en pruebas, ha aparecido una interesante monografía de Francisco Javier SÁNCHEZ CALERO sobre el cumplimiento del contrato de obra (*«El contrato de obra. Su cumplimiento»*, Madrid, 1978), en la que se analiza con detenimiento la verificación, la aprobación y la entrega de la obra construida.

ESTUDIOS DE DERECHO EXTRANJERO

Una nueva causa de daño resarcible: El terrorismo. Ensayo de soluciones jurídicas

JORGE A. CARRANZA

I

El tema que hemos elegido para esta disertación (*) toca, exclusivamente desde el ángulo jurídico, un fenómeno que no por permanente es, si se quiere, típicamente contemporáneo: *el de las consecuencias dañosas de la guerrilla; el terrorismo*, etc. Bien es sabido que los últimos años han visto aparecer, en distintos países —de suerte que estamos ante un fenómeno planetario—, nuevos medios enderezados a tentar la conquista del poder político, bajo el signo, no de la evolución, sino de la acción violenta, ya sea dirigida en contra del individuo, la sociedad o el Estado. Así se produjo, por ejemplo, el llamado «Mayo francés»; aparecieron, organizados por Ernesto «Che» Guevara, los métodos terroristas en Venezuela —entre 1967 y 1969—; expandido más tarde al Perú y a Bolivia; país este último donde encontró su muerte el llamado «Comandante» argentino-cubano.

Floreieron casi contemporáneamente, la guerrilla de Vietnam —que tenía, sí, el respaldo popular—; los rebeldes filipinos, que alzaban la bandera de lucha contra un régimen feudal; los movimientos «Tupamaros», en el Uruguay; los grupos «Montoneros», «Ejército Revolucionario del Pueblo» (ERP), y otros, en Argentina, teñidos de ideas extremistas de izquierda. Mas, como si se quisiera confirmar el movimiento pendular de la historia, esos grupos subversivos de ultra-izquierda, generaron, como efecto, inmediato, la violenta reacción de los extremistas de la ultra-derecha (v. gr., el caso de las llamadas «A. A. A.» y la organización de las fuerzas «irregulares o para-policiales», en Argentina). El momento álgido —por así decirlo— de la insurrección extremista, estuvo dado, entre nosotros, por el llamado «Cordobazo», de 1969, que procuró catalizar la resistencia popular a un gobierno de facto y, eventualmente, derrocarlo por la fuerza.

(*) Fue pronunciada por el Autor en el solemne acto de su recepción en la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba (Argentina), como Académico Correspondiente, el 27 de abril de 1976.

No entraremos aquí —por no tratarse exactamente del tema y de las circunstancias oportunas—, a los análisis de las razones y consecuencias políticas, económicas, sociológicas y hasta psicológicas, que dieron motivo a que vastos sectores de nuestra juventud (la edad-promedio de las estadísticas, acusan la exigua edad de los integrantes de esos movimientos), se lanzaran a la aventura destructora.

Es que la vida contemporánea está signada por la violencia: violencia del Estado; violencia de grupos más o menos organizados; violencia individual, y cada una de estas formas de actuación violenta debe ser examinada, porque sus consecuencias económicas y para la vida humana repercuten en el Derecho, sea para conjurar la reparación de tales daños, sea para organizar y estructurar un sistema que permita afrontar las secuelas materiales de esa violencia.

La violencia colectiva puede ser espontánea o calculada; de apoyo a la insurrección o como expresión de protesta política, económica o social; o de apuntalamiento a la tiranía o a un sistema. En fin: no debe distinguirse, como explicaba, en uno de sus últimos estudios, el maestro del Derecho Comercial, Isaac Halperin.

Frente a esas diversas formas de violencia, lo que se excluye terminantemente, es una actitud de impotencia o de postergación del examen del problema, y lo que se exige es la adopción de soluciones más o menos idóneas para afrontar tales consecuencias, dentro de las disciplinas jurídicas.

Hay quien —como el filósofo Víctor Massuh—, que con gran lucidez, últimamente, ha procurado hacer una síntesis del fenómeno que aquí apenas rozamos, ubica en el *nihilismo* (al que define como «esa especie de bomba terrorista puesta en el seno de la cultura contemporánea para hacerla saltar en mil pedazos») la explicación del candente tema, denunciando que en el origen de tales movimientos se encuentra alguna de las *ideologías*, que parcelan y sectorizan la visión totalizadora de la Historia, y que solamente pueden ser el resultado de una entrega a la difícil tarea de captar los límites de lo absoluto, empresa de la que nace la actitud axiológica ante la vida.

Se procura así —las palabras son de Massuh— *la igualación hacia abajo* (productora de la sociedad de masas y de los pequeños dioses del instante) y el *caos*, donde reinan, solamente, las emociones. Se obtiene, de esta manera, un cuadro de situación signado por la *violencia*, la inobservancia de todo orden social —aún de la norma penal— y, en fin, lo que el mismo filósofo argentino ha dado en llamar la *experiencia extrema*, tan de actualidad en nuestro ámbito geo-político y en otras áreas del universo. Se ha dicho —agreguemos— por David Fromkin, que la violencia desatada por los extremismos procura, en la mayor parte de los casos, el impacto psicológico del *terrorismo*, que no es sino la vio-

lencia usada para crear miedo, y para que ese miedo motorice determinados programas de acción, convenientes al respectivo grupo ideológico, lo que según se ha podido comprobar, entre nosotros, no constituye un efecto nada desdeñable y, es tal vez la mayor conquista de esa «experiencia».

No haremos aquí desde luego, ecuaciones políticas justificadoras de esas «experiencias», pero no dejaremos de reiterar que, frente a la religión laica de las ideologías; a la idolatría de héroes carismáticos; a los redentores políticos y otras formas del *emocionalismo*, el *actualismo* y, en fin, el *nihilismo*, hay que buscar en la clara visión del *todo* y de sus límites reales, la última «ratio» que reivindica la vocación de rescatar al hombre como *persona*, sin perjuicio de amar lo *nuevo* y arriesgarse en lo *desconocido*. Porque, como recuerda Isaacson, con versos de Baudelaire: «Au fond de l'inconnu pour trouver du nouveau» (*Le voyage*). En este orden de ideas procuraremos, en fin, practicar la *methexis* (participación), de que habla Aristóteles en su *«Estética»*, en un tema aparentemente ajeno a la investigación jurídica, pero con claras connexiones de ese linaje.

II

1. Pero, ¿cuáles son las implicancias jurígenas de este nuevo fenómeno Y, a su turno, si las hay, ¿en qué consisten las soluciones que al efecto pueden proveerse?

Es bien sabido por las múltiples declaraciones de políticos; por proclamas militares; por reiteradas homilías de altos prelados religiosos; y por las manifestaciones constantes de los medios masivos de comunicación, los que han llegado a formar una uniforme «opinión pública» sobre el tema, que en Argentina se ha generado el *extremismo*, y luego se lo ha tratado de enfrentar.

Pero lo que aquí queremos poner de resalto es que la subversión produce innúmeros y constantes daños a las personas individuales; delitos (que consideraremos solamente desde el ángulo del Derecho privado), como los de homicidio, lesiones, supresión de la libertad, perjuicios a la propiedad privada, destrucción de bienes inmuebles, muebles y locomóviles; etc., a lo que se suma el daño moral, representado por los padecimientos espirituales de las víctimas y de sus familiares, etc., hechos ilícitos civiles que enunciamos a título de mera exemplificación y sin pretender agotar el repertorio de ellos. La difusión pública y actual de tan graves y reiterados resultados dañinos del terrorismo nos exime de precisar otros detalles.

Solamente queremos inordinar esa realidad en el ámbito del Derecho privado para obtener conclusiones acerca de la violación de derechos individuales que aparejan nuevos perjuicios resarcibles y, fundamentalmente, la precisación de la circunstancia de un

hecho de la mayor importancia: *determinar a cargo de quién debe encontrarse la indemnización de los daños producidos por esa ilícita actividad terrorista.*

2. Es bien sabido que, dentro de la teoría general de las obligaciones, se concibe últimamente que el nacimiento de los créditos —es decir, el derecho del acreedor— emerge de *dos fuentes*: 1.^º, los negocios voluntarios, y 2.^º, los que René Savatier llama los *deberes legales de reparación*. Con lo que la Ciencia Jurídica ha venido a simplificar la quíntuple fuente romana, reduciéndola a la *voluntad* —por una parte— y a la *ley* —por otra—. La ley, agreguemos con el maestro francés, viene a resumir todas las otras fuentes no voluntarias, representando lo que él denomina con certeza, «una especie de "fourre-tout"», *donde caben, precisamente, todos los créditos por reparaciones, sea de un perjuicio, sea de un desplazamiento injusto de la riqueza.*

Bien puede afirmarse, además, que hoy existe un verdadero *derecho a la seguridad*, y que él es la fuente moderna y común de las obligaciones relevadas por la ley. Es que la conciencia colectiva de la inseguridad, que crea para los humanos el ritmo de la vida contemporánea, desarrolla un patente llamado *a la reparación de los daños y de las pérdidas*, que se cumple —salvo excepciones que no hacen sino confirmar las reglas— a través de cuatro instituciones: 1.^º *La responsabilidad civil*, que es aquella que conduce a una persona a asumir la obligación de reparar los perjuicios sufridos por su hecho (doloso, o culposo, o por riesgo); 2.^º *La restitución del enriquecimiento injusto*, cuando un patrimonio se engrosó a expensas de un patrimonio ajeno, sin causa legítima; 3.^º *El seguro de cosas*, contrato aleatorio a cuyo través se tiende a reparar, por parte del asegurador, los perjuicios causados por terceros al asegurado; y 4.^º *El Estado*, que está obligado a velar por la seguridad de todos y, eventualmente, a reparar los daños que la inseguridad genera.

De estos medios reparativos, tal vez, la *responsabilidad civil* es la que —como afirma el propio Savatier— «...el Derecho actual ha desarrollado de una manera más espectacular», dejando de lado o haciendo compartir con la culpa —real o presumida— del autor del hecho (concebida como el precio que el hombre debe pagar por el ejercicio libre de sus actos), la llamada *responsabilidad sin culpa*, en la que el acento se pone sobre el derecho de la víctima a una indemnización, pero *la que no siempre puede ser abonada por el autor del daño*, lo que ha llevado a transformar —fundamentalmente— el juego de esa responsabilidad. De allí que se llegara a concebir la «*responsabilidad indirecta*» y, aun, la «*objetiva*», donde la empresa (eje, hoy del Derecho), como ente económicamente más sólido, toma a su cargo o «*garantiza*» la deuda de responsabilidad de sus, a veces, anónimos dependientes, o cosas de que se vale.

Pero esto no era suficiente. Era necesario —todavía— que esas empresas, *indirectamente obligadas*, se aseguraran, a su turno, contra los efectos dañosos de esa su nueva y eventual obligación legal, con lo que se incrementó la difusión del *contrato de seguro*, por el que se transfiere al asegurador la carga de los riesgos, contra el pago de una prima, y en mérito al cual se completa el retorno a la noción misma de responsabilidad (porque es en la acción de reembolso en la que hay que demostrar la culpa del autor del hecho). Pero, al mismo tiempo, la víctima gana un indemnizador solvente, corriendo sólo el riesgo de entrar en un mecanismo contable, colectivo y automático, regido por la ley económica de los «grandes números».

Resta, todavía, la posibilidad de que sea el Estado quien afronte los daños padecidos por los particulares, con lo que se consigue —también— el efecto deseado: dar un responsable económicamente capaz de abonar la indemnización a las víctimas de ciertos perjuicios, al tiempo que se cierra el circuito de la cobertura de ellos.

III

Cabe aquí realizar una acotación acerca del tema del resarcimiento de daños en los Derechos positivos de los países orientales europeos. Allí el principio que rige es, si se quiere, inverso al del Derecho occidental, *ya que la esfera de la responsabilidad civil individual es más restringida que en los Estados occidentales*, porque, por ejemplo, si el perjuicio es cometido por un empleado estatal, o de empresa del Estado, o por un miembro de una cooperativa, se aplican las normas jurídicas del Derecho del Trabajo y del Derecho de las Cooperativas, y no responde el empleado sino en una mínima parte, aunque él sea el autor directo del hecho, haciéndolo, en su lugar, la colectividad, a través del Estado, la Cooperativa, el Sindicato, etc., que son quienes habitualmente —se presume— obtienen provecho de la gestión del trabajador.

El fundamento jurídico-económico, y si se quiere ético de esta desviación del concepto tradicional de la responsabilidad, en los países socialistas europeos —como explica el profesor Gyula Eörsi, de Budapest— radica en la circunstancia de que *los daños resultan, por lo general, de las imperfecciones del funcionamiento del equipo o son atribuibles a la organización misma, o a los defectos de la formación, educación o indisciplina de los dependientes*, lo que torna justificado que revierta la obligación de indemnizar a aquél que tiene a su cargo la prevención del daño y la educación del autor del hecho.

El Estado, a su turno, cubre sus arcas, menguadas con tales resarcimientos, con los llamados *seguros sociales y colectivos*. Es que la teoría socialista mira a la responsabilidad civil como una rama de la vieja responsabilidad jurídica *general*, a la que no

recepta «*in totum*» para concebirla, en cambio, como una función *especial o particular*, que tiene por objeto la *reparación* —hasta aquí coinciden el Derecho Oriental y el Occidental— *pero fundada* —y aquí divergen— en el defecto del funcionamiento del sistema y en las fallas de la educación de los ciudadanos, que están a cargo del Estado y sus empresas, los Sindicatos, las Cooperativas, etc., quienes son —en esa tesitura—, en consecuencia, los que deben resarcir el perjuicio.

De allí que, en los Derechos de impronta socialista, es imposible estudiar la responsabilidad civil haciendo abstracción de los seguros y, en primer lugar, *de los seguros sociales*. Por tanto, *cuando no funciona el efecto preventivo y educativo de la responsabilidad civil, o ella es insuficiente, los seguros sociales resuelven la cuestión*, indemnizando el daño, sin tener acción recursoria en contra del «vero» autor culpable del hecho, debiendo dirigirse sólo contra el Estado, Sindicato o Cooperativa, de acuerdo a lo dispuesto por el Derecho del Trabajo y el Derecho de las Cooperativas.

Es de interés computar que, en Hungría, los *seguros sociales obligatorios* cubren al 97 por 100 de la población, pero como los recursos económico-financieros del país magyar son limitados, no se produce, *en la práctica*, una indemnización completa: v. gr., se cubren por el seguro, enteramente, los gastos de asistencia médica y farmacéutica, pero no la totalidad de los salarios caídos. De aquí resulta que el régimen, que llamariamos clásico de la responsabilidad civil extracontractual en el referido país de régimen socialista, se aplica por el remanente, que queda impago, en razón de la referida insuficiencia financiera del seguro social.

Existe, también en Hungría, para el guardián de todo vehículo automotor, *un seguro de responsabilidad civil obligatorio*, que —a diferencia de los seguros sociales— es soportado por el Estado, siendo de notar, sin embargo, que también se funda en la responsabilidad «objetiva» o «por riesgo» (sin culpa subjetiva), restringiéndose la acción de reembolso del asegurador a muy limitadas hipótesis taxativamente enumeradas por la ley (v. gr., en el caso en que el asegurado hubiese conducido en estado de ebriedad o sin licencia para conducir).

Para agotar la lista del sistema legal de seguros en Hungría, cabe referir la existencia del llamado *seguro «de ménage complexe»*, al cual está sujeto el 60 por 100 de la población. Cabe significar, como pauta de diferencias con los casos anteriores que, en este seguro sí existe la acción recursoria en favor del asegurador, pero solamente —también se trata de una hipótesis excepcional—, en los casos de provocación intencional del daño por el asegurado.

Como en los seguros sociales los administradores de éstos tienen la posibilidad de volverse en contra del empleado para el reembolso, pero solamente en cuotas, de la suma abonada por

la aseguradora —lo que puede llegar a obligar «de por vida» al empleado—, la ley magyar autoriza al Tribunal para reducir el monto de los perjuicios, «cuando (ello) esté justificado por la situación financiera del autor del daño» (también resuelven el problema de esta manera el Código civil de Rusia Soviética, artículo 458, línea 2; el transcripto artículo 339, línea 2, del Código civil de Hungría; el Código civil polaco, en su artículo 440 y el Código civil de Checoslovaquia, en su artículo 450). Este último dispositivo excluye explícitamente la aplicación de la regla cuando el daño ha sido ocasionado intencionalmente. Cabe recordar, en este punto, que la reforma introducida como segunda parte del artículo 1069 del Código civil argentino, por el Decreto-ley 17.711/68, contiene una solución similar: «Los jueces —dice la nueva norma—, al fijar las indemnizaciones por daños, podrán considerar la situación patrimonial del deudor, atenuándolas si fuere equitativo; pero no será aplicable esta facultad si el daño fuera imputable a dolo del responsable».

Es decir, en conclusión, que la tendencia imperante en los sistemas jurídicos de los países de Europa Oriental, se potencia sobre la base de la prescindencia —en principio—, de la responsabilidad «subjetiva» o «por culpa» y, prácticamente, se trata de solucionar el problema de la reparación con la aplicación de regímenes de *seguros sociales o estatales*, de suerte que se atiende prevalentemente a la víctima, sin prestar mayor atención a la imputabilidad personal del autor del daño.

IV

Veamos ahora, las variantes que juegan —en el tema— en el Derecho Occidental. Lo ocurrente, de manera ordinaria, es que el asunto del daño resarcible tenga por presupuesto la imputación del resultado perjudicial último a un sólo sujeto. Pero, como bien anotan los más modernos juristas que han trabajado sobre el tema, Alterini, por ejemplo, entre nosotros *nada obsta a que tal imputación recaiga sobre varios, cuando la acción de éstos resulta relevante para atribuirla*. Es el caso de la *imputabilidad plural*, que plantea problemas nuevos en el Derecho civil, que devienen de la vertiente, rica y fructífera del Derecho penal, tan bien capitalizada en nuestra doctrina por maestros que, como el doctor Alfredo Orgaz, han hecho un excelente uso de la literatura y jurisprudencia penales, especialmente de la alemana, para completar la construcción de diversas instituciones en sede civil, desde hace tiempo.

Las hipótesis que pueden presentarse en este caso-límite de *responsabilidad colectiva*, son, entre los que comúnmente se consideran, los siguientes: 1) Que sean varias las personas que concurren a determinar idéntico resultado, cuya confluencia configura un caso de causalidad común o conjunta. Es la situación que apre-

hende el artículo 1081 de nuestro Código civil, que establece *la responsabilidad solidaria de cuantos hayan intervenido en el delito como autores, consejeros o cómplices*, norma que —bueno es anotar— parte de la base de que si bien el autor o el responsable *es múltiple (autores, consejeros o cómplices*, todas cuyas voces son utilizadas *en plural* por la ley), promedia en todos esos casos una previa *individualización* de ellos. Retengamos ésto.

2) También ocurre lo mismo —*determinación del autor o del responsable*— cuando sucede el caso de la llamada *causalidad acumulativa o concurrente*, la que se produce en aquellas situaciones en las que acaece el obrar independiente, o no concertado, de dos o más sujetos (repito: siempre susceptibles de ser *individualizados*), que *coinciden en producir el mismo daño*. Von Tuhr ejemplifica este caso de causalidad múltiple, que atribuye a todos y cada uno de los autores de la responsabilidad por el daño irrogado, con los precedentes de la jurisprudencia germánica en los que, por ejemplo, dos fabricantes arrojan aguas servidas o desechos de sus establecimientos fabriles, causando perjuicios a los inmuebles linderos, hechos que plantean hoy complejos problemas ecológicos y, aun de sanidad ambiental, además del correspondiente daño a cada uno de los propietarios colindantes, que ven —incluso— disminuidos los valores de sus predios ante la concurrencia —retero que independiente o no concertada— de los sujetos determinantes del hecho causal relacionado, no obstante lo cual la hipótesis planteada mantiene perfectamente *individualizados a los autores y, por tanto, a los responsables del hecho dañoso*.

3) Sin embargo, el caso que aquí nos interesa subrayar, por su directa atingencia al esquema central que venimos abordando, es aquel ocurrente cuando el daño es causado por el miembro, *que no puede ser identificado y que forma parte de un «grupo» que actúa en el hecho perjudicial*.

En tales hipótesis, la antigua jurisprudencia francesa, con el fundamento de que promedia la duda acerca de quién fue el verdadero autor del hecho, *declaraba la irresponsabilidad de todos los integrantes del «grupo»*, ante la imposibilidad práctica de individualizar al real autor del hecho (por no darse, valga la redundancia, el fundamento clásico, cuyo corolario se enuncia diciendo que *de la autoría emerge la responsabilidad*).

4) Esta conclusión planteaba el problema de lo que otro jurista argentino, el doctor Jorge Bustamante Alsina, ha llamado —con acierto— *la cuestión de la responsabilidad colectiva*, la que aparece cuando el sujeto no está individualizado (*ni puede serlo*), entre un conjunto de posibles responsables, que actúan generalmente de manera «grupal» o «colectiva» y, por lógica consecuencia, *no es posible demostrar la relación causal entre ninguno de ellos, en especial, y el resultado dañoso*.

Esta *responsabilidad colectiva*, aparece, en forma «larvada», a partir de la sanción del B.G.B., en que el artículo 830, primera

parte, inciso 2.^º, establece que «*Si varios han causado un daño por un acto ilícito realizado en común, cada uno es responsable del daño*». Y agrega —que es lo que nos interesa—: «*Lo mismo vale si no se puede saber quién, entre varios participantes, ha causado el daño con su acto...*», con lo que, esta segunda parte de la norma, trata del llamado supuesto de *participación en una conducta peligrosa*, hipótesis en que no se puede averiguar —como explica Hedemann— *quién*, de los varios partícipes, ha causado el daño, *con su acción*. En este caso, concluye la ley, *han de responder todos*. El jurista germano no oculta que «es ésta una conclusión muy atrevida» y que, si se pudiera demostrar por alguno, que *otro* de los integrantes del grupo pudo ser el autor, *entonces podría el inocente quedar exonerado de su responsabilidad*.

Larenz, a su turno, agrega que, por excepción, es suficiente para fundamentar la responsabilidad, *que se dé la posibilidad de que una persona haya causado el daño; o sea cuando ha participado con otros varios en una acción susceptible de producir perjuicios, en cuyo desarrollo éstos se han realizado, sin que pueda averiguarse quién fue el verdadero autor*. Y agrega: *no es necesario el acuerdo; basta que exista, en la práctica, un fenómeno unitario*.

Los ejemplos a que acude Hedemann, si bien antiguos, son sugeritivos de lo que la nueva figura procura conjugar. Así, enuncia el caso de tres hijos de labradores que *organizan* una carrera con sus coches de caballos. Mientras la carrera transcurre, galopando los carros envueltos en polvo, un niño es atropellado. No puede asegurarse *qué rueda, de qué participante, pasó por encima de él, causándole gravísimas lesiones o la muerte*. Sólo puede —o debe— haber sido *una*, es decir que, de acuerdo al principio de causalidad, solamente puede —o debe— haber *un agente del daño*. Sin embargo, explica el autor, deben responder los tres solidariamente, porque *todos han tomado parte en el suceso peligroso*. (Los otros ejemplos son similares: Véase éste: tres jóvenes fuerzan a una muchacha, *en común*. La joven queda embarazada y, por efecto de este estado, pierde su empleo. De tales consecuencias dañosas solamente puede ser agente uno de ellos, pero la «coparticipación peligrosa», extiende la responsabilidad a los tres, etc.).

Por su parte, en el *Derecho francés*, la construcción provino —primero— de la doctrina y la jurisprudencia, hasta ir a rematar —finalmente— a la legislación. Pero la evolución ha sido lenta y difícil. En Francia, como en general en todo el Derecho Occidental, ha regido, durante mucho tiempo, *el principio de la responsabilidad individual*, «tratándose así de evitar —como enseñan Mazzeaud y Tunc— la injusticia de que se condene a un inocente».

Pero esta solución tradicional no ha dejado de tener detractores, quienes han señalado —siempre— la doble cara (suerte de rostro de Jano), que caracteriza al problema de la responsabilidad civil. En efecto; apunta Ripert y también Viney, más moderna-

mente, que si el tema es observado *desde el costado del autor del daño*, la solución restrictiva se impone, y hay que exigir que se pruebe la «autoría». Pero visto el fenómeno *desde el lado de la víctima*, la cuestión cambia de óptica, y *debe atenderse a la indemnización de todos los daños injustos*. Así se expresa, por ejemplo, Savatier, en su obra «Les métamorphoses économiques et sociales du droit civil d'aujourd'hui». Entonces, en ese caso, poco importa que no pueda individualizarse al autor del hecho «grupal» o «colectivo». Así lo estableció la Corte de Riom, en 1966, al declarar la «responsabilidad colectiva» de un «grupo», sentencia en la que —dijo— *resultaría injusta y discriminatoriamente tratada, quien fuera dañada por una persona no individualizada, respecto de quien lo fuera por un sujeto determinado*.

A este nuevo argumento, fundado en la *equidad pura*, debe sumarse, hoy, el número e importancia de los «grupos» que se valen de técnicas depuradas puestas a su servicio, a lo que se agrega el anonimato de que gozan, lo que produce el desfasaje entre la doctrina tradicional y la realidad de los hechos, que ha sido certeramente calificado por Viney, como «la fuga ante las responsabilidades».

La Corte de Casación de París, por su parte, hizo aplicación directa de la responsabilidad «colectiva», condenando a todos los miembros del «grupo», ante la impotencia de determinar al «vero», titular de la autoría. Se trataba de un caso de agresión, en un campo de «scouts», por una «banda» de jóvenes, y uno de ellos había resultado lesionado por una piedra que nadie supo precisar quién disparó. *La condena alcanzó a todos*.

Georges Durry, anotador de la sentencia, se permite disentir con el fallo, sosteniendo que la verdadera justificación de la condena se halla antes que en la circunstancia de que, como no puede reprocharse el hecho preciso de haber arrojado la piedra, la justicia exige que se reproche jurídicamente la participación colectiva de cuantos han intervenido en la producción de un daño.

Alargaría en exceso esta prolusión buscar, en los meandros de las distintas doctrinas jurídicas, los posibles fundamentos de esa nueva responsabilidad colectiva, a la que se podría justificar porque se hubiera corporizado al «grupo», a la manera de una persona moral; o explicarla por la falta de prueba de descargo de no ser, uno determinado, el autor del hecho; o en la dispensa que se otorga a la víctima para demostrar la imputabilidad del daño a un solo agente, etc.

Más positivo, en cambio, resulta ponerse de acuerdo en la enumeración de las condiciones que deben darse para que nazca, al margen de la responsabilidad civil individual, el deber de reparar por parte de todos los integrantes del grupo, en los hechos dañosos colectivos. Para ello se requiere, enseña la doctrina: 1.^º La ausencia de individualización del real o único autor; 2.^º La prueba de la participación de todos los autores posibles «en la

acción riesgosa del grupo», y 3.^o *La demostración de la relación causal adecuada entre el daño y la acción no particularizada del «grupo».* El esquema se cierra con la más amplia facultad que debe conferirse al juez, para obrar en equidad, atenuando la responsabilidad de ciertos miembros del grupo, según las circunstancias, llegando a la eximición de solidaridad en ciertos casos.

Esta versión moderna de un nuevo «modus» de responsabilidad: *la colectiva o grupal*, había tenido ya recepción, en la *doctrine* (por ejemplo en Ripert, Esmein, Carbone, Viney, Mazeaud, Stark, Savatier, Larenz, Hedemann, etc.) y también en la *jurisprudencia* (especialmente la alemana y la francesa), pero faltaba el acogimiento *legislativo*, el que advino con la *Ley francesa del 4 de junio de 1970*, sancionada bajo el rubro de *Ley de represión de ciertas formas nuevas de delincuencia*, cuya sola denominación demuestra, que estamos en presencia de la comprensión de un fenómeno hasta entonces inédito.

Vale la pena recordar que esta norma represiva se dictó a propósito de la prevención de las entonces llamadas «acciones de comandos» (vulgo: guerrilla urbana; terrorismo), que asolaron a París en mayo de 1968, con punto de arranque en la Universidad de Nantérre, extendiéndose luego a todo el Barrio Latino y poniendo en jaque —poco menos— al «tout Paris».

Tan nuevo modo de conducta grupal, colectivo, concertado y unitario, al tiempo que múltiples y disperso en sus focos, lo que dificultaba su represión y control, obligó al legislador francés a agregar al artículo 314 del Código penal una disposición según la cual:

«Cuando del hecho de una acción concertada, conducida a fuerza abierta por un grupo, resultaren violencias o vías de hecho contra las personas, o se causaren destrucciones o daños a los bienes, los instigadores y organizadores de esta acción, así como aquellos que hubieren participado en ella voluntariamente, serán castigados..., etc., etc.».

Pero lo que nos interesa señalar ahora, desde el ángulo de nuestro tema, es que la norma jurídica sancionada por la Asamblea francesa, que venimos mencionando, agrega que:

«Las personas declaradas culpables de los delitos definidos en el presente artículo son responsables de los daños corporales y materiales». (ocasionados).

Esta ley penal francesa, llamada comúnmente, «*loi anti-casseurs*» («Ley contra los que rompen»), considera, evidentemente, un caso típico de «responsabilidad colectiva». Porque, aunque promedia, v. gr., la individualización penal de los instigadores e intervinientes, *no siempre se podrá precisar quién fue el agente de*

todos y cada uno de los daños. Aquí es donde la ley viene a imponer la obligación de indemnizar «con prescindencia de que exista o no relación de causalidad entre el hecho» del criminalmente responsable y el perjuicio irrogado. Basta la intervención del agente en el «grupo» que provoca los daños, sin que sea necesario —para responder civilmente— la individualización del autor del hecho. A este respecto son sugestivas las palabras del diputado Mitterand: «Los que rompen, dijo, deben ser quienes paguen. En esto estamos todo de acuerdo. Y agregó: *la ley quiebra el vínculo directo establecido por el Código civil entre el autor del daño, y entre éste y su reparación. «Es un caso de responsabilidad colectiva»,* afirmó al concluir su intervención.

5) Vengamos ya a elaborar algunas conclusiones de este apasionante tema: *el de la responsabilidad grupal*:

1.^º *La «responsabilidad colectiva» importa una respuesta concreta a nuevas realidades, que el Derecho está obligado a contemplar.* Porque «el Derecho sirve para la «vida o no sirve para nada», como recuerda el distinguido colega, profesor Moisset de Espanes, en su «Memoria Explicativa al II Curso de Derecho Civil».

2.^º *Es un paso adelante en el desarrollo del plexo legal de la responsabilidad civil.*

3.^º *Se trata de una nueva aplicación del principio de la responsabilidad objetiva.*

4.^º *Marca una instancia más del proceso de socialización del Derecho de los riesgos y de los daños.*

5.^º Tiene su explicación técnico-jurídica en la distinción (que ya hicieran Aubry et Rau), entre solidaridad perfecta y *solidaridad imperfecta*, «la última de las cuales era instituida por las leyes en razón de la tutela de intereses de terceros o del orden público», o, como explicaba Mourlon, resultaba impuesta «a personas que no tenían entre sí un conocimiento previo de la obligación, pero que accidentalmente, y por circunstancias imprevistas, podían encontrarse en situación de codeudoras». Es decir que, también en autores de los que llamaríamos clásicos, hallamos, *en embrión*, los fundamentos de la actual «responsabilidad grupal o colectiva».

6.^º Porque hoy puede afirmarse que la teoría de las llamadas *obligaciones in solidum*, «paralelas» o «convergentes», *como especie distinta de las solidarias*, ha sido receptada pacíficamente por la doctrina y la jurisprudencia extranjeras (la ya antes citada) y también por la literatura jurídica nacional (Borda, «Obligaciones», t. I, núm. 580) y la jurisprudencia patria (v. gr.: «El Derecho», t. 16, p. 147; «La Ley», t. 96, p. 376; J. A. 1961-VI-351; etc.).

7.^º La idea-fuerza de la «responsabilidad grupal» se encuentra en la noción de *garantía*, es decir, en el aseguramiento de la protección de la víctima (Conf.: Chabas, «L'influence de la pluralité des causes sur le droit à réparation», núm. 236, París, 1967. En el mismo sentido: Bore, «La causalité partielle en noir et blanc

ou les deux visages de l'obligation "in solidum", en «La semaine juridique», 6-11-71, núm. 1, núm. 2369).

8.^o Es decir que, en «ultima ratio», el fundamento de la obligación legal de «los que rompen», se halla en la observancia del deber de estricta *equidad*, en el que la idea de la responsabilidad subjetiva (que hace pie en la imputabilidad y en la previsibilidad), *se resuelven en un sistema objetivo de causalidad*. Así resulta, v. gr., también, la responsabilidad civil del demente ahora reconocida, en Francia; en la ley de accidentes de caza; y de la creación del Fondo de Garantía (asimismo en el país galo, por ejemplo), encargado de indemnizar a las víctimas de los daños causados por vehículos a motor, cuando el autor de los perjuicios *es desconocido o resulta insolvente, al igual que su asegurador* (Cfr.: Genevieve Viney, «Le déclin de la responsabilité individuelle», París, 1965).

9.^o Resta, pues —nos parece—, después de dejar de lado la responsabilidad «grupal» o «colectiva», ahondar el tema en sus dos últimos aspectos. La eventual responsabilidad del Estado, por una parte, y, por otra, la cobertura a través de determinados seguros, para resarcir a quien padece un daño indemnizable, con motivo de hechos de *terrorismo* o de *guerrilla*, en los que —por lo general— el perjudicado se encuentra ante múltiples personas jóvenes, generalmente carentes de la necesaria solvencia patrimonial propia como para enfrentar y resarcir el débito dañoso. Esto es lo que trataremos de indagar en la parte final de este trabajo, que linda —diríamos— con la *Antropología*, ya que el hombre aspira a vivir bien, que es lo que el ex-Rector de la Universidad Católica de Córdoba, doctor Fernando Storni, llama «calidad de vida», la que se integra y consigue, con la satisfacción de sus *necesidades ónticas*, una de las cuales, precisamente, es la *seguridad de su existencia*, integrada por el *derecho a la supervivencia y a la protección*, aspectos estos últimos que se alcanzan a través de los «satisfactores» que se identifican como la necesidad satisfecha, en orden a la *seguridad física*, a la *seguridad social* y, en fin, a su *defensa*.

V

1. Veamos el caso del *seguro*. Es indudable que los hechos individuales o colectivos de violencia, importan un serio y creciente riesgo para la vida y bienes de las personas.

Tampoco es válido hesitar, por otra parte, acerca de que el Derecho de Seguros, entre nosotros, no preveía, expresamente, esta clase de riesgos. En Argentina, como recuerda Kreimer, estos siniestros, durante muchos años, estaban solamente amparados por las condiciones corrientes de las pólizas o por la incorporación de cláusulas extraprimeras, en los llamados seguros «de daños patrimoniales» y los «seguros de personas». Quedaba todo librado,

en menos palabras, a la libertad de contratación de las partes, con los inconvenientes propios de la imposición, por las compañías aseguradoras, de las condiciones más favorables a ellas, propias de las tantas veces criticados «contratos de adhesión», «normados», o «reglados» o, lisa y llanamente, «impuestos» (como bien lo explica Alberto G. Spota, en su reciente y difícilmente superable: «Instituciones de los contratos» y, en igual sentido, lo que escribiera con precisión Héctor Masnatta, en «El contrato necesario»).

De allí que, por lo general, y si el asegurado no exigía lo contrario, o, si lo exigía, no lo aceptaban los co-contratantes, *los aseguradores insertaban cláusulas que los eximían de responsabilidad en casos tales*, como los que aquí nos interesa analizar. Y así eran comunes las condiciones —en las pólizas de incendio, ubicadas dentro de los seguros de «daños patrimoniales», por ejemplo—, según las cuales no se respondía «de los daños, cuando el incendio se originara, directa o indirectamente, por actos de guerra civil o extranjera, huelga parcial o general, tumulto popular, asonada o motín, rebelión, etc.», aunque ello no era exigido ni autorizado por el Código de Comercio (arts. 529 a 543). Mas, cabe recordar, que la doctrina de la época *no consideraba excluida la reparación de los daños causados por «sabotaje», por el que se entendía, precisamente, el «acto de depredación o terrorismo»*, el que así quedaba comprendido en las condiciones normales de la póliza, sin necesidad de cláusulas adicionales o pago de extra-primas algunas. (Así, v. gr., se explica el tema, en la publicación de 1956, de la «Asociación Argentina de Compañías de Seguros», en estudio suscripto por los doctores Horacio Legarreta, Emilio Reviriego y Mario A. Cadenas Magariara, pág. 7).

Es decir, que antes de que la estadística señalara el incremento de los riesgos de la «guerrilla» y el «terrorismo», los causados por ellos eran cubiertos: o *por las cláusulas comunes* (si se aceptaba la interpretación amplia, antes mentada), o *por las cláusulas especiales* (si eran acogidas por las aseguradoras), o *por el pago de las extra-primas* que aquéllas exigían. (Conf.: Halperin, Isaac: «Seguros. Exposición crítica de la Ley 17.418», p 363).

Al dictarse la vigente Ley de Seguros la situación da un sesgo —tal vez explicado por la incrementación de los actos de «terrorismo», desencadenados por la «guerrilla» y la «subversión», que se intensificaron a partir del derrocamiento de la autoridad constitucional producido en 1966—, y es así como el Decreto-Ley 17.418/68 —conocido como «Ley de Seguros»—, declara, en el artículo 71, que *el asegurador no cubre los daños causados por hecho de guerra civil o internacional, o por motín, o tumulto popular, salvo convención en contrario* (sus antecedentes, recuerda Kreimer —op. cit., p. 109— son los artículos 99 de la Ley mexicana; el artículo 34 de la Ley francesa; el artículo 1912 del Código italiano y el artículo 84 de la Ley alemana, entre otros). La empresa aseguradora se cubría, así, de una incontrolada precipitación *simul-*

tánea de los riesgos. Es que, como ha explicado Samuelson (en su «Curso de Economía Moderna»), «... (para las compañías de seguros) no es posible asegurarnos contra todo. Porque es necesario computar condiciones matemáticas concretas, *antes de que puedan determinarse las probabilidades* (de riesgos y erogaciones) existentes de modo suficientemente exacto. Pero los grandes números no bastan. Es, además, necesario que los sucesos inciertos sean relativamente independientes. Por ejemplo, dice: «El terremoto de San Francisco; el incendio de Chicago, etc., sí son susceptibles de aseguramiento». De allí que el economista norteamericano, remate su exposición aconsejando que las aseguradoras no suscriban «pólizas contra la bomba atómica» o «contra el paro—lock-out— de una empresa particular», porque éstas son presiones y plagas que no pueden ser calculadas de antemano con precisión....».

Tal vez fuera por esto —volviendo a nuestra vigente Ley de Seguros— que *las condiciones generales de póliza, a partir de 1968, agregaron la exclusión de los hechos de «guerrilla», «terrorismo», «rebelión», «huelga» y «lock-out»*, que para nada aparecen contemplados en la norma legal respectiva, es decir, totalmente al margen —la reglamentación— de la Ley.

La doctrina del Derecho de Seguros ha encontrado acertada la limitación del amparo asegurativo respecto de la *rebelión*, de la *huelga* y el *lock-out*. Y hay autores que asimilan la «guerrilla» y el «terrorismo» a la «rebelión» y a la «guerra civil», con lo que conceptúan que no deben ser cubiertos por el seguro. Tal es el caso de Eduardo Steinfeld, «Daño intencional de terceros sobre bienes asegurados» (en «La Ley», 26 de julio de 1971).

Participamos, en cambio, y con la buena compañía de Haperin, Kreimer y otros especialistas en la materia, de la idea de que los daños que provocan el «terrorismo» y la «guerrilla» no son asimilables a la «rebelión» ni a la «guerra civil», por más que alguna vez el poder político que detentan los órganos del Estado, acostumbren a identificar indebidamente actos tales. Porque la verdad de los hechos demuestra que hay matices decisivos que permiten justificar la distinción que sostengamos, según la cual no podemos decir que, a pesar de la «guerrilla» y el «terrorismo» reinantes en la Argentina, o en otros países, exista lo que técnicamente se denomina «guerra civil», y lo mismo se puede predicar de la situación reinante en otros sitios del hemisferio, o de las luchas subversivas de las sectas negras, en los EE. UU., ni en la de los «comandos» argelinos, en Francia, en su momento, por ejemplo.

Es decir que el asunto debe ser matizado y, de ninguna manera —pensamos— puede producirse la íntegra asimilación conceptual o técnica, entre «guerra civil» y «rebelión», por una parte, y la «guerrilla» y el «terrorismo», por otro. Al asegurado, en consecuencia, le quedan dos caminos: o correr el riesgo de que una interpretación

judicial asimile a ambos fenómenos, en cuyo caso quedará obligado a la cobertura pactada, o, por el contrario, disponga protegerse lícitamente de esos riesgos, mediante *cláusulas adicionales y el pago de extra-primas* (al respecto es ilustrativa la Resolución núm. 9786, de 1969, dictada por la Superintendencia de Seguros, en nuestro país, donde se procura definir *legalmente* por la vía anómala de una mera Resolución, dictada por una simple repartición administrativa, *los nuevos fenómenos de la «guerrilla»; el «terrorismo»; la «subversión»*, etc. Resolución administrativa que curiosamente coincide con el «Cordobazo» y es del todo inconstitucional, porque la reglamentación —según se sabe— no puede ir más allá de la ley reglamentada).

Sobre este riscoso asunto cabe recordar que un eximio jurista cordobés —por adopción—, el doctor Henoch D. Aguiar, tenía dicho que: «No existiendo prohibición de la ley para la contratación de seguros... no queda más obstáculo que pueda oponerse a esa contratación, que *el orden público y las buenas costumbres*, en cuanto que las leyes que los garantizan, pudieran ser afectadas o violadas por una convención de esta especie», como lo recuerda otro prestigioso universitario de Córdoba, el doctor Horacio Roitman, en «El seguro de responsabilidad civil».

La regla no es otra que la de la ampliación del «interés asegurable», con lo que la ley —en sentido estricto y también en sentido amplio— no debe cerrar el paso al progreso conceptual del seguro y debe permitir que absorba el avance de la tecnología y de las variaciones de los riesgos, en punto a la producción de siniestros, como ocurre —por ejemplo— con los que el jurista brasileño Ignacio de Larramendi llama la «nueva violencia», aunque ello pueda implicar profundas modificaciones en las tarifas y coberturas que se otorgan, pero partiendo del principio de que el seguro debe ofrecer protección adecuada y con el menor número posible de limitaciones. Tal vez la solución se encuentre en la formación de «Fondos Comunes de Garantía», con contribución obligatoria, como está ocurriendo en el caso de, los riesgos por la circulación de automotores, con la que arribaríamos a una suerte de «socialización indirecta» de la reparación.

2. De otro costado están las *soluciones directas de socialización de la indemnización* de este linaje —moderno— de perjuicios, consistente en la institucionalización normativa de la *responsabilidad del Estado*.

Entre nosotros no se ha llegado, todavía, a una fórmula legislativa que tenga esa amplitud de comprensión. Pero en muchos de los casos —dolorosos, por cierto— suscitados con motivo de daños ocasionados por la «guerrilla» y el «terrorismo», donde se está cierto de que la insolvencia de los autores del perjuicio frustrará toda indemnización, a nivel de la responsabilidad individual, grupal o colectiva, o por la reticencia de las aseguradoras, ha sido el Estado el que ha tomado a su cargo la misión de repa-

rar, aunque a veces fuera solamente a través de meros *subsidios*, por sumas fijas y no siempre satisfactorias.

Sobre este particular es suficientemente ejemplificativa la Ley 20.007/72, que versa expresamente sobre «Hechos terroristas», la que fuera reglamentada por el Decreto 2109/73 (ambos en «Anales de Legislación Argentina», el primero, en el t. XXXIII-A, pág. 2 y el segundo en el t. XXXIII-B, pág. 1762), donde se citan como antecedentes las indemnizaciones de que el Estado se hizo cargo por el Decreto-Ley 9.974/62 (en «Anales de Leg. Argentina», tomo XXIII-C, p. 1916), con motivo de los hechos acaecidos en ocasión de los enfrentamientos de grupos militares denominados «azules» y «colorados»; así como antes se había reconocido igual obligación del Estado, en oportunidad de los motines y revoluciones a que aludieron las Leyes 12.220, de 1935 («La Ley», t. 1, Sec. Leg., p. 1) —en ese caso: la asonada militar del 6 de septiembre de 1930—, y la Ley 14.414 («Anales de Leg. Argentina», 1955, t. XV-A, p. 7), referente, esta última, a los hechos producidos el 16 de junio de 1955.

Con posterioridad a la Ley 20.007/72, que *se refiere expresamente a la indemnización a cargo del Estado de los daños causados por hechos terroristas*, y en cuyos considerandos se lee que «*al Estado incumbe adoptar las medidas idóneas para reprimir y evitar la ocurrencia de hechos que atentan contra la seguridad común...*», por cuyo motivo —agrega— «... se conceptúa equitativo y oportuno instituir un procedimiento que permita ayudar económicoamente a los damnificados como consecuencia de esos hechos», se indemnizaron por el Poder Ejecutivo Nacional los daños irrogados con motivo de la destrucción (parcial o total) de diversas sedes partidarias, ocasionadas por sendos *atentados terroristas* (Leyes 21.043, 21.044 y 21.166, del Congreso de la Nación); la Provincia de Santa Fe, lo hizo respecto de la amputación de una mano, padecida por un oficial de policía, también de resultas de un ataque terrorista (ver, «La Nación», del 22 de enero de 1976, p. 10); y en la Provincia de Córdoba —entre otros múltiples casos— se mandó a pagar la reparación del inmueble de un legislador de la oposición, casi totalmente «destruido por un atentado terrorista que es del dominio público» y, esta vez, sin mencionar la voz «subsidio» e imputando la «erogación a gastos generales» (véase, «Legislación Argentina», año X, núm. 8, octubre 1975), etc.

Si bien se reconoce, así, que el Estado tiene una responsabilidad y una obligación de socorrer —fundada en el deber jurídico de prestar la llamada «policía de seguridad»—, no es ésta —la del otorgamiento gracieble o equivoco de «subsidios»—, sin embargo, la solución ideal del problema. Como no lo es, tampoco, la reparación prevista por el Proyecto de Ley de Defensa —con media sanción en la Cámara de Diputados de la Nación, antes del 24 de marzo de 1976— (véase, «Diario de Sesiones Cám. Di. Nac.», noviembre 19 de 1975, pág. 5031 y ss.), cuyo artículo 44 restringe la

indemnización a abonar, con motivo de las requisiciones que se practicaran por las fuerzas represoras, al «daño emergente», y no comprende, *nunca*, el «lucro cesante», con lo que, a la par de frustrar la correcta reparación del agravio padecido por la víctima, se desconoce el principio universal de la *reparación integral*, que hoy nadie discute y que ya se aplicó en otras leyes similares: v. gr., en el artículo 32 de la Ley 13.234, llamada de «organización de la Nación para casos de guerra».

No es nuestro propósito incursionar a fondo sobre el complejo tema —por otra parte, perteneciente al área del Derecho Público— de la responsabilidad del Estado por tales hechos, que se aborda, específicamente, en el Derecho Administrativo, del que —confesamos— tenemos una visión muy parva.

Pero no es menos verdad que concebimos la unidad de todo el Derecho, sin compartimientos estancos que lo dividan, aislando unas partes de las otras, lo que —según es sabido— solamente se practica a nivel didáctico y para una mejor enseñanza de cada una de las ramas, o para conseguir la especialización jurisdiccional, en la decisión de los diversos asuntos.

Siendo ello así, señores, no es posible eludir la consideración de la responsabilidad del Estado frente al crédito indemnizatorio de los particulares perjudicados por el «terrorismo» y la «guerrilla». Y es curioso, pero hay que subrayarlo: Mientras la *jurisprudencia* siempre se expidió negativamente, desestimando las demandas por indemnización enderezadas en contra del Estado, con motivos semejantes (véase, por ejemplo, las sentencias obrantes en «La Ley», 130-726, 132-1095; 136-1040; en J. A. 1969-I-140, etc.), la *doctrina administrativista* más moderna, discrepa con esas tímidas y conservadoras soluciones judiciales, *sosteniendo que el Estado tiene la obligación de indemnizar daños tales, aunque no exista texto legal expreso al respecto*, porque está comprometido el *deber de seguridad* de velar por todos los ciudadanos, que pesa sobre la Administración, y que, tal vez originándose en una obligación moral; por razón del «Bien Común»; por la necesidad de observar la «proporcionalidad de las cargas»; en razón del principio de «equidad»; o por aplicación de la regla de la «estricta justicia», y aun de la mera «solidaridad humana» —que son, *todos, principios generales del Derecho*, a los que deben acudir *obligatoriamente* los Jueces, como fuente formal, en caso de *laguna de la Ley* (art. 16, C. c.)—, aquella obligación que nació natural se transforma en una *obligación jurídica*, capaz de constreñir al Estado a la correspondiente indemnización, sin otro recaudo que la existencia de un nexo causal adecuado entre el hecho dañoso y el perjuicio; siempre que no haya culpa ni dolo del damnificado; y con la posibilidad de la acción de reintegro, por parte del Poder Administrador, en contra de quienes resulten, en definitiva, autores de los daños (si se los identifica).

Así se expiden la doctrina y la jurisprudencia del Consejo de

Estado Francés, aplicando reglas de Derecho Público, y sólo subsidiariamente las del Código civil (véase Julio Moreno Hueyo, en J. A. —Doctrina— 1975, pág. 357 y ss., o J. A., septiembre 26 de 1975, diario núm. 4.843), y así lo hacen, también entre nosotros, con fundamentos verdaderamente renovadores, Julio I. Altamira Gigena (en «Responsabilidad del Estado», ed. Astrea, Bs. As., 1973); Miguel S. Marienhoff (en «Tratado de Derecho Administrativo», Bs. As., 1965, t. IV, parágrafo 1675); María Graciela Reiriz (en «Responsabilidad del Estado», ed. Eudeba, Bs. As., 1969) y el propio profesor titular de Derecho Administrativo de la Universidad Nacional de Córdoba, académico doctor Abad, etc., etc., aunque —repito— nosotros nos permitimos poner el acento en la aplicación, recta y sin hesitación, de los «principios generales», que lo son de todo el Derecho (Público y Privado), hasta que se dicte una legislación específica sobre esta materia.

Permitidme cerrar este esbozo de soluciones a una realidad que avanza sobre los moldes tradicionales del Derecho, de tal manera y con tal ímpetu que obliga a la reflexión de los juristas, y a poner en juego toda nuestra imaginación creadora en el replanteo de las soluciones y doctrinas, con las expresiones de quien, sin ser jurista, anuncia la clave de este nuevo intríngulis jurídico.

Hace pocos días un intelectual, distinguido al mayor nivel de su especialidad por su obra, dijo unas pocas palabras que me parece hacen también a nuestro problema, y son éstas:

«A menudo se dice que la generación actual es la generación de los cosmonautas, de los sabios y de los pioneros. Pero éstos alcanzan —apenas— a un dos por ciento. A mí en cambio —dice Milos Forman, que de él se trata— *me importan los que viven anónima y ordinariamente, sin llamar la atención, los que nunca serían capaces de dominar el cosmos, pero son tal vez capaces de un heroísmo cotidiano que merece ser rescatado y protegido*» (1).

Entre nosotros tenemos, lamentablemente, señores, muchos ejemplos de víctimas inocentes, producidas por los nuevos fenómenos que nos han ocupado en esta charla. Procuremos, por ello, desde nuestro modesto puesto de preocupados indagadores de lo jurídico a que el Derecho sea más justo con tantos perjudicados que no consiguen reparación a sus daños, y habremos realizado —nos parece—, una aplicación adecuada de nuestra única y humilde, pero no por eso menos eficaz y poderosa, herramienta de trabajo.

(1) Discurso pronunciado en la Academia Cinematográfica de Hollywood, al recibir el máximo premio a la mejor dirección por su filme «Atrapado sin salidas». En la «Nación». (Secc. Letras, Artes, Ciencias, Buenos Aires, 5 de abril de 1976.)

CONCLUSIONES

1. La vida social se transforma sin cesar y nuevas necesidades se presentan que no caben dentro de la fórmula rígida e inflexible de la ley, más aún si ello accede en un tiempo histórico signado por la rapidez de los cambios —sobre todo— socio-económicos y tecnológicos, que caracterizan a la época en que nos ha tocado vivir.

2. Debe, además, computarse que es imposible prever todas las necesidades futuras de una determinada sociedad, por lo que «la ilusión racionalista» que generó el fenómeno histórico de la codificación no agotó, de una vez y para siempre, el repertorio de fórmulas jurídicas aplicables para la solución de todos los problemas que origina la convivencia social, razón que obliga a una lectura atenta de la realidad, *por el legislador* —para dar las nuevas normas que atiendan a esos nuevos fenómenos—, *y por el juez*, para resolver todos los casos ocurrientes, no contemplados aún, típicamente, por la ley vigente, a través de principios generales que permitan cumplir —adecuadamente— con el mandato de solucionar en justicia las hipótesis reales todavía no previstas por el legislador.

3. Es decir, que, aunque no exista norma jurídica expresa que resuelva el caso propuesto por la nueva realidad social emergente de la vida interindividual, es principio inconscio el de que el juez debe dar solución a la hipótesis judicial llegada a sus estrados, por lo que desde el punto de vista de la Lógica Jurídica, el Derecho se presenta como una totalidad sin fisuras ni lagunas, que no puedan ser *jurídicamente cubiertas* —aunque *de hecho* existan—, razón en cuya virtud se ha podido afirmar, por los ius-filósofos que promedia una plenitud hermética de todo el orden jurídico positivo, sea cual fuere el de que se trate.

4. La afirmación anterior, imperativamente exigida por las necesidades de la Lógica Jurídica, no apareja, según ha quedado explicitado *supra*, que *en el hecho*, no existan vacíos legislativos (las llamadas «lagunas de la ley») que los jueces están obligados a llenar para resolver algunas de las cuestiones planteadas, sobre todo en orden a esos nuevos fenómenos sociales que todavía no han sido normados. Para ello acuden a los *principios generales del Derecho*, que son los que subyacen en la realidad cultural, social, económica, política, técnica, etc., de un país determinado, en un determinado tiempo histórico, y que pueden surgir, incluso —aunque no se encuentren explicitados— del propio ordenamiento jurídico, concebido como una unidad sistemática, cuyo perfil sea armónico con las restantes instituciones, costumbres y «modelos sociales» del país.

5. El Código civil Argentino, de 1869, prevé en sus artículos 15 y 16, que el juez no puede abstenerse nunca de fallar y que, para

ello, en caso de ausencia de solución legislativa expresa, debe acudir a fuentes legales subsidiarias o supletorias, una de las cuales es el llamado *principio de las leyes análogas* y otra la nombrada como *principios generales del Derecho*, el último de los cuales constituye un producto de la corriente filosófica del Derecho natural, que Vélez Sarsfield —cuya formación universitaria justifica esa impronta iusnaturalista— tomara (como fuente histórico-formal) del Código de Austria.

6.. De acuerdo a ese parámetro que damos por supuesto en la clave interpretativa del artículo 16 del Código civil, es menester que el Juez, ante una «laguna del Derecho», procure llenarla con una solución que resulte justa dentro de la economía socio-cultural vigente en la realidad que propone el hecho nuevo, cuya solución no se ha dado expresamente por el legislador, para lo cual deberá realizar una tarea de valoración adecuada a las circunstancias pre-indicadas.

7. Siendo ello así, el hecho nuevo propuesto por la sociedad contemporánea, en cuya virtud la violencia social genera daños que es necesario enjuagar, y ante cuya producción —diríamos que «en cadena»— la legislación vigente no ha dado soluciones satisfactorias (ni de ninguna índole, podríamos agregar), ya que las hasta ahora existentes resultan manifiestamente insuficientes, y donde incluyo las pautas legislativas que regulan el resarcimiento de daños, por hechos ilícitos, en el Código civil; la subrogación indemnizatoria contractual a través del instituto del seguro, en el Derecho Comercial (donde puede hablarse, incluso, de un capítulo específico que contiene el ya maduro, y si se quiere relativamente autónomo, Derecho de Seguros); como así propio las nuevas figuras jurídicas creadas en el Derecho Comparado, para resolver el problema de los actos de violencia generados por la guerrilla, el terrorismo y la propia represión que ellas desencadenan (nuevas figuras de las que es buen ejemplo el artículo 134 del Código penal de Francia, en uno de cuyos apartados, de contenido civil o privatístico, sancionado en 1970, se crea la llamada «responsabilidad por actividades peligrosas, desarrolladas en grupo o colectivamente»), patentiza —repito— un déficit legislativo que urge cubrir para satisfacer los legítimos intereses de las víctimas inocentes.

8. Ante este panorama del espectro legal insatisfactorio en nuestro país, una de las soluciones, que ubicaríamos en el área de las de *lege lata*, es la que se enuncia como *conclusión actual*, en el texto de este trabajo y consiste en reconocer, doctrinariamente (lo que ya ocurre a nivel de los más calificados juristas del Derecho Administrativo Argentino contemporáneo) y también jurisprudencialmente (donde la solución no ha tenido el eco suficiente o ha sido éste sumamente exiguo), la responsabilidad del Estado, acudiendo a los «principios generales del Derecho» (art. 16 C. c.),

dentro de los cuales anida, en su concepción iusnaturalista contemporánea, el principio de *equidad*, ínsito en toda la economía de nuestro Derecho, tanto privado (sobre todo después de la reforma de 1968) como público, el que debe aplicarse con el fundamento de la falta de cumplimiento exacto por el Estado, de la obligación —que le es consustancial—, de velar por la seguridad de todos y cada uno de los ciudadanos que, obviamente, no hayan incurrido en culpa o dolo a ellos imputables, en la producción del daño que padecen de resultas de la violencia colectiva. Tal responsabilidad —emergente de la omisión o inexacto cumplimiento del deber legal de seguridad que pesa sobre el Estado— debe traducirse en una reparación integral del perjuicio material y moral, conforme otro «principio general del Derecho», de común y actual recepción en el Derecho contemporáneo.

9. A su turno, y en la formulación de otra solución que ubicaríamos dentro de las aspiraciones del Derecho futuro —es decir, *de lege ferenda*—, pareciera aconsejable arbitrar los medios jurídicos, ya adoptados por varios países, en el sentido de que sea el Estado quien organice, a nivel privado o a nivel público, *seguros sociales obligatorios para enjugar estos riesgos* (que resultan excesivamente onerosos para las empresas privadas de seguros y aun para el propio Estado), a la manera de el ya proyectado para riesgos creados por la circulación de cosas peligrosas, como los automotores; *con el respaldo económico-financiero de un Fondo Común de Garantía*, que se integraría con una contribución «per cápita», de todos los ciudadanos que se encuentren —potencialmente— en la eventual posibilidad de constituirse en víctimas de los daños generados por la violencia colectiva. Para todo lo cual será indispensable un estudio de factibilidad social, económica y financiera que conduzca, por último, a la formulación jurídica deseada.

10. Como acotación final cabe anotar que la solución aquí propuesta, «*de lege ferenda*», es congruente con el sistema ecléctico (subjetivo-objetivo) de la responsabilidad civil, que actualmente rige en la mayor parte de los países occidentales, que son habitual vertiente jurídica de nuestro plexo normativo, y en los que se ha concretado la necesidad de atender a las víctimas inocentes de los daños, con fundamento en el principio cardinal de la solidaridad, a fin de satisfacer aquella aspiración de rango sociológico, de vigencia indiscutible en las organizaciones comunitarias modernas (v. gr., en los casos de accidentes de trabajo; accidentes causados por automotores; riesgo nuclear; etc.).

En todas esas hipótesis, y en los propuestos en el presente estudio, la intervención de un seguro obligatorio (responsable civil objetivo) para resarcir los daños que reconozcan ese origen —siempre, repetimos, que la víctima no haya contribuido a provocarlos por su culpa o dolo (aspecto subjetivo)—, habilitará a la institu-

ción que abone el seguro obligatorio a utilizar la acción recursoria, de reembolso o de repetición, en contra del autor del hecho ilícito (aspecto subjetivo) —que constituye el riesgo cubierto—, para obtener el recupero de la indemnización abonada, con lo que el sistema jurídico proyectado permite atender rápidamente a las víctimas y combinar los sistemas objetivos y subjetivos de la responsabilidad civil, cerrándose —así— el circuito con equilibrio dogmático y alto grado de practicidad.

VIDA JURIDICA

1. NOTICIAS

IN MEMORIAM

EL PROFESOR FRANCISCO ELIAS DE TEJADA Y SPINOLA

El sábado 18 de febrero de este año, entregó su alma a Dios el profesor Francisco Elías de Tejada y Spínola, que, desde este curso, era catedrático de Filosofía del Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, después de haberlo sido muchos años de la Universidad de Sevilla y, antes, de la de Salamanca.

Su obra es ingente y su personalidad asombrosa por la extensión y profundidad de sus conocimientos, por la clara perspectiva y por la detallada erudición.

Viajero infatigable, había recorrido los cinco continentes, y políglota, conocedor de alrededor de cuarenta idiomas, que abarcaban desde el vascuence y el islandés al tailandés y al bantú; había pronunciado conferencias incluso en japonés y en griego. Para sus lecturas, que abarcaban desde la biología a la teología, contaba con la ayuda de su biblioteca particular, de cerca de setenta mil volúmenes, sin contar folletos y separatas.

Dotado de una memoria que le permitía retener cuanto, en su veloz vuelo intelectual, escrutaba su mirada, siempre ávida de aprehender, abarcaba panorámicamente espacios extensísimos en toda la dinámica de los aconteceres, que sus síntesis expresaban con una claridad magistral, sin alejarle de la riqueza viva de los detalles que siempre acudían oportunamente a sus labios o a su pluma con desconcertante rapidez de reflejos.

Su obra comprende principalmente la Historia de las ideas políticas y la Filosofía del Derecho.

En el primer ámbito se dedicó muy especialmente al pensamiento jurídico y político de los grandes pensadores de *Las Españas*, título de una de sus obras de síntesis, que fue estudiando erudita y profundamente en sucesivos volúmenes: *Las doctrinas políticas de Portugal*, *La tradición gallega*, *Cerdeña Hispánica*, los tres tomos publicados de su *Historia del Pensamiento político catalán*: I, *La Cataluña Clásica* (987-1479), II, *Mallorca y Menorca clásicas* (1231-1479) y III, *La Valencia clásica* (1238-1479); *Nápoles Hispano*, con sus cinco tomos, que abarcan desde 1442 hasta 1665: *El Señorio de Vizcaya*, *La Provincia de Guipúzcoa*, las dos ediciones de *El Franco Condado Hispánico*...

Como filósofo del Derecho nos ha dejado varias obras fundamentales, entre ellas los dos volúmenes de su iniciada *Historia de la Filosofía del Derecho y del Estado* y, muy especialmente, su monumental *Tratado de Filosofía del Derecho*, que debía desarrollar en doce gruesos volúmenes, de los que

únicamente habían aparecido los dos primeros, dedicados a *Los saberes jurídicos*. Cuando llegó su muerte tenía en preparación el tercer volumen dedicado a *La ontología jurídica*, título que evoca el del primero de sus libros.

Como filósofo del Derecho, era jusnaturalista, pero, como él subrayaba, jusnaturalista católico, definiendo el Derecho natural como «resultado de la conjugación del poderío divino del Creador con la libertad de las criaturas racionales en la tensión dramática de un destino trascendente entendido por conquista de la naturaleza que razona, que decide y que asume responsabilidad personal ultraterrena en su acción de decidir dentro de unos límites propuestos por la razón que capta el orden universal por Dios querido». El encaje de la libertad de los hombres, como causas segundas, dentro del orden general trazado por la causa primera, es una de las claves del conacimiento antropológico, y es donde Elías de Tejada sitúa la contraposición entre la libertad abstracta, exaltada por el jurisnaturalismo protestante, y las libertades concretas, propugnadas por la más pura filosofía tomista.

Aunque el profesor Elías de Tejada no cultivó el Derecho privado no dejó de ocuparse tangencialmente de algunas cuestiones fundamentales, como son la jurisprudencia, los principios general de Derecho y la equidad integrados en la Parte General del Derecho civil.

Para centrar sus perspectiva, conviene partir de la distinción por el planteada entre los diversos saberes jurídicos que, en el volumen II de su Tratado de Filosofía del Derecho, clasificó del siguiente modo:

— *Saber jurídico común*, como saber evidente e inmediato de la razón que aparece por la mera contemplación de las cosas y los hechos para distinguir lo justo de lo injusto.

— *Saber técnico del Derecho* referido al sistema de fórmulas que hagan posible el acercamiento de la norma, escrita o no escrita, a la realidad del convivir humano.

— *Saber científico del Derecho*, como saber de alguna rama jurídica particular, con pretensiones de conocimiento seguro, universal y sistemático.

— *Saber filosófico del Derecho* o conocimiento de los principios últimos, permanentes, invariables, seguros, universales y sistemáticos en que se fundamenta el Derecho, en cuanto instauración de la justicia en la ordenada vida de convivencia entre los hombres.

Esta perspectiva, ya en 1972, en su Discurso de apertura de las Primeras Jornadas Hispánicas de Derecho Natural, le sirvió para explicar su concepción de la *Jurisprudencia*, advirtiendo del peligro tecnocrático de no distinguir adecuadamente las cuatro maneras del saber jurídico. A su juicio, la Jurisprudencia corresponde al saber filosófico, como así fue en Roma: «conocimiento universal de lo jurídico en la complejidad de sus conexiones con la teología y con la filosofía», tal como resulta de la definición de Ulpiano (Dig. I, 1,1,10,2): «*Jurisprudentia est divinarum atque humanarum rerum notitia, iusti atque iniusti scientia*». En cambio, la *doctrina legal* a la que hoy se denomina Jurisprudencia, la consideró como mero saber técnico, que «consiste en admitir o no admitir como hontanar de argumentación jurídica un argumento legal en tanto haya sido o no definido por los tribunales de justicia».

Después de señalar los hitos históricos que en el siglo pasado marcaron esta trasposición, apoyó unas reflexiones del profesor Federico de Castro, en que éste maestro explicaba tal deformación por «la decadencia de la formación jurídica» y por la «desconexión con la doctrina tradicional». Desconexión que Elías de Tejada destaca como causante de «la amenaza técnica contra el Derecho natural tal como nuestros clásicos lo definieron».

De los *principios generales del Derecho* se ocupó Elías de Tejada por primera vez en 1962, en la Revista General de Legislación y Jurisprudencia, volumen 213, afirmando de entrada que su noción surgió en la segunda mitad del siglo XIX, como un inconfesado sustitutivo que el positivismo jurídico buscó a la idea del Derecho natural, como expresión de la búsqueda de una estructura general de lo jurídico, averiguada más allá de los sistemas particulares, que adquiriese la generalidad más vecina posible a la universalidad que había caracterizado al viejo Derecho natural.

Sánchez Román y Castán Tobeñas incluyeron el Derecho natural en los principios generales del Derecho invocados en el título preliminar del Código civil. Elías de Tejada matizó algo más, pues no sólo rechazó «el vergonzante positivismo» que, para tantos, encubrían los principios generales del Derecho, sino que advirtió la necesidad de distinguir «el jusnaturalismo español, aferrado a la historia y a la idea del hombre como isidorianamente concreto», y el jusnaturalismo protestante, «despectivo para la concreción de la realidad histórica, orgulloso para con criterios de pura razón abstracta», que habrá pretendido con un Grocio, un Puffendorf, un Weber o un Thomasius dictar «normas válidas con validez universal para todos los tiempos, gentes y lugares, precisamente porque no tiene en cuenta ni los tiempos, ni los lugares ni las gentes».

A su juicio, no puede prescindirse de la dimensión histórica del ser humano (como el Derecho natural protestante) ni de sus raíces metafísicas (como el positivismo jurídico), cuando la primera tarea es rehacer la unidad del hombre «en la forzada libertad de su quehacer ineludible fabricando la historia o construyendo el Derecho».

Recientemente, en su estudio *Los principios generales del Derecho en el artículo 1 del Código civil reformado en 1973*, aparecido en el Tomo I de los Estudios sobre el título preliminar del Código civil publicados por la Academia Matritense del Notariado, volvió a ocuparse de esta cuestión ahondando en el planteamiento de Santo Tomás de Aquino y de Francisco Suárez.

En este trabajo trató de precisar: quienes pueden fijar esos principios generales, reivindicados como saber filosófico y no como saber técnico: como se conocen, y cual es su contenido que identificó con los de la ley natural, «desenvuelta en el Derecho natural por los juristas de las Españas clásicas», en cuya obra «hay que buscar en concreto cada uno de los principios fundamentales del Derecho asumidos por la doctrina o aplicables por los Tribunales». No, a su juicio, en la doctrina legal del Tribunal Supremo, cuya misión en esta cuestión debiera circunscribirse en la función de dar aplicación estricta a los referidos principios, pero no a fijarlos, por entender que esto corresponde a los conocedores del saber filosófico jurídico.

Con pareja perspectiva también fue enfocada la *equidad* por Elías de Tejada en ese mismo estudio sobre los principios generales de Derecho, contemplándola con idéntica dimensión y profundidad:

«La equidad —dice— corrige a la ley positiva, no en su aplicación, sino en su esencia. Es la regla para calificarla de justa o de injusta, es el mismo Derecho natural en suma»... «La equidad es aquella justicia superior que no está inscrita en la norma positiva; es salirse de la norma positiva para corregirla apelando a lo que está por encima de ella: al derecho natural, inherente a la ley natural.»

Estamos en la relación, establecida por Giambattista Vico, entre el *certo* de las leyes humanas y el *vero* que persigue la equidad. A este respecto Elias de Tejada, en su comunicación a la XV Reunión de Amigos de la Ciudad Católica, explicó que de la doctrina suareciana acerca de las aplicaciones del Derecho natural, expuesta en *De Legibus*, libro II, capítulo XIV, párrafo 12, depende «la noción del Derecho como un *certo* histórico variable sin renuncia ni atenuación del *vero* inalterable de la ley natural, que es el criterio fundamental que empapa las novedosas construcciones de la *Scienza nuova* a todo lo largo de la obra, y que ya formuló Vico en la oración del 18 de octubre de 1707, al señalar, como en contraste con la lógica, con la metafísica y con la matemática, *Jurisprudentiae vero historiae sunt*».

Elías de Tejada trató siempre de «dar al Derecho natural el impulso renovador que es su esencia preclarísima». Así lo dijo al iniciar las I Jornadas Hispánicas de Derecho natural; y, allí mismo, puso como ejemplo la acción de aquellos teólogos y juristas hispánicos que «forjaron el Derecho natural clásico nuestro, aplicándolo a las circunstancias que cada día se presentaban: a la conquista de las Indias, al trato cristiano para con los indígenas, al absolutismo de las monarquías europeas, al peligro letal del abstraccionismo insito en el pensamiento protestante a consecuencia de la ruptura de la unidad católica del hombre, a la defensa de la libertad de la criatura racional, amenazada por la escisión entre naturaleza y gracia, al olvido de la realidad histórica, a la naciente autodivinización del hombre, a la limitación del poder, a establecer que la autoridad que se aparta de la ley cae en tiranía y por ende no merece consideración de autoridad, sino resistencia hasta si es preciso llegar al tiranicidio».

¡Descanse en paz, el profesor Francisco Elías de Tejada, incansable pensador, siempre en la búsqueda de las verdades objetivas, luchador infatigable en su defensa, maestro y misionero en su enseñanza!

JUAN VALLET DE GOYTISOLO

2 DICTAMENES

DICTAMEN SOBRE COMPETENCIA DEL CONSEJO DE ADMINISTRACION PARA EL ESTAMPILLADO DE ACCIONES CON OBJETO DE QUE SALGAN A LA LUZ LAS QUE REITERADAMENTE NO COMPARRECEN A LAS CON- VOCATORIAS DE JUNTA GENERAL DE LA SOCIEDAD RECREATIVA DE N., Y OTROS EXTREMOS

Al Letrado que suscribe, se somete por la Sociedad Recreativa de N., S. A., para su consideración y dictamen la siguiente

C O N S U L T A

1.^º La Sociedad Recreativa de N., S. A., se constituye con fines recreativos y deportivos en 14 de mayo de 1945, habiendo sufrido durante los últimos años una gran expansión, al incrementarse el número de sus abonados y al mejorarse y perfeccionarse sus instalaciones y servicios, teniendo una gran aceptación entre la sociedad de N. Sin embargo, dada la estructura del accionariado, compuesta por un capital social que asciende a *dos millones cien mil pesetas*, representado por *cuatro mil doscientas acciones nominativas*, y teniendo en cuenta la fecha de su constitución, así como la dispersión de las mismas, puesto que en un principio y hasta hace pocos años los que podían aprovecharse de las mencionadas instalaciones eran únicamente los socios y sus familiares, resulta que, en muchos casos, debido a las transmisiones «mortis causa», o a otras circunstancias, se ignora quién es el titular actual (o el tenedor en su caso) de las acciones, de forma que resulta prácticamente imposible conseguir el juego de mayorías necesario para tomar acuerdos que hagan posible el adaptar la estructura de la sociedad a la expansión anteriormente indicada y, concretamente, el que la Junta General Extraordinaria, en este caso, según los Estatutos, pudiera aprobar la ampliación de capital que tiene programada el Consejo de Administración, ampliación que se cifra en doblar el capital y, consecuentemente, el número de acciones. ¿Qué medio, pues, hay de obviar esta dificultad para reunir el 51 por 100 necesario para tomar acuerdos en el sentido indicado?

2.^º Intimamente ligado con lo anterior se da el caso de un antiguo accionista ya fallecido, que poseía un abultado paquete de acciones, dado el volumen de la sociedad, y a quien le fueron embargadas por débitos a la Hacienda Pública quinientas acciones que han quedado fuera del tráfico y sin que se haya intentado nada para rescatarlas por la Sociedad, planteándose la posibilidad de si es posible hacerlo y en qué condiciones.

3.^º Arbitrado algún procedimiento para identificar el mayor número de acciones posible respecto de sus titulares o de las personas que tengan de-

recho a ellas, podría llegarse a la caducidad del resto por el procedimiento que fuera y sin que sea preciso para ello una reducción del capital social, o, en caso contrario, ¿qué otro procedimiento podría arbitrarse para llevar ésto a cabo?

4.^º Superados todos estos inconvenientes, en el caso de que ello fuera posible, y conseguida la ampliación de capital en los términos anteriormente expuestos, habría que ver el medio de poder ofrecer acciones a los abonados, con el objeto de que todos se conviertan en accionistas, para de esta manera volver a restablecer el equilibrio originario entre socios y usuarios de las instalaciones de la citada Sociedad Recreativa.

A la vista de esta Consulta, y teniendo en cuenta que las cuestiones planteadas se hallan íntimamente relacionadas entre sí, lo que obligará a constantes remisiones entre unas y otras, se formulan las siguientes

C O N S I D E R A C I O N E S

I. La cuestión más importante que aquí se plantea, y de la que dependen, en buena parte, las restantes, se centra en torno a la «localización» de las acciones que, convocatoria tras convocatoria, no acuden a las Juntas Generales de la Sociedad, haciendo imposible todo acuerdo por falta de «quorum»..

Los procedimientos normales de identificación no sirven y hay que rechazarles porque, precisamente, son los que fallan: así el establecido en el artículo 22-2 de los Estatutos Sociales, modificados para su adaptación a la Ley de Sociedades Anónimas de 17 de julio de 1951, por escritura notarial de 29 de julio de 1954, por cuanto para asistir a las Juntas Generales los socios:

«Además es necesario que presenten en el domicilio social, durante el plazo de convocatoria, las acciones que posean para que tomen nota de ellas, no pudiendo asistir en otro caso a las Juntas.»

Aparte de que la finalidad de esta norma estatutaria es bien clara, se halla relacionada con la asistencia a las Juntas y en íntima conexión con lo que establece el párrafo tercero de la mencionada norma estatutaria:

«El Secretario expedirá a los accionistas la oportuna tarjeta que les acrede el derecho de asistencia a las Junta.»

Otras normas de parecida naturaleza de las contenidas en los Estatutos, tampoco parece que sean utilizables para solventar la cuestión planteada, aunque el precepto del artículo 10 de los propios Estatutos puede servir indirectamente de apoyo, como veremos, integrado por las normas legales pertinentes. Dice este precepto:

«En caso de extravío de alguna acción se expedirá un nuevo título por el Consejo de Administración una vez transcu-

rridos treinta días desde el anuncio en un periódico de la localidad sin formularse reclamación alguna, procediéndose a la anulación del título extraviado y cumpliendo, si fuera necesario, cuantos requisitos puedan exigir las leyes con carácter imperativo para estos casos».

No es aplicable, directamente, este artículo de los Estatutos, porque más que localizar acciones, se trata aquí de localizar acciones y accionistas; sin embargo, como hemos indicado, es posible que pueda servir indirectamente de apoyo, por vía de aplicación analógica, para un argumento que más adelante pasaremos a exponer.

Por otra parte, hay que tener en cuenta que tratándose de acciones *nominativas*, y dado el tipo de sociedad de que se trata, son más difíciles de localizar, dado los amplios términos del artículo 8 de los Estatutos, según el cual:

«Las acciones son transferibles por cualquiera de los medios admitidos en Derecho, salvo a favor de extranjeros....»

Si bien, del artículo 5 de los propios Estatutos se deduce que la transferencia de acciones, dada su naturaleza por otra parte, requiere la *autorización* del Presidente del Consejo de Administración, y la *intervención* del Secretario del mismo, estableciendo así el precepto citado:

«Las acciones irán firmadas por el Presidente y el Secretario del Consejo, y se cortarán de libros talonarios cuyas matrices quedarán en poder de la sociedad, estampando en ellas su firma el Secretario.»

Estas normas estatutarias se hallan de acuerdo con las establecidas legalmente, especialmente, en cuanto se refiere a la *limitación* de transmisibilidad, por hallarse expresamente consignada en los Estatutos (ésféra de aplicación del art. 8 de los mismos), y por la propia *naturaleza* de las acciones, de modo que el artículo 5 de los Estatutos queda integrado, en el sentido que hemos indicado, en el artículo 46 LSA, que no dejó lugar a dudas al respecto, al expresar en su inciso segundo:

«En todo caso, la transmisión de las acciones nominativas deberá ser comunicada por escrito a la Sociedad y anotada por ésta en el libro correspondiente.»

Esta obligación que incumbe a la Sociedad, y a la que se alude en el precepto transcrita no se cumple por la que aquí nos consulta, ya que siendo este *libro especial* una creación de la LSA., y a pesar de que el artículo 4 de los Estatutos, en su adaptación a la misma así lo establece; disponiendo:

«que se inscribirán en un libro especial que se lleva en la sociedad y en el que se anotarán las sucesivas transferencias y la constitución de derechos reales sobre las mismas.»

Pero no se ha cumplido más que sobre el papel—en la adaptación de los Estatutos—al reflejar lo dispuesto en el artículo 34 LSA, que en su inciso segundo dispone:

«Las acciones nominativas se inscribirán, además, en un libro especial, en el que se anotarán las sucesivas transferencias y la constitución de derechos reales sobre las acciones.»

La falta de cumplimiento de este trámite depende, por lo demás, de las mismas causas por las cuales se ha llegado a la situación presente, lo que ya se hacía notar, según nos parece, en 1954, cuando se llevó a cabo la adaptación de los Estatutos sociales. Sin embargo, esto no redunda en la validez de las transmisiones, pues para ello es suficiente el que se cumpla con lo preceptuado en el artículo 5 de los Estatutos, como se viene haciendo habitualmente, pues es «doctrina común» unánimemente aceptada, y admitida a su vez por la práctica, que esta *anotación* en el libro correspondiente carece de efectos constitutivos, por lo que su eficacia es «meramente probatoria», referida a la *legitimación* del socio, frente a la sociedad y frente a los terceros, lo que se halla de acuerdo con la naturaleza de la transmisión de estas acciones que es la propia de la «transferencia de créditos mercantiles ordinarios», regida por lo dispuesto en los artículos 347 y 348 C. de C. (1). Todo lo cual tiene aquí interés, para poner de relieve la importancia que tiene el llevar el *libro especial* a que se alude en el artículo 4 de los Estatutos y se reitera en el 35 LSA, ya que los efectos de la referida legitimación se producen también, como es lógico, en relación con la Sociedad misma, y, por otra parte, para destacar que el cuidado de hacerlo corresponde a la *competencia* de los órganos gestores de la Sociedad.

Pero volvamos ahora al tema de la «localización» de las acciones que, una vez y otra vez, no salen a la luz con ocasión de las reiteradas convocatorias a las Juntas Sociales, ¿qué puede hacerse? Un simple anuncio no parece que fuera suficiente, pues estaríamos en el mismo caso. Por eso, no caben más que *dos soluciones*: ofrecer un aliciente para que las acciones salgan a la superficie en forma de *dividendo extraordinario* (lo que también traería consigo sus problemas), con lo que no se solucionaría nada respecto de las acciones que no aparezcan; o efectuar un *estampillado* de las acciones que se presenten declarando la *caducidad* de las que no concurren, como tales participaciones sociales. De éstas dos soluciones posibles hay que rechazar la primera y aceptar la segunda, sin embargo, ésta presenta en apariencia ciertas dificultades que conviene examinar.

En primer lugar del *estampillado* de acciones no se habla en la Ley de Sociedades Anónimas más que a propósito de la *reducción* del capital social,

(1) R. URÍA, *Derecho mercantil*, 11 ed., Madrid, 1976, págs. 222 y ss.

mediante la agrupación de acciones (art. 100, párrafo 1.^o), pero no cabe duda que se trata de un medio de *adveración* de las acciones, que puede cumplir una función diversa de la expresada en la ley. Lo único que es propio del *estampillado* (y lo mismo del *canje*, a que alude el propio artículo 100 LSA.), como procedimiento de adveración, es que marca una diferencia entre las acciones estampilladas y las no estampilladas, pudiendo éstas *anularse* como se expresa en el supuesto típico contemplado en el citado precepto. Ahora bien, ante el silencio de la doctrina y de la jurisprudencia (2), la cuestión debe examinarse detenidamente, para lo cual hay que partir de la determinación de la *naturaleza* de la actuación que se propone, pasando en segundo lugar a examinar las conexiones de este proceso con los propósitos prácticos de la Sociedad Recreativa de N., analizando, después, la competencia para llevar aquel a cabo y, por último, el cumplimiento y previsión de las formalidades a cumplir que sean necesarias, todo lo cual vamos a desarrollar separadamente para mayor claridad en los siguientes puntos:

a) La cuestión fundamental de todas las planteadas es la relativa a la *naturaleza* que cabe asignar al estampillado de acciones, pues de ella se derivarán las consecuencias que pueden hacer o no operativa esta *actuación* en el presente caso.

Que se trata de una mera *actuación* parece evidente, semejante en todo a otras cuya competencia viene asignada al Consejo de Administración o a sus órganos gestores: por ejemplo, la que tiene lugar en el caso de *extravío de acciones* (art. 10 de los Estatutos). Por lo demás, si utilizamos esta terminología es para distinguir y contraponer *actuación a negocio* (o acto) *jurídico*, diferenciación que hay que referir a su contenido. Ahora bien, como no ha recibido plenamente carta de naturaleza en el Derecho español, vamos a referirnos a una categoría equivalente y de más fácil compresión y aceptación, contraponiendo *actos de administración* y *actos de disposición*, entendiendo obviamente que la utilización del «estampillado» atípico de las acciones constituye un *acto de administración*.

A la misma conclusión llegaremos si nos fijamos en su función y contenido, ya que el alcance de esta actuación no tiene por *objeto* reducir el capital social, porque una cosa es que se utilice un procedimiento legalmente previsto para la reducción del capital social y otra bien distinta el que haya de tener, necesariamente, tal finalidad, pues las acciones que resulten *anuladas* o caducadas no se amortizan, sino que vuelven a ofrecerse a los socios, proporcionalmente a su participación social, por si quieren ejercitar su derecho de preferencia, quedando a disposición de la Sociedad *fiduciariamente*, con la finalidad de llevar a cabo esta sustitución de titularidad y la de ofrecerlas a los abonados de la Sociedad Recreativa del N. (3). Se trata,

(2) Así, en la famosa obra de J. GARRIGUES y R. URÍA, *Comentario a la Ley de Sociedades Anónimas*, II, 3.^a ed., Madrid, 1976, págs. 353 y ss.

(3) No se trata de adquisición, lo que, por otra parte, tropezaría con el límite estricto del artículo 47 LSA. Ni es precisa la adquisición para efectuar el cambio de titularidad, pues basta con emitir títulos nuevos en sustitución de los caducados (arg. analógico *ex articulo 100 LSA*).

pues, de un *acto de fijación*, que tiene por objeto la «localización» de las acciones, acto por tanto de *mera administración*, si se tiene presente un concepto adecuado de *acto o negocio de fijación*, que no va dirigido a otorgar a las acciones que se estampillen una eficacia que no tienen, sino a excluir en su *legitimación*, frente a la sociedad, aquellas acciones que no lleguen a estampillarse. Por eso debemos hablar en este caso más de *caducidad* de acciones que de *anulación*, porque la finalidad del estampillado, en este caso, no es anularlas, lo que supondría una *reducción* del capital social, sino que caduquen para los socios que dejen de estar legitimados por no haber estampillado sus acciones. Por otra parte, tampoco se trata de adquirirlas por la Sociedad, sino de disponer de ellas *fiduciariamente*, para emitir títulos nuevos en sustitución de los caducados.

La categoría de los *negocios de fijación*, en un principio, ha sido mal entendida por nuestra doctrina, especialmente a partir de la divulgación de ciertas doctrinas extranjeras (Degenkolb, Meyer y Sieger, entre los autores alemanes, y Segré, Candiam, Carnelutti y otros, entre los italianos), confundiéndose la *documentación* de un negocio o la *fijación* de sus elementos o aún la «*renovatio contractus*», con la novación, límite que establece con toda claridad el artículo 1.224 C. c. (4). En este sentido, el ilustre notario y académico, R. Núñez Lagos, ha llegado a hablar de *escrituras reconociscitivas* y de *escrituras constitutivas* (5), forzándose la interpretación del artículo 1.224 C. c., pues lo que este precepto quiere decir es que o la «*renovatio contractus*» se limita a la *forma* (en el sentido de la forma *ad probationem*, establecida en relación con la mayor o menor eficacia del acto, pero no respecto de su validez, o sea, desenvolviéndose en el ámbito de la *legitimación* de las titularidades que juegan en relación al mismo), y en tales casos produce los efectos propios de la *documentación* (esfera general de aplicación del artículo 1.280 C. c., con aplicación particularizada de la relativa al artículo 4 de los Estatutos, inciso último, y en el ordenamiento especial de la materia, del artículo 35, inciso segundo de LSA), o se refiere al *contenido*, y entonces los efectos no dependen de la forma, sino del propio contenido. Siendo lo propio de estos negocios de fijación el que no pueden reconocerse como *negocios autónomos*, sino subordinados o *dependientes*, como he defendido en otro lugar (6), siguiendo a la mejor doctrina (7). Pudiendo añadir ahora que este carácter *subordinado* o *dependiente* es propio de los *actos de administración* y, consecuentemente, de la competencia gestora del Consejo de Administración de una Sociedad Anónima, supeditada, en otro orden de cosas, a la soberanía de la Junta General, pero no cuando se trata de actos de esta naturaleza, para los que dada su

(4) Cfr. «Las escrituras de reconocimiento de un acto o contrato nada prueban contra el documento en que éstos hubiesen sido consignados, si por exceso u omisión se apartan de él, a menos que conste expresamente la novación del primero».

(5) «Contenido sustantivo de la escritura pública», en *Revista de Derecho Notarial*, 43 (1964), págs. 73 y ss., y en otros trabajos anteriores.

(6) J. L. DE LOS MOZOS, *La forma del negocio jurídico*, en *ANUARIO DE DERECHO CIVIL*, 21 (1968), págs. 773 y ss.

(7) F. DE CASTRO, *El negocio jurídico*, Madrid, 1967, págs. 307 y ss.

función y alcance se halla plenamente autorizado por la propia naturaleza del acto. Solamente si existiera en los estatutos o en la ley alguna determinación expresa, esta naturaleza vendría en tal medida modificada o alterada, cuestión que vamos a ver seguidamente.

b) En cuanto a las conexiones de esta actuación, consistente en el *estampillado* de acciones, con los propósitos del Consejo de Administración, al que corresponde *dirigir la marcha de la Compañía*, como establece el artículo 26-1 de los Estatutos sociales, no solamente se adapta al propósito práctico perseguido, sino que no se le puede poner en este orden de cosas reparo alguno.

Por una parte, la finalidad del estampillado persigue fines de *fijación*, no de reducción de capital. Por otra, las consecuencias del estampillado no llevan necesariamente a la reducción del capital, como anteriormente razónábamos, pero aunque así fuera no puede considerarse *incongruente* la actuación del Consejo de Administración, yendo primero a la reducción y después a la ampliación, porque aún en el caso de que se tratara de una reducción —que como decíamos antes éste no es el caso—, eso no impide que pasado algún tiempo se pudiera llevar a cabo una ampliación, ya que para que haya incongruencia en cualquier actuación debe de haber una concatenación entre los hechos que aquí no existe, pues se trataría, en todo caso, de actos absolutamente independientes entre sí, lo que la Junta General comprendería, en su día, perfectamente.

Por lo que se refiere al tema de la caducidad de las acciones no estampilladas, nos referiremos a él más adelante.

c) Consideramos que el Consejo de Administración es *competente* para asumir la iniciativa del estampillado de acciones, dada la propia *naturaleza* de la actuación, como anteriormente hemos expuesto y porque no existe prohibición legal, ni estatutaria. Entonces, si al Consejo de Administración le corresponde «*dirigir la marcha de la Compañía*», según expresa el artículo 26-1 de los Estatutos sociales, no se le puede negar, habida cuenta las circunstancias que concurren en el caso, la actuación que se propone.

Pero además los Estatutos sociales reconocen al Consejo de Administración facultades para realizar actos de función y naturaleza equivalentes, como los contemplados en los artículos 5 y 10 de los mismos, a que anteriormente nos hemos referido, y los accionistas deben sopórtarlos por el mero hecho de serlo, ya que el artículo 7 de los Estatutos dispone:

«Los accionistas, por el hecho de serlo, quedan sometidos a las cláusulas de la escritura de constitución y de los Estatutos, así como a las decisiones de la Junta General y del Consejo de Administración en todos los acuerdos que dichos organismos tomen en uso de sus respectivas atribuciones...»

Por lo demás, aparte de la finalidad práctica descrita, el Consejo de Administración, al actuar de este modo, instando el estampillado de las acciones, lo hace también para poder cumplir, en el futuro, con el mandato estatutario, contenido en el inciso último del artículo 4, y legal, contenido en el artículo 35 LSA., de llevar el libro especial de acciones nominativas.

Por último, por si esto fuera poco, la actuación que se pretende no se halla comprendida en el ámbito del artículo 17 de los Estatutos, ya que el contenido de estos actos, a los que el citado precepto se refiere (8), son de distinta naturaleza a la *fijación* que se propugna, tratándose claramente de actos de disposición y no de actos de administración. En cualquier caso de considerarse la cuestión dudosa, la *competencia* para su interpretación corresponde, única y exclusivamente, al Consejo de Administración, ya que el artículo 26-6 de los Estatutos establece que tendrá ésta facultad, expresándose en los siguientes términos:

«Resolver sobre cualquier otro asunto no recogido en los Estatutos o en aquellos que, aún estandolo, originen duda de interpretación para su mejor inteligencia y aplicación.»

Por lo demás, una vez realizada la operación, siempre podrá someterse al beneplácito de la Junta General o a su *ratificación* si se prefiere, ya que ésta habrá que convocarla para dar cuenta de su resultado, y para ofrecer a los accionistas las acciones recuperadas (o los títulos que se emitan en su lugar) por este procedimiento.

d) Lo único que procede es cuidar escrupulosamente de las formalidades pertinentes, en atención a los derechos de los socios y sin que la actuación pudiera suscitar ningún tipo de desconfianzas, para lo cual hay que dar a aquélla la publicidad debida, cuidando de mantener en todo momento el equilibrio en la estructura social, para que no resulte una reducción de capital y pueda invocarse la nulidad de lo actuado por falta de competencia en el órgano que la actúa, en este caso el Consejo de Administración. De esta manera se cumplirán los principios de «estabilidad» y de «realidad» en que se inspira la Ley de Sociedades Anónimas, lo mismo que, en otro orden de cosas, se atiene a los de determinación e integridad o al del desembolso mínimo (9), aunque aquí también se podría hablar en relación con las acciones recuperadas (representadas por los nuevos títulos que se emitan en sustitución de las caducadas), de mantenimiento del socio en la sociedad en una situación proporcional a la que tenía.

Las formalidades indicadas van buscando publicidad e información, legitimación para declarar la caducidad de las acciones que no llegan a estamillarse. Por eso, a pesar de que las finalidades prácticas que se persiguen son distintas, como las *funciones* son paralelas (y aquí predomina la forma sobre el contenido), cabe invocar la analogía, al amparo del artículo 41 C. c.,

(8) Cfr. «Es de exclusiva competencia de la Junta General Extraordinaria la deliberación y resolución sobre los asuntos siguientes:

- a) Disolución y liquidación de la Sociedad.
- b) Aumento o reducción del capital social.
- c) Emisión de obligaciones simples o hipotecarias.

Cualquier otro asunto será de la competencia de la Junta General Ordinaria.

(9) R. URÍA, *Derecho mercantil*, cit., págs. 182-183; J. RUBIO, *Curso de Derecho de Sociedades Anónimas*, 3.^a ed., Madrid, 1974, págs. 55-56.

respecto de lo dispuesto en el artículo 100 LSA. Cuestión que desarrollaremos más adelante, sin que, por el contrario, sean aquí de aplicación formalidades como las contempladas en los artículos 97 y 98, y 84 (por remisión) de la LSA.

II. El segundo punto de la consulta se refiere a la situación creada por el embargo a un socio de un paquete de quinientas acciones, por débitos a la Hacienda Pública, lo que tuvo lugar hace más de veinte años, quedando esas acciones inmovilizadas.

Por la fecha cabría pensar en la prescripción, al amparo de los artículos 29 (10) y 30 (11) de la *Ley de Administración y Contabilidad del Estado* de 1 de julio de 1911, pero esto beneficiaría a los herederos del socio, no a la sociedad. Por otra parte, hay que tener en cuenta que el artículo 141 del *Estatuto de Recaudación* (aprobado por Decreto de 29 de diciembre de 1948), que es por razón temporal el aplicable a este caso, tanto por imperio de normas de general aplicación, por las que se declara la irretroactividad de las leyes (arts. 2-3 C. c. y 3, en su redacción primitiva), mientras éstas no dispongan lo contrario, como por aplicación de las normas especiales aplicables al ámbito concreto: así la Disposición transitoria 2.^a del *Reglamento General de Recaudación de Contribuciones e Impuestos* (aprobado por Decreto de 14 de noviembre de 1968) que dispone que:

«Los expedientes de apremio iniciados antes de la entrada en vigor de este Reglamento se tramitarán y ultimará conforme a lo dispuesto en el Estatuto de 29 de diciembre de 1948.»

Pues bien, dicho artículo 141, en su número 2, establece que:

«El término de la prescripción no se interrumpe, excepto en el caso de que, al finalizar los quince años, existan bienes embargados para la realización de los créditos, en el que habrá de estarse a lo que resulte de la consiguiente continuación del procedimiento de apremio sobre tales bienes.»

No constando pues a la Sociedad que, de acuerdo con el artículo 141-3 del citado Estatuto de Recaudación, se haya instruido el correspondiente expediente de prescripción, ni que haya tenido lugar la declaración de crédito «fallido» o «incobrable», con ello no puede contarse, ya que lo único que le consta es la nota de embargo en las matrices correspondientes de los libros talonarios, según el artículo 5 de los Estatutos, al no llevarse el libro especial a que se refieren el artículo 4 de los mismos, y el artículo 35 LSA., suponiendo que las acciones se hallarán en poder de la Tesorería de la Delegación de Hacienda de la Provincia. Pero sea como fuere, ya hemos dicho

(10) Cfr. «Los créditos a favor del Estado por débitos o descubiertos de contribuciones, impuestos..., prescriben a los quince años, contados desde la fecha del débito o descubierto, sin perjuicio de lo preceptuado en las leyes especiales».

(11) Cfr. «Serán baja en las cuentas respectivas..., así las obligaciones como los derechos del Estado que hayan prescrito».

que esta cuestión no interesa directamente a la Sociedad, sino a los herederos del socio embargado.

Sin embargo, las acciones le interesan a la Sociedad en cuanto representan una participación social, y en cuanto su enajenación, por el carácter de acciones nominativas, queda condicionada a la autorización del Presidente, según el artículo 5 de los Estatutos sociales, norma estatutaria que puede entrar en conflicto con lo dispuesto en la regla 62 de la *Instrucción de Recaudación y Contabilidad* (aprobada por Decreto de 24 de julio de 1969), aclaratoria del artículo 114 del *Reglamento General de Recaudación de Contribuciones e Impuestos*, anteriormente citado y actualmente vigente y que pudiera ser aplicable al presente caso por «rehabilitación del crédito», o por cualquier otro procedimiento, disponiendo esta normativa la venta por Corredor de Comercio, lo que pudiera plantearse al efectuarse el anuncio para el estampillado de acciones a que anteriormente nos hemos referido. Por eso es conveniente que la Sociedad, por medio de su Consejo de Administración, antes de iniciar actuación alguna, lleve a cabo una gestión con el señor tesorero de la Delegación de Hacienda de la Provincia.

De todos modos, la situación en que se hallan tales acciones puede ser la descrita (bien por hallarse latente el procedimiento ejecutivo, en cualquiera de sus diversas posibilidades o porque en actuación del mismo han sido adjudicadas al Estado, por cualquiera de los procedimientos y supuestos previstos en la normativa indicada, o que hayan quedado liberadas, o sean susceptibles de quedar en tal situación por prescripción), o en cualquier caso que, *renunciada la herencia* por los herederos del socio que fue su titular, quedando la herencia vacante, pueda adquirirlas el Estado, para lo que se dictan normas en la regla 9 de la *Instrucción* antes citada, como complemento de lo dispuesto en el artículo 14 del *Reglamento General de Recaudación vigente*, y por aplicación de los artículos 956 a 958 C. c., y de acuerdo con el artículo 19.3 de la *Ley de Patrimonio del Estado* (texto refundido aprobado por Decreto de 5 de abril de 1964), y 49.3 de su *Reglamento* (aprobado por Decreto de 5 de noviembre del mismo año), observando los trámites administrativos y procesales pertinentes (arts. 24 y 55, respectivamente, de la Ley y del Reglamento citados, art. 958 C. c., y concordantes de la Ley de Enjuiciamiento Civil) (12), lo que puede llevar a dilaciones y demoras que no sean convenientes para la buena marcha de la Sociedad.

Por ello, en las gestiones previas que la Sociedad debe de llevar a cabo con la Tesorería de Hacienda, e incluso con el Abogado del Estado, estando dispuesta como debe estarlo, a depositar el importe nominal de las acciones, cabe sugerir el procedimiento más rápido y aquel que, por otra parte, se compagine con la capacidad de maniobra de la Sociedad, proponiendo bien que se prosiga o rehabilite el procedimiento de ejecución, o que se fuerce

(12) Son éstos autorización del Consejo de Ministros, por una parte, y obtención del correspondiente Auto de declaración de herederos abientes-tato. También habrá que tener en cuenta el Decreto de 13 de agosto de 1971.

su adjudicación al Estado (13), resolviendo el problema táctico que se plantea tanto para el Fisco como para la Sociedad, por medio del aludido depósito. Para lo cual, se puede acudir con un escrito a la Delegación de Hacienda ofreciendo el depósito del valor nominal de las acciones, para una vez que la Sociedad haya podido proceder a su venta, ofertándolas a los accionistas en primer término, y a los abonados si hubiere sobrantes, hacer efectivo el depósito. De esta manera se evita el escollo que ofrece el artículo 47 LSA, ya que en casi todas sus aplicaciones presupone la actuación de la Junta General, mientras que, en el presente caso, tenemos que actuar dentro de la esfera permitida al Consejo de Administración, como anteriormente hemos expuesto. Actuar de otra manera, por el volumen y las circunstancias que acompañan a este paquete de acciones, sería salírnos de la actuación que anteriormente hemos propuesto para sacar a la luz a las acciones no localizables por procedimientos normales y que hemos calificado como actuación de *fijación*. Siendo esta solución más segura —y en definitiva esto es lo que habría que conseguir de la buena disposición de los funcionarios fiscales— que la utilización de una de las variantes que ofrece el artículo 47, antes citado, cuando la adquisición de acciones por la Sociedad «se haga con cargo a los beneficios de reservas libres y también al solo efecto de amortizarlos, siempre que se verifique por compraventa o permuta, y en tal supuesto la Ley no exige el previo acuerdo de reducción del capital social, como lo confirma el terminante precepto de su artículo 101» (*Sentencia de 20 de diciembre de 1968*) (14). Cuya función se aleja sensiblemente de las posibilidades y de los propósitos de la Sociedad, en nuestro caso.

En conclusión, por razones de oportunidad, la gestión pertinente con la Delegación de Hacienda debe de ser anterior a los anuncios a que antes hemos aludido, siendo ideal que sus resultados se produjeran simultáneamente de cara a la Junta General.

III. La tercera de las cuestiones planteadas en la consulta se halla íntimamente ligada con la primera, como consecuencia obligada de una actuación de *fijación*, que en otro caso carecería de sentido, incidiendo en la determinación de las formalidades a seguir en tal actuación que han de ser lo suficientemente rigurosas como para conseguir la mayor publicidad y certeza posibles. Por eso, dejamos para este momento sin desarrollar algunos aspectos que conciernen a esta cuestión. Pero vayamos por partes.

En cuanto a la *caducidad* de los derechos sociales representados en la acción, para aquellas que no aparezcan, la razón de la medida no puede hallarse más justificada, ni más en relación con la «buena marcha» de la Sociedad, a que se refiere el artículo 26-1 de los Estatutos. No implica ni «reducción» de capital, ni «amortización» por ningún concepto, a pesar de

(13) La adjudicación de bienes muebles no está prevista en la normativa vigente en materia recaudatoria, si no nos equivocamos, aparte de que se trata siempre de una vía subsidiaria, sin embargo se halla prevista con carácter general en la Ley de Patrimonio del Estado (arts. 27 y ss.) y en su Reglamento (arts. 58 y ss.).

(14) Que establece que «los preceptos sobre reducción del capital no necesitan ser observados cuando ésta se realiza por vía de amortización con cargo a los beneficios o a las reservas libres».

que tenga que actuarse por analogía de lo dispuesto en el artículo 100 LSA, depositando su importe nominal en el Banco de España. Por eso, ni se precisa la autorización de la Junta General, ni hay que estar a la aplicación del artículo 47 de la LSA (15), ya que la Sociedad no adquiere las acciones con ninguna de las finalidades que contempla dicho precepto—ni puede decirse que propiamente las adquiera, como indicábamos antes—, sino que opera con su rescate para, emitiendo nuevos títulos, ofrecerlas inmediatamente a los socios, en proporción a sus respectivas participaciones, y en caso de que sobraran a los abonados de la Sociedad Recreativa de N.

Por lo que se refiere a las *formalidades* a observar, se refieren éstas a la publicidad que ha de acompañar al anuncio, y a dar cuenta *a posteriori* a la Junta General, solicitando para mayores garantías, su aprobación a modo de *ratificación*, aunque ni legal, ni estatutariamente sea ésta precisa, tratando de evitar de este modo toda posible reclamación. Por lo demás, la operación no requiere ser inscrita en el Registro Mercantil, pues para nada afecta a la estructura de la sociedad, ni a los posibles derechos de los acreedores, quedando en su sustancia totalmente inalterada.

A efectos de la situación de cotitularidad sobre las acciones, como consecuencia de las transmisiones «*mortis causa*», se recordará a los interesados que, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 6 de los Estatutos sociales, hay que estar a lo dispuesto en el artículo 40 LSA, según el cual:

«Las acciones son indivisibles. Los copropietarios de una acción habrán de designar una sola persona para el ejercicio de los derechos de socio y responderán solidariamente frente a la Sociedad de cuantas obligaciones deriven de la condición de accionistas.»

Por unas y otras razones el *anuncio* que ha de publicarse en el «Boletín Oficial del Estado», en uno de los periódicos de Madrid de más circulación y en los dos periódicos locales, ha de estar concebido en unos términos del siguiente orden, o algo semejante:

«ANUNCIO: El Consejo de Administración de la Sociedad Recreativa de N., con domicilio en esta ciudad, calle del General Mola, número 9, 1.^o, hace saber por medio del presente (que se inserta también en el *Boletín Oficial del Estado*) a los señores accionistas que, al objeto de legalizar un determinado grupo de acciones que nunca concurren a las convocatorias ordinarias de la Sociedad, con lo que se hace imposible el funcionamiento de la Junta General, ha dispuesto el estampillado de las mismas, de forma que caducarán los derechos sociales y su valor representativo como participación en el capital social de aquellas.

(15) Sin embargo, siempre quedará en favor de la solución que defendemos una cierta razón de analogía con esta actuación y la anteriormente aludida, en una de las aplicaciones del artículo 47, de acuerdo con la S. de 20 de diciembre de 1968, y con apoyo en el artículo 101 LSA.

que no se hayan presentado y estampillado dentro del plazo de tres meses, a contar de la publicación de este anuncio, por tres veces consecutivas, con un intervalo de un mes entre cada una de ellas, referido al último que aparezca en el *Boletín Oficial del Estado*, depositándose su importe, por su valor nominal, en el Banco de España, a disposición de los interesados, y como todas las acciones son individuales, en el caso de copropiedad sobre las mismas, habrá de estarse a lo dispuesto en el artículo 40 de la Ley de Sociedades Anónimas. Los títulos que se emitan en lugar de las acciones caducadas se ofrecerá preferentemente a los socios que hayan conservado la condición de tales estampillando sus acciones, y si hubiera sobrantes serán ofrecidas a los abonados de la Sociedad Recreativa de N., convocando al efecto a la Junta General y para que su beneplácito ratifique la actuación que propone el Consejo de Administración... El Presidente del Consejo. El Secretario.»

IV. Queda por examinar el cuarto y último punto de la consulta, es decir, el relativo a la posibilidad de ofrecer acciones a los abonados de la Sociedad Recreativa de N., con objeto de volver las cosas a su estado primitivo, de forma que los usuarios de los servicios e instalaciones sean únicamente los accionistas y sus familiares. Pero vayamos por partes.

Una vez que se haya provocado la caducidad de las acciones que no se presenten al estampillado, el problema del «quorum» para las Juntas Generales quedará automáticamente resuelto. Por otra parte, para *emitir nuevos títulos* de las acciones no estampilladas, no hace falta reunir a la Junta General, puesto que ello no es más que una consecuencia de la actuación para la que se halla autorizado el Consejo de Administración, aparte de que se puede invocar por analogía lo dispuesto en el artículo 10 de los Estatutos sociales, que anteriormente hemos referido. Por lo demás, esta facultad viene a funcionar como una contrapartida del depósito que, bajo su responsabilidad, asume el Consejo de Administración. En cualquier caso, la celebración de Junta General posterior, es conveniente para ratificar en alguna medida lo actuado (aunque no se trate propiamente de actuaciones ratificables, o necesitadas de ratificación), y evitar la posibilidad de reclamaciones arbitrarias. Y ya, una vez que hay que convocarla a tal efecto, se aprovecha la convocatoria para ofrecer a los accionistas las acciones «recuperadas» como consecuencia de la actuación descrita, ya que éstas en modo alguno debe conservarlas la Sociedad en su poder, dada la finalidad *fiduciaria* de la «tenencia», pues tal cosa, como hemos visto, podría dar lugar a irregularidades, y, por tanto, a impugnaciones, a la vez que el Presidente esboza el programa futuro e inmediato de la gestión del Consejo de Administración en relación con el desenvolvimiento y expansión de la Sociedad, en el sentido formulado en la consulta. Esta puede ser una forma «oportuna» de actuar, pero no una forma «obligada», ya que las acciones «recuperadas» pueden ofrecerse por otros medios a los accionistas, como por la simple comunicación escrita. Ahora bien, teniendo el propósito de ofrecer las «sobrantes»

a los abonados, ya inmediatamente, sin esperar a una futura ampliación de capital, parece más aconsejable, por razones de economía procedural, hacerlo de la otra manera.

Ulteriormente y en este estado de cosas, antes de nada, habría que iniciar y completar el *libro especial* a que se refieren los artículos 4 de los Estatutos y 35 de la LSA, incluso tener a disposición de los socios, con alguna antelación a la Junta General, la lista completa de los que hayan quedado. Después, puede pensarse en una nueva Junta General Extraordinaria (art. 17 de los Estatutos) para plantear el aumento de capital, de acuerdo con lo establecido, especialmente, en los artículos 14 y 19 y ss. de los Estatutos, y 58 LSA, proponiendo la modificación pertinente de los Estatutos sociales, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 87 LSA, debiéndose de observar, también, las formalidades previstas en el artículo 58 LSA, bajo pena de nulidad (16), formalizando el acuerdo en escritura pública, que se inscribirá en el Registro Mercantil (17).

¿Podrán estas acciones ofrecerse a los abonados? Esta figura va un poco contra el espíritu fundacional de la Sociedad, pero en cambio forma parte de su *objeto*, como dicen los Estatutos en su artículo 2, entendido éste como *finalidad práctica*, y del creciente desarrollo y prosperidad de la misma, como es evidente. Sin embargo, el deseo de volver las cosas a su estado originario es bien plausible. Pero para esto se tropieza con una evidente dificultad institucional, puesto que el artículo 92 LSA hace aplicación del principio de «estabilidad», o de «proporcionalidad», si se prefiere, de la condición de socio, disponiendo que:

«En toda elevación de capital con emisión de nuevas acciones, los antiguos accionistas podrán ejercitar, dentro del plazo que a este efecto les conceda la administración de la Sociedad, y que no será inferior a un mes, el derecho a suscribir en la nueva emisión un número de acciones proporcional al de las que posean.»

Derecho de preferencia que confirma la jurisprudencia (S. de 27 de abril de 1957), como algo que corresponde a cada accionista y a todos ellos en proporción a sus participaciones. Por tanto, únicamente cabe jugar con el poder de persuasión de los administradores para que queden acciones sobrantes, en número suficiente para ofrecer a los abonados. Los que, por otra parte, perderán sus derechos (si así se establece, y debe establecerse) si no suscriben la acción o acciones que se les ofrezcan en el plazo establecido. Sobre el primero de los dos extremos indicados debe pronunciarse la Junta General, para obviar lo dispuesto en el artículo 47 LSA, tantas veces citado.

(16) Sobre la claridad con que ha de expresarse la convocatoria y sobre el cumplimiento de las formalidades del artículo 84, confirmando el tenor del mismo las SS. de 9 de julio de 1966 y 17 de diciembre de 1966.

(17) Aquí es de aplicación el artículo 87 LSA. Antes no, porque la emisión de nuevos títulos (representativos de las mismas acciones) nada tiene que ver con un aumento del capital social.

Sobre el segundo, no hace falta acuerdo de la Junta, puede decidirlo por sí mismo el Consejo de Administración, pues quien ha creado la figura de los abonados puede imponerles las condiciones que considere oportuno, sin que éstos tengan derecho alguno a protestar, pues, con su condición no han ganado ninguna expectativa social, de este modo se afirmaría el principio jurídico el que «puede lo más puede lo menos».

También es posible negociar con los accionistas la renuncia al derecho de suscripción preferente. En tales términos se expresa la *Sentencia de 1 de agosto de 1958*, diciendo que:

«Este derecho de suscripción preferente de nuevas acciones puede ser renunciado por sus titulares, expresa o tácitamente, e incluso puede ser negociado con ellos.»

Lo que no es descubrir ningún secreto, pues tal juego es habitual en la práctica mercantil, sino que lo que pretendemos es destacarlo, para contar con ello, como base o punto de partida para una solución, en el caso de que el problema llegue a plantearse. La solución, obviamente, puede consistir en ofrecer como contrapartida una cantidad por la renuncia al *derecho de suscripción preferente*, lo que se sugiere para su estudio al Consejo de Administración. Porque, por ejemplo, el convertir en *acciones preferentes* las de aquellos accionistas que renuncien al derecho de suscripción preferente (artículos 93 y concordantes de la LSA), parece una medida desorbitada, como salir a cazar perdices con «bazocas».

A la vista de las consideraciones precedentes, el Letrado que suscribe, expone en forma sucinta las siguientes,

C O N C L U S I O N E S

1.^a Antes de ninguna otra cuestión el Consejo de Administración de la Sociedad Recreativa de N., debe intentar mediante gestiones ante la Tesorería de Hacienda, y cambiando impresiones con el Abogado del Estado, la solución del problema que plantea el paquete de acciones embargadas por débitos a la Hacienda Pública, pertenecientes a un antiguo socio, mediante el *ofrecimiento de pago* del importe nominal de las acciones, obrando como puede hacerlo, en este caso, con conocimiento de causa de las posibles actuaciones fiscales y, aproximadamente, en el sentido que se desenvuelve en las consideraciones expuestas en el apartado *sub II*.

2.^a Más o menos simultáneamente, y para que el buen término de las gestiones a que se alude en la conclusión anterior, pueda coincidir con el resultado de las actuaciones que debe emprender el Consejo de Administración, para poner término a que un buen número de acciones permanezcan en ignorado paradero respecto de sus titulares o tenedores, haciendo imposible el funcionamiento normal de la Sociedad, éstas no deben tampoco demorarse,

iniciando los *anuncios* en el momento en que haya buenas perspectivas respecto de las gestiones de Hacienda. Teniendo en cuenta que para llevar a cabo esta actuación, el Consejo de Administración, tiene *plena competencia* y está autorizado a ello, dado el tenor general de los Estatutos sociales y, en especial por los artículos 5, 7, 10, 26-1 y 26-6. No incurriendo en las limitaciones contenidas en el artículo 17 de los mismos, ni en cualquiera otra.

3.^a Por tanto el Consejo de Administración puede proceder a los expresados anuncios, *convocando al estampillado de acciones*, con el máximo de garantías de publicidad que se desprende de la fórmula sugerida, en el presente dictamen, para llevar aquéllos a cabo y declarando *caducados* los derechos sociales de aquellas acciones que no se presenten al estampillado. Todo lo cual se funda en el argumento analógico *ex artículo 100 LSA* respecto de la forma y efectos de los anuncios. Actuación que puede llevarse a cabo con plena competencia por el Consejo de Administración, porque la operación no implica, ni «reducción» del capital social ni «amortización» de acciones por ningún concepto, por lo que no es necesaria la autorización de la Junta General, por no ser de aplicación el artículo 47 LSA. De todos modos, puede también invocarse como argumento analógico, una de las tres posibilidades que contempla dicho precepto, en relación con el artículo 101 de la misma, según ha declarado la *Sentencia de 20 de diciembre de 1968*.

4.^a Las acciones «recuperadas» por ambos procedimientos no las adquiere la Sociedad, quedan únicamente a su disposición (o «tenencia») *fiduciariamente*, mediante el Consejo de Administración (*fiducia* que institucionalmente es propia de las funciones gestoras y representativas del Consejo), para su oferta a los accionistas, proporcionalmente a sus aportaciones, pudiendo ofrecer el sobrante a los abonados de la Sociedad Recreativa de N., y utilizando para conseguir esta finalidad el juego de la *renuncia* de los socios en la medida que, anteriormente, hemos expuesto. Como no se trata de emisión de acciones nuevas, sino de recuperación de acciones ya existentes, no es de aplicación el artículo 87 LSA, ni tampoco el artículo 17 de los Estatutos, o sea que no es necesaria la intervención de la Junta General, pudiendo el Consejo de Administración *emitir los nuevos títulos*, por sustitución de los relativos a las acciones no estampilladas, y por ello caducadas, por aplicación, además, analógica de lo dispuesto en el artículo 10 de los Estatutos. Por las mismas razones, las acciones pueden ofrecerse a los accionistas, en el sentido indicado, sin Junta General previa, aunque esto no parece aconsejable, debiendo de convocarse la Junta General Extraordinaria al término de estas actuaciones para recibir el beneplácito, y, con ello, la *ratificación implícita* de todo lo actuado que impide las posibles reclamaciones, cuestión que debe estar «hábilmente» planteada en el orden del día correspondiente.

5.^a Toda ampliación de capital, en cuanto a los derechos de los accionistas viene regida, como es sabido, por el artículo 92 LSA. Debiendo de cumplirse en el orden formal lo establecido en los artículos 17, 14 y 19 y ss. de los Estatutos, así como lo dispuesto en los artículos 87, 84 y 58 LSA.

Por último, en cuanto al problema fundamental aquí planteado de buscar la posibilidad de ofrecer nuevas acciones a los abonados, no cabe otro recurso

que la gestión habilidosa del Consejo de Administración, o el asignar un valor a los derechos de suscripción preferente, y jugar con las posibles renuncias, ya que la conversión en acciones preferentes, como se indica anteriormente no parece muy adecuada, aunque puede ser una cuestión a estudiar por el Consejo de Administración.

Este es mi dictamen, que someto con justo a otra opinión más autorizada.
N., octubre de 1976.

JOSE LUIS DE LOS MOZOS

BIBLIOGRAFIA

LIBROS

ACADEMIA MATRITENSE DEL NOTARIADO: «Estudios». Tomo I. «El título preliminar del Código civil». Vol. I. «Parte general». 333 págs. Vol. II. «Derecho Internacional Privado». 465 págs. Editorial Revista de Derecho-Privado. Editoriales de Derecho Reunidas. Madrid, 1977.

Los Notarios del Colegio de Madrid, continuando su admirable y generosa obra de mecenazgo para la investigación científica, han creado la Fundación Matritense del Notariado, que tiene como uno de sus objetivos el promover y fomentar los estudios jurídicos. De este modo se institucionaliza la labor que viene realizando la Academia Matritense del Notariado, y que se ha manifestado brillantemente en los trabajos que se publican en sus Anales. La fundación ha comenzado del modo más oportuno su labor, publicando la obra de cuya aparición damos cuenta.

Su volumen primero reúne trabajos que estudian y comentan las disposiciones del Título Preliminar sobre «Fuentes del Derecho», «Aplicación de las normas jurídicas» y «Eficacia general de las normas jurídicas» (artículos 1.^o al 7.^o), debidos a Juan Vallet de Goytisolo, Luis Díez Picazo y Ponce de León, Manuel Albaladejo García, Francisco Elías de Tejada, Enrique Zuleta Puceiro, Félix Pastor Ridruejo, Luis Pastor Ridruejo, Angel Lucini Cañales, Luis Figa Faura, Antonio Rodríguez Adrados, José Luis de los Mozos y José María Castán Vázquez, autores cuyo renombre científico excusa cualquier adjetivo.

El volumen II se ocupa primero de la exégesis del capítulo IV del Título Preliminar, «Normas de Derecho internacional privado» (arts. 8.^o al 12), recogiendo trabajos de buenos conocedores de la materia; de Julián Manteca Alonso-Cortés, Vicente L. Simó Santonja, Francisco Lucas Fernández, Roberto Blanquer Überos, Adolfo Miaja de la Muela y Ramón Fraguas Massip. Después, y por último, Gonzalo de Liria y Azcoiti cuida del examen del capítulo V del Título Preliminar, que trata del «Ámbito de aplicación de los regímenes jurídicos civiles coexistentes en el territorio nacional» (artículos 13 al 16).

Los dos volúmenes de la obra reseñada, con la debida altura científica, constituyen una importante aportación doctrinal y un buen instrumento para orientarse, interpretar y aplicar debidamente las innovadoras disposiciones del Decreto de 31 de mayo de 1974, por el que se sanciona con fuerza la Ley el nuevo texto articulado del Título Preliminar del Código civil.

BADENES GASSET, Ramón: «*Las fundaciones de Derecho privado. Doctrina y textos legales*». Ediciones Acervo. Barcelona, 1977.

Este libro se abre con una «Advertencia preliminar», en la que el autor nos dice que en esta obra ofrece «con la necesaria revisión y puesta al día, lo que constituyó el contenido de dos publicaciones ya agotadas, a saber: a) Las funciones de Derecho privado. Ediciones Acervo, Barcelona, 1960; y b) Legislación de Beneficencia Particular, Librería Bosch, 2.^a edición, Barcelona, 1962».

Esta Advertencia, en su modestia, no hace justicia a la importancia de las novedades contenidas en la obra. No sólo se ha procurado recoger y tener en cuenta la bibliografía posterior al año 1960, sino que el autor ha tenido que enfrentarse y comentar las nuevas e importantes disposiciones legislativas más recientes. En especial, el innovador Decreto de 21 de julio de 1972, por el que se aprueba el «Reglamento de las Funciones Culturales Privadas y Entidades análogas y de los Servicios administrativos encargados del Protectorado sobre las mismas» y las anómalas disposiciones del Fueno Nuevo de Navarra (leyes 44-47).

El libro reseñado continúa siendo fundamental para el estudio de la fundación; institución jurídica por sí misma difícil y complicada y que resulta particularmente oscura dada su incompleta regulación en España. El autor, además, ha sabido facilitar la tarea de los juristas del modo más práctico. Primero, con la sección titulada «Textos legales», «Concordancias. Jurisprudencia. Comentarios». Después, con «Esquema de estatutos de una fundación de beneficencia particular» y «Esquema de estatutos de una fundación cultural privada»; contenidos en Apéndice, y que podrán facilitar la labor de abogados y notarios.

Ayuda, en fin, al más fácil manejo de la obra un cuidado índice alfabético esquemático de conceptos.

R.

«Comentarios a la reforma del Código civil. El nuevo Título Preliminar del Código y la Ley de 2 de mayo de 1975». Volumen primero. Volumen segundo. Editorial TECNOS, S. A. Madrid, 1977. 1299 págs. (I).

Es justo y también debido resaltar la oportunidad e importancia, tanto práctica como doctrinal, de estos COMENTARIOS. El Decreto de 31 de mayo de 1974, con el texto articulado del nuevo Título Preliminar del Código civil y la Ley de 2 de mayo de 1975, sobre situación, derechos y deberes jurídicos de los cónyuges, han venido, el uno a desarrollar y la otra a alterar los fundamentos del Código de 1889, establecidos para el servicio de una sociedad del todo diferente de la actual. Estos COMENTARIOS son el resultado del esfuerzo de un grupo de buenos juristas, especialistas, unos, de Derecho

(I) Los autores de los COMENTARIOS son veinte, por ello, en lugar de mencionarlos aquí, ha parecido mejor irlos citando a lo largo de esta reseña, al dar cuenta de las disposiciones comentadas por cada uno.

civil y, otros, de Derecho internacional privado, los que estudiando las innovadoras disposiciones, con espíritu crítico y amplio conocimiento del Derecho comparado, han venido a enriquecer notablemente la doctrina española.

El volumen primero, de los dos de que consta la obra, se ha dedicado al comentario del nuevo Título Preliminar. Dentro de éste, se distinguen dos partes, de tema y carácter bien diferente. La primera contiene el comentario de los artículos primero al séptimo, referentes a las fuentes del Derecho, aplicación y eficacia de las normas. Luis Díez-Picazo comenta los párrafos primero, segundo y tercero del primer artículo, que trata de las fuentes que puede decirse son las propias del Derecho español, de la ley, la costumbre y los principios generales del Derecho. Julio González Campos glosa la más llamativa novedad del Título, la de incluir a los tratados internacionales entre las Fuentes del Derecho (art. 1.^o, 5). El párrafo final del artículo primero, sobre el deber de jueces y tribunales de resolver en todo caso los asuntos de que conozcan, está comentado por Enrique Lalaguna. El artículo 2.^o, sobre entrada en vigor y eficacia temporal de las Leyes, se examina por Luis Díez-Picazo. Las disposiciones del capítulo II, sobre la aplicación de las normas jurídicas, se estudian por Vicente Torralba (art. 3.^o y art. 4.^o, 1), Vicente L. Montes (art. 4.^o, 2), Enrique Lalaguna (art. 4.^o, 3) y Luis Díez-Picazo (art. 5.^o); los artículos correspondientes al capítulo III, sobre la eficacia general de las normas jurídicas, se tratan por Enrique Lalaguna (art. 6.^o, 1), Manuel Amorós (art. 6.^o, 2, 3, y 4), Vicente L. Montes (art. 7, 1) y Juan Roca Juan (art. 7, 4).

Respecto de esta parte del Título Preliminar (capítulos I, II, III) se ha podido observar que «la reforma era más didáctica y de síntesis que otra cosa y que por ello pocas novedades introduce en el ordenamiento jurídico español. La mayor parte de sus reglas se encontraban ya en la redacción anterior, con otra vestidura, o habían sido consagradas y recibidas por vías jurisprudencial y doctrinal» (2). Los comentaristas, por su parte, han sabido recoger la doctrina más autorizada y desarrollarla con prudencia y acierto.

En el capítulo IV del Título Preliminar, sobre normas de Derecho internacional privado, «la reforma introduce una cantidad muy considerable de novedades y una regulación extraordinariamente pormenorizada». Su conjunto constituye una codificación bastante completa, nueva y detallada, de las normas aplicables a los conflictos de leyes en el espacio. Juan Antonio Carrillo escribe la *Nota introductoria* de esta parte de los COMENTARIOS y se le debe también el estudio del artículo 10, 9, y del artículo 12, en sus párrafos 3, 4, 5 y 6. Miguel de Angulo, comenta el artículo 8, 1, el 9, 8, el 10, 5 y el 10, 10. Antonio Marín, se ocupa del artículo 9, párrafos 1, 2, 3, 4 y 5 y del artículo 10, 7. Elisa Pérez Vera del artículo 9, párrafos 6, 7, 9, 10 y 11 y del artículo 11, párrafos 1, 2 y 3. Antonio Ortiz-Arce, redacta los comentarios al artículo 10, párrafos 1, 2, 3, 4, 6, 8 y 11. José Pérez Montero tratará del artículo 12, párrafo 2.

El capítulo V, último del Título Preliminar, está dedicado a regular la coexistencia en el territorio nacional de los distintos regímenes jurídicos. Enrique Lalaguna comenta la regla general establecida en el artículo 13 (el

(2) Las frases entrecerrilladas, aquí y después, pertenecen a la *Introducción* de los COMENTARIOS, pág. 8.

antiguo artículo 12). Rodrigo Bercovitz examina los artículos 14 y 15, consignados a la regulación de la vecindad civil. Oriol Casanovas se ocupa del artículo 16, 1, sobre los conflictos interlocales, y Jesús Delgado Echevarría del párrafo 2 de dicho artículo, respecto al caso especial del usufructo individual de la Compilación aragonesa.

El volumen segundo de la obra reseñada se ha destinado al comentario de los artículos reformando el texto del Código civil, contenidos en la Ley de 2 de mayo de 1975. Con ella se inicia la reforma del Derecho de familia, en especial respecto a la situación de la mujer casada, para tener en cuenta la realidad de la moderna sociedad española. El alcance de la Ley es amplísimo. En su Exposición de Motivos se dice que los puntos a los que atañe la reforma son «los relativos a la nacionalidad, la actuación en el orden jurídico y la posible modificación posnupcial del régimen de bienes del matrimonio»; más a este fin y al ir tratando de suprimir las limitaciones a la capacidad de obrar de la mujer casada, que se encontraban a lo largo del Código civil, hubo necesidad de modificar numerosos artículos, unos 57, con mayor o menor alcance.

El capítulo I, «Los preceptos sobre la nacionalidad», a cargo de Rafael del Angel, se ocupa de estas disposiciones (arts. 19-25), dictadas para abandonar el principio de unidad familiar en lo que concierne a la mujer casada. Como Apéndice se reproduce oportunamente la Circular de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 22 de mayo de 1975.

El capítulo II, bajo el título «Derechos y obligaciones de la mujer», recoge las innovaciones impuestas por el criterio de establecer la igualdad jurídica entre los cónyuges; las que son comentadas por Juan Roca Juan (artículo 57), Antonio Gullón (art. 58), Antonio Manuel Morales (arts. 59 y 66), Luis Díez-Picazo (arts. 59 y 60), Vicente L. Montes (arts. 62, 63 y 64) y Manuel Amorós Guardiola (art. 65).

Los capítulos numerados del III al XI se ocupan de las modificaciones que hubieron de sufrir una serie de artículos del Código en virtud de la aplicación del principio de igualdad jurídica de los cónyuges; son de desigual importancia, unas de cierta entidad, como las relativas a los efectos de la nulidad del matrimonio, separación de los cónyuges (art. 68, comentado por Juan Cadarso) y a la nulidad de los contratos (art. 1.301, por Ricardo del Angel) y otros de menor alcance, como los referentes a los artículos 224, 225 y 229 (analizados por Luis Díez-Picazo), 237, 244, 315, 893, 995 y 1.053 (tratados por Antonio Gullón); también se recogen y no se comentan los artículos 73 y 184, por la poca importancia de su reforma.

El capítulo XII se dedica a una de las más trascendentales reformas del Código, las que resultan a consecuencia de la establecida posibilidad de cambiar el régimen de bienes durante el matrimonio. Ellas se estudian con ocasión del comentario de los artículos 1.315 (por Antonio Gullón), 1.316 (por Luis Díez-Picazo), 1.319, 1.320, 1.321 (por Vicente Torralba) y 1.322 (por Manuel Amorós).

Otras modificaciones resultan del cambio de principios anteriormente aludido y que originan el del articulado del Código, así respecto a la dote, en el artículo 1.361 (estudiado por Antonio Manuel Morales) a los bienes para-

nales, en los artículos 1.381, 1.383, 1.387, 1.388, 1.389, 1.390 y 1.391 (glosados por Jesús Delgado Echevarría) y la separación de bienes, en los artículos 1.433, 1.444 (comentados por Rodrigo Bercovitz). En fin, se hace referencia a las supresiones sufridas por los artículos 1.548 y 1.716 (anotados por Antonio Gullón).

Para facilidad del estudioso se recogen en el volumen I la Ley de Bases de 17 de marzo de 1973 y el Decreto de 31 de mayo de 1974, con el texto articulado modificando el título preliminar del Código civil. El volumen II, por su parte, reproduce la Ley de 2 de mayo de 1975 y en Apéndices, recoge el Proyecto de Ley de Bases, el Informe de la Ponencia, el Dictamen de la Comisión de Justicia y el Dictamen del Consejo de Estado, respecto a la modificación del Título preliminar; el Proyecto de Ley de Reforma, el Informe de la Ponencia y el Dictamen de la Comisión de Justicia sobre las reforma de determinados artículos del Código civil y del Código de comercio, sobre la situación jurídica de la mujer casada y los derechos y obligaciones de los cónyuges.

La escueta, aunque larga, enumeración hecha de autores y de las materias por ellos comentadas, bastará para informar del alcance e interés de los COMENTARIOS. Se trata de una obra que puede calificarse de contribución extraordinaria al estudio del Derecho civil y del Derecho internacional privado, y que bien merece el agradecido reconocimiento de los cultivadores de tales disciplinas.

R.

«**Estudios jurídicos en homenaje al profesor Federico de Castro**». Editorial TECNOS. Madrid, 1976. I, 853 págs. II, 872 págs.

Como expresa el título de la obra se trata de una publicación hecha con motivo de la jubilación de un catedrático de la Universidad. En los dos extensos volúmenes de que consta se han reunido los trabajos redactados por un grupo de amigos, antiguos colaboradores y compañeros del jubilado. Comprenden estudios cuya importancia avala el nombre de sus autores y cuyo alto valor científico resulta indudable, constituyendo los más de ellos contribuciones de valor inestimable para la doctrina jurídica española.

Dado el número de los estudios que la obra contiene, se cuentan cuarenta y ocho, es prácticamente imposible en esta nota dar cuenta detallada de su contenido y examinarlos críticamente. En el índice de cada volumen se citan las aportaciones hechas y sus autores, éstos por orden alfabetico. Ha parecido que aquí, para comodidad del lector, convendría enumerar los trabajos contenidos en la obra, distribuyéndolos conforme a sus variados temas. La clasificación hecha, aunque no resulte en ocasiones bastante exacta, podría ser lo suficientemente orientadora a tal efecto.

Filosofía y teoría general del Derecho

- GARCÍA DE HARO (R.): «Para recuperación de la noción teológica de la ley» (I, págs. 687-721).
- VALLET DE GOYTISOLO (Juan): «Perfiles jurídicos del Derecho natural en Santo Tomás de Aquino» (II, págs. 703-804).
- DE LOS MOZOS (José Luis): «Norma, principio y sistema en la integración del ordenamiento jurídico» (II, págs. 321-343).
- PASTOR RIDRUEJO (Luis): «Semántica jurídica e interpretación» (II, páginas 427-448).

Derecho privado. En general

- BERCOVITZ Y RODRÍGUEZ-CANO (Alberto): «En torno a la unificación del Derecho privado» (I, págs. 151-166).
- BONET CORREA (José): «Las transformaciones contemporáneas del ordenamiento patrimonial» (I, págs. 271-294).
- CASTÁN VÁZQUEZ (José María): «Las primeras ediciones privadas del Código civil» (I, págs. 397-427).

Derecho de familia

- BATLLE (Manuel): «El derecho de autor y la sociedad de gananciales» (I, páginas 137-150).
- DÍEZ DEL CORRAL RIVAS (Jesús): «El matrimonio civil en España, hoy» (I, páginas 537-565).
- FUENMAYOR (Amadeo de): «La separación conyugal no contenciosa en el Derecho español» (I, págs. 587-618).
- GARCÍA CANTERO (Gabriel): «De nuevo sobre el momento perfectivo de la adopción» (comentario a la Resolución de la D. G. R. y N. de 8 de junio de 1973) (I, págs. 619-637).
- SANCHO REBULLIDA (Francisco de Asís): «Consideraciones sobre el fundamento jurídico de la indisolubilidad del matrimonio» (II, págs. 633-639).

Derecho de obligaciones

- AMORÓS GUARDIOLA (Manuel): «El acreedor aparente» (I, págs. 35-78).
- CERVERA (Alejo de): «En torno al futuro de la novación» (I, págs. 451-474).
- DÍEZ-PICAZO (Luis): «Los pactos leoninos en el contrato de sociedad» (I, páginas 567-586).
- GULLÓN BALLESTEROS (Antonio): «Mandatario que adquiere en nombre propio» (I, págs. 759-784).
- LÓPEZ JACÓFSTE (José Javier): «Sobre la aporia de la equivalencia contractual» (II, págs. 829-867).

- LUCINI CASALES (Angel): «El derecho de acrecer en los negocios *inter vivos*» (II, págs. 237-272).
- MOISSET DE ESPANÉS (Luis): «Acción de repetición de lo pagado por error y sus efectos respecto a terceros» (Derecho argentino y sus concordancias con el Derecho español) (II, págs. 293-482).
- PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS (Manuel): «Facultad de compensar y encargo de custodia» (II, págs. 449-482).
- ROCA JUAN (J.): «Sobre la imposibilidad de la prestación por pérdida de la cosa debida» (II, págs. 521-548).

Derechos reales

- BERCOVITZ Y RODRÍGUEZ CANO (Rodrigo): «El seguro de usufructo en el Código civil» (I, págs. 169-207).
- LACRUZ BERDEJO (José Luis): «Contribución a una pedagogía de la posesión» (II, págs. 49-76).
- LALAGUNA (Enrique): «Los créditos hipotecarios» (II, págs. 77-146).
- LUCAS FERNÁNDEZ (Francisco): «La nueva propiedad minera» (II, págs. 147-235).
- RODRÍGUEZ ADRADOS (Antonio): «El dolo del poseedor de buena fe» (II, páginas 549-575).

Derecho hereditario

- ALBALADEJO GARCÍA (Manuel): «El derecho de acrecer en caso de institución en partes desiguales» (I, págs. 1-33).
- COSSIO Y CORRAL (Alfonso de): «Algunas consideraciones en torno al aibacezgo» (I, págs. 475-496).
- JORDANO BAREA (Juan B.): «La teoría del heredero aparente y la protección de los terceros» (II, págs. 1-48).
- PRADA GONZÁLEZ (José María de): «Las formalidades testamentarias y la nueva Ley uniforme» (II, págs. 483-520).

Derecho agrario

- BALLARÍN MARCIAL (Alberto): «El deber de cultivar y mejorar» (I, págs. 79-136). SANZ JARQUE (Juan José): «Sobre la tenencia de la tierra en general y en los montes y terrenos del Estado de Malagón en particular» (II, págs. 641-702).

Derecho mercantil

- BLANQUER (Roberto): «La inscripción de la sociedad anónima constituida bajo condición suspensiva, ¿es posible pendiente la condición?» (I, páginas 209-270).
- BROSETA PONT (Manuel): «La necesaria reforma del Consejo de Administración español ante la sociedad anónima europea» (I, págs. 837-853).

CÁMARA ALVAREZ (Manuel de la): «Estudio de la representación legal en Derecho mercantil» (I, págs. 295-364).

JIMÉNEZ DE PARGA CABRERA (Rafael): «Los órganos de la quiebra» (I, páginas 809-836).

MENÉNDEZ MENÉNDEZ (Aurelio): «El absentismo de los accionistas y el desequilibrio de poder en la Sociedad Anónima» (II, págs. 273-292).

RUBIO (Jesús): «El capitán del buque» (Notas sobre su figura en Derecho español) (II, págs. 613-632).

Derecho hipotecario

CHICO ORTIZ (José María): «La reversión y el Registro de la Propiedad» (I, págs. 497-536).

NÚÑEZ LAGOS (Rafael): «Evipción de cargas» (II, págs. 345-373).

ROMERO VIEITEZ (Manuel A.): «Notas sobre la naturaleza jurídica de la hipoteca constituida por acto unilateral regulada en el artículo 41 de la Ley hipotecaria española» (II, págs. 577-612).

VÁZQUEZ BOTE (Eduardo): «El meandrismo, "técnica" jurídica» (II, páginas 805-827) (1).

Derecho notarial

CASTRO LUCINI (Francisco): «Relieve moral de la actuación notarial» (I, páginas 429-450).

Derecho internacional público

CARRILLO SALCEDO (Juan Antonio): «La cuestión de Namibia ante el Tribunal Internacional de Justicia» (I, págs. 365-396).

Derecho internacional privado

GONZÁLEZ CAMPOS (Julio D.): «Sobre los orígenes del matrimonio consular de los españoles en el extranjero» (I, págs. 723-757).

Derecho administrativo

GARCÍA DE ENTERRÍA (Eduardo): «Los tipos de entes públicos en el Derecho español» (I, págs. 639-686).

(1) Aunque este trabajo se ofrece como «Otro ejemplo de la improcedencia del valor vinculante de la jurisprudencia, cuando está mal elaborada», en especial respecto a Puerto Rico; sin embargo, se centra en un dictamen del autor sobre la validez de una ejecución hipotecaria.

Derecho procesal

HERNÁNDEZ GIL (Antonio): «El proceso discursivo del abogado con relación a los hechos y al Derecho» (I, págs. 785-807).

Derecho fiscal

PALAO TOBOADA (Carlos): «Apogeo y crisis del principio de capacidad contributiva» (II, págs. 375-426).

Todavía ha de señalarse que los «Estudios», en el primero de sus volúmenes, contiene una nota introductiva sobre la persona a la que dicha obra se dedica, con una «noticia biográfica» y relación de sus «principales publicaciones».

R.

FERNANDEZ-VICTORIO Y CAMPS, Servando: «El control externo de la actividad financiera de la Administración pública». Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1977. Un volumen de XXI + 256 págs.

El civilista no puede menos de estar atento al funcionamiento del control del gasto público, ya que tienen mucha importancia las repercusiones que se derivan para las relaciones económico-patrimoniales, fundamentalmente dentro del ámbito público y, como consecuencia, dentro del ámbito privado.

El ilustre presidente del Tribunal de Cuentas del Reino, Fernández Victorio, estudioso de esta parcela de la historia jurídica de nuestro país y gran promotor de tareas nacionales e internacionales, como las ejercidas bajo su presidencia en I. N. T. O. S. A. I. u «Organización Internacional de las Entidades Fiscalizadoras Superiores» y en el «Instituto Latinoamericano de Ciencias Fiscalizadoras» y en el «Colegio de Compromisarios de Cuentas» de la O. C. D. E., nos ofrece ahora una excelente obra muy aguda y completa, fruto de su infatigable trabajo y experiencia en el control del gasto público. Según se hace ver por el profesor Albiñana, en el prólogo, esta obra ahora supone un aldabonazo en una ocasión histórica propicia por sus muchas sugerencias y por su oportunidad.

Después de un preámbulo de explicación obligada en torno al gasto público, la obra cuenta con cinco capítulos, donde se parte del concepto de control (político y financiero) y se añaden los órganos de control financiero de la Administración, para plantear el futuro de un nuevo poder estatal. Un estudio de Derecho comparado contrasta lo propio con lo establecido dentro del ámbito anglosajón, latinoamericano y del Derecho continental europeo, sin excluir el examen del control en los países de organización socialista, para concluir con la «Carta Magna para la Organización Internacional».

La situación de pretérito sobre el control le lleva al ilustre autor a examinar con detalle su proceso histórico, sobre todo en las Corte medievales, para pasar al análisis del presente del Tribunal de Cuentas, de *lege data*.

Donde la contribución de esta obra tan madura alcanza su cota de notoriedad e importancia es en su capítulo sobre las sugerencias para la normación de un futuro Tribunal de Cuentas, donde de *lege ferenda* plantea una nueva estructuración, las clases de control para un futuro, las relaciones y la celeridad en el control para la cuenta general, la jurisdicción e independencia (despolitización) y la organización del Tribunal en su ámbito interno (presupuesto propio, actuación de oficio y ejecución de lo juzgado, los miembros, inamovilidad, contratación, etc.).

La fiscalización de los organismos autónomos, unas conclusiones generales y su punto final, así como una selecta bibliografía, cierran esta interesante obra, más constructiva que crítica, tan práctica como teórica y, sobre todo, precisa, escrita con elegancia sobre una materia ardua y prosaica.

JOSÉ BONET CORREA

FUNDACION GENERAL MEDITERRANEA: «Patronato para ayuda de subnormales». **DIRECCION GENERAL DE SERVICIOS SOCIALES:** «Estudio para la reforma de los preceptos del Código civil relativos a la tutela». Ediciones Tegral, S. A. Madrid, 1977, 65 págs.

La Fundación General Mediterránea, en colaboración con el SEREM, y dentro del temario del Patronato de ayuda a subnormales, inaugura la colección «Vida Humana» con la publicación de un estudio sobre una cuestión que especialmente viene preocupándole, el de la tutela del subnormal.

Dicho estudio le fue encomendado al catedrático de la Universidad Autónoma de Madrid, profesor don Luis Díez-Picazo, para que lo realizase con los colaboradores por él elegidos (1). El trabajo publicado se centra en un proyecto de texto articulado, en el que se propone una nueva reducción para las disposiciones del Código civil respecto a la tutela (arts. 199-313) (2).

Se ha tomado como punto de partida las críticas de que ha sido objeto el sistema de tutela familiar adoptado por nuestro Código civil, y se ofrece un proyecto de regulación más de acuerdo con la actual estructura de la familia. Además del abandono de dicho sistema y, con ello, el del Consejo de familia, se advierten las siguientes más notables novedades: se suprime las causas de incapacitación por prodigalidad e interdicción; se vuelve a la figura de la curatela para los incapaces emancipados; se introduce la posibilidad de la incapacitación voluntaria y de la patria potestad prorrrogada; se establece el defensor judicial en nuevos casos; se regula, por último, la guarda de hecho.

Se trata de un estudio cuidado y del mayor interés, que habrá de ser tenido muy en cuenta en la reforma del Código civil, en esta materia urgente y necesaria.

R.

GARCIA CANTERO, Gabriel: «El divorcio», 1 vol. de 175 págs., Biblioteca de Autores Cristianos, Madrid, 1978.

Es ya lugar común en la doctrina hacer notar la variedad de enfoques metodológicos de que es susceptible el divorcio como institución. Y, así, suele afirmarse que cabe considerarlo desde el punto de vista de la filosofía, de la psicología racional, de la ética, del derecho, de la teología, de la sociología, de la política, de la historia, etc. Concluyéndose, que la misma complejidad del tema lleva necesariamente al estudioso a un análisis sectorial de la institución renunciando, *a priori*, a una visión de conjunto que dé razón de la total y multiforme dificultad del tema.

Sin desconocer lo exacto de esta observación, se precisa añadir que un análisis jurídico del divorcio contiene, en germe, la máxima vocación de integración metódica que darse pueda sobre esta institución. Es decir, que afrontándolo con metodología jurídica necesariamente afluyen al discutir no pocos de los aspectos antedichos.

No otra cosa ocurre con este excelente trabajo del profesor García Cantero. Encuadrando la institución del divorcio en una óptica rigurosamente jurídica, ha logrado el catedrático de Derecho civil de San Sebastián un estudio muy completo del divorcio, en el que confluyen, sin forzar la metodología de fondo, planteamientos de orden diverso, cuya particularizada glosa requeriría una detenida exégesis, no siempre posible en comentarios de este género.

El hilo conductor de las reflexiones del autor es, como queda dicho, la vertiente jurídica del tema. Así, después de un detenido estudio de la génesis, desarrollo y difusión del divorcio vincular (cap. I), los capítulos II, III y X abordan temáticas de resonancia estictamente jurídica y de no pequeña entidad: efectos legales del divorcio, sus efectos institucionales en el sector del Derecho de familia, y el matrimonio indisoluble como derecho de la persona. Sobre este extremo —y después de fundamentar adecuadamente la existencia de leyes objetivas en la institución matrimonial— observa que aquella concepción del matrimonio que considera la indisolubilidad como la mejor forma de desarrollar la personalidad individual es «concepción tan respetable como las otras, a la que tampoco puede negarse la aspiración a ser reconocida en las leyes. Está en juego una de las dimensiones básicas de la personalidad humana, cuyo desconocimiento supone una grave mutilación» (pág. 126).

En el mismo plano jurídico, el capítulo IV resumen con justeza los datos que aporta el Derecho comparado. En apretada síntesis analiza el autor la regulación legal del divorcio en los sistemas jurídicos latinos, germánicos occidentales, anglosajones, escandinavos, socialistas e hispanoamericanos, deduciendo interesantes conclusiones. A su vez, el capítulo XIII sintetiza la evolución histórica del problema en el ordenamiento legal español: desde el tratamiento detectable en el proyecto de Código civil de García Goyena hasta el actual contenido en el Código civil vigente, pasando por la regulación de la indisolubilidad en la ley de matrimonio civil de 1870 y la inflexión que de tal principio supuso la ley de divorcio de marzo de 1932.

Para el profesor García Cantero la evolución histórica del tratamiento legal de la disolución del vínculo matrimonial en el Derecho español permite afirmar que «la indisolubilidad matrimonial es un principio general y tradicional del ordenamiento jurídico español, no sólo del Derecho común, sino muy acorde también con el espíritu de las legislaciones forales; es un principio de derecho que ha estado vigente bajo regímenes monárquicos y republicanos, democráticos y autoritarios» (pág. 153).

Centrada en esos términos la temática estrictamente jurídica, el discurso del autor se proyecta, en los capítulos restantes de su obra, hacia dos aspectos de trascendencia: el sociológico y el religioso.

En los capítulos XI y XII trae a colación la evolución rectilínea y coherente del Magisterio sobre el divorcio: desde la *Arcanum divinae sapientiae* de León XIII, hasta la reciente *Nota doctrinal* de la Comisión episcopal española de 7 de mayo de 1977, pasando por los documentos del Vaticano II y las declaraciones de los últimos Pontífices.

Respecto a la vertiente sociológica del problema, son importantes, por su solvencia, los datos aportados en los capítulos IV («Consecuencias del divorcio para los cónyuges»), V («Consecuencias del divorcio para los hijos»), VII («El efecto multiplicador del divorcio») y VIII («Los fraudes del divorcio»). Manejando con toda objetividad las fuentes más autorizadas, los datos aportados en esta parte del trabajo son un instrumento de trabajo de muy estimable valor para el jurista que, en el plano de la prudencia jurídica, se plantea con talante reflexivo y no simplemente emotivo la oportunidad de la introducción del divorcio en un sistema jurídico en el que su tratamiento legal no pasa del de «institución desconocida».

Por lo demás, de fino análisis filosófico-jurídico puede calificarse el capítulo IX donde el ilustre especialista de Derecho de familia se plantea en vertical esta grave interrogante: «El divorcio, ¿un derecho democrático?» Despues de un detenido análisis de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre, del Pacto internacional de derechos civiles y políticos de 19 de diciembre de 1966 y del pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales de la misma fecha, concluye el profesor García Cantero «que no hay un reconocimiento internacional del Derecho al divorcio, sino que (estos textos) se limitan a declarar que allí donde exista, la conciencia jurídica exige que ambos cónyuges estén tratados en un plano de igualdad» (pág. 117).

En resumen: el libro hasta aquí comentado supone una muy estimable aportación al campo de los trabajos de la sociología jurídica, sector tan necesitado de estudios serios y solventes, como éste del profesor García Cantero.

RAFAEL NAVARRO VALLS

«Libro-Homenaje a Ramón María Roca Sastre». Volumen I, 841 págs.; volumen II, 1030 págs.; volumen III, 1065 págs. Junta de Decanos de los Colegios Notariales. Madrid, 1976-1977.

La Junta de Decanos de los Colegios Notariales viene de publicar tres extensos volúmenes, recogiendo trabajos redactados en homenaje de admiración y afecto a Ramón María Roca Sastre. Reconocimiento de los méritos de este maestro del Derecho al que el ANUARIO se adhiere con el máximo calor y alegría. Por muchas razones era debido este homenaje. Su *Derecho hipotecario*, que cuenta ya seis ediciones, ha guiado los estudios de miles de juristas, habiendo ejercido una constante e inigualada influencia en la doctrina hipotecaria; además de esta obra, que ningún jurista ignora, su contribución a la investigación jurídica ha sido de una gran amplitud e importancia; su referencia, respecto a «Obras de carácter general» y «Estudios monográficos», llena cuatro páginas del primer volumen de la obra reseñada. Su labor no se ha limitado a los estudios allí citados, sino que se ha manifestado también en numerosos dictámenes, en especial sobre Derecho catalán, y sobre todo en haber «sido factor principal del proyecto elevado después a Compilación del Derecho Especial de Cataluña»; como se nos dice en la introducción al Libro-Homenaje.

Han contribuido a dicho Libro-Homenaje profesionales de muy distinta especialidad; notarios, registradores, jueces, magistrados, fiscales, abogados, profesores y catedráticos. Quienes han contribuido con estudios de diversa extensión —de unas cuatro hasta casi doscientas páginas— de distinto tono, entidad y contenido, debidos a especialistas de Derecho hipotecario, civil, Filosofía del Derecho, Derecho romano, Historia del Derecho, Derecho mercantil, Derecho político, Derecho administrativo y Derecho procesal.

En la imposibilidad de dar cuenta en detalle del contenido de los tres volúmenes, bastará indicar, para que se aprecie lo amplio de su contenido, que su índice se sistematiza del siguiente modo: Algunos reflejos de la obra de Ramón María Roca Sastre, Perspectiva general del Derecho, Derecho romano, Historia del Derecho, Fuentes y aplicación del Derecho, Personalidad y capacidad jurídica, Negocio jurídico, Derecho de cosas, Derecho de obligaciones y contratos, Derecho de familia, Derecho de sucesiones, Derecho agrario, Derecho mercantil, Derecho político, Derecho administrativo, Derecho procesal y Derecho hipotecario.

R. E. D.

QUINTANA CARLO, Ignacio: «La responsabilidad del transportista aéreo por daños a los pasajeros». Universidad de Salamanca, 1977, XXXI, 392 páginas. Prólogo de A. BERCOVITZ.

La responsabilidad civil, tanto contractual como extracontractual, se ha convertido de un tiempo a esta parte en uno de los campos de investigación que mayor atractivo ejerce sobre los estudiosos del Derecho. No es posible examinar aquí, aunque merecería la pena hacerlo en otra ocasión, las razones

económicas, sociales e incluso políticas que han motivado este cambio de actitud hacia un tema que, todavía no hace muchos años parecía relegado al olvido en las páginas de los Manuales. Pero sea cual fuere la explicación de este fenómeno el hecho es que cada vez son más frecuentes y de mayor calidad los trabajos de toda índole, comentarios jurisprudenciales, artículos de revista, monografías, etc., dedicados al problema de los daños. El retraso con el que se aborda en España el estudio de esta materia —*la grande vedette du droit civil mondial*, como la calificó Josserand en 1936— no permite equiparar aún los resultados obtenidos por nuestra doctrina con las espléndidas construcciones teóricas existentes en otros ordenamientos desde comienzos de siglo. Se ha dado ya, sin embargo, un paso muy importante en este sentido y no hay motivos para pensar, antes al contrario, que los juristas españoles no vayan a continuar dedicando sus esfuerzos al análisis y puesta al día del gran tema de la responsabilidad civil.

Entre las oportaciones más valiosas a esta tarea, que yo llamaría de «reconstrucción del sistema», esto es, de adaptación del viejo Derecho de daños a los nuevos datos y exigencias de la vida jurídica y social, hay que contar, a partir de ahora, con la obra del profesor QUINTANA CARLO, *La responsabilidad del transportista aéreo por daños a los pasajeros*.

La materia que ha acotado el autor como objeto de su estudio abarca toda la amplia gama de supuestos de daño que puede sufrir el pasajero en los transportes regulares o de línea: es decir, tanto los que derivan de un accidente como los que tienen su origen en otras causas de incumplimiento o anormal cumplimiento de la obligación de transportar (retraso, exclusión del pasajero, suspensión del vuelo, etc.).

El tema se aborda desde el Derecho positivo vigente en España, que comprende, como es sabido, un doble sistema de normas: las que se aplican al transporte interno o nacional (fundamentalmente la *Ley de Navegación Aérea* (LNA) de 21 de julio de 1960 y en su caso, con carácter supletorio o complementario, los Códigos Civil y de Comercio, usos aeronáuticos, principios generales del Derecho y condiciones generales de los contratos) y aquellas otras que rigen en el ámbito de los transportes aéreos internacionales (es decir, las contenidas en el *Convenio de Varsovia* (CV) de 12 de octubre de 1929, modificado posteriormente por el Protocolo de La Haya de 1955).

Esta dualidad normativa y la propia heterogeneidad de los supuestos que se engloban bajo la rúbrica de «daños a los pasajeros» confieren al tema una especial complejidad que se ve agravada, además, por el hecho de que la responsabilidad del transportista tiene un fundamento distinto en el Derecho interno que en el Derecho Unificado Internacional: así, mientras que en la LNA rige el principio del riesgo creado —al menos en caso de accidente— en el Convenio de Varsovia sigue aplicándose todavía el criterio tradicional de la culpa, aunque sea atenuado mediante la inversión de la carga de la prueba.

Pero a pesar de la complejidad del tema y de las dificultades que entraña la falta de una doctrina española sobre Derecho aéreo, equiparable a la existente en otras ramas del Derecho mercantil, nada ha impedido que

Quintana Carlo realizase una obra que, sin exageración alguna, puede considerarse como modelo de rigor y, lo que ya es menos frecuente, de claridad expositiva. Esta conjunción de rigor y claridad no hubiera sido posible, desde luego, sin los profundos conocimientos del autor tanto en el tema específico del transporte aéreo como en el campo de las categorías generales de la responsabilidad. Pero hay otro factor que, en mi opinión, ha contribuido decisivamente al logro de este excelente trabajo: su acertada sistematización. Gracias a ella y gracias también a la oportuna selección y encaje de los variados materiales legislativos, doctrinales y jurisprudenciales que componen el libro, Quintana Carlo ha hecho posible que lo complejo pareciese sencillo y que, en definitiva, entremos en contacto casi sin esfuerzo con uno de los sectores más vivos, problemáticos e interesantes de todo el Derecho de daños.

Para dar una idea, siquiera sea aproximada, del contenido de la obra digamos que ésta se halla dividida entre partes perfectamente diferenciadas. La primera se inicia con una serie de consideraciones de carácter introductorio para centrarse, seguidamente, en un estudio detenido de la legislación y Convenios vigentes en España—especialmente el de Varsovia de 1929—, así como de aquellos otros intentos legislativos que han ido jalonando, a nivel internacional, los esfuerzos de los últimos veinte años por alcanzar un auténtico y definitivo Derecho Unificado de la Navegación Aérea (Protocolo de La Haya de 1955, Acuerdo Provisional de Montreal de 1966, Protocolo de Guatemala de 1971 y Protocolo de Montreal de 1975).

Como complemento de esta Primera Parte se incluye, además, un capítulo —el II— dedicado a exponer los rasgos fundamentales de la responsabilidad del porteador aéreo en el Derecho Comparado. Esta tarea se ha realizado mediante un procedimiento tan útil y a la vez sencillo como es el de ordenar las diversas legislaciones contempladas por su relación con el Convenio de Varsovia: es decir, distinguiendo, de un lado, aquellos ordenamientos que aplican al transporte interno las mismas o parecidas normas del Derecho Unificado Internacional (Bélgica, Suiza, Alemania, Francia, Argentina, Gran Bretaña, Italia) y, de otro, aquellos que se apartan abiertamente del mismo (Brasil, URSS, EE.UU.). Digamos a este respecto que el autor ha dedicado una especial atención al ordenamiento de los Estados Unidos que se justifica, según sus propias palabras, «no sólo por ser el (país) que ostenta la primacía en la industria del transporte aéreo y de la aeronáutica en general, sino por cuanto las concepciones legales americanas están ejerciendo una marcada influencia en el resto de los ordenamientos y, especialmente, en el Derecho unificado internacional» (p. 82). Hay que tener en cuenta, por otra parte, que Ignacio Quintana es un perfecto conocedor del tema, pues no en vano permaneció todo un año—según nos dice en su Prólogo el profesor Bercovitz—en la Universidad Metodista de Dallas, donde se encuentra el centro probablemente más importante a nivel mundial para el estudio del Derecho aéreo.

La parte segunda está dedicada al estudio de «La responsabilidad del transportista aéreo por daños a los pasajeros en el Derecho interno español». La exposición se realiza comenzando por establecer los presupuestos nece-

sarios para que nazca dicha responsabilidad (Cap. III). Se estudian concretamente las obligaciones que impone al porteador la celebración del contrato de transporte aéreo haciendo una especial referencia a la denominada «obligación de seguridad». Siguiendo el hilo de este planteamiento el autor afirma, seguidamente, la naturaleza contractual de la responsabilidad del transportista, tanto si dimana del incumplimiento de la obligación de efectuar el transporte propiamente dicho (en las condiciones de tiempo, itinerario y con el tipo de vehículo especificado en el contrato) como si tiene su origen en la violación del deber de conducir al pasajero sano y salvo a su destino. Se examina luego el tema del fundamento de la responsabilidad del porteador, destacándose el acierto de la LNA al haber sometido a un régimen objetivo de reparación los daños derivados de accidente (art. 120), en tanto que continúan manteniéndose bajo el sistema de la culpa los demás supuestos de incumplimiento contemplados por la ley (art. 94).

Una vez delimitado el marco normativo y doctrinal en el que se inserta el problema de la obligación de indemnizar del porteador, Quintana Carlo dedica dos capítulos de su libro a estudiar los diversos supuestos en concreto que dan nacimiento a la misma. De acuerdo con la distinción hecha anteriormente, el criterio de clasificación elegido en la exposición de esta materia es el que se basa en el propio origen del evento dañoso determinante de la responsabilidad: la existencia o no de un accidente a consecuencia del cual se hayan producido daños en la persona del viajero. Esta distinción, además de obedecer al distintivo régimen de responsabilidad al que la LNA somete el transporte aéreo en uno y otro caso—riesgo y culpa, respectivamente—viene impuesta por la propia sistemática de la ley que, mientras dedica un capítulo especial—el XIII—a la regulación de la responsabilidad en caso de accidente, trata la responsabilidad por incumplimiento en el artículo 94, incluido dentro de los preceptos que regulan el transporte de viajeros en general.

No es posible, desde luego, hacer en este lugar una referencia, por breve que sea, de todos y cada uno de los casos que se estudian en el Capítulo IV bajo el epígrafe «Responsabilidad no derivada de accidente». Señalaremos, no obstante, que el análisis llevado a cabo en este terreno no se limita a las hipótesis expresamente contempladas en la LNA (suspensión del transporte, retraso en el comienzo de la ejecución del transporte e interrupción del transporte), sino que comprende otros supuestos omitidos en aquélla y cuyo estudio se realiza en base a los preceptos generales del Código de Comercio sobre transporte terrestre y marítimo y del Código Civil en materia de incumplimiento de las obligaciones.

Por lo que respecta al tema de la «Responsabilidad derivada de accidente» (Capítulo V) baste decir que se trata de un estudio completo de todos los aspectos que hacen referencia a los presupuestos (accidente, daño, relación de causalidad, etc.) y al régimen legal de esa responsabilidad, así como a las causas de exoneración del deber de indemnizar (accidente fortuito y culpa de la víctima).

La Segunda Parte se cierra, en fin, con el Capítulo VI, dedicado a «La indemnización del daño y la acción de reparación», en el que se tratan,

entre otras cuestiones, las relativas al principio de limitación de la indemnización, cuantía de la misma, incompatibilidad y acumulación de responsabilidades, pérdida del beneficio de limitación de la responsabilidad por dolo o culpa grave del porteador o sus dependientes, etc.

La obra que comentamos concluye con la Parte Tercera que lleva por título «la Responsabilidad del transportista aéreo por daños a los pasajeros en el Derecho Unificado Internacional». Su objeto es la exposición y estudio de las normas del Convenio de Varsovia, en su versión modificada por el Protocolo de La Haya de 1955, que constituye, como ya se ha dicho, el texto actualmente en vigor en nuestro país. Dado el carácter parcial de la regulación contenida en el CV y las diferentes remisiones que se hacen en el mismo a la Ley del Tribunal que entiende en el asunto, esta exposición se limita únicamente a aquellos puntos que suponen una diferencia con el sistema general de la responsabilidad aplicable al porteador en el Derecho interno español. El esquema seguido en el tratamiento del tema es, además, el mismo que en Parte Segunda iniciándose, en consecuencia, con el análisis de los presupuestos necesarios para la aplicación del Convenio. Destaca en este sentido el examen sobre el carácter internacional del transporte que es, probablemente, el requisito que mayores problemas plantea en la práctica. A continuación se pasa revista a los principios que informan el régimen de la responsabilidad del transportista en el Derecho Unificado Internacional y entre ellos el de la culpa que, a diferencia de lo que ocurre en la LNA, rige aquí para todos los supuestos de daño, incluso en caso de accidente. El autor no deja de advertir, sin embargo, que este fundamento culposo de la responsabilidad ha comenzado a quebrar últimamente con la firma del Acuerdo de Montreal y la adopción del Protocolo de Guatemala (téngase en cuenta que caso de entrar en vigor este último el transportista internacional sería responsable, al igual que en la LNA, por la sola razón del accidente, es decir, en base al riesgo). Termina este capítulo —VII de la obra— con el análisis pormenorizado de los supuestos de responsabilidad por incumplimiento de la obligación de transportar y el examen del tema relativo a la limitación contractual de la obligación de indemnizar.

La «responsabilidad derivada de accidente» constituye el objeto del siguiente capítulo —VIII— que se inicia con unas nociones previas sobre el accidente y el daño, continúa con la exposición del régimen de la responsabilidad en el CV y concluye tratando las causas de exoneración, tema sin duda decisivo dentro de un sistema caracterizado por la inversión de la carga de la prueba.

El libro se cierra con el Capítulo VI, sobre «La indemnización del daño y la acción de reparación». Destaca en este sentido el estudio, muy completo y clarificador, del principio de la limitación de la cuantía indemnizatoria.

Tal vez este precipitado e incompleto resumen de las principales cuestiones que trata Ignacio Quintana en su obra pudiera dar la impresión de que nos hallamos ante un trabajo de carácter puramente descriptivo. Aunque ello tendría ya un indudable mérito, sobre todo a la vista de la complejidad del tema y sus dificultades de sistematización, lo cierto es que el autor no se ha limitado a una mera ordenación y descripción de problemas. Se trata

en efecto, y así lo destaca en su prólogo el profesor Bercovitz, «de un estudio profundo en el sentido de que no sólo comprende una exégesis detallada de los preceptos legales, sino que se cuestiona e investiga la auténtica fundamentación de los mismos y trata de solucionar, además, los problemas reales que la práctica del transporte aéreo plantea en tema de responsabilidad, aunque no hubieran sido expresamente previstos por el legislador, realizando para ello la labor creadora que corresponde a la doctrina. Así, por ejemplo, cuando se refiere a los supuestos de suspensión o interrupción del vuelo o al cambio de ruta en las transportes internacionales regidos por el Convenio de Varsovia».

Es además, y empleo nuevamente una expresión del prologuista, un estudio *integrador*, es decir, un estudio que en todo momento intenta reconducir las especialidades del tema a las categorías generales del Derecho, buscando la armonía del sistema. En este sentido me parece oportuno destacar el tratamiento que ha dado Quintana Carlo al problema de la responsabilidad objetiva, pues revela no sólo sus exactos conocimientos en este campo, sino, lo que es más importante, su «prudencia» de buen jurista tan equidistante de las novedades a ultranza como del ciego conservadurismo, insensible a los cambios cada vez más rápidos y profundos del mundo moderno.

Sería interesante que, al margen de estas consideraciones de carácter general, pudiéramos comentar ciertos aspectos concretos del libro y hacer aquellas sugerencias que nos ha suscitado su lectura. Pero ello nos llevaría un espacio del que ahora no disponemos. Me limitaré, por tanto, a señalar simplemente algunas de las cuestiones que, en mi opinión, han sido mejor tratadas o que mayor interés ofrecen desde el punto de vista doctrinal. Tal ocurre, por ejemplo, con el estudio de la legislación y los Convenios vigentes en España, así como con el análisis, desarrollados en diversos lugares de la obra, sobre las razones que explican la implantación, la pervivencia y, por último, la crisis del sistema de la responsabilidad por culpa frente a la responsabilidad objetiva o por riesgo que consagra nuestra LNA. Ofrecen también un particular atractivo las variadas cuestiones sometidas a examen, tanto a la luz del Derecho interno como del Derecho unificado internacional, en materia de accidente y de incumplimiento de la obligación de efectuar el transporte en el período de tiempo convenido. En el mismo orden de cosas yo destacaría el análisis que hace Quintana Carlo de las causas de exoneración del deber de indemnizar y, en especial, de la llamada culpa de la víctima, esa especie de «reverso de la medalla» de la responsabilidad civil que cada día asume mayor importancia como contrapeso necesario de la desmesurada extensión, que hoy ha alcanzado el área de los daños indemnizables. Cabría señalar, por último, el estudio del principio de la limitación de la cuantía indemnizatoria, tanto en la LNA como en el CV, en el que el autor no ha escatimado esfuerzos a la hora de aclarar los numerosos problemas que el tema plantea.

Es lógico que en un trabajo de esta naturaleza, es decir, en el que se tocan los «centros nerviosos» del Derecho de las Obligaciones —pues como tales pueden calificarse los conceptos de «incumplimiento», «culpa», «daño», «responsabilidad», etc., constantemente aludidos a lo largo de las cuatrocien-

tas apretadas páginas del libro—el lector pueda discrepar y discrepar con razón de algunas opiniones y puntos de vista sostenidos en el texto.

Lógico y comprensible también que el autor no se haya enfrentado con todos los problemas ni agotado todas las cuestiones que plantea la investigación de un tema tan amplio y complejo como el presente; por ejemplo, las relativas a las cláusulas de exoneración de la responsabilidad, que sólo se contempla fragmentaria y ocasionalmente, o las que refieren al llamado «hecho de tercero» o, en fin, las concernientes a la incidencia del seguro obligatorio sobre la obligación de indemnizar que pesa sobre el transportista. En cualquier caso hay que decir, y con ello concluimos este comentario, que la obra de Quintana Carlo constituye no sólo la obra fundamental con que cuenta, hoy por hoy, la doctrina española en materia de responsabilidad del transportista aéreo, sino, además, una de las contribuciones más importantes de los últimos tiempos al gran tema de los daños y su reparación.

J. M. LEÓN GONZÁLEZ

Profesor Adjunto de Derecho Civil

SANTORO-PASSARELLI (Francesco): «Libertà e autorità nel Diritto civile. Altri saggi». Padova, Cedam-Casa editrice Dott. Antonio Milani, 1977, 431 páginas.

Con el subtítulo de «Libertad y autoridad en el Derecho civil», se ha publicado una nueva colección de escritos menores—notas y artículos—del profesor Santoro-Passarelli, recogiendo trabajos aparecidos después de 1961 (1). El libro está dividido en cuatro secciones, precedidas por una «Introducción», debida al profesor Rescigno, en la que con cariño y simpatía se expone el ideario jurídico del profesor Santoro-Passarelli. Las secciones se titulan, la primera, «Norma y autonomía de los particulares»; la segunda, «Familia»; la tercera, «Propiedad y empresa»; y la última, «Sindicato y trabajo». En las que se recogen en total cuarenta y cuatro estudios. Después de la «Introducción» y de un pequeño «Prefacio» del autor, se reproduce la lección última del curso de Derecho civil dada por el autor en la Universidad de Roma, el 24 de mayo de 1972; bajo el título bien expresivo de «Sentido de una enseñanza». En ella se nos da cuenta de las ideas fundamentales en las que se ha inspirado su labor docente. Puede jactarse con razón de que los juristas italianos no traicionaron su misión, a diferencia de los alemanes durante los tiempos de la dictadura; también de que la Constitución italiana recoge y mantiene la tradición civilísima, de que es la sociedad la que sirve al hombre y no el hombre el que sirve a la sociedad, entendiendo que al decir hombre se refiere a la persona humana. La libertad del

(1) Fecha de la publicación de *Saggi di Diritto civile*. Introduzione di Pietro Rescigno. Napoli. Casa editrice Dott. Eugenio Jovene. Vol. I, pags. 1-568; vol. II, pags. 569-1181; en los que se recogen los estudios anteriores.

hombre la considera como el centro del Derecho civil. La propiedad privada se concibe como la libertad del particular de hacer realidad sus intereses. La autonomía de la voluntad se valora como poder de cada particular de proveer, por sí mismo, a sus intereses y de regularlos; lo que se entiende como exigencia normal de libertad en su sentido más pleno. El sindicato mismo, debe ser espontaneidad, ha de ser libre y privado si es instrumento de la autonomía colectiva. Distingue entre Derecho formal y material; éste constituido por los valores jurídicos a los que hay que buscar a través del filtro del ordenamiento formal. El Derecho privado piensa que se encuentra animado del espíritu de libertad. Mas añade que pobre de aquella sociedad en la que el intérprete, en especial el juez, crea poder individualizar su Derecho material, fuera del Derecho formal; realizaría entonces la mayor injusticia.

Cabe destacar, además, por su interés actual, los estudios sobre Derecho de familia. En ellos se trata del Derecho relativo a la organización y vida de la familia; de las tentativas de su reforma y de las reformas realizadas en Italia. Se enfrenta con justificado ardor con la cuestión del divorcio y con la de su implantación en Italia. Defiende la indisolubilidad del vínculo matrimonial, afirmando su carácter sacro, el que tiene, aparte de su valor para el católico, desde el punto de vista institucional y laico.

La obra del profesor Santoro-Passarelli ha tenido el mayor de los éxitos en Italia, y es también bien conocida y apreciada entre nosotros. Su libro «Dottrine generali del Diritto civile» ha alcanzado hasta nueve ediciones, y la novena ha sido reimpressa en 1970, 1971, 1973, 1974, 1976 y 1977; habiendo sido traducida al español (2) y al portugués (3). Su otro libro, «Nozioni di Diritto del Lavoro», ha alcanzado su edición veintinueve en 1977 (4), y ha sido también traducida al español (5). Estimación pública por estos libros que está bien justificada por la claridad de la enseñanza, seguridad dogmática, prudencia de las soluciones ofrecidas, buen orden sistemático y también por su estilo conciso, escueto y seguro.

La labor del profesor Santoro-Passarelli, en el libro que se reseña y en su conjunto, es un buen exponente de la realizada por aquella generación de admirables juristas, de los que hicieron que la escuela italiana haya merecido la más alta consideración entre los hombres de Derecho de todo el mundo.

R.

(2) *Doctrinas generales del Derecho civil*, traducción y concordancias de Derecho español por A. Luna Serrano. Ed. R. D. Pr., 1964.

(3) *Teoria do Direito civil*, tradução de M. de Alarçao, prefacio de R. de Alarçao. Coimbra. Atlantida Editora. 1967.

(4) Napoli, 1977. Casa editrice Dott. Eugenio Jovene; en «Nota bibliográfica» se dice que las citas se han limitado a las obras italianas de carácter general, indicadas en el orden de la primera edición y, en la parte comprendida en el libro bajo la denominación de la autonomía colectiva, a las relativas al Derecho vigente.

(5) *Nociones de Derecho del trabajo*, traducción por F. Suárez González, prólogo de E. Borrajo Dacruz, Madrid. Instituto de Estudios Políticos. 1963.

LUCES GIL, Francisco: «*El nombre civil de las personas naturales en el ordenamiento jurídico español*», 1978, Bosch, Casa Editorial, S. A.

I. Casi de forma coetánea se han producido dos acontecimientos en la esfera jurídica del Registro Civil de las personas físicas: uno de ellos, de índole legislativa, viene determinado por la publicación de una forma, que afecta a 71 artículos, del reglamento de la Ley del Registro Civil, publicada en el «B. O. del E.» de 25 de enero de 1978, y que afecta de un modo especial al nombre y apellidos de las personas físicas y a los requisitos del expediente previo para la celebración del matrimonio civil. El segundo de dichos acontecimientos es la recientísima publicación del libro titulado «*El nombre civil de las personas naturales en el ordenamiento jurídico español*», del que es autor el juez y profesor doctor Francisco Luces Gil.

No creo necesario insistir excesivamente en resaltar la personalidad del autor del mencionado libro; de una parte, porque tratándose de la obra de un amigo y compañero, pudiera pensarse que lo que es de justicia reconocer, no fuese sino mera cortesía, y de otra parte, y más importante, porque es notoria la personalidad científica de Luces Gil, muy especialmente en la materia referente al Registro Civil, dentro de cuya esfera se mueve, en gran medida el libro que comento.

Una decena de artículos en diversas publicaciones, un libro sobre el Derecho Registral Civil, también publicado por la absolviente Editorial Bosch en 1976, creo que corroboran mejor que cualquier palabra mía que la personalidad y autoridad científica del autor está fuera de toda discusión, y por ello es ocioso y superfluo insistir sobre ella.

II. Antes de entrar en la exposición del contenido del libro que reseño, creo un deber de honrado crítico el manifestar que para tal labor tengo la suerte de haber sido espectador privilegiado en su gestación. En efecto, el libro se gestó y elaboró con ocasión del trabajo de tesis doctoral a que optó su autor y cuya defensa se celebró ante el oportuno tribunal en la Facultad de Derecho de Oviedo, de cuyo departamento de Derecho Civil, tanto el autor como quien escribe estas líneas, formamos parte. Por ello estoy en condiciones de asegurar que la obra no es fruto ni de un principiante ni producto de la improvisación, sino todo lo contrario; obra de un autor que ha alcanzado ya la madurez científica y meditada y elaborada con reflexión, rigor y seriedad científica. De forma que, aunque sea acudir a una frase que, por repetida, pueda parecer hueca y tópica, debo manifestar que el libro que examino constituye, desde el ya lejano trabajo sobre el derecho al nombre del recientemente fallecido profesor Batlle, el intento más profundo y acabado que en la doctrina jurídica civilista española existe sobre el derecho al nombre.

III. El libro se estructura en una introducción y dos partes que constituyen el núcleo de la obra, a las que siguen dos apéndices: el primero de ellos referente a los Convenios Internacionales ratificados por España, que en alguna medida afectan al nombre de las personas, y el segundo de ellos constituye un amplio conjunto de formularios referentes a expedientes re-

gistrales civiles sobre el nombre y que son de una gran utilidad para el profesional del Derecho.

La primera parte, bajo el epígrafe general de «El nombre civil y los demás signos distintivos e individualizadores de la persona humana», se subdivide en dos capítulos: en el primero se estudia el nombre como principal signo individualizador de las personas llegando el autor, tras una completa exposición de la evolución histórica del tema, a la conclusión de que la inmutabilidad del nombre no se alcanza hasta el siglo XIX como consecuencia de la implantación de los registros del estado civil de las personas. En el capítulo segundo se estudian otros signos individualizadores de las personas: el seudónimo, el nombre religioso, los apodos, los mote, sobrenombres, apelativos y diminutivos familiares, los títulos nobiliarios, el nombre comercial y las denominadas «menciones de identidad». Caracterizan a todos estos signos una nota común su posición secundaria o supletoria y complementaria respecto al nombre civil.

La segunda parte del libro es la más extensa y, a mi juicio, la más interesante, y que puede resultar muy polémica por las opiniones que sostiene el autor. Esta parte se centra en el examen del «Régimen jurídico del nombre civil», y se distribuye en ocho capítulos con cerca de 200 páginas. Para no extenderme más allá de los límites habituales de una recensión, me voy a limitar a resaltar los aspectos que, en mi opinión, son más significativos en razón de las tesis originales sustentadas por el autor.

Para Luces Gil, de las notas tradicionales atribuidas tanto al nombre como a los restantes derechos de la personalidad, deben excluirse: a) la indisponibilidad del mismo, puesto que en todos los ordenamientos jurídicos hay excepciones a dicha nota característica; b) la imprescriptibilidad del Derecho al nombre, ya que estima debe admitirse tanto la prescripción extintiva como la adquisitiva del nombre civil. De otra parte considera que debe añadirse a las notas características tradicionales del nombre civil la de «su sumisión al régimen de publicidad registral».

En materia de apellidos se muestra contrario al sistema legal vigente, lo que me parece totalmente plausible, en relación con la prohibición de la constatación registral de la filiación ilegítima no natural, lo que, por otra parte, estimo pronto quedará modificado si el artículo 34 del Proyecto de Constitución español es aprobado.

En relación con adopción simple y los apellidos del adoptado sostiene el autor (pág. 179) la posibilidad de que dicho adoptado, sin perder sus apellidos propios, acumule a los mismos los apellidos de los adoptantes, tesis que me parece muy discutible con la normativa legal vigente.

Debe destacarse asimismo el completo y exhaustivo estudio que Luces Gil hace en el capítulo VII de esta segunda parte del «Régimen jurídico del cambio de nombre», que por ser materia bastante usual en la práctica registral civil soluciona, dada la variedad de supuestos examinados, los múltiples problemas que dicha práctica plantea.

Por último, se examina en el capítulo VIII «El nombre de las personas en el Derecho internacional privado español», tema que casi ha sido ignorado o escasamente tratado por la doctrina internacionalista española, lo

que confiere gran importancia a las soluciones que Luces Gil postula en materia de determinación de la ley aplicable al nombre de las personas físicas (pág. 227) y en materia de cambio de nombre y apellidos (pág. 231).

IV. He tratado de realizar una apretada síntesis de este interesante libro de Luces Gil, procurando huir de valoraciones que pudieran ser tildadas de partidistas y parciales, en base a las motivaciones personales a las que aludí en las primeras líneas. Pero creo un deber, aunque para ello tenga que volver a utilizar frases que por repetidas resultan lugares comunes, manifestar que nos hallamos en presencia de un libro plenamente logrado, coherente y, sobre todo, lo que a mi juicio es más importante, lleno de sugerencias y soluciones de los múltiples problemas que la realidad jurídica plantea.

EDUARDO SERRANO ALONSO.

REVISTA DE REVISTAS

A cargo de José R. ANTON RIESCO

GARCIA AMIGO, Manuel: «Derechos reales de adquisición». R. D. P., 1976, febrero, págs. 99 y ss.

Tres grandes apartados son el contenido del tema que nos ocupa. El primero que versa sobre las ideas generales, el segundo sobre la regulación de los mismos en nuestro Derecho positivo y el tercero sobre la teoría general de los derechos reales de adquisición.

Por lo que hace referencia al primero de los temas, en él se tratan una serie de materias que abarcan desde la clasificación de los derechos reales, en general por su contenido, hasta las analogías y diferencias entre ellos, pasando a su vez por enunciados, tales como la categoría de los derechos reales de adquisición no sólo dentro de la doctrina, sino también en la legislación y la jurisprudencia, así como los caracteres de los derechos reales de adquisición, las figuras afines y la clasificación de los derechos reales de adquisición; destaca la referencia que el autor realiza a la compilación de Derecho foral de Navarra y al texto articulado del Decreto de Reforma Agraria de 12 de enero de 1973, entre otros.

El apartado II del estudio se dedica en gran parte al examen, de un lado de los derechos reales de adquisición legales y los voluntarios. En los primeros distingue entre tanteo y retracto por un lado y la opción por otro. Entre los primeros enumera la comunidad y dentro de ella la romana del 1522 y la hereditaria, con referencia a la Compilación Navarra, la propiedad separada rústica, el de gananciales y el del artículo 575 del Código de Comercio. Siguen los enfiteúticos y los foros, la superficie urbana y el del arrendatario del local de negocio, el de colindantes y toda la variada gama de los forales, aparceros y otros.

Finalmente, el apartado III expone la estructura de estas figuras, a través de los sujetos, objeto, contenido y preferencias, así como la dinámica y desenvolvimiento de estas figuras, desde su nacimiento hasta su extinción.

En resumen, una visión exhaustiva y agotadora de los derechos reales de adquisición.

CERRO, Eduardo: «El título preliminar del Código Civil y el Fuero del Baylio». R. D. P., 1976, marzo, págs. 185 y ss.

Con una breve introducción se da comienzo al estudio del autor desde un punto de vista sentimental que para él, a lo largo de otros estudios se ha convertido en una especie de afición ilusionada. En efecto, dentro de este estudio y de su introducción se explican las motivaciones del presente trabajo con especial referencia al nuevo título preliminar del Código Civil, señalando al mismo tiempo las dificultades de toda reforma parcial.

El epígrafe segundo es destinado a investigar los principios generales

establecidos, dedicando una especial atención al artículo 13, así como a examinar detenidamente el principio establecido en el artículo 16, el cual, a juicio del autor, enumera dos particularidades básicas.

También, dentro de este apartado, se estudian los principios contenidos en el artículo 14 del mismo cuerpo legal.

Más adelante, el autor se detiene en el tema del conflicto de leyes simple o inmóvil, que es el que se establece en la fase de formación o establecimiento del convenio o régimen matrimonial.

Dentro de esta cuestión se examinan diversas modalidades, entre las que destacan el casamiento entre dos personas aforadas, el casamiento de varón aforado con mujer sometida a Derecho común o a otro foral, el casamiento de varón sometido al Derecho común con mujer aforada, la especialidad del casamiento en territorio aforado de dos personas sometidas al Derecho común o a otros forales y la eficacia del pacto previo de sometimiento de las relaciones económica-matrimoniales al Derecho común o a otro determinado régimen foral. Dentro de este examen aprovecha para repasar los criterios contenidos en los artículos 1.321, 1.315 y 1.317 del Código Civil.

A continuación, el apartado IV, al que denomina conflictos móviles, es destinado a los comentarios sobre la reforma en estos aspectos que rozan y atañen al Derecho internacional privado y, más concretamente a lo que el autor denomina normas interregionales, estudiando las discusiones parlamentarias y concluye con un examen y estudio especial del conflicto con el Derecho civil de Navarra.

LLAMAS VALBUENA, Eugenio: «Estudio retrospectivo del acceso a la propiedad de los arrendatarios de fincas rústicas en España». R. D. P., 1976, marzo, págs. 203 y ss.

El trabajo es la comunicación presentada por el autor al VIII Coloquio Europeo de Derecho Rural de París en noviembre de 1975.

Con el examen de los antecedentes históricos de la materia comienza el estudio que versa sobre cuatro epígrafes distintos y variados.

Este primero del estudio histórico se refiere a la lenta evolución de esta materia en nuestro Derecho, si bien, al parecer del autor, esta figura es relativamente moderna, sobre todo partiendo sobre la base del contrato de arrendamiento.

El apartado II se dedica a examinar ampliamente la Ley de 15 de julio de 1954, en dos vertientes básicas y definitivas. La primera sobre los arrendamientos comprendidos y excluidos, partiendo de la clasificación de los arrendamientos rústicos. Destaca especialmente el significado de la clasificación entre arrendamientos protegidos y especialmente protegidos, comprendiendo el tema que es objeto de estudio, es decir, el acceso a la propiedad, únicamente a estos últimos, aquellos que a determinadas notas unen la circunstancia de estar contratados con anterioridad al 1.^o de agosto de 1942.

La parte segunda⁹ de este apartado se dedica a fijar los requisitos para que el acceso a la propiedad tenga lugar. Señala el autor que solamente

recae sobre los arrendamientos especialmente protegidos, no tiene lugar cuando el arrendador haya recabado la finca para su cultivo directo, el arrendatario ha de ser ciudadano español y estar al corriente en el pago de rentas, debe comprometerse a explotar directamente durante un plazo de seis años la finca y debe avisar al arrendador con un plazo de seis meses de antelación al término del año agrícola, satisfaciendo al contado, en dicho plazo, una cantidad equivalente al resultado de capitalizar al 2 por 100 el valor de la renta correspondiente, existiendo otros requisitos formales en cuanto a plazos perentorios para la consignación del precio. También el arrendador puede enervar este Derecho de conformidad con lo establecido en el artículo 101 del reglamento de arrendamientos rústicos.

Tras este examen, se estudian los resultados prácticos de la aplicación de esta figura que en la realidad no ha sido tan efectiva como fuera de desear..

La ley de reforma y desarrollo agrario de 12 de enero de 1973 examina este supuesto partiendo de la figura del arrendamiento forzoso de las fincas que hayan sido incluidas en el Catálogo de fincas rústicas de mejora forzosa, señalando en su artículo 158 un orden de prelación en cuanto al ejercicio de este Derecho.

GITRAMA GONZALEZ, Manuel: «El tema de adquisición de vecindad civil».

R. D. P., 1976, abril, págs. 268 y ss.

El trabajo es la comunicación presentada por su autor en 1975 a las I Jornadas del Instituto Español de Derecho Foral, celebradas en Pamplona.

Como indica el autor, se trata de un estudio sobre la vecindad civil a través de la nueva óptica con que la examina el artículo 14 del nuevo título preliminar del Código civil.

A juicio del creador del artículo, el nuevo título preliminar le merece un juicio más favorable que el antiguo; no obstante, no haberse tenido, según su opinión, todo el cuidado deseable en la manera de expresar el criterio legislativo. Sin embargo, mejores los propósitos que los detallistas resultados, superior el fondo a la forma, faltó a ésta el tiempo de sedimentación, de revisión de pureza y pulimento definitivo que eliminase las imperfecciones que en principio pasaron inadvertidas.

La segunda parte del trabajo es dedicada a examinar la problemática de la adquisición de vecindad civil por la mujer casada a través del vínculo familiar.

Señala la discordancia entre las ideas informadoras de los criterios seguidos en orden a la nacionalidad y a la vecindad. Pues en el primer caso, quiebra el fundamento social del viejo y tan decantado principio de la unidad jurídica de la familia. Es decir, que se colige el fondo del problema: si un español casado cambia de nacionalidad, la esposa seguirá teniendo la nacionalidad antigua, mientras que si cambia de vecindad civil acarrea necesariamente el cambio de vecindad de su esposa. Con ello lo que ha caído en quiebra es el citado principio de la unidad jurídica familiar.

Prosigue con una serie de sutilezas poniendo de relieve la falta de pon-

deración con que se viene actuando en las reformas de los textos legales que muchas veces dan al traste con la regulación existente en otras materias que en la realidad son afectadas por las nuevas leyes y que el legislador las más de las veces no ha tenido en cuenta.

MARTINEZ CALCERRADA, Luis: «La responsabilidad jurídica del subnormal». R. D. P., 1976, abril, págs. 277 y ss.

Forma parte este trabajo de la obra elaborada por el Departamento de Derecho civil de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid, publicada bajo la dirección de Díez-Picazo y que fue galardonada con el premio Legado Frutos Espinosa.

Cinco apartados importantes y principales constituyen el contenido del trabajo.

El primero es dedicado a estudiar la capacidad jurídica del subnormal remitiéndose al título II del libro I del Código civil.

La capacidad de obrar del subnormal es objeto de estudio en el apartado II. Dentro de éste, se examinan las diversas modalidades con especial referencia a la figura del subnormal menor de edad y la problemática propia del subnormal mayor de edad, y dentro de este segundo tipo se investiga la aptitud negocial, la particular incidencia de los vicios del consentimiento, y las consecuencias lógicas que se derivan para los intervinientes.

La responsabilidad contractual del subnormal es investigada en el apartado III, a través del efecto inmediato de su aptitud negocial, el examen de las causas de incumplimiento del contrato en razón a las circunstancias personales del subnormal, la responsabilidad por dolo, culpa y mora y las consecuencias que se derivan para los actuantes o intervinientes según la terminología del autor. Finalmente, el trabajo se dedica al examen y estudio de la responsabilidad extracontractual y dentro de ella la particular valoración del artículo 1.902, y se cierra este capítulo con la conclusión de una mayor amplitud en el ámbito de la responsabilidad extracontractual que sirve de introducción a la responsabilidad objetiva antes de entrar a estudiar algunas consideraciones de *lege ferenda* que son la conclusión final del trabajo.

VALLADARES RASCON, Eiselvina: «La ley del patrimonio del Estado y la protección del poseedor». R. D. P., 1976, mayo, págs. 361 y ss.

Como señala su autora en la introducción, el presente trabajo tiene por objeto el estudio de la Ley del Patrimonio del Estado en lo que se refiere a la problemática de los bienes inmuebles vacantes y sin dueño conocido.

Más concretamente, se centra el tema sobre la protección del poseedor de esos inmuebles que hasta ahora, al decir de su autora, estaba olvidado por la doctrina.

El estudio en la introducción abarca todo el desarrollo histórico del problema hasta llegar a la vieja ley de Mostrencos.

En efecto, en esta primera parte o introducción se examina la aparición del problema que comienza en nuestro Derecho con la Novísima Recopilación, se estudian los principios del Derecho romano en la materia y nuestra legislación de Partidas.

El apartado II es dedicado a estudiar nuestra ya vieja y arcaica ley de Mostrencos de 1835, que surge como reacción a los abusos que había dado origen la legislación anterior.

También se examinan los textos legales que o bien llegaron a serlo o que se quedaron en camino de ello, no sólo a través de los textos de la ley de Bases de 1888, sino también de proyectos y anteproyectos del Código civil.

Hay una breve y ligera alusión a la ley de Concentración Parcelaria de 8 de noviembre de 1962 y se pasa seguidamente al examen del apartado III de la ley de Patrimonio del Estado.

El desarrollo y explicación de este texto se realiza de modo elegante y coherente, a través de sus apartados correspondientes, entre los que tienen marcada importancia, entre otros los siguientes:

La determinación de los bienes a que se refieren los artículos 21 y 22 de dicha ley del Patrimonio.

Los modos de adquisición en cuya virtud adquiere el Estado estos bienes inmuebles a que se refieren los citados preceptos; la naturaleza de la acción concedida al Estado por el citado artículo 21 de la ley tantas veces citada, la protección que se concede y otorga al poseedor y la determinación del título a que se refiere el artículo 22 de la ley.

MORENO QUESADA, Bernardo: «Problemática de las obligaciones de hacer».

R. D. P., 1976, junio, págs. 467 y ss.

Parece ser que el autor parte como base de su estudio de un trabajo del profesor Savatier, según él mismo, parando mientes en una clase especial de estas obligaciones, como son los servicios.

La segunda parte del trabajo que lleva el título de la delimitación se centra en tratar de un estudio de la figura de las obligaciones de hacer, a través de sus notas positivas. En efecto, se suscitan en las obligaciones de hacer algunas cuestiones referentes a su objeto y su relación con la prestación en que consisten las mismas.

En torno a las clasificaciones de la obligación de hacer el autor, señala las siguientes: fungibles e infungibles, de medios y de resultado, de puro hacer y relativas a cosas, realizables y no realizables, de hecho propio y de hecho de tercero.

Seguidamente se examina el problema relativo al cumplimiento de estas obligaciones y las cuestiones que el mismo plantea. Entre éstos, se señalan el requisito de la identidad, la integridad de la prestación, la tempestividad con lo que el autor entiende que con ello se habla de que ha de realizarse en el tiempo previsto, precisamente.

El apartado siguiente se dedica a examinar el problema de la imposibilidad de cumplimiento de la obligación de hacer. Tras la delimitación del supuesto se enumeran y estudian las causas y la imputabilidad del cumplimiento, no sólo desde el punto de vista del deudor, sino también desde el punto de que sea imputable a un tercero, incluyendo los casos de actuación del acreedor, actuación de un tercero, por obra de auxiliares del deudor.

Se pasa seguidamente al examen del cumplimiento forzoso de las obligaciones de hacer, y dentro de este epígrafe se estudian la posibilidad de obtener el cumplimiento sin intervención judicial, la ejecución procesal forzosa y sus medios, con lo que se da por finalizado el trabajo.

ARECHEDERRA ARANZADI, Luis Ignacio: «Los sistemas legitimarios ante el Derecho interregional». R. D. P., 1976, junio, págs. 503 y ss.

El autor parte del contenido de los textos positivos condensados en los artículos 8 y 9 del nuevo texto del título preliminar del Código civil, así como el artículo 16 y la exposición de motivos de la reforma llevada a cabo por la ley de 31 de mayo de 1974.

Pasa a continuación a la exégesis de los mismos. En ella destaca lo que claramente, a su juicio, constituye los momentos claves del fenómeno sucesorio voluntariamente ordenado: el otorgamiento y el fallecimiento.

Se centra seguidamente en la cuestión básica, partiendo del hecho siguiente: ¿qué ocurre cuando ya habiendo otorgado testamento sucede un cambio de vecindad?

Sobre esta base se plantean otra serie de interrogantes en el interior del trabajo.

Habla de los sistemas legitimarios, sosteniendo la tesis mantenible, a juicio del autor, de que se puede hablar en nuestro Derecho de sistema legitimario; la diversidad es cuantitativa de intensidad, pero tanto formal como sustantivamente la afirmación es mantenible.

Ahora bien, sobre esta diversidad o mejor uniformidad formal se determinará una diversidad sustantiva. En realidad, la contradicción para el autor, siguiendo a Alonso Martínez, es la libertad de testar que enlaza directamente y de forma natural con la cuestión de las legítimas.

Otra cuestión capital que se plantea en el trabajo es la expresión del citado artículo 9, «se ajustarán» y «habrán de acomodarse» de la Exposición de Motivos.

Otra cuestión que ha de solucionarse es la relativa a los pactos sucesorios, cuya inclusión en el artículo 9 es un tanto aventurada, a juicio del autor, por la problemática que plantea el que todo el derecho transitorio gire en torno a la cuestión del derecho adquirido.

Finalmente, otras cuestiones examinadas en el presente estudio son las relativas a reconocimiento de la subsistencia de las disposiciones testamentarias, que únicamente deberán ajustarse en su contenido al nuevo régimen de legítimas, la naturaleza de los derechos de los legitimarios, y que el cambio de vecindad no afecta al testamento, pero sí al otorgante, dejando

aparte un planteamiento exclusivo: la posible existencia de un orden público y peculiar de cada comunidad jurídica.

DIAZ ALABART, Silvia: «**Modificación del régimen de separación de bienes impuesto por la ley a los esposos que se casaron, contraviniendo las prohibiciones del artículo 45 del Código civil**». R. D. P., junio 1976, págs. 516 y siguientes.

El trabajo forma parte del conjunto de estudios del libro homenaje al profesor Batlle Vázquez. El planteamiento es determinar, ¿cuál es la naturaleza y la verdadera sanción que encierra y hasta cuándo se mantiene?

Dentro del planteamiento se examinan, entre otras, las siguientes cuestiones: en qué consiste verdaderamente la sanción, si es auténtica sanción o sólo precaución o ambas cosas a la vez y una pequeña anticipación de las conclusiones.

El problema en sí es el siguiente, con dos vertientes muy claras vistas por la autora: 1.^a puede ser un verdadero castigo consistente en no poder cambiar ya de régimen de bienes los casados, o 2.^a si luego es cambiable, sólo habrá sido un castigo consistente en haber privado inicialmente a los esposos de la autonomía de la voluntad para pactar el régimen de bienes que hubiesen querido o además en haberles impuesto inicialmente el de separación. Seguidamente se estudian la enumeración de las prohibiciones y la sanción por infracción del mismo, la cuestión relativa a la posibilidad de modificación de las capitulaciones matrimoniales después de la ley de 2 de mayo de 1975 a toda España, excepción hecha, según la autora de Vizcaya, según el artículo 41 de la Compilación, y un examen particular de cada una de las prohibiciones.

Se estudia a continuación la unitariedad actual del sistema y la diversidad histórica del mismo con mención especial de las leyes históricas más importantes y el ámbito de aplicación de los artículos 45 y 50 del Código civil.

Después de señalar a favor de una y otra tesis los razonamientos y argumentos pertinentes, la posibilidad de la modificación en cada uno de los casos del artículo 45, la autora sienta las conclusiones siguientes: el régimen de bienes bajo el que inicialmente se contrajo el matrimonio es siempre modificable, después, pero con la distinción de que a) si fue voluntario o supletorio, el cambio es posible en cualquier momento posterior al matrimonio; b) si fue punitivo, solamente es cambiable después de que los casados hayan salido de la situación por haberse casado, en la cual se les impuso como castigo el régimen de separación.

LALAGUNA DOMINGUEZ, Enrique: «**Aplicación del Código civil como derecho supletorio de otras leyes**». R. D. P., 1976, julio-agosto, págs. 598 y ss.

El nuevo título preliminar del Código civil, en su artículo 4.^º, número 3, viene a sustituir la norma del antiguo artículo 16. Puede afirmarse, a juicio del autor, que el significado de uno y otro texto es semejante. No obstante,

en su opinión, el alcance del nuevo precepto es muy distinto del que se pudo atribuir al viejo precepto, por la sencilla razón de que la circunstancia histórica y la propia realidad del sistema jurídico en que se insertan una y otra norma son notablemente diferentes.

Tras esta breve introducción se examinan los antecedentes del artículo 4,3, y la elaboración de la norma; dentro de ésta se hace especial mención del Proyecto de Ley de Bases, la enmienda presentada por el procurador Martínez Fuertes, el informe de la Ponencia, la discusión de Cortes y el dictamen de la Comisión de Justicia hasta llegar al texto en concreto.

A continuación se pasa revista al ámbito de aplicación del sistema, con especial dedicación a las condiciones de aplicación del precepto, la relación entre el Código civil y otras leyes, a través del viejo artículo 16 y del actual 4,3.

El apartado siguiente se dedica a la manifestación del Código civil como derecho supletorio, antes de estudiar los límites de aplicabilidad del actual precepto en el ámbito de las legislaciones forales, determinando el autor que las posibilidades de aplicación del Código civil, como derecho supletorio de segundo grado, se deben determinar de acuerdo con los resultados de una exégesis del actual artículo 13, cuestión que queda fuera del alcance del precepto comentado.

Se estudia a renglón seguido la influencia sobre la legislación civil no codificada, con especial detenimiento en una serie de leyes especiales, tales como arbitrajes, registro civil, etc., antes de efectuar el análisis de los procedimientos de integración de la ley que alteran la aplicación del Código civil como derecho supletorio, pensando en la analogía legis, las normas de remisión para dar paso a la conclusión del autor, centrada sobre la base de que el citado precepto es bastante parecido en su significado al que antes tenía, si bien la función, como derecho supletorio parece que se ha visto modificado por las razones que el mismo autor enumera.

DE LOS MOZOS, José Luis: «Perspectivas y método para la comparación jurídica en relación con el Derecho privado iberoamericano». R. D. P., 1976, octubre, págs. 773 y ss.

El planteamiento del trabajo para su autor es apasionante, porque, a su juicio, tal es el caso de la comparación, cuando se realiza en su propia sede, es decir, como comparación de sistemas, no como comparación de preceptos o normas aisladas entre dos o varios ordenamientos.

Igualmente manifiesta el tratadista que la comparación de sistemas jurídicos debe hacerse compaginando codificación y tradición, para armonizar el hecho histórico que exterioriza la codificación, y la legislación con el significado técnico de la verdadera creación jurisprudencial, es decir, especulativa y dogmática del Derecho.

El apartado II de este estudio tiene por objeto el desenvolvimiento de la codificación en la América latina. ¿Por qué no en la América hispana? Después de señalar la importancia de la codificación en el aspecto cultural,

político y técnico, pasa a ocuparse de la influencia de la nación francesa, marcando el claro paralelismo entre la Codificación de la América hispana y el Codice civil de 1865, puesto que tanto las jóvenes repúblicas americanas como la Italia del resurgimiento ven en este cuerpo legal la consagración de los ideales de su independencia.

No obstante, hay que distinguir dos períodos muy claros: una codificación temprana o afrancesada y una codificación tardía, donde predomina la influencia alemana.

Al primero pertenecen Haití, Bolivia, Perú, República Dominicana, Uruguay, Venezuela, Guatemala, San Salvador, Honduras y Costa Rica. Simultáneamente tiene lugar primero en Chile y luego en Argentina un interesante proceso Codificador que da lugar a los dos Códigos más originales de la codificación americana del siglo XIX.

Entre los Códigos de codificación tardía o germanizante se pueden citar el de Brasil, Perú y México.

Finalmente, en el apartado III, después de criticar la posición de Sarfatti que distingue entre los sistemas occidentales dos grupos de códigos, el romano y el anglosajón, el autor aboga por la postura tanto metodológica como técnicamente, que pudiéramos llamar única, al señalar que dentro de la América hispana se puede hablar de tradición romanista, dentro de la cual, naturalmente, existen diversas tendencias.

ROCA TRIAS, María Encarna: «Naturaleza de la relación entre el arquitecto y los clientes. Responsabilidad extracontractual de los arquitectos». R.D.P., 1976, octubre, págs. 783 y ss.

Señala la autora que el artículo 1.588 y ss. del Código civil es un ejemplo de cómo puede una institución quedar absolutamente vacía de contenido por el paso de los años y como resultado de los distintos planteamientos a que se ve sometida la sociedad.

Divide el trabajo en los dos apartados a que da título el enunciado anterior, si bien, como ella misma señala, aunque no tengan demasiada relación entre sí, pues constituyen dos de los puntos conflictivos en los que incide actualmente la profesión de arquitecto.

En el primero de ellos estudia las diferentes posibilidades de la actuación de arquitectos, y en efecto realiza las investigaciones siguientes: posibilidad de que actúen como mandatarios, posibilidad de que actúen como árbitros, supuestos que en ambos casos la autora rechaza de plano, porque evidentemente tales posibilidades no entran dentro del marco jurídico en que la actividad se desenvuelve.

A continuación examina otros supuestos con especial consideración de la figura del arbitrador para centrarse más ampliamente en la del arrendamiento de obra.

Dentro de esta especie es donde la autora encuadra la figura que estudia, debido a que, según ella, la razón por la que se encarga a un determinado profesional, en razón de su pericia, la emisión de una opinión técnica, lo

que se busca fundamentalmente es la obtención de un resultado, con completa indiferencia acerca de la actividad que dichas personas hayan tenido que llevar a cabo para emitirlo. Por lo que atañe al segundo apartado de su trabajo, la autora distingue, dentro de la responsabilidad extracontractual, tres supuestos distintos:

1.º Existencia de falta de diligencia en la concepción o en la ejecución por parte de los directores técnicos de la obra.

2.º Actuación cuidadosa y diligente de los directores técnicos que, a pesar de ello, ocasiona un perjuicio al propietario vecino.

3.º Daños que aparecen contemporáneamente con la nueva construcción, pero que no son debidos a ella.

BOSCHAN, Siegfried: «La última evolución de Derecho de familia en los estados de Europa». R. D. P., 1976, octubre, págs. 797 y ss.

Este trabajo puede considerarse a modo de apéndice o complemento del publicado en esta misma revista, año 1975, págs. 413 y ss.

En realidad, más que un estudio de investigación o creación, es una simple recopilación de datos e información jurídica acerca de la legislación promulgada en los últimos tiempos en el Derecho europeo, si bien de gran utilidad para todo estudioso del Derecho comparado en torno a tener un acopio de material para las referencias de lege ferenda. En efecto, desde su iniciación distingue entre varias materias y dentro de cada grupo de ellas distingue cada uno de los países.

La primera materia se destina a examinar la regulación de la minoría de edad y la entrada de la mayoría de edad, en países tales como Bélgica, República Federal Alemana, que la impone a los dieciocho años, Francia a la misma, República de Irlanda, Liechtenstein, Suecia, capacidad matrimonial a los dieciocho, España, Italia, Luxemburgo y Austria.

De toda esta materia se deduce que hay como una especie de acuerdo entre todos los países occidentales para poner la edad de dieciocho años para contraer matrimonio.

La segunda parte del estudio tiene por objeto el examen de la materia relativa al Derecho matrimonial. Abarca las mismas cuestiones como la separación matrimonial, apellido matrimonial y de familia y nuevas regulaciones sobre los efectos personales del matrimonio.

Los países estudiados son la casi totalidad de los occidentales, incluida la República de San Marino y otros pequeños de escasa importancia en el contexto político europeo.

También se examinan dentro de este grupo de países occidentales materias, como la filiación y el derecho de adopción.

Por cuanto a los estados de la Europa Oriental, las materias son algunas: relativas a derecho constitucional referente a la familia en Yugoslavia y cuestiones concernientes a Derecho matrimonial, relaciones paterno-filiales, adopción, tutela, derecho al nombre y libros del estado civil y declaración de fallecimiento. Los países estudiados son, además del citado, Yugoslavia,

Montenegro, Macedonia y Hungría, que en algunos casos no son auténticos países, sino que se trata de regiones más o menos inmersas dentro de otras entidades supranacionales de mayor alcance.

PEREZ PASCUAL, Eduardo: «Propiedad horizontal: la comunidad como ente sin personalidad, representación y modo de actuar». R. D. P., 1976, noviembre, págs. 867 y ss.

El presente estudio tiene por objeto tres grandes apartados, en los que se estudian la naturaleza de la Junta de propietarios, la forma de actuar y la representación de la misma y, por último, se sientan las conclusiones pertinentes.

Por lo que se refiere a la primera parte, después de señalar la importancia de la figura, se enumeran las que se encuentran dentro de la ley de propiedad horizontal, así no sólo la Junta, sino también el presidente, el administrador y el secretario que no tiene más que categoría de coadyuvante de la Junta de propietarios, y cuya función puede ser desempeñada por el propio presidente.

Seguidamente se examinan algunas de las notas o caracteres de la Junta dentro de nuestro derecho positivo, antes de concluir con temas como el de su representación.

Entre las notas o caracteres el autor enumera las siguientes: es un órgano colectivo, soberano, democrático, asociativo, entendiendo por esta última nota que estamos en presencia de un ente asociativo y comunitario. Notas todas ellas que el autor contrasta y compulsa no sólo desde el punto de vista doctrinal, sino también en el ámbito jurisprudencial, mencionando las sentencias más importantes y concordantes, al efecto.

Por lo que atañe a la personalidad jurídica de la figura, después de señalar que es uno de los problemas más interesantes que se plantean en Derecho español, puesto que al decir del autor parece ser que en la doctrina española es casi unánime el criterio de que no goza de tal personalidad. No obstante, esta afirmación es reducida posteriormente a sus justos límites, reinando entre los tratadistas una cierta tranquilidad al tratar de explicar el tema. Examina igualmente la jurisprudencia, llegando a afirmar que el reconocimiento de la personalidad de esta figura en una posterior reforma no sería ni sorprendente ni mal recibida.

En la parte segunda menciona los casos de representación de las figuras enumeradas al principio antes de entrar en el tema o apartado tercero del trabajo, en el que sienta las conclusiones pertinentes.

ALBALADEJO GARCIA, Manuel: «Pluralidad de ventas de una misma cosa». R. D. P., noviembre 1976, págs. 885 y ss.

El trabajo de está redactado para su publicación en el libro homenaje a don Manuel Batlle.

En el primer inciso trata de explicar lo que se ha de entender por doble

venta de una cosa que no es otro que el caso en que una misma cosa es vendida varias veces, por error o malicia, por su dueño actual a distintos compradores, de modo que, habiendo de ser para uno sólo de éstos, se plantea el conflicto de ¿para cuál?

Para aclarar aún más la cuestión, afirma que las ventas múltiples que se regulan tanto en el art. 1.473 del Código civil como en la ley 566 de la Compilación Foral de Navarra, no se refieren a cualquier doble venta, sino únicamente a la del dueño. Los apartados más importantes del estudio se refieren a la venta múltiple en el Código civil, dentro de la cual distingue: a) venta de cosa mueble; b) si es inmueble. Dentro de este segundo caso hay una triple distinción: 1.º Al que la haya inscrito de buena fe. 2.º Si no hay inscripción pertenece la cosa a quien haya tomado posesión primero de ella, con buena fe. 3.º No habiendo inscrito en el registro de la Propiedad, ni tomado posesión de ella de buena fe, pertenece al que de buena fe presente título de fecha más antigua.

A continuación el autor nos lleva con su acostumbrada claridad a la Compilación de Derecho foral navarro a través de su ley 566 y estudia a continuación la regulación efectuada por uno y otro cuerpo legal, señalando la diferencia entre una y otro a renglón seguido, resumiendo que tales diferencias consisten en que el Código otorga preferencia a favor del comprador que primero haya recibido posesión de la cosa y en su defecto si se trata de inmuebles al que hay comprado antes, mientras que la Compilación, si bien la otorga asimismo primero al que antes haya recibido posesión, en su defecto no la otorga al que compró antes, si no se trata de muebles o inmuebles, al que haya pagado, y únicamente habiéndolo hecho varios, acude, como el Código, pero también no sólo para la venta de inmuebles, sino asimismo para la de muebles, a decidir según la mayor antigüedad del contrato, mas pide que la fecha de éste sea fehaciente.

Finalmente, el presente estudio concluye examinando el funcionamiento de la preferencia a favor del comprador, vencedor en la adquisición de la propiedad de la cosa vendida.

CLAVE DE ABRÉVIATURAS

ACP = Archiv für die Civilistische Praxis (Tubinga).

AD = Anuario de Derecho (Panamá).

AFB = Annales de la Faculté de Droit de l'Université de Bordeaux.

AFD = Anuario de Filosofía de Derecho (Madrid).

AJCL = The American Journal of Comparative Law (Michigan).

AUM = Anales de la Universidad de Murcia.

BCAM = Boletín del Colegio de Abogados de Madrid.

BDC = Boletín de la Sección de Investigaciones de Derecho Comparado (Quito).

BFD = Boletín de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales (Córdoba, Argentina).

BFDC = Boletim da Facultade de Direito (Coimbra).

- BI = Boletín de Información del Ministerio de Justicia (Madrid).
- BIM = Boletín del Instituto de Derecho Comparado de Méjico.
- BIR = Bollettino Informativo dell'Istituto Giuridico Spagnuolo in Roma.
- BMI = Boletim do Ministério da Justiça (Lisboa).
- BS = Boletín del Seminario de Derecho Público de la Universidad de Santiago de Chile.
- BUSC = Boletín de la Universidad de Santiago de Compostela.
- CDA = Cuadernos de Derecho Angloamericano (Barcelona).
- CDF = Cuadernos de Derecho Francés (Barcelona).
- CLJ = The Cambridge Law Journal.
- CLQ = Cornell Quarterly (Ithaca, Nueva York).
- DG = Diritto e Giurisprudenza (Nápoles).
- DM = Derecho (Medellín, Colombia).
- ED = Estudios de Derecho (Antioquia).
- EF = Ehe und Familie im Privaten und Offentlichen Recht. Zeitschrift für das gesamte Familienrecht (Bielefeld).
- F = El Foro (Méjico).
- FG = Foro Gallego (La Coruña).
- FM = Foro Manchego. Revista del Ilustre Colegio de Abogados (Ciudad Real).
- IC (ICLQ) = The International and Comparative Law Quarterly (Londres).
- IDC = Instituto de Derecho Comercial y de la Navegación (Buenos Aires).
- IJ = Información Jurídica (Madrid).
- IM = Ius (Milán).
- IR = Iustitia (Roma).
- JF = Jornal do Foro (Lisboa).
- L = La Ley (Buenos Aires).
- LQ = The Law Quarterly Review (Londres).
- LRN = La Revue du Notariat (Québec).
- MDR = Monatschrift für Deutsches Recht (Hamburgo).
- MLR = The Modern Law Review (Londres).
- NC = The North Carolina Law Review.
- NJW = Neue Juristische Wochenschrift (Munich-Berlín).
- NR = Nuestra Revista (Madrid).
- NRD = Nuova Rivista di Diritto Commerciale, Diritto dell'Economia, Diritto Sociale (Padua, Pisa).
- OZOR = Österreichische Zeitschrift für Offentliches Recht (Viena).
- P = Pretor. Revista Técnica de Justicia Municipal (Madrid).
- PC = Propiedad y Construcción. Revista Técnico-Informativa (Valencia).
- RAP = Revista de Administración Pública (Madrid).
- RB = Revista Jurídica (Cochabamba, Chile).
- RCA = Revista del Colegio de Abogados de Buenos Aires.
- RCDI = Revista Cubana de Derecho (Habana).
- RCDI = Revista Crítica de Derecho Inmobiliario (Madrid).
- RCH = Revista de Derecho (Concepción, Chile).
- RCJS = Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales (Santa Fe, Argentina).
- RCM = Revista del Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario (Bogotá).
- RCP = Revista del Colegio de Abogados (Puerto Rico).

- RDC = Revista del Diritto Comerciales e del Diritto Generales Delle Obbligazioni (Milán).
- RDDC = Rivista di Diritto Civile (Padua).
- RDEA = Revista de Derecho Español y Americano (Madrid).
- RDES = Revista de Dereito e de Estudos Sociais (Coimbra).
- RDJ = Revista de Derecho Judicial (Madrid).
- RDLC = Revista de Derecho y Legislación (Caracas).
- RDLP = Revista de Derecho (La Paz).
- RDM = Revista de Derecho Mercantil (Madrid).
- RDMSp = Rivista del Diritto Matrimoniale e dello stato delle persone (Milán).
- RDN = Revista de Derecho Notarial (Madrid).
- RDP = Revista de Derecho Privado (Madrid).
- REDM = Revista Española de Derecho Militar (Madrid).
- REDME = Revista de la Facultad de Derecho de México.
- REP = Revista de Estudios Políticos (Madrid).
- REVL = Revista de Estudios de la Vida Local (Madrid).
- RFC = Revista del Foro Canario (Las Palmas).
- RFDBA = Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales (Buenos Aires).
- RFDC = Revista de la Facultad de Derecho (Canarias).
- RFDM = Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales (Montevideo).
- RFDSP = Revista de Facultade de Direito da Universidade de São Paulo.
- RFDUM = Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid.
- RFL = Revista del Foro (Lima).
- RFP = Revista da Facultade de Direito do Paraná (Curitiba).
- RGD = Revista General de Derecho (Valencia).
- RGLJ = Revista de Legislación y Jurisprudencia (Madrid).
- RH = Revue Historique de Droit Français et étranger (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 Nicaraguense.
- RJP = Revista Jurídica del Perú (Lima).
- RJPR = Revista Jurídica de la Universidad de Puerto Rico.
- RL = Rivista di Diritto Internazionale e comparato del Lavoro (Bolonia).
- RLJ = Revista de Legislação e Jurisprudência (Coimbra).
- RN = Revista del Notariado (Buenos Aires).
- ROW = Recht in Ost und West Zeitschrift für Rechts, vergleichung und interzonale Rechtsprobleme (Berlín).
- RP = Revista de Derecho Procesal (Madrid).
- RPR = Rivista di Diritto Processuale (Padua).
- RPI = Revista de la Propiedad Industrial (Madrid).

RS = Rivista delle Societá (Milán).

RTC = Revue Trimestrielle de Droit Commerciel (París).

RTDC = Revue Trimestrielle de Droit Civil (París).

RTDP = Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile (Milán).

RTDPO = Rivista Trimestrale di Diritto Público (Milán).

RUM = Revista de la Universidad de Madrid.

SA = Sociedades Anónimas. Revista de Derecho Comercial (Montevideo).

SJ = Svensti Juristtdning (Estocolmo).

T = Temis. Revista de Ciencia y Técnica Jurídicas (Zaragoza).

UNC = Universidad Nacional de Colombia (Bogotá).

ZRV = Zeitschrift für Vergleichende Rechtswissenschaft (Stuttgart).

RESOLUCIONES DE LA DIRECCION GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO

A cargo de
CHICO ORTIZ, José María
Registrador de la Propiedad

DERECHO HIPOTECARIO

SOCIEDAD LIMITADA.—ES INSCRIBIBLE UNA ESCRITURA DE RECONOCIMIENTO DE DEUDA Y CONSTITUCIÓN DE HIPOTECA OTORGADA POR LOS DOS ÚNICOS SOCIOS, AUNQUE EL ACREDOR HIPOTECARIO SEA UNO DE ELLOS, SIN PERJUICIO DE QUE LOS TERCEROS INTERESADOS PUEDAN ACUDIR A LOS TRIBUNALES SI ESTIMAN LESIONADOS SUS DERECHOS. (Resolución de 1 de julio de 1976; *Boletín Oficial del Estado* de 16 de septiembre de 1976).

Hechos.—Resultando que por escritura pública autorizada por el Notario de Murcia don José Julio Barrenechea Maraver, el 1 de marzo de 1974, don José Bautista Frutos y don Leandro Moreno Abellán, interviniendo como únicos socios que integran la Compañía Mercantil “RESINOL, S. L.”, y “constituidos en Junta Universal”, reconocieron que la Sociedad adeudaba al citado don Leandro Moreno Abellán un millón cuatrocientos mil pesetas, constituyendo como garantía de devolución de la cantidad adeudada una hipoteca a favor del acreedor sobre el pleno dominio de una finca de dos mil metros cuadrados, propiedad de la Sociedad.

Resultando que presentada en el Registro primera copia de la anterior escritura fue calificada con la siguiente nota: “No admitida la inscripción del presente documento presentado el veintitrés de junio pasado, asiento número 900, Diario 187, en unión de un acta de subsanación de aquél, autorizada con arreglo al artículo 146 del Reglamento Notarial el tres del mes expresado por el mismo Notario señor Barrenechea Maraver, y los demás documentos que se dirán:

Primero.—Porque don José Bautista Frutos y don Leandro Moreno Abellán, administradores mancomunados y socios únicos de la Compañía Mercantil RESINOL, S. L., no constan expresamente autorizados para en nombre y representación de la misma constituir la hipoteca a que el documento se contrae; como administradores, conforme al artículo 39 de los Estatutos; como únicos socios, por la Junta General en la que, según el acta referida se constituyeron en la cláusula primera del otorgamiento del documento, cuya cláusula se contrae a la declaración de la deuda existente entre la Sociedad y el señor Moreno Abellán y al plazo para hacerla efectiva, lo cual tampoco aparece expresamente autorizado éste, dada la contradicción de intereses existentes entre el mismo y la Sociedad deudora, para intervenir en el documento con el doble carácter con que lo hace.

Segundo.—Porque siendo la hipoteca un derecho real de garantía que vincula la finca hipotecada al cumplimiento de la obligación, limita las facultades dominicales del deudor y atribuye al acreedor entre otras cosas, la de instar, caso de impago, la enajenación del inmueble hipotecado y la de solicitar la adjudicación del mismo a su favor, como mejor postor o por falta de ellos en la correspondiente subasta, no puede el señor Moreno Abellán, por su carácter de administrador —mancomunado— de la Sociedad, y por ende de la finca hipotecada, adquirir el mencionado derecho real sobre la misma, conforme al artículo 1.459-2.^o del Código civil, sin que obste al defecto apuntado la existencia de otro administrador.

Es insubsanable el segundo defecto.—No se ha solicitado ni procede anotación preventiva.—Se han tenido en cuenta la escritura de constitución de la Sociedad y la modificación de Estatutos y nombramiento de administradores al efecto aportada.”

Resultando que el nombrado Procurador, en la representación que ostentaba, interpuso recurso gubernativo contra la anterior calificación y alegó: que el primer defecto señalado por el Registrador está redactado con notoria oscuridad; que la interpretación que hace declarando que los dos únicos socios actuaron en Junta Universal para reconocer la deuda (primera cláusula de la escritura) y sólo como administradores para constituir la hipoteca (cláusula segunda) carece de rigor jurídico y va contra el principio de la unidad de acto y el artículo 1.281 del Código civil; que la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 20 de octubre de 1933 señala que cuando en un negocio jurídico comparecen todos los socios que tiene en ese instante la Sociedad, el órgano de actuación es perfecto, pues a ellos compete por excelencia la representación de la misma; que el artículo 1.459-2.^o del Código civil no se puede alegar, como lo hace el Registrador, para señalar el segundo defecto —insubsanable— de la nota, ya que este precepto no puede interpretarse de forma extensiva sino que las incapacidades a que se refiere son sólo las taxativamente enumeradas, conforme a la doctrina sentada por el Tribunal Supremo en Sentencia de 11 de marzo de 1911 que prohíbe la aplicación de las disposiciones de carácter restrictivo a otros casos y personas que los comprendidos en ellas.

Resultando que el Registrador informó: que no es aplicable a la cuestión debatida, como pretende el recurrente, la doctrina sentada por la Dirección General de los Registros y del Notariado en la Resolución de 20 de octubre de 1933 que se refiere a la enajenación realizada por los dos únicos socios de una Sociedad Colectiva, de cuyo carácter no participa la Sociedad recurrente, que tiene el carácter de Limitada, aunque esté formada por dos únicos socios; que el acuerdo adoptado por estos dos únicos socios de la Sociedad Limitada citada constituidos en Junta General conforme a la cláusula primera de la escritura, subsanada por el acta de rectificación, sólo puede referirse a lo que resulta de la lectura de dicha cláusula, o sea, a la declaración de la deuda existente entre la Sociedad y el señor Moreno Abellán y al plazo para hacerla efectiva, quedando fuera de tal acuerdo el contenido de la cláusula segunda de la

escritura que se refiere a la voluntad social de hipotecar los bienes de la Sociedad, al apoderamiento de los socios para constituir la hipoteca en representación de la Sociedad y a la autorización al socio acreedor para intervenir en el doble concepto en que lo hace en la escritura y que daría lugar a la figura jurídica de la autocontratación, todo lo cual produce la consecuencia de que los comparecientes carecen de la capacidad de obrar que justifique su intervención en el patrimonio ajeno que implica toda representación, careciendo del poder o mandato, requisito imprescindible de la representación voluntaria (Resolución de 20 de octubre de 1933); que al ser el acreedor hipotecario gerente o administrador de la Sociedad deudora a la que representa, es indudable que existe, en cuanto a la referida hipoteca, la prohibición a que se refiere el número 2 del artículo 1.459 del Código civil; que las prohibiciones contenidas en dicho precepto tienen un fundamento moral, y la violación de las mismas hace nulo de pleno derecho al acto o negocio jurídico que se celebre contraviniéndolas, siendo ésta la doctrina mantenida en la Sentencia de 11 de junio de 1966; que en el caso controvertido es muy acusada la contraposición de los intereses de la Sociedad y los del acreedor de la misma por la existencia innegable del autocontrato, o "contrato entre las diferentes personas de un solo sujeto" (Resolución de 30 de mayo de 1930); y que son improcedentes las alegaciones del recurrente en cuanto a la aplicación del artículo 1.281 del Código civil y al concepto de "unidad de acto".

Resultando que el Notario autorizante de la escritura calificada informó: que el conflicto de intereses entre la Sociedad y los administradores en un negocio jurídico determinado se regulará por lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada y 79 de la de Sociedades Anónimas, que obligan a los administradores a responder frente a la Sociedad, los accionistas y acreedores del daño causado por malicia, abuso de facultades o negligencia grave, y si el conflicto es susceptible de perdurar más tiempo nos encontramos con el supuesto del artículo 83 de la Ley de Sociedades Anónimas que establece que los administradores que tengan intereses opuestos a los de la Sociedad cesarán en su cargo a petición de cualquier socio, por acuerdo de la Junta General; que el artículo 12 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada permite también la preparación de los administradores; que no existe en nuestro Derecho positivo ninguna norma que prohíba con carácter general la autocontratación; que el conflicto de intereses o autocontratación desaparece cuando la Sociedad representada conoce ese interés contrapuesto y aprueba el acto por unanimidad de sus socios en Junta General; que dicha figura jurídica se produce cuando una sola persona, reuniendo un doble carácter como representante de una Sociedad por un lado y como particular por el otro, realiza unas operaciones en provecho propio, pero que esta figura desaparece cuando la parte representada da su aprobación, pues al haber dos personas cesa el autocontrato; que RESINOL, S. L., estaba perfectamente representada por sus dos únicos socios que acordaron por unanimidad reconocer la deuda, constituyendo acto seguido y en su calidad de tales socios, y no de ge-

rente, la hipoteca a favor del acreedor; que es inexplicable el criterio del Registrador de considerar que los otorgantes intervinieron en el doble concepto de socios y gerentes, y que como gerentes no estaban autorizados por los Estatutos y como socios en Junta General sólo actuaron en el reconocimiento de deuda contenida en la primera cláusula, pero en la cláusula segunda actuaron como gerentes sin facultades; que según el artículo 14 de la Ley de Sociedades Limitadas, la voluntad de los socios rige y representa la Sociedad, y que en la escritura calificada no aparece en ningún sitio que los otorgantes comparecieran como gerentes, sino como únicos socios; que el acuerdo social es plenamente válido tanto para el reconocimiento de deuda como para la constitución de hipoteca, estando perfectamente determinada la voluntad de los dos únicos socios en la escritura que, como es normal, fue leída y aprobada por los comparecientes.

Resultando que el Presidente de la Audiencia revocó la nota del Registrador por razones análogas a las expuestas por el recurrente y declarando además que en el caso debatido no existe conflicto de intereses ni autocontratación al concurrir en la escritura dos personas: la Sociedad que exteriorizó correctamente su deseo mediante su órgano deliberador, y el acreedor que aceptó por sí la hipoteca constituida a su favor; que aun cuando el acreedor hubiese intervenido en la cláusula segunda de la escritura como gerente de la Sociedad y no como socio reunido en Junta Universal, sería inoperante a efectos de autocontratación ya que su intervención, junto con el otro socio gerente —único que podría alegar perjuicio para la constitución de la hipoteca—, lo sería en definitiva como órgano administrador de la Sociedad, pero en ningún caso como su mandatario.

Doctrina.—“Considerando que el primero de los defectos de la nota de calificación hace referencia a si es posible inscribir una escritura de reconocimiento de deuda con garantía hipotecaria, otorgada en nombre de la Sociedad deudora por sus dos únicos socios, y tras acuerdo unánime de ambos, dado que el acreedor hipotecario es uno de estos mismos socios, lo que se traduce en una contradicción de intereses entre la Sociedad y el socio titular del crédito.”

“Considerando que al haber sido adoptado el acuerdo por los dos únicos socios que forman parte de la Sociedad se salvan los problemas que pudieran plantearse acerca de la facultad de los mismos para actuar en nombre del ente social para la ejecución de un acto aislado, ya que en nuestro Derecho, según reiterada jurisprudencia de este centro directivo, el objeto social no limita la capacidad de la Sociedad, sino sólo la esfera de actuación de los administradores, por lo que de no existir otro obstáculo, lo que a continuación se examinará, es adecuada la intervención de los dos únicos socios de la escritura calificada, que a la vez son gerentes mancomunados, y en la que como Sociedad de Responsabilidad Limitada pueden concluir sus acuerdos, de conformidad con el artículo 14 de la Ley, por cualquier medio que garantice la autenticidad de la voluntad declarada, lo que ha tenido lugar en este caso en forma tan directa como su propia comparecencia personal en la escritura en donde,

como órgano supremo de la Sociedad, asumen a la vez las funciones propias del órgano deliberante —Junta Universal y acuerdo unánime— y del órgano de administración y representación.”

“Considerando que cuestión más delicada es la relativa al posible conflicto que pudiera existir entre la Sociedad como sujeto de derecho con un patrimonio autónomo y unos intereses diversos de los dos socios que la componen, y estos dos mismos socios, como podría suceder en este caso, en donde por los últimos se declara que la Sociedad adeuda a uno de ellos —como tercero acreedora, distinto del ente jurídico de la Sociedad— una determinada cantidad, y en garantía de ese pago constituyen en nombre de ésta una hipoteca sobre una finca de su propiedad que es aceptada por el otro socio en calidad de acreedor.”

“Considerando que, a diferencia de otras legislaciones, la española no contiene una completa y detallada regulación de esta importante materia, lo que no quiere decir que no existan preceptos aislados que se ocupen de la cuestión, como son, para las Sociedades de Responsabilidad Limitada, los artículos 12-2.^º y 13-1.^º de la Ley que las regula, y más ampliamente la Ley de Anónimas en sus artículos 82 y especialmente el 83-2.^º, que establece el cese del Administrador que bajo cualquier forma tenga un interés opuesto al de la Sociedad, y siempre a petición de cualquier socio y por acuerdo de la Junta General.”

“Considerando que al haberse formado la voluntad social por el acuerdo de los dos únicos socios, y haber sido consentido el acto por el que no estaba interesado, no se está ante un supuesto de autocontratación prohibida, y es correcta la autorización de la escritura, en cuanto que en la misma comparecen de una parte la Sociedad a través del órgano correspondiente, y de otra el acreedor que acepta la hipoteca constituida, todo ello sin perjuicio de que, con arreglo al artículo 66 de la Ley Hipotecaria, se pueda acudir a los Tribunales de Justicia para ventilar acerca de la validez o nulidad del título, pues las posibles implicaciones de un levantamiento del velo de la Sociedad o de un fraude a terceros son propias de la autoridad judicial y quedan fuera del marco del recurso gubernativo.”

“Considerando en cuanto al segundo defecto, que hace referencia a la imposibilidad que tiene el acreedor, como actual Administrador de la Sociedad, de adquirir la finca hipotecada en subasta judicial caso de impago del crédito —artículo 1.459-2.^º del Código civil— es de advertir que tal circunstancia habrá de ser tenida en cuenta en el momento en que la situación se produzca, con una gama de posibilidades tan diversas que puedan dar lugar a que no se origine el supuesto concreto de prohibición, como, por ejemplo, por no ser ya el acreedor Administrador de la Sociedad, o incluso siéndolo, acudir postores extraños a la subasta, y adjudicársele a uno de ellos, o se satisfaga normalmente el crédito, por lo que la calificación de esta circunstancia habrá de realizarse —caso de que se diera— en el título o documento que en su día se presentara en el Registro y contuviera el posible acto discutido, y sin olvidar además que en este supuesto concreto el poderdante ha autorizado al apoderado expresamente la compra del referido inmueble.”

"Esta Dirección General ha acordado confirmar el Auto apelado que revoca la nota del Registrador."

Consideraciones críticas.—Creo que hay en la letra y en el espíritu de esta Resolución infinidad de matices que pueden permitir al intérprete elegir una serie de temas que en ella se afrontan o se aluden, pero en aras de la brevedad y en reconocimiento de mis limitaciones se hace preciso elegir sólo unos cuantos que parecen ser los sustanciales y a los cuales se refiere la nota calificadora del Registrador.

Anticipemos, sin embargo, que al contemplar serenamente la decisión de la Dirección General parece deducirse una línea o un intento de superar esas dificultades que permiten seguir coartando el principio de libertad de contratación. Del Código civil, por ejemplo, parecía deducirse que en el campo de los apoderamientos el poder debería sujetarse al principio superior de expresión específica del acto que puede realizarse con él o, lo que es lo mismo, la técnica del "mandato expreso". Quizá esa exigencia en un excesivo tráfico pudiera suponer un impedimento o una rémora y en una conocida Resolución que ratifica otra anterior (Rs. 18 abril de 1952 y 18 enero 1963) se entiende que la idea de hipotecar lleva consigo la de vender y de ahí que existiendo una prohibición de enajenar en ella se comprende también la de hipotecar. Llevada esta doctrina al campo del poder sería perturbadora, pues una cosa sería vender, enajenar o realizar un "acto de riguroso dominio" y otro ejercitar la "acción real que de la hipoteca se deriva" en caso de incumplimiento de la obligación que se trata de garantizar.

La trayectoria del "autocontrato", mal o bien expresado por nuestro Código civil, parece también tratar de evitarse en virtud de las dificultades que a la contratación le puede suponer y en el caso contemplado, a pesar de que a nuestro entender la figura aflora sin dificultades, la Dirección niega su existencia. Si de verdad la razón jurídica —construida en un alarde de precisión— que avala la existencia de la "autocontratación" es la incompatibilidad de intereses, o lo que es lo mismo, sólo cuando hay incompatibilidad de intereses es cuando debemos reputar existente la prohibición legal del autocontrato. Aquí parecía estar clara su existencia, como intentaremos demostrar.

El recurso afecta a materias que en pura concreción podríamos resumir en las siguientes: la calificación registral y el llamado levantamiento del velo de la persona jurídica; la distinción entre órganos deliberantes y de gestión; la incompatibilidad de intereses y la figura de la autocontratación y, por último, la temible problemática de la hipoteca de propietario. Creo que la exposición en este orden no mengua claridades al tema que aquí se dilucida y que es el de si es o no inscribible una escritura de reconocimiento de deuda con garantía hipotecaria, otorgada en nombre de la Sociedad deudora por sus dos únicos socios, siendo uno de ellos el acreedor hipotecario.

A. *Límites de la función calificadora*

En todos los trabajos que he dedicado a este punto y al tratar de perfilar la amplitud de la función en orden a la "capacidad de los otorgantes y la validez de los actos dispositivos" no se me había cruzado la problemática del levantamiento del velo de la persona jurídica, pues entendía que los supuestos en que ello se produce están encerrados en casos muy concreto que suponen una nulidad del negocio dispositivo. Conforme a la Resolución que comentamos la posible "implicación de un levantamiento de velo de la Sociedad o de un fraude a terceros son propias de la autoridad judicial y quedarán fuera del marco del recurso gubernativo".

La idea —y ya en este momento se hace inevitable la cita de Rolf Serick ("Apariencia y realidad en las sociedades mercantiles". El abuso de derecho por medio de la persona jurídica, Ediciones Ariel, Barcelona, 1958)— de esta exclusión de competencia creo que la Dirección General la toma del prólogo de dicho libro que firma Antonio Polo y que dice: "El nervio y médula de toda la obra se concreta en la cuestión de determinar en qué supuestos y a virtud de qué principios dogmáticos pueden los Tribunales llegar a prescindir o superar la forma externa de la persona jurídica, para "penetrando" a través de ella, alcanzar a las personas y bienes que bajo su manto se cobijan". Claro que si de verdad hemos de hacer caso a este prologuista resulta que el libro de Serick reduce a tres categorías las manifestaciones más frecuentes que pueden revestir los supuestos de abuso de la persona jurídica, a saber: "fraude de ley; fraude o violación de contrato; y daño fraudulento causado a terceros. Existe fraude de ley cuando el resultado que la ley rechaza se alcanza por otro camino que no ha previsto y cuando precisamente resulta de la finalidad de la norma que ésta ha tratado de impedir de manera general un resultado determinado, en lugar de limitarse a tratar de evitar que se alcance por medio de una determinada forma negocial. Se da fraude o lesión de contrato cuando por medio de la persona jurídica puede quedar burlado o incumplido un contrato como consecuencia del desdoblamiento entre la personalidad de la sociedad y la de su único socio. Concurre daño fraudulento a terceros cuando éste resulta del empleo de la forma de la persona jurídica en aquellos supuestos no comprendidos en las anteriores categorías de fraude de ley y de contrato". Y entonces a mí se me ocurre preguntar la posible diferencia que existe entre estos tres casos y los que regula el actual artículo 6, párrafos 2, 3 y 4 del Código civil (Ley 17 marzo 1973) en cuya virtud se sale al paso para evitar el incumplimiento de la norma por "exclusión voluntaria de la ley aplicable o renuncia a los derechos", por "actos contrarios a las normas imperativas y a las prohibitivas" y por actos "realizados al amparo del texto de una norma que persigan un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico". ¿El Registrador no es competente para "penetrar" en el fondo del problema y negarse a inscribir un acto que encaje en cualquiera de esas tres categorías? Según la Direc-

ción General no es competente, pues ya para eso, según ella, está el artículo 66 de la Ley Hipotecaria en cuya virtud los interesados pueden acudir a los Tribunales de Justicia para ventilar acerca de la validez o nulidad del título.

A mi entender esta es una manera o forma extraña de interpretar el artículo 66 de la Ley Hipotecaria, pues en él claramente se distinguen dos clases de vías procedimentales: la gubernativa, en la cual se discute si el título tiene o no falta subsanables o insubsanables y el origen de éstas puede estar en *la validez o nulidad del título* y la judicial, que sin perjuicio de lo que se haya resuelto por la Dirección General, los interesados podrán acudir a ella para contender o ventilar acerca de la *validez o nulidad de los mismos títulos*. Me conforta saber que mi criterio es coincidente con el de Tirso Carretero ("Comentario a la Resolución de 1 de julio de 1976", en "Rev. Crítica de Derecho Inmobiliario", enero-febrero 1977, pág. 163) quien dice: "El procedimiento judicial idóneo para levantar el velo de la personalidad jurídica sería difícilmente el recurso judicial previsto en el artículo 66 de la Ley, pues éste piensa en los mismos interesados que podrían entablar el recurso gubernativo (artículo 112-1.º del R. H.) y a éstos ya se les vio el escaso interés en levantar el velo. Igual puede decirse en cuanto al posible fraude a terceros, pues si la calificación no detiene el acto fraudulento en vía cautelar, las cosas pueden ponerse difíciles al tercero defraudado".

No sé si estos argumentos pueden ser lo suficientemente convincentes para limar el tremendo anatema que la Dirección sostiene frente a la facultad calificadora, pero se me antoja creer que puede haber otros más contundentes. Esa labor "creativa" que la Dirección General asigna a la función calificadora, según la conocida Resolución de 26 de octubre de 1973, queda aquí marginada, pues la exclusiva del levantamiento del velo de la persona jurídica parece corresponder a los Tribunales.

No cabe, en estos casos, que el Registrador en su ardua labor calificadora interprete, califique y establezca las consecuencias jurídicas, que, según Hernández Gil ("El Abogado y el razonamiento jurídico". Madrid, 1975), son las distintas fases por las que atraviesa el proceso discursivo. Aquí parece cerrársele el camino no ya de la interpretación y de la consecuencia jurídica, sino de la misma calificación que, al decir de dicho autor, es insertar un dato de la realidad social en la situación que le corresponda dentro de un sistema particular y en el conjunto del sistema. Aquí el Registrador tampoco puede determinar la situación antecedente de un efecto jurídico. No puede determinar si concurre o no un presupuesto normativo en cuyo ámbito es pertinente el efecto que se determina, pues la materia queda vedada.

Resulta, sin embargo, paradójico, que a la hora de levantar el velo de la persona jurídica los dos grandes problemas que de verdad suelen ser acuciantes son los del juego de la apariencia, frente a la realidad, o lo que es igual la busca de una protección en base de una apariencia formal y los difíciles perfiles del autocontrato sobre la base de una incompatibilidad de intereses. Precisamente este último caso es el que la Dirección aborda en su Resolución, entendiendo que no existía, pues

si hubiera considerado lo contrario hubiera tenido que decir que se había levantado el velo. De ello parece deducirse que al considerando quinto le sobra la erudición de la última parte, la que se refiere al levantamiento del velo, ya que la autocontratación es una de sus más frecuentes manifestaciones. Si se admite la discusión en torno a si existe o no autocontratación, quiere decirse que se está legitimando al Registrador para defender en un recurso el levantamiento del velo de la persona jurídica. Claro que también es posible que se entienda que autocontratación y levantamiento de velo sean cosas diferentes.

Habría que profundizar más en esta materia y llegar a una precisión de casos y consecuencias. Habría que exponer con plena claridad la aplicación americana —bajo el nombre de “disregard of legal entity”— de la técnica o construcción alemana del levantamiento del velo de la persona jurídica. Pero aparte de que esta problemática está genialmente expuesta en la obra cumbre que ya hemos citado, el sitio y el espacio restringen comentarios de esta índole. De todas formas resulta alegccionador cómo en el campo fiscal —carente casi siempre de construcción jurídica— se ha descubierto hace poco el fraude o el abuso del derecho que podía suponer la persona jurídica, mientras que en nuestra parcela hipotecaria —bien nutrida siempre de juridicidad— se nos parece restringir en materia calificadora no ya la persecución del fraude legal, sino la averiguación del mismo. Entiendo que si cuando parezca deducirse del acto que se pretenda inscribir la existencia de un “delito” debe suspenderse o denegarse la inscripción y dar parte a la Autoridad judicial, en caso de fraude legal debería suceder igual. Quizá esa solución que patrocina el artículo 101 del Reglamento Hipotecario hubiese sido más moderada que la de la atribución en exclusiva del levantamiento del velo de las personas jurídicas a los Tribunales.

B. Organos deliberantes y de gestión

Me ha chocado enormemente que en el informe del Notario autorizante de la escritura, base del recurso, se diga algo así como que la sociedad de responsabilidad limitada “estaba perfectamente *representada* por sus dos únicos socios, que acordaron por unanimidad reconocer la deuda, constituyendo acto seguido, y en su *calidad de tales socios y no de gerentes*, la hipoteca a favor del acreedor...”. Me resisto a creer que esto haya podido ser dicho por un Notario español. Del Notariado español tengo las más prestigiosas valoraciones y más bien me inclino a suponer que en el resumen que la publicación oficial me brinda del informe notarial se haya tergiversado la frase, pues es evidente que si los socios reconocen que la Sociedad debe a uno de ellos una cierta cantidad de dinero y constituyen en su nombre y sobre una finca propiedad de la Sociedad una hipoteca a favor de uno de los socios, éstos están actuando “orgánicamente” como representantes de la Sociedad y no como socios de la misma. Una cosa es la elaboración de la voluntad social y otra es la gestión social. Es verdad que el artículo 14 de la Ley de Sociedades

Limitadas dice que "la voluntad de los socios, expresada por mayoría, regirá la vida de la Sociedad...", pero no hay que olvidar que el artículo 11 de la misma también dice que "La administración de la Sociedad se encomendará a una o más personas, socios o no, quienes la representarán...".

Claro que esta resistencia mía a no creerme estas aseveraciones notariales tienen un vértice conflictivo en el informe que en defensa de la nota hace el Registrador y de los hechos que se relatan. Parece ser que hubo una Junta Universal en la cual los dos únicos socios acuerdan reconocer una deuda social que uno de ellos tiene contra la sociedad y luego en la escritura pública constituyen hipoteca, representando a la sociedad. Es decir, que el caso de constitución de hipoteca a nombre de la Sociedad tiene que hacerse por los socios —o no— a quienes estatutariamente se les haya encargado la gestión y representación (o por todos ellos), pero nunca compareciendo como "socios", sino como órganos de representación. Creo que quedó bien claro a partir de la explicación que nos diera Porpetta Clérigo ("Sustitución de poder", A.A.M.N., 1945) la distinción entre representación orgánica y la imposibilidad de la sustitución en la primera clase, ya que sólo cabe dicha figura "cuando el sustituyente opera con facultades que no le pertenecen", siendo así que en la representación orgánica las facultades representativas de que disfruta el órgano no proceden de una delegación, no proceden de otro sujeto de derecho, sino que al ejercerlas el órgano es el propio sujeto representado quien inmediatamente las ejerce por conducto suyo.

Ahora bien, como el Registrador en su nota parece negar que los gerentes o representantes no tenían autorización para constituir hipoteca en garantía de la deuda reconocida, había que dar a la intervención notarial de los dos únicos socios la doble calidad de socios que como órgano deliberante acuerdan por unanimidad constituir la garantía y como gerentes o representantes de la sociedad la constituyen en dicho acto. Creo que es lo que viene a aclarar la Dirección General en su segundo considerando al decir que "es adecuada la intervención de los dos únicos socios de la escritura calificada, que a la vez son gerentes mancomunados... en donde, como órgano supremo de la Sociedad, asumen a la vez las funciones propias del órgano deliberante —Junta Universal y acuerdo unánime— y del órgano de administración y representación". Vuelvo a leer el resumen del informe notarial y se me agiganta más la duda de lo que se quiso decir con esta frase: "no aparece en ningún sitio que los otorgantes comparecieran como gerentes, sino como únicos socios". Pienso e insisto con la Dirección: sólo siendo socios pueden deliberar y tomar acuerdos, sólo actuando como gerentes o representantes orgánicos de la sociedad pueden ejecutar los acuerdos en nombre de ésta.

C. Autocontratación e intereses incompatibles

En mis constantes comentarios sobre Resoluciones de la Dirección me ha producido admiración la forma en que, a veces, el alto Centro Directivo se siente compenetrado con la habilidad que en la defensa de una

nota o el informe del Notario autorizante de la escritura, tienen e inclinan balanzas que aseguran un derecho justo. En el caso que nos ocupa —y según la versión de que dispongo— me hubiera gustado que la Dirección se hubiese desentendido de los informes y hubiese intentado esbozar una teoría general de la autocontratación en esos casos de la representación "orgánica". Se ha contentado con seguir casi con fidelidad los pasos que marca el informe notarial y eso, en este caso concreto, no hace más que acumular dudas e interrogantes en materia tan delicada como la autocontratación.

Afirmar —como se hace en el considerando cuarto— que la legislación española no contiene una completa y detallada regulación de esta importante materia de la autocontratación, es repetir una afirmación notarial y aportar poco a este respecto. Hacer una cita de la legislación de sociedades es dejar incompleto el cuadro general de la figura que aflora, como todos sabemos, en diversos artículos del Código civil (completados en algunos supuestos por diversas Sentencias del Tribunal Supremo, como la de la adquisición de cuota indivisa entre cónyuges en su basta judicial), en el Código de comercio, en la legislación hipotecaria (artículos 14 y 234 del Reglamento Hipotecario), en la legislación administrativa, etc.

Sentar como base para rechazar la existencia de la figura la idea de que "cuando la Sociedad representada conoce ese interés contrapuesto y aprueba el acto por unanimidad de sus socios en Junta General" desaparece el conflicto de intereses, es dejar a la libre voluntad de las partes la existencia o no de la figura y, por esa misma razón, comprador y vendedor representados por una misma persona con previos consentimientos que así lo acrediten, sería motivo suficiente para entender que no existe incompatibilidad de intereses. Claro que la frase entrecerrillada es la que emplea el Notario, pues la Dirección abre más la argumentación: "al haberse formado la voluntad social por el acuerdo de los dos únicos socios, y haber sido consentido el acto por el que no estaba interesado, no se está ante un supuesto de autocontratación prohibida, y es correcta la autorización de la escritura..."

Vamos a intentar descubrir si la argumentación se acomoda a lo que nosotros y la doctrina entiende por autocontratación en base de una incompatibilidad de intereses. Quizá sea descender demasiado explicar cuándo puede existir autocontrato, pero entiendo que es importante dibujar su esencia con Castán: el problema reside en si puede el representante en su calidad de tal, celebrar contratos consigo mismo, o, lo que es igual, si el representante de una persona física o jurídica, puede cerrar consigo mismo, en nombre propio o en representación también de otras personas, físicas o jurídicas, un convenio que tenga por objeto obligar a uno o varios respecto de otro u otros.

Y la razón de la prohibición de la autocontratación está en el posible principio analógico que se extrae de los casos en que se prohíbe la figura y que está fundado en la incompatibilidad de intereses y consiguiente peligro de que una sola voluntad aproveche en beneficio propio la coyuntura que la posibilidad de la autocontratación le ofrece. La pro-

gía Dirección General de los Registros, en la conocida Resolución de 29 diciembre de 1922, se limitaba a proscribir la autocontratación en aquellos casos en que vaya acompañada de contradicción de intereses o peligro de lesión, presente o futuro de los derechos de una de las partes. Se reitera esta doctrina en las Resoluciones de 1930, 1943, 1944 y 1946.

Serenándose al leer el tercero y quinto considerando de la Resolución se puede apreciar —según mi manera de entender— que la Dirección no niega la existencia de una “incompatibilidad de intereses” entre el socio que la representa y a favor del cual se le reconoce una deuda y se le garantiza la misma con una hipoteca, ya que habla del “posible conflicto que pudiera existir entre la Sociedad, como sujeto de Derecho con un patrimonio autónomo y unos intereses diversos de los dos socios que la componen y estos mismos socios...”. Lo que sucede es que la Dirección desplaza el problema y entiende que al formarse la voluntad social por el “acuerdo de los dos únicos socios y haber sido consentido el acto por el que no estaba interesado”, queda purificada la incompatibilidad. De modo que, según esto, la voluntad social que significa un acuerdo mayoritario, y en este caso unánime, de los dos socios purifica la autocontratación, aunque el posible interés del socio “incompatible” sea mayor que el del socio “imparcial”. Es decir, no se parte del porcentaje que en la votación aporta el socio “imparcial” y el que se precisa del “incompatible”, caso de un “quorum” mayoritario, sino que se dice que el consentimiento del “imparcial” purifica el del “incompatible”. ¿Este voto del socio “imparcial” suponía mayoría a los efectos del artículo 14 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada? O lo que es igual, ¿la voluntad de votos que ofrece el socio “imparcial” representa más de la mitad del capital social? Sin aclararse este punto no puede aceptarse la tesis de la Dirección General, pues ello conduciría a desvirtuar el principio por el que debe regirse la Sociedad, criterio de mayorías, que aplicado también a las comunidades haría pensar en el contrario: la minoría forma la voluntad social en caso de la autocontratación.

Quizá en lo que sí esté de acuerdo la Dirección General es en la apreciación de que nuestra legislación no está tan pródiga en la regulación del problema como otras legislaciones. Y realmente es ello cierto. Lo demuestra la pormenorizada aportación que al tema hace Tirso Carretero en el comentario que antes hemos citado y que cita a la legislación alemana donde el voto del interesado no cuenta a los efectos de las mayorías o las mayorías deciden a pesar de dicho voto; la legislación italiana acepta también la abstención del socio incompatible y la posibilidad de impugnación del acuerdo por los socios disidentes o ausentes; la legislación francesa igualmente regula los conflictos de intereses de los que contratan con la Sociedad y el Proyecto de Sociedad Anónima Europea en el que se prohíben las figuras de los préstamos y la posible intervención de un control de vigilancia en caso de incompatibilidad de intereses. Remito al lector al trabajo citado.

A la vista de ello entiendo que la Dirección debió de profundizar y proyectar luz en cuanto a la formación de la voluntad social, pues no creo fuera suficiente en el presente caso la voluntad del socio “impar-

cial" para formar la mayoría que exige el artículo 14 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada y que, convertida en voluntad social independiente de la de los socios, podría ser "purificadora". Claro que penetrando en ese camino habría que pensar en una posible nulidad del acuerdo de reconocimiento de deuda y de la posible decisión ulterior de constituir la garantía.

D. *Hipoteca de propietario*

La última consecuencia de la operación que genera el recurso es la de si existe o no la figura de la hipoteca de propietario. Lo curioso del caso es que el Registrador en su nota, y por lo que se refiere al segundo defecto, intuye la figura, pero lo desvía por el camino del autocontrato: "No puede el señor Moreno Abellán, por su carácter de administrador —mancomunado— de la sociedad y, por ende, de la finca hipotecada, adquirir el mentado derecho real sobre la misma".

Si lo que discutimos es un problema de titularidades y la persona jurídica es la que proyecta hacia el exterior la suya propia ostentando la propiedad de la finca cuestionada, es difícil que podamos admitir la figura de la hipoteca de propietario. Sobre todo si rechazamos de entrada la figura del autocontrato y el interés incompatible y, si como marca la Dirección, el levantamiento del velo de la persona jurídica es ajeno a la esfera de la calificación registral. Pero partiendo del otro criterio es palpable que aquí había una hipoteca parcial de propietario, en parte de un crédito que se extingue por confusión, y que la figura es de difícil incorporación a nuestro Derecho. La Dirección General olvida —al tratar de eludir el problema— que la adquisición de la finca en subasta judicial por impago del crédito podría ocasionar el peligro de lesión "futura" que la propia Dirección señalaba para precisar el interés incompatible.

De nuevo la figura de la persona jurídica se interpone y evita en forma instrumental el supuesto que contemplamos. La lucha contra el supuesto sólo puede realizarse por el dificultoso camino del replanteamiento del concepto de persona jurídica. Es una pena que el supuesto haya sido posterior al documentadísimo trabajo de Manuel de la Cámara y José María Prada González con motivo del XII Congreso Internacional del Notariado Latino en Buenos Aires, 1973, bajo el genérico nombre de "Sociedades Comerciales", ya que si ello hubiese sucedido lo hubieran incluido, sin duda, dentro de esos supuestos concretos que estudian al tratar del levantamiento del velo de la persona jurídica.

Quiero destacar en la opinión de estos dos grandes juristas la idea de esa necesidad de replanteamiento del concepto de persona jurídica que ya advirtiera De Castro ("La sociedad anónima y la deformación de la persona jurídica", A.D.C., 1949). Para los mismos "en el fondo se sigue fiel a la concepción de que la persona jurídica es un sujeto de derechos independientes y distinto de los miembros que la componen, y de ahí que se proclame la necesidad de otorgar carácter excepcional a los supuestos

en que es dable prescindir de la personalidad jurídica, recurriendo, para justificar el que se presenta como un posible atentado contra la seguridad jurídica, a las nociones, un tanto vagas y difusas, de fraude, abuso de derecho y buena fe. Desde este punto de vista lleva razón Ascarelli al destacar que este planteamiento que, según él, obedece a una concepción antromórfica de la persona jurídica, no puede explicar claramente por qué en algunos casos se mantenga, y en otros se supere, el esquema de la personalidad jurídica". Siempre que el problema planteado —siguen diciendo— sea ajeno a los fines que el ordenamiento jurídico se ha propuesto al otorgar personalidad jurídica a un determinado grupo humano (o a un supuesto fáctico distinto), la solución habrá de buscarse prescindiendo de la normativa peculiar de la personalidad jurídica.

Proponen, y por supuesto estudian con mano maestra, para el logro de la desestimación de la personalidad jurídica la ponderación de dos factores importantes: cual es la estructura del *sustrato* sobre el cual se eleva lo que llamamos persona jurídica y las *consecuencias generales* que el ordenamiento deduce de la personificación. A través de estos dos caminos se evitará el que el propio Derecho objetivo se convierta en cómplice de quienes abusan en su provecho de una institución útil, pero peligrosa, precisamente por la incertidumbre que la rodea. Igualmente establecen en sus conclusiones la inevitable necesidad de la intervención Notarial en los fundamentales actos de la vida de la persona jurídica, dando por supuesto que debe ser el único vehículo para el acceso al Registro Mercantil.

El juego de estas dos intervenciones puede ser vital para el levantamiento del velo de la persona jurídica, siempre y cuando la segunda tenga la amplitud de margen que parece negarle la Resolución que ahora comentamos y que podía haber sido una buena ocasión para plasmarlo.

COMPRAVENTA.—ES INSCRIBIBLE UNA ESCRITURA DE COMPRAVENTA OTORGADA POR EL APODERADO DESIGNADO ESPECIALMENTE POR LA SOCIEDAD VENDEDORA, SIN QUE SEA PRECISA LA PREVIA INSCRIPCIÓN DEL PODER EN EL REGISTRO MERCANTIL. (Resolución de 25 de agosto de 1976; *Boletín Oficial del Estado* de 22 de octubre de 1976).

Hechos.—Resultando que mediante escritura otorgada por el Notario de Madrid, don Juan Vallet de Goytisolo, en 23 de septiembre de 1975, don Juan Chover Piquer, como Director-Gerente de "Promoción Vivendas Levantinas, S. A." (PROVILESA), de acuerdo con lo establecido en el artículo 14 de los Estatutos sociales, confirió poder a don Vicente Bordón Felipe para "vender los locales comerciales y las viviendas que integran el edificio señalado con el número once-trece de la calle Domenico Scarlatti, antes Gaztambide, número ochenta y nueve, de Madrid, que es la finca número 4.352 del Registro de la Propiedad número cinco, a quien tenga por conveniente, bajo los pactos, condiciones y precios que estime oportuno, que confesará haber recibido, recibirá al contado o al vencimiento del plazo establecido, pudiendo, para este caso, exigir y

aceptar las garantías hipotecarias o condición resolutoria que estime oportunas, que en su día podrá cancelar firmando al efecto los documentos públicos o privados que fueren menester al objeto del presente poder"; que tanto los Estatutos de la mencionada Sociedad como el nombramiento para el cargo del señor Chover aparecen inscritos en el Registro Mercantil según se expresa en la citada escritura; y que, en base a este apoderamiento, mediante escritura de 19 de diciembre del mismo año, autorizada por el nombrado Notario, el señor Bordón vendió a don Luis Pérez Carreño el piso 2.^º, número 4, de la mencionada casa de la calle Domenico Scarlatti.

Resultando que presentado en el Registro el anterior documento, junto con la escritura de poder reseñada, fue calificada con la siguiente nota: "Presentado el presente documento en este Registro de la Propiedad número cinco de Madrid con copia de la escritura de poder otorgado por la Sociedad "Promoción de Viviendas Levantinas, S. A.", a favor de don Vicente Bordón Felipe, con fecha 23 de septiembre de 1975, ante el Notario don Juan Vallet de Goytisolo, asiento número 1.575. al folio 119 del tomo 26 del Diario, se suspende su inscripción por el defecto que se estima subsanable de falta de previa inscripción en el Registro Mercantil de la relacionada escritura de poder, conforme preceptúan los artículos 96-6.^º y 95 del Reglamento del Registro Mercantil. No se ha solicitado anotación preventiva de esta suspensión.

Resultando que el Notario autorizante de la escritura interpuso recurso gubernativo contra la anterior calificación y alegó: que las facultades de don Juan Chover Piquer figuran inscritas en el Registro Mercantil de Madrid al folio 12 del tomo 1.571 general, 999 de la Sección 3.^a del Libro de Sociedades, hoja número 6.993, inscripción 13.^a, según resulta de la escritura de formalización de cambio de denominación social, aceptación de dimisión y nombramiento de Consejeros y refundición de Estatutos, autorizada el 19 de diciembre de 1969, de la que se acompaña testimonio; que el poder otorgado por don Juan Chover Piquer como Director-Gerente de "Promoción de Viviendas Levantinas, S. A." (PROVILESA) a favor de don Vicente Bordón Felipe no ha sido inscrito en el Registro Mercantil de Madrid por no considerarse preciso según después explicará; que como preceptos aplicables al caso señala los artículos 21-6.^º del Código de comercio, 86-6.^º y 95 del Reglamento del Registro Mercantil; que el número 6.^º del artículo 21 del Código de comercio sólo impone la inscripción en el Registro Mercantil de los poderes generales; que el artículo 86, número 6.^º, del Reglamento del Registro Mercantil de 1956 ha tratado de dar la vuelta al precepto del Código de comercio al establecer como general la inscripción de los poderes, con excepción de los otorgados para pleitos y los relativos a uno o varios actos concretos que no estén sujetos a inscripción; que esta pretendida extensión en el texto legal del Código de comercio parece exceder de la competencia de un Reglamento y resulta además carente de sentido, pues para los destinatarios de poderes para realizar actos concretos es suficiente publicidad, al mismo tiempo imprescindible, la exhibición del título, por lo cual la interpretación del número 6 del artículo 86 del Re-

glamento Mercantil debe tener, cuando menos, carácter restrictivo; que de acuerdo con lo dicho, lo razonable parece que sería entender que la obligatoriedad de la inscripción exigida por el precepto reglamentario se refiere solamente a los actos que deban ser inscritos en el Registro Mercantil; que la referencia hecha en la nota calificadora al artículo 95 Reglamento del Registro Mercantil hace más patente lo que se acaba de alegar por cuanto, de ser exacta la opinión del Registrador, resultaría que unos poderes que facultan para realizar actos concretos que pueden ser de suma urgencia, e incluso vitales para la Sociedad, no podrían ser aceptados por ningún Notario mientras no hubiesen sido inscritos en el Registro Mercantil, después de aguardar el correspondiente turno según retraso que sufra la oficina registral, lo que contraría la celeridad característica del tráfico mercantil necesaria para el buen desenvolvimiento de la economía nacional, con lo que se perjudicaría el bien común, que es nota esencial del Derecho; y que el absurdo señalado resulta más palpable en el presente caso en que el Notario autorizante del poder cuestionado ha sido el mismo que intervino en las demás escrituras sociales, por lo cual ha tenido a la vista todos los antecedentes precisos para el perfecto conocimiento de la situación y la mejor apreciación de la legitimidad del otorgante.

Resultando que los Registradores titulares de la Oficina calificadora informaron: que la nota de calificación se extendió a la nota de la escritura de compraventa y poder antecedente, sin tener en cuenta la escritura de modificación social, por lo que carece de valor la argumentación final del recurrente de tener perfecto conocimiento de la situación para apreciar la legitimación del otorgante; que es fundamento esencial del recurso la interpretación que debe darse al número 6 del artículo 86 del Reglamento del Registro Mercantil, por su aparente contradicción con el número 6 del artículo 21 del Código de Comercio; que el número 6 del artículo 21 del Código de comercio señala los actos de los comerciantes, individuales o sociales, que deben figurar en su hoja registral, incluyendo entre ellos los "poderes generales dados a cualquier clase de mandatarios", y el artículo 86, número 6, del Reglamento del Registro Mercantil, desarrollando el anterior precepto, especifica qué poderes han de ser obligatoriamente inscritos y cuáles otros no están afectados por dicha obligatoriedad; que estiman excede de las atribuciones calificadoras el declarar no aplicable una disposición reglamentaria que no esté en abierta contradicción con la norma de rango superior; que ni siquiera aprecian contradicción entre las normas aplicables al presente caso, sino más bien complementariedad; que es evidente que la *ratio legis* del precepto reglamentario es la conveniencia e incluso necesidad de que los poderes emanen de órganos societarios que tengan por objeto actos sujetos a inscripción en el Registro de la Propiedad sean calificados y publicados por el Registro Mercantil, que es donde constan todos los datos que configuran la personalidad otorgante; que no se trata de un problema de interpretación restrictiva o extensiva de un precepto reglamentario, sino más bien del desarrollo de un precepto legal; y que en cuanto a las alegaciones sobre posible urgencia de otorgamiento y características

del tráfico mercantil, este problema tiene su solución en el artículo 154, párrafo 2º, del Reglamento Notarial.

Resultando que el Presidente de la Audiencia confirmó la nota recurrida por estimar: que si la contradicción del ordenamiento reglamentario con el legal fuese flagrante, habría de decidirse el Registrador por la primacía jerárquica de la ley, observando ésta y no aquélla en la calificación a efectuar, entre otras razones porque así lo imponen a todos los funcionarios públicos los artículos 26 y 28 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, que tras prohibir absolutamente que se dicte disposición de rango inferior contraria a ley, declara nulas de pleno derecho las que vulneren aquella prohibición; que este supuesto es casi inconcebible, pues significaría una actuación arbitraria de la Administración, en la que se habría eludido además el previo control de legalidad que supone el preceptivo informe del Consejo de Estado; que cuando la norma reglamentaria se propone desarrollar los preceptos legales, la función calificadora carece de prerrogativa para revelar esa dubitativa ilegalidad por estar atribuida tal fiscalización al orden jurisdiccional contencioso-administrativo; que el caso debatido encaja en este segundo supuesto al sustituir el nuevo Reglamento del Registro Mercantil al "inadecuado e incompleto" de 1919, haciendo expresa mención su Exposición de Motivos en la "necesidad de que los administradores, gerentes y apoderados tengan legitimadas sus facultades dispositivas y contractuales mediante la inscripción"; y que, en consecuencia, es correcta la calificación registral, sin que pueda suponer un perjuicio la característica celeridad del tráfico mercantil, ya que puede evitarse con la debida diligencia y en último término con la anotación preventiva del número 9 del artículo 42 de la Ley Hipotecaria.

Doctrina.—"Considerando que en este recurso se plantea la cuestión de si para inscribir en el Registro de la Propiedad una escritura de un piso, en la que la Sociedad vendedora aparece representada por un apoderado designado especialmente para este acto concreto, se requiere que previamente se inscriba en el Registro Mercantil la escritura en que se formalizó tal poder."

"Considerando que la actividad mercantil, con su obligado dinamismo, impone la ampliación de la esfera individual del comerciante o representante de la Sociedad, a través de las facultades conferidas a mandatarios, gerentes o factores para realizar una serie de actos en nombre de aquéllos, y al ser el Registro Mercantil —artículo 16 del Código de comercio— la institución encargada de darla a conocer a través de la publicidad de sus libros, todos los actos y contratos que sean inscribibles, con arreglo a las leyes habrán de ingresar, según el artículo 26-6º del mismo Cuerpo legal, los poderes generales que se otorguen a favor de esas mencionadas personas, al efecto de que los terceros que contratan puedan tener conocimiento de esta circunstancia."

"Considerando que el Reglamento del Registro Mercantil vigente exceptúa de la obligatoriedad de la inscripción —por razones fácilmente comprensibles— las escrituras de los poderes generales para pleitos, y respecto de las dudas que se habían planteado en relación a los poderes-

singulares o para actos concretos, aclara la cuestión, declarando igualmente su no obligatoriedad, siempre que tales actos concretos no estén sujetos a inscripción."

"Considerando que la frase final del indicado párrafo 6.^o del artículo 86 únicamente se refiere a aquellos actos concretos que sean inscribibles en el propio Registro Mercantil y así se deduce del texto de dicho artículo que solamente incluye en sus ocho apartados —el último con carácter general— actos de la competencia de este Registro."

"Considerando, en consecuencia, que al ser el documento calificado un poder dado por el gerente —cuyo nombramiento y facultades constan inscritos— a favor de otra persona para actos muy concretos, y que quedan fuera de la competencia del Registro Mercantil, no es obligatoria su inscripción en este Registro como requisito previo, para que puedan inscribirse las escrituras de venta de los pisos de un inmueble propiedad de la Sociedad y que han sido otorgados en su nombre por el apoderado nombrado."

"Esta Dirección General ha acordado revocar el Auto apelado y la nota del Registrador."

Consideraciones críticas.—Creo que es importante destacar en el ámbito general de la materia objeto de este recurso la idea que parece mantenerse tratando de aislar el Registro Mercantil del de la Propiedad y de otros con él relacionados, cuando de la legislación vigente parece deducirse todo lo contrario: la inevitable necesidad de estar relacionados entre sí y de aplicarse doctrinas y normas supletorias. Es evidente la distinta materia que uno y otro Registro proyectan y manejan, pero no debe olvidarse en ningún momento que la persona jurídica —sociedad mercantil en este caso— y el comerciante individual son entes aptos para ostentar titularidades sobre determinados bienes y las implicaciones entre los Registros que publican esas titularidades son diversas y necesarias.

Hay en el transfondo de la doctrina que se mantiene una pretendida justificación alegando lo que podría decirse o llamarse principio de la "celeridad del tráfico mercantil" que contrasta, sin embargo, con ese otro al que también se alude y es el de la "publicidad y legitimación" tan estrechamente relacionado con esos terceros que contratan con la sociedad y que deben tener conocimiento de los poderes que se otorguen a favor de determinadas personas.

El tema central del recurso es el de si para inscribir en el Registro de la Propiedad una escritura de venta de un piso, en el que la sociedad aparece representada por un apoderado especialmente para ese acto concreto, se requiere que previamente se inscriba en el Registro Mercantil la escritura en que se formalizó el poder. Ello obliga de una parte a saber con precisión qué actos son objeto de inscripción en el Registro Mercantil, pues en principio resulta difícil practicar inscripciones en el Registro de la Propiedad sin que conste antes la correspondiente en el Registro Mercantil, todo ello conforme al artículo 383 del Reglamento Hipotecario. Ello resulta lógico si partimos de las diferentes esferas en que se actúa y los distintos objetos de las inscripciones. La conexión entre uno y otro Registro es inevitable, necesaria y facilitadora de situaciones. Sería una

especie de herejía jurídica decir que la inscripción en el Registro de la Propiedad es una garantía de que previamente se han cumplido, por ejemplo, los deberes de liquidación y pago de impuestos, como el de Transmisiones Patrimoniales, Sucesiones y Actos Jurídicos Documentados, así como el Arbitrio de "plusvalía", para tratar de equiparar el cumplimiento de estos requisitos fiscales con la necesaria inscripción previa de ciertos actos en el Mercantil, pero en el fondo así lo es. La diferencia reside en que la liquidación o no del Impuesto y la inscripción o no del mismo sin el previo pago o declaración de exención suponen casos de responsabilidad administrativa por el funcionario que los comete, aparte de la responsabilidad fiscal, mientras que en el caso del Registro Mercantil, la previa inscripción al tener unos efectos propios y proyectar frente a terceros sus pronunciamientos es difícil reducirla a requisito previo a la que debe realizarse en el de la Propiedad.

No podemos examinar o descender a examinar todos y cada uno de los supuestos de inscripción, ya que ello haría interminable estas notas y nos apartaría del tema del recurso: si los poderes para un acto concreto son inscribibles necesariamente. De ahí, que debamos centrarnos en la singularidad del caso y tratar de examinar críticamente las razones en pro o en contra de la decisión adoptada. Parece ser que, conforme al artículo 6 del Reglamento del Registro Mercantil, no es obligatoria la inscripción de las escrituras de poderes generales para pleitos o para la realización de uno o varios actos concretos que no estén sujetos a inscripción. La duda interpretativa reside en si esa inscripción se está refiriendo a los actos que deben inscribirse en la "hoja abierta a cada Sociedad" o comerciante o, por el contrario, se está refiriendo a los actos sujetos a inscripción en los diferentes Registros y, concretamente, en el de la Propiedad. Por supuesto, recurrente y defensor de la nota adoptan posturas contrarias y tratan de defender su opinión. Resumimos criterios:

a) *Argumento de jerarquía legislativa.*—Parece ser bien sencillo, pues la parte que interpone el recurso alega una violación legislativa por parte del Reglamento Mercantil. El citado Reglamento se ha excedido respecto de lo que dispone el Código de comercio y, por ello, debe considerarse subordinado jerárquicamente a aquél. Según el artículo 21,6 del Código de comercio parece ser que se "anotarán": "Los poderes generales y la revocación de los mismos, si la hubiere, dados a los gerentes, factores, dependientes y cualesquiera otros mandatarios". El Reglamento del Registro Mercantil en el artículo 86,6 habla, sin embargo, de: "Los poderes, así como su modificación, revocación y sustitución. No será obligatoria la inscripción de poderes generales para pleitos o para la realización de uno o varios actos concretos que no estén sujetos a inscripción". Partiendo de esta letra y del espíritu de ambos preceptos lo importante hubiese sido descubrir lo que la Ley y el Reglamento entiende por "poderes generales".

Hay en el auto que dicta el Presidente de la Audiencia un argumento importante que no se ha tenido en cuenta al solucionar el recurso: si la

contradicción entre el ordenamiento reglamentario con el legal fuese flagrante, habría de decidirse el Registrador por la primacía jerárquica de la Ley, observando ésta y no aquélla en la calificación a efectuar, entre otras razones, porque así lo impone a todos los efectos a los públicos los artículos 26 y 28 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, que tras prohibir que se dicten disposiciones de rango inferior contrarias a la ley, declara nulas de pleno derecho las que vulneren aquella prohibición.

No podemos acudir al socorrido caso que se presenta diariamente en la legislación progresiva de nuestro país, pero sí importa fijarse bien que en el informe notarial es éste uno de los principales argumentos: "esta pretendida extensión en el texto legal del Código de comercio parece exceder de la competencia de un reglamento". Si este es el argumento decisivo, sobra el siguiente y la discusión de si el término "inscripción" debe o no referirse a los actos inscribibles en el Registro Mercantil o en el de la Propiedad. El precepto era nulo y no cabe más discusión.

La Dirección General no estima ese argumento, pero se vale del siguiente para solucionar el problema. Es decir, se fija en el posible "mayor abundamiento" del segundo argumento, más que en el primero. Y tenía razón, pues examinada la ley y el Reglamento hay muy poca variante. El Código de comercio habla de *poderes generales* y de su revocación, mientras que el Reglamento habla de "poderes", sin especificar si son generales o concretos, agregando a la posible revocación legal, la modificación y la sustitución. Esta amplitud en cuanto a modificación y sustitución queda restringida al afrontar el punto de los "*poderes generales*", pues para desarrollar la Ley lo único que hace es excluir de inscripción a los "*generales*" que se concedan para "pleitos o para la realización de uno o varios actos concretos que no estén sujetos a inscripción".

¿Podemos entender por "poder general" solamente el que es concedido en términos generales y que sólo faculta para los actos de administración, conforme dice el artículo 1.713 del Código civil o también es general el "expreso" que se concede para transigir, enajenar, hipotecar o realizar cualquier otro acto de riguroso dominio? Podríamos concretar nuestra opinión entendiendo que el poder es "general" no sólo en el caso de que fuera para pleitos o concebido en términos generales, sino también cuando faculte a una persona para vender, por ejemplo, o para realizar uno o varios actos concretos de venta y dejaría de ser general cuando se refiriese a la venta de una cosa determinada. Si esto lo admitimos, así todavía se complica más la interpretación, pues marginados de la inscripción deberán quedar no sólo los generales para pleitos, sino también los generales para un acto concreto y los concretos para la realización de uno o varios actos sobre cosa determinada, siempre que dichos actos no estén sujetos a inscripción. ¿A cuál de estos dos casos se ha querido referir la norma?

Sin perjuicio de que luego toquemos el problema de la "sustitución", creo que puede resultar aleccionador comparar los artículos 21 del Código de comercio y 86 del Reglamento del Registro Mercantil, ya que uno y

otro vienen a decir lo mismo, pero el 86 del Registro es más completo, pues desarrolla lo que dispone la ley. Cuando el Código de comercio habla de "poderes generales" dados a los gerentes, factores, dependientes y cualesquiera otros mandatarios está englobando lo que podríamos llamar "nombramiento y cese de administradores y liquidadores" a que se refiere el número 5 del artículo 86 del Reglamento, pues el artículo 21 del Código de comercio para nada se refiere a esos nombramientos, quizás por entender englobados los mismos en lo que se llama "poderes generales" o por estar refiriéndose a casos muy concretos de los comerciantes individuales. Convendría, por ello, comparar dicho artículo 21 del Código de comercio con el 76, 1.^o del Reglamento Mercantil, que está exclusivamente destinado a los comerciantes individuales y que dice exactamente igual para ambos casos: "los poderes generales dados a los gerentes, factores, dependientes y cualesquiera otros representantes y, en su caso, su revocación". Mientras que el comerciante individual precisa de "poderes generales" para esos gestores, dependientes y representantes, al comerciante social le basta en principio con la inscripción de los estatutos y el nombramiento de las personas que ejerzan las funciones de gestión y administración, refiriéndose, por ello el Reglamento, a los casos en los que las personas que ejerzan esas funciones otorguen a su vez poderes, los modifiquen, los revoquen o los sustituyan.

¿El otorgamiento de un poder general para pleitos, uno general para un acto o contrato o uno especial para cosa determinada, supone una sustitución de poder, delegación de facultades o un apoderamiento directo? Siguiendo el conocido trabajo de Porpetta Clérigo ("Sustitución de poder", A.A.M.N., tomo I) hay que distinguir entre la "sustitución" que supone un traspaso de facultades no revocable y que equivale a una renuncia traslativa que elimina toda actuación futura del apoderado, y el "subapoderamiento" que es delegación revocable que deja intacta la posición del apoderado que conserva su primitivo poder. Es curioso que bien optemos por configurar el supuesto como verdadera sustitución, cosa que exigiría una constatación registral, o bien como un subapoderamiento en su consideración de modificación de poder, también exigiría su inscripción. Pero es que en uno y otro caso, aun admitiendo que no estaban incluidos dichos poderes en la inscripción, habría que pensar en la posible y doble actuación de "sustituto" o subapoderado, junto con el gerente o administrador y el posible fraude que ello supondría, pues frente a todos uno queda facultado para actuar, mientras que la realidad de un poder no inscrito elimina o simultanea dichas facultades.

¿Pero estos casos pueden darse en la llamada representación orgánica? Es claro que, conforme a la tesis de Porpetta, en la representación orgánica no hay sustitución: "sólo cabe sustitución cuando el sustituyente opera con facultades que no le pertenecen, pues los poderes funcionan a base de facultades delegadas, pero las facultades representativas de que disfruta el órgano no proceden de una delegación, no proceden de otro sujeto de derecho, sino que al ejercerlas el órgano es el propio sujeto representado quien inmediatamente las ejerce por conducto suyo". De ahí que si no estamos ante un caso de "sustitución" estaremos en la

regla general de la inscripción de poderes, debiendo excluir solamente los "generales" antes citados y que se refieran a una cosa determinada. Parece ser que éste era el caso contemplado en la Resolución y ahora lo importante sería saber si ese acto era o no inscribible, y si por no serlo precisamente en el Registro Mercantil debería eliminarse de la inscripción.

b) *Argumento de la inscripción concretada al Registro Mercantil.*— Hemos quedado que todos los poderes son inscribibles, salvo los generales para pleitos y aquellos que se refieran a un acto o varios sobre cosa determinada y que "no estén sujetos a inscripción". ¿Pero a qué inscripción y en qué Registro? El considerando cuarto de la Resolución, coincidiendo exactamente con la posición notarial, entiende que la frase final del artículo comentado se refiere a aquellos actos concretos que no sean inscribibles en el propio Registro Mercantil, no a los que, por ejemplo, podrían generar inscripciones en el de la Propiedad, como en el presente caso.

La venta de unos pisos de un edificio perteneciente a la sociedad y la posible constitución de hipoteca en su garantía del precio aplazado, no parece ser en principio un acto sujeto a inscripción en el Registro Mercantil, pues aunque es evidente que el apoderamiento que ello significa para realizarlo "modifica el contenido de los documentos inscritos" no llega a incluir sobre la disposición del capital y sí del patrimonio, conforme al artículo 86, 8 del Reglamento del Registro Mercantil. Pero cabe preguntarse, ¿los actos enumerados en el artículo 86 del Reglamento del Registro Mercantil y que son objeto de inscripción pueden ser objeto de un poder especial y concreto? Precisamente por no serlo es por lo que no necesita matizar la palabra inscripción, referida al Registro Mercantil. Dar un poder para realizar cualesquiera de los actos enumerados, resulta insólito, de ahí que no precise referirse a ellos. Pero lo que no puede pretenderse es que, basándose en esa exclusión, debamos entender que se matice la norma para concretarla a todos los demás actos no enumerados en el citado precepto, pues ello elimina la posible relación que el Registro Mercantil debe tener y tiene con otros como el de la Propiedad, el de Hipoteca Mobiliaria, etc. Eliminar los poderes concretos o sobre cosa concreta que generen actos "no sujetos a inscripción en el Registro Mercantil", es eliminar de la inscripción los poderes para la realización de cualquier acto que no sea de los enumerados en el artículo 86 del Reglamento, esto es, para cualquier acto de la vida jurídica que deba inscribirse en cualquier Registro.

Al precepto que comentamos le falta la coletilla final "no sujetos a inscripción en cualquier Registro", lo cual también supondría una arbitrariedad, ya que su inutilidad resultaría clara. De ahí que añadirle al precepto o querer añadirle algo más de lo que dice, me parece excesivo. En materia de interpretación parece ser que había una regla de oro: donde la ley no distingue nosotros no debemos distinguir. ¿Por qué aquí distinguimos? Pero abandonando la "hermenéutica" de fácil utilización en la argumentación, vayamos a lo que es grave: eliminar de la inscripción los poderes para actos o contratos no sujetos a inscripción en el

Registro Mercantil es provocar una doble legitimación o apariencia jurídica simultaneando facultades de disposición en dos personas distintas o, lo que es igual, el problema de la doble venta, pero al revés en su iniciación: dos vendedores y dos compradores. Con la exhibición de un poder o de un "testimonio" de un poder revocado, el apoderado puede seguir actuando, aunque simultáneamente lo puede hacer el poderdante.

c) *Argumento sobre el dinamismo y la legitimación registral.*—Al igual que con los argumentos anteriores, la Dirección General sigue el informe del Notario autorizante. Y así, si el Notario habla de que la inscripción de dicho poder sería contraria a la "*celeridad característica del tráfico mercantil*" necesario para el buen desenvolvimiento de la economía nacional, con lo que se perjudicaría el bien común, la Dirección utiliza el argumento del dinamismo de la actividad mercantil y concluyen ambos que lo que no está sujeto a inscripción en el Registro Mercantil no tiene por qué legitimarse expresamente con una previa inscripción de poder. Es decir, se reduce la esfera de actuación al campo mercantil.

Verdaderamente que la Dirección no apura el argumento que el Notario señala, pues eso hubiera sido excesivo. El Notario puntualiza que en estos casos es más que suficiente la publicidad que supone la exhibición del título y que en el caso que se contempla, además, como el Notario autorizante es el que hizo el poder e intervino en todas las demás escrituras y tiene a la vista todos los antecedentes, nadie mejor que él para mejor apreciar la legitimidad del otorgante. En una frase castiza podría resumirse la postura notarial: yo me lo guiso y yo me lo como, palomo.

Es bien cierto que, como dice Ladaria Caldentey ("Legitimación y apariencia jurídica"), la legitimación puede emanar en forma "indirecta", a través del poder y de una forma "extraordinaria", mediante la inscripción registral, pero lo que ya resulta peligroso es mantener esas dos legitimaciones en pugna para decidir cuál de ellas ha de ser preferente, sobre todo cuando la primera se destruye por la revocación. El no controlar la primera, convirtiendo la legitimación "indirecta" en "extraordinaria" es exponerse a una doble actuación, sobre todo cuando la competencia notarial no depende de la intervención en un primer acto —como en la liquidación del Impuesto de Transmisiones, Sucesiones y Actos Documentados— sino de la libre elección del otorgante. Además, el hecho de ocuparse el Notario del otorgamiento de todos los documentos que pueden conformar un acto, no supone la eliminación del control que lleva consigo la calificación registral ni, por supuesto, la posibilidad de que en ella no se cometiera un error, una invalidez o un acto contrario a Derecho. Precisamente —y esto creo que ya está totalmente superado en la doctrina actual— la doble intervención de funcionarios la exige el Estado para cerciorarse de que el acto queda plenamente válido y eficaz. Aun admitiendo que la exhibición, no notarial, sino registral, del poder, en su copia y no testimoniado (recuérdese lo que ya dijo, bien dicho, Martínez Santonja en "Lo que debe hacerse y no debe hacerse en la redacción de documentos sujetos a inscripción"), fuese acreditativa de una legitimación, habría que acompañarla de algo que justificase las

facultades del poderdante, como una certificación registral, vigencia del cargo, etc. Así todo, ¿sería inscribible en el Registro de la Propiedad una venta de piso de la misma finca hecha por el gerente en base de las facultades estatutarias constatadas en el Registro Mercantil?

La deseada celeridad del mundo mercantil que ahora parece haberse contagiado a la mayoría de los campos de la vida, no creo que pueda ser argumento decisivo a la hora de inclinar balanzas. He opinado siempre que las cosas urgentes impiden hacer las cosas importantes y la celeridad no puede ser argumento cuando a su través se trata de eludir el cumplimiento de una ley en materia tan delicada como la de la legitimación. Bien claramente se lo dice el Registrador al Notario: la solución para lograr esa celeridad era y sigue siendo el párrafo 2 del artículo 164 del Reglamento Notarial.

Relacionado con la celeridad el informe notarial trae a colación —quizá en base de la nota calificadora y cita del funcionario— el artículo 95 del Reglamento del Registro Mercantil, según el cual ni los Jueces, ni los Tribunales, ni las Oficinas públicas podrán admitir documentos referentes a Sociedades que deban estar inscritos en el Registro Mercantil, extendiéndose dicha prohibición a los Notarios que hubieren de autorizar cualesquiera otros y en los que deban hacer constar la inscripción de aquéllos. Verdaderamente que aplicar la celeridad a los casos que en el supuesto del recurso se discuten y no extenderla a los demás que regula el artículo 86 del Reglamento Mercantil, es valorar subjetivamente una urgencia de venta de pisos como más necesitada de celeridad que los aumentos o disminuciones de capital social, emisiones de obligaciones, etcétera. En todo caso, la solución se la daba el mismo Registrador al entender aplicable a estos casos al ya citado artículo 164 del Reglamento Notarial.

No creo que pueda añadirse más en defensa del criterio opuesto al que la Resolución mantiene, pues, todos los posibles antecedentes que puedan traerse a colación son contrarios a la interpretación que se da por la Dirección al precepto cuestionado, pero hay que tener en cuenta que al suponer una modificación o, por lo menos, una aclaración de cuestiones y dudas planteadas, nada o muy poco añade el argumento histórico a la tesis que mantenemos.

A la hora de las valoraciones se hace muy necesario tener muy presente la generalidad de principios que pueden incidir en un caso determinado y como hemos visto si aquí parece predominar el de la "celeridad de tráfico mercantil", no había que haber echado en olvido esos otros que surgen de las inevitables relaciones que el Registro Mercantil tiene con el de la Propiedad y, sobre todo, esa publicidad creadora de legitimaciones extraordinarias que pueden conducir a resultados totalmente distintos de los que la celeridad exige. Por mi parte entiendo, igualmente, que la celeridad es la que puede ser tenida en cuenta por el legislador para dictar el precepto, pero debe ser tomada con mucha cautela por el intérprete y por el funcionario encargado de velar por el cumplimiento de la norma.

DERECHO MERCANTIL

SOCIEDAD ANÓNIMA. APODERAMIENTO.—NO ES INSCRIBIBLE LA ESCRITURA DE APODERAMIENTO OTORGADA POR UN BANCO A FAVOR DE QUIENES OCUPEN DETERMINADOS CARGOS CON LA SOLA REFERENCIA A LA OPORTUNA CERTIFICACIÓN DEL NOMBRAMIENTO. (Resolución de 13 de mayo de 1976, *Boletín Oficial del Estado* de 3 de julio de 1976.)

Hechos.—Resultando que por escritura autorizada en Madrid por el Notario don Enrique Sánchez Oliva el 28 de enero de 1975, don Vicente Salgado Blanco, Presidente del Banco Mercantil e Industrial, S. A., confirió poderes a todas las personas que ejerzan los cargos de Directores, Subdirectores, Interventores y Apoderados de las sucursales que el Banco tenga establecidas en la actualidad o establezca en el futuro a fin de que puedan, en nombre y representación de la entidad mandante ejercer las facultades que se relacionan en la certificación unida a la escritura, que especifica numerosos actos relativos al tráfico bancario tales como, entre otras, firmar y expedir toda clase de correspondencia, hacer préstamos, constituir, reconocer, modificar, dividir, aceptar, posponer, subrogar y cancelar hipotecas, tanto mobiliarias como inmobiliarias, prendas con o sin desplazamiento, censos, anticresis y cualesquiera otros derechos y estableciendo que para el ejercicio de las facultades transcritas bastará que los Directores, Subdirectores, Interventores y Apoderados del Banco acreditan mediante certificado expedido por la entidad bancaria su nombramiento para dichos cargos, sin que se señalen otras bases de determinación de las personas de los Apoderados ni de las Sucursales que en lo sucesivo se puedan establecer.

Resultando que presentada en el Registro copia autorizada de la anterior escritura fue calificada con la siguiente nota: "DENEGADA la inscripción del precedente documento:

1.^º Porque al no estar concedido el apoderamiento contenido en él a favor de persona determinada, queda al margen del documento público exigido por el artículo 1.280 del Código civil algo tan esencial al apoderamiento como es la persona concreta del apoderado.

2.^º Porque al verificarse su inscripción, la publicidad concedida al Registro Mercantil, institución pública, por el artículo segundo de su Reglamento y por el artículo 30 del Código de Comercio, al hacerse efectivo el apoderamiento contenido en el precedente documento y expedirse la certificación bancaria a la que el mismo se refiere, sería sustituida por la publicidad de las Entidades bancarias, Entidades privadas.

3.^º Porque en el mismo se contienen apoderamientos de Sucursales bancarias inexistentes en favor de inexistentes empleados del Banco Mercantil e Industrial, S. A.".

Resultando que don Félix Ester Gálvez, como Secretario General del Banco Mercantil e Industrial y en representación del mismo, interpuso recurso de reforma y subsidiariamente gubernativo contra la anterior calificación y alegó: que la citada Entidad bancaria ha procedido siem-

pre a inscribir los poderes conferidos en la escritura con el fin de procurar mayores garantías de seguridad a terceros, aun cuando jurídicamente no fuese necesario de conformidad con lo dispuesto en el artículo 86-6.^º del Reglamento del Registro Mercantil; que de mantenerse el criterio del Registrador no sería posible la inscripción de ningún poder a favor de una persona jurídica; que siempre se ha admitido esta forma de poder y así lo hace la Dirección General de los Registros y del Notariado en varias Resoluciones, entre ellas la de 4 de enero de 1902, cuando determina que el que concurre a un acto por el cargo que ejerce no necesita sino justificar el ejercicio del mismo; que la publicidad registral es suficiente cuando se determinan los cargos; que el poder cuya inscripción se deniega ha sido previamente inscrito sin dificultades en los Registros Mercantiles de todas aquellas provincias donde el Banco Mercantil e Industrial tiene establecidas sucursales y que incluso en el Registro Mercantil de Valladolid podrían, probablemente, hallarse antecedentes de inscripción de poderes análogos al debatido; que la aceptación del restringido criterio del funcionario calificador produciría grandes dificultades en el tráfico bancario, por el retraso que supondría el otorgamiento de un poder nominal y su posterior inscripción, teniendo en cuenta los frecuentes cambios de titularidad de los cargos por diversos motivos (traslados, ascensos, etc.).

Resultando que el Registrador dictó acuerdo manteniendo su calificación por los siguientes fundamentos: que conforme a lo preceptuado por el artículo 86-6.^º del Reglamento del Registro Mercantil, y en contrario de la afirmación del recurrente, es necesaria la inscripción del poder conferido en la escritura calificada por cuanto la constitución y cancelación de hipotecas es un acto sujeto a inscripción; que la Resolución de la Dirección General de 4 de enero de 1902, citada por el recurrente, no tienen ninguna relación con la nota objeto de recurso; que la inscripción de la escritura calificada redundaría en menoscabo del principio de publicidad conferido al Registro Mercantil por el artículo 30 del Código de Comercio y 2 del Reglamento del Registro Mercantil, base y esencia de la institución registral, lo que hace que el fondo del problema planteado no sea materia opinable, no siendo por tanto el criterio del Registrador susceptible de variación en aras de la unificación de pareceres; que la relación de apoderamiento está supeditada a su constancia en documento público conforme a lo determinado en el artículo 1.280-5.^º del Código civil y 90 del Reglamento del Registro Mercantil, pudiendo quedar indeterminada la persona del apoderado para ser determinada "a posteriori" siempre que se sienten en la escritura las bases de la determinación, que en principio no pueden ser otras que un nuevo documento público u otra escritura, pero nunca una simple certificación bancaria como se pretende, y si esto es así, la agilidad del tráfico bancario no ganaría nada con la inscripción, puesto que se requeriría otra escritura posterior concretando la persona del apoderado; que el criterio que considera que una certificación con firmas legitimadas es suficiente para la determinación de la persona del apoderado choca con el artículo 257 del Reglamento Notarial, que autoriza a los Notarios para la legitimación

ción de firmas puestas al pie de documentos no sean de los comprendidos en el artículo 1.280 del Código civil; que en consulta formulada por la Asesoría Jurídica del Banco de España a la Dirección General de los Registros y del Notariado, resuelta el 8 de enero de 1974, se planteaba el problema de si los poderes otorgados genéricamente a determinados cargos podían sufrir efectos en el Banco de España completándose la identificación con un certificado expedido por el Banco con firmas legitimadas, a lo que la Dirección General no encontró inconveniente, pero que el caso debatido es distinto ya que supone dar validez como identificación complementaria suficiente y con efectos ante el Registro al certificado expedido por el Gerente de un determinado Banco, o por el Director de los Servicios Centrales u otro empleado con firmas legitimadas, pero al que no corresponde legalmente la representación del mismo por no pertenecer al Consejo de Administración como Apoderado con facultades para expedir tal certificación; que al resolver la consulta formulada la Dirección General insistió mucho en que la representación de las entidades bancarias ha de emanar de lo que proclame el Registro Mercantil, las nuevas escrituras que determinen la persona concreta del apoderado o los certificados legitimados, en su caso, deben constar en el Registro Mercantil por nota marginal o de otro modo, única forma de que las escrituras como la calificada produzcan sus efectos, por lo que la inscripción de escrituras sin determinación de la persona del apoderado no agilizaría el tráfico bancario; que en la escritura debatida ni se determinan las personas de los apoderados ni se establecen las bases para su determinación, por lo que su inscripción produciría como consecuencia que la función de publicidad conferida al Registro por el artículo 30 del Código de comercio y 2.^º del Reglamento del Registro Mercantil se desplazase a los archivos de la entidad bancaria; que en la citada escritura se va incluso muy lejos, ya que la entidad poderdante no sólo está determinada, sino que a veces es inexistente; y que en definitiva vuelve a insistir que si se accediese a la inscripción solicitada nada supondría para la agilidad del tráfico jurídico y sí un detrimiento para la publicidad registral.

Doctrina.—“Considerando que en este recurso se plantea la cuestión de si es inscribible en el Registro Mercantil la escritura de apoderamiento otorgada por el Banco Mercantil e Industrial a favor de las personas que ejerzan los cargos de Directores, Subdirectores, Interventores y Apoderados de las Sucursales que el mencionado Banco tenga establecidas en la actualidad o establezca en el futuro, los cuales podrán ejercitar las facultades que en concreto se les confieren una vez acreditada con la oportuna certificación expedida por el Banco haber sido designados para ejercer cualquiera de dichos cargos.”

“Considerando que la organización de las funciones de gestión y representación en las personas jurídicas en general, y en particular en las Sociedades, está condicionada por la dimensión que alcancen y por las características de la actividad en que operen, lo que origina que entre las diversas alternativas que la regulación ofrece —administración unipersonal o colegiada, centralizada o descentralizada, distribuida segú-

criterios funcionales territoriales— haya de proceder la Sociedad a articular libremente los órganos de administración según las particulares exigencias de la propia Empresa.”

“Considerando que al tratarse de una Sociedad que por su complejidad y por la extensión territorial de sus operaciones no permite al Consejo de Administración, o a las Comisiones ejecutivas que de su seno puedan surgir, desplegar toda la actividad que sería necesaria para la buena marcha de la Empresa, por lo que una racionalización del trabajo y una mejor organización de la Sociedad exige que, al amparo de lo establecido en el párrafo 1.^º “*in fine*” del artículo 77 de la Ley de Sociedades Anónimas, puedan, mediante los oportunos apoderamientos, descentralizar algunas de las funciones en favor de aquellos que mediante una relación de arrendamiento de servicios ostentan un cargo dentro de la propia Empresa y no pertenecen al Consejo de Administración.”

“Considerando que la publicidad registral mercantil en lo que se refiere a los apoderamientos no tiene la significación de un requisito para la inscripción de los actos representativos que otorgue el apoderado y que sean inscribibles, sino que, por el contrario, se trata de una publicidad de efectos sustantivos que, según el artículo 29 del Código de comercio, supone una carga para el poderdante y una protección para el tercero que contrasta con el representante del apoderado, cuando este tercero actúa de buena fe por desconocer los términos del poder.”

“Considerando que entrando en concreto en el examen de la nota, y en relación a los dos primeros defectos, cabe observar que la representación mercantil aparece justificada o en la apariencia jurídica de hecho —artículos 283 y 286 del Código de comercio— o en el apoderamiento otorgado conforme a derecho con las formalidades establecidas en nuestras leyes, y fundamentalmente en el artículo 1.280-5.^º del Código civil, que exige el otorgamiento de escritura pública.”

“Considerando que es evidente que el Registro Mercantil no es el cauce adecuado para la publicidad de los elementos de hecho de una Sociedad o Empresa mercantil —como en parecida medida sucede en el Registro de la Propiedad, en que los principios hipotecarios no se aplican al simple hecho de poseer, artículo 5 de la Ley Hipotecaria—, dado que toda la publicidad registral se mueve dentro del campo de la apariencia jurídica formal, y por ello no sólo pueden tener acceso al Registro los apoderamientos que resultan de una situación de hecho, sino tampoco aquellos otros en que todo el negocio representativo no aparezca completo en el documento que lo formaliza, como sucede en el presente caso en donde la escritura calificada designa genéricamente al apoderado sin individualizarlo, ya que esta individualización queda prevista se verifique por medio de certificación de la Sociedad poderdante, mero documento privado, con lo que se infringe lo dispuesto en el artículo 1.280 del Código civil y se deja incompleta la publicidad documental del título de apoderamiento que regula el artículo 1.219 del mismo Cuerpo legal, por lo que no cabe su inscripción al oponerse a lo establecido en el artículo 90 del Reglamento del Registro Mercantil.”

“Considerando que no se ve ningún inconveniente en que el apoderado

miento pueda estar comprendido en dos o más escrituras públicas, una de ellas con el contenido de la que ha sido objeto de calificación y la otra u otras en que se individualicen personalmente los apoderados, ya que en este caso aparecen cumplidas las exigencias del artículo 1.219 del Código civil y 164 y 165 del Reglamento Notarial, en cuanto que la segunda o ulteriores escrituras desarrollan o completan la primera anterior y esta forma compleja de documentar el apoderamiento es perfectamente inscribible al amparo del mencionado artículo 90 del Reglamento."

"Considerando finalmente, en cuanto al tercer defecto, que la inscripción de las Sucursales no es estrictamente necesaria, según declaró la Resolución de 8 de enero de 1974, y por tanto, mientras no se practique la inscripción separada en el Registro Mercantil a que corresponda la sede de la Sucursal —artículo 97 del Reglamento que lo regula—, los poderes deberán inscribirse, conforme a las normas generales, en la hoja abierta a la Sociedad en su domicilio social, y sólo a medida que se vayan creando las nuevas Sucursales y se haya abierto su hoja correspondiente, procederá practicar los asientos pertinentes, sin que el hecho de que en un futuro puedan crearse nuevas Sucursales sea un obstáculo para realizar las inscripciones que procedan en las ya creadas y en las que se ha solicitado se llevaran a cabo."

"Esta Dirección General ha acordado confirmar los defectos primero y segundo de la nota del Registrador y revocar el tercero."

Consideraciones críticas.—El problema jurídico que esta Resolución ofrece es producto, sin duda alguna, de esa especie de descentralización bancaria y sucesiva creación de sucursales, fenómeno que va parejo con el crecimiento periférico de las ciudades, barrios y distritos. El problema se concreta a la necesidad de que el Director, Apoderado o Interventor de cada sucursal pueda representar debidamente al Banco o Entidad Bancaria sobre la base de un poder referido al cargo, pero sin expresión de la persona, pudiendo hacerse esa concreción mediante otro documento.

En mi corta estancia por Cataluña observé —y creo que el problema se logró mitigar un poco a base de ciertos acuerdos tomados en el Centro de Estudios Hipotecarios— una viciosa práctica en la constitución de las hipotecas otorgadas por las Cajas de Ahorros y sus respectivas sucursales, ya que el apoderamiento al Director de la sucursal se hacía por medio de acuerdo certificado del Consejo de Administración. La frecuencia con que en esa región se da la garantía hipotecaria hizo que las medidas adoptadas fueran sólo a partir de una fecha de otorgamiento, pues el dar efecto retroactivo a la medida hubiese paralizado la contratación, ya que cada venta lleva consigo la hipoteca.

Tratando de averiguar las razones en que podía basarse esta viciosa práctica no he podido menos de relacionar esos casos con los de los cargos políticos, cuya personalidad en el documento público se acredita por "notoriedad" según dice el artículo 156 del Reglamento Notarial en su número 4º: "...salvo si se tratare de funcionarios públicos que intervengan en el ejercicio de sus cargos, que bastará con la indicación de éste y el nombre y apellidos". Es frequentísimo que el Consejo de Administración autorice al Delegado de Gobierno, por ejemplo, y que se accom-

pañe certificación del Secretario en la que se acredite que el cargo lo ejerce la persona que sea y que está vigente. Quizá de ahí venga la asimilación de los Directores y Apoderados con los "funcionarios públicos", que en el caso de la Banca Oficial resulta evidente.

El supuesto está ya estudiado clarísimoamente por Porpetta Clérigo ("Sustitución de poder", AAMN, Tomo I) quien al exponer ciertas figuras colindantes con el subapoderamiento nos habla de los poderes "al cargo", los "al portador" y los "en blanco". Los primeros son los que se conceden al Presidente de una Sociedad o Corporación, cuyos sucesivos ocupantes los utilizan en ese concepto, sin que el forzoso cambio de personas suponga desplazamiento alguno de facultades mientras el cargo (verdadero titular de aquéllas) continúe subsistiendo; los poderes "al portador" suponen el hecho de que el poderdante autorice al apoderado para delegar en un tercero sin saber quién pueda ser y los poderes "en blanco" es el caso de un poder que se le entrega a una persona en blanco y bajo la firma de un tercero y en el cual estampa el nombre de otra. Mientras en los documentos al portador lo decisivo es la transferencia manual del documento, en los en blanco lo es la firma que los autoriza.

Porpetta Clérigo advertía que ninguno de estos supuestos había tomado carta de naturaleza en la instrumentación española y que verdaderamente por ser el mandato o el poder actos eminentemente personales, donde la confianza es la razón de su existencia, resultan de difícil admisión. Puede ser este motivo el propicio para intentar ver el posible juego de la validez de las figuras. Todo ello sin desviarnos de lo que podríamos considerar como base del recurso: el apoderamiento al cargo, su posibilidad de inscripción en el Registro Mercantil y el conexo de sucursales de nueva creación y de personas que en su día ejercerán el cargo. De ahí que dividamos en dos nuestros comentarios:

A) *La persona y el cargo*

De la lectura de los diversos considerandos de la Resolución parece deducirse que se da por supuesto no solamente la validez, sino la frecuencia, de la figura del "apoderamiento al cargo", planteándose únicamente la manera o la forma en que ha de procederse para dar vida humana, para llenar de vida, la abstracción que supone un cargo. Y en esto parecen coincidir el recurrente y el funcionario calificador. Este último, solamente condiciona la posible validez de ese poder al cargo, siempre que se sienten en las escrituras las bases de la determinación "a posteriori" de la persona del apoderado.

Quizá con ello se ha llevado hasta los últimos extremos esa serie de diferencias que la doctrina puso de relieve para diferenciar mandato y poder. El mandado supone una obligación, hay gestión y es acto bilateral. En el poder hay relación externa, facultad, representación y es unilateral. El apoderamiento siempre genera una legitimación externa basada en el acto del poderdante, de ahí que no quepa la renuncia. Digo que se han llevado hasta los últimos extremos estas diferencias, pues en todas ellas, late la existencia de dos personas, poderdante y apoderado. Aquí,

en la construcción que se ofrece, despersonaliza el acto. Solamente la figura del poderdante es la que cuenta, quien otorga lo que Carnelutti llamaba el poder de representación, susceptible de apoyarse en relaciones causales de diverso contenido que pueden incluso faltar. De esta forma parece lograrse la realización práctica de la "continuidad" de poder que, despersonalizado, sólo puede cesar por revocación.

Quizá no deba o no pueda alegarse en contra la idea de la confianza y el "ituitu personae", pues aunque esa relación lo es en efecto de confianza, es evidente que la designación de la persona que ha de desempeñar el cargo y que ha de asumir la calidad de apoderado debe también serlo del poderdante, sobre todo si de Bancos se trata. De ahí que la labor del intérprete no creo deba discurrir por la margen de la discusión sobre validez o nulidad de la figura, ya que a ello no parece oponerse obstáculo aparente dentro de la legislación, y si intentar una construcción que pueda sostener jurídicamente la figura.

¿Qué es el apoderamiento al cargo? Y aquí la imaginación del jurista puede llegar a límites insospechados pasando desde esa construcción que lindaba —según Porpetta— con el subapoderamiento, hasta la atrevida tesis de precontrato o promesa unilateral, pasando por la reserva de opción, hasta llegar a la figura del contrato con persona a designar tan estudiada por Stolfi, Enrietti y, entre nuestros juristas, por De Castro y Vallet de Goytisolo. A mi entender, aunque tendría que demostrarlo, no existe un verdadero apoderamiento, pues éste exige en el otro lado de la voluntad del poderdante una persona natural o jurídica, pero no una abstracción. Estamos ante un negocio jurídico imperfecto, condicionado, un apoderamiento de futuro, un proyecto de negocio, etc. Todo ello sin negar la eficacia práctica que pueda tener la figura y la necesidad que ella lleva a cubrir. La fórmula del apoderamiento al cargo es muy semejante a la de la designación del apoderado mediante el modo indirecto de referirlo a la titularidad que pueda ostentarse sobre un bien mueble o inmueble o un animal, lo cual es decir bien poco, sobre todo hasta que se demuestre esa titularidad. De ahí que a las notas que la doctrina señalaba como decisivas para configurar el apoderamiento, se me antoja que debería añadirse esta otra: la necesaria determinación de la persona del apoderado. Digo esto, porque admitiendo el apoderamiento al cargo se oscurece el juego de la "renuncia" que Hupka afirmaba no poder existir dada la esencia unilateral del apoderamiento. La renuncia al "cargo" del Director de Banco (admitiendo que la gente renuncie a esos puestos) lleva consigo la renuncia al poder y la despersonalización del mismo. Estamos en el mismo caso del poder a favor de quien sea propietario de una finca: la transmisión de titularidad hace recaer toda la fuerza del apoderamiento en la voluntad del apoderado. Quizá todo esto no sea muy convincente, pues creo que en el negocio unilateral del apoderamiento habría que también tener muy en cuenta la relación causal que lo motiva.

B) Forma de concretar la persona del Apoderado

De lo que se trataba y discutía es de si el "poder al cargo" era o no inscribible en el Registro Mercantil en la forma otorgada o precisaba de un complemento. Y lo portentoso del caso —lo paradójico del caso— es que dando por resuelto el problema de la validez del apoderamiento "al cargo" o, por lo menos sin afrontarlo, se decide que el documento tal y como se ofrece no puede ser objeto de inscripción.

Con ello se aceptan las dos primeras razones o defectos que el Registrador puso al documento. Sobre todo la primera, que luego queda un tanto mermada al ser desarrollada. El Registrador precisaba que al no existir un apoderado concretamente señalado le faltaba algo tan esencial como la persona del apoderado y quedaba fuera del artículo 1.280 del Código civil. Luego estropea la nota al decir que hubiera bastado que el documento señalase las bases de la determinación, lo cual viene a negar la afirmación anterior. O es básico o no es básico el problema de la determinación. Menos mal que la Dirección sólo acepta la tesis de la nota y no la aclaración, entendiendo que el apoderamiento puede estar comprendido "en dos o más escrituras públicas", una en la que se haga el apoderamiento "al cargo" y otra en la que se "individualicen personalmente los apoderados". Con ello se da cumplimiento a lo que disponen los artículos 164 y 165 del Reglamento Notarial y 1.219 del Código civil, los primeros referidos a la "intervención notarial" y el segundo a la eficacia del documento público posterior frente al anterior.

Es decir, la Dirección General entiende que la exigencia del artículo 1.280 del Código civil respecto de la escritura pública sólo puede ser cumplida en un solo acto o en otro posterior mediante otro otorgamiento, pero nunca mediante un documento que no sea escritura pública, como podía ser una certificación bancaria del nombramiento y vigencia de determinada persona para el cargo que fuese. Y ante ello es preciso concluir que el "apoderamiento al cargo" es un negocio incompleto que precisa siempre de una segunda etapa a cumplir, pues de reputarse válido como parece desprenderse del arranque del recurso, es evidente que podía ser complementado con cualquier otro documento: certificación bancaria, por ejemplo, con firmas legitimadas. Choca, pues, la argumentación, incluso la del Registrador, pues se insiste en el mismo argumento por caminos distintos: la Dirección, a través del artículo 1.280 del Código civil y el Registrador sobre la base del artículo 257 del Reglamento Notarial que prohíbe la legitimación de firmas de documentos no comprendidos en el artículo 1.280 del Código civil.

La otra razón que el Registrador exponía en su nota era la de la publicidad registral. Si se admite la inscripción del documento de apoderamiento "al cargo" en el Registro Mercantil y posteriormente se permite su "concreción" en base de una certificación bancaria, parecen superponerse dos publicidades, la registral y la emanada de la certificación, otorgando a esta última los mismos efectos que a la primera. Lo que no se resuelve en forma expresa, aunque parece deducirse del recurso, es si

podría inscribirse la escritura de apoderamiento al "cargo", juntamente con la certificación bancaria con firmas legitimadas, aplicando analógicamente algún artículo del Reglamento del Registro Mercantil, como podía ser el 108 para el nombramiento de administradores. En esto la Dirección es inflexible: el artículo 90 del Reglamento es lo suficientemente claro a este respecto: los poderes deben constar en escritura pública para que tengan acceso al Registro.

Sobre la Dirección General no pesa el argumento utilizado por el recurrente de la "*celeridad propia del tráfico bancario*" (cosa que, sin embargo, es utilizada como argumento en otra Resolución posterior y que comentamos con anterioridad a ésta en estas mismas notas: Resolución de 25 de agosto de 1976) y sí creo que es decisivo el contenido de la Resolución de 8 de enero de 1974, en la que se resolvía una consulta formulada por el Banco de España en orden a una "certificación bancaria" que se estimó insuficiente para completar unos poderes genéricos a favor de determinados "cargos". A pesar de ello, en el arranque de los considerandos parecía que ese criterio de la "*celeridad comercial*", la descentralización, etc., podían decidir o haber decidido la cuestión.

En los considerandos cuatro, cinco y seis se toca el tema de la publicidad, la apariencia jurídica e incluso de la publicidad de los elementos de hecho, pero entiendo que con ser generalizaciones, más o menos discutibles, bien perfiladas, no sirven en este caso de apoyo a la tesis que se sustenta en el recurso. Había que haber intentado el camino de la construcción del "apoderamiento al cargo" con toda su indudable dificultad.

C) *Inscripción de sucursales*

Se ocupa del problema el último considerando de la Resolución, que a mi entender —y en esto me alegra coincidir con Tirso Carretero (Comentario a esta Resolución en "Rev. Cr. Dr. Inmobiliario", Noviembre-diciembre 1976, pág. 1475)— está en abierta contradicción con todo lo sostenido anteriormente. Aparentemente es claro lo que parece querer decir: *que los poderes a Directores de Sucursales no inscristas y aún no creadas se inscriban en el folio abierto a la central*.

Pero si se detiene uno a pensar en eso vemos que la Dirección ha dicho en considerandos anteriores que los "apoderamientos al cargo" no son inscribibles si a ellos no se acompaña una escritura pública en la cual se concrete o individualice la persona que ejerce el cargo y a la cual le corresponde la representación. ¿Cómo es posible que los "apoderamientos al cargo" de sucursales que aún no han sido creadas puedan inscribirse en el folio de la Oficina central si en ellas no caben los de las sucursales "ya creadas"? Tenía razón el Registrador al hablar en su nota de "apoderamientos de sucursales bancarias inexistentes en favor de inexistentes empleados".

Parece un contrasentido todo ello, máxime si uno se fija en que precisamente en este caso que es donde el Registrador tenía toda la razón, es donde se la quitan, revocando su nota. Quizá sin esa revocación de-

nota podría admitirse, con leves retoques, lo que dice el considerando en el fondo: que hasta que no se creen las sucursales y se inscriban las mismas es muy difícil, por no decir imposible, inscribir esos apoderamientos a favor de personas inexistentes.

Tirso Carretero, en el comentario que cito, completa el estudio de este considerando haciendo un recorrido por la legislación para descubrir la forma y manera de la inscripción de sucursales en el Registro Mercantil. De ahí que yo remita al lector a dicha publicación, la cual, por ser muy completa, es muy difícil de superar y lo suficientemente clara para que todo aquel que tenga curiosidad de conocerla.

SOCIEDAD ANÓNIMA. LEGALIZACIÓN DE FIRMAS.—ES INSCRIBIBLE UN ACTA SOBRE LEGITIMIDAD DE FIRMAS EN QUE EL NOTARIO AUTORIZANTE ASEVERA QUE LAS IMPRESAS EN EL LLAMADO TÍTULO-ACCIÓN QUE SE INCORPORA AL PROTOCOLO SON IDÉNTICAS A LAS FIRMAS AUTÓGRAFAS ESTAMPADAS ANTE EL FEDATARIO, CON DECLARACIÓN POR PARTE DE LOS REPRESENTANTES DE LA SOCIEDAD DE AQUEL TÍTULO-ACCIÓN ES EXACTAMENTE IGUAL A TODOS LOS EMITIDOS. Resolución de 14 de octubre de 1976, *Boletín Oficial del Estado* de 12 de noviembre de 1976.)

Hechos.—Resultando que la Sociedad “Valores de Internacional de Comercio, S. A. —INCOVASA—, en escritura autorizada por el Notario de Madrid don Antonio Rodríguez Adrados, en 1 de julio de 1974, aumentó su capital social en doscientos millones de pesetas, por lo que su total capital actual es de cuatrocientos millones, representado por ochocientas mil acciones al portador de quinientas pesetas nominales cada una, todas ellas suscritas y totalmente desembolsadas, y que para dar cumplimiento a lo ordenado en el Decreto de 21 de febrero de 1958 se imprimieron los ochocientos mil títulos con las firmas también impresas de su Presidente y del Consejero-Delegado, los cuales comparecieron ante el Notario, al que entregaron un título sin numeración e idéntico a todos los demás a fin de que el Notario levantase Acta a la que incorporaría dicho título, y en la que acreditaría la identidad de las firmas impresas en el título presentado con las que estamparían a continuación en su presencia al autorizarse el Acta.

Resultando que autorizada en la forma indicada el Acta con fecha 19 de noviembre de 1976 y presentada a continuación en el Registro Mercantil primera copia de la misma, fue calificada con la siguiente nota: “DE NEGADA la inscripción del precedente documento —previo el cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 385, c), del Reglamento Hipotecario— por acreditarse mediante la diligencia que contiene solamente la identidad de las firmas que aparecen en un impreso llamado “título de acción”, carente de valor jurídico, con otras estampas a presencia del señor Notario autorizante, identificación que no está comprendida entre las que pueden tener acceso al Registro. Es defecto insubsanable, que impediría la anotación preventiva, si fuera solicitada”.

Resultando que el Notario autorizante del instrumento interpuso re-

curso de reforma y subsidiariamente gubernativo contra la anterior calificación y alegó que el fondo del problema se reduce a determinar si el Notario tiene que comprobar la identificación de firmas de todos los títulos de cuya identificación se trata, o si es suficiente el procedimiento utilizado en el Acta calificada que la interpretación literal que hace el funcionario calificador del Decreto de 21 de febrero de 1958 no es tan segura como para fundar la denegación impugnada, dado que el plural "firmas impresas" puede referirse no a la pluralidad de títulos a examinar, sino a la pluralidad de firmas, en el supuesto, normal en la práctica, de que sean dos los administradores que deban firmar los títulos, y a esta opinión nos conduce el tipo de documento notarial exigido, una sola Acta notarial y no una diligencia por título, ya que de nada serviría a los accionistas ni a los futuros adquirentes de los títulos que el Notario hubiese examinado éstos uno por uno, comprobando las firmas, si esta comprobación notarial no constase en el mismo título, ya que nadie podría estar seguro de si determinado título había sido objeto de comprobación notarial o no; que el Decreto citado no exige una actuación notarial sobre cada título, sino un Acta notarial genérica comprensiva de todos, careciendo de sentido la comprobación individualizada; que el mencionado Decreto de 21 de febrero de 1958 ha de ser interpretado a la luz de su precedente el artículo 2.354-2.^o del Código civil italiano, que establece que las acciones deben ser suscritas por uno de los administradores y que es válida la suscripción mediante la reproducción mecánica de la firma con tal de que el original sea depositado en la oficina del Registro de Empresas en que está inscrita la Sociedad, ya que no se trata de legitimar las firmas de cada título, sino de crear un original del título de acción con firmas legitimadas depositado en una oficina pública que permite el cotejo cuando sea necesario; que el Decreto de 1958 ha preferido, por el contrario, la conservación en el protocolo notarial, y no en el Registro Mercantil, pero completando el sistema con la inscripción en el Registro Mercantil para que se haga público en qué protocolo notarial se encuentra el original; que la nota de calificación es una novedad, ya que el Acta cuya inscripción se deniega es el sistema utilizado normalmente y a través del cual se ha hecho constar en el Registro Mercantil de Madrid y en otros muchos la identificación de multitud de títulos de acción; que con este sistema se trata de crear y conservar, uniéndolo al protocolo, el original del título, que necesariamente ha de ser un impreso sin valor; que el Decreto de 7 de julio de 1965 que declara válida para las obligaciones la fórmula establecida en el Decreto de 1958 para la identificación de firmas de las acciones, dice textualmente: "fórmula para acreditar la identidad de las firmas impresas en el título-acción", interpretando de forma auténtica que el Notario sólo acredita la identidad de las firmas impresas en un solo título, el original o matriz que se une al protocolo; que análogo criterio es el seguido por la Junta de Decanos de Colegios Notariales al resolver una consulta sobre la forma de aplicación del número 7 de los aranceles notariales en el caso de las actas a que se refiere el Decreto de 1958; que el Decreto de 1958 cuyo fin es arbitrar una fórmula que facilite, dentro de

la seguridad necesaria, la emisión y circulación de los títulos representativos de las acciones no puede ser interpretado en el sentido de entorpecer la vida mercantil, llegando a hacer imposible la puesta en circulación de tales títulos; que con la interpretación pretendida por la nota calificadora, en esta Sociedad con ochocientas mil acciones, la labor del Notario autorizante sería ingente y abrumadora, pues aun despachandomil títulos diarios, comprobando cada día dos mil firmas, se necesitarían ochocientos días, o sea, todos los días hábiles de tres años; y piénsese en su total imposibilidad en los casos de las grandes compañías eléctricas, o bancarias; que tal interpretación conduciría a que el Decreto de 1958 fuera letra muerta, y según la constante jurisprudencia del Tribunal Supremo, toda interpretación que conduzca al absurdo debe rechazarse; que no es lógico un refuerzo de exigencias en este momento en que el concepto de acción como título está en plena crisis que llevará sin duda a su desaparición, habiéndose dado el primer paso en este sentido por el Decreto de 25 de abril de 1974 referente al sistema de liquidación y compensación de operaciones en Bolsa; y que el concepto de falta insubsanable de la nota no es aplicable a supuestos como el presente, en que el documento a inscribir es un Acta notarial, que al no precisar unidad de acto ni de contexto puede continuarse con cuantas diligencias fueran precisas.

Resultando que el Registrador dictó acuerdo de conformidad con los cotitulares de la Oficina, manteniendo su calificación por los siguientes fundamentos: que si bien el Decreto de 21 de febrero de 1958 autoriza que los títulos de las acciones no sean firmados de su puño y letra por los administradores —permitiendo la sustitución del requisito de la firma autógrafa por la impresión o reproducción en los títulos de las firmas que se han estampado anteriormente por los administradores en un documento distinto, que puede consistir en un trozo de papel, una plancha metálica o cualquier otro objeto para ello—, exige para esa sustitución el cumplimiento de un requisito que garantice la fidelidad de la reproducción, consistente en un Acta notarial que acredite la identidad de las firmas impresas en los títulos y las firmas autógrafas estampadas a presencia del Notario; que el Acta cuya inscripción se pretende sea sólo acreditativa de las manifestaciones de los requirentes y del hecho de que las firmas impresas en un título nulo son idénticas a las firmas autógrafas estampadas ante el Notario, lo cual no cumple las prescripciones del Decreto, pues no basta la remisión que se hace en el Acta controvertida en cuanto a la existencia de los títulos y de las firmas en ellos impresas a las manifestaciones de los representantes de la Sociedad emisora; que efectivamente, como indica el recurrente, el Decreto no exige la identificación individualizada de cada una de las firmas, como así se deduce de su único artículo y sobre todo del preámbulo; que aparte de la observación directa por el Notario de cada una de las firmas impresas comparándolas con las autógrafas, existen otros medios utilizables para la identificación basados en técnicas extranjurídicas, cuya existencia está presupuesta por las normas legales, técnicas que pueden ser utilizadas para acreditar lo que el Decreto exige, con lo que se obviarían las di-

ficultades que para la vida mercantil y el normal desarrollo de la función notarial supondría el sistema de cotejar individualizadamente las firmas impresas con las autógrafas; que tratándose de la identificación de firmas impresas corresponde a la técnica de imprimir la determinación y ejecución de los procedimientos a seguir; pudiendo el Notario utilizarlas en la medida que lo estime suficiente para acreditar lo que el Decreto exige; que el Decreto habla de un Acta notarial, por lo que nada impide que para llevar a cabo la identificación de las firmas impresas en los títulos se practiquen varias diligencias; que con la finalidad de esclarecer el punto controvertido y que no se pueda llegar a la reducción al absurdo que apunta el recurrente, y teniendo en cuenta que las técnicas de imprenta se basan en la existencia del "original", que ha de ser reproducido mecánicamente, puede sugerirse que lo lógico sería que las firmas autógrafas se estampasen ante el Notario en dicho original, el cual habrá de ser el del título completo y por tanto comprendiendo la matriz, ya que según el artículo 35 de la Ley de Sociedades Anónimas las acciones se extenderán en libros talonarios; que el Notario, mediante las correspondientes diligencias, puede comprobar la identidad del elemento colocado en la platina de imprimir para su reproducción con el original aludido, precintando el numerador de la propia platina después de instalar el papel que ha de ser impreso, y levantar el precinto una vez terminada la tirada; que si el Notario lo estimara preciso, en la misma diligencia o en otra a continuación podrá hacerse constar el pase de la serie impresa a la máquina contadora para comprobar la exactitud del número de ejemplares de la edición, lo cual, por otra parte, puede hacerse de modo que el numerador comience con uno o varios ceros en sucesiva progresión el número cero, el cero cero, el cero cero cero, etc. antes de la unidad para poder incorporar a la copia o copias uno de ellos; y que las alegaciones del recurrente respecto a la práctica seguida anteriormente en casos iguales al actual carecen de valor, pues tal práctica no vincula al Registrador.

Doctrina.--"Considerando que al estar de acuerdo Notario y Registrador acerca de que el Decreto de 21 de febrero de 1958 no puede entenderse en un sentido literal por conducir a una interpretación que habría de rechazarse por llevar al absurdo, y que por tanto tal Decreto no exige la identificación individualizada por el fedatario de las firmas estampadas en cada título, la cuestión que plantea este expediente consiste en resolver si responde a la finalidad pretendida, y cumple por tanto los requisitos exigidos en este Decreto —y que también para la emisión de obligaciones los reitera el de 7 de julio de 1965— el acta notarial calificada en la que se da fe por el funcionario de que las firmas impresas en el llamado título-acción, que se incorpora al protocolo, son idénticas a las firmas autógrafas estampadas ante el Notario, con aseveración por parte de los representantes de la Sociedad emisora de que aquel título-acción es exactamente igual a todos los emitidos."

"Considerando que es indudable que la forma permisiva, y no imperativa en que aparece redactado el mencionado Decreto, autoriza a entender —tal como se deduce del propio preámbulo de dicha disposición

legal— que no se exige ninguna comprobación notarial sobre cada título, máxime si se tiene en cuenta que carecía de sentido la misma al no quedar plasmada en el propio título emitido, sino que, por el contrario, el repetido Decreto establece la posibilidad que pueda cumplirse el requisito exigido por el artículo 43, número 7, de la Ley de Sociedades Anónimas mediante un acta notarial genérica comprensiva de todos los títulos, en la que se acredite la identidad de las firmas impresas en los títulos y las que estampen, a presencia del Notario autorizante, el administrador o administradores designados por el Consejo de Administración para la firma del título-acción, y todo ello no obstante a la posibilidad de que en los casos de Sociedades con pequeño número de acciones, si el requirente lo desea, pueda limitarse, dado que entonces no surgiría el obstáculo material que impide "de facto" tal justificación por este procedimiento."

"Considerando que el procedimiento seguido por la generalidad de la práctica notarial, por cierto inspirado en la solución adoptada por algún Derecho extranjero —artículo 2.354-2.^o del Código civil italiano—, tiene su fundamento, como pone de relieve en su informe el Notario recurrente, en que al ser materialmente imposible las firmas de cada título —lo que el propio Decreto tiene en cuenta— se crea un *original* del título-acción, con las firmas de los administradores legitimadas, que se conserva en el protocolo notarial, y que a través de la inscripción del acta que lo recoge en el Registro Mercantil confiere publicidad suficiente para que, de surgir cuestión, puedan cotejarse las firmas impresas en los títulos con el original que contiene las firmas legitimadas."

"Considerando que podría igualmente ser acogido el procedimiento que sugiere el funcionario calificador (Resultando 4.^o), así como cualquier otro que ofreciese las garantías necesarias —dentro del principio de buena fe que rige en las relaciones mercantiles— para la observancia de la finalidad pretendida por el Decreto que regula esta materia, pero al no poderse realizar —como ya se ha indicado anteriormente— la legitimación individualizada de cada título emitido, que supondría la garantía máxima y total, en cualquiera de los posibles sistemas empleados, siempre será necesario el cotejo de las firmas que aparecen en el título o títulos discutidos con las que figuren en aquel en que se haya dado fe de las mismas por el Notario que autorizó el acta."

"Esta Dirección General ha acordado revocar el acuerdo del Registrador."

Consideraciones críticas.—El caso que se plantea en esta Resolución es un supuesto de interpretación de una norma "aclaratoria" de otra. De ahí que aunque el supuesto en sí no sea un motivo para elaborar una doctrina, sí resulta alegacionador para el legislador en su producción masiva de disposiciones que la mayor parte de las veces en vez de aclarar, oscurecen. No quiere creer el comentarista que aquel Decreto aclaratorio del artículo 43, núm. 7, de la Ley de Sociedades Anónimas, fuese dictado con el debido confusionismo para que pudiese dar lugar a las diversas interpretaciones que ahora afloran en este recurso, pero la lectura pacífica del mismo de verdad que permite muchas sugerencias.

Centrado el tema diremos que el artículo 43,7 de la Ley de Socieda-

des Anónimas exigía que el título de la acción deberá contener expresamente: "7.º La firma de uno o varios administradores". Conforme al Decreto de 21 de febrero de 1958 y a fin de que esa norma no fuese "un grave obstáculo a las realidades de la vida comercial actual" se dispone que, además del medio de la firma autógrafa del Administrador o Administradores, se ofrece una fórmula que facilita con iguales seguridades la emisión y circulación de los títulos representativos de las acciones: "El requisito exigido por el párrafo 7.º del artículo 43 de la vigente Ley de 17 de julio de 1951 sobre régimen jurídico de sociedades anónimas, podrá cumplirse mediante acta notarial por la que se acredite la identidad de las firmas impresas en los títulos y las que estampen a presencia del Notario autorizante el Administrador o Administradores designados por el Consejo de Administración para la firma del título-acción. Formalizada el acta e inscrita en el Registro Mercantil, podrá la sociedad emisora poner en circulación los títulos representativos de las acciones."

El espíritu de la Ley venía, con el Decreto, a ser "alterado", pues basta recoger lo que podríamos llamar la interpretación más autorizada sobre ello para percibirlo: "La firma de uno o varios administradores se ofrece como garantía de la certeza de los datos suministrados por la acción. En el Anteproyecto del I.E.P. se decía que esa firma podía ser estampada por cualquier procedimiento mecánico, pero en el texto definitivo de la Ley se ha suprimido esa declaración que tenía a facilitar la emisión de los títulos en las sociedades de grandes capitales. La supresión parece dar a entender que el legislador español quiere que los títulos-acciones vayan autorizados con la firma autógrafa de uno o varios administradores. Ahora bien, como la ley no exige que sea el mismo o los mismos administradores los que firmen todas las acciones, no habrá inconveniente en que los administradores se repartan entre sí la firma de los títulos" (Joaquín Garrigues y Rodrigo Uría, "Comentario a la Ley de Sociedades Anónimas", Tomo I, 1952, pág. 451). El segundo de los citados autores en la edición de su "Derecho Mercantil" (año 1960), ni siquiera menciona el Decreto comentado. Sin embargo, Jesús Rubio ("Curso de derecho de Sociedades Anónimas", 1964) se refiere al "poco afortunado" Decreto de 1958 y entiende debe ser mantenido el criterio de la firma autógrafa "porque no se trata tanto de un problema de veracidad (toda firma, tanto auténtica como estampillada, es falsificable) como de señalar mejor hacia la declaración de voluntad del órgano social. Separa claramente el proyecto mecánico del título y el negocio de emisión del mismo" y añade: si falta el requisito del número 7, la acción no es tal: es un formulario, un modelo, un impreso en su caso.

Aunque la Resolución que comentamos en uno de sus considerandos —y creo que también el informe del Notario— diga que la inspiración del Decreto tiene su raíz en el artículo 2.354, 2.º del Código civil italiano, no es así, pues ese artículo admite el procedimiento mecánico de reproducción de la firma, debiendo depositarse el original en el Registro de Empresas donde se inscribe la Sociedad. El Decreto citado se aparta de ese antecedente y hace intervenir a dos instituciones: la notarial y la registral. Por la primera el Notario da fe de que las firmas impresas

en el título-acción, que se incorpora al protocolo son idénticas a las estampadas ante el Notario y, por la segunda, el Registrador, mediante su previa calificación, inscribe el acta notarial en que así conste todo ello. El procedimiento es completamente distinto y es de suponer que al dictarlo así el legislador quiso reforzar la garantía que ofrecía el Código italiano, pero con ello provocó un campo abierto a la discusión y de paso, como hemos visto, alteró el espíritu de la Ley.

Si el espíritu y la letra de la Ley eran los expuestos y si el Decreto de 1958 no hizo más que alterar lo dispuesto en ella, sin tener en cuenta el riguroso orden jerárquico de la derogación de disposiciones legales, era evidente que dicho Decreto era nulo y que quizá hubiese sido más fácil argumentar esa nulidad que formular una nota poco hábil frente al acta notarial. Claro que exponerse a defender el espíritu y la letra de la Ley frente a un Decreto y a una realidad es desembocar en esas dificultades materiales que suponen emisiones considerables de títulos que posiblemente tendrían inmovilizados a los Administradores durante largos períodos de tiempo echando esas firmas autógrafas que exigía la Ley. La verdad sea dicha que en mi desconocimiento de los quehaceres de Administradores sociales no sé si existen los huecos precisos para firmar y, sobre todo, para cronometrar lo que puede tardarse en la firma, con relevos, de los títulos-acciones. El Notario hace un cálculo de lo que él podía tardar en cotejar o identificar firmas de los títulos, pero quizás la firma, si no es muy historiada, rebuscada y barroca (lo cual puede evitarse con Administradores nombrados previa comprobación de firma fácil y rápida) puede cubrir esas etapas en menos tiempo.

Lo cierto es que el Registrador ante la manera que el Notario estima cumplir el Decreto, entiende que no es correcta, superando, por supuesto, ese pretendido y minucioso examen de cada uno de los títulos, que al ser impresos a nada conduciría. Su posición es que el acta que se pretende inscribir es sólo acreditativa de las manifestaciones de los requiriéntes y del hecho de que las firmas impresas en un título nulo son idénticas a las firmas autógrafas estampadas ante el Notario, pues ello desplaza la dación de fe de la "identidad" de firmas a la "manifestación" de los interesados de que ello es verdad en los títulos que se emiten y no en el que se protocoliza. Propone, por supuesto, otros medios y entre ellos el de que las firmas se estampen en un título "original" con su correspondiente matriz (artículo 35 de la Ley) y que el Notario pueda comprobar la identidad del elemento colocado en la platina de imprimir para su reproducción.

El informe del Notario es, por supuesto, contrario a estas apreciaciones y habla de la innecesidad de que se de fe de cada acción, de los precedentes del Código italiano, de la frecuencia en la práctica del sistema que él utiliza y de otra serie de consideraciones, en especial del procedimiento de liquidación y compensación de operaciones en Bolsa actualizado por Decreto de 25 de abril de 1974.

La Dirección General revoca la nota del Registrador y da la razón al Notario, sin perjuicio de reconocer que aparte la manera que en este caso concreto se ha utilizado para dar cumplimiento al Decreto de 1958,

hay la que señala el Registrador, así como cualquier otro que ofrezca las garantías necesarias para la finalidad pretendida. Esto es, se reputa como bueno el procedimiento de crear "un original del título-acción", con las firmas de los Administradores legitimadas que se conserva en el protocolo notarial, y que a través de la inscripción del acto que lo recoge en el Registro Mercantil, confiere la publicidad suficiente para que de surgir cuestión puedan cotejarse las firmas impresas en los títulos con el original que contiene las firmas legitimadas.

Habría que pensar serenamente en las razones que avalaban el complicado Decreto de 1958 para sacar unas conclusiones decisivas sobre este punto. Si lo que de verdad se perseguía con dicho Decreto era la simplificación de esas firmas de los Administradores evitando "el grave obstáculo a las realidades de la vida comercial actual", es evidente que sirve la fórmula notarial y cualquier otra, pero si de lo que se trata es de asegurar la "*identidad*" de firmas autógrafas con las reproducidas mecánicamente habría que pensar en procedimientos más serios y en una actuación notarial más directa, pues en eso estoy de acuerdo con el Registrador, al afirmar que las firmas estampadas a presencia del Notario en un título que se protocoliza no cubre más que la fe notarial que del hecho de la afirmación ofrece el Notario, a reserva de que posteriormente por la publicidad registral se demuestre lo contrario. Y la demostración es difícil, pues lo que el Registro publica es una "copia" del acta en la que ya no constan las firmas originales, ni la reproducción de ellas, sino la referencia a la protocolización del acta original. Es decir, que habría que "regresar" al protocolo notarial para averiguar la identificación por el cotejo.

Pienso que habría que completar la fórmula notarial con algo más. Pensar en un acta en el que se exhiban al Notario un título-acción firmado de manera autógrafo por los Administradores, otro ya impreso que acredite la coincidencia y aparte de protocolizarlos, exigir que a la copia del acta se acompañen duplicados de uno y otro, no con el ánimo de que el Registrador los compruebe, pues eso sería negar la fe notarial, sino de que los archive para que la publicidad registral se apoye no en el protocolo notarial y sí en el archivo registral complementario de la inscripción del acta. Quizá eso no evite la posible falsificación, pero puede ser una fórmula intermedia entre esa dación de fe de una manifestación de "coincidencia" de firmas y esa exigencia de "pie de imprenta" que parece patrocinar el informe registral.

Marginados en este comentario han quedado otros problemas a los que parece aludir Alejandro Bérgamo ("Sociedades Anónimas. Las acciones") que, a su vez, recoge el artículo que sobre el comentario del Decreto de 1958 hace Pérez Escolar ("La firma de la acción por los administradores", Rev. Dr. Privado, 1958). Uno y otro pueden consultarse por el lector de estas notas en ampliación de las mismas. Cabría añadir, por último, que el criterio establecido por el discutido Decreto de 21 de febrero de 1958 fue extendido a los títulos de obligaciones emitidas, en virtud de otro Decreto de 7 de julio de 1965. Los problemas, por ello, son similares.

JURISPRUDENCIA

I. SENTENCIAS COMENTADAS

1. COMPRAVENTA CON PACTO DE RETRO. EQUILIBRIO DE LAS PRESTACIONES

(*Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de mayo de 1976*)

SUMARIO: I. Utilización de formas jurídicas típicas para fines atípicos: 1. La autonomía privada como cuestión de límites. 2. Importancia del conocimiento judicial en el tratamiento de las anomalías negociales. 3. El equilibrio contractual como indicio orientador.—II. La venta en garantía y el pacto de retro: 1. La venta en garantía como negocio fiduciario en sentido estricto. 2. El pacto de retro como pacto especial típico y como cauce para una operación de garantía. 3. La normalidad económica del contrato como indicio de la utilización típica del pacto de retro.—III. La venta con pacto de retro en garantía en la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra: 1. Tipicidad de la figura. 2. Caracteres de la venta con pacto de retro como garantía. 3. Exclusión del principio de la equivalencia de las prestaciones en la venta con pacto de retro como garantía.—IV. Conclusiones.

El día 1 de enero de 1959 don Manuel Leis López y don Jesús Trillo Pose otorgaron escritura pública de compraventa con pacto de retro, y simultáneamente de arrendamiento, de la finca denominada «Prado Grande».

Se señaló como precio la cantidad de 312.000 pesetas, cantidad que el vendedor confiesa haber recibido del comprador con anterioridad. Como pacto especial se establece el de retroventa a favor del vendedor por el término de cinco años, a contar desde el otorgamiento de la escritura. Por otro lado, el vendedor llevará en arrendamiento la finca, abonando en concepto de renta el equivalente al valor de 9.370 kilos de trigo anuales del arrendador.

El vendedor, con fecha de 28 de julio de 1966, 29 de octubre de 1966 y 20 de septiembre de 1972, citó al comprador en acto de conciliación, a fin de que recoja la cantidad de 312.000 pesetas y entregue la finca al vendedor. Actos de conciliación a los que no concurrió el comprador.

Finalmente dedujo demanda de juicio declarativo de menor cuantía solicitando se declarase la nulidad de la compraventa por encubrir un negocio-fiduciario tras el cual se oculta una operación de préstamo garantizada con-

la finca mencionada, y que en consecuencia el legítimo propietario de la misma es el demandante, no pudiendo disponer de ella en tanto no entregue la cantidad de 312.000 pesetas, al demandado, más los intereses legales de dicha cantidad a partir de la escritura de 1 de enero de 1959.

El Juez de Primera Instancia dictó Sentencia con fecha 27 de julio de 1974, declarando que el contrato discutido contiene una simulación relativa, siendo nula la transmisión de la finca, ya que bajo esa forma lo que realmente quisieron contratar y contrataron las partes fue un negocio fiduciario o de garantía. Por tanto, el legítimo propietario de tal finca es el actor, no pudiendo disponer de la misma en tanto no entregue al demandado el principal y los intereses que le adeuda.

Apelada la Sentencia, la Sala de la Civil de la Audiencia Territorial dictó Sentencia con fecha de 23 de abril de 1975, revocando la apelada y desestimando en todas sus partes la demanda formulada por don Manuel Leis López contra don Jesús Trillo Pose.

Don Manuel Leis López interpuso recurso de casación por infracción de ley con apoyo en los siguientes motivos.

Primero: Amparado en el número 1 del artículo 1.962 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Infracción por el concepto de violación de los artículos 1.281, 1.282 y 1.285, en relación con la doctrina legal contenida, entre otras, en las Sentencias de 24 de marzo de 1972, 10 de octubre de 1959, 13 de febrero de 1960 y 2 de junio de 1969, sobre normas legales de interpretación de los contratos y su acceso a la casación al amparo del cauce formal del número 1 del artículo 1.962 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Segundo: Amparado en el número 1 del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Infracción por el concepto de violación de los artículos 1.281, 1.255 y 1.276 del Código Civil y doctrina legal que los desarrolla e interpreta en relación con el negocio fiduciario, pudiendo citarse, entre otras, las de 25 de mayo de 1944, 28 de enero de 1946, 23 de febrero de 1951, 3 de mayo y 28 de diciembre de 1955, 4 de enero, 22 de mayo y 25 de septiembre de 1956, 10 de julio de 1957, 10 de noviembre de 1958, 5 de diciembre de 1959, 3 de febrero de 1963 y 8 de marzo del mismo año, 14 de marzo, 11 de junio y 15 de octubre de 1964, 18 de febrero, 30 de octubre, 20 de noviembre y 14 de diciembre de 1966, 20 de enero de 1966, 21 de marzo y 18 de noviembre de 1969 y 4 de abril de 1972.

El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso de casación por infracción de ley, siendo ponente don Baltasar Rull Villar.

CONSIDERANDO: Que la figura contractual de la compraventa con pacto de retro, que ha ocasionado entre los tratadistas discusiones y polémicas apasionadas por estimar que se presta fácilmente a encubrir negocios usurarios y resultar *normalmente desequilibradas las prestaciones relativas al valor real y al precio asignado*, habiéndose llegado a propugnar la supresión de dicho pacto por ser un semillero de fraudes y pleitos, tiene, sin embargo, su justificación en la libertad de contratación proclamada por el artículo mil doscientos cincuenta y cinco del Código Civil y puede obedecer sin duda a razones perfectamente respetables compaginando, por ejemplo, la nece-

sidad de vender sin más complicaciones, para disponer del precio con la esperanza de una posibilidad de recuperar la cosa vendida dentro de un plazo determinado, como consecuencia de un cambio de la situación económica; de tal forma que no es posible apriorísticamente adoptar una actitud negativa en todo caso frente a un contrato perfectamente lícito y moral, tipificado como tal en el artículo mil quinientos siete del Código civil, y, por tanto, lo procedente, cuando el problema se plantea, es comprobar por el resultado de la prueba si concurren o no las circunstancias reveladoras de la verdadera intención de las partes al suscribir aquél, valorando los hechos que demuestren ésta o la hagan presumir racionalmente, sin perder de vista que, como dijo la sentencia de tres de mayo de mil novecientos cincuenta y cinco, es recomendable especial moderación en el ejercicio de la facultad de calificación de estos negocios jurídicos, en relación con los que puedan encubrir, pues la fe o confianza se conjugan con mayor o menor intensidad en toda la contratación, y en el negocio fiduciario ha de adquirir rango superlativo como clave o nota dominante en el concierto de voluntades que constituyó la base fundamental tomada en consideración por los interesados para la conclusión del contrato.

CONSIDERANDO: Que los hechos que normalmente reputan la doctrina y la jurisprudencia como premisas de una posible presunción de existencia de una estructura fiduciaria *cum creditora*, se caracterizan: a) por la existencia de un contrato complejo integrado por otros dos interdependientes, uno real, de transmisión plena de dominio, la compraventa con su correspondiente atribución patrimonial eficaz *erga omnes* y otro obligacional, válido entre partes, que constriñe al comprador al uso del derecho adquirido en forma que no impida el rescate y consiguiente deber en otro caso de indemnizar daños y perjuicios, sirviendo de causa al contrato unificado la fiducia que presta soporte también a la compraventa en función de garantía a los contratantes; b) por una evidente desproporción entre el medio empleado y el fin realmente perseguido de mera garantía de un préstamo; c) por haber en fin la posibilidad de que quiebre la confianza puesta por el fiduciante en el fiduciario si éste procede deslealmente, bien creando terceros adquirientes frente a los cuales el fiduciante carece de acción, y d) por el uso de un medio indirecto y fuera de los cuadros típicos de la Ley para obtener un resultado que pudo ser logrado por la vía directa y típica del préstamo con afianzamiento prevista en el ordenamiento jurídico.

CONSIDERANDO: Que con respecto a estos extremos hay que decir que la Sentencia recurrida empieza para negar la existencia de la fiducia o confianza entre los contratantes a la que no ha correspondido el actor desde el momento en que ningún interés ha satisfecho en más de quince años transcurridos demostrando que no hay una lógica y normal reciprocidad de garantía fiduciaria; niega igualmente que existiera usura (que aunque no sea requisito esencial es frecuente en este tipo de negocios fiduciarios), y añade que el demandado no ha sido prestamista habitual; que *no hay desequilibrio en las contraprestaciones, pues la finca de autos fue vendida por*

precio igual o superior al normal en aquel momento; que poco antes de la venta de la finca fueron talados y vendidos los pinos por el actor, por lo que el comprador, señor Trillo, la adquirió como monte bajo y quedó muy poco productiva hasta que después la repobló de pinos, y finalmente, que el actor vendió casi todas sus fincas por el mismo sistema sin que haya pretendido recuperarlas excepto la de autos; añadiendo la propia Sentencia que, desde el punto de vista moral, debe destacarse que los pinos maderables actuales dan al precio un valor mayor del doble que tendría sin ellos, destacando además la prolongada situación posesoria y el hecho de que la devaluación o depreciación sufrida por la moneda después de diecisésí años produciría un notable enriquecimiento injusto del actor que no pudo ampararse.

CONSIDERANDO: Que como tiene declarado reiteradamente la Jurisprudencia, la interpretación valorativa de estos hechos por la Sentencia recurrida debe prevalecer, mientras no se demuestre que es inverosímil o absurda, sobre el criterio contrario del recurrente; antes bien, todas las circunstancias expuestas conducen a la conclusión lógica de que en el caso de autos no existe ninguna razón de la que pueda desprenderse que las partes contratantes pretendían encubrir un negocio jurídico de fiducia distinto al que resulta de los naturales términos del contrato, por lo que hay que desestimar los dos únicos motivos del recurso que propugnan lo contrario.

I. UTILIZACION DE FORMAS JURIDICAS TIPICAS PARA AFINES ATIPICOS (1)

«El desenvolvimiento y expansión incontenible de las actividades del hombre ha traído consigo, por lo que al campo del derecho se refiere, la creación de nuevas figuras jurídicas, consecuencia de lo insuficiente de la casuística legal, cuyas formas, en cuanto se dirijan a la consecución de un fin no previsto por los ordenamientos legales, son válidas si no se realizan en fraude de la Ley y se hallan encuadradas, genéricamente, en los amplios esquemas de ésta» (Sentencia de 20 de noviembre de 1965).

1. *La autonomía privada como una cuestión de límites.*

Conviene recordar que estas figuras jurídicas nuevas —en cuanto persiguen fines no previstos en los esquemas negociales típicos— pueden tener «su justificación en la libertad de contratación proclamada por el artículo 1.255 del Código civil» (Sentencia de 3 de mayo de 1976).

El desconocimiento de la autonomía privada redundaba en perjuicio de la persona humana que se ve, de esta forma, desprovista del reconocimiento de un campo de actuación propio donde ella, mejor que nadie, puede autoreglementar en convivencia sus propios intereses.

(1) GARRIGUES, *Negocios fiduciarios en el Derecho Mercantil*, Madrid, 1976, pág. 12.

Un reconocimiento ilimitado de dicha autonomía redundaría, sin embargo, en un perjuicio para la comunidad. El equilibrio entre ambos intereses lo encontramos en una adecuada política de límites (2).

Límites que vendrán dados en primer lugar por la noción de orden público —forma genérica de protección a la comunidad— por la ley y la moral —referencias específicas de dicha protección— y los intereses de terceros, es decir, de aquellos ajenos al negocio que no tienen por qué ver invadida su propia esfera por determinaciones extrañas.

La buena fe (3) —y demás módulos éticos— ponderan el interés de los propios intervenientes en el negocio.

2. *Importancia del conocimiento judicial en el tratamiento de las anomalías negociales.*

No cabe, por tanto, una descalificación apriorística de estos negocios (Sentencia de 3 de mayo de 1976). Se trata de examinar caso por caso la atendibilidad judicial del supuesto controvertido. Comprobar, pues, si la autonomía privada —norma fundamentalmente rectora del tráfico de bienes— ha rebasado los límites que el ordenamiento establece. Límites que presentan la suficiente generalidad para gozar de esa ductilidad que requiere el enjuiciamiento particular.

Una condena global, «per se», del negocio simulado o del negocio fiduciario si es hecha adolece de una seria ponderación de los intereses en juego que circunscriben algo que como producto de la autonomía privada es en principio no sólo válido, sino justo y moral (4).

«Por tanto, lo procedente, cuando el problema se plantea, es comprobar por el resultado de la prueba si concurren o no las circunstancias reveladoras de la verdadera intención de las partes al suscribir aquél valorando los hechos que demuestren ésta o la hagan presumir razonablemente» (Sentencia de 3 de mayo de 1976).

«Se atiende para ello a la conducta de las partes y a sus circunstancias personales, familiares y económicas. La prueba de presunciones se utilizará con el amplio criterio necesario para averiguar aquello que se procura ocultar, teniéndose al efecto en cuenta la estructura compleja de lo acordado y la experiencia sobre el modo de proceder ordinario en las distintas relaciones sociales» (5).

3. *El equilibrio contractual como indicio orientador (6).*

«No hay desequilibrio en las contraprestaciones, pues la finca de autos fue vendida por precio igual o superior al normal en aquel momento.» La

(2) DÍAZ PICAZO, *Lecciones de Derecho Civil*, I Parte General, Madrid, 1967, pág. 206.

(3) WIEACKER, *El principio general de la buena fe*, Madrid, 1977.

(4) Vid. para el negocio simulado la Sentencia de 25 de febrero de 1976 y para el pacto de retro esta de 3 de mayo de 1976.

(5) F. DE CASTRO, *El negocio jurídico*, Madrid, 1967, pág. 439.

(6) Vid. ARECHEDERRA, *La equivalencia de las prestaciones en el derecho contractual*, Madrid, 1978.

Sentencia de 3 de mayo de 1976 pondera el contenido económico del contrato medido por el principio de la equivalencia de las prestaciones. Principio que si bien no alcanza una caracterización estructural apriorística de los negocios, sí que se constituye en una referencia que guía su interpretación. Referencia (7) flexible, pues el propio término —equivalencia— introduce un matiz claramente relacional de los objetos intercambiados que soslaya la rigidez de una igualdad sustancialmente entendida entre las prestaciones.

Alegado el principio de las formulaciones normativistas, de lo que es o deba ser —a nivel de derecho positivo— el contrato, encuentra una ubicación adecuada en el terreno de los hechos, como equivalencia fáctica. Susceptibles por lo tanto de utilización en el conocimiento del contenido económico del negocio cuando éste es examinado como relación jurídica deducida en juicio, con todos sus caracteres de singularidad e irrepetibilidad. Es el tribunal «*a quo*» y no el Código Civil el que, en determinados casos, sopesa este aspecto del negocio.

Aspecto que como indicio puede proporcionar el hecho base de una presunción siempre útil en el conocimiento y tratamiento de las anomalías nomenclares. Piénsese en el caso del negocio simulado o del negocio fiduciario.

II. LA VENTA EN GARANTIA Y EL PACTO DE RETRO

«La figura del negocio fiduciario es una (de las figuras anómalas) que se manifiestan en las constantes relaciones jurídicas como cumplidoras de un definitivo querer, en forma de relación compleja, constituida por dos frases perfectamente diferenciadas, una de «transmisión plena» y otra de relación obligacional que limita los efectos de aquella transmisión y de cuya total relación es causa la garantía —en que conciernen su voluntad quienes pactan— del delito del fiduciante» (Sentencia de 20 de noviembre de 1965).

1. *La venta en garantía como negocio fiduciario en sentido estricto.*

«No puede negarse que la figura del negocio fiduciario tiene su mayor interés práctico y dogmático en la llamada venta en garantía (8). En esta figura, sin ulteriores matizaciones, se nos presenta el pretendido doble efecto del negocio fiduciario con absoluta nitidez.

Tenemos por un lado la venta como causa de la transmisión que, incorporada a una escritura pública y refiriéndose a un bien inmueble en principio, consuma el efecto traslativo. Por otro lado un acuerdo obligacional que privadamente e «*inter partes*» condiciona el alcance de la transmisión, estableciendo de obligación de retransmitir cuando el deudor-enajenante cumpla devolviendo la cantidad que recibió en préstamo del acreedor-adquirente. La causa del negocio complejo es la garantía y la base del mismo la confianza que contrapesa la parte más débil del acuerdo, es decir, el aspecto obligacional.

(7) LÓPEZ JACOSTE, *Sobre la aporia de la equivalencia contractual*. Estudios jurídicos en homenaje al profesor F. de Castro, II. Madrid, 1976.

(8) F. DE CASTRO, *ob. cit.*, pág. 429.

El carácter absolutamente relegado del aspecto obligacional de la venta en garantía nos lleva a calificarle de negocio fiduciario en sentido estricto.

2. *El pacto de retro como pacto especial típico y como cauce para una operación de garantía.*

El pacto de retro se presenta como un pacto especial eventualmente añadido a la compraventa, «cuando el vendedor se reserve el derecho de recuperar la cosa vendida» (art. 1.507) reembolsando al comprador el precio de la venta y demás gastos que especifica el artículo 1.518 del Código Civil.

Se trata de un pacto especial, siempre posible en virtud de la autonomía de la voluntad proclamada en el artículo 1.255, y que además tiene en el Código Civil una regulación específica.

El pacto de retro—retracto convencional—introduce, sin embargo, en el esquema de la venta en garantía, como negocio fiduciario, un matiz digno de tenerse en cuenta. Se trata de la incorporación, en el propio negocio de transmisión del mecanismo de retroacción. El carácter limitado de la transmisión y la eventual recuperación por parte del deudor prestatario de la cosa vendida no se produce en virtud de una obligación paralelamente establecida.

Por otro lado, en menor medida cabe hablar de un efecto real—transmisión—concomitante a un efecto obligacional—retransmisión subsiguiente al cumplimiento del deudor—dado que para el artículo 1.510 del Código Civil el pacto de retro tiene eficacia real. «El vendedor podrá ejercer su acción contra todo poseedor que traiga su derecho del comprador, aunque en el segundo contrato no se haya hecho mención del retracto convencional, salvo lo dispuesto en la Ley Hipotecaria respecto de terceros». La genérica protección registral de terceros no empece la eficacia real del retracto convencional.

De ahí que cuando dicho mecanismo se utilice para fines de garantía no parezca que nos encontremos ante un negocio fiduciario, puesto que el interés del deudor enajenante no queda amparado exclusivamente en la confianza que le merece el acreedor adquirente—en relación al respecto del acuerdo obligacional—, sino por un pacto típico de eficacia real.

Por ello, aunque la finalidad de garantía excede el esquema del pacto de retro, cuya formulación causal no se expresa en los textos legales, no parece que nos encontremos ante un negocio fiduciario. No se da la desproporción—doctrinalmente exigida—entre el medio empleado y la finalidad perseguida, no cabe hablar de un doble efecto—porque el negocio es unitario y no complejo—y la confianza es irrelevante. En todo caso nos encontramos ante un negocio indirecto (9), en el supuesto—repito—de que el pacto de retro explice por sí mismo una determinada función que sea la precisamente orillada por los que lo acuerdan con una finalidad de garantía.

Podría objetarse diciendo que, en definitiva, el plazo de cumplimiento de la obligación garantizada opera como plazo de recuperación, como plazo de retroacción. Pero la diferencia es clara. En un caso el plazo queda incor-

(9) F. DE CASTRO, *ob. cit.*, pág. 443.

porado al negocio de transmisión—según el esquema típico del pacto de retro—, en el otro su existencia sigue la suerte del acuerdo obligacional. La eficacia del plazo es distinta.

De ahí, que probado en juicio el carácter indirecto del pacto de retro lo más que puede conceder el juez es una moratoria para el cumplimiento, deteniendo el efecto automático del mismo en aras de su utilización atípica. Mientras que si el plazo es meramente obligacional—por tratarse de una venta en garantía en sentido estricto—, el juez puede establecer el carácter fiduciario de la transmisión y por vía de interpretación hacer decaer el efecto adquisitivo, definitivo e irreversible, de la venta, teniendo en cuenta que la intención común no fue transmitir-adquirir, sino simplemente garantizar.

3. La normalidad económica del contrato como indicio de la utilización típica del pacto de retro.

Observamos antes cómo el pacto de retro no parece incorporar un sentido causal específico. Puede pensarse, sin embargo, que una transmisión con reserva de recuperación de la cosa vendida responda normalmente a la necesidad de transformar en dinero un determinado bien. El vendedor trata de obtener en base a su patrimonio una liquidez que no puede obtener de otro modo. Finalidad o móvil que no tiene por qué constar al adquirente que en este caso paga y no presta.

La función de garantía resulta de la explicación en tratos de la necesidad de numerario. En este caso el adquirente presta—no paga— y la transmisión especifica un cierto designio de garantía, que puede afectar al acuerdo causal (art. 1.262). Esta utilización indirecta del pacto de retro no resultará de la prueba de la existencia de un acuerdo obligacional de retransmitir—es innecesario—, sino del examen conjunto del negocio. La pura facticidad ne-gocial pondrá de manifiesto la existencia o no de esa función de garantía. Y es entonces cuando la desproporción—no entre el medio empleado y el fin perseguido—, sino entre las prestaciones, la que determinará la calificación.

Esto parece querer recordarnos la sentencia de 3 de mayo de 1976, al declarar que la compraventa con pacto de retro «puede obedecer sin duda a razones perfectamente respetables, compaginando, por ejemplo, la necesidad de vender sin más complicaciones, para disponer del precio con la esperanza de una posibilidad de recuperar la cosa vendida dentro de un plazo determinado, como consecuencia de un cambio de la situación económico».

Por el contrario, si la venta con pacto de retro se realiza con una finalidad de garantía, el interés del prestamista se verá tutelado por un efectivo mayor valor de lo transmitido sobre lo prestado.

No nos extraña, por ello, que el Tribunal Supremo utilice en este caso el carácter equilibrado de las prestaciones como indicio de la normalidad económica del contrato. Normalidad que patentiza la utilización típica del pacto de retro que determina, a su vez, el efecto automático del plazo establecido para recuperar la cosa.

III. LA VENTA COMO PACTO DE RETRO EN GARANTIA EN LA COMPI-LACION DEL DERECHO CIVIL FORAL DE NAVARRA

La Ley 463, dentro del título VII («De las garantías») y en el Libro III («De los bienes»), establece que «el cumplimiento de una obligación, o los efectos de su incumplimiento podrán asegurarse con fiducia, arras, prenda, hipoteca, anticresis, derecho de retención, pacto de retracto, reserva de dominio, condición resolutoria, prohibición de disponer u otras cualesquiera formas de garantía real o personal».

1. Tipicidad de la figura

Regula la Compilación Navarra el pacto de retro tanto como pacto especial típico añadido a la compraventa, como garantía real, diversificando tanto su ubicación sistemática como parcialmente su régimen (10).

La Ley 475 describe así la segunda modalidad: «El cumplimiento de una obligación dineraria puede garantizarse mediante venta con pacto de retro o carta de gracia, reservándose el deudor el derecho de retraer la cosa vendida al satisfacer o extinguir la obligación».

El pacto de retro así convenido no es sino el propio pacto regulado en las leyes 576 a 584, a efectos de la compraventa, sólo que en este caso la función de garantía causaliza el motivo del mismo y le dota al régimen de dicho pacto de alguna peculiaridad.

2. Caracteres de la venta con pacto de retro como garantía

De forma global cabe extraer como rasgos configuradores de la figura estas tres:

— Ley 576 de forma directa y expresa configura el pacto de retro—en su regulación general—como «el derecho real que se reserva al vendedor de recuperar — como «el derecho real que se reserva el vendedor de recuperar la cosa vendida». La eficacia real no es necesaria inducirla del régimen de dicho pacto, como ocurre en el Código Civil (vid. art. 1.510).

— Como garantía al pacto de retro se configura al margen de la fiducia —prevista también como garantía real— que parece absorber la relación compleja que la doctrina engloba bajo la denominación de negocio fiduciario.

— En la regulación general del pacto de retro no se menciona el tema del vencimiento del plazo. En el pacto de retro como garantía se establece en la Ley 477 que el «simple transcurso del plazo de la obligación garantizada no hará firme la adquisición de propiedad por el acreedor, sino que ésta sólo tendrá lugar una vez cumplido el término de un mes y un día, a contar del requerimiento fechante que el acreedor hiciese al deudor para

(10) Dentro del título XIV («De la compraventa y de la permuta») del Libro III («De los bienes»), regula la venta a retro en las Leyes 576 a 584, y dentro del título VII («De las garantías reales») del mismo libro regula la venta con pacto de retro como garantía en las leyes 475 a 480.

exigir el cumplimiento de la obligación. «La diferencia de trato puede estribar en qué el pacto de retro considerado genéricamente atribuye al enajenante una facultad real que caduca (II) por transcurso del tiempo en favor de la propiedad; cuando éste adquiere la modalidad de garantía el plazo juega en favor del transmitente y por ello se evita el automatismo del plazo.

3. Exclusión del principio de equivalencia de las prestaciones en la venta con pacto de retro como garantía

Con carácter general la Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de abril de 1936, aplicando en Navarra el título 37 del Libro 2.^º de la Novísima Recopilación de Navarra entiende que «existiendo pacto de retroventa, llamado en Navarra carta de gracia, de la Ley 16 del mismo título y libro, se infiere claramente que tales ventas se hacen por menos precio que el justo precio de la cosa que con aquel pacto fue vendida, al asegurar la ley que en aquellas transmisiones «se conjuntaba lo que se compra por derecho, en un tercio menos de lo que vale», por lo que si contra las mismas se utiliza el remedio de la acción rescisoria por lesión, hay que añadir al precio que en la venta se fijó, el importe de la tercera parte que la ley estima rebajada, por la debida compensación de la restricción puesta por el pacto al comprador de no poder disponer de la cosa comprada y de la obligación de retrovenderla, siempre que el vendedor quisiere usar de la carta de gracia, y como el justo precio de las 26 fincas vendidas en 1904 con pacto de retro, era en esta fecha, según el perito de los mismos demandantes y recurrentes, el de 16.902 ptas. y el consignado en la escritura de venta fue el de 8.000 pesetas, al que hay que añadir por la existencia de aquel pacto, y con arreglo a la ley 16, la tercera parte, o sea, 2.650 ptas. el total del justo precio de las fincas en la época de su enajenación resulta ser el de 10.650 ptas., que excede de la mitad del justo precio pericial de 16.902, a cuyo resultado se llegaría con cualquier otro cálculo, no existiendo, por tanto, la lesión enorme —y menos la enormísima— invocadas en la demanda».

La Compilación parece recibir este planteamiento para la venta con pacto de retro en garantía al excluir de la misma el mecanismo de la rescisión por lesión. Así la Ley 478 establece para esta modalidad del pacto que la «adquisición firme conforme a la Ley anterior no podrá ser rescindida a causa de la lesión en el precio».

En la regulación general del pacto de retro no encontramos un precepto similar. Cabe inducir del régimen del propio instituto rescisorio que si le es aplicable a la venta con pacto de retro realizada sin consideraciones de garantía. Así, el párrafo 2 de la Ley 503 establece que «en las ventas efectuadas a carta de gracia o con pacto de retro, sólo se dará la rescisión, cuando haya caducado el plazo o se haya extinguido el derecho a retraer. Cuando no se hubiese fijado plazo, se estará a lo dispuesto en la Ley 578».

Parece que en este punto el régimen del pacto de retro en general, diferenciado del establecido como garantía, sigue igual criterio que la Senten-

(11) La Ley 503, páf., de la Compilación parece configurar el plazo de ejercicio del retracto como plazo de caducidad.

cía de 3 de mayo de 1976. El de la normalidad económica que cabe esperar en el primero—susceptible por lo tanto de rescisión—, frente al previsiblemente desequilibrado intercambio propio de la venta con pacto de retro en garantía, donde lógicamente el mecanismo rescisorio queda excluido.

IV. CONCLUSIONES

1. El pacto de retro añadido a una compraventa incorpora estructuralmente al negocio un mecanismo de retroacción recuperativa de eficacia real.
2. Su incorporación al negocio no rompe el carácter unitario del mismo, que por ello no es calificable de complejo.
3. Su utilización como garantía no hace del contrato un negocio fiduciario.
 - a) No hay duplicidad de planos en un negocio que se presenta como unitario.
 - b) La recuperación de la cosa, cumplida la obligación, sigue un proceso de eficacia real, incorporado al mecanismo transmisor.
 - c) En estos términos la confianza («fiducia») no integra la base negocial por innecesaria.
4. Su utilización atípica—o típica en la Compilación de Navarra—discurre más bien por el cauce del llamado negocio indirecto. Por ello:
 - a) La investigación judicial puede alcanzar, caso de constatarse su carácter indirecto, a una moderación en el automatismo del plazo.
 - b) Nunca a cuestionar la transmisión misma como fiduciaria, pues no lo es.
5. En el negocio fiduciario en sentido estricto como venta sin pacto de retro, la venta es utilizada instrumentalmente en aras de la obtención del efecto transmisor, con una seguridad meramente obligacional y por ello basada en la confianza que suscita el acreedor—adquirente en la persona del deudor enajenante. La investigación puede llegar en estos casos más lejos, considerando abusiva la adquisición definitiva por parte del acreedor.
6. En cualquier caso ya se trata de deducir la finalidad de garantía del pacto de retro frente a su utilización típica o normal, ya se trate de determinar el carácter abusivo de un negocio fiduciario, parece que el criterio de la reciprocidad económica del intercambio es un indicio idóneo para establecer una presunción calificadora de la realidad negocial.

LUIS IGNACIO ARECHEDERRA ARANZADI

Profesor Adjunto de Derecho Civil de la
Universidad de Navarra

2. EL PAGO DE LOS GASTOS NECESARIOS Y UTILES DE UN POSEEDOR ANTE LAS ALTERACIONES MONETARIAS

(Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de abril de 1977)

SUMARIO: 1. El caso de autos y los criterios del juzgador.—2. La naturaleza jurídica de los gastos.—3. Los gastos necesarios y útiles del poseedor de un bien inmueble.—4. El alcance de las alteraciones monetarias respecto a los gastos.

1. *El caso de autos y los criterios del juzgador.*

Entre los años 1925 y 1928 se realizó una repoblación forestal por la Diputación Foral de Navarra y uno de los Ayuntamientos cedió sus montes para efectuarla, que la llevó a cabo, si bien, la plantación de pinos rebasó sus límites a dos fincas que resultaron, según se planteó posteriormente, ser de propiedad particular. Pasados casi cincuenta años, los propietarios de estas dos fincas reivindican la propiedad y posesión de lo plantado y cortado en sus fincas por el Ayuntamiento, y el importe del aprovechamiento. El Juez de Primera Instancia estima parcialmente la demanda y declara que son propietarios de dichas fincas, inscritas en el Registro de la Propiedad.

Ante la Audiencia Territorial se interpone recurso de apelación por el Ayuntamiento de A., y, previo emplazamiento de las partes, se dicta Sentencia confirmando la titularidad de los propietarios sobre sus fincas, según acreditan las inscripciones registrales. Asimismo, declara que «el arbolado existente en las expresadas pertenece a los respectivos titulares dominicales de las mismas, quienes lo harán suyo una vez que abonen al Ayuntamiento de A. la indemnización establecida en los artículos 453 y siguientes del Código civil, la que se fijará en la ejecución de la presente sentencia».

El Ayuntamiento de A. interpone recurso de casación ante el Tribunal Supremo por infracción de ley, el cual, en su Sentencia de 5 de abril de 1977, considera no haber lugar al recurso interpuesto por el Ayuntamiento, desestimando todos los motivos, entre los que destacan los siguientes considerandos:

«CONSIDERANDO: que las fincas reivindicadas no están dentro del monte de la citada utilidad (pública), sino fuera de él, razón que lleva necesaria-

mente a la desestimación del motivo» y que no «fue alegada la prescripción extintiva.»

«CONSIDERANDO: que la misma suerte desestimatoria ha de correr el tercer motivo en que se denuncia la violación de la doctrina legal sobre el enriquecimiento injusto, razonando que al cabo del transcurso de los años la parte recurrida no ha de pagar los gastos más que con moneda depreciada, mas tal cuestión es ajena al pleito al no haber sido oportunamente planteada en la instancia y, en segundo lugar, no hay disposición legal alguna que obligue al pago compensando el valor de la moneda depreciada.»

Si bien esta Sentencia resuelve su cuestión fundamental, cual era el reconocimiento de la propiedad privada de dos fincas y la cesión de lo plantado en ellas (pinos) por un tercero, el Ayuntamiento de A., al decidirse el retorno de la posesión, previo pago o reembolso de los gastos necesarios y útiles, no obstante, no entra en aquella otra cuestión derivada de ella, cual es la consideración sobre la indemnización o pago de los gastos en atención a la moneda depreciada.

Para esta última cuestión, la Sentencia parece adoptar una postura puramente formalista, al considerarla como «ajena al pleito, al no haber sido oportunamente planteada en la instancia». Sin embargo, como no satisfecho de su decisión y, a mayor abundamiento, se le ocurre justificar y decidir la cuestión de un modo rotundo y lacónico, concluyendo que «no hay disposición legal alguna que obligue al pago compensando el valor de la moneda depreciada».

Si el juzgador se hubiera mantenido en aquella primera decisión formalista habría soslayado la cuestión; ahora bien, resulta un claro *obiter dictum* el que, a renglón seguido, sin abordar la naturaleza jurídica de los gastos y su indemnización, el alcance de la depreciación monetaria desde hace cincuenta años, se pretenda decidir, sin más, recurriendo a una simple afirmación general, o de principio, sin considerar que, en el ordenamiento vigente, el pago de obligaciones pecuniarias puede estar sometido a excepciones en atención a la depreciación del dinero y que la propia doctrina jurisprudencial la considera y corrige en sus decisiones y sentencias, así como la ley de las partes en sus obligaciones la toma en cuenta y evita mediante los pactos o cláusulas de actualización para sus relaciones de alcance duradero o de trato sucesivo.

Además, la Sentencia prescinde de su propia doctrina anterior respecto a los gastos o indemnizaciones del poseedor de un inmueble ajeno donde hace una plantación y de las cuestiones concretas del caso, sobre todo la decisiva sobre la buena fe del poseedor. Es por ello, por lo que se debe pasar al examen concreto de estas cuestiones.

2. *La naturaleza jurídica de los gastos.*

El gasto implica toda detacción de valor económico que una persona hace en su patrimonio como resultado de una actividad o gestión remunerable que desarrolla o de los pagos que realiza en función de una finalidad

concreta. El valor económico que sale de su patrimonio se cuantifica así como un gasto.

Cuando los gastos se han realizado en una época determinada, o a lo largo del transcurso de los años, como en el caso de autos, la cuestión no es tan simple como parece, puesto que se trata de indemnizar no sólo los importes monetarios inicialmente desembolsados por el poseedor anterior, sino también los que se hayan producido hasta el momento de la recuperación de las fincas por sus propietarios, tales como los que corresponden a las tareas de cerramiento, labores periódicas de custodia, limpia y entresaca del arbolado, etc. Es decir, que los gastos compuestos por un conjunto de detacciones de valor económico del patrimonio del titular se van concretando en cantidades de dinero; ocurre así que la valoración de los gastos habidos resulta de la suma de aquellas cantidades que corresponden a la función particularmente desarrollada respecto a un fin concreto (la plantación de arbolado, en el caso de autos).

Ahora bien, si los gastos, globalizados, dan como resultado una suma o cantidad de dinero, hay otras consideraciones que deben tomarse en cuenta hasta llegar a ese resultado final. Los gastos pueden tener el más variado origen y ser provenientes de las más diversas actividades, gestiones, servicios trabajos o por la adquisición de otras cosas o bienes; de aquí que deban ser, o resulten valorados según las circunstancias en que fueron realizados o adquiridos hasta la determinación de su cuantía monetaria final. La obligación que nace del reembolso de los gastos, dentro del Código civil (1), puede ser de doble naturaleza: de origen voluntario, porque así lo han establecido las partes, y de origen legal, porque así se dispone por el legislador. Además, como advierte Mosco (2), estas obligaciones de reembolso de los gastos pueden ser, o bien para la conservación de la cosa, por lo que, después, serán de propiedad del deudor del reembolso, y aquellas otras que se destinan a acumular y aumentar el valor de la cosa, por lo que la ley establece una correlación íntima entre la suma de la deuda y el aumento del valor de la cosa, como ocurre en el caso del poseedor de buena fe, que mediante sus gastos hace mejoras útiles (art. 1.150 del Código civil italiano, artículo 453 del Código civil español, § 987 del Código civil alemán).

Los gastos procedentes de la consideración de este segundo origen implican un proceso valorativo que si bien tienen como resultado una cuantía

(1) Para los gastos en la accesión (art. 356); en la anticresis (art. 1.882); para los árboles arrancados (art. 369); en el arrendamiento (art. 1.555); en los censos (arts. 1.612 y 1.647); en el cobro de lo indebido (art. 1.898); en el comodato (arts. 1.743 y 1.751); en la compraventa (arts. 1.455, 1.465, 1.478 y 1.518); en la concurrencia de créditos (arts. 1.922 a 1.925); en la cosa común (artículo 395); de justicia (art. 1.924, 2 A); en el depósito (arts. 1.774 y 1.779); en la dote (art. 1.377); en los espousales (art. 44); en la fianza (arts. 1.827 y 1.838); en la gestión de negocios ajenos (art. 1.894); en el hallazgo (art. 615); en la herencia (arts. 1.033, 1.041, 1.044 y 1.064); en el legado (art. 886); en la mediación (art. 577); en las obligaciones en general (arts. 1.168, 1.179 y 1.199); en obras de defensa de las aguas (art. 422); en el retarto (art. 1.525); en las servidumbres en general (art. 544); en la tutela (arts. 269, núms. 11, 283 y 284); en el uso (art. 527); en el usufructo (arts. 472, 477 y 512).

(2) Mosco, *Gli effetti giuridici della svalutazione monetaria*. Milano, 1948, p. 160.

de dinero, más bien se trata de una deuda pecuniaria final, pero no de una deuda pecuniaria inicial, o de una exclusiva suma de dinero.

La obligación del reembolso de los gastos al poseedor de un inmueble cuya utilidad contribuye al aumento de su valor, además de ser tratada por la civilística europea (3) como una obligación de trato sucesivo, supone una «deuda de valor» y no una deuda pecuniaria.

En las «deudas de valor», su prestación no tiene por objeto directo una cantidad de dinero, sino unos valores reales, unas prestaciones de hacer o no hacer y hasta la entrega de determinadas cosas y bienes que, si bien pueden prestarse *in natura*, también pueden valorarse en una suma de dinero, cuya cantidad resultante es la deuda pecuniaria final debida al acreedor. Las deudas de valor, pues, son deudas que, cuando nacen no tienen por objeto la entrega de una cantidad de dinero, ya que su finalidad es que ingrese en el patrimonio del acreedor un valor concreto, el cual puede convertirse o determinarse finalmente en una cantidad de dinero en el momento de su cumplimiento; por tanto, las deudas de valor se distinguen de las deudas pecuniarias porque el dinero no es el objeto principal e inicial de la deuda, no entra como objeto directo de la prestación, no está *in prestatione*, ya que ésta se compone de un valor patrimonial concreto; ahora bien, dado que ese valor patrimonial puede convertirse en dinero, en cuanto medio sustitutivo y equivalente, resulta como medio de pago finalmente, *in solutione*, en cuanto medio de liquidación o cumplimiento de dicha deuda.

Al ser los gastos detacciones patrimoniales no sólo integradas por pagos pecuniarios, sino también por actos y servicios de prestaciones personales (de custodia, mantenimiento, laboreo, etc.), cuando se trata de bienes inmuebles, o, incluso, de prestaciones reales por la entrega de cosas y bienes, se hace necesario analizarlos, en concreto, como ocurrió en el caso de autos.

3. Los gastos necesarios y útiles del poseedor de un bien inmueble.

Cuando la Audiencia Territorial decide que «el arbolado existente en las expresadas fincas pertenece a los propietarios titulares dominicales de las mismas, quienes lo harán suyo una vez que abonen al Ayuntamiento de A. la indemnización establecida en los artículos 453 y siguientes del Código civil» y el Tribunal Supremo confirma dicha decisión, sin referirse a calificar una mala fe del Ayuntamiento que los había plantado, vigilado y cuidado durante la posesión ejercitada, resulta evidente—según tiene declarado el propio Tribunal Supremo en su Sentencia de 14 de junio de 1976 (4)—que

(3) Cfr. NUSSBAUM, *Teoría jurídica del dinero*, trad. esp. de Sancho Seral. Madrid, 1929, p. 382; ASCARELLI, *La moneta*. Padova, 1928, p. 188; Mosco, *Op. cit.*, pp. 157 ss.; PAES DA SILVA VAZ SERRA, *Obrigações pecuniárias*. Lisboa, 1956, pp. 194 ss.; WALD, *Aplicação da teoria das dívidas de valor as pensões decorrentes de atos ilícitos*. Río de Janeiro, 1959; ASCARELLI, *Obbligazioni pecuniarie* (arts. 1.277-1.284). Bologna-Roma, 1959, pp. 484 ss.

(4) La Sentencia de 14 de junio de 1976, para un caso análogo de posesión de buena fe, en cuanto a los gastos necesarios y útiles del poseedor, dice que «la obligación indemnizatoria que determina el art. 361, para cuya

se aplicó lo dispuesto en el artículo 361 del Código civil a propósito del derecho de accesión respecto a los bienes inmuebles: «El dueño del terreno en que se edifice, sembrare o plantare de buena fe, tendrá derecho a hacer suya la obra, siembra o plantación, previa indemnización establecida en los artículos 453 y 454, o a obligar al que fabricó o plantó a pagarle el precio del terreno, y al que sembró, la renta correspondiente».

El artículo 453, por su parte, establece que: «Los gastos necesarios se abonan a todo poseedor, pero sólo el de buena fe podrá retener la cosa hasta que se le satisfagan. Los gastos útiles se abonan al poseedor de buena fe con el mismo derecho de retención, pudiendo optar el que le hubiese vencido en su posesión, o por satisfacer el importe de los gastos, o por abonar el aumento de valor que por ellos haya adquirido la cosa».

Ante dichos preceptos, no resulta difícil interpretar la naturaleza jurídica de los gastos útiles y necesarios del artículo 453 del Código civil realizados por quien hizo la plantación, según el artículo 361 del propio Código, ya que los concibe como una «indemnización», según los artículos 453 y 454, y no como un simple precio o cantidad pecuniaria de lo gastado (5).

Es más, al referirse el artículo 453 a los «gastos útiles», o sea, aquellos que por haberse realizado—como en el caso de autos, una plantación de pinos—proporcionan un mayor valor a la finca, se concede una opción entre dos valoraciones resultantes del aumento conseguido sobre la cosa: el «importante de los gastos» o «abonar el aumento de valor que por ellos haya adquirido la cosa».

Se trata, pues, de dos valoraciones que concluirán en una suma de dinero final, la que comporte el tiempo de posesión y de lo accedido durante su ejercicio hasta el momento de su devolución (6). Que la ley se haya referido a una «indemnización» concluye por matizar la naturaleza jurídica de los gastos del poseedor de buena fe de un inmueble, o sea, que toma en cuenta los valores del presente y del pasado que tiene la finca en base a los gastos que originan ese aumento de valor y que por ellos adquiere la cosa. En este sentido, el propio Tribunal Supremo tuvo ocasión de interpretar, para un caso análogo, en su Sentencia de 14 de junio de 1976, refiriéndose al momento de la cuantía de la indemnización de los gastos del poseedor, que su «cuantía exacta deberá concretarse en período de ejecución de sentencia».

En la civilística contemporánea han sido Mosco (7) y Paes da Silva (8) quienes han advertido, para este caso concreto del poseedor de buena fe y de los gastos realizados sobre el inmueble, como es la ley la que establece una íntima relación entre el importe de lo gastado y el aumento de valor de la cosa, por lo que queda fuera de toda duda que desde el momento en

fijación se remite a las normas contenidas en los arts. 453 y 454 del mismo Código». Es decir, la trata como una obligación indemnizatoria.

(5) Se confirma por la Sentencia de 14 de junio de 1976.

(6) La Sentencia de 2 de junio de 1967, para un caso igual de plantación de pinos en suelo ajeno, declara que la valoración de los gastos útiles no se hará hasta el momento del emplazamiento de los demandados.

(7) MOSCO, *Op. cit.*, p. 160.

(8) PAES DA SILVA, *Op. cit.*, p. 194.

que nace aquel gasto no tiene por objeto una suma de dinero, aunque, más tarde, se convierta en una deuda de dinero, es decir, cuando se proceda a la determinación del aumento del valor conseguido por la cosa, debido al efecto realizado por el gasto.

Entre nosotros, el ilustre civilista Puig Brutau (9), también refiriéndose a los artículos 453 y 454 del Código civil, advierte cómo «en todo caso estos preceptos tratan de evitar que el sucesor en la posesión (ordinariamente el propietario de la cosa) experimente un enriquecimiento injusto a costa del poseedor», según se confirma por la Sentencia de 22 de diciembre de 1920, al afirmar que el propietario ha de ser condenado al abono de las mejoras realizadas para que no resulte infringido el principio de Derecho de que nadie debe enriquecerse a costa de otro. Además, hay que añadir la Sentencia de 14 de junio de 1976, que, para un caso análogo de posesión de un inmueble de buena fe y donde se realizan gastos útiles, también se condena al pago de dichos gastos, ya que, de no hacerlo, se advierte cómo ello «podría suponer un enriquecimiento injusto de dicho propietario que la ley trata de evitar».

En definitiva, los gastos útiles y necesarios llevados a cabo por el poseedor del inmueble de buena fe, como consecuencia de realizar una plantación de arbolado, tienen una naturaleza jurídica indemnizatoria y, por tanto, de «deuda de valor» y no de deuda pecuniaria, aunque la valoración de los gastos se concreten en una deuda pecuniaria final.

Toda indemnización implica una operación patrimonial restitutiva compleja donde han de tomarse en cuenta las circunstancias de tiempo y lugar, así como la determinación de la cuantía monetaria del valor debido, objeto de restitución. Por tanto, lo gastado no sólo abarcará los pagos pecuniarios realizados por las cosas o arbolado plantado, sus cuidados y servicios, sino también el aumento de valor que comportan estas mejoras para la finca. Además, si en el transcurso de los años, como los cincuenta pasados en el caso de autos, se han producido alteraciones monetarias que, con sus depreciaciones y devaluaciones, han disminuido drástica y considerablemente el poder adquisitivo del dinero, habrá que considerar este daño patrimonial. Hay que examinar, pues, como repercute este daño, de una manera concreta en relación a lo gastado y su indemnización.

4. *El alcance de las alteraciones monetarias respecto a los gastos.*

El haber distinguido los gastos de mera conservación de los gastos útiles o de mejora, en cuanto a ciertas relaciones, o por el ejercicio de ciertos derechos, como el de posesión de un bien inmueble, tiene mucha importancia en cuanto a sus efectos debido a su diversa naturaleza jurídica. Según advierte Mosco (10), en cuanto a los gastos de mera conservación, aquellos que cumplen tan sólo el fin de conservación de la cosa y que resultarán, de inmediato, propiedad de aquel que viene obligado al reembolso de los gastos,

(9) PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho civil. III. Derecho de cosas.* Barcelona, 1953, p. 81.

(10) Mosco, *Op. cit.*, p. 158.

se distinguen de los gastos útiles o de mejora, porque son concretados en sumas de dinero, y su cuantía, por su valor nominal, supone el importe del gasto. En cambio, los gastos útiles o de mejora de un poseedor de buena fe incorporan un aumento de valor a la finca, tal como se refleja en la ley (art. 453 del Código civil), por lo cual el gasto no sólo comporta la cuantía pecuniaria pagada en el momento de hacerlo, sino la indemnización de aquel aumento de valor proporcionado al inmueble.

De aquí que el reembolso de los gastos útiles o de mejora se disciplinen de una manera distinta de los meros gastos de conservación; la correlación que la ley establece entre ese aumento de valor de la cosa y la suma de dinero a pagar por gastos indica que no sólo es una simple cuantía de dinero lo que compone el objeto concreto de la obligación indemnizatoria por gastos al momento de su nacimiento, sino el mayor valor o aumento que por ellos haya adquirido la cosa posteriormente, si bien, finalmente, sea una suma de dinero la que se concrete como gasto; de ahí que, insistamos, en que no se trata de una deuda pecuniaria generalizada, sino de una deuda de valor o deuda pecuniaria final.

Si los gastos útiles de un poseedor de buena fe tienen la naturaleza de una deuda de valor, no rige para ellos el principio nominalista de las deudas pecuniarias generalizadas, ya que habrá que valorar todas aquellas detraccciones que el poseedor sacó de su patrimonio en función de la plantación, sean pecuniarias o ya de servicios u obras que hayan redundado en el aumento de valor de la cosa.

La doctrina italiana (11), preferentemente, ha sido quien pone de relieve la naturaleza jurídica de los gastos de un poseedor de buena fe sobre un inmueble como una deuda de valor, así como la repercusión que las alteraciones monetarias tienen para la devolución de lo gastado.

Si los gastos útiles del poseedor fuesen una deuda exclusivamente pecuniaria, es decir, por la suma de unas cantidades fijas de dinero, sin consideración al aumento de valor que proporcionan a la finca, sería consecuente el haber declarado, como hizo la presente Sentencia de 5 de abril de 1977, que «no hay disposición legal alguna que obligue al pago compensando el valor de la moneda depreciada».

Sin embargo, como queda demostrado, al ser dichos gastos útiles del poseedor de la finca una deuda de valor, habrá que aplicar lo dispuesto por la misma norma civil (art. 361), de que se realice la «previa indemnización establecida en los artículos 453 y 454». Dado que una indemnización es siempre una deuda de valor que obliga al pago del equivalente del beneficio obtenido como consecuencia de lo gastado, es el valor del aumento o beneficio resultante el que debe ser calculado en dinero y no la simple suma de las cuantías monetarias iniciales y posteriores.

Por último, se debe de advertir que resulta inexacto y confuso el afirmar lapidariamente, como hace la Sentencia actual, que «no hay disposición legal

(11) Cfr. ASCARELLI, *Rimborso di spese e svalutazione della moneta*, en *Foro Italiano*, I (1949), pp. 105 ss.; CALUSI, *Le obbligazioni di rimborso delle spese e la incidenza della svalutazione monetaria*, en *Temi* (1949), p. 692; FLAUTI, *Rimborso di spese e svalutazione monetaria*, en *Rivista Giuridica Abruzzesse* (1951), pp. 42 ss.

alguna que obligue al pago compensando el valor de la moneda depreciada». Si bien es cierto que no hay una norma de carácter general respecto al pago de las deudas pecuniarias, ya que el artículo 1.170, párrafo primero, acepta el principio nominalista de modo implícito, salvo que se pacte la especie de moneda de pago, por las partes, por lo que en todo caso se habrán de pagar por la cantidad debida y en moneda de curso legal (12), no obstante, el Tribunal Supremo olvida por un momento las excepciones normativas establecidas a efectos de la depreciación de la moneda, como en el caso de los arrendamientos rústicos (art. 3) y de los arrendamientos urbanos (art. 100, párrafo primero, *in fine*), cuando se permite, en los primeros, valorar la «renta en trigo» aunque pagadera en dinero y, en los segundos, al establecer un «sistema de actualización», lo mismo que ocurre para los préstamos hipotecarios con cláusulas de estabilización (art. 219), para la revisión de los precios en la Ley de Contratos del Estado (art. 7, II) y el reconocimiento de las cláusulas estabilizadoras en la Compilación de Derecho civil de Navarra (Ley 461, párrafo quinto).

Todas estas disposiciones normativas del Derecho positivo español fueron dadas como previsión permisiva para combatir los efectos dañosos en las prestaciones pecuniarias que implican frente a las alteraciones monetarias. Por tanto, la afirmación de que «no hay disposición legal alguna» carece de sentido y rigor, máxime cuando el propio Tribunal Supremo viene corrigiendo, con su sentido de la equidad, el rigor de las alteraciones monetarias que actualmente ocurren.

Ahora bien, si esta normativa no afecta al caso de autos, al no constituir los gastos de un poseedor de un inmueble una deuda pecuniaria y sí una deuda de valor, en ésta sí que repercute la depreciación monetaria, como el propio alto Tribunal tiene declarado (13), porque neutraliza el aumento o beneficio que adquiere la finca en base a los gastos útiles, los cuales han de ser actualizados en el momento de la devolución de la posesión.

JOSÉ BONET CORREA

(12) Cfr. BONET CORREA, *Las cuestiones interpretativas del art. 1.170 del Código civil sobre el pago de las deudas de dinero*, en ANUARIO DE DERECHO CIVIL, XXIV-4 (1971), pp. 1085 ss.

(13) La Sentencia de 21 de enero de 1978 declara concretamente que «en materia de indemnización de daños y perjuicios en general, el órgano jurisdiccional ha de estar en cuanto a la fijación de su cuantía, cuando lo que se pide sea su reparación pecuniaria, no a la fecha de la causación de aquéllos, sino al día en que recaigan, en definitiva, la condena a la reparación, toda vez que se trata no de una deuda pecuniaria, sino de una deuda de valor».

II. SENTENCIAS

A cargo de José BARBA VEGA, Antonio CABANILLAS SANCHEZ, Juan DE DIOS DOVAL DE MATEO, Gabriel GARCIA CANTERO, Ricardo RUIZ SERRAMALERA y Jorge VILLA VEGA.

I. DERECHO CIVIL

1. Parte general

1. *Modelo de utilidad: Transmisión Acreditación en el Registro. Buena fe.* Si bien el artículo 31 EPI. dispone que las diversas modalidades que regula el Estatuto son transferibles por todos los medios que el Derecho reconoce, pero dichas transmisiones no surtirán efecto respecto a terceros, mientras no se acredite en el Registro de la Propiedad Industrial mediante un documento fehaciente, y si bien acontece que no se ha acreditado en el Registro que por escritura pública el concesionario del modelo de utilidad cedió todos cuantos derechos le correspondían al actor (ahora recurrido), es lo cierto que el demandado (ahora recurrente), en escritura pública reconoció que el demandante es titular propietario del mencionado modelo de utilidad, acto propio que no puede desconocer para negarle ahora aquel carácter, aparte de que, en todo caso, tal circunstancia obsta a la estimación de la buena fe, consistente en el desconocimiento de la inexactitud registral, sin la cual buena fe no pueden estar protegidos por aquella garantía registral. (Sentencia de 23 de noviembre de 1976; no ha lugar.)

2. *Letra de cambio y «billet a l'ordre» marroquies. Prueba del Derecho extranjero. Carga de la prueba. Diligencia para mejor proveer.*—El Tribunal sentenciador hizo aplicación de la facultad que le confiere el párrafo final del artículo 12 Código civil, cuando acordó, para mejor proveer, que se complementase la certificación de Ley acompañada a la demanda con el dictamen de dos jurisconsultos sobre la vigencia y alcance de la legislación extranjera cuya aplicación se postulaba por el actor, y debe tenerse en cuenta también que si la prueba del Derecho extranjero incumbe a la persona que lo invoca en su amparo, ese párrafo final del mencionado artículo 12 faculta expresamente al juez para que además pueda valerse de cuantos instrumentos de averiguación considere necesarios, dictando al efecto las providencias oportunas, invocación ésta que es reflejo en nuestro Ordenamiento civil de la moderna orientación legislativa que propende a atribuir al juez el poder de realizar de oficio actos de instrucción, en aras de la tesis que no admite

dentro del proceso la errónea dualidad entre verdad material y verdad formal, o no verdad. (Sentencia de 12 de noviembre de 1976; no ha lugar.)

3. *Forma del contrato. Alcance del artículo 1.280 del Código civil:* Es doctrina jurisprudencial, ya de antiguo consagrada: a) que el alcance del artículo 1.280 no modifica el del artículo 1.278, y sólo implica, de conformidad con lo dispuesto en el 1.279, el derecho de las partes de poder compelerse a llegar a esa forma escrita, para ejercitar acción con objeto de obtener la eficacia de la obligación contraída —Sentencia de 24 de diciembre de 1929—; b) que la exigencia de forma escrita, contenida en el artículo 1.280, no tiene alcance de forma solemne que pueda afectar a la eficacia obligatoria del contrato —Sentencia de 12 de diciembre de 1940—; c) que el artículo 1.280 no ha de contemplarse aisladamente, sino en relación con los 1.254 y 1.255, que dan al mero consentimiento virtualidad creadora del contrato y con él 1.278 y 1.261, que no exigen, sino más bien excluyen todo requisito de forma —Sentencia de 30 de abril de 1955—; d) que es totalmente desafortunada la invocación del último párrafo del artículo 1.280 para negar eficacia al contrato por no constar en forma escrita, pues con tal invocación se pretende desconocer el principio espiritualista introducido en nuestro sistema jurídico por el Ordenamiento de Alcalá, que consagró el principio de libertad de contratación de conformidad con las tradiciones nacionales y que adopta nuestro Código en los artículos 1.278 y 1.279, que no han sido derogados por el 1.280 —Sentencia de 6 de octubre de 1975—. (Sentencia de 9 de diciembre de 1977; no ha lugar.)

4. *Infracciones de carácter procesal:* No son aptas para basar en ellas una casación de fondo.

Falta de claridad de la Sentencia impugnada: La falta de claridad puede corregirse mediante el recurso de aclaración que autoriza el artículo 363 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, del que no hizo uso el recurrente; y si por esa supuesta falta de claridad estimaba que existía contradicción en el fallo, debió acudir a la vía del número 4 del artículo 1.692, como así lo declaran las Sentencias de 11 de octubre de 1951 y 26 de octubre de 1959.

Enriquecimiento injusto: Requiere un desplazamiento patrimonial sin razón alguna que lo justifique, por lo que en el caso enjuiciado falta ese requisito esencial de la causa injustificada, pues no se enriquece injustamente quien hace uso de su derecho. (Sentencia de 23 de noviembre de 1977; no ha lugar.)

2. Obligaciones y contratos

1. *Contrato de compraventa; cantidades entregadas a cuenta; funciones que pueden desempeñar.*—En nuestro Derecho la entrega de cantidades en la compraventa pueden desempeñar una triple función: a) la de ser una prueba o señal de la celebración del contrato (arras confirmatorias); b) la de establecer una garantía del cumplimiento del contrato, mediante la pérdida de la entrega por el comprador, o su devolución doblada por el vendedor, en caso de incumplimiento (arras penales), en cuyo supuesto no está

dejado al arbitrio del deudor la posibilidad de liberarse de la obligación pagando la pena, salvo que expresamente se le hubiese reservado ese derecho, como terminantemente se declara en el artículo 1.153 del C. c., y c) la de constituir un medio lícito de desligarse una o las dos partes del cumplimiento del contrato, mediante el abandono de las cantidades o parte de ellas por quien las entregó, o la restitución doblada por quien las recibió (arras penitenciales o de desistimiento); que sólo tienen esta eficacia cuando se le hubiese reservado expresamente esta facultad al deudor, como de manera rotunda exige el referido artículo 1.153.

Contrato de compraventa: cláusula de desistimiento del contrato a favor de una de las partes.—Es perfectamente válida en nuestro Derecho la cláusula que sólo otorga al comprador la posibilidad de desistir de la consumación del contrato perfeccionado entre las partes, y la de lograr su resolución perdiendo el 50 por 100 de lo que en ese momento tenga entregado, teniendo en este caso el vendedor la obligación de consumar la venta si el comprador ofrece formalmente o paga el resto del precio aplazado. (Sentencia de 14 de diciembre de 1977; no ha lugar.)

2. *Compraventa de piso con plaza de garaje; entrega de la cosa vendida.* La obligación que el C. c. impone a los vendedores de entregar a los compradores la cosa vendida, poniéndola en poder y posesión de los mismos, sólo queda cumplida cuando se ha puesto en poder y posesión del comprador todo lo que el contrato expresa, conforme ordena el artículo 1.462, relacionado con el 1.469 y 1.157 del Código sustantivo, y en el presente caso esta obligación no ha sido cumplida, ya que indicándose en una de las cláusulas del contrato que se vende también al comprador el derecho al aparcamiento en el espacio destinado a garaje en la planta sótano del edificio de un automóvil del tamaño máximo que se estipula «en la forma y con las limitaciones necesarias para no obstaculizarse la circulación y aparcamiento de los automóviles del resto de los comunitarios», el vendedor no puede limitarse a la entrega de un espacio de aparcamiento, sino que es necesario completar dicha entrega con la superficie necesaria para que la circulación y aparcamiento de los automóviles dentro del garaje no pueda obstaculizarse.

Alcance del contenido de los contratos; aplicación del artículo 1.258.—Por tratarse el artículo 1.258 de un precepto genérico en materia de contratación es siempre de general observancia, que ha de armonizarse y ser tenido en cuenta en la decisión de las cuestiones que surjan en orden al cumplimiento de las estipulaciones contractuales.

Interpretación de los contratos.—La aplicación válida del artículo 1.281 excluye la del artículo 1.282, cuando la interpretación literal se hizo dentro de los límites señalados por el artículo 1.283.

Error en la valoración de la prueba; requisitos para que pueda apreciarse el error de derecho.—El error de derecho se comete cuando se infringe un precepto valorativo de un determinado medio de prueba, no reconociendo la eficacia que la ley le otorga, es decir, que existe el error cuando por el Juzgador de instancia se vulnera un precepto legal de obligado acatamiento, como norma pre establecida, a la que haya de ajustarse, lo que hace necesario, como una reiterada doctrina jurisprudencial tiene establecido, que

para demostrar el error de derecho en la apreciación de la prueba se requiere citar la norma legal referente a la prueba que se haya violado, así como precisar con claridad el concepto en que, a juicio del recurrente, la infracción haya sido cometida (entre otras Sentencias así se establece en las de 15 de mayo de 1942, 28 de noviembre de 1961, 28 de mayo de 1965, 17 de diciembre de 1969 y 17 de marzo de 1975). (Sentencia de 28 de octubre de 1977; no ha lugar.)

3. *Compraventa con precio aplazado: Resolución por incumplimiento: Comprador declarado en quiebra: Retroacción.*—En el caso de autos se hallaba pendiente de ejecución el contrato de compraventa, en el cual la parte recurrente figura como vendedora y el quebrado como comprador, y aquélla, con base en el cumplimiento de sus obligaciones y en el incumplimiento por la otra pretende la restitución de lo vendido, no teniendo en cuenta que la declaración de quiebra en este supuesto produce la ruptura de la equivalencia de las prestaciones, característica de los contratos sinalagmáticos, ya que el acreedor, realizador de su pretensión íntegra, ha de quedar sometido, como acreedor ordinario a la ley del dividendo, por lo cual el artículo 1.124 del Código civil no puede ser tenido en cuenta de manera aislada respecto a los artículos 908 y 909 del Código de comercio, reguladores de la reivindicación especial de la quiebra, respecto de los bienes que figurando en la masa de hecho, no deben integrarla de derecho, al no haber sido transferidos al quebrado por un título legal e irrevocable; debe aclararse que los supuestos de los números 8.^º y 9.^º del artículo 909 citado no son los de autos, porque la mercancía fue transferida por título de compraventa al quebrado y los pagos no fueron hechos al contado, sino a plazos, y lo vendido le fue remitido al quebrado por camión, recibiendo la mercancía y haciéndose cargo de ella. (Sentencia de 2 de enero de 1978; no ha lugar.)

(Se utiliza la terminología de GARRIGUES, *Curso*, II, 4.^a ed., p. 387.)

4. *Compraventa mercantil: Opción al comprador para elevar la cantidad a entregar. No es obligación alternativa.*—La opción a la que se refiere el contrato que vincula a las partes y a cuya virtud la cantidad de cebada a entregar por los vendedores, señalada en 4.000 toneladas, podría llegar a 5.000 toneladas a voluntad del comprador, en forma alguna puede identificarse con las obligaciones alternativas, en las que se prevé una pluralidad de prestaciones de las que tan sólo una ha de cumplirse y que queda determinada a virtud de la elección por aquél, deudor o acreedor, a quien corresponda, mientras que en el caso de autos no se trata sino de una compraventa de cebada a suministrar, en cantidad a determinar posteriormente a facultad del comprador, si bien limitada entre las 4.000 y 5.000 toneladas de dicha mercancía, pues como establece el artículo 1.273 del C. civil, «la indeterminación en la cantidad no será obstáculo para la existencia del contrato siempre que sea posible determinarla sin necesidad de nuevo convenio entre los contratantes. (Sentencia de 15 de marzo de 1977; no ha lugar.)

5. *Arrendamiento de pastos y de pajar: Incumplimiento de contratos: Daños.*—Ha quedado probado que el contrato discutido tenía por objeto los pastos de la finca y un pajar, habiéndose propasado el arrendatario al ocu-

par otras dependencias (cocinas, cuadras, cobertizos y corrales) ajenos al contrato, por lo que incumplió sus condiciones, causando daños en la finca y excediéndose abusivamente en el objeto del arrendamiento, resultando con toda evidencia la gravedad de los daños causados, por lo cual resulta procedente el desahucio.

Legitimación activa del comunero.—Se hace constar expresamente que quienes actúan en el pleito lo hacen no individualmente, sino en nombre de la comunidad «pro indiviso» existente entre ellos sobre la finca arrendada, y es sobradamente conocido por lo reiterada la doctrina jurisprudencial de este Tribunal en el sentido de que cualquiera de los comuneros puede a estos fines actuar con todos para cuanto redunde en beneficio de la comunidad. (Sentencia de 25 de noviembre de 1977; no ha lugar.)

6. *Contpraventa, interpretación del artículo 1.504 C. c.; exigencia de requerimiento de resolución.*—Que éste es el sentido que viene dando al artículo 1.504 del Código civil la jurisprudencia de esta Sala, que proclama que ese requisito a que alude el precepto no es un requerimiento para que el deudor pueda pagar en un nuevo plazo que haya que concederle, sino que, como ha dicho la Sentencia de 3 de julio de 1917, es una intimación concreta para que se allane el comprador a resolver la obligación y a no poner obstáculos a ese modo de extinguirla —Sentencia de 30 de mayo de 1942, coincidente con las de 7 de julio de 1911, 8 de julio de 1933, 3 de julio de 1949, 30 de octubre de 1956, 10 de marzo de 1966 y 5 de noviembre de 1977, entre otras—. (Sentencia de 20 de octubre de 1977; no ha lugar.)

Hechos.—En virtud de que el comprador no satisfacía el precio de las maquinarias en el plazo previsto, el vendedor le requirió por dos veces, dando por resuelto el contrato. En ambas instancias fue acogida la pretensión del vendedor.

7. *Transferencia de la concesión administrativa de transportes de viajeros: nulidad por incumplimiento de la obligación de solicitar autorización administrativa: carácter civil.*—Se trata de un contrato civil y no administrativo dados los elementos subjetivos intervenientes —la concesionaria y los terceros—, y la posición de igualdad que ocupan en la relación jurídica, integrada exclusivamente por derechos subjetivos privados y deberes jurídicos igualmente privados, y la nulidad se produce en virtud del incumplimiento por una de las partes de una de las condiciones esenciales del contrato válidamente pactada y aceptada por ambos contratantes, consistente en la necesaria petición de autorización a la Dirección General de Transportes Terrestres para la eficacia de la transferencia. (Sentencia de 25 de noviembre de 1977; no ha lugar.)

8. *Interpretación del contrato: inexistencias de vicios «in iudicando».*—No puede ser alcanzado el resultado apetecido por la parte recurrente, porque el contrato y la carta, que principalmente sirven de fundamento a ambos motivos del recurso, fueron objeto de análisis e interpretación en los razonamientos de la sentencia de primer grado y segundo de la apelación,

lo que les priva de viabilidad a estos fines, como se indicó, entre otras, en la Sentencias de 5 de marzo y 31 de mayo de 1977.

Ni estos documentos ni ningún otro de los reseñados ponen de relieve de forma evidente, como la ley exige, la equivocación atribuida al Tribunal sentenciador, al no expresarse en ellos lo contrario de lo que éste afirma, ni haberse negado por él, lo que en ellos consta de un modo claro y terminante, que es precisamente lo que origina la existencia de estos vicios *in iudicando* (Sentencias de 11 de abril de 1947 y 22 de febrero de 1973).

Interpretación del contrato.—Al sentido literal del pacto, se someten las demás reglas de interpretación enumeradas en los artículos 1.281 a 1.289 del Código civil, en virtud del principio *in claris non fit interpretatio* (Sentencias de 30 de marzo de 1953 y 10 de diciembre de 1957).

No debe entrar en juego la norma de hermética contenida en el artículo 1.285 del Código civil, por ser ésta de carácter supletorio respecto a la indicada (Sentencias de 30 de abril de 1964 y 27 de enero de 1976).

Carga de la prueba.—Los principios generales del Derecho relacionados en el artículo 1.214 del Código civil, imponen la carga de la prueba de las excepciones o hechos impeditivos u obstativos a la acción ejercitada, a quien los alega y no a su adversario (Sentencias de 30 de junio de 1973 y 24 de junio de 1974). (Sentencia de 26 de noviembre de 1977; no ha lugar.)

Hechos.—El problema gira en torno a la interpretación de la cláusula siguiente: «Como garantía de la buena realización de la obra, por parte de Frucosa, podrá efectuarse las determinaciones que crea oportunas, estableciendo como organismo resolutorio, el dictamen del Instituto Eduardo Torroja de la Construcción y del Cemento».

9. *Arrendamiento de obra: apreciación de la prueba pericial.*—El artículo 1.243 del Código civil sólo contiene una regla formal, y es una simple referencia y confirmación del 632 de la Ley de Enjuiciamiento civil, que confiere una libertad absoluta al Juzgador para pronunciarse o apreciar el valor de la prueba pericial; y según tiene en forma constante y repetida esta Sala, contra su libre apreciación, realizada según las reglas de la sana crítica, no se da recurso alguno.

Ruina de la obra inmobiliaria.—No es aplicable el artículo 1.591 del Código civil, porque el defecto de ajuste de rasantes nunca puede calificarse de ruina y en todo caso sería preciso para ello hacer referencia a las reglas legales sobre aplicación de la analogía, en cuyo sentido ha declarado la jurisprudencia que la culpa por impericia profesional, lo mismo puede darse cuando se levanta un edificio de nueva planta, que en el caso de la reparación de alguno de sus elementos esenciales (Sentencias de 19 de febrero y 20 de mayo de 1959 y 7 de junio de 1976). (Sentencia de 16 de diciembre de 1977; no ha lugar.)

Hechos.—Se concertó un contrato de obra por el que el constructor se comprometió a realizar la excavación y urbanización de los viales del Barrio de Amaya. El importe de las obras era de casi 4 millones de pesetas. El comitente dejó sin pagar al constructor más de un millón y medio de pesetas. Por esta causa, el constructor demandó al comitente; éste se opuso a

la demanda, alegando, entre otras cosas, que existía un defecto de ajuste de los rasantes.

La Audiencia condenó al comitente a abonar al constructor un millón cuatrocientas treinta y cuatro mil pesetas. El tribunal Supremo confirmó este fallo.

NOTA.—El comitente alega en el recurso de casación la aplicación del artículo 1.591 del Código civil, que el Tribunal Supremo niega por no ser el vicio determinante de ruina.

A nuestro juicio, la interpretación amplia que nuestro Tribunal Supremo da al término «ruina» (vid. Sentencias de 20 de noviembre de 1959; 7 de junio de 1966, y 19 de febrero de 1970), no justifica que cualquier tipo de vicio que presente la obra inmobiliaria construida, pueda ser calificado como productor de ruina y, por tanto, dar lugar a la aplicación del citado artículo, que, como es sabido, establece la denominada «responsabilidad decenal» de los profesionales de la construcción.

La solución que da el Tribunal Supremo en esta sentencia es acertada, pues sólo cuando el vicio sea de extraordinaria gravedad (comprometa la estabilidad de la obra inmobiliaria o la haga inapropiada para el uso al que se destina), puede afirmarse la aplicación del artículo 1.591.

Según el Tribunal Supremo, sería necesario acudir a la analogía para aplicar en este caso el artículo 1.591. Esto se explica porque el defecto de ajuste de rasantes no tiene nada que ver con los edificios, a que se refiere este artículo. Con acierto, sin embargo, nuestra doctrina y jurisprudencia (cfr. Cadalso, *La responsabilidad decenal de arquitectos y constructores*, Madrid, 1976, páginas 113-114) no encuentra dificultades para aplicar el artículo 1.591 a toda obra o construcción de naturaleza inmobiliaria, basándose en la interpretación finalista del mismo. (A. C.).

10. *Culpa extracontractual: daños cinegéticos: responsabilidad solidaria: inexistencia de litisconsorcio pasivo necesario.*—Regulada la responsabilidad por daños cinegéticos en el tít. V de la Ley de Caza de 1970 y del Reglamento para su ejecución de 1971, arts. 33 y 35, respectivamente, en el caso de que no resulte posible precisar la procedencia de la caza respecto a uno determinado de los varios acotados que colindan con la finca, la responsabilidad se exigirá solidariamente de todos los titulares de acotados que fueren colindantes, y subsidiariamente de los dueños de los terrenos; solidaridad que lleva consigo que el acreedor pueda dirigirse contra cualquiera de ellos (artículo 1.144 C. c.), y que el hecho de dirigirse contra sólo dos de los propietarios de los terrenos acotados, no implica la falta de litisconsorcio pasivo necesario, pues cada deudor solidario en la relación externa con el acreedor se reputa único y exclusivo obligado por la totalidad, sin perjuicio de que en la relación interna lo sea sólo por su parte. (Sentencia de 7 de enero de 1978; no ha lugar.)

La nueva Ley de Caza de 1970, en materia de daños cinegéticos ocasionados por las piezas de caza en las fincas colindantes, se ha manifestado sumamente respetuosa del sistema vigente con anterioridad, al disponer el art. 33.2 de la Ley que «la exacción de estas responsabilidades se ajustará a las prescripciones de la legislación civil ordinaria». No han sido, sin embargo, pocas las innovaciones sustantivas que en el régimen de la misma ha introducido, de suerte que el art. 1.906 C. c., sin haber sido derogado, debe ser completado en puntos fundamentales como los siguientes: 1.º Pasa a primer plano el titular del aprovechamiento cinegético, no mencionado en el ar-

título 1.906 y que únicamente podía ser demandado con base en el art. 1.902; 2.) Se especifica el carácter solidario de la responsabilidad entre todos los titulares de aprovechamientos colindantes; 3.) Se aclara el carácter subsidiario de la responsabilidad de los propietarios de las fincas. No cabe duda que se ha tratado de facilitar una efectiva y rápida exacción de la responsabilidad por los daños cinegéticos. Quedan, con todo, algunos interrogantes sin aclarar: ¿Es subjetiva u objetiva esta responsabilidad civil? ¿Es admisible la prueba de que los daños fueron ocasionados por caza procedente de otros cotos no colindantes? En el caso resuelto por esta sentencia —una de las primeras dictadas en aplicación de la nueva legislación— los daños se causaron en una finca plantada de almendros por los venados procedentes de varios cotos próximos (el art. 1.906 habla de «fincas vecinas», mientras que el art. 35.1.b) del Reglamento se refiere a «acotados que colinden con la finca», ¿son conceptos idénticos?). (G. G. C.).

11. *Culpa extracontractual: relación de causalidad: autoría no demostrada.*—No se ha justificado en el pleito la existencia de un nexo de causalidad entre el daño producido y la conducta culposa o negligente de su supuesto autor, toda vez que el demandado no se encontraba presente en el lugar donde sobrevino el accidente, requisito indispensable para el éxito de la acción derivada de culpa extracontractual que regulan los arts. 1.902 y 1.903 C. c. según con insistencia y uniformidad se ha reconocido, entre otras, en las Sentencias de 2 de diciembre de 1968 y 14 de abril de 1977. (Sentencia de 22 de diciembre de 1977; ha lugar.)

12. *Seguro de accidentes de circulación: acción de repetición de la compañía aseguradora contra el causante del daño: no procede si se trata de seguro voluntario.*—No ha lugar a la repetición cuando el contrato sobrepasa los límites del seguro obligatorio; si se contrata un seguro que abarque una responsabilidad ilimitada en el ámbito civil, la compañía aseguradora percibe primas más altas y por ello deben ser más extensas sus obligaciones.

Delito de omisión de socorro.—El resultado dañoso se produjo en el caso de autos, no intencionadamente, sino por una acción culposa del conductor-asegurado, por lo cual no está excluido del seguro; y si bien incurrió el mismo en una omisión del deber de socorro, que fue penalmente sancionada y que constituye un delito doloso, tal conducta no fue la causa de aquel resultado dañoso sino una omisión posterior a la producción del accidente.

Interpretación del contrato de seguro.—El contrato de seguro es un contrato de adhesión y en caso de duda sobre la significación de las cláusulas generales de una póliza —redactadas por la compañía sin intervención alguna de sus clientes— se ha de adoptar, conforme al art. 1.288 C. c., la interpretación más favorable al asegurado, ya que la oscuridad es imputable a la entidad aseguradora (Sentencias de 12 marzo 1957, 12 noviembre 1957, 14 abril 1959, 4 mayo 1961, entre otras). (Sentencia de 11 de octubre 1977; no ha lugar.)

13. *Seguro de daños: acción de reembolso.*—No encontrándonos ante un supuesto de responsabilidad extracontractual o aquiliana, derivado de un accidente producido por la colisión de dos vehículos de motor, sino ante el ejercicio de una acción de reembolso, no puede decirse que se hayan violado

los arts. 1.902 y 1.903 C. c. en relación con los arts. 39 y 42 de la Ley de 24 de diciembre de 1962, todos ellos completamente ajenos a la cuestión debatida y resuelta en la sentencia.

Tasación de los daños: no vinculación del juez civil a la realizada en juicio de faltas.—El Tribunal de instancia, desentendiéndose de lo acordado en la sentencia penal en cuanto a la tasación de los daños, en uso de su liberrima facultad ya que en el orden civil no vincula lo que en el penal se resolvió, fija en 250.000 pesetas la suma que la compañía de seguros ha de reembolsar al asegurado, condenado a abonar por la sentencia penal la cantidad de 400.000 pesetas al perjudicado; cuestión de hecho no combatida debidamente, habiéndose llegado a tal valoración por cierto confusionismo probatorio observado en el juicio de faltas deducido de la forma vaga e imprecisa en que está expresado el informe pericial y otras circunstancias tales como el retraso con que el asegurado notificó el siniestro a la aseguradora. (Sentencia de 20 de diciembre dñ 1977; no ha lugar.)

14. *Responsabilidad civil derivada de delito: acción no reservada: doctrina general.*—Conforme al art. 112 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal el ejercicio de la acción penal lleva consigo la acción civil con la única excepción dñ que el ofendido se la reserva expresamente para su ejercicio en el procedimiento civil que corresponda; no constando dicha expresa reserva la sentencia penal, al propio tiempo que resuelve sobre los hechos delictivos, lo tiene que hacer sobre las responsabilidades civiles consecuencia de los mismos, con fuerza de cosa juzgada material que veda toda posibilidad a la jurisdicción civil de conocer o revisar lo resuelto por dicha sentencia, sin que le sea lícito suplir, completar o rectificar, deficiencias, omisiones o incluso olvidos que pudieran apreciarse cometidos en la sentencia penal por tratarse de jurisdicción de otro orden, quedando resueltas todas las responsabilidades civiles que deriven o traigan causa del delito o falta; por ello la Ley autoriza a los perjudicados para justificar la cuantía de los daños y perjuicios causados, tanto materiales como morales, por daño emergente o por lucro cesante, resultando improcedente e incorrecto acudir a la vía civil aun con pretensiones referidas a terceros que se dicen responsables subsidiarios, toda vez que al igual que el responsable directo quedó afectado al juicio criminal mediante la apertura de la pieza correspondiente.

Efecto de la sentencia penal absolutoria.—Salvo el caso de inexistencia del hecho del que la acción civil hubiera podido nacer, la sentencia penal absolutoria deja expedita la vía civil.

Defectos del recurso.—Aunque sea lícito y procedente citar en la sentencia de instancia preceptos de orden penal, no puede fundarse en los mismos un recurso de casación por infracción de ley en materia civil. (Sentencia de 2 de enero de 1978; no ha lugar.)

La víctima del accidente reclama al responsable directo y a la compañía aseguradora el importe de los mayores daños ocasionados, especialmente de naturaleza estética. La demanda se rechaza porque la sentencia penal ya los tuvo en cuenta al contemplar «aquellos visibles defectos estéticos», y, sobre todo, por la conocida doctrina que se reitera acerca de la incompetencia de la jurisdicción civil para modificar el *quantum* de los daños fijado por la

jurisdicción penal. Habría que recordar que el ejercicio de la acción civil en el proceso penal —una singularidad de nuestro ordenamiento— conlleva riesgos, junto a una mayor agilidad en la prueba de los daños, una menor matización o precisión de los mismos. Cabe citar la Sentencia de 20 de diciembre de 1977 en la que la jurisdicción civil redujo la cuantía de los daños fijados en vía penal; pero se trataba de la acción de reembolso ejercitada por el condenado frente a la compañía de seguros, lo que constituye un supuesto diverso.

3. Derechos reales

1. *Derechos reales: Requisitos necesarios para el ejercicio de la acción reivindicatoria.*—Primero.—Quien pretende utilizar esta acción ante los Tribunales, debe acreditar cumplidamente el título de dominio que ostente sobre la finca de que se trate, la identidad de ésta y su posesión o detentación por la parte demandada (Sentencias de 31 de enero de 1976 y 28 de enero de 1977). Segundo.—No es imprescindible que dicho título consista en un instrumento público o documento privado, puesto que el derecho del actor puede justificarse por cualquiera de los medios probatorios admitidos por nuestra legislación e incluso a través de la posesión continuada durante el plazo y con las condiciones establecidas en los arts. 1.941, 1.959 y 1.963 del Código civil, para la prescripción adquisitiva extraordinaria del dominio y derechos reales sobre esa clase de bienes (Sentencias de 3 de febrero y 24 de junio de 1966 y 5 de octubre de 1967), es decir, en concepto de dueño, pública, pacífica y no interrumpida durante más de treinta años, sin necesidad de título ni de buena fe (Sentencia de 29 de abril de 1971). Tercero.—Tal usucapión puede surtir la totalidad de sus efectos incluso *contra tabulas*, cuando los que tengan inscrito el dominio de sus bienes en el Registro de la Propiedad correspondientes, no ostenten la condición de terceros, conforme a lo dispuesto en el artículo 34 de la Ley Hipotecaria, según claramente indican los términos en que está redactado el artículo 36 de dicho Cuerpo legal (Sentencias de 20 de octubre de 1941 y 9 de octubre de 1973), como sucede con quienes no hayan adquirido a título oneroso. Cuarto.—Que la apreciación de la existencia de los requisitos primeramente enumerados, es función recomendada a los Tribunales de instancia, cuyo criterio debe prevalecer en casación, salvo que se demuestre lo contrario a través del cauce establecido en el número séptimo del artículo 1.692 de la Ley de Trámites (Sentencias de 2 de febrero de 1972 y 8 de abril de 1976).

La presunción de legitimación que establece el artículo 38 de la Ley Hipotecaria.—Cede ante su discordancia con situaciones que están fuera del Registro (Sentencias de 7 de mayo de 1975 y 26 de abril de 1976), como lo es la usucapión extraordinaria operada en favor de los actores.

La acción de deslinde reconocida en el artículo 384 del Código civil.—Puede deducirse ante los Tribunales conjuntamente con la reivindicatoria cuando se discute si dentro de las parcelas reclamadas, están o no incluidas determinadas hectáreas (Sentencias de 2 de noviembre de 1960 y 23 de mayo de 1977). (Sentencia de 5 de diciembre de 1977; no ha lugar.)

Hechos.—Los actores poseyeron en concepto de dueños desde el 31 de mayo de 1929 la parcela que reivindican, hasta que fueron lanzados de ella

en ejecución de sentencia pronunciada en virtud del procedimiento del artículo 41 de la Ley Hipotecaria.

La Audiencia declaró que los actores habían acreditado suficientemente la concurrencia de los requisitos necesarios para el éxito de la acción reivindicatoria. El Tribunal Supremo confirmó esta sentencia.

2. *Derecho de propiedad: acción declarativa: prueba.*—Los títulos alegados por el recurrente, consistentes en el Libro Inventario del Ayuntamiento, un plano del Instituto Geográfico y Catastral y el consorcio entre dicha corporación municipal y el Patrimonio Forestal del Estado (ahora I.C.O.N.A.), no están en condiciones de prevalecer, dados su naturaleza intrínseca, su origen unilateral y su consiguiente alcance, frente a los de los actores y recurridos, quienes, además de acreditar la posesión pública, pacífica, ininterrumpida y en concepto de dueño durante más de cuarenta años de la finca afectada por la plantación que se discute, justificaron asimismo su título de propiedad de la totalidad en que aquélla está comprendida en la actualidad, constante en escritura pública e inscrito en el Registro de la Propiedad. (Sentencia de 18 de enero de 1978; no ha lugar.)

3. *Acción de deslinde: requisitos: confusión de linderos.*—La acción de deslinde es semejante a la antigua *actio finium regundorum*, con la que tiene notorios puntos de semejanza, aunque no puede con ella identificarse, requiriendo como supuestos fundamentales el dominio de las fincas cuyo deslinde se pretende y la confusión de linderos con otra del demandado y cuya propiedad pertenezca a éste, y, en su caso, la legitimación de titulares de derechos reales, sin que pueda ser obstáculo la inscripción en el Registro de la Propiedad cuando se desconoce hasta dónde alcanzan en la realidad los linderos de las fincas inscritas (Sentencias de 13 mayo 1959, 2 abril 1965, 23 mayo 1967 y 26 septiembre 1968); no procede el ejercicio de la acción cuando de los hechos alegados no se puede concluir que demandante y demandado sean propietarios de fincas con linderos imprecisos e indeterminados, por lo que no se justifica la necesidad de un deslinde. (Sentencia de 18 de octubre de 1977; no ha lugar.)

4. *El concepto de tercero hipotecario.*—Para ostentar la condición de tercero a efectos del art. 34 de la Ley Hipotecaria, es preciso que el adquirente a título oneroso del dominio de un inmueble o derecho real inscrito haya obrado de buena fe, requisito que consiste, en su aspecto positivo, en la creencia por parte de quien pretende ampararse en la protección registral, de que la persona de quien adquirió la finca de que se trate era dueño de ella y podía transmitirle su dominio, y en su sentido negativo, en la ignorancia o desconocimiento de la existencia de inexactitudes de esa índole o vicios invalidatorios que puedan afectar a la titularidad del enajenante, como se infiere de la redacción de los arts. 34, párrafo 2.º, 36, 40 apartado D) y núm. 9 del 107 de la L. H., y 433 y 1.950 del C. c., por lo que carecen de dicha cualidad quienes tienen noticia perfecta de la situación jurídica extratabular de lo transmitido, o de las posibles causas capaces de enervar el título de su transferente (Sentencias de 24 febrero 1959, 11 mayo 1962 y 13 octubre 1973).

Abuso de derecho: ejercicio indebido de acciones judiciales.—Si bien es cierto que en aplicación del apotegma jurídico «quo iure suo utitur, neminem laedit», recogido por el Derecho romano (Leyes 55 y 155, párrafo 1.º, del Título XVII, Libro L del Digesto) y nuestra legislación histórica (regla 14, Título XXXIV de la Partida VII), la Sentencia de 21 diciembre 1892 declaró que quien ejerce una acción ante los Tribunales no es responsable, a efectos del art. 1.902 del C. c., de los daños que se originen como consecuencia de la resolución judicial que ponga término al pleito, no lo es menos que para que tal efecto se produzca es menester que, el derecho de que se trate no se haya actuado por su titular de forma abusiva (art. 7, núm. 2 del C. c. y Sentencias de 13 junio 1942, 13 junio 1950 y 19 abril 1965), con móvil torpe (Sentencia de 24 febrero 1959) o traspasando los linderos impuestos por la equidad y la buena fe (S. de 14 febrero 1944), porque, de mediar estas circunstancias, no entrarian en juego ni el principio de derecho antes mencionado, ni la doctrina contenida en la Sentencia de 21 diciembre 1892, reconociéndolo así la de 4 abril 1932, que incluye dentro del ámbito de aplicación del referido art. 1.902, los supuestos en que los Tribunales estimen no haber existido «iusta causa litigandi» y la de 12 febrero 1952, que también comprende dentro de él los casos en que lo ejercitado ante los órganos jurisdiccionales no sea un verdadero derecho sino una mera apariencia del mismo.

Culpa extracontractual: apreciación.—La apreciación de los actos u omisiones determinantes de la culpa extracontractual o aquiliana, es función privativa de los Juzgadores de instancia (Sentencias de 20 marzo y 23 octubre 1930, 9 abril 1932 y 24 diciembre 1941).

Culpa extracontractual: coexistencia de culpas.—La coexistencia de culpas, así como la facultad de compensar sus efectos, están encorrmendados a la Sala sentenciadora (Sentencias de 7 octubre 1966 y 30 abril 1969).

Comunidad de bienes: acciones ejercitadas por un condeño.—La jurisprudencia del Tribunal Supremo que proclama la doctrina de que las sentencias que pongan término al pleito seguido a instancia de un condeño, en nombre de la comunidad a que pertenecen los bienes litigiosos, no perjudican a los restantes partícipes que no hayan intervenido en las actuaciones (Sentencias de 17 junio 1927, 26 marzo 1955 y 14 marzo 1969) no es aplicable en aquellos casos en que el condeño no sólo tuvo conocimiento de la acción ejercitada, sino que fue, por medio de personas interpuestas, el verdadero promotor del litigio. (Sentencia de 5 de enero de 1977; no ha lugar.)

II. DERECHO MERCANTIL

1. *Sociedad mercantil irregular: responsabilidad de los gestores: validez interna.*—De conformidad con la doctrina de esta Sala establecida en las Sentencias de 19 de enero 1925, 15 octubre 1940, 16 abril 1942, entre otras, conforme a las cuales una cosa es el nacimiento de la personalidad jurídica de las sociedades mercantiles frente a terceros, derivado del cumplimiento de los requisitos formales, escritura pública e inscripción y otra bien distinta es que, concurriendo en el contrato los requisitos esenciales para su validez

y eficacia, no surta efecto entre los contratantes, como sociedad de hecho, pero de índole mercantil, por el objeto, como criterio diferenciador de las sociedades civiles y mercantiles, no obstante la forma irregular de su constitución; es unánime la doctrina jurisprudencial, a partir de 1941, de que hay que distinguir entre las relaciones internas y externas de la sociedad, y que en ésta, para proteger al tercero de la buena fe, se produce verdadero desplazamiento de la responsabilidad de la sociedad irregular, frente al tercero de conformidad con lo que se dispone en el artículo 120 del C. de c. (Sentencia de 22 de diciembre de 1976; no ha lugar.)

2. *Sociedad anónima: Contratos concluidos en nombre de la sociedad antes de su inscripción en el Registro Mercantil. Responsabilidad de los gestores.*—De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 7 LSA es de notar, por una parte, que no existe responsabilidad conjunta de los gestores con la sociedad en orden a los contratos concluidos en nombre de ésta, antes de su inscripción en el Registro Mercantil, puesto que una de dos, o la sociedad otorga su aceptación dentro del plazo de tres meses desde aquella inscripción, en cuyo supuesto el contrato es válido y obliga exclusivamente a la sociedad con el tercero, o no lo acepta dentro del plazo referido, en cuya hipótesis responden exclusivamente los gestores frente a las personas con las que hubiesen contratado en nombre de la Compañía, y, por otra parte, que la solidaridad de que habla el mismo precepto, siguiendo el precedente del artículo 120 del C. de c., afecta únicamente a la responsabilidad de los gestores cuando hubieren sido varios los que contrataron con el tercero, no a la inexistente responsabilidad simultánea de los gestores con la sociedad. (Sentencia de 6 de julio de 1977; no ha lugar.)

3. *Sociedad Anónima. Impugnación junta general: Delegación presidencia. Convalidación. Falta de legitimación.*—La Sentencia recurrida rechaza la pretendida nulidad de la Junta con base en tres fundamentos distintos e independientes, cada uno de los cuales, de quedar subsistente en el recurso, es suficiente por sí solo para mantener el fallo recurrido, a saber: a) porque si bien es cierto que ni la Ley ni los Estatutos, en sus artículos 61 y 21, nada dicen acerca de la posibilidad de delegar la presidencia de la junta en persona no accionista, tampoco la prohíben, por lo que no puede entenderse que ello sea un acto contrario a la Ley o que se oponga a los estatutos; b) porque los demandantes, al aceptar se llevase a efectos la Junta, acordada por mayoría de votos, a la que continuaron prestando su asistencia física, interviniendo en la discusión y votación de todos los asuntos que componían el orden del día, vinieron a admitir su validez, convalidando así el posible vicio de origen, lo que es lícito, toda vez que el acuerdo de celebración de la Junta bajo un delegado de la Presidencia del Consejo de Administración no es radicalmente nulo, al no tener aquellas normas el carácter imperativo o prohibitivo a que se refiere el artículo 6.^º, apdo. 3.^º, del C. civil, en su nueva redacción; c) porque los demandantes carecen de legitimación para impugnar el acuerdo en cuestión, en base al artículo 69 LSA, ya que, si bien votaron en contra, no hicieron constar en acta su oposición al mismo. (Sentencia de 12 de marzo de 1977; no ha lugar.)

4. *Sociedad Anónima: Impugnación acuerdos sociales. Junta convocada por el administrador único después de transcurrido el plazo de duración de su cargo.*—El motivo, en el que se sostiene la tesis de la nulidad de la Junta general ordinaria de 30 de julio y de los acuerdos adoptados en ella, porque la convocatoria para la misma debió hacerse por el Consejo de Administración nombrado en la Junta general extraordinaria de 15 de febrero y no por el administrador único designado en la Junta general ordinaria celebrada antes de la extraordinaria de igual fecha, no puede prosperar:

1.^o Porque, a tenor del artículo 72, párrafo 2.^c, LSA, el nombramiento de los administradores surtirá efecto desde el momento de su aceptación, y como es hecho probado que no consta que los componentes del Consejo de Administración nombrados en la Junta general extraordinaria de 15 de febrero hubiesen aceptado sus cargos, es llano que dicho Consejo no podía convocar a los accionistas el 23 de junio para la Junta a celebrar el 30 de julio siguiente.

2.^o Porque en la fecha de la convocatoria para esta Junta el único administrador de la sociedad era, con arreglo a la Ley, el que efectuó tal convocatoria; pero aun en la hipótesis de que llegara a mantenerse que el administrador único designado en la Junta general ordinaria de 15 de febrero, debía haber cesado en su cargo una vez nombrados los componentes del Consejo de Administración, la conclusión sería la misma, dado que también se hallaría legitimado el administrador único para efectuar la convocatoria antedicha, de acuerdo con lo sentado en la Sentencia de 22 de octubre de 1974 que, en armonía con lo declarado en la Res. D. G. de 24 de junio de 1968, viene a establecer la doctrina, según la cual, con arreglo al artículo 49 LSA, es válida la convocatoria a Junta General de accionistas efectuada por el administrador de una Sociedad Anónima que continuó en el ejercicio de sus funciones, aun después de transcurrido el plazo de duración de su cargo, en tanto no sea efectivamente sustituido en éste por los consejeros nuevamente designados. (Sentencia de 3 de marzo de 1977; no ha lugar.)

Antecedentes:

1.^o La Junta general ordinaria, celebrada el día 15 de febrero de 1975, acordó nombrar administrador único de la sociedad a un socio, que hallándose presente aceptó el nombramiento, el cual fue inscrito en el Registro Mercantil el 9 de mayo siguiente.

2.^o La Junta general extraordinaria, celebrada a continuación de la ordinaria el mismo día, es decir, el 15 de febrero de 1975, acordó modificar los estatutos sociales sustituyendo la administración única por un Consejo de Administración y nombró al presidente, vicepresidente, secretario y a los dos vocales de dicho Consejo, cuyos componentes «no consta que hayan aceptado ni desempeñado sus cargos»; modificación que no se ha llegado tampoco a inscribir en el Registro Mercantil.

3.^o El administrador único nombrado en la Junta general ordinaria convoca el 23 de junio de 1975 Junta general ordinaria. Esta Junta se celebró el 30 de julio y se adoptaron diversos acuerdos.

4.^o Los recurrentes formularon demanda con la pretensión de que se declarase nula, por haber sido convocada por persona que no tenía facultades para ello, la Junta general ordinaria celebrada el 30 de julio y consiguientemente nulos y sin valor ni efecto, todos los acuerdos adoptados por la misma.

5. *Sociedad Anónima. Impugnación acuerdos sociales: Ampliación de capital. Falta de precisión y claridad en la convocatoria.*—En el recurso se alega violación, entre otros, del artículo 37 LSA, a cuyo tenor «todo acuerdo de elevación de la cifra de capital social que figure en los Estatutos habrá de ser adoptado con los requisitos que expresa el artículo 84», precepto éste que en su número 1.^o (también invocado) requiere, *bajo pena de nulidad*, que para llevar a cabo cualquier modificación de los Estatutos —como la implica el aumento del capital social— se exprese «en la convocatoria de la Junta general, con la debida claridad, los extremos que hayan de ser objeto de modificación. Y esta alegación merece ser acogida, dado que la Audiencia, no obstante apreciar que el respectivo punto del orden del día de la convocatoria para la Junta «aparece defectuosamente redactado», no extrae de esta apreciación la obligada consecuencia jurídica por no aplicar las normas reseñadas, cuya aplicación se imponía, toda vez que aquel punto no expresaba con la debida claridad si iba a decidirse en la Junta un aumento de capital, aunque con delegación en el Consejo de Administración de la facultad de llevar a efecto el acuerdo, o si iba sólo a darse un supuesto de «capital autorizado», previsto en el artículo 96 LSA, o si iba a tratarse de dos aumentos de capital, como insinúa la resolución combatida, a decidir uno y a autorizar el otro. (Sentencia de 25 de enero de 1977; ha lugar.)

Antecedentes:

En la convocatoria de la Junta general se establecía como apartado 5.^o del orden del día lo siguiente: «Ampliación de capital social y autorización al Consejo de Administración para ampliarlo dentro de los límites legales, además de la ampliación de capital que se acuerde.»

6. *Sociedad Anónima, oposición al acuerdo social.*—La jurisprudencia de esta Sala, establecida entre otras en las Sentencias de 6 de julio de 1963, 20 de febrero de 1968, 30 de enero de 1970, 27 de abril y 8 de diciembre de 1973, 19 de enero de 1974 y 30 de enero de 1976, ha interpretado el primer inciso del indicado artículo 69 de la Ley de Sociedades Anónimas, en el sentido de exigir a los accionistas concurrentes a la Junta, como requisito previo de legitimación para el ejercicio de su derecho, el haber hecho constar en el acta su oposición al acuerdo impugnado, oposición que no puede producirse, como es natural, con anterioridad a la existencia del acuerdo, el cual es el resultado del precedente debate y votación, por lo que no es suficiente a tal efecto la mera emisión del voto en contra. (Sentencia de 5 de enero de 1978; no ha lugar.)

Hechos.—Es ejercitada por un socio la acción de impugnación de los

acuerdos sociales adoptados en la Junta extraordinaria de la Sociedad demandada, por el procedimiento regulado en el artículo 70 de la Ley de Sociedades Anónimas. La Sentencia recurrida rechaza la demanda por estimar que el actor no está legitimado a tal fin, en atención a que en el acta de la Junta no consta oposición alguna a los acuerdos adoptados.

7. *Marcas: Similitud. Anulabilidad. Prescripción de la acción de «nulidad».* Si bien es cierto, en general, la imprescriptibilidad de las acciones de nulidad de marcas registradas, ello se refiere exclusivamente a los supuestos de que la inscripción se verificase vulnerando alguna de las prohibiciones contenidas en los números 2.º, 5.º, 6.º y 7.º del artículo 124 EPI, pero no cuando se realizó infringiendo la prohibición del número 1.º —que es justo la hipótesis que aquí se contempla—, porque entonces la marca inscrita, aún con esta vulneración, está en el comercio de los hombres y es susceptible de apropiación.

A esto debe añadirse que la normativa vigente al respecto no declara una nulidad absoluta e «*ipso iure*», justo porque se trata de una materia en la que, dada su intrínseca naturaleza, no podía hacerlo, en cuanto que el problema de la semejanza a la que la Ley se refiere, consiste en definitiva en una cuestión que habrá de dilucidarse en concreto para cada caso que se plantee, lo que significa que depende de la impugnación que se haga por parte interesada, todo lo cual es incompatible, de suyo, con la pretendida nulidad radical, puesto que el contraste que se sanciona no es con la Ley, sino con otro título jurídico privado precedentemente reconocido, demostrando que la acción discutida no es de nulidad, sino propiamente hablando de anulabilidad o impugnabilidad, cuyo no ejercicio convalida o sana la inscripción efectuada dentro del necesario plazo prescriptivo, que exige el, por otra parte, indispensable condicionamiento de la seguridad y estabilidad jurídica, que habrá de ser el del artículo 1.964 del Código civil, en virtud de la remisión del artículo 9 EPI. (Sentencia de 18 de febrero de 1977; no ha lugar.)

8. *Propiedad industrial. Nombre comercial y marcas: Doble inmatriculación. Similitud.*—«Como dice con acierto la Sentencia de 19 de diciembre de 1970, el reconocimiento jurídico de la propiedad extraregistral por el legislador es manifiesto, pues al no darse a la inscripción carácter constitutivo, la Ley permite la impugnación de una marca inscrita mediante la alegación comprobada de un uso anterior de la misma marca por otro titular no inscrito; si bien con carácter temporal, pues de lo contrario sería ilusorio el efecto de la inscripción; fijando, para consolidación de los efectos del asiento frente al titular impugnador no inscrito, el plazo de tres años: durante el transcurso de ellos, el propietario de marca, que no inscribió, puede demostrar su propiedad y su mejor derecho al uso, impugnando la del usurpador, que se anticipó a inscribir (jurisprudencia reiterada).

Pero en la misma Sentencia que venimos aludiendo se dice, en el segundo considerando: «Este plazo de prescripción de la acción (se refiere a los tres años mencionados en el artículo 14 EPI) no es aplicable al supuesto de la doble inmatriculación consolidada», que es el realmente con-

templado por ella, como lo fue ya en la clásica Sentencia de 6 de abril de 1945; ante cuyo supuesto de hecho, que es también el contemplado en el caso que nos ocupa, se afirma en ambas: «Que dada la incompatibilidad de ambas inscripciones, es obligado estimar la propiedad a favor de la inscripción más antigua», conclusión a la que también llega la Sentencia recurrida, porque de estimarse la coexistencia de las dos marcas, cuando no ha sido ejercitada la impugnación antes de que prescriba la acción personal que la ampara, se produciría el efecto de admitir como posible la simultánea posesión del mismo objeto por dos personas distintas y con interés contrapuesto fuera del condominio y se frustraría la finalidad perseguida por la Ley de asegurar el disfrute privativo de la marca inscrita por veinte años, reconocida no sólo por nuestros Estatutos, sino por los convenios internacionales.» (Sentencia de 11 de mayo de 1977; no ha lugar.)

Antecedentes:

Existe una doble inmatriculación: la del actor (recurrido) con el nombre comercial «Gardy», protegida en España como marca internacional desde 1921 y la de la demandada (ahora recurrente), con el nombre comercial «Crady», admitida al Registro de la Propiedad Industrial en 1967; no obstante, la oposición en el expediente administrativo de inscripción en el Registro ejercitado por la Sociedad Gardy, que no prosperó por estimar dicho Registro que existía entre ellas «la necesaria diferenciación denominativa», pretensión replanteada en la demanda inicial de este pleito por la parte ahora recurrida.

Pese a reproducir la doctrina ya contenida reiteradamente en Sentencias anteriores, que llega a citar textualmente, se reproduce íntegramente el último considerando de esta Sentencia, dada la importancia del tema y la claridad con que ha sido abordado.

9. *Propiedad industrial: Denominación de origen: Vino «Montilla-Moriles».*—Como dice la Sentencia de esta Sala de 29 de abril de 1977, el juzgador de instancia ha incurrido en la infracción del artículo 83, números 1 a 5, del Estatuto del Vino, aprobado por Ley de 2 de diciembre de 1970 y 17 de octubre del mismo año, que prohíbe la autorización de marcas, nombres comerciales o razones sociales que guarden similitud fonética u ortográfica con esta clase de denominaciones, o que hagan referencia a ellas, y su uso exclusivo por personas individuales o jurídicas integrantes o no de la colectividad que tiene derecho a su utilización, estableciéndolo así, de modo terminante, para la denominación objeto de este proceso el artículo 22 de su Reglamento. (Sentencia de 29 de noviembre de 1977; ha lugar.)

La entidad demandada se había constituido como Asociación Anónima bajo la denominación de «Moriles, S. A.», con el objeto de elaborar y comercializar vino, solicitándose por el Consejo Regulador de la Denominación de origen «Montilla-Moriles», que o modificase su denominación social o el objeto de su actividad.

10. *Letra de cambio: Falta de protesto. Cláusula «sin gastos». Acciones del tenedor.*—La doctrina contenida en las Sentencias de 5 de octubre de

1971, 6 de julio de 1966 y 7 de marzo de 1974 se refiere a las relaciones entre librador y aceptante o librador-tomador, sentando que cuando el librador mediante la cláusula «sin gastos» libera al tenedor de la obligación del protesto para exigir su pago, puede disponer tanto de la acción cambiaria como de la causal, siempre que haya sido presentada al cobro el día de su vencimiento, no es aplicable cuando la relación lo es entre tomador y aceptante, pues al no existir relación directa entre uno y otro, sino que el contrato subyacente se da exclusivamente entre librador y tomador, la letra queda perjudicada por falta de protesto, ya que el tomador con respecto al aceptante no queda liberado por dicha cláusula, no siendo la letra en realidad, sino un simple documento privado utilizable en juicio como instrumento probatorio de aquella «causa debendi» o, como dice la Sentencia de esta Sala de 17 de abril de 1958, una promesa de pago hecha por el aceptante al librador o por éste al tomador, pero que en forma alguna puede provocar una condena al aceptante en favor de persona que no es el librador, esto es, entre quienes no existe acto o contrato alguno. (Sentencia de 19 de noviembre de 1976; ha lugar.)

Antecedentes:

Se trata de una letra librada con la cláusula «sin gastos», aceptada y que no ha sido protestada por falta de pago. El tenedor ejerce contra el aceptante la acción cambiaria ordinaria. La Audiencia Territorial, ratificando plenamente la Sentencia del Juzgado de 1.^a Instancia, condena al aceptante el pago de la misma, considerando que, por virtud de la cláusula «sin gastos», el librador dispensaba al tenedor de la obligación de protestar los efectos impagados, asumiendo sin tal requisito la responsabilidad en vía de retorno como si hubiesen sido protestadas y que la falta de protesto, si bien hace perder al tomador la acción cambiaria ejecutiva, conserva la acción cambiaria ordinaria contra el aceptante.

El aceptante, estimando que como consecuencia del perjuicio de una letra de cambio (falta de protesto) no es posible ejercitar acción cambiaria alguna contra el aceptante, sea ésta ejecutiva u ordinaria, recurre alegando interpretación errónea de la doctrina contenida en las Sentencias de 5 de octubre de 1971, 6 de julio de 1966 y 7 de marzo de 1974.

11. *Letra de cambio. Nulidad, juicio ejecutivo: Poder otorgado en el extranjero. Falta de personalidad en el actor.*—La excepción de falta de personalidad en el procurador de la actora, si bien es oponible en los juicios ejecutivos de carácter general (artículo 1.464, 7.^º, LEC), no lo es, sin embargo, en los que específicamente versen sobre letras de cambio, lo que expresamente se indica en el artículo 1.465 en el que no se permite alegar dicha excepción (cita las Sentencias de 11 de junio de 1931 y 20 de septiembre de 1933). (Sentencia de 23 de junio de 1977; no ha lugar.)

12. *Letras de cambio aceptadas y no pagadas: Relación entre librador y librado: Provisión de fondos: Mercancías entregadas.*—Los términos del artículo 480 C. de comercio no pueden estimarse tan absolutos que en todo

caso, y sin admitir causa que contradiga esa obligación de pago, lo haya de efectuar el aceptante de una letra de cambio por el solo hecho de su aceptación, pues cuando quien ejercita la acción es el librador y el demandado lo es el librado aceptante, resulta obligada la existencia de provisión de fondos hecha por el primero al segundo, por identificarse entonces el contrato cambiario con el causal subyacente —motivo de las letras—, y en el caso objeto del litigio dicha provisión existe representada por el valor económico de las mercancías entregadas al demandado, que supera al importe de las cambiales aceptadas y no pagadas, y del que, a las fechas de los respectivos vencimientos de las mismas, era deudor el demandado contra el que fueron libradas, dándose el supuesto que el artículo 457 C. comercio identifica con la provisión de fondos. (Sentencia de 7 de diciembre de 1977; no ha lugar.)

13. *Compraventa mercantil: Lugar de entrega: Portes a cargo del comprador.*—No existiendo pacto de sumisión expresa ni ningún otro en que se conviniese el lugar en que habría de tener efectividad su cumplimiento, ha de aplicarse la presunción establecida por la jurisprudencia de que las mercancías vendidas en el establecimiento mercantil del vendedor se entienden entregadas en el lugar donde aquél radique, por lo que, en cumplimiento del artículo 1.500 C. c., aplicable también a las compraventas mercantiles, resulta determinado el lugar de cumplimiento de la obligación de pago, que lo es el expresado de entrega de la mercancía; presunción que no se destruye por la circunstancia de haber sido aquélla entregada en el domicilio del comprador, ya que viajó a portes pagados, dado que, según constante jurisprudencia de esta Sala, reiterada en las Sentencias de 2 de febrero y 24 de marzo del año en curso, en este supuesto los géneros no viajan por cuenta del vendedor, pues los portes se cargan al comprador. (Sentencia de 4 de octubre de 1977; cuestión de competencia.)

14. *Contrato de transporte marítimo: Venta FOB. Pago del Flete.*—La utilización por la demandada del conocimiento de embarque, en el que aparece estampada la cláusula «flete prepagado según póliza de fletamento» implica la aceptación del condicionado de tal póliza respecto a la forma de pago del flete y persona obligada a hacerlo, conducta expresiva de la ratificación de los contratos celebrados a nombre de un tercero, a que hace referencia el artículo 1.259, en su final, a lo que se une el indudable conocimiento de que el contrato celebrado era una compraventa FOB, con la consecuencia de que con anterioridad conocía, dada la naturaleza de tal compraventa, que el pago del flete le correspondía.

Los contratos de transporte, y el de autos lo es, si bien en su modalidad marítima, funcionan normalmente, como contratos en favor de tercero, en cuyo sentido cabe entender comprendidos en el artículo 1.257 del Código civil, pues cuando es un tercero el que ha de hacerse cargo de las mercancías transportadas, queda ligado con el remitente y transportista y no puede ser extraño a lo pactado, en cuanto al pago del transporte, en el contrato o póliza. (Sentencia de 19 de noviembre de 1976; no ha lugar.)

15. *Quiebra de entidad de crédito: Descuento de letras de cambio: Imprescindencia de la retroacción.*—Según reiterada jurisprudencia reflejada en Sentencias de 10 de marzo y 15 de octubre de 1976, las operaciones mercantiles de descuento de letras de cambio, efectuadas por una persona jurídica o entidad bancaria quebrada durante el período de retroacción de la quiebra, no se hallan afectadas por la declaración de nulidad establecida por el artículo 878, párrafo 2.^o, del Código de comercio.

· *Imprescindencia de intereses moratorios: «In illiquidis non fit mora».*—Según reiterada doctrina, los intereses de deuda no se deben conjuntamente con la prestación principal si ésta es ilíquida, y lo es si precisa, como en el presente caso, la promoción de un juicio sobre tal extremo y en el que además se evidencia que la obligación de reintegro existe en cantidad mucho menor que la solicitada. (Sentencia de 12 de noviembre de 1977; ha lugar.)

El tema de esta Sentencia que da base a la casación es verdaderamente importante no sólo doctrinal, sino sociológicamente, recogiéndose esta dimensión en la propia resolución. Se trataba de la quiebra de una Caja de Crédito Popular y se discutía si los efectos de la nulidad que de modo tan absoluto proclama el artículo 878 del Código de comercio, párrafo 2.^o, alcanzaban a las operaciones de descuento de letras de cambio. Ha triunfado la tesis negativa con base en los siguientes argumentos: 1.^o la aplicación de este precepto se conecta con los actos de dominio o administración, realizados por el quebrado durante ese lapso de tiempo que fueren en detrimento de la *pars conditio creditorum*, por lo que sería preciso acreditar que la cesión de efectos mercantiles entregados para el descuento, produjeron una disminución en el patrimonio del quebrado, y por tanto en la masa de la quiebra, lo que no se produce en tal supuesto de descuentos de letras de cambio, no sólo por realizarse «salvo buen fin», sino también porque la Caja descontante se repone del anticipo o anticipos efectuados con el percibo de las cantidades satisfechas por los librados, aparte de que ello implica una de las operaciones propias del tráfico de los Bancos; 2.^o porque el objeto primordial de la aplicación del párrafo 2.^o del artículo 878 se encamina a integrar en la masa activa de lo que deba formar parte de ella, cual reconoce la Sentencia de 10 de mayo de 1976, sin que el Banco intervenga en estos negocios mercantiles más que como mero mandatario de sus clientes (Sentencias de 30 de enero de 1928, 22 de diciembre de 1941 y 24 de noviembre de 1943) o como simple mediador (Sentencia de 20 de mayo de 1975), y 3.^o a mayor abundamiento, porque si se aplicase dicho párrafo con el rigorismo con que lo hicieron, entre otras, las Sentencias de esta Sala de 17 de febrero de 1909, 17 de marzo de 1958 y 27 de marzo de 1973, no sólo se reclamarían para la masa cantidades que figuraban en el haber del quebrado, por haberlas éste recibido oportunamente, lo que originaría un absurdo rechazable, sino que *incluso se podrían provocar verdaderos conflictos sociales* al producirse la consecuencia de tener que satisfacer por segunda vez las sumas que previamente se hubieran ingresado en cuentas corrientes destinadas a la compra de pisos, a lo que frecuentemente se acude, y en mayor medida entre los que integran las clases sociales más modestas, y proceder a la devolución de los salarios o sueldos que, a través de las entidades bancarias, se hubieren percibido por el producto del trabajo o los conceptos que se hubiesen satisfecho, por el mismo conducto, en relación con recibos de teléfono, gas o electricidad, etc.

Parece absolutamente irreprochable la argumentación del T. S. que se corrobora por cierto modo de interpretación *ab absurdum* del elemento sociológico de la norma que ahora impone el artículo 3.1 del Código civil.

16. *Quiebra necesaria. Suspensión de pagos. Primacía. Fraude a la Ley.*—El supuesto de autos es precisamente el contrario al contemplado en el párrafo tercero del artículo noveno de la Ley de 26 de julio de 1922, puesto que aquí no es que se pida la declaración de quiebra durante la tramitación de la suspensión, sino justo al revés, pues se solicita la suspensión no ya durante la tramitación de la quiebra, sino cuanto ésta, en lo que tenía de trámite previo, estaba concluida, demostrándose con ello una evidente interpretación errónea del precepto utilizado, cuyas consecuencias podrían llegar a un auténtico fraude de ley, consistente en permitir que la iniciación de un expediente de suspensión de pagos en cualquier momento pudiese paralizar la tramitación del más severo de la quiebra iniciado y tramitado con anterioridad, con lo que además se impedirían, como ahora se ha impedido, la aplicación de las normas específicas dictadas para la quiebra, especialmente en el párrafo segundo del artículo 876 y número 2 del 875, ambos del vigente Código de comercio. (Sentencia de 26 de noviembre de 1976; ha lugar.)

17. *Quiebra fraudulenta. Libros de contabilidad.*—La obligación de los comerciantes de llevar determinados libros está establecida no sólo en su interés, sino también en el de los terceros, que con ellos puedan relacionarse, porque, a través de la contabilidad de aquéllos, pueden comprobar la garantía derivada de la actividad ordenada de los mismos, y es tal la trascendencia e importancia que el Ordenamiento Jurídico atribuye al incumplimiento de la obligación mencionada, que le asigna como consecuencia reputar fraudulenta la quiebra. (Sentencia de 18 de febrero de 1977; no ha lugar.)

18. *Suspensión de pagos. Fianza. Subfianza (aval).*—Con arreglo a su constitución, la fianza puede ser convencional, legal y judicial, según que proceda de un contrato o del cumplimiento de una disposición de la Ley o de providencia judicial (artículos 1.823, párrafo primero, y 1.854 del Código civil), estando sujeta la constitución de la primera, como la de todos los contratos, a las reglas sobre el consentimiento de los contratantes acuñadas en los artículos 1.254, 1.261 y 1.262 del mismo ordenamiento; pero como la fianza prestada por la hoy recurrente no tiene carácter convencional, sino que fue contraída en virtud de lo alternativamente previsto en el artículo 8.º, párrafo sexto, de la Ley de Suspensión de Pagos de 26 de julio de 1922 —en cuanto establece que, caso de insolvencia definitiva, el Juez concederá al deudor cierto plazo para que él, o persona en su nombre, consigne o afiance la diferencia entre el activo y el pasivo y de lo concretamente acordado por el Juez que conocía de la suspensión de pagos en su auto de 26 de mayo de 1971, es llano que no puede estimarse que la Sentencia recurrida haya violado los citados artículos 1.254, 1.261 y 1.262, al no aplicarlos al caso controvertido. (Sentencia de 4 de noviembre de 1976; no ha lugar.)

19. *Quiebra. Convenio propuesto antes de la calificación de la quiebra.*—Aunque los preceptos 898 del Código de comercio, en relación con el 1.389

LEC, afirman, de forma general, que ha de preceder a la votación del convenio, el reconocimiento y graduación de los créditos y la calificación de la quiebra, también es cierto que el artículo 929 del C. de c. dice que, cuando de Compañías se trata, los representantes de dichas Sociedades podrán presentar a los acreedores de la quiebra proposiciones de convenio, en cualquier estado de la misma; artículo que, en el sentir de la jurisprudencia de esta Sala, sobre todo en la Sentencia de 31 de marzo de 1930, opone una excepción, a los preceptos anteriormente señalados, en lo referente a la obligada precedencia de la calificación de la quiebra a la aprobación del convenio presentado por la Sociedad deudora; excepción que se justifica en la mencionada Sentencia, diciendo que el legislador, para evitar en lo posible los graves trastornos que la quiebra siempre acarrea, permitió «a las Compañías Anónimas que pudieran acogerse a los beneficios del convenio en cualquier estado de la quiebra», y agrega: «esta excepción se funda, como dice la misma exposición de motivos, en que no existe realmente en las Compañías Anónimas una persona que en concepto de quebrada debiera quedar sujeta a procedimiento especial, por virtud del resultado de la calificación»; criterio que merece ser ratificado y que esta Sala ratifica. (Sentencia de 6 de junio de 1977; no ha lugar.)

III. DERECHO PROCESAL

1. *Cuestión de competencia: Compraventa mercantil.*—Se ejercita una acción de naturaleza personal, derivada de un contrato de compraventa mercantil, y no habiéndose fijado por las partes lugar para su cumplimiento, ni pactado tampoco la sumisión expresa a determinado juzgado, es de indudable aplicación la presunción establecida por la jurisprudencia de esta Sala, según la cual en todo contrato de compraventa mercantil ha de entenderse que las mercancías vendidas en el establecimiento comercial del vendedor fueron entregadas al comprador en el lugar en que aquél radique.

Portes pagados a cargo de comprador.—No pueden estimarse entregadas las mercancías en el domicilio del comprador por haber viajado a portes pagados, pues la presunción que conforme a tal circunstancia deduce en orden a estimar por ello la competencia del juzgado del domicilio del comprador, no puede prevalecer, ya que la factura acompañada a la demanda —y que constituye un principio de prueba suficiente a los solos efectos de la competencia— incluye la cantidad que corresponde a los portes, que finalmente son hechos efectivos por el comprador. (Cuestión de Competencia. Sentencia de 17 de noviembre de 1977.)

2. *Casación: Resolución no definitiva.*—Las resoluciones de las Audiencias sobre si se ha de suspender o no el pleito o su fallo, en los supuestos previstos en el artículo 114 LECR y 362 LEC, no son definitivas y tienen, por tanto, vedado su acceso a la casación en virtud de lo dispuesto en el número 1.º del artículo 1.690 LEC.

Incompetencia de jurisdicción.—La vía procesal de corrección de la incompetencia por razón del territorio sólo podía haber sido la del número 6.º del artículo 1.693 LEC, nunca la de infracción del 1.692.

Defectos del recurso.—A tenor de la constante y reiterada doctrina jurisprudencial dictada en la interpretación del artículo 1.720 LEC, cuando no se cita el artículo 1.692 ni el número de dicho artículo en que se apoya el motivo, se incurre consiguientemente en la causa 4.^a del artículo 1.729, que en el presente trámite lo es de inadmisión. (Sentencia de 23 de noviembre de 1977; no ha lugar.)

3. *Juicio ejecutivo: Cosa juzgada.*—El ámbito de lo preceptuado en el artículo 1.479 LEC es sólo, conforme a reiterada doctrina de esta Sala, respecto a lo que categóricamente expresa el precepto, dejar a salvo la cuestión de fondo, pero sin que puedan volverse a reproducir los defectos o faltas del título, ni las excepciones que entren en el ámbito de lo que es materia del juicio ejecutivo, las que por producirse respecto a lo que sobre ellas fue resuelto y produjo excepción de cosa juzgada, dan plena firmeza a la Sentencia. (Sentencia de 6 de octubre de 1977; no ha lugar.)

4. *Casación: Incidente en ejecución de Sentencia: Firmeza de la Sentencia.*—Del juego de lo dispuesto por los artículos de la LEC 408, 840 y 920 se advierte claramente que la Ley distingue el momento en que queda firme una Sentencia, que lo es, por consiguiente, en los supuestos recogidos en los dos primeramente citados artículos por ministerio de la Ley, resultando cualquier declaración que sobre ello haga el Juez o Tribunal, que no sea la de que el recurso ha quedado desierto, no ya innecesaria por improcedente e incluso contraria a la Ley y sin más valor que el meramente declarativo de una situación ganada con anterioridad, de aquel otro en que por haber adquirido firmeza puede pedirse la ejecución. (Sentencia de 5 de diciembre de 1977; ha lugar.)

La Sentencia en cuya ejecución nace el incidente que es objeto del recurso de casación condenaba a otorgar escritura pública, condicionada al pago del precio adeudado en el plazo de tres meses. El pago se efectúa a los tres meses justos de comunicarse a las partes la firmeza de la resolución y la parte recurrente alega que el pago es extemporáneo, ya que la resolución es firme desde el momento en que se ha de tener por desistida la apelación y no desde que ésta se notifica.

5. *Casación: Embargo preventivo.*—El embargo preventivo, sobre un bien que sea del deudor, no influye para nada en el resultado de la demanda principal de reclamación de cantidad; se trata de una medida cautelar que tiende sólo a asegurar la efectividad del fallo, procediendo acordarlo sólo en los casos en que sea presumible que, por la falta de arraigo del demandado, el evento del impago pueda producirse.

Ampliación de garantía.—Las cuestiones que del embargo se deriven sólo pueden llegar a la casación cuando la cuestión que haya resuelto la resolución recurrida haya recaído en una tercería de dominio; el auto de la Audiencia que se recurre versa sólo sobre la ampliación de garantía para acordar el embargo, cuestión que no pone fin al juicio haciendo imposible su continuación, como exige el párrafo 1.^o del artículo 1.690 LEC, para que sea recurrible el auto que pone fin a un incidente.

Resolución no definitiva.—Al no ser definitiva la resolución recurrida, el

caso ha de ser comprendido entre los de inadmisión del número 3.^o del artículo 1.729 LEC, en este momento de desestimación. (Sentencia de 31 de enero de 1978; no ha lugar.)

6. *Sentencias conformes.*—La conformidad entre las Sentencias de primera y segunda instancia no requiere la igualdad literal de las palabras empleadas en los respectivos fallos, bastando que los pronunciamientos sean análogos y conduzcan a los mismos resultados.

Necesidad de depósito: Depósito insuficiente.—Acreditado con el resguardo de la Caja General de Depósitos, el depósito de 3.000 pesetas resulta insuficiente, toda vez que el artículo 1.698 LEC fue reformado por el artículo 1.^o de la Ley de 24 de julio de 1974 que lo estableció en 9.000 pesetas, por lo que se incide en el motivo de inadmisión del número 2.^o del artículo 1.729 de la Ley de trámites, que en este momento decisorio lo es de desestimación. (Sentencia de 23 de diciembre de 1977; no ha lugar.)

7. *Doctrina legal a efectos del recurso de casación: Concepto.*—Es jurisprudencia de esta Sala que, a los efectos del recurso de casación civil que se prevé en el número 1.^o de los artículos 1.691 y 1.692, entre otros, LEC, se entiende por «DOCTRINA LEGAL» la formada por el reiterado y conforme criterio de la Sala Primera del Tribunal Supremo, en régimen de interpretación y aplicación de normas legales, sin que merezca tal concepto la doctrina que, de modo reiterado, establezcan las restantes Salas de este Tribunal Supremo, jurisprudencia que no hay razón para que sea modificada después de la introducción del párrafo 6.^o en el artículo 1.^o del C. civil. (Sentencia de 16 de diciembre de 1976; no ha lugar.)

8. *Casación: Beneficio de pobreza: Ocultación de bienes.*—Una ocultación de medios de vida es suficiente a denegar el beneficio de pobreza si no se prueba que los recursos omitidos se mantenían dentro de los límites legales permisivos de que tal beneficio se conceda.

Defectos del recurso.—En la formulación del recurso se incurre en graves defectos procesales que lo hacen improsperable: en primer lugar, su falta de claridad impide conocer cuáles son las infracciones que se denuncian; en segundo término, no señala cuál de los diferentes párrafos de los artículos invocados como infringidos es vulnerado; en tercer lugar, tampoco concreta el concepto o modo como cada uno de tales preceptos ha sido contravenido, y en cuarto término, ataca la apreciación probatoria de la Sala por vía totalmente inadecuada y contra lo taxativamente ordenado en el párrafo número 9.^o del artículo 1.729 LEC. (Sentencia de 25 de enero de 1978; no ha lugar.)

9. *Recurso de nulidad: Arbitraje de equidad: Exceso del árbitro.*—Al resolver un punto no sometido se excedió el árbitro en sus atribuciones y debe ser anulado el laudo respecto a dicho extremo, con arreglo a los artículos 1.691, cusa 3.^a, y 1.780 LEC.

Cuestiones por resolver.—El artículo 1.691 LEC, apartado 3.^o, al que se remite el 30 de la L.A.D.P. de 22-XII-1953, establece con carácter taxativo

las tres únicas hipótesis en que puede ser viable el recurso de nulidad, insusceptibles de extenderse a otras por analogía, y sin que, por lo tanto, se dé tal recurso cuando el laudo deje cuestiones por resolver; esta Sala ha introducido una excepción a la última regla del apartado anterior, en virtud de la cual puede constituir causa de nulidad del laudo emitido por los árbitros de equidad la falta de resolución sobre lo que, por la voluntad de las partes, debía constituir premisa, base o asiento indispensable para los pronunciamientos relativos a los demás extremos o cuestiones sometidas al laudo. (Sentencia de 8 de octubre de 1977; ha lugar.)

10. *Revisión: Maquinación fraudulenta.*—En la prueba practicada en estos autos aparece acreditado que, formulada demanda de desahucio por falta de pago de las rentas, contra la recurrente en este juicio de revisión, fue citada esta última en la persona de doña A. G. G., persona fallecida tres meses antes de la citación, según resulta acreditado por el correspondiente certificado de defunción, hechos de los que resulta acreditada la maquinación fraudulenta que, como motivo de revisión, establece el número 4.^o del artículo 1.796 LEC. (Sentencia de 16 de noviembre de 1977; ha lugar.)

11. *Revisión: Plazo.*—El requisito de índole temporal es aplicable a todos y cada uno de los motivos de revisión, fijado en el plazo de tres meses, contados en la forma consignada en el artículo 1.798 LEC, plazo cuyo inicio ha de ser señalado de manera clara, precisa e indudable, porque en el supuesto de su indeterminación ha de originar, de manera inexcusable, la inviabilidad del recurso.

Documento en protocolo notarial.—Los originales figuran en el protocolo obrante en el Archivo Histórico de Protocolos, por tanto no se pueden utilizar para fundar la revisión. (Sentencia de 18 de noviembre de 1977; no ha lugar.)

12. *Revisión: Maquinación fraudulenta: Requisitos.*—El recurso extraordinario de revisión, fundado en la existencia de maquinaciones fraudulentas, a que se refiere la causa 4.^a del artículo 1.796 LEC, precisa, para su prosperabilidad, la concurrencia y constatación de los siguientes requisitos:

1.^o Que la misma se deba a la conducta dolosa o maliciosa de la parte recurrente que, mediante el empleo de astucia, artificio u otro medio semejante, tienda a causar una lesión a quien pretenda ampararse en este remedio procesal.

2.^o Que haya dado lugar injustamente a la obtención de una Sentencia firme favorable a quien utilizó semejante modo de proceder.

3.^o Que tal maquinación que puede consistir en la ocultación del domicilio o nombre de los demandados a pesar de no ignorarlos, o en empleo de cualquier ardil que impida a éstos el conocimiento de la existencia del pleito que contra ellos se pretenda tramitar, sea de influencia notoria en la decisión judicial que le puso fin y cuya rescisión se intenta obtener a través de este recurso, y

4.^o Que se haya interpuesto dentro del plazo establecido por el artículo 1.798 LEC, cuyo término por ser de caducidad no se rige en cuanto a la

iniciación de su cómputo por las prevenciones contenidas en el artículo 303, sino por las que se establecen en el primero de estos preceptos en relación con el 305, todos ellos del mencionado cuerpo legal, que parte del momento en que se haya descubierto el fraude o la falsedad cometida o de aquel en que conste de forma indubitable que de ella tuvo conocimiento el perjudicado. (Sentencia de 10 de diciembre de 1977; ha lugar.)

La maquinación aceptada por el T. S., en el caso presente consistió en citar a «la comunidad de herederos» o «contra la herencia yacente» cuando al demandante, recurrido en revisión, le constaba el nombre de las personas individuales que la componían y también el heredero que actuaba en nombre de la misma.

13. *Desahucio de fincas rústicas: Complejidad: Poder amplísimo que disimula venta.*—Existen vehementes indicios deducidos de la prueba practicada de que el arrendador ha enajenado la finca disimulándolo bajo un amplísimo apoderamiento, lo que da lugar a una verdadera complejidad de relaciones jurídicas que no pueden ser resueltas en este proceso de desahucio, pues por esencia escapa de su limitado cauce en el que no es posible acordar decisoriamente problemas de simulación contractual.

Inexistencia de presunciones.—El juzgador no ha hecho uso de la prueba de presunciones, sino que por la prueba directa aprecia la existencia de indicios referentes a ese contrato encubierto de compraventa alegado por la parte demandada, que estima bastante para declarar la cuestión litigiosa como compleja y, por ello, inadecuado el procedimiento para conocer de la misma, por lo cual no ha interpretado erróneamente el artículo 1.253 C. c. (Sentencia de 10 de diciembre de 1977; no ha lugar.)

**Suscripción anual: España, 2.400,— pesetas
Extranjero, 2.600,— pesetas**
**Número suelto: España, 700,— pesetas
Extranjero, 900,— pesetas**